

Atti di destinazione e crisi coniugale

Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e accordo di separazione tra i coniugi

di Antonio Pezzano e Sebastiano Sebastiani

Gli Autori analizzano la portata ed i limiti dell'art. 2645 ter c.c., introdotto da pochi anni nel nostro ordinamento, fornendone un'interpretazione che, nel segnalare le differenze con l'istituto del *trust* anglosassone e con quello del fondo patrimoniale, mira ad evidenziarne l'applicabilità all'interno della crisi della famiglia. In questo contesto ci si interroga sul rapporto tra i vincoli di destinazione costituiti dai coniugi e l'azione revocatoria ordinaria e fallimentare.

Gli A. si soffermano in particolare sugli effetti dell'uso dei vincoli di destinazione nell'ambito della separazione personale tra i coniugi, cogliendo i vantaggi del nuovo strumento nell'attuazione dell'obbligo di mantenimento del coniuge o dei figli stabilito dalle parti ed omologato dal giudice. Le argomentazioni espone infine conferma in una delle prime applicazioni giurisprudenziali in materia, che viene qui richiamata ed esaminata.

1. Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e *trust*

Con la l. 23 febbraio 2006, n. 51, è stato introdotto nel nostro ordinamento l'art. 2645 ter c.c., volto a consentire "atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche" (1). La nuova norma appare di grande portata innovativa, ma di difficile interpretazione per la sua complessità contenutistica e, al tempo stesso, per una carenza di disciplina: il legislatore infatti in poche righe ha voluto fissare concetti eterogenei relativi a disparate situazioni giuridiche, dettando tuttavia frettolose prescrizioni circa la forma dell'atto, lo scopo del vincolo e gli interessi tutelabili, i beni oggetto del vincolo, la durata, i soggetti beneficiari e quelli legittimati ad agire per la realizzazione di tali interessi (2).

Pertanto è necessario premettere le questioni di carattere generale necessarie per un inquadramento del nuovo istituto, nonché i suoi collegamenti con l'affine figura del *trust* anglosassone, per poi passare ad esaminare le possibili interferenze dell'istituto in esame con i trasferimenti patrimoniali compiuti dai coniugi in concomitanza della crisi del vincolo matrimoniale. Un tale profilo suscita, infatti, particolare interesse in seguito a recenti pronunce giurisprudenziali che si sono interrogate sulla possibile interferenza fra il vincolo di destinazione su beni ex art. 2645 ter c.c. e l'accordo di separazione personale tra i coniugi, aprendo una riflessione che si inserisce nel più ampio dibattito circa la legittimità de-

gli accordi patrimoniali tra coniugi in occasione della separazione/divorzio (3).

Al fine di individuare l'esatta portata di tale norma la dottrina si è preliminarmente interrogata se essa possa ritenersi una norma sugli "atti" ovvero una norma incidente solo sugli "effetti". La collocazione sistematica della nuova disposizione, in una parte del codice civile rite-

Note:

(1) Per i primi commenti sull'art. 2645 ter c.c. cfr. Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, 697 ss.; Franco, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 315 ss.; Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165 ss.; Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 169 ss.; Petrelli, *La trascrizione degli atti destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 161 ss.

(2) Ricordiamo che l'art. 2645 ter c.c., è stato inserito nel libro VI del c.c. dall'art. 39 novies della l. 23 febbraio 2006 n. 51, di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273. La norma stabilisce che «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, comma 1, solo per debiti contratti per tale scopo».

(3) In particolare cfr. Trib. Reggio Emilia, decr. 26 marzo 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 114 ss., con nota di Murgo.

nuta da taluni non compatibile con norme attinenti il diritto sostanziale, ha portato autorevole dottrina a ritenere che con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* il legislatore abbia inteso prevedere una nuova tipologia di effetti, complementari rispetto a quella traslativa ed obbligatoria, propria delle singole figure negoziali cui accede, sottolineando al contempo l'evidente carenza, nel tenore letterale della norma stessa, di qualsiasi elemento idoneo ad individuare con certezza una nuova tipologia negoziale avente con una causa di destinazione di beni per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, del quale non sarebbero specificati la struttura, la natura e gli effetti. Si interpreta quindi l'art. 2645 *ter* c.c. quale mera norma legittimante l'opponibilità ai terzi creditori ed acquirenti, attraverso lo strumento della trascrizione degli effetti accessori di destinazione che vengono ad imprimersi su beni immobili, o beni mobili registrati (4).

Di contrario avviso appare altra dottrina per la quale, nonostante la collocazione della disposizione in esame all'interno del libro VI del codice in materia di pubblicità, la norma non può non avere un valore sostanziale (5). Il carattere di innovatività della norma per tali autori deve essere ricondotto non tanto alla fonte negoziale quanto al fatto di aver dato vita ad un "atto atipico di destinazione patrimoniale" (6), il quale consente ai privati di realizzare la destinazione patrimoniale mediante la struttura ritenuta più confacente a realizzare i propri interessi (struttura unilaterale, bilaterale, a titolo oneroso, a titolo gratuito, attributivo, non attributivo), tramite la fissazione della finalità cui il patrimonio deve essere destinato (7), e fatto salvo il requisito della meritevolezza, che assume un ruolo determinante al fine di selezionare gli interessi che attraverso questa tipologia di destinazione sono realizzabili.

Riteniamo di aderire a quest'ultima posizione, interpretando l'art. 2645 *ter* come una norma "sugli atti", idonea ad aprire un varco nell'ordinamento sull'ammissibilità di un negozio traslativo atipico. Il legislatore sembra infatti aver voluto dare vita ad una nuova di tipologia di atti ad effetti reali, c.d. "atti di destinazione", disciplinati e legittimati da tale innovativa fonte normativa.

È necessario ricordare come la letteratura giuridica, prima dell'innovazione legislativa sopra richiamata, era già giunta a riconoscere la validità del negozio atipico di destinazione di uno o più beni per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, con effetto "segregante" di tali beni rispetto a quelli facenti parte del patrimonio del disponente, così da esser gravati solo dalle obbligazioni contratte nel perseguimento di quella specifica finalità (8).

Un tale orientamento sosteneva la liceità della causa di destinazione dei beni, c.d. "causa destinataria", nel perseguimento di uno scopo meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico, di volta in volta apprezzabile dal giudice (contro ogni tentativo di elusione e di frode), da distinguere dalla mera causa negoziale di separazione dei beni (c.d. "causa separatoria"), illecita perché contrastante con la riserva di legge stabilita dall'art. 2740, com-

ma 2, c.c. Dal vincolo di destinazione si faceva discendere il conseguente effetto della separazione del bene dal patrimonio del disponente, giustificando la compressione della garanzia dei creditori vista la "meritevolezza dell'interesse" (9), data la prevalenza di tale specifico interesse, rispetto all'anzidetta riserva dell'art. 2740 c.c.

La prevalenza di un interesse sull'altro veniva ricondotta «in una concezione del diritto di proprietà profondamente diversa da quella, di origine illuministica, del patrimonio come espressione inscindibile della personalità umana, non passibile, quindi, di frammentazione nell'interesse altrui; mentre proprio a tal fine soccorre, in una moderna visione solidaristica e funzionale della proprietà, la destinazione di uno o più beni al soddisfacimento di un interesse alieno: causa giuridica strumentale di "destinazione", appunto, rispetto a quella - consacrata dalla tradizione, ma soltanto fine a sé stessa - dello "scambio" e della "donazione"» (10).

A tal proposito è necessario ricordare che il principio *ex art. 2740 c.c.* secondo cui "le limitazioni alla responsabilità patrimoniale non sono ammesse se non nei casi ammessi dalla legge" ha subito nel tempo così tante eccezioni, introdotte nel codice civile e in successive leggi speciali (11), che la dottrina ha finito con l'escludere il carattere di inderogabilità della norma (12). E questa

Note:

(4) Polimeno, *Verso la trascrizione del trust*, in *Contratti*, 2006, 1000 ss.; Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 165 ss. In *giurisprudenza Trib. di Trieste*, decr. 7 aprile 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 1935. Contra Bartoli, op. cit., 697 ss.

(5) Patti, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, 2, 979 ss.; Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, 1176 ss.

(6) Bianca, *L'atto di destinazione*, cit., 1177. In passato l'elaborazione di una teoria dell'atto negoziale di destinazione si deve all'opera di 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.

(7) Bianca, D'Errico, De Donato, Priore, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2006, premessa.

(8) Cfr. Amplius La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994.

(9) La Porta, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 211 ss.

(10) Maltese, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Foro it.*, 2006, V, 390.

(11) Parallelamente si segnala la maggiore rilevanza e il progressivo ampliamento dell'autonomia privata: dall'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare alla trasformazione eterogenea, entrambi modelli di autonomia patrimoniale introdotti dalla recente riforma societaria. Qui si ha un vincolo di destinazione tipico in senso "soggettivo", in quanto il legislatore consente il loro utilizzo solo a determinati i soggetti (i patrimoni destinati possono essere utilizzati solo dal tipo societario della s.p.a.); in altri casi si ha un vincolo di destinazione tipico in senso "funzionale": ad es. nel fondo patrimoniale, in quanto il legislatore individua a priori la finalità del vincolo.

(12) Sulla considerazione del principio di responsabilità patrimoniale quale principio di ordine pubblico: Roppo, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all'art. 2740 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 252.

opinione è stata avvalorata soprattutto in seguito al riconoscimento, a livello giurisprudenziale e legislativo, di modelli stranieri di limitazione di responsabilità: si pensi alle leggi sulle società unipersonali o alla stessa legge di ratifica della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei trusts stranieri. L'interpretazione che da ultimo si è accreditata è infatti quella di un generale divieto per l'autonomia privata di creare patrimoni separati "per impedire al debitore di essere arbitro della qualità e della quantità della propria soggezione alle azioni esecutive dei creditori" (13).

Oggi, con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c., è stata introdotta un'ulteriore significativa breccia nella norma da prima citata, tanto da potersi ritenere ormai riconosciuto il negozio di destinazione con effetto segregativo del bene vincolato. La nuova norma, infatti, appare risolvere, in modo esplicito, la riserva di legge racchiusa nel precetto dell'art. 2740, comma 2, c.c., introducendo la possibilità di trascrivere un negozio atipico di destinazione, con la conseguenza che in relazione ai beni oggetto del vincolo operi l'effetto della separazione patrimoniale (14).

Allo stesso modo permangono le divergenze fra coloro i quali ritengono che l'art. 2645 *ter* c.c. abbia dato vita ad una sorta di *trust* all'italiana (15), e chi non condivide questa interpretazione. Certamente il *trust* e l'atto di destinazione *ex art.* 2645 *ter* c.c. hanno in comune l'elemento causale, coincidente con il programma di segregazione dei beni per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Tuttavia l'atto di destinazione si muove in un'area più ristretta rispetto a quella del *trust*, tanto che c'è chi è arrivato a definire il negozio di destinazione un "frammento" del *trust*, ma suscettibile di elaborazione negoziale, che, soprattutto con l'ausilio delle norme sul mandato, potrebbe condurre alla "marginalizzazione" del ricorso al *trust* straniero e, per converso, alla piena valorizzazione di un *trust* "di diritto interno", istituito e trascritto in forza della nuova disciplina (non confondibile col *trust* c.d. "interno"): un *trust* "italiano" (16).

In realtà la formulazione dell'art. 2645 *ter* c.c. rivela palesi e rilevanti divergenze rispetto al regime del *trust* (17). Il *trust* di *common law*, come è noto dalla origini antiche, ha ricevuto nel panorama internazionale una riproduzione "amorfa" (18) con la Convenzione dell'Aja del 1985 relativa ai trusts e al loro riconoscimento da parte di ordinamenti stranieri nei quali tale figura non è contemplata, ponendo così fine ai passati atteggiamenti di assoluta chiusura verso l'istituto da parte dei paesi di *civil law* (19).

La ratifica da parte del nostro ordinamento della sopra richiamata Convenzione ha presto posto il problema della ricostruzione dell'istituto del *trust* di *common law* alla luce del sistema positivo di diritto interno, e sono stati avanzati dubbi sulla reale portata applicativa di tale disciplina. In particolare ci si è interrogati sul fatto se il legislatore italiano con la legge di ratifica abbia inteso

esclusivamente riconoscere i trusts stranieri ovvero abbia dato ingresso all'interno dell'ordinamento alla possibilità di costituire dei trusts italiani con beni siti in Italia (20).

In linea generale il rapporto che nasce dal *trust* è quello che si ha quando un soggetto (detto *settlor*) trasferisce la proprietà dei suoi beni o di parte di essi (*trust fund*) ad un altro (chiamato *trustee*), il quale è tenuto ad amministrarli e a gestirli in favore di un terzo (*beneficiary*) o per il raggiungimento di un determinato scopo (21).

Tale schema presenta una pluralità di possibili applicazioni e diverse fonti (22), ma un dato costante in tutte

Note:

(13) Così Donato, *Destinazione di beni e opponibilità a terzi*, in *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, 192.

(14) Il rinvio all'autonomia privata per la selezione degli interessi meritevoli di tutela ha fatto dubitare taluno della legittimità costituzionale della nuova disposizione: Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit. 169, osserva che le limitazioni di responsabilità devono discendere da un previo controllo legale, come è, ad esempio, per il caso degli interessi familiari per il fondo patrimoniale. Il rinvio all'art. 1322 c.c. potrebbe quindi determinare "l'incostituzionalità dell'art. 2645 *ter* c.c. per violazione dell'art. 3 Cost. in punto di irragionevolezza".

(15) "A seguito del nuovo art. 2645 *ter* il nostro Stato non può più essere annoverato tra quelli che non prevedono l'istituto del *trust* e conseguentemente l'art. 13 della Convenzione di L'Aja non potrebbe più essere invocato per negare il riconoscimento ad un *trust* interno" (L. F. Rizzo D. Muritano, *Il trust, diritto interno e Convenzione di L'Aja. Ruolo Responsabilità del notaio*, Studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 10 febbraio 2006).

(16) Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c.*, cit., 169 ss. Si ricorda che per *trust* interno si intende un *trust* costituito in Italia, i cui elementi strutturali appartengano tutti al nostro ordinamento e dove l'unico elemento di estraneità sia dato dalla legge regolatrice. Nella giurisprudenza, prevale ormai l'indirizzo favorevole al riconoscimento del *trust* interno: v. Trib. Bologna 1 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295 e, da ultimo, Trib. Trieste, decr. 23 settembre 2005, id., 2006, I, 1, 1935, con nota adesiva di Di Ciommo.

(17) Petrelli, *La trascrizione degli atti destinazione*, cit., 161 ss., ne compila un accurato elenco, con particolare riguardo alla materia successoria nonché al diritto patrimoniale della famiglia ed ai poteri, doveri e responsabilità del *trustee*.

(18) L'espressione è utilizzata nei suoi scritti da Maurizio Lupoi per descrivere il *trust* che emerge dalla Convenzione dell'Aja.

(19) L'Italia, come è noto, ha reso esecutiva la suddetta Convenzione con l. 16 ottobre 1989, n. 364.

(20) Fra i sostenitori della prima tesi: Ponzanelli, *Le annotazioni del comparatista*, in *Commentario alla Convenzione dell'Aja*, a cura di Gambero, Giardina, Ponzanelli, Milano 2003, 1223 ss. Sull'ammissibilità della costituzione di trusts interni, fra gli altri, cfr. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, 966 ss.; Id., *Trusts*, Milano, 2001.

(21) Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 87.

(22) Al riguardo è possibile rilevare come le diverse tipologie di trusts siano date dai diversi ambiti applicativi della figura: i *charitable trusts* indicano lo scopo di pubblica utilità (v. Cymam Li Davies, *I trusts di scopo*, in *Trusts & Trustees*, 1996, 14 ss.), i *business trusts*, indicano il settore finanziario, *unit trusts*, quello dell'investimento, i *family trusts*, operano invece nel diritto di famiglia (v. in particolare Scannicchio, Beni, soggetti e famiglia nel regime patrimoniale e primario. Un'analisi comparata, Bari, 1992, 65 ss.) e i *testamentary trusts* in quello successorio (v. Palazzo, *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, 671 ss.; Id., *Le successioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1996, 60 ss.).

le tipologie di trusts è quello del fenomeno fiduciario sottostante (23), inteso in senso lato e avulso dalla nostra concezione di fiducia in senso tecnico (24), in quanto il negozio fiduciario differisce sotto diversi aspetti dal diverso istituto di derivazione anglosassone (25).

Accanto al trust tradizionale, delineato dall'art. 2 Convenzione, la cui trascrivibilità (ex art. 12 Conv.) è unanimemente ammessa dalla nostra giurisprudenza (26), viene altresì riconosciuta la trascrivibilità del cd. "trust autodichiarato", nel quale non è presente il trasferimento di beni, ed il titolare di essi provvede unicamente alla pubblicità del vincolo dalla quale scaturisce l'effetto di segregazione dei beni (27).

La disposizione di cui all'art. 2645 ter c.c. sembra compatibile con entrambe le figure di trust, ma emergono differenze sostanziali nella disciplina che impongono di non confondere l'atto di destinazione con l'istituto del trust.

Sotto il profilo del vincolo di destinazione dei beni per la realizzazione di interessi particolari, caratteristica comune dei trusts è che essi costituiscono "una tecnica competitiva di specializzazione della responsabilità patrimoniale" (28), riassumendo in sé le caratteristiche principali dei vincoli di destinazione: l'intangibilità del patrimonio da parte dei creditori del trustee e la limitazione alla facoltà di disposizione ed amministrazione dei beni conferiti in trust (29).

L'intangibilità dei beni viene assicurata dall'obbligo per il trustee di tenere separato il patrimonio conferito in trust dal suo restante proprio patrimonio (c.d. *duty of segregation*). La violazione di un tale dovere (cd. *breach of trust*) comporta la possibilità di esperire l'azione di tracing ovvero *following the property* da parte del soggetto beneficiario, al fine di recuperare il valore del bene dato in trust anche nel caso di confusione operata dal trustee con il suo restante patrimonio (30).

Una diversa valenza ha il principio dell'intangibilità del patrimonio in trust found da parte dei creditori personali del trustee, e la non assoggettabilità al fallimento nel caso di fallimento del trustee (31). Inoltre nel diritto anglo-americano è prevista una sorta di azione revocatoria fallimentare dell'atto istitutivo del trust, esperibile da parte dei creditori del settlor, che colpisce i trusts istituiti dal fallito a titolo gratuito o verso corrispettivo non adeguato nei due anni anteriori al fallimento (32).

Alcuni di questi principi sono stati ripresi dalla Convenzione dell'Aja che ha fissato i requisiti minimi per il riconoscimento del trust anche nel nostro ordinamento. Fra questi requisiti minimi imprescindibili rilevano le disposizioni che concernono la separazione dei beni in trust (art. 2, lett. a) e b) e la non assoggettabilità al fallimento (art. 11) (33).

Si tratta ora di individuare gli elementi costitutivi del nuovo negozio di destinazione, sottolineando al contempo i punti di somiglianza ovvero di divergenza con il trust.

Dal punto di vista dell'atto costitutivo è possibile sostenere che l'atto di destinazione possa essere sia unilaterale che bilaterale: nel primo caso si potrà dare unicamente origine alla nascita del vincolo e al conseguente effetto segregativo del bene; mentre nel secondo caso si avrà un effetto più completo ipotizzando di affidare ad un gestore o ad un fiduciario la realizzazione dell'interesse che si vuole realizzare. A differenza di quanto avviene nel meccanismo del trust, in cui l'atto di dotazione dei beni al trustee è un atto separato rispetto all'atto

Note:

(23) La derivazione del trust da un rapporto lato sensu fiduciario viene rilevata da Maitland: "The Law of Trusts (formerly Uses) begins with this, a person who has undertaken a Trust is bound to fulfil it... Cestui que use had neither Jus in re nor Jus ad rem, but only a confidence and trust" (A course of Lectures, Hardcover, 1984, 111-2). A livello giurisprudenziale sull'assimilazione del trust alla fiducia romanistica: Trib. Casale di Monferrato, 13 aprile 1984, con nota di Cassoni, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 753 ss.

(24) Non è questa la sede per svolgere un'analisi dettagliata delle varie teorie proposte in tema di negozio fiduciario. Ci si limita a ricordare i contributi più rappresentativi della dottrina italiana: Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; Grasseti, *Negozi fiduciari e negozi indiretti*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 416; Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, 201 ss; Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario di dir. priv.*, a cura di Irti, Milano, 1980, 455 ss.; Trimarchi, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 48.

(25) Innanzitutto il trust ha causa di destinazione di beni e non causa fiduciae, inoltre il trustee esce dal rapporto (salvo si sia riservato nell'atto costitutivo quelle prerogative di amministrazione e vigilanza ex art. 2 Conv. Aja). Ma soprattutto il fiduciante rimane titolare di un'azione personale nei confronti del fiduciario, mentre nel trust le eventuali azioni del trustee sono ricollegabili alla posizione del beneficiario e non a quella del costituente.

(26) Per le posizioni giurisprudenziali in tema di trascrizione del trust: Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000, 372 ss.; Trib. Bologna, 28 aprile 2000, in *Notariato*, 2001, 45 ss.; Trib. Parma, 13 ottobre 2003, in *Riv. Not.*, 2004, 564 ss.; App. Napoli, 27 maggio 2004, in *Trusts*, 2004, 570 ss.; Trib. Milano, 23 febbraio 2005, in *Riv. not.*, 2005, 868 ss.

(27) Trib. Milano, decr. 29 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 270 ss.; Trib. Verona, decr. 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409 ss.; Trib. Napoli, decr. 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 74 ss.

(28) Bianca, *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. XXXII, 2006, 90.

(29) Piccoli, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trust dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. not.*, 1995, 53; Busato, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 312.

(30) La dottrina inglese sottolinea come tale prerogativa del rimedio equitativo del tracing vale a delineare il confine tra le azioni dell'equity e gli altri rimedi della common law. Infatti ciò a cui si mira con questa azione non è il recupero del bene nella sua identità, ma si spinge a recuperare qualsiasi valore del bene dato in trust, che derivi anche dall'eventuale alienazione a terzi, ovvero di trasformazione del bene in altro bene. Cfr. in particolare Oakley, *Proprietari Claims and their Priority in Insolvency*, in *Cambridge Law Journal*, 1995, 375 ss.

(31) Al riguardo Lupoi, *Introduzione ai Trusts. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja. Diritto italiano*, Milano, 1994, 43 ss.

(32) V. *Insolvency Act* del 1986, Section 339, 341, 342.

(33) Giardina, *Note introduttive*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1268; Piccoli, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano*, cit., 40 ss.

necessariamente unilaterale istitutivo di *trust*, e in cui il primo deve enunciare nelle premesse la finalità per la quale il *trust* è stato istituito e la legge applicabile prescelta.

Per quanto riguarda invece la forma si ritiene sia necessario stipulare il vincolo di destinazione nella forma dell'atto pubblico descritto dall'art. 2699 c.c., a pena di invalidità, in conseguenza dell'accoglimento della tesi secondo cui con l'atto di destinazione si crea un vincolo di natura reale, conforme alla forma richiesta per gli altri atti di destinazione che comportano la separazione dei patrimoni (fondo patrimoniale ex art. 167 c.c., patrimoni separati destinati ad uno specifico affare ex art. 2447 *quater* c.c.) (34). Non condivisibile è invece la tesi di chi sostiene che l'atto produca solo effetti obbligatori, pertanto sia valido anche se redatto in forma di scrittura privata, mentre l'atto pubblico richiesto solo *ad transcriptionem* (35). Nonostante la mancanza di una espressa previsione di legge è poi possibile ritenere valida l'istituzione del vincolo *mortis causa* (36). Al contrario nessuna forma *ad substantiam* è prevista per l'istituzione del *trust*.

Circa l'oggetto la dottrina è concorde nel non ritenere tassativa l'elencazione contenuta nella norma: pertanto potranno costituire oggetto di atto di destinazione non solo i beni immobili e i beni mobili iscritti in pubblici registri, ma anche ai beni mobili non registrati, purché sia comunque possibile effettuare un'idonea pubblicità del vincolo (ad es., quote di partecipazione di un s.r.l.) (37). Per tutti gli altri beni mobili il vincolo di destinazione rimarrà puramente interno e non opponibile ai terzi, traducendosi in un vincolo fiduciario nascente da un *pactum fiduciae* (38). Con specifico riguardo ai rapporti di diritto di famiglia, occorre precisare che i beni immobili dovranno essere oggetto di diritto di proprietà o di altro diritto reale, ma con esclusione del mero diritto all'abitazione che, presupponendo l'uso da parte del titolare, non consente un godimento diverso per il raggiungimento del fine impresso tramite il vincolo di destinazione.

Per quanto concerne l'elemento della durata del vincolo di destinazione, questa è stata predeterminata dal legislatore, collegandola alla vita della persona del beneficiario ovvero prevedendo un limite massimo di novanta anni, con una chiara assonanza rispetto al limite del divieto di alienazione previsto in via generale dall'art. 1379 c.c. Nel *trust* invece la durata è pur elemento essenziale dell'atto istitutivo del *trust*, in ossequio alla "rule against perpetuities", ripresa dall'art. 8, lett. f) della Convenzione, ma è comunque determinata in misura diversa dalle varie leggi nazionali regolatrici del *trust* (39).

Ma le maggiori differenze sembrano da potersi rinvenire nel fatto che il nuovo art. 2645 *ter* contempla e regola il momento della nascita del vincolo di destinazione, senza curarsi dell'aspetto di mantenimento dello stesso in vista della realizzazione dello scopo per il quale

è stato istituito, mentre nel *trust* assume rilievo primario l'affidamento fiduciario dei beni al *trustee*. Ne consegue che negli atti di destinazione alla cessazione del vincolo si potrà verificare una patrimonializzazione del bene vincolato a favore del soggetto onerato, diversamente da quanto avviene nel *trust* in cui il vincolo non comporta alcun vantaggio per il *trustee* né durante la gestione né al momento della cessazione.

È interessante sottolineare che mentre il legislatore nel dettare la disciplina del fondo patrimoniale dedica una norma specifica alla cessazione del vincolo (art. 171 c.c.), nell'art. 2645 *ter* non viene trattato questo aspetto. Sembra pertanto che si sia lasciato all'autonomia delle parti stabilire la causa di cessazione del vincolo di destinazione, nei limiti del rispetto del termine.

In particolare è ipotizzabile che una causa di cessazione sia individuata nel momento in cui la destinazione si è realizzata o è divenuta impossibile (in accordo con il principio generale in materia di enti). Oppure è ipotizzabile che le parti prevedano una apposita condizione risolutiva del vincolo, che non si concretizzi nell'esercizio di un diritto potestativo del conferente o di altri soggetti, ma che sia legata al verificarsi di un evento (ad esempio la morte del soggetto conferente o del soggetto gestore, ovvero il raggiungimento maggiore età dei figli beneficiari), ovvero una clausola che imponga all'attributario di trasferire il bene a soggetti predeterminati. Al contrario, nel *trust* i beni conferiti non entrano mai a far parte del patrimonio del fiduciario, e sono esclusi dalla successione e dal regime del diritto di famiglia (40).

In ogni caso, al pari di quanto avviene nel *trust*, appare da escludere la legittimità di un atto di revoca da parte del conferente, stante il vincolo di destinazione impresso sui beni, diretti a beneficiare un terzo, il quale ex art. 2645 *ter* c.c. ha titolo per agire per la realizzazione della destinazione (41).

Notes:

(34) Patti, *Gli atti di destinazione e trust*, cit., 993.

(35) Così invece Petrelli, *La trascrizione degli atti destinazione*, cit., 161 ss.

(36) Ma la prescrizione della forma dell'atto pubblico ci porta a ritenere che la sola forma di testamento utilizzabile sia quella del testamento pubblico.

(37) In analogia al percorso compiuto dalla letteratura giuridica in tema di fondo patrimoniale. Cfr. Perlingieri, *Sulla costituzione del fondo patrimoniale*, in *Dir. fam.*, 1997, 265 ss.

(38) Cass., 6 maggio 2005, n. 9402, in *Mass. Foro it.*, 2005, 689.

(39) Ad esempio mentre il *Trust Act* inglese prevede una durata massima di ottanta anni, in molte altre leggi si prevedono termini più lunghi (cento anni per il diritto dello stato del Jersey), altre ancora non dettano nessun limite di durata.

(40) Nel *trust* anglosassone, ove il disponente nulla avesse previsto, si determinerebbe un *resulting trust*, per cui i beni resterebbero vincolati e dovrebbero essere ritrasferiti al disponente.

(41) Questa soluzione è del resto conforme a quella prospettata, a proposito del fondo patrimoniale, da taluna dottrina: Seriola, *Scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*, in *Famiglia*, 2002, 651 ss.

Dal punto di vista della gestione dei beni vincolati, ed in analogia a quanto stabilito nella disciplina dei patrimoni destinati ad un unico affare, qualora sia stato nominato un gestore dei beni destinati, sarà opportuno che le parti prevedano un obbligo di rendiconto finale in capo al gestore medesimo.

Un ulteriore irrisolto problema concerne le regole di circolazione dei beni destinati. Infatti, a differenza di quanto previsto per il fondo patrimoniale ex art. 169 c.c., l'art. 2645 *ter* c.c. nulla prevede circa la indisponibilità o parziale indisponibilità dei beni destinati. Si tratta cioè di verificare se il vincolo impresso sui beni incida solamente sull'inaggregabilità degli stessi ovvero comporti anche una indisponibilità dei medesimi correlata all'esigenza di conservazione del vincolo. È da rilevare che di per sé l'opponibilità del vincolo ai terzi acquirenti dei beni non vale ad escludere una possibilità di circolazione dei beni stessi. Infatti il terzo, conformemente ai principi generali, acquisterà il bene con la consapevolezza dell'esistenza del vincolo. Senza che quest'ultimo determini l'invalidità o l'inefficacia dell'acquisto. Detto ciò, è auspicabile che nell'atto di destinazione siano date indicazioni precise circa gli atti di destinazione da considerarsi conformi al vincolo di destinazione, e quelli incompatibili con la destinazione (fatta salva l'apposizione di una clausola di inalienabilità dei beni medesimi) (42).

Accanto alle sollevate problematiche è doveroso interrogarsi altresì se con l'istituto introdotto nel codice civile sia concessa la possibilità di costituire un vincolo esclusivamente su beni di proprietà del costituente, ovvero se consenta anche la possibilità di effettuare dei trasferimenti di diritti anche in capo ad un distinto "esecutore della destinazione" (43). E, soprattutto, se tale soggetto sia legittimato a sua volta a trasferire i beni ad un diverso soggetto, una volta scaduto il termine di durata del vincolo stesso (44).

Se la risposta all'interrogativo è positiva si può ipotizzare non solo, come si dirà poi, che la nuova normativa ha creato la possibilità, nell'ambito endofamiliare oggetto del presente studio, di attribuire certi cespiti patrimoniali in occasione di determinati eventi, quale, principalmente la crisi del rapporto coniugale (ovvero lo scioglimento di esso per divorzio, o la morte di uno dei due coniugi), ma anche il raggiungimento della maggiore età da parte dei figli. Non solo ma è possibile ipotizzare che la disciplina abbia dato vita ad un nuovo tipo di fondo patrimoniale, come si dirà meglio di seguito.

L'unico limite è quello della meritevolezza degli interessi, non essendo invece stati previsti limiti quantitativi quali quelli contemplati dall'art. 2447 *bis*, comma 2, c.c. Per i sostenitori della richiamata teoria dell'innovazione solo dal punto di vista degli "effetti" che il vincolo di destinazione comporta, come già detto la tipicità del vincolo è posta esclusivamente in funzione della trascrizione del vincolo stesso, che ha pertanto caratte-

re meramente obbligatorio (45). Questa ricostruzione pone il problema del richiamo all'art. 1322 c.c. Tali autori sostengono che questa norma non può avere carattere autorizzatorio, in funzione di legittimare i privati a costruire modelli non conformi a quelli tipizzati dal legislatore, al fine di perseguire i più vari interessi (46). Di conseguenza il rinvio operato dall'art. 2645 *ter* c.c. all'art. 1322 c.c. è relegato al ruolo di meccanismo per introdurre un controllo sull'operato dell'autonomia privata, non della meritevolezza in sé degli interessi, quanto dell'idoneità dello schema ad assurgere a tipo legale (47).

In realtà nell'applicazione pratica della norma da ultimo richiamata la meritevolezza è invocata dalle Corti in chiave esclusivamente di liceità: cosicché è meritevole qualsivoglia interesse che non sia illecito (48). Allora il richiamo all'art. 1322 potrebbe intendersi come riferito al controllo causale, di modo che il fine di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. dovrà essere semplicemente lecito (49).

Una tale ricostruzione, pur dando adito a dubbi, circa il fatto che così si daranno ingresso nel nostro ordinamento a qualsivoglia vincolo di destinazione che non contrasti con norme imperative, ordine pubblico o buon costume, senza alcun effettivo controllo da parte del giudice circa la prevalenza dell'interesse perseguito rispetto a quello dei creditori (che si vedono in tal modo limitata la responsabilità patrimoniale del debitore), appare quella maggiormente corrispondente alla volontà del legislatore.

Infatti se esaminiamo il testo dell'art. 2645 *ter* c.c., gli interessi evidenziati sono innanzitutto quelli riferibili a persone con disabilità, con ciò accogliendo la tesi di

Note:

(42) In tal senso anche Bianca, *L'atto di destinazione*, cit., 1189.

(43) Così Oberto, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in questa Rivista, 2007, 2003.

(44) Situazione che si verifica nel c.d. trust "autodichiarato", sul punto cfr. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile (diretto da Sacco)*, Torino, 2004, 237 ss.

(45) Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 167.

(46) In questo senso invece Sacco, in *Il contratto*, (a cura di Sacco e De Nova), II, Torino, 2004, 444.

(47) Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 168.

(48) Da ultimo Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Contratti*, 2004, 801. Nel medesimo senso la dottrina maggioritaria. Cfr. per tutti Ferri, *Anche in tema di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 1 ss. In senso contrario si è espresso il Tribunale di Trieste (decr. 7 aprile 2006, cit.) che ha presto ribadito come l'identificazione fra meritevolezza e liceità non possa non richiamarsi ad ogni effetto anche per le fattispecie discendenti dall'art. 2645 *ter*, in quanto una diversa interpretazione, presterebbe il fianco a evidenti profili di incostituzionalità della norma.

(49) A tal proposito qualche autore ritiene improprio il richiamo, nell'art. 2645 *ter*, al comma 2 dell'art. 1322 c.c., in quanto la disciplina del negozio in questione, ormai "nominato" avrebbe richiesto, piuttosto, il rinvio al comma 1 dello stesso art. 1322 c.c. per la libera determinazione del contenuto dell'atto. Così Bartoli, *Relazione al Convegno nazionale*, Firenze, 24 giugno 2006, cit.

quegli autori che, ancor prima dell'entrata in vigore della norma, auspicavano l'utilizzo del *trust* ad esempio in favore di persona beneficiaria di amministratore di sostegno (50); poi a pubbliche amministrazioni, ed infine molto genericamente la norma fa riferimento ad enti o persone fisiche purché selezionati con i criteri di cui al secondo comma dell'art. 1322 c.c. (51): con l'ovvia conseguenza che tali interessi dovrebbero muovere da principi di carattere solidaristico.

Sembra quindi che il legislatore non richieda ai fini della costituzione del vincolo *ex art. 2645 ter c.c.* l'esistenza di un particolare interesse del disponente rispetto all'interesse dei creditori o alla libera circolazione dei beni, purché sufficientemente serio da prevalere su questi. E proprio il campo del diritto di famiglia, che in sé riconduce i vincoli di solidarietà privilegiati dal legislatore, e particolarmente significativi fra i membri di una famiglia, appare apprestare il terreno più fertile di applicazione. In base ad una tale ricostruzione, appare quindi possibile e legittimo che il vincolo di destinazione sia posto in sede di crisi coniugale per l'interesse della prole.

In conclusione il presupposto della validità del regolamento negoziale e della sua trascrivibilità trova il suo presupposto nel giudizio di meritevolezza dal punto di vista causale, quale limite alla configurabilità di vincoli di destinazione con efficacia reale.

A tal proposito merita spendere alcune parole circa la trascrizione del vincolo: le modalità della trascrizione differiranno infatti a seconda che l'atto di destinazione sia un atto unilaterale ovvero bilaterale (52). Nel primo caso la trascrizione verrà eseguita contro il disponente e a favore del beneficiario; nella seconda ipotesi si dovrà invece procedere ad una doppia trascrizione, secondo il modello già utilizzato per la trascrizione dei *trusts*: la prima per pubblicizzare l'effetto traslativo a favore del fiduciario e la seconda a carico di quest'ultimi e a favore dei beneficiari, al fine di evidenziare, non solo la costituzione del vincolo, ma altresì l'effetto di segregazione del bene e la sua separazione dal resto del patrimonio dell'attributario (53).

Da tutto quanto detto appare pertanto fondata l'opinione secondo la quale, mentre la l. 16 ottobre 1989 n. 364 (esecutiva della convenzione dell'Aia del 1° luglio 1985) ha introdotto nel nostro diritto la figura del *trust* regolata dalla legge straniera, con l'art. 2645 *ter c.c.*, invece, è stata prevista una figura generale del negozio di destinazione regolata dal diritto italiano, non coincidente col *trust* (54).

2. Vincoli di destinazione e fondo patrimoniale

Talune perplessità nell'applicazione del nuovo art. 2645 *ter c.c.*, nell'ambito di una crisi familiare, derivano dal fatto che i medesimi risultati potrebbero essere realizzati mediante l'impiego della diversa figura del fondo patrimoniale (55).

La costituzione di un fondo patrimoniale, infatti, alla

stregua di quella di un *trust*, sottopone, ai sensi dell'art. 170 c.c., i beni in esso conferiti ad un vincolo di destinazione, sottraendoli in tal modo alla libera disponibilità di chi li gestisce ed impedendo che si verifichi confusione tra il patrimonio personale di questi e quanto trovasi nel fondo stesso, vincolo rispetto al quale la famiglia, in tutti i suoi componenti, risulta beneficiaria. Le affinità tra i due istituti vengono ulteriormente in rilievo ove si considerino altri caratteri comuni, per il cui esame si rinvia alla dottrina richiamata nella nota che precede. Tanto che parte della dottrina si è spinta fino a ravvisare nell'istituto del fondo patrimoniale un vero e proprio *trust* "amorfo" riconducibile alla previsione dell'art. 2 Convenzione dell'Aja, e previsto nel nostro ordinamento (56).

Ma, ad un'analisi più approfondita, tale conclusione si rivela fallace. Infatti, se è vero che il fondo patrimoniale realizza, in deroga al principio di cui all'art. 2740 comma 1 c.c., una tipica ipotesi di segregazione patrimoniale, dalla quale scaturiscono effetti analoghi a quelli che derivano dall'istituzione di un *trust* (57), è pur vero che dal *trust* sorge una maggiore duttilità e una più ampia sfera di applicabilità.

Innanzitutto, dal punto di vista oggettivo, l'art. 167 c.c. circoscrive ai beni immobili, mobili registrati e titoli di credito i possibili oggetti del fondo patrimoniale, con un ambito di applicazione quindi ben più ristretto rispetto al *trust*.

Dal diverso punto di vista soggettivo, il fondo patrimoniale è un istituto configurabile solo nell'ambito della famiglia legittima o, più precisamente, ai sensi degli

Note:

(50) Prima fra tutti Cipriani, *L'amministrazione di sostegno e il trust interno*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, 299 ss.

(51) In particolare il riferimento ad "altri enti" è talmente generico da portare a ritenere che possano esservi ricompresi qualsiasi tipologia di ente prevista nel nostro ordinamento: associazioni, fondazioni, *onlus*, società di qualsiasi tipo, consorzi (rendendo pleonastico il riferimento a "pubbliche amministrazioni" che comunque in via interpretativa ben potevano essere ricondotte fra gli "altri enti").

(52) Patti, *Gli atti di destinazione e trust*, cit., 988 ss.

(53) Taluni autori ritengono che la trascrizione si renda necessaria al solo scopo di ottenere l'opponibilità del vincolo (D'Errico, *Relazione tenuta al Convegno presso l'Università La Sapienza di Roma*, 17 marzo 2006); mentre altri sostengono che la trascrizione assuma un valore costitutivo del vincolo stesso, nel senso che esso non può dirsi costituito se non è reso opponibile ai terzi.

(54) Bartoli, op. ult. cit.; Maltese, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit.

(55) Grasso, *L'art. 2645 ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, in *Riv. not.*, 2006, 1194-1195. Si sono interessati in particolare del tema: Lupoi, *Trusts*, Milano, 1997, 624 ss.; Bartoli, *La "conversione" del fondo patrimoniale in trust*, in Dogliotti e Braun (a cura di), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Genova, 207 ss.; Cenni, *Trust e fondo patrimoniale*, in *Trusts att. fiduc.*, 2001, 523 ss.; Bartalena, *Il fondo patrimoniale*, in *Riv. del dir. comm. e dir. gen. oblig.*, 2002, 1, 27 ss.; Rossano, *Fondo patrimoniale e patrimoni destinati: spunti di riflessione*, in *Notariato*, 2003, 423 ss.

(56) Così Lupoi, *Trust Laws of the World*, Roma, 1999, 210.

artt. 167, 168 e 170 c.c., a tutela in generale dei bisogni dell'intera famiglia legittima, laddove nel *trust* si può mirare alla tutela delle esigenze di uno solo o più componenti della famiglia legittima e non.

Allo stesso tempo, l'art. 2645-ter c.c. permette la costituzione di un vincolo nell'interesse della famiglia al di là delle ipotesi consentite dagli artt. 167 ss. c.c.: consentendo la costituzione di vincolo in favore di una famiglia di fatto ovvero, in relazione ad una famiglia legittima, il conferente potrà derogare a quanto stabilito dall'art. 171 c.c., stabilendo ad esempio che il vincolo non cessi in caso di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, pur in assenza di figli minori.

Va poi rilevato che l'istituto del fondo patrimoniale è oggi obsoleto, sotto vari aspetti: pur avendo, infatti, la dottrina indicato il fondo come uno dei pochi esempi civilistici di patrimonio di destinazione, una giurisprudenza largamente permissiva ha fatto sì che a questa assimilazione teorica conseguisse uno scarso rilievo pratico. A tal proposito è esemplificativa l'interpretazione dell'art. 169 c.c., relativo alle possibilità di alienare i beni oggetto del fondo, nella sua accezione più ampia, che la giurisprudenza ha ridotto a mera norma procedurale, in assenza di alcuna disposizione normativa che preveda un meccanismo surrogatorio. Allo stesso modo poi non è stato applicato l'art. 320 c.c., che prevede un contestuale obbligo di reimpiego per i bisogni della famiglia sulle somme incassate dalla vendita dei beni. Si è quindi prodotto l'effetto pratico per il quale il fondo patrimoniale civilistico può oggi essere disfatto e rifatto, a mero piacimento dei coniugi e per ragioni di fatto indipendenti dai bisogni della famiglia. A ciò si aggiunga, ancora, l'incertezza del rimedio applicabile nel caso di cattiva amministrazione di uno o di entrambi i coniugi. Ben più proficue applicazioni potrebbe invece trovare il vincolo ex art. 2645-ter c.c. che, per assolvere a funzioni analoghe a quelle descritte dall'art. 167 c.c. e ss., dovrebbe essere creato dai coniugi o da terzi, a beneficio della famiglia (costituita dai coniugi e dai figli nati e/o nascituri).

Appare infatti ovvio come sia possibile collocare la famiglia tra quegli "enti" cui si richiama la norma citata, con la ulteriore possibilità di valorizzare quell'indirizzo che considera tanto la famiglia legittima quanto quella di fatto quali "formazioni sociali" riconosciute ex art. 2 Cost.

Qualora si utilizzi lo strumento di cui all'art. 2645-ter c.c., sarà possibile la costituzione di un vincolo nell'interesse della famiglia più "forte" di quello da fondo patrimoniale, in conseguenza dell'opponibilità nei confronti di tutti i creditori dei coniugi, anche a prescindere dalla ricorrenza delle condizioni, per così dire, "soggettive" descritte dall'art. 170 c.c. (58). Infatti, mentre quest'ultima norma impone, per l'opponibilità del vincolo al creditore, non solo l'oggettiva estraneità del credito ai bisogni della famiglia, ma anche la conoscenza,

in capo al creditore, di tale estraneità, al contrario, l'art. 2645-ter c.c. si limita a stabilire che "i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, comma 1, solo per debiti contratti per tale scopo", fra l'altro legittimando così ad agire per assicurare la finalità voluta dal disponente, oltre che quest'ultimo, qualsiasi interessato (59).

Ne deriva che sul debitore non graverà l'onere di fornire alcuna prova sullo stato soggettivo del creditore al momento della nascita del rapporto obbligatorio, mentre spetterà al creditore dimostrare che il debito è stato contratto "per la realizzazione del fine di destinazione", quale elemento costitutivo della fattispecie.

Tutto ciò precisato, a noi pare che tutte le lacune e le debolezze del fondo patrimoniale emergano chiaramente dall'esame della posizione dei beneficiari e dei loro concreti diritti di controllo sulla gestione dei beni del fondo. Ad un potere di controllo pressoché inesistente si deve aggiungere che, sebbene taluni autori ritengono ammissibile la costituzione di un fondo patrimoniale tra coniugi separati (segnatamente nell'interesse dei figli minori non economicamente autosufficienti) (60), ragioni di opportunità paiono comunque sconsigliarla, vista l'amministrazione congiunta del fondo che mal si concilia con il conflitto coniugale. Per di più, secondo il disposto di cui all'art. 171 c.c. "la destinazione del fondo termina a seguito di annullamento scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio", cosicché qualsiasi crisi della coppia travolge irrimediabilmente il fondo disattendendo le legittime aspettative dei beneficiari, ad esempio la prole, a maggior ragione se trattasi di minori.

Dal diverso punto di vista del trattamento fiscale, si richiama l'ulteriore vantaggio di cui all'art. 3, comma 4-ter del d.lgs. 346/1990, ai sensi del quale vi è esenzione da imposta nel *trust* disposto a favore dei discendenti del *settlor* qualora abbia ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali ed azioni.

Si precisa però che, in tutti gli altri casi, la recente cir-

Note:

(57) Cfr. in proposito Lupoi, *Trusts*, cit., 514; Piccoli, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita not.*, 1998, 785; Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. Giur.*, 1999, 630 ss.

(58) Oberto, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit. 203 ss.

(59) Circa la sanzione per la violazione del vincolo di destinazione, alla tesi che sostiene la mera inefficacia degli atti compiuti ex art. 2644 c.c., appare preferibile la sanzione della nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., che verrebbe a travolgere tutti quegli atti di disposizione o di impiego compiuti in violazione della finalità impressa dal disponente, che non siano soggetti a trascrizione (ad es. la modifica della destinazione d'uso o la vendita dei frutti dei beni), Patti, *Gli atti di destinazione e trust*, cit., 991.

(60) Auletta, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, 337 ss.; Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia (parte II)*, in questa *Rivista*, 2004, 3, 310 ss.

colare n. 48/E diffusa dall'Agenzia delle Entrate il giorno 6 agosto 2007 (61), considerando che "attualmente la costituzione dei vincoli di destinazione è soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni secondo le disposizioni stabilite dall'art. 2, commi da 47 a 49, del d.l. 262/2006," fa discendere la conseguenza che "il conferimento dei beni nel *trust* (o il costituito vincolo di destinazione che ne è l'effetto) va assoggettato, pertanto, all'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale".

Rimane oscuro come tali indicazioni si riflettano sugli atti istitutivi del fondo patrimoniale o sugli atti che istituiscono vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* Quest'ultimi, infatti, finora hanno sempre beneficiato dell'imposizione in misura fissa.

3. Vincoli di destinazione e crisi coniugale

Si è già osservato come l'atto di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* permette, attraverso un negozio atipico di destinazione con effetti reali, di realizzare interessi ritenuti meritevoli di tutela, in assenza o al di là dei limiti posti da specifiche disposizioni di legge, prospettando proficue applicazioni nel campo del diritto di famiglia: si pensi ad esempio alla possibilità per i conviventi *more uxorio* di costituire un fondo patrimoniale per far fronte alle necessità della famiglia di fatto (fino ad oggi irrealizzabile per la mancanza dei presupposti *ex art. 167 c.c.*).

In particolare, si tratta ora di esaminare se ed in quali limiti questo nuovo strumento possa giocare un ruolo nella fase patologica di crisi del rapporto coniugale, trovando ad esempio tutela l'interesse dei coniugi che intendano mantenere il vincolo sui beni del costituito fondo patrimoniale anche al di là dello scioglimento del matrimonio (oltre i limiti cioè di quanto posto dall'art. 171 c.c.).

Già da qualche tempo taluni autori hanno ritenuto che il *trust* potesse costituire uno strumento di intervento efficace in presenza della crisi della coppia (62): nel momento antecedente l'inizio del procedimento di separazione o divorzio ovvero in quello successivo alla conclusione di questi procedimenti, in presenza di un obbligo di contribuire al mantenimento del coniuge o di versare a favore di questo un assegno divorzile. E questo sia nel caso che tale dovere trovi la sua fonte nella volontà delle parti (in sede di separazione consensuale) sia che derivi da una statuizione del giudice (in sede contenziosa) (63).

Nel primo caso l'istituzione di un *trust* sarebbe finalizzata a prevenire o, comunque, limitare le richieste economiche dell'altro coniuge. Nel secondo, invece, avrebbe una valenza estremamente garantista, relativamente ai diritti alimentari o di mantenimento vantati da coniuge e prole, in quanto consentirebbe di isolare le risorse del coniuge obbligato al mantenimento, o agli alimenti, affinché non possano essere distolte dall'adempimento di queste obbligazioni.

Infatti, l'effetto segregativo proprio del *trust*, consentirebbe di opporre il vincolo ai creditori del disponente, assicurando in tal modo il pagamento delle prestazioni periodiche in favore del coniuge e/o alla prole anche di contro a possibili azioni esecutive di terzi, naturalmente fatte salve eventuali domande revocatorie (64).

Accogliendo la tesi dell'ammissibilità del *trust* interno, rafforzata dalla possibilità di utilizzare in alternativa il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter c.c.*, siffatto vincolo potrebbe essere costituito nell'ambito dello stesso negozio di separazione di fatto, consensuale o di divorzio su domanda congiunta: le parti verrebbero così a porre in essere lo strumento attraverso il quale determinare le modalità di adempimento degli obblighi *ex artt. 155 ss., 156 c.c., 5 e 6 l. n. 898/1970.*

D'altro canto e sempre, ovviamente, sulla base di un accordo *inter partes*, il *trust* potrebbe rappresentare il mezzo per garantire l'esecuzione di obblighi di mantenimento e di assegni già determinati, precedentemente, dalle parti medesime (in sede, per l'appunto, di separazione consensuale omologata ovvero di divorzio su domanda congiunta, ovvero anche in sede di crisi coniugale contenziosa), come modalità alternativa alla corresponsione dell'assegno di mantenimento, attraverso la destinazione delle rendite di taluni beni così vincolati (65), oppure il diretto conferimento di beni in *trust* quale alternativa alla corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione.

Con l'ulteriore vantaggio di evitare ritorsioni o inadempimenti o prestazioni inadeguate nascenti dal particolare momento emotivo di crisi in dipendenza del quale i coniugi desiderano sistemare i rapporti patrimoniali.

A tal proposito si deve richiamare l'opinione, che sembra ormai prevalere in dottrina e giurisprudenza, secondo cui le condizioni della separazione e del divorzio possono essere modificate dai coniugi senza dover ricorrere ad alcun tipo particolare di procedura giudiziale. Del resto la prassi mostra come sovente sia designato quale *trustee* uno dei coniugi anche se appare assai discutibile che i beni del *trust* siano amministrati dallo stesso ob-

Note:

(61) Pubblicata in *Norme e tributi - Il Sole 24 ore*, 2007, 216, 25.

(62) Cfr. in particolare Dogliotti e Piccaluga, *I trust nella crisi della famiglia*, in questa *Rivista*, 2003, 301 ss.

(63) Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., 310 ss.

(64) Ai fini dell'esperibilità dell'azione è necessaria, ovviamente, una corretta qualificazione dell'atto quale atto a titolo gratuito, a titolo oneroso ovvero atto dovuto, che si sottrae, in quanto tale, al rimedio revocatorio. Sul punto, le soluzioni prospettate sono assai diversificate e dipendono dalle differenti individuazioni della causa che caratterizza questa categoria di negozi. Sul tema della causa dei contratti della crisi coniugale cfr. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 634 ss., 709 ss.; Id., *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 214 ss. In giurisprudenza: Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Arch. civ.*, 2004, 1026 ss.; Cass., 12 aprile 2006, n. 8516, in *Foro it.*, 2006, I, 2756.

(65) D'Errico, *Il trust nella famiglia*, in *Famiglia*, 2004, 87.

bligato in favore dell'altra parte; è ben evidente, infatti, che la patologia della relazione coniugale coincide generalmente con l'instaurarsi di difficili situazioni di conflittualità, tali da sconsigliare il totale affidamento al coniuge obbligato dei poteri di gestione dei beni (66).

Il *trust* potrebbe trovare proficua applicazione non solo nei rapporti tra i coniugi ma anche nei confronti della prole: attribuendo a favore dei figli una rendita o un determinato capitale, come strumento di garanzia per l'esatta esecuzione degli obblighi nascenti dall'accordo stipulato tra i coniugi nella fase della crisi coniugale.

Per di più la separazione tra titolarità ed amministrazione dei beni conferiti in *trust* permetterebbe al genitore obbligato di evitare che le assegnazioni si vadano a confondere col patrimonio del genitore affidatario o coaffidatario, vigilando al fine di evitare la eventuale distrazione dei beni per finalità proprie del coniuge invece che dei figli.

Si è poi anche osservato che "l'istituzione di un *trust* avrebbe una valenza estremamente garantista relativamente ai diritti alimentari o di mantenimento vantati da coniuge e prole, in quanto consentirebbe di isolare le risorse del coniuge obbligato al mantenimento, o agli alimenti, affinché non possano essere distolte dall'adempiimento di queste obbligazioni", evitando il conflitto tra i creditori del coniuge obbligato e quelli della prestazione alimentare, segregando i beni in *trust fund*, che dovranno essere impiegati unicamente per adempiere alle obbligazioni nascenti dalla definizione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in dipendenza di una crisi o dello scioglimento del matrimonio, ovvero per garantire eventuali prestazioni periodiche, tenuto conto dei diritti della prole, di tutti i criteri economici adottati nella determinazione dell'assegno e di tutte le altre prestazioni patrimoniali. (67).

È noto come nella prassi già da qualche tempo si annoverino verbali di separazione omologati, contenenti la previsione di *trusts*.

Un *trust* così configurato assumerebbe la configurazione di *trust* a scopo di garanzia, che difficilmente potrà essere realizzata con i tradizionali strumenti civilistici: realizzando un risultato simile a quello del sequestro, ma senza i danni materiali che quest'ultimo inevitabilmente cagiona e soprattutto trovando origine in un accordo tra i coniugi e non in provvedimento coattivo del giudice. La stessa fondazione di famiglia (*ex art. 28 c.c.*) consentirebbe l'esclusiva destinazione del patrimonio per il perseguimento di fini specifici, garantendo una separazione perfetta fra i beni del costituente e quelli del beneficiario, tuttavia in questo tipo di fondazioni, a differenza del *trust*, la dottrina avanza fondati dubbi circa la possibilità di svincolare il patrimonio dalla propria destinazione una volta conseguito lo scopo.

Pertanto, fino all'introduzione dell'art. 2645 c.c., il *trust* poteva essere considerato lo strumento più idoneo per il

raggiungimento di una finalità di garanzia del coniuge separato e della relativa prole. Con il nuovo meccanismo, di recente introdotto dal legislatore, è possibile raggiungere la medesima finalità di garanzia per il beneficiario nei confronti dei creditori del disponente, perseguita tramite il *trust*, coniugando al contempo per il disponente stesso i vantaggi che derivano da questo diverso istituto e che sono stati evidenziati nel paragrafo che precede.

L'utilizzo di un tale innovativo strumento si inserisce e completa quel percorso che la dottrina e, con maggiore cautela, la giurisprudenza hanno intrapreso verso la piena coscienza dell'importanza che l'autonomia negoziale riveste nell'ambito dei rapporti familiari, riconoscendo tutela alla volontà liberamente manifestata dalle parti quale espressione del principio di libertà di autodeterminazione, che deve trovare spazio anche nell'ambito del diritto di famiglia (68).

È possibile brevemente riassumere gli attuali orientamenti giurisprudenziali, distinguendo gli accordi patrimoniali tra i coniugi stipulati "in vista" della crisi coniugale da quelli successivi al decreto di omologazione del tribunale degli accordi.

Mentre questi ultimi, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi validi ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dai richiamati artt. 710 e 711 c.p.c., senza altro limite che non sia quello di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c., le pattuizioni convenute dagli stessi coniugi antecedentemente o contemporaneamente al decreto di omologazione, e non trasfuse nell'accordo omologato, sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest'ultimo, in posizione di "non interferenza": in quanto assicurino un maggiore vantaggio all'interesse protetto dalla norma (ad esempio concordando un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sot-

Note:

(66) Viglione, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005, 128. Ma cfr., in senso contrario, Patti, *I trusts: utilizzo nei rapporti di famiglia*, in *Vita not.*, 2003, 14 ss, secondo il quale "l'istituzione del *trust* potrebbe trovare una più facile realizzazione con riguardo alla circostanza che potrà essere nominato trustee lo stesso coniuge proprietario dei beni e obbligato alla prestazione, giacché la natura del *trust* e la trascrizione del provvedimento giudiziale non consentiranno atti di disposizione in danno degli interessi tutelati".

(67) Così Nasseti, *Il trust: applicazioni pratiche*, Relazione tenuta a Bologna il 16 febbraio 2001. Nello stesso senso cfr. anche Lupoi, *Trusts*, cit., 641 ss.; Patti, *I trusts: problematiche connesse all'attività notarile*, in *Vita not.*, 2001, 548.

(68) Quadri, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 277 ss.; Patti, *Accordi patrimoniali tra coniugi connessi alla crisi del matrimonio. Autonomia negoziale e ruolo del notaio*, in *Vita not.*, 2004, 3, 1381 ss.; Capobianco, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 2, 359 ss.; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 562, con nota di Doria, *Accordi dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*; Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, 1787 ss., e in *Corr. giur.*, 1991, 891, con nota di Cavallo, *Autonomia contrattuale e separazione personale dei coniugi*.

toposta ad omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o quando ancora costituiscano clausole meramente specifiche dell'accordo stesso. Non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c. (69).

In questo quadro ben si colloca lo strumento dei vincoli di destinazione, come mezzo per attuare l'obbligo di mantenimento del coniuge o dei figli stabilito dalle parti ed omologato dal giudice (70).

Al contrario, per quanto riguarda invece gli accordi patrimoniali tra i coniugi stipulati "in vista" della crisi coniugale, la giurisprudenza di legittimità tende in prevalenza a ritenere invalidi per illiceità della causa gli accordi con i quali i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio/separazione sia nella parte riguardante i figli, sia nella parte concernente l'assegno spettante all'(ex) coniuge, in forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio (71).

Dal diverso punto di vista dei requisiti di forma, può sorgere il dubbio che il meccanismo del vincolo di destinazione possa essere contenuto nel verbale di omologa della separazione consensuale tra i coniugi. In realtà, l'art. 2645-ter c.c. prevede che il vincolo di destinazione sia costituito per atto pubblico, senza peraltro specificare che debba necessariamente trattarsi di atto notarile. Questa circostanza, unita all'evoluzione giurisprudenziale tesa a riconoscere natura di atto pubblico ex art. 2699 c.c. al verbale d'udienza di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta (72), consente di ritenere che nell'ambito delle determinazioni dei coniugi circa le condizioni della separazione o del divorzio, sia possibile stabilire la costituzione di un vincolo nell'interesse di uno dei coniugi e/o dei figli (maggiorenni o minorenni che siano).

Naturalmente, sotto il diverso profilo del requisito della meritevolezza degli interessi, nessun dubbio che il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli si configurino quali scopi di evidente utilità e solidarietà sociale. Il tutto, naturalmente, a condizione che il complesso delle condizioni concordate soddisfi il canone irrinunciabile dell'interesse dei minori eventualmente coinvolti.

Il relativo verbale di separazione costituirà dunque titolo idoneo per la trascrizione, anche ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. (73). Allo stesso modo è ipotizzabile che nel verbale di conciliazione giudiziale possa essere contenuto un accordo transattivo con cui si disponga l'immediato trasferimento di diritti su di uno o più beni, e che, come atto (pubblico) immediatamente tra-

slativo, ben può costituire titolo per la trascrizione (74).

4. (segue) Azione revocatoria e vincoli di destinazione

L'istituzione di patrimoni destinati in funzione per così dire protettiva, o comunque finalizzati a realizzare interessi meritevoli di tutela, può determinare una lesione della garanzia dei creditori, sia che il vincolo di destinazione sia apposto mediante istituzione di un *trust*, o del nuovo vincolo ex art. 2645 ter c.c., sia che questo venga

Note:

(69) Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, 1189; conforme a Cass., del 22 aprile 1982 n. 2481, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Corr. giur.*, 1993, 820; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 868; Cass., del 28 luglio 1997, n. 7029, in *Mass.*, 1997; Cass., del 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Lessico dir. famiglia*, 2006, fasc. 3, 11.

(70) Cfr. in proposito il paragrafo 5.

(71) Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Dir. fam. pers.*, 1981, 1025; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce Matrimonio, n. 187; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce Matrimonio, n. 201, le quali sottolineano che i coniugi non avrebbero il potere di disciplinare in anticipo i loro rapporti patrimoniali per l'eventualità del divorzio, perché "la materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio è sottratta alla disponibilità delle parti ed è affidata alla determinazione del giudice, a tutela di interessi anche pubblicitici".

Al contrario, è stato ritenuto valido l'accordo intervenuto fra i coniugi, in costanza di matrimonio, con il quale uno si impegnasse a corrispondere all'altro una determinata somma mensile per il mantenimento di quest'ultimo in ipotesi di dichiarata nullità del matrimonio concordatario fra gli stessi intervenuto, essendo l'accordo correlato ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare l'esistenza o meno di una causa d'invalidità del matrimonio, fuori da ogni potere negoziale di disposizione dello *status*, così Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giust. civ.*, 1993, I, 605.

(72) Nella dottrina si rinvia a Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 1995, 155 ss.; Id., *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006, 181 ss.; Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; Carbone, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, 627 ss.

(73) Appare condivisibile la posizione di chi ritiene che nel verbale di separazione redatto all'udienza ex 711 c.p.c., ovvero in sede di comparizione dei coniugi avanti al tribunale nella procedura di cui all'art. 4, comma 13, l. div., si possa attribuire efficacia reale immediata ai trasferimenti patrimoniali voluti dai coniugi (cfr. Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi*, cit., 174 ss.; Capobianco, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare*, cit., 387 ss. *Spunti a conferma* in Cass., 8 marzo 1995, n. 2700, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce Separazione di coniugi, n. 57). Contro chi ritiene che tali accordi assumano soltanto l'impegno ad adempiere in un successivo momento agli obblighi assunti in quella sede: Brienza, *Una questione sempre più controversa: le attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. not.*, 1994, 565 ss.; Vaglio, *I verbali di separazione e divorzio sono idonei per trasferimenti immobiliari fra coniugi*, in questa *Rivista*, 1994, 686. In giurisprudenza cfr. Trib. Firenze, 29 settembre 1989, in *Riv. not.*, 1992, 595; Trib. Firenze, 7 febbraio 1992, in *Dir. pers. fam.*, 1992, 731; Trib. Napoli, 16 aprile 1997, in questa *Rivista*, 1997, 420, con nota di Caravaglios, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*.

(74) Tondo, *Sull'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 3134. In giurisprudenza: Trib. Firenze, 26 agosto 1987, in *Giur. merito*, 1988, 756 ss.

impresso mediante il più domestico istituto del fondo patrimoniale (75).

Ciò in quanto la costituzione di un fondo patrimoniale, alla stregua di quella di un *trust*, sottopone, ai sensi dell'art. 170 c.c., i beni in esso conferiti ad un vincolo di destinazione - sottraendoli alla libera disponibilità di chi li gestisce ed impedendo che si verifichi confusione tra il patrimonio personale di questi e quanto si trovi nel fondo stesso - rispetto al quale la famiglia, in tutti i suoi componenti, risulta beneficiaria. Le affinità tra i due istituti, del resto, sono state in gran parte già rammentate.

Si tratta ora di verificare se i principi giurisprudenziali elaborati in tema di azione revocatoria ordinaria ex artt. 2901 ss. c.c., a proposito del fondo patrimoniale, siano applicabili anche in materia di *trust* e di vincoli di destinazione.

In proposito è opportuno richiamare una pronuncia della Corte di Cassazione, in cui si precisa che "l'atto di costituzione del fondo patrimoniale, inquadrabile tra quelli a titolo gratuito anche nell'ipotesi in cui sia stato posto in essere da entrambi i coniugi, è soggetto all'azione revocatoria ordinaria, in quanto rende i beni conferiti aggredibili solo a determinate condizioni, così riducendo la garanzia generale spettante ai creditori sul patrimonio dei costituenti" (76).

Un tale principio ben potrà trovare applicazione anche nel caso del *trust*: qualora il *settlor* si trovi impossibilitato ad adempiere obbligazioni assunte prima del trasferimento dei beni in *trust*, oppure assunte successivamente, nel caso in cui detto trasferimento fosse dolosamente preordinato a danno dei suoi creditori, sempre a condizione che sia in concreto accertata la sussistenza di tutti i requisiti dettati dall'art. 2901 c.c. In questo caso i creditori potranno ottenere la revoca del *trust*, o meglio la dichiarazione di inefficacia nei loro confronti (77).

A tal proposito merita rilievo un altro principio espresso nella medesima pronuncia, secondo cui l'azione revocatoria presuppone solo l'esistenza del debito e non anche la sua esigibilità, potendo la stessa essere esperita "anche per i crediti condizionati o non scaduti". Di tal modo che è possibile configurare la possibilità, per i beneficiari del *trust*, di agire in revocatoria contro gli atti di disposizione dei beni in *trust*, che il *trustee* abbia compiuto in violazione degli obblighi su di lui gravanti (c.d. *breaches of trust*) (78).

Interessante è inoltre la diversa questione concernente la operatività dell'azione revocatoria fallimentare di cui agli artt. 64 ss. L.F., nel fondo patrimoniale rispetto all'istituto del *trust*.

Senza poter, in questa sede, approfondire la questione della revocatoria fallimentare di cui agli artt. 64 ss. L.F. dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, è possibile verificare i limiti e gli effetti del *trust* qualora questo costituisca atto di disposizione da parte del debitore, lesivo eventualmente della garanzia patrimoniale del credito (79).

In via preliminare, vale la pena di ricordare come revocatoria ordinaria e revocatoria fallimentare, pur disciplinate in sedi diverse, abbiano un'identica funzione ed una eguale efficacia, consentendo al creditore e - nel caso del fallimento e delle analoghe procedure concorsuali liquidatorie - al curatore fallimentare o al commissario, di ottenere, in presenza di determinati requisiti, una dichiarazione di inefficacia relativa nei propri confronti degli atti di disposizione del patrimonio che, se pur validi, arrecano pregiudizio alla garanzia patrimoniale del creditore procedente o, nel caso delle procedure concorsuali, all'intera massa dei creditori (80).

È naturale che i presupposti per l'azione revocatoria siano diversi a seconda che si tratti di azione revocatoria ordinaria o fallimentare. Nel primo caso l'azione è concessa contro un soggetto che ha alienato un bene allo scopo di frodare ovvero di rendere privo di garanzia il suo creditore, "l'alienazione assume, in questo caso, un aspetto patologico" (81). Nel secondo, al contrario, l'acquisto e l'alienazione di beni costituiscono lo strumento normale per l'esercizio dell'attività commerciale. In ogni caso, nulla osta alla concorrenza dei due rimedi, ovvero all'utilizzo dell'uno piuttosto che dell'altro (laddove, ad esempio, sia decorso il termine di prescrizione per l'azione revocatoria fallimentare).

Ciò posto, un primo problema, ulteriore e diverso rispetto all'applicabilità dell'azione revocatoria del fondo patrimoniale, è quello di accertare quale sia l'atto pregiudizievole da impugnare, anche ai fini dei limiti temporali dettati dagli artt. 64 e 67 L.F.

In particolare ai sensi dell'art. 64 L.F. "sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubbli-

Note:

(75) In dottrina si sono interrogati sul tema: Fimmano', *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Il Fallimento*, 2005, 10, 1105 ss.; Tucci, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, 24 ss.; Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, 1470 ss.; Zuddas, *Revocatoria fallimentare del fondo patrimoniale tra coniugi*, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 2, 462 ss.; Abramo, *Trovato, Fondo patrimoniale e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1989, I, 292 ss.; Palma, *Fondo patrimoniale e azione revocatoria*, in *Vita not.*, 1988, 604 ss.; Rossetti, *Revocatoria dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale*, in *Contratti*, 2004, 74 ss.; Sabatini, *Sulla legittimazione passiva all'azione revocatoria di fondo patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2004, 469 ss.

(76) Cass., 22 gennaio 1999, n. 591, in *Foro it.*, 1999, I, 1469, con nota di Di Ciommo. Nella specie i costituenti avevano precedentemente prestato fideiussione, garantendo con gli stessi beni poi riversati nel fondo.

(77) In questo senso Lupoi, *Trusts*, cit., 149 e 315.

(78) Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria*, cit., 1471.

(79) Cass., 25 luglio 1997, n. 6954, in *Foro it.*, 1998, I, 893; Cass., 2 dicembre 1996, n. 10725, in *Foro it. Mass.*, 1996 951.

(80) Tucci, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., 31.

(81) Zuddas, *Revocatoria fallimentare del fondo patrimoniale*, cit., 464.

ca utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante". In tale ipotesi la dichiarazione di inefficacia è *ex se*, stante la sufficienza della dimostrazione che l'atto di liberalità è stato compiuto nei due anni antecedenti alla pronuncia di fallimento.

Il concetto di atto a titolo gratuito è stato inteso dalla giurisprudenza in una concezione piuttosto ampia, tale da far ritenere che qualsiasi atto di trasferimento senza corrispettivo rientri nella previsione della norma da ultimo citata. Atto a titolo gratuito, soggetto ad azione revocatoria da parte del curatore del fallimento, è stato quindi considerato la costituzione di un fondo patrimoniale *ex art. 167 c.c.*, compiuto dal fallito nei due anni anteriori al fallimento (82).

Al contrario, appare pacifico in dottrina, come oggetto della azione revocatoria fallimentare non possa essere l'atto costitutivo del *trust*, che ha natura, come già precisato, di atto di pura pianificazione. Mentre sarà soggetto ad azione revocatoria il diverso atto di trasferimento dei beni o dei diritti dal disponente al *trustee* (83).

Resta l'ulteriore problema della qualificazione dell'atto revocando in termini di gratuità oppure onerosità. A tal proposito in dottrina, come abbiamo meglio sopra specificato, c'è chi ha assimilato l'ipotesi del fondo patrimoniale regolato dall'art. 167 c.c. a quella del *trust* costituito per fare fronte alle necessità della propria famiglia (84). Tesi che, per le differenze già sottolineate, non ci sentiamo di sottoscrivere.

In ogni caso, è lecito dubitare che l'atto di trasferimento di beni in *trust* sia sempre riconducibile alla categoria degli atti gratuiti (art. 64 L.F.), con la conseguenza che talvolta si debba escludere l'inefficacia *ope legis* anche qualora l'atto di disposizione dei beni in capo al *trustee* sia avvenuto nel periodo di due anni dalla dichiarazione del fallimento (85).

Comunque, anche a voler qualificare l'atto come gratuito, rimane aperta la questione più delicata della configurabilità della esenzione da revocatoria stabilita nell'art. 64 L.F. per gli atti gratuiti effettuati "in adempimento di un dovere morale" (sempre che sussista il requisito della proporzionalità).

È noto che la Corte di Cassazione, a proposito del fondo patrimoniale, ha escluso l'esimente, proprio in un'ipotesi in cui si discuteva del mantenimento dei figli minori, considerando che l'obbligo morale e giuridico dei genitori di provvedere al sostentamento dei figli non deve essere necessariamente soddisfatto mediante la destinazione di beni a quel fine vincolati, e quindi non potrebbe ravvisarsi nell'atto un vero e proprio "adempimento" (86).

Ma questa argomentazione non appare del tutto appropriata ad un istituto flessibile ed elastico come il *trust*, inoltre le differenze tra fondo patrimoniale e *trusts*, che perseguono eventualmente finalità analoghe, non consentono di estendere a questi ultimi le valutazioni effettuate con riferimento a primo. E ciò in quanto, "fatto

salvo il profilo della parziale affinità dell'effetto segregativo, la diversità tra i due istituti può risultare estremamente rilevante" (87).

Invece, relativamente ai *trusts* costituiti a titolo oneroso, generalmente con funzione di garanzia, la presenza di più soggetti (*trustee* e beneficiario) solleva un ulteriore dubbio (88). Come è noto, i primi due commi dell'art. 67 L.F. sono formulati con riferimento alla gravità degli atti compiuti dal debitore ed al pregiudizio che da ciò consegue, collegandosi a tale gravità la facilitazione della prova a carico del curatore (89).

Orbene, a quale soggetto (*trustee* o beneficiario) dovrà farsi riferimento per valutarne la conoscenza o meno dello stato di insolvenza del disponente (*settlor*)? La letteratura più attenta propende per la soluzione del beneficiario, essendo colui che riceve i benefici del *trust* attraverso il veicolo del patrimonio segregato e che subisce nel suo patrimonio gli effetti negativi del vittorioso esito del giudizio revocatorio (90).

Come emerge da questa breve digressione su di un pro-

Note:

(82) Trib. Cagliari, 1 giugno 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 2, 450 ss.; Cass., 17 giugno 1999, n. 6017, in *Foro it.*, 2000, 4, 1258, con nota di Laghezza, *Costituzione del fondo patrimoniale e azione revocatoria*.

(83) Trib. Firenze, 5 giugno 2002, in *Foro toscano*, 2003, 17, con nota di Giovannoni.

In questo senso del resto si è espressa la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in una diversa fattispecie in cui erano comunque presenti un negozio giuridico preparatorio ed uno successivo attuativo: "l'accertamento degli elementi e dei presupposti afferenti all'azione revocatoria fallimentare deve essere compiuto con riguardo alla vendita definitiva del bene - quale negozio in virtù del quale si verifica il trasferimento definitivo del diritto di proprietà - e non anche al contratto preliminare" (Cass., 16 gennaio 1992, n. 500, in *Dir. fallim.*, 1992, II, 723).

(84) Panzani, *Trust e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005, 555 ss. La giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi ora sulla natura gratuita, ora sulla natura onerosa della costituzione di fondo patrimoniale: cfr. Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in *Foro it.*, 1997, I, 3148 e App. Brescia, 13 febbraio 1981, in *Giust. Pen.*, 1989, 333.

(85) Rescigno, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 462. In giurisprudenza cfr. Cass., 2 dicembre 1996 n. 10725, in *Fallimento*, 1997, 799.

(86) Cass. 18 settembre 1997, n. 9292, cit. Per i rapporti tra costituzione di fondo patrimoniale e obblighi morali nei confronti dei componenti della famiglia v. Abramo, Trovato, *Fondo patrimoniale e fallimento*, cit., 298 ss.

(87) V. Lupoi, *Le posizioni soggettive protette*, in *Trusts*, 2000, 159.

(88) Ai fini della qualificazione dell'atto costitutivo di garanzia, va ricordato che, secondo la Corte di cassazione, la presunzione assoluta di onerosità della prestazione di garanzia, prevista in sede di revocatoria ordinaria dall'art. 2901, comma 2, c.c., non opera in sede di revocatoria fallimentare, sicché, in tale sede, anche in caso di garanzia per credito altrui, contestuale al sorgere del credito garantito, il giudice dovrà valutare in concreto se la garanzia sia stata prestata a titolo gratuito, con conseguente applicazione dell'art. 64 L.F., o a titolo oneroso: Cass., 28 maggio 1998, n. 1320, in *Foro it.*, 1998, I, 2405.

(89) Infatti, nel comma 1, si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre nel comma 2 sono considerati atti di minore gravità, che si ritengono conciliabili con il normale regime dell'onere della prova.

(90) Tucci, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., 24 ss.

filo di particolare interesse, l'attuale rigore della normativa fallimentare, unita alla necessità di operare di volta in volta parallelismi o assimilazioni del *trust* ad istituti tradizionali nel nostro ordinamento, rendono arduo individuare il preciso campo di applicazione della azione revocatoria fallimentare nei confronti del *trust* (91).

E tali argomentazioni sono le medesime anche per quanto concerne l'operatività dell'azione revocatoria rispetto agli atti di disposizione di cui all'art. 2645-ter c.c. Tanto più, nel caso in cui tali atti siano posti per la precipua realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità. In queste e simili ipotesi è possibile avanzare il dubbio che la tutela degli interessi dei creditori, attuata agendo in revocatoria, possa prevalere sull'interesse realizzato mediante l'effetto segregativi del patrimonio del conferente. E ancora maggiori incertezze si manifestano quando l'atto di disposizione sia contenuto in un atto che abbia ricevuto l'omologazione da parte del Tribunale (si pensi agli atti di destinazione contenuti in un ricorso per separazione consensuale dei coniugi).

5. Applicabilità dell'art. 2645 ter c.c. quale strumento per attuare il mantenimento della prole

Secondo i più recenti orientamenti della Corte di Cassazione (92) l'obbligo di mantenimento dei figli minori (ovvero maggiorenni non autosufficienti) può essere legittimamente adempiuto dai genitori mediante un accordo che, in sede di separazione personale tra i coniugi, attribuisca direttamente (o impegni il promittente ad attribuire) la proprietà di beni mobili o immobili ai figli.

Un tale accordo risponde, di norma, ad un più specifico e originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale, il quale, sfuggendo da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di donazione vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto - quello della separazione personale - caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività) e, dall'altro, a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua "tipicità" propria la quale assolve, di converso, ad una funzione solutorio-compensativa dell'obbligo di mantenimento (93). Un patto così configurato comporta l'immediata e definitiva acquisizione al patrimonio dei figli della proprietà dei beni che i genitori abbiano loro attribuito o si siano impegnati ad attribuire (94).

Si tratta ora di valutare i vantaggi dell'applicazione dell'art. 2645 ter c.c. nell'ambito del diritto di famiglia, segnatamente quale mezzo per attuare il dovere di mantenimento dei figli da parte dei genitori. A questo proposito è possibile richiamare un recente provvedimento preso dal Tribunale di Reggio Emilia che ha accolto la domanda di modifica del verbale di separazione consensuale congiuntamente avanzata da una coppia di co-

niugi, giudicando legittimo il trasferimento immobiliare ivi previsto con l'imposizione del vincolo ex articolo 2645 ter c. c., in quanto rispondente all'interesse della prole (95).

In questa pronuncia il Tribunale sottolinea i vantaggi dell'utilizzo di un tale vincolo di destinazione, precisando che con la trascrizione nei registri immobiliari ex art. 2645 ter c.c. (96), "il vincolo di destinazione risulta opponibile *erga omnes*, offrendo così ai minori una significativa tutela, sia con riguardo ai frutti dei beni (da destinare al mantenimento), sia con riguardo all'inalienabilità".

Un ulteriore vantaggio sta nel fatto, già rilevato, che per la realizzazione degli interessi ai quali è preposto il vincolo, oltre al conferente, potrà agire qualsiasi interessato: si ritiene quindi anche il pubblico ministero o un tutore o un curatore speciale. Pertanto, il genitore intestatario dei beni non potrà essere completamente libero di godere e disporre dei cespiti dovendo salvaguardare l'esigenza di mantenimento della prole.

Infine, si richiama la sopra rilevata piena ed efficace garanzia sui beni rispetto agli atti di esecuzione, addirittura superiore alla previsione di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale. Infatti, mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo art. 2645 ter c.c. appare assoluta, l'art. 170 c.c. assoggetta ad esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni

Note:

(91) È peraltro doveroso ricordare che taluni autori tempo reclamano una nuova e diversa applicazione del rimedio revocatorio nei confronti del *trust*, al fine di consentire all'istituto di svolgere in pieno la sua funzione anche nel nostro ordinamento.

(92) Cass., 14 marzo 2006, n. 5473, in *Mass. Foro it.*, 2006, 725; analogamente, Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, cit.

(93) Formalmente un tale accordo rientra nelle previsioni, rispettivamente, degli art. 155, 158, 711 c.c. e 4 e 6 l. n. 898 del 1970, e sostanzialmente costituisce applicazione della *regula iuris*, di cui all'art. 1322 c.c., attesa la indiscutibile meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti.

(94) Di talché, in questa seconda ipotesi, il correlativo obbligo è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., Cass., 21 febbraio 2006, n. 3747, in *Repert. Foro it.*, 2006, voce Separazione di coniugi, n. 137.

(95) Trib. Reggio Emilia, decr. 26 marzo, 2007, cit. Si noti che in precedenza, il medesimo Tribunale aveva rigettato la domanda avanzata dai coniugi, in quanto la concorde richiesta di modifica non appariva rispondente all'interesse della prole: infatti, l'obbligo di mantenimento dei figli minori, precedentemente assunto dal padre con il pagamento di una somma mensile, veniva - nella originaria domanda - sostituito con il trasferimento alla madre (affidataria della prole) di un compendio immobiliare di proprietà del padre, ma senza alcuna garanzia sulla destinazione dei cespiti e dei loro frutti (naturali e civili) al mantenimento della prole.

Il Collegio stesso suggeriva alle parti l'apposizione sugli immobili trasferendi di un vincolo di destinazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645 ter c.c. che consentisse di sottrarre i beni alla libera disponibilità della madre e impegnasse gli stessi al preminente interesse dei figli.

della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza.

In tal modo è assicurata ai figli, sino al raggiungimento della loro autosufficienza economica, una fonte sicura di reddito, non aggredibile da eventuali creditori del genitore, rafforzata dalla previsione dell'inalienabilità dei beni.

Pertanto è possibile concludere che la disposizione di cui al commentato art. 2645 *ter* c.c. ha introdotto nel nostro ordinamento un atipico negozio di destinazione, con il quale un coniuge (disponente) in occasione della crisi matrimoniale può apporre un vincolo di natura reale su determinati beni funzionalizzati al mantenimento del coniuge e/o della prole, atteso che la meritevolezza degli interessi conseguiti giustifica l'effetto segregativi dei beni così vincolati nonché la separazione del patrimonio.

Appare infatti soddisfatto sia il requisito formale previsto dall'articolo 2645 *ter* c.c., laddove si riferisce agli "atti in forma pubblica", in quanto il verbale dell'udienza costituisce atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. e (previa omologazione dell'accordo) ed è titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari, a norma dell'art. 2657 c.c., del negozio di trasferimento di diritti reali immobiliari ivi contenuto (97); sia l'elemento oggettivo, in quanto è evidente che il negozio dovrà avere ad oggetto il trasferimento e la destinazione di beni immobili, come prevede la nuova disposizione codicistica (che limita il suo ambito di applicazione agli immobili e ai beni mobili registrati).

Circa la causa del negozio, infine, va rilevato che l'ampiezza è l'incisività del controllo giudiziale sulle clausole dell'accordo di separazione aventi ad oggetto i rapporti personali e patrimoniali fra coniugi e figli minori le sottopone ad un vero e proprio sindacato di merito funzionale al perseguimento di interessi che trascendono la dinamica di coppia. La giurisprudenza di legittimità ha da anni chiarito, con riguardo alla separazione consensuale dei coniugi, che "il regime del mantenimento dei figli minori sfugge all'autonomia privata, come si desume dall'art. 158 c.c., comma 2, che consente al giudice di rifiutare l'omologazione della separazione quando l'accordo dei coniugi relativamente al mantenimento dei figli non preveda una soluzione idonea" (98). A maggior ragione, riconoscendo al negozio traslativo in esame una causa tipica, come già motivato nei paragrafi che precedono, non si può dubitare della liceità di un tale accordo.

E questo non solo di fronte all'obbligo di mantenimento dei figli minori, ma anche per sopperire ad esigenze della prole maggiorenne, esigenze meritevoli di tutela in virtù dei vincoli solidaristici tra i familiari e del principio che obbliga i genitori a mantenere i figli maggiorenni fino al raggiungimento di una loro autosufficienza economica (art. 155 *quinquies* c.c.). Sarà pertanto ipotizzabile una proficua applicazione dell'art. 2645 *ter* c.c. con vincolo di destinazione su beni del padre finalizzata

a consentire al figlio maggiorenne convivente con la madre di proseguire gli studi: il termine di durata coinciderebbe in questo caso con il raggiungimento dello scopo (ad esempio il conseguimento della laurea).

La nuova norma infatti, senza incidere sull'operatività del diverso istituto del *trust*, consente oggi di trascrivere la suddetta categoria di atti di destinazione, fino ad oggi ammessa solo per i casi espressamente previsti dalla legge.

Note:

(96) Sulle modalità con cui eseguire la formalità v. la Circolare dell'Agenzia del Territorio n. 5 del 7 agosto 2006.

(97) Come espressamente riconosciuto da Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Vita not.*, 1997, 842.

(98) Cass., 3 maggio 1989, n. 2054, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2064. Per un esame completo della giurisprudenza in materia si rinvia Ruscello, *Crisi coniugale e provvedimenti nei confronti dei figli*, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce Matrimonio, n. 5, 69 ss.