



Fondazione
Italiana
del Notariato

**Il contributo della prassi notarile
alla evoluzione della disciplina
delle situazioni reali**

*Atti del Convegno
Firenze, 8 maggio 2015*



GRUPPO **24** ORE

Il contributo della prassi
notarile alla evoluzione
della disciplina delle
situazioni reali



Direttore responsabile

Ennio Bulgarelli

Comitato Scientifico

Giulia Clarizio
Giuseppe Conte
Andrea Fusaro
Piergaetano Marchetti
Giampiero Monteleone
Mario Notari
Pietro Sirena
Irene Stolzi

Comitato editoriale

Lorenza Bullo
Fulvia Paola De Sanctis
Luca Giovine
Emanuela Paolucci

Progetto grafico

Mind adv

GRUPPO **24** ORE

Proprietario ed editore

Il Sole 24 Ore S.p.A.

Presidente

Benito Benedini

Amministratore delegato

Donatella Treu

Sede legale e Amministrazione

Via Monte Rosa, 91
20149 Milano

Redazione

Via Monte Rosa, 9
20149 Milano

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/ fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, Società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali, Via Monte Rosa, n. 91 - 20149 Milano. Informazioni: www.clearedi.org.

Periodico trimestrale registrato presso il Tribunale di Milano, n. 598 del 23.09.1998.

Servizi clienti periodici: via Tiburtina Valeria (s.s. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (Aq) Telefono 02.30.300.600; fax 02 - 06.3022.5400.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 24 novembre 2015.

Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali	
<hr/>	
MASSIMO PALAZZO	
<hr/>	
La prassi notarile singolare e <i>post</i> moderna forma di normatività	10
<hr/>	
GIUSEPPE MORBIDELLI	
<hr/>	
La proprietà culturale	15
Premessa sull'oggetto dell'indagine	15
Il bene culturale come proprietà "divisa"	17
Categorie di beni culturali	18
Beni di enti pubblici o di enti morali trasferibili	26
Procedure di evidenza pubblica propedeutiche alla vendita	28
L'autorizzazione alla vendita dei beni pubblici	29
Le modifiche al contratto "prelazonato"	29
Prelazione e vincolo su particolari architettonici del bene	30
Procedura di prelazione	30
Pluralità di enti titolari del diritto di prelazione	31
Motivazione e copertura finanziaria del provvedimento di esercizio della prelazione	31
<hr/>	
ANTONIO GAMBARO	
<hr/>	
L'incidenza della disciplina pubblicistica sulla conformazione del diritto di proprietà. Obbligazioni <i>propter rem</i> e vincoli pubblicistici nascenti da convenzioni urbanistiche e dagli atti di obbligo	33
<hr/>	
MICHELE GRAZIADEI	
<hr/>	
Il <i>trust</i> : una pagina nella storia della proprietà funzionalizzata	44
Introduzione	44
Il <i>trust</i> , la teoria della proprietà, e la storia delle fiducie	45
Verso la proprietà funzionalizzata	46
La funzionalizzazione della proprietà, e il diritto dei privati	47
La prassi notarile, il <i>trust</i> , la destinazione di beni	48
La razionalità e la leggibilità della prassi	51
<hr/>	
CHIARA TENELLA SILLANI	
<hr/>	
Il diritto di superficie e la proprietà superficiaria	52
Introduzione	52
Diritto di superficie, proprietà superficiaria, proprietà separata	52
Sottosuolo e spazio aereo	53
(Segue)	57
Breve miscellanea	58
La trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà	59
Diritto di superficie ed impianti fotovoltaici	60
Conclusioni	63

IRENE STOLZI

Notariato e scienza del diritto: riflessioni in tema di proprietà nel secondo Novecento	64
Dopo il 1945: tra codice e costituzione	64
Privato o pubblico: <i>tertium non datur</i>	67
Verso nuove frontiere della privatezza	69

ANDREA FUSARO

Le modificazioni convenzionali al contenuto della proprietà e dei diritti reali di godimento e garanzia	73
Premessa	73
Il vincolo convenzionale tra autonomia privata e controlli	73
La qualificazione, gli effetti	75
Gli interessi protetti	78
Piani di lottizzazione e limitazioni reciproche tra i fondi	80
Una casistica risalente	83
Una svolta negli anni cinquanta?	90
L'elaborazione giurisprudenziale successiva	94

GAETANO PETRELLI

Proprietà destinata, fiducia e situazioni giuridiche condizionate	99
Vincoli di destinazione e proprietà fiduciaria nell'interesse altrui. Paralleli in diritto comparato	99
Il contenuto e la disciplina della proprietà fiduciaria	103
Segue: pienezza ed esclusività del diritto dominicale, e proprietà fiduciaria	110
Segue: proprietà fiduciaria, limiti ed obblighi	113
La proprietà condizionata (risolubile) quale ulteriore situazione giuridica «funzionalizzata»	115
Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui	119
La tutela dei creditori del disponente: vincolo di destinazione autodichiarato o alienazione sospensivamente condizionata	124
Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale	129
Pubblicità immobiliare del vincolo di destinazione, delle situazioni giuridiche condizionate e delle relative vicende	132
Ulteriori interazioni tra proprietà fiduciaria e situazioni giuridiche condizionate	135

GIUSEPPE TRAPANI

I negozi aventi ad oggetto diritti edificatori e la loro trascrivibilità	138
Gli interessi in gioco	138
La pluralità di specie di diritti edificatori e l'esigenza di una loro tipizzazione	145
Il volo e l'atterraggio dei diritti edificatori	148
Diritti edificatori e diritti parziari	153
L'efficacia della trascrizione nei registri immobiliari degli atti aventi ad oggetto i diritti edificatori	155
La soluzione dei conflitti ed il principio di continuità	160
Tecniche di emersione pubblicitaria: la compilazione della nota	166

ENRICO MARMOCCHI

Condominio e Notariato: un percorso comune **171**

PIETRO BOERO

Diritto di usufrutto congiuntivo e successivo, usufrutto di partecipazioni e relative tecniche redazionali **177**

PAOLO GROSSI

Conclusioni **182**

Appendice

GIUSEPPE MUSOLINO

Le servitù prediali **185**

Dialettica fra tipicità e tensione all'evoluzione nella disciplina delle situazioni reali.

Le servitù prediali **185**

Principi romanistici ed evoluzione della disciplina delle servitù: le servitù reciproche nel regolamento di condominio e negli atti di lottizzazione **187**

Tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale. Servitù prediali e servitù personali **188**

La regola dell'atipicità delle servitù prediali. La servitù che realizza la cessione di cubatura e la servitù per gli impianti eolici **190**

Vincoli reali e obbligatori sugli immobili e prassi negoziale **191**

Servitù prediali, servitù irregolari e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. **193**

L'*utilitas* e la questione della servitù di parcheggio **194**

L'*utilitas* nelle servitù e i valori costituzionali **195**

GUGLIELMO BEVIVINO

Soft law e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto **198**

Premessa **198**

La nozione di *soft law* e la sua rilevanza nel sistema delle fonti **201**

Il crescente ruolo delle prassi e le categorie degli operatori del diritto **203**

L'articolo 32 della legge n. 340 del 2000 e il rinnovato articolo 2436 del codice civile **204**

Giudice e Notaio quali operatori del diritto: identità di controlli e diversità di ruoli **206**

Natura e funzione degli orientamenti interpretativi dei Consigli notarili nel mutato quadro delle fonti giuridiche **207**

Osservazioni conclusive **209**

Proprietà destinata, fiducia e situazioni giuridiche condizionate

di Gaetano Petrelli
Notaio in Verbania

Vincoli di destinazione e proprietà fiduciaria nell'interesse altrui. Paralleli in diritto comparato

Tra le numerose problematiche afferenti la destinazione patrimoniale, quella riguardante gli *effetti del vincolo di destinazione sulla situazione proprietaria* merita uno specifico approfondimento, ed induce a ripensare categorie dogmatiche su cui l'evoluzione normativa degli ultimi anni ha inciso in profondità; evocando nel contempo similitudini con istituti - come la proprietà temporanea e la proprietà risolubile - che sono da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina, e che tuttavia attendono ancora una adeguata sistemazione e concettualizzazione.

Come è noto, la destinazione di beni ad uno scopo comporta l'insorgere di situazioni giuridiche obbligatorie in capo al titolare del diritto gravato dal vincolo (alle quali possono, in alcune circostanze, corrispondere diritti di credito dei beneficiari della destinazione): in particolare, in conseguenza del vincolo i beni destinati ed i relativi frutti «possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione» (art. 2645-ter c.c.), ed ogni diverso utilizzo è quindi illegittimo.

Non si tratta, però, di rapporti obbligatori nel senso tradizionale del termine: come è stato condivisibilmente affermato, il vincolo di destinazione comporta una «conformazione» della *situazione proprietaria*, limitando con efficacia reale (*id est* con effetti opponibili *erga omnes*) le facoltà di godimento e di disposizione del titolare¹. Ciò significa che l'eventuale inattuazione del vincolo di destinazione ad opera del fiduciario non dà luogo (solamente) ad una responsabilità per inadempimento in capo all'autore della violazione, ma può incidere anche sul piano «reale»: tant'è vero che è prevista la trascrizione del vincolo di destinazione ai fini della relativa opponibilità ai terzi. Occorre, allora, esaminare il contenuto e la disciplina di questo vincolo di destinazione, e conseguentemente verificare se effettivamente si sia in presenza di una *nuova situazione proprietaria*, ed in quale rapporto si collochi quest'ultima rispetto al paradigma dell'art. 832 c.c. Nello svolgimento di tale percorso interpretativo, possono essere proficuamente utilizzate - impiegando il metodo comparativo funzionale - le riflessioni sviluppate a proposito del *trust* anglosassone e della *trust property*, come pure le indagini sul variegato fenomeno dei negozi fiduciari e della proprietà fiduciaria in altri diritti continentali.

99

¹ Cfr. al riguardo, tra gli altri, G. D'AMICO, «La proprietà destinata», in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 e ss.; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 41; F. BENATTI, «La proprietà conformata dall'autonomia privata», in *Studium iuris*, 2011, p. 491; U. LA PORTA, «L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.», in *Riv. not.*, 2007, p. 1073 e ss.; ID., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio (piccola e giocosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, p. 152 e ss.; F. PENE VIDARI, «Trust e rapporti fiduciari tra proprietà e contratto», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 295. Parallelamente, sulla proprietà del trustee quale situazione

giuridica conformata, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 661; G. BALDINI, *Proprietà fiduciaria e trust*, in *Proprietà e diritti reali. Il sistema delle tutele*, a cura di G. Cassano, I, Padova, 2007, p. 290; E. CATERINI, *Il trust anglosassone e la corruzione del rapporto proprietario*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, 2006, p. 757; M. COSTANTINO, «Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee», in *Trusts*, 2003, p. 15 e 169; U. LA PORTA, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002, p. 35; A. GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano 1996, p. 57.

L'istituto del *trust* rappresenta, in effetti, un relevantissimo punto di osservazione del fenomeno, soprattutto se lo si analizza in un'ottica comparatistica, attenta non solo al *trust* di diritto inglese, ma anche ai *trusts* presenti nella legislazione di alcuni ordinamenti di *civil law* (come Liechtenstein e Lussemburgo) o di alcuni sistemi giuridici c.d. misti (Québec, Louisiana, Sudafrica, Jersey, ecc.)². Il raffronto comparato dei suddetti sistemi ha consentito di individuare i *core elements*, o elementi indefettibili del *trust*, tra i quali deve ricorrere necessariamente - unitamente agli obblighi fiduciari del *trustee* - il c.d. *asset partitioning*, ossia la destinazione patrimoniale munita di effetti «reali», o per meglio dire opponibile ai terzi³: solo la ricorrenza di tale opponibilità - conseguibile mediante diverse tecniche - unitamente agli obblighi fiduciari qualifica il rapporto giuridico come *trust*.

In diritto inglese si è giunti a questo risultato mediante la teorizzazione della c.d. *dual ownership*, conseguente all'operatività del *trust* sul piano dell'*equity* e non del *common law*, ed alla correlata distinzione tra *equitable ownership* (che competerebbe al beneficiario del *trust*) e *legal ownership* (appartenente, invece, al *trustee*)⁴. Da ciò una lunga diatriba, ancora per molti aspetti in corso, sulla natura giuridica - reale o personale - del diritto del beneficiario, che di recente vede prevalere i sostenitori della natura obbligatoria di detto diritto, anche alla luce di fattispecie come il *trust* di scopo ed il *trust* discrezionale, nelle quali oggettivamente non può configurarsi alcun diritto reale di un beneficiario del *trust* su specifici beni⁵. In ogni caso, la *legal ownership* del *trustee* è caratterizzata da peculiari profili di disciplina,

² Cfr., in particolare, D. WATERS, «The institution of the trust in civil and common law», in *Recueil des cours* (n. 252), 1995, p. 427 e ss.; H.L.E. VERHAGEN, *Trust in the civil law: making use of the experience of «mixed» jurisdictions*, in *Trusts in mixed legal systems*, a cura di M. Milo e J.M. Smits, Nijmegen, 2001, p. 93 e ss.; T. HONORÉ, «On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions», in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2008, 27, p. 1; M. CANTIN CUMYN, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2012, p. 6; J. KOESSLER, «Is There Room for the Trust in a Civil Law System? The French and Italian Perspectives», 2012, in <http://papers.ssrn.com>; G.S. ALEXANDER, *The dilution of the trust*, in *The Worlds of the Trust*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2013, p. 305; M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience*, *ibidem*, p. 29.

³ Sul rilievo dell'*asset partitioning* nel *trust*, quale risultato non raggiungibile mediante la *contract law*, cfr. soprattutto R.H. SITKOFF, *Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning*, in *The Worlds of the Trust*, *cit.*, p. 428; H. HANSMANN e U. MATTEI, «The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis», in *Njulr*, 1998, p. 438. Cfr. anche H. HANSMANN e R. KRAAKMAN, «The essential role of organizational law», in *Yale Law Journal*, 2000, p. 387; P. MATTHEWS, «La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?», in *Trusts*, 2004, p. 522.

⁴ Cfr. al riguardo A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli 1999, p. 115 e ss. (ed ivi riferimenti); E. MARÉ, «Trust e scissione del diritto di proprietà», in *Corr. giur.*, 1995, p. 162; G. CASSONI, «Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento»,

in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 753. Per il superamento della concettualizzazione del *trust* basata sulla *dual ownership* con riguardo al diritto inglese (conseguente alla negazione della realtà del diritto del beneficiario del *trust*), cfr. L. SMITH, «Trust and Patrimony», in *Revue générale de droit*, 2008, p. 381 e ss.; G.L. GRETTON, «Trusts without equity», in *Iclq*, 2000, p. 603 ss.; M. DE WAAL, «In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context», in *Stellenbosch law review*, 2000, p. 67 ss.; T. HONORÉ, *Trusts: the inessentials*, in *Rationalising property, equity and trusts: essays in honour of Edward Burn*, a cura di J. Getzler, Oxford, 2003, p. 16. Nella dottrina italiana, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, *cit.*, p. 662 (il quale, alla luce dell'operatività solo *in personam* dell'*equity*, parla della *dual ownership* come mera «illusione ottica»); C. LICINI, «Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di «fiducia anglosassone», in *Riv. not.*, 1996, p. 129 e ss.

⁵ I diritti dei beneficiari non possiedono il carattere di *immediatezza* (ossia la possibilità di soddisfare l'interesse del titolare senza l'intermediazione del *trustee*), che è essenziale per la configurabilità di un diritto reale, e non costituiscono un numero chiuso. D'altra parte, il diritto del beneficiario non ha ad oggetto i singoli *trust assets*, bensì a sua volta il diritto del *trustee* sul *trust fund* (o meglio, il relativo valore), e conseguentemente lo stesso beneficiario non può agire nei confronti dei terzi per danni arrecati alla *trust property*. Inoltre, è pacifico che i creditori del beneficiario non possano aggredire i beni in *trust* in quanto tali. D'altra parte, la possibilità di agire, in caso di *breach of trust*, nei confronti dei terzi (diversi dal *bona fide purchaser for value without notice*) non deriva, in diritto inglese, dalla natura reale dell'*equitable title*, ma discende dall'utilizzo di tecniche processuali (*tracing e following*), e dalla configurazione di un *constructive trust* in capo al terzo possessore, fonte di

che ne connotano l'essenza limitando il contenuto dei poteri del proprietario con efficacia verso i terzi: in caso di compimento di atti contrastanti con i termini del *trust*, i beneficiari possono recuperare i beni presso il terzo acquirente (che non sia un *bona fide purchaser for value without notice*), e d'altra parte i beni in *trust* non fanno parte del patrimonio ereditario (*estate*) del *trustee*, né sullo stesso possono essere avanzate pretese da parte del coniuge del medesimo *trustee*, oltre che da parte dei creditori dello stesso. Negli ordinamenti che non conoscono l'*equity*, la concettualizzazione del *trust* si è invece fondata sulla configurazione della *trust property* come patrimonio autonomo o separato. Così è avvenuto, ad esempio, in Scozia⁶, in Sudafrica⁷, in Québec (ove sulla scorta della teoria di Lepaulle è stata codificata l'esistenza di un patrimonio senza soggetto⁸). La separazione patrimoniale consente di spiegare gli snodi fondamentali della disciplina del *trust*, e le limitazioni di natura «reale» al diritto di proprietà del *trustee*, senza necessità di sdoppiare la proprietà del bene, o di teorizzare l'esistenza di diritti reali in capo ai beneficiari⁹.

Appare illuminante anche l'esperienza francese, che si è arricchita da meno di un decennio del dibattito sull'istituto della *fiducie*, introdotto nel *code civil* dalla *loi n° 2007-211 du 19 février 2007* (successivamente modificata). L'art. 544 del *code civil* definisce la proprietà come il diritto di godere e disporre della cosa «nel modo più assoluto», purché non se ne faccia un uso proibito da leggi e regolamenti («*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*»). Una definizione che rispecchia, come è noto, la concezione liberale e

obblighi personali in capo a quest'ultimo (effetto, questo, che in altri ordinamenti si consegue mediante gli istituti dell'ingiustificato arricchimento e della responsabilità civile). L. SMITH, «Trust and Patrimony», *cit.*, p. 390 e ss., afferma, incisivamente, che «*the common law trust was not created by changing the idea of property; it was not created by any decision to split ownership into "legal title" and "equitable title"*. Rather, it was created by a distortion of the law of obligations, in particular an enormous expansion of the universally accepted possibility of third party liability for interference with obligations».

⁶ K. REID, *National Report for Scotland*, in *Principles of European trust law*, a cura di D. Hayton, S. Kortmann e H.L.E. Verhagen, The Hague, 1999, p. 67 e ss.; A. REALI, «Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano. Il trust senza l'*equity*», in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 161.

⁷ M. DE WAAL, *The uniformity of ownership, numerus clausus and the reception of the trust into South African law*, in *Trusts in mixed legal systems*, a cura di M. Milo e J.M. Smits, *cit.*, p. 43 e ss.; ID., «The core elements of the trust: Aspects of the English, Scottish and South African trusts compared», in *South african law journal*, 2000, p. 555 e ss.

⁸ M. CANTIN CUMYN, *The Québec trust: a civilian institution with english law roots*, in *Trusts in mixed legal systems*, a cura di M. Milo e J.M. Smits, *cit.*, p. 73 e ss.

⁹ Il ricorso alla categoria del patrimonio separato permette di inquadrare in una categoria nota agli ordinamenti di *civil law* la disciplina del *trust* (ivi inclusi l'effetto di surrogazione reale sui beni che ne formano parte, e l'esclusiva ricomprensione dei debiti del *trust* nel patrimonio separato). Cfr. soprattutto, nella dottrina comparatistica, T. HONORÉ, *Obstacles to the reception of trust law? The examples of South Africa and Scotland*, in *Aequitas and equity: equity in civil law and mixed jurisdictions*, a cura di A.M. Rabello, Jerusalem 1997, p. 812; G.L.

GRETTON, «Trusts without equity», in *ICLQ*, 2000, p. 608 ss.; K. REID, *Patrimony not equity: the trust in Scotland*, in *Trusts in mixed legal systems*, *cit.*, p. 19 e ss.; SCOTTISH LAW COMMISSION, *Discussion paper (n. 133) on the nature and the constitution of trusts*, Edimburgh, 2006, p. 10-13; L. SMITH, «Trust and Patrimony», *cit.*, p. 380 e ss.; J. SHEEDY, «Civil law jurisdictions and the english trust idea: lost in translation?», in *Denning Law Journal*, 2008, p. 177 e ss.; L. SMITH, *The re-imagined trust*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, *cit.*, p. 258; M. RACZYNSKA, *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, in *The Worlds of the Trust*, *cit.*, p. 454.

Sui patrimoni separati, cfr. in generale AA.VV., *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, a cura di S. Tondo, Torino, 2007; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950; A. BUONFRATE, *Patrimonio destinato e separato*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, ***, II, Torino 2007, p. 878; L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 280; P. GABRIELE, «Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno», in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 593; A. JANNARELLI, «Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1253; R. QUADRI, «La circolazione dei beni del patrimonio separato», in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, p. 7; P. FERRO-LUZZI, «La disciplina dei patrimoni separati», in *Riv. soc.*, 2002, p. 121; A. GAMBARO, «Segregazione e unità del patrimonio», in *Trusts*, 2000, p. 155; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 105.

ottocentesca del diritto di proprietà, e che nonostante i profondi mutamenti intervenuti condiziona ancora il dibattito dottrinale relativo ai caratteri essenziali del diritto dominicale. Alla luce di tale definizione si è quindi discusso, dopo la legge del 2007, sui caratteri della *propriété fiduciaire*, e sulla riconducibilità di essa al paradigma generale della proprietà. La separazione patrimoniale (art. 2025 c.c.), l'opponibilità ai terzi, a determinate condizioni, dei limiti al potere di disposizione del proprietario fiduciario (art. 2023 c.c.), la possibilità di limitare l'esclusività dei poteri del fiduciario (art. 2017 c.c.), o di sottrarre a quest'ultimo la proprietà per effetto della sua revoca (art. 2027 c.c.), la separazione del *patrimoine d'affectation* rispetto al patrimonio generale del soggetto, sono tutti elementi che la dottrina ha valorizzato, evidenziando le importanti limitazioni - operanti sul piano della «realità» - alla pienezza ed all'esclusività dei poteri del proprietario. È stata quindi affermata la natura *sui generis* della proprietà fiduciaria nel panorama dei diritti reali¹⁰, e la *fiducie* è stata qualificata alla stregua di un *trust*, in base all'ampia nozione di quest'ultimo accolta dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985¹¹.

Profondamente diversa, invece, la situazione in Germania. Il BGB non disciplina alcun istituto paragonabile alla *fiducie* francese, o al vincolo di destinazione italiano, caratterizzato dalla separazione patrimoniale ed opponibilità ai terzi dei limiti al diritto del fiduciario. Al contrario, a norma del § 137 del BGB, la libera facoltà di disposizione del diritto di proprietà non può essere limitata negozialmente con efficacia verso i terzi («*Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden*»). Gli obiettivi propri della destinazione patrimoniale e della fiducia (*Treuhand*) sono stati perseguiti con diversi strumenti¹²: attraverso l'utilizzo del congegno condizionale (*Bedingung*: cfr. il § 161 del BGB), che però non può essere utilmente impiegato per rendere opponibile ai terzi le limitazioni al diritto di proprietà; oppure mediante l'iscrizione nel libro fondiario (*Grundbuch*) di una prenotazione (*Vormerkung*: cfr. il § 883 del BGB), al fine di rendere opponibile ai terzi l'obbligo di trasferimento del bene posto a carico del fiduciario; o anche (in modo probabilmente più efficiente) mediante l'istituto dell'autorizzazione (*Genehmigung*) di cui al § 185 BGB, che presuppone il mantenimento della proprietà in capo al fiduciante, e il conferimento al fiduciario dell'autorizzazione a disporre in nome proprio¹³. L'impossibilità, però, di conseguire mediante tali strumenti una reale separazione patrimoniale, e quindi un adeguato *asset partitioning*, ha condotto ad escludere la *Treuhand* tedesca dall'ambito del *trust* disciplinato dalla Convenzione dell'Aja¹⁴.

102

¹⁰ Cfr. F. BARRIÈRE, *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty, in Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, cit., p. 222; ID., «Fiducie», in *Rép. civ. Dalloz*, 2013; Y. EMERICH, «Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens», in *RIDC*, 2009, p. 49; C. WITZ, «La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust», in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1369; M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles*, Aix-en-Provence, 2008, p. 445 e ss.; B. MALLET-BRICOUT, «Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie?», in *Revue de droit de McGill*, 2013, p. 907; ID., *Fiducie et propriété*, in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, 2009, p. 297.

¹¹ Sulla riconducibilità della fiducie francese al *trust*, nei limiti ovviamente del relativo ambito oggettivo di applicazione, e sulle differenze rispetto al *trust* anglosassone, cfr. tra gli altri F. BARRIÈRE, «Fiducie», cit., 2013, p. 4; ID., «La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza», in *Trusts*, 2008, p. 124; A. GALLARATI, «*Fiducie v. trust*. Spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciari in diritto italiano», in *Trusts*, 2010, p. 238; C. LARROUMET, «La loi du 19

février 2007 sur la fiducie. Propos critiques», in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1350; C. WITZ, *op. cit.*, p. 1369.

¹² Su cui v. M. LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, Tübingen, 2006; D. LIEBICH e K. MATHEWS, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, Berlin, 1983; H. COING, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, 1973; H.H. JACOBS, «Treuhänder als Nichtberechtigter», in *ZfP*, 1999, p. 59; J. GERNHUBER, «Die fiduziarische Treuhand», in *JuS*, 1988, p. 355; R. WANK, «Mißbrauch der Treuhandstellung und der Vertretungsmacht», in *JuS*, 1979, p. 402; H. SCHLOSSER, «Außenwirkungen verfassungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand», in *NfW*, 1970, p. 681; R. REINHARDT e P. ERLINGHAGEN, «Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung», in *JuS*, 1962, p. 41.

¹³ Cfr. in particolare AA.VV., *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, a cura di R. Helmholz e R. Zimmermann, Berlin, 1998; S. GRUNDMANN, «Trust and Treuhand at the end of the 20th century. Key problems and shift of interests», in *AJCL*, 1999, p. 401.

¹⁴ Per l'impossibilità di ricondurre la *Treuhand* germanica alla categoria del *trust*, avuto riguardo alla relativa efficacia

In definitiva, si assiste ad una relazione biunivoca fra *trust* da un lato, e proprietà fiduciaria (caratterizzata da separazione patrimoniale e limitazioni opponibili ai terzi) dall'altro: si tratta, ora, di indagare più approfonditamente i caratteri identificativi di tale proprietà fiduciaria, con particolare riguardo all'ordinamento giuridico italiano.

Il contenuto e la disciplina della proprietà fiduciaria

Chi scrive ha avuto modo di osservare - sin dal momento dell'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter - come tale disposizione abbia introdotto nel nostro ordinamento, con previsione di portata generale, la *proprietà fiduciaria*¹⁵. Infatti, sia che si ipotizzi un trasferimento della proprietà ad un fiduciario diverso dal disponente (c.d. fiducia dinamica), sia che sia quest'ultimo ad autolimitarsi vincolando il proprio diritto di proprietà ad una determinata destinazione (c.d. fiducia statica), la possibilità di opporre ai creditori, ed ai terzi in genere, il vincolo di destinazione consente di superare l'ostacolo all'efficacia reale del negozio fiduciario¹⁶; ostacolo che in assenza di tale disposizione dottrina e giurisprudenza avevano ravvisato soprattutto nella mancanza di una disciplina che prevedesse la realtà della limitazione ai poteri dominicali, la separazione patrimoniale e la relativa pubblicità legale¹⁷. Con l'introduzione della nuova disciplina dei vincoli di destinazione, invece, l'ordinamento giuridico italiano può certamente essere incluso tra quelli che - consentendo vincoli di destinazione «atipici» e separazione patrimoniale opponibili ai terzi, e quindi una vera e propria proprietà fiduciaria - conoscono l'istituto del *trust*, agli effetti degli articoli 5 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985¹⁸. Ed è proprio la separazione patrimoniale - comportando la costituzione in capo ad un medesimo soggetto di «più masse di beni autonome, ciascuna delle quali vive le proprie vicende e non è coinvolta in quelle interessanti le altre»¹⁹ - a costituire il fondamento del carattere reale della proprietà fiduciaria, e della relativa disciplina. Si tratta, ora, di definire con maggior precisione i caratteri di questa proprietà fiduciaria, da ricomprendersi nel più ampio novero delle *proprietà nell'interesse altrui*: fenomeno, quest'ultimo, di cui la dottrina ha iniziato ad occuparsi già da qualche tempo²⁰.

103

nei rapporti con i terzi, cfr. S. GRUNDMANN, *The Evolution of Trust and Treuhand in the 20th Century*, in *Linea Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, cit., p. 469; J. REHAHN e A. GRIMM, «The Trust in Continental Europe. Germany», in *Columbia Journal of European Law*, 2012, p. 97.

¹⁵ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 168 e ss.

¹⁶ La fiducia romanistica si caratterizza, secondo l'orientamento prevalente, proprio per l'inopponibilità ai terzi degli obblighi fiduciari: cfr. R. CAMPAGNOLO, «Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica», in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 349; M. GAMBINI, «Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza», in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 844; nonché le classiche pagine di L. CARIOTA FERRARA, «Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie», in *Dir. fall.*, 1972, p. 329; L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano 1962; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 201; ID., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, *ibidem*, p. 334; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1948; C.

GRASSETTI, «Il negozio fiduciario e la sua ammissibilità nell'attuale ordinamento giuridico», in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 362; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1936. In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass., 10 maggio 2010, n. 11314, in *Contratti*, 2010, p. 989; Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1041.

¹⁷ Anteriormente all'introduzione, nel codice civile, dell'art. 2645-ter, la dottrina aveva rilevato proprio l'assenza di una adeguata disciplina, anche pubblicitaria, che - consentendo di opporre ai terzi i vincoli di destinazione - consentisse di configurare un'incidenza dei medesimi vincoli sul diritto reale: cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 242 ss.; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 95.

¹⁸ Per la configurabilità di un «*trust* italiano», fondato anche (ma non solo) sulla disciplina dettata dall'art. 2645-ter c.c., si rinvia a G. PETRELLI, «*Trust* interno, art. 2645-ter c.c. e «*trust* italiano»», in corso di pubblicazione in *Riv. dir. civ.*

¹⁹ U. LA PORTA, *I «formanti dell'ordinamento giuridico» il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, cit., p. 131.

²⁰ Sulla categoria della «proprietà nell'interesse altrui», cfr. A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999;

Innanzitutto, la proprietà del fiduciario ex art. 2645-ter c.c. è «strumentale»: anziché essere un fine in sé, essa rappresenta soltanto uno strumento per il perseguimento in via esclusiva di una finalità ulteriore (lo scopo della destinazione). Per tale ragione, essa non è una situazione giuridica assoluta ed incondizionata, idonea ad arricchire il patrimonio del proprietario²¹, ma al contrario si caratterizza come diritto transeunte e provvisorio, destinato a venir meno in capo al fiduciario con la realizzazione del suo scopo. Questa strumentalità della situazione giuridica proprietaria ne determina alcune fondamentali caratteristiche di disciplina, quale l'esclusione dalla comunione legale (la quale ricomprende solo gli investimenti destinati ad arricchire il patrimonio del coniuge acquirente, e proprio per ciò costituisce «acquisto» idoneo ad essere ricompreso nella comunione)²².

Più complesso il discorso relativo alla successione *mortis causa* del fiduciario. In diritto inglese, a seguito della morte del trustee la titolarità dei beni in trust (*trust assets*) è attribuita (*vested*) - al pari di quella dei beni personali del trustee - al suo *personal representative*, ossia all'amministratore dell'eredità (*administrator o executor*). Quest'ultimo ha quindi l'obbligo di trasferire i suddetti beni in trust al nuovo trustee, designato da chi ha il potere di nomina o dall'autorità giudiziaria²³. In altri ordinamenti, come quello di Jersey, in cui un *personal representative* può anche non essere nominato, il suddetto obbligo è posto in capo all'erede, al quale i beni sono trasferiti alla morte del trustee²⁴. In diritto italiano, deve ritenersi che la situazione non sia dissimile da quella suesposta, e che la natura strumentale del diritto dominicale implichi un preciso obbligo dei chiamati all'eredità o degli eredi del fiduciario - a cui viene trasmesso anche il possesso dei beni destinati - di trasferire gli stessi beni al soggetto designato da chi è all'uopo legittimato, in sostituzione del fiduciario defunto. Ipotizzando che l'atto di destinazione non provveda per il caso di morte del fiduciario, prevedendo i meccanismi ed i criteri per la nomina del suo successore, si tratterà di comprendere - mediante l'utilizzo degli ordinari canoni ermeneutici - se sia desumibile o meno dall'atto la volontà di proseguire la destinazione nonostante la morte del fiduciario,

M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency and trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995; A. GAMBARO, «Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui», in *Trusts*, 2007, p. 169; L. SAMBUELLI, «La "proprietà" nell'interesse altrui (mandato generale e conflitto d'interessi)», in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1321. Va rilevato, quale indispensabile premessa metodologica, che si parla correttamente di «proprietà nell'interesse altrui» solo allorché il diritto dominicale sia inciso sul piano «reale» delle facoltà di godimento e di disposizione spettanti al titolare, mentre in caso di incidenza meramente obbligatoria dell'agire nell'interesse altrui - come avviene, secondo l'orientamento prevalente, nel caso del mandato senza rappresentanza ad acquistare - occorre utilizzare un linguaggio di tipo «contrattuale», anziché «proprietary» (per tale rilievo cfr. in particolare L. SALAMONE, «La c.d. proprietà del mandatario», in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 77; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 88 e ss.; R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p. 238 e ss.). Sul problema della «proprietà del mandatario», cfr. inoltre L. CAMPAGNA, «La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili», in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 7; M. GRAZIADEI, «Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà», in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 142 e ss.; ID., «Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario», in *Quadrimestre*, 1990, p. 1). I caratteri essenziali della proprietà fiduciaria erano

stati magistralmente tratteggiati già da S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 253 e ss., 272 e ss. (con la precisazione - inevitabile all'epoca - che si trattava di un istituto non compatibile con il diritto positivo allora vigente).

²¹ U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, cit., p. 136, 150 e ss.

²² Per l'esclusione della proprietà fiduciaria dalla comunione legale dei beni tra coniugi, cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, p. 322 e ss.; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983, p. 166; A. GALASSO e M. TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 376.

²³ Sezioni 36 e 40 del *Trustee Act 1925*, e sezione 36 dello *Administration of Estates Act 1925*. Cfr. anche, in dottrina, D. HAYTON, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, London-Dublin-Edimburgh, 1995, p. 735 e ss.; D. HAYTON e C. MITCHELL, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London, 2005, p. 530 e ss.; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford, 2009, p. 39 e ss., 382 e ss.; J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON e J. BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, London, 2008, p. 441 e ss.

²⁴ Cfr. gli artt. 1, 11(6), 17(1A)(c) e 42(1) della *Trusts (Jersey) Law 1984*.

che di *default* dovrebbe, invece, porvi termine (come avviene nel caso del mandato: cfr. l'art. 1722, n. 4, c.c.): nel primo caso, i chiamati all'eredità o gli eredi dovranno trasferire i beni al nuovo fiduciario, provvedendo nelle more della sostituzione alla relativa custodia ed al compimento degli atti urgenti, in conformità ai principi generali che disciplinano l'*amministrazione* in funzione conservativa dei beni ereditari.

La proprietà del fiduciario è, in ogni caso, *funzionalizzata*, e *conformata* in vista del fine di destinazione²⁵, in modo da determinare una inestricabile connessione - in capo al relativo titolare - tra le connotazioni assiologiche della possibilità e della necessità, come avviene più in generale per la figura giuridica del *potere*²⁶. Pertanto, gli *usi consentiti* nell'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione sono esclusivamente quelli *compatibili con il fine di destinazione*, e specularmente *ogni altro utilizzo è vietato* (in forza dell'espressa statuizione contenuta nell'art. 2645-ter c.c.). Così, ad esempio, se un immobile deve essere destinato all'abitazione di un incapace, non è consentito al fiduciario modificarne la destinazione ad usi non abitativi, e neanche alienarlo. Ancorché, per quanto concerne il potere di disposizione, occorra distinguere nelle singole fattispecie concrete: in casi diversi da quello esemplificato, la destinazione potrebbe implicare l'obbligo del fiduciario di alienare un bene, magari per utilizzarne il ricavato ai fini della destinazione.

Alla funzionalizzazione della proprietà corrisponde, sul piano soggettivo, l'attribuzione al fiduciario della titolarità di un vero e proprio *ufficio di diritto privato*, con i connessi poteri e doveri di amministrazione e disposizione²⁷. Lo si ricava agevolmente dalla lettera dell'art. 2645-ter c.c., nella parte in cui prevede che «per la realizzazione» degli interessi meritevoli di tutela, riferibili ai beneficiari, «può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso». La norma, con tutta evidenza, differenzia nettamente gli effetti del vincolo di destinazione rispetto a quelli di un ordinario contratto, ove è invece legittimato ad agire solamente il contraente al quale la prestazione è dovuta. Nel caso del vincolo, invece, qualunque interessato può agire per la realizzazione del fine di destinazione; e - ciò che più rileva - può farlo anche *contro* la volontà del disponente (ed anche durante la vita dello stesso). Posto che qualunque altro interessato - non necessariamente un beneficiario²⁸ - può comunque

105

²⁵ Per interessanti puntualizzazioni sul significato della funzionalizzazione della proprietà nell'interesse altrui, cfr. A. SATURNO, *op. cit.*, p. 145 e ss.

²⁶ Cfr. A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento XVI, Roma 2007; ID., *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990; F. ROSELLI, *Potestà (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990; A. LENER, *Potere (dir. privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610; V. FROSINI, *Potere (teoria generale)*, in *Novissimo Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 440; G. CAPOZZI, *Diritto e potere*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Milano, 1991, p. 113; S. D'ALBERGO, *Sul problema del potere*, *ibidem*, p. 243; S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983, p. 172.

²⁷ Il ricorso alla figura dell'ufficio per illustrare la posizione del fiduciario, titolare della proprietà destinata, consente di spiegare la permanenza in vita del vincolo anche in caso di morte, sopravvenuta incapacità o cessazione per qualsiasi ragione dalla carica del singolo fiduciario; l'impossibilità per quest'ultimo di porvi termine volontariamente; la possibilità di sua sostituzione ad opera del giudice: cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 275, 280, 336. Con riferimento al *trust*, cfr. nel medesimo senso Cass., 13 giugno 2008, n. 16022, in

Trusts, 2008, p. 522; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, *cit.*, p. 46 (ed ivi ulteriori riferimenti); C. LICINI, *op. cit.*, p. 133 e ss. Nella dottrina comparatistica, v. soprattutto G.L. GRETTON, «Trusts without equity», *cit.*, p. 617 ss.; M. DE WAAL, «In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context», *cit.*, p. 67 e 78; L. SMITH, «Trust and Patrimony», *cit.*, p. 384 e ss.; T. HONORÉ, «On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions», in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2008, 27, p. 5 e ss.; L. SMITH, *The re-imagined trust*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, *cit.*, p. 258 e ss.

²⁸ L'espressione «qualsiasi interessato», contenuta nell'art. 2645-ter c.c., richiama quella impiegata a proposito dell'attuazione del *modus* dagli artt. 648, comma 1, e 793, comma 3, c.c. Sull'estensione della legittimazione ad agire per l'adempimento dell'onere, cfr. per tutti A. ZANNI, «Considerazioni in tema di natura giuridica dell'onere testamentario e di determinazione dei soggetti legittimati al suo adempimento (nota a Cass., 14 dicembre 1999, n. 14029)», in *Riv. not.*, 2000, p. 1006; M. NARDOZZA, «Idee vecchie e nuove sul *modus* testamentario (nota a Trib. Terni, 28 novembre 1993)», in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1701;

attivare le tutele di legge, neanche la *rinuncia all'azione da parte del disponente o di un singolo interessato* è in grado di pregiudicare la coercibilità e l'effettività della destinazione. Il vincolo di destinazione *trascende* quindi il mero interesse negoziale del disponente, poiché sussiste un *interesse generale alla relativa attuazione* il quale - proprio perché svincolato dall'interesse privato e dall'iniziativa di specifici soggetti - conferma la qualificazione in termini di *ufficio* della posizione giuridica del fiduciario²⁹, quale titolare di poteri ed obblighi di amministrazione e disposizione, in una parola di una vera e propria *funzione*³⁰. Dal che discende, ulteriormente, l'*autonomia dell'ufficio* (e della correlata attribuzione in funzione strumentale del diritto dominicale) *rispetto alla persona del relativo titolare*: da un lato, il venir meno di quest'ultima per qualsiasi causa non comporta necessariamente cessazione della destinazione; d'altro lato, a differenza degli ordinari rapporti contrattuali, il vincolo di destinazione in quanto tale - da distinguersi dal rapporto obbligatorio intercorrente con il singolo affidatario - non è soggetto a risoluzione per inadempimento del fiduciario *pro tempore*³¹.

L'*azione* per la «realizzazione» del fine di destinazione può essere quindi diretta anche alla *sostituzione del fiduciario*, e ciò pure in ragione dell'inadempimento ai relativi doveri; la sostituzione può essere richiesta all'autorità giudiziaria da parte del disponente e di qualunque interessato (arg. ex art. 2645-ter c.c.)³². Appare evidente - alla luce delle indubbie difficoltà connesse con la lacunosità della disciplina processuale - l'importanza di adeguate *clausole* nell'atto di destinazione, che disciplinino in dettaglio le modalità di *sostituzione* del fiduciario e la titolarità dei *poteri* di revoca e di nomina, e più in generale i presupposti e le modalità di successione nell'ufficio (e nella titolarità del diritto funzionalizzato)³³.

M. GARUTTI, *Il "modus" testamentario*, Napoli, 1990, p. 131 e ss.; A. MARINI, *Il "modus" come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 220 e ss.

106 ²⁹ Sugli uffici di diritto privato, cfr. in generale F. MACIOCE, *Ufficio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano 1992, p. 641; V. FROSINI, *Ufficio*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 773; ID., «Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio», in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 139.

³⁰ Sul concetto di funzione, cfr. F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 301.

³¹ Per l'esclusione della risoluzione per inadempimento del contratto di affidamento fiduciario, cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 328.

Quanto affermato nel testo riguardo alle peculiarità del rapporto di destinazione non esclude che lo stesso possa nascere da un contratto: cfr. al riguardo S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 37 e ss. È del resto diffusa la convinzione che anche il *trust* «convenzionale» - a prescindere dalla conclusione che si ritenga più coerente con il *trust* del modello angloamericano (per il quale v. J.H. LANGBEIN, «The contractarian basis of the law of trusts», in *Yale law journal*, 1995, p. 625) - possa essere istituito mediante contratto: cfr. tra gli altri R. SICLARI, «Il *trust* nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale», in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 100; L. THÉVENOZ, *Trusts: the rise of a global legal concept*, in *European private law: a handbook*, II, a cura di M. Bussani e F. Werro, Berna 2014, p. 29.

³² Anche se la legge italiana non contiene disposizioni *ad hoc*

finalizzate alla nomina e revoca del fiduciario, proprietario dei beni destinati, deve ritenersi che il potere di agire per l'attuazione della destinazione, ex art. 2645-ter c.c., comprenda quello di chiedere (ed ottenere) dall'autorità giudiziaria la revoca del fiduciario inadempiente e la nomina del relativo sostituto. Piuttosto, l'affermata tassatività dei provvedimenti di volontaria giurisdizione (su cui cfr. tra gli altri F. PORCARI, *Commento all'art. 737*, in *Commentario del codice di procedura civile*, VII, 3, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino 2014, p. 316 e ss.; G. BRUNELLI, *I soggetti che operano nella volontaria giurisdizione*, in *Atti notari. Volontaria giurisdizione*, I, diretto da F. Preite, Torino, 2012, p. 43 e ss.; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, I, Milano, 1985, p. 27 e ss., 133; Trib. Crotone, 29 settembre 2008, in *Trusts*, 2009, p. 37) induce a ritenere che sia necessario, all'uopo, instaurare un procedimento contenzioso, in contraddittorio con il fiduciario della cui revoca si tratta, e con gli altri soggetti interessati alla destinazione patrimoniale. L'atto di destinazione può comunque ovviare alle difficoltà e lungaggini del procedimento giudiziario, istituendo una specifica procedura di arbitraggio e/o attribuendo a determinati soggetti (compresi, eventualmente, il disponente o i beneficiari) i relativi poteri: cfr. sul punto M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 322 e ss., 324 e ss.

³³ Sulla sostituzione del *trustee*, e sulle relative clausole, cfr. in particolare G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, Milano, 2003, p. 1020 e ss.; M. LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005, p. 406 e ss., 524 e ss., 538 e ss., 553 e ss.; S. BARTOLI e D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2003, p. 168 e ss.

La proprietà fiduciaria è, pertanto qualificabile anche come *proprietà temporanea o risolubile*, in quanto destinata a venir meno con la realizzazione del fine di destinazione; ovvero - anche anteriormente - per effetto della violazione da parte del fiduciario degli obblighi sullo stesso gravanti (in quanto l'atto di destinazione preveda la possibilità di revocarlo); o ancora per effetto della rinuncia del fiduciario all'ufficio attribuitogli ed eventualmente del di lui decesso, se previsto dall'atto di destinazione quale causa di cessazione della stessa. In ogni caso, alla cessazione dell'ufficio dal fiduciario deve far seguito il *trasferimento* ad altri (nuovo fiduciario, o beneficiario) *della posizione dominicale* spettantegli, a lui attribuita solo in via strumentale.

Su questo punto appare necessaria qualche ulteriore precisazione. L'atto di destinazione può, opportunamente, disciplinare in dettaglio i presupposti e le modalità di cessazione del fiduciario dall'ufficio conferitogli, per revoca o rinuncia, attribuendo eventualmente al disponente o ad altro soggetto il *potere* di revoca: in questa ipotesi, la cessazione e la conseguente sostituzione non operano automaticamente, ma presuppongono un *atto* che produca l'effetto in questione. È anche ipotizzabile, come già accennato, anche una revoca giudiziale del fiduciario, in caso di mancata previsione da parte dell'atto di destinazione, o di inerzia del titolare del potere di revoca. L'atto di destinazione potrebbe, in alternativa, prevedere la *cessazione automatica* dall'ufficio del fiduciario resosi inadempiente, senza ricollegare a tale cessazione il venir meno della destinazione, e prevedendo eventualmente anche la *sostituzione automatica* con altro fiduciario³⁴. Anche nell'ipotesi in cui l'attuazione della destinazione implichi il trasferimento del bene al beneficiario, l'atto di destinazione potrebbe prevedere, alternativamente, un *obbligo* del fiduciario al riguardo (eseguibile anche in forma specifica, a norma dell'art. 2932 c.c.), ovvero il trasferimento *automatico* al medesimo beneficiario allo scadere di un termine o al verificarsi di una data condizione. L'automatismo nel trasferimento della proprietà comporterebbe l'inclusione a pieno titolo della proprietà destinata nelle categorie della *proprietà temporanea o risolubile* (a seconda che l'evento che comporta la cessazione della titolarità sia o meno certo nell'*an*, anche se non nel *quando*); diversamente, in mancanza di automatismo, potrebbe parlarsi di proprietà temporanea solo in senso atecnico, dovendosi comunque postulare un ulteriore atto (di adempimento dell'obbligo traslativo) a cui ricollegare l'effetto della privazione della proprietà in capo al precedente fiduciario.

107

È opportuno precisare, inoltre, che i beni destinati possono integrare un *patrimonio di destinazione*, ogni qualvolta sussista una pluralità di beni aventi destinazione unitaria, ed unificati in funzione di essa³⁵. Lo si desume dallo stesso art. 2645-ter c.c., nella parte in cui richiede il necessario impiego al soddisfacimento del fine di destinazione non solo degli immobili destinati, ma anche dei relativi *frutti* (i quali a loro volta devono essere impiegati per il fine di destinazione, e potrebbero essere eventualmente reimpiegati nell'acquisto di ulteriori beni da destinare al medesimo scopo). Nel caso di reimpiego, appare improponibile l'esclusione dei *beni sostituiti* a quelli originari dal patrimonio di destinazione, ed il relativo ingresso nel patrimonio personale del fiduciario. Più plausibile la conclusione per cui - sulla scia del noto brocardo *in universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, res in locum rei* - all'interno del patrimonio di destinazione vi sia possibilità di sostituzione e quindi *surrogazione reale*, anche in difetto di un'espressa disposizione normativa al riguardo, che deve ritenersi non necessaria per il reimpiego del ricavato dell'alienazione all'interno di un patrimonio destinato³⁶; reimpiego che è

³⁴ Su tali clausole, v. S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di attuazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, in questa rivista, 2013, 2, p. 258 e ss.

³⁵ Sulle funzioni ed i limiti dell'unificazione nel patrimonio separato dei singoli beni destinati, e delle relative situazioni giuridiche, cfr. F. GUERRERA, «Contratto d'investimento e rapporto di gestione (riflessioni sulla proprietà delegata)», in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 735 e ss.

³⁶ Per l'ammissibilità della surrogazione reale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, cfr. tra gli altri A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 457 e ss.; A. MAGAZZÙ, *Surrogazione reale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1507 e ss.; C. TOMASSETTI, «La surrogazione reale», in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 821 e ss. Sulla surrogazione reale come strumento di conservazione dell'integrità del patrimonio separato, cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione*

oltretutto obbligatorio in capo al titolare del corrispondente ufficio di diritto privato (arg. ex art. 694 c.c., ed art. 748, comma 2, c.p.c.). Ferma comunque la possibilità, e l'opportunità, di una previsione negoziale di *rotatività* della destinazione³⁷.

In definitiva, la proprietà fiduciaria è una «*proprietà modificata*» o «*derogata*», che pur rientrando nel paradigma di cui all'art. 832 c.c. si differenzia non poco dalla proprietà tradizionale, concepita come diritto «pieno ed esclusivo». Tra le principali deroghe possono annoverarsi la limitazione «reale» dei poteri di godimento e di disposizione del proprietario fiduciario (di cui si è già detto e si dirà ulteriormente nel prossimo paragrafo); l'esclusione dei beni destinati dal regime di comunione legale coniugale; la possibile privazione della titolarità dei beni, conseguente alla cessazione dall'ufficio (in particolare, in caso di revoca) del proprietario fiduciario. Altre peculiarità ancora possono comunque individuarsi. La strumentalità dell'attribuzione dominicale può ritenersi incompatibile con la disciplina delle *prelazioni legali*, di cui va affermata l'inapplicabilità quantomeno nei passaggi di titolarità esclusivamente finalizzati alla destinazione (quali sono quelli che conseguono alla trasmissione delle funzioni da un fiduciario ad un altro)³⁸. D'altra parte, la funzionalizzazione della proprietà fa sì che un uso diverso da quello consentito possa integrare - trattandosi di beni mobili - il reato di *appropriazione indebita*³⁹. Ed ancora, la peculiare conformazione della proprietà destinata non consente al fiduciario

e patrimoni separati, cit., p. 228 e ss.

Non si condivide quindi - salve le evidenti differenze di disciplina rispetto al *trust* inglese, avuto riguardo in particolare ai diversi strumenti processuali con cui può attuarsi la surrogazione - l'opinione che ha ravvisato nella surrogazione reale una differenza importante tra il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. ed il *trust* anglosassone (in tal senso, con diverse sfumature, D. MURITANO, «Il c.d. *trust* interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.», in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in questa rivista, 2007, 1, p. 25; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni, cit.*, p. 61). Va da sé che l'operatività della surrogazione reale nei confronti dei terzi richiede l'espletamento - ove previsto dalla legge - delle formalità pubblicitarie prescritte con riferimento ai nuovi beni destinati; ma lo stesso vale in relazione al *trust*, applicandosi al riguardo le disposizioni della *lex rei sitae* (art. 11, § 3, lett. d), ultimo periodo, della Convenzione dell'Aja). Per l'individuazione della legge regolatrice della pubblicità legale e dell'opponibilità ai terzi, cfr. G. PETRELLI, *Pubblicità legale, apparenza e affidamento nel diritto internazionale privato*, in *Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale - 1. Diritto internazionale privato*, Torino 2011, p. 251 e ss. (spec. p. 385 e ss., per quanto concerne il *trust*).

³⁷ Cfr. S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di surrogabilità dei beni», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea, cit.*, p. 192 e ss. Sul patto di rotatività - in generale e con specifico riferimento al pegno - cfr. da ultimi S. BIANCHI, «Pegno regolare e irregolare di titoli, patti di rotatività e garanzie finanziarie (nota a Cass., 31 gennaio 2014, n. 2120, e Cass., 14 febbraio 2014, n. 3555)», in *Corr. giur.*, 2014, p. 1501; M.M. D'AGUI, «Pegno rotativo e rilevanza della forma scritta (nota a Cass., 1 ottobre 2012, n. 16666)», in *Contratti*, 2013,

p. 1003; E. GABRIELLI, «“Forma” e «realtà» nel diritto italiano delle garanzie reali», in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 449; C. ABATANGELO, «La clausola di rotatività del pegno: requisiti di efficacia e profili di responsabilità (nota a Cass. 26 gennaio 2010, n. 1526)», in *Resp. civ.*, 2011, p. 661; A.M. AZZARO, «Pegno rotativo su titoli dematerializzati, spossessamento e revocatoria fallimentare nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza (nota a Cass., 27 ottobre 2006, n. 23268)», in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2008, II, p. 310; N. DE LUCA, «*Res quae tangi non possunt* (a proposito di dematerializzazione, pegno e individuazione del «bene»)», *ibidem*, p. 316; S. GISOLFI, «Il punto sull'ammissibilità del “patto di rotatività” nel pegno», in *Riv. not.*, 2006, p. 855; G. B. BARILLÀ, «Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività», in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, p. 18 e 111.

³⁸ In tal senso, v. nella dottrina francese B. MALLET-BRICOUT, *Fiducie et propriété*, in *Liber amicorum Christian Larroumet, cit.*, p. 316 e ss.

³⁹ Cass. pen., 23 settembre 2014, n. 50672, in *Trusts*, 2015, p. 269 («Integra il reato di appropriazione indebita la condotta del *trustee* che destina i beni conferiti in *trust* a finalità proprie o comunque diverse da quelle per realizzare le quali il negozio fiduciario è stato istituito, in quanto l'intestazione formale del diritto di proprietà al *trustee* ha solo la valenza di una proprietà temporale, che non consente di disporre dei beni in misura piena ed esclusiva»). Nel medesimo senso, con riferimento alla proprietà risolubile, cfr. in dottrina A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 232 ss. («l'applicabilità dell'art. 646 c.p. potrebbe giustificarsi sotto il profilo di una sanzione penalistica dell'obbligo di comportarsi in buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte (art. 1358 c.c.), che grava sul titolare del diritto risolubile»), e p. 459, nota 66 (ove si esprime l'opinione che «il titolare della proprietà risolubile risponda di appropriazione indebita allorché, ad

di usucapire il pieno dominio, se non previa *interversione del possesso*⁴⁰. Per non parlare dell'impossibilità di configurare una titolarità fiduciaria di alcuni *diritti* per loro natura *strettamente personali*, quali l'uso e l'abitazione.

Per quanto non contenuto nella *disciplina speciale*, invece, si applicano le *normali regole proprietarie*. Pertanto, trovano applicazione la disciplina generale sulle *azioni a difesa della proprietà e del possesso*, come pure le norme ed i principi che, sulla base dell'*elasticità del dominio*, determinano riespansione del relativo contenuto a seguito della consolidazione o confusione di diritti reali limitati, o comportano l'*acquisto per accessione* delle costruzioni e piantagioni effettuate sopra il suolo, con correlativa estensione alle accessioni dei diritti e pesi (compreso il vincolo di destinazione) gravanti sul suolo stesso⁴¹. Allo stesso modo, se si ricollega il carattere di *imprescrittibilità* del diritto di proprietà⁴² non già alla facoltà di non uso del proprietario tradizionale, bensì all'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione (art. 948, comma 3, c.c.), alle plurime indefinite possibilità di godimento del bene, ed al carattere residuale (di «catalizzatore di ultima istanza») del diritto dominicale rispetto ai diritti reali limitati, deve predicarsi l'estensione della suddetta imprescrittibilità anche alla proprietà fiduciaria⁴³. Lo stesso deve dirsi per la *responsabilità civile* derivante dalla proprietà della cosa, la quale si fonda sul criterio del rischio (che grava non tanto su chi ha diritto di godere del bene, quanto su colui che è obbligato alla relativa custodia e conservazione), nonché ad esigenze di tutela dei terzi (garantendo la sicura individuazione del legittimato passivo e l'esecuzione dell'eventuale condanna risarcitoria)⁴⁴: tale responsabilità non può che essere posta a carico del proprietario nell'interesse altrui, per l'impraticabilità ed inefficienza

esempio, trasferisca a terzi di buona fede la proprietà in senso tecnico della cosa (mobile)»; A. SATURNO, *op. cit.*, p. 132, nota 102.

⁴⁰ Cfr. al riguardo R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, Milano, 2000, p. 315 e ss. Peraltro, secondo Cass. pen., 23 settembre 2014, n. 50672, *cit.*, la violazione del vincolo di destinazione da parte del proprietario fiduciario «concreta quella interversione del possesso in proprietà che costituisce l'essenza del delitto di cui all'art. 646 c.p.». Sulla interversione del possesso in generale, cfr. V. CANALE, *Possesso (interversione del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XVIII, Roma, 2009; I. PERROTTA, «Usufrutto uxorio e acquisto della proprietà a titolo originario: la necessità dell'*interversio possessionis* (nota a Cass., 10 gennaio 2011 n. 355)», in *Giur. it.*, 2012, p. 817; D. TESSERA, «Interversione del possesso dell'usufruttuario (nota a Cass., 10 gennaio 2011 n. 355)», in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 476; D. BOSCHI, «Interversione di fatto ed usucapione della proprietà esclusiva da parte del coerede (nota a Trib. Cassino, 27 gennaio 2011)», in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 889.

⁴¹ In tal senso A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 408. Per una diversa posizione riguardo all'estensione alle accessioni del vincolo di destinazione, cfr. invece G. TRAPANI, «Atto costitutivo di fondo patrimoniale avente ad oggetto un terreno. Possibile estensione del vincolo destinatorio imposto sul terreno al fabbricato che insiste su di esso», in *Studi e materiali*, 2011, 2, p. 605.

⁴² Sull'imprescrittibilità del diritto di proprietà, quale riflesso dell'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione (art. 948, comma 3, c.c.), cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 222 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, Milano, 1999, p. 154 (ove la

considerazione che l'eventuale inadempimento del proprietario a specifici obblighi di conservazione, cura o intervento sui beni comporta l'applicazione delle sanzioni di volta in volta previste, ma non dà luogo in alcun caso a prescrizione per non uso).

⁴³ Cfr., quanto all'imprescrittibilità della proprietà temporanea e di quella risolvibile, A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 439 e ss., 445 ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 303 e ss.; M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 483 e ss. Diverso è il problema della prescrizione degli obblighi posti a carico del fiduciario, comunemente affermata dalla giurisprudenza e ricondotta al generale termine decennale (sul presupposto che la relativa azione ha natura personale ed obbligatoria, e come tale è soggetta alla prescrizione ordinaria): cfr. Cass., 25 giugno 2008, n. 17334, in *Trusts*, 2009, p. 171; Cass., 16 novembre 2001, n. 14375, in *Giur. it.*, 2002, p. 780; Cass., 19 gennaio 1985, n. 143, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Vendita*, n. 31.

Sul problema della prescrizione delle obbligazioni *propter rem*, con particolare riguardo all'ipotesi in cui la violazione del diritto abbia carattere permanente, cfr. Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Arch. loc.*, 2000, p. 885; Cass., 16 ottobre 1999, n. 11692, in *Rass. loc.*, 2000, p. 144; Cass., 24 febbraio 1981, n. 1131, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1586. I limiti legali alla proprietà sono, invece, imprescrittibili (cfr. Cass., 23 gennaio 2012, n. 871, in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 5; Cass., 26 gennaio 2000, n. 867, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Distanze legali*, n. 7). Lo stesso principio di imprescrittibilità deve affermarsi per i vincoli di destinazione, i quali sono anch'essi dei limiti (convenzionali) che conformano dall'interno il contenuto del diritto di proprietà.

⁴⁴ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, *cit.*, p. 230.

di qualsiasi diversa soluzione. Salva l'opportunità di regolamentare, nell'atto di destinazione, gli eventuali diritti di rivalsa del proprietario fiduciario nell'interesse altrui, prevedendo eventualmente il potere-dovere del fiduciario di stipulare idonee forme di assicurazione della responsabilità civile, con pagamento dei relativi premi a carico della proprietà destinata e dei relativi frutti.

Segue: pienezza ed esclusività del diritto dominicale, e proprietà fiduciaria

La temporaneità o risolubilità della proprietà fiduciaria, la limitazione «reale» delle facoltà dominicali del fiduciario, la strumentalità dell'attribuzione patrimoniale al fine di destinazione, e tutte le altre peculiarità di disciplina già evidenziate la connotano come *peculiare situazione giuridica proprietaria*. Il che non è necessariamente un effetto dirompente rispetto al sistema: a partire dagli studi di Pugliatti, la pluralità delle situazioni proprietarie (non più riconducibili ad una disciplina unitaria) e la diversificazione delle relative discipline in relazione alle differenti situazioni di interesse è acquisizione comunemente recepita dalla dottrina italiana⁴⁵. Si tratta ora di verificare se la proprietà fiduciaria rientri comunque nel *paradigma dell'art. 832 c.c.*, o se al contrario debba parlarsi di un diritto reale *sui generis*, diverso dal diritto di proprietà.

Bisogna, a tal fine, partire dalla definizione del diritto di proprietà contenuta nell'art. 832 c.c., che è molto diversa da quella dei codici ottocenteschi (a partire dal *code Napoléon*), e che individua il relativo contenuto nel diritto di godere e disporre «in modo pieno ed esclusivo», «entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi» previsti dall'ordinamento giuridico. È necessario analizzare in dettaglio i diversi risvolti di tale definizione.

L'«*esclusività*», intesa come potestà di *escludere* chiunque altro - compreso il disponente - dalle decisioni riguardanti godimento e disposizione, connota anche il diritto del fiduciario. *Il «distacco» del disponente dai beni destinati* - e quindi l'attribuzione del relativo «controllo» al fiduciario - appare imprescindibile, ancorché non sia testualmente previsto dall'art. 2645-ter c.c., ed è indispensabile al fine di sfuggire alla diversa qualificazione del rapporto in termini di *mandato*⁴⁶. Del resto, lo stesso art. 2645-ter c.c. - che attribuisce un autonomo potere di agire per la realizzazione del fine di destinazione, oltre che al disponente o «conferente», a «*qualsiasi interessato* anche durante la vita del conferente stesso», e che implica anche il *possibile esercizio dell'azione «contro» la volontà del disponente* - è certamente sufficiente a differenziare *tipologicamente* l'atto di destinazione dal mandato, in cui è invece decisivo e prevalente l'elemento dell'agire «per conto», e quindi nell'interesse almeno prevalente del mandante (art. 1703 c.c.), alle cui istruzioni il mandatario deve, salvo casi eccezionali, attenersi (artt. 1711 e ss. c.c.). Nel vincolo di destinazione, la compresenza di interessi diversi da quello del disponente esclude che a quest'ultimo possa competere il *controllo* sui beni destinati. In questo senso va interpretata la reale *ratio decidendi* di quelle sentenze che - in presenza di ingerenze (programmate o effettive) del disponente - hanno negato l'effetto della separazione patrimoniale (ed il conseguente pregiudizio dei creditori del disponente) facendo impropriamente leva sul requisito dell'interesse meritevole di tutela, ma di fatto perseguendo i medesimi obiettivi che la giurisprudenza anglosassone raggiunge, in casi analoghi, qualificando il *trust* come *sham*⁴⁷. La necessità di *distacco* del disponente dai beni destinati non esclude comunque che al disponente stesso, o ad un terzo (guardiano, o altro soggetto) possano essere attribuite

⁴⁵ Cfr. il classico saggio di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, p. 271. In un'ottica comparatistica, v. per i medesimi concetti Y. EMERICH, «Regard civiliste sur le droit des biens de la common law: pour une conception transsystemique de la propriété», in *Revue générale de droit*, 2008, p. 339.

⁴⁶ Si aderisce, in questa sede, all'orientamento che ravvisa nell'art. 2645-ter c.c. una norma individuatrice della fattispecie dell'atto di destinazione oltre che dei relativi effetti sostanziali (cfr. già G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione» *cit.*, p. 171 e ss.).

⁴⁷ Sul *trust sham*, cfr. in particolare M. LUPOI, «La

alcune *prerogative* (poteri di autorizzazione, di veto, di fornire istruzioni, di ottenere il rendiconto, di incidere su alcune vicende del vincolo): le quali, tuttavia, non devono consentire un controllo sui beni, dovendo essere in definitiva attribuita al fiduciario la *potestà decisionale finale*, e quindi la *responsabilità* in ordine al compimento degli atti di amministrazione e di disposizione⁴⁸. In questi termini, deve ritenersi che l'eventuale previsione negoziale di *autorizzazioni, pareri e diritti di veto* possa essere inquadrata nell'ambito dei «*limiti*» al diritto di proprietà del fiduciario, compatibili con il dettato dell'art. 832 c.c.⁴⁹

L'esclusività del diritto del proprietario fiduciario non può ritenersi pregiudicata neanche dal diritto spettante al beneficiario della destinazione, al quale non compete alcuna delle facoltà dominicali. *La natura* (personale o reale) *del diritto del beneficiario* ha costituito oggetto di un ampio dibattito (a dire il vero, maggiormente sviluppato a proposito del *trust* anglosassone). Trattandosi di beni siti in Italia, la qualificazione di tale situazione giuridica soggettiva deve essere effettuata alla luce della legge italiana (art. 51 della legge n. 218/1995), e delle caratteristiche concrete della posizione attribuita. Se si ha riguardo, in particolare, al beneficiario di eventuali redditi, o del godimento dei beni destinati, non sembra dubbio che difetti alla relativa posizione giuridica il carattere della *immediatezza*, ossia la possibilità per il titolare del diritto di soddisfare il proprio interesse senza l'intermediazione di altri soggetti⁵⁰: il beneficiario può al massimo ottenere dal fiduciario l'adempimento degli obblighi allo stesso imposti, ed anche quando gli venga concesso il godimento del bene destinato si tratterà comunque di un diritto di natura personale. Senza considerare il caso dell'affidamento di tipo *discrezionale*, ove spetta al fiduciario valutare se ed in quale misura soddisfare le esigenze dei beneficiari, ai quali non è, conseguentemente, attribuito alcun diritto soggettivo, ma semmai un *interesse legittimo* al corretto esercizio della discrezionalità. Tutto ciò induce a ritenere - in consonanza con le posizioni dottrinali più avvertite in materia di *trust* - che al vincolo di destinazione può non corrispondere un diritto soggettivo

Cassazione e il *trust sham*», in *Trusts*, 2011, p. 469; A. VICARI, «Il *trust sham* o simulato: questioni di diritto internazionale privato», in *Trusts*, 2010, p. 603; A. BRAUN, «Quando un *trust* è “*sham*”: brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey», in *Trusts*, 2006, p. 346; M. BRIDGES, «“*Sham*” e altri temi centrali del diritto dei *trust* nella sentenza “Gruppo Torras”», in *Trusts*, 2005, p. 384. Sul rilievo del controllo del *trustee* sui beni in *trust*, cfr. R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 106 e ss.

⁴⁸ Il criterio indicato nel testo è il medesimo già utilizzato in ambito societario, al fine di definire la posizione dell'amministratore di società per azioni (definita ora come «esclusiva» dall'art. 2380-bis c.c.) al quale - anche quando lo statuto prevede che determinati atti debbano essere autorizzati dall'assemblea dei soci, come consentito dall'art. 2364, n. 5, c.c. - è rimessa in ultima istanza la decisione e la responsabilità dell'atto. Cfr. al riguardo, tra gli altri, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 1; V. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di gestione degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991, p. 107.

Per ulteriori riflessioni sul significato della esclusività del dominio nelle proprietà nell'interesse altrui, cfr. A. SATURNO, *op. cit.*, p. 137 e ss.

⁴⁹ La posizione dell'amministrazione fiscale italiana -

elaborata con riferimento al *trust* - è nel senso della necessità di un distacco ancor più accentuato rispetto a quello descritto nel testo (a pena di inapplicabilità della disciplina fiscale dettata, ai fini delle imposte dirette, per il *trust* medesimo). Si è infatti affermato che la speciale disciplina fiscale del *trust* quale soggetto passivo d'imposta non trova applicazione al *trust* revocabile da parte del disponente (Circ. Agenzia entrate 6 agosto 2007, n. 48/E, § 1), come pure in ogni caso in cui il potere di amministrazione o di disposizione del *trustee* «risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari»; con la conseguenza che in tali ipotesi il *trust* è considerato «come struttura meramente interposta rispetto al disponente, al quale devono continuare ad essere attribuiti i redditi solo formalmente prodotti dal *trust*» (Circ. Agenzia entrate 10 ottobre 2009, n. 43/E; Circ. Agenzia entrate 27 dicembre 2010, n. 61/E). Un orientamento, questo, che nasce probabilmente dall'esigenza - particolarmente sentita - di contrastare l'utilizzo abusivo e simulato del *trust*, ma che non può tuttavia essere condivisa, in quanto priva di supporto normativo e contrastante con l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

⁵⁰ R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 119 e ss. Sulla immediatezza come elemento essenziale ai fini della configurazione di un diritto reale, cfr. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 122, 127 e ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padova, 1982, p. 62 e ss.; M. COMPORRI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 77 e ss.

del beneficiario dei redditi, e che comunque *l'eventuale pretesa del beneficiario non ha i caratteri propri del diritto reale*. Lo stesso può dirsi per l'eventuale beneficiario finale, a cui l'atto di destinazione attribuisca un diritto ad ottenere, al momento della cessazione del vincolo di destinazione, il trasferimento della proprietà dei beni: si tratterà, in tal caso, di un *diritto di credito*, la cui eseguibilità in forma specifica ex art. 2932 c.c. *non pregiudica in alcun modo l'esclusività del diritto del proprietario fiduciario*. Esclusività che non è, infine, pregiudicata neanche nell'ipotesi limite in cui l'atto di destinazione preveda il trasferimento automatico del diritto dominicale al beneficiario finale al termine della destinazione: anche in tal caso - inquadrabile nella disciplina della *proprietà temporanea* - nessuna facoltà di godimento o disposizione compete al beneficiario finale prima dell'acquisto a suo favore del diritto.

La «pienezza», altro fondamentale attributo del diritto di proprietà, va intesa quale caratteristica *potenziale* e non necessariamente attuale, che in quanto tale può anche essere *temporaneamente* assente: si citano in proposito, tra gli altri, i casi del diritto di nuda proprietà, gravato da usufrutto e praticamente privato di qualsiasi facoltà di godimento; o del diritto di proprietà del suolo gravato da un diritto superficie, in forza del quale è realizzata una costruzione⁵¹. In questi termini, la potenziale pienezza del diritto va ricollegata al fondamentale carattere della *elasticità* del dominio, che ne comporta la riespansione a seguito del venir meno del peso o diritto reale sullo stesso gravante⁵². Nel caso della proprietà fiduciaria, i limiti alla pienezza del diritto consistono soprattutto nel *divieto* di impiegare i beni ed i relativi frutti per un fine diverso da quello di destinazione (art. 2645-ter c.c.): il proprietario fiduciario è privato non solo della facoltà di astenersi dall'utilizzare il bene, o addirittura di distruggerlo (*abusus*), ma anche di quella di utilizzarlo nel proprio interesse (*usus*), e di farne propri i frutti (*fructus*). Gli sono, in pratica, sottratte le attribuzioni principali che tradizionalmente, da Bartolo di Sassoferrato in poi, si ritengono comporre il contenuto essenziale del diritto di proprietà⁵³. E tuttavia, la proprietà fiduciaria è destinata a riespandersi, ritornando proprietà piena, al momento in cui verrà a cessare il vincolo di destinazione (per il quale l'art. 2645-ter c.c. prevede comunque una durata massima), o a seguito di alienazione conforme al fine di destinazione, o di cessazione anticipata del vincolo, o di modifica dello stesso.

Quanto alla *perpetuità* del diritto di proprietà, che viene associata all'attributo della pienezza, per un verso essa non costituisce un elemento essenziale, in un ordinamento che consente l'alienazione del diritto a termine iniziale o finale; per altro verso, se intesa in senso oggettivo (come durata del diritto di proprietà corrispondente all'esistenza del bene, chiunque ne sia il titolare), deve ritenersi che anche la proprietà attribuita transitoriamente al fiduciario - con la limitazione temporale imposta dall'art. 2645-ter c.c. - posseda tale carattere⁵⁴. Anche l'eventualità che il fiduciario possa essere privato del diritto a seguito di revoca dell'incarico conferitogli non rappresenta nulla di più di un limite al contenuto del diritto, compatibile con la previsione dell'art. 832 c.c. e, oltretutto, accettato dal fiduciario al momento dell'assunzione del relativo ufficio⁵⁵. In definitiva, anche sotto questo profilo la proprietà fiduciaria appare inquadrabile nel paradigma dell'art. 832 c.c.

⁵¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 152-153; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 212 e ss.; A. SATURNO, *op. cit.*, p. 135 e ss.; M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 475 ss.; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire - trust fund*, Paris, 2014, p. 202 e ss. (n. 456 ss.); F. FRENETTE, *La propriété fiduciaire*, in *Les cahiers de droit*, 1985, p. 728 e ss.

⁵² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 153; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 219 e ss.

⁵³ Sullo *ius utendi et abutendi* come retaggio medievale del diritto di proprietà (oggi temperato dalla funzione sociale della stessa, ex art. 42 Cost.), cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 149 e ss.

⁵⁴ Per tale conclusione, cfr. nella dottrina francese M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 475 ss.; R. IBARRA GARZA, *op. cit.*, p. 208 e ss. (nn. 478 e ss.).

⁵⁵ Cfr. R. IBARRA GARZA, *op. cit.*, p. 214 e ss. (nn. 497 e ss.).

Segue: proprietà fiduciaria, limiti ed obblighi

La proprietà destinata è una proprietà *gravata*, come espressamente consentito dall'art. 832 c.c. che menziona distintamente *limiti* ed *obblighi*. Si ritiene generalmente che i primi abbiano carattere *negativo*, e si identifichino con i «vincoli» che limitano le facoltà di godimento e di disposizione, anche mediante obbligazioni di non fare o di permettere; mentre gli «obblighi» sarebbero quelli aventi ad oggetto prestazioni di tipo *positivo*. *I limiti conformano «dall'interno» la situazione dominicale*, delimitandone il contenuto e quindi la sua essenza⁵⁶, mentre gli obblighi veri e propri possono accompagnarsi «dall'esterno»⁵⁷ alla proprietà: la quale è considerata dalla dottrina più avveduta come un fascio di situazioni giuridiche attive e passive, anziché come una situazione giuridica semplice qual era la proprietà romanistica o napoleonica⁵⁸. Si ritiene, infine, che sia i limiti che gli obblighi, nel loro complesso, non rivestano più carattere eccezionale, alla luce delle novità introdotte dalla codificazione del 1942 e della funzione sociale della proprietà⁵⁹.

Il «vincolo di destinazione» ex art. 2645-ter c.c. va inteso proprio come un «*limite*», nel senso sopra indicato (ancorché si tratti di limite convenzionale e non legale): esso - al pari della servitù - non può consistere *in faciendo*, ma opera in *negativo*, precludendo al titolare del diritto l'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione in senso non compatibile con il fine di destinazione. L'opponibilità ai terzi, espressamente prevista dalla legge, attribuisce efficacia «reale» al limite, e consente di «*conformare*» *il contenuto del diritto dominicale*: il relativo titolare viene corrispondentemente «privato» *erga omnes* di alcune facoltà che normalmente compongono il contenuto del diritto.

La realtà del limite si manifesta in primo luogo nel vincolare *qualsiasi futuro titolare del diritto* - che subentri nella relativa titolarità nella *qualità di gestore della destinazione* - al divieto di utilizzare i beni per fini diversi da quello di destinazione, *limitandone in negativo la facoltà di godimento*. In conseguenza di ciò, *gli atti di godimento indebito compiuti dal fiduciario* (ivi compresa la percezione dei frutti) devono ritenersi equiparati *a quelli compiuti da un soggetto diverso dal titolare*, ad ogni effetto di legge: si applica quindi la disciplina dettata per i frutti percepiti dal terzo (artt. 1148 e ss.), e per le opere, addizioni e miglioramenti compiuti dal terzo (artt. 936 e ss. c.c.)⁶⁰.

La realtà del vincolo di destinazione si manifesta in una ulteriore conseguenza, di cui si dirà meglio

113

⁵⁶ Il vincolo limita con efficacia reale i poteri di godimento e di disposizione, i quali peraltro sono suscettibili di riespansione - a seguito dell'eventuale venir meno del vincolo stesso - come naturale riflesso dell'elasticità del diritto: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 188.

⁵⁷ Sulla distinzione tra limiti ed obblighi al contenuto del diritto di proprietà, cfr. F. MACARIO, *Commento all'art. 832*, in *Della proprietà. Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 326 e ss.; O. SCOZZAFAVA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 2, Milano, 2009, p. 70 e ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni propter rem*, Padova, 2007, p. 75 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 187 e ss. (secondo il quale il limite «circoscrive l'estensione del diritto mentre l'obbligo si aggiunge ad esso»); C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, p. 106 e ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Bologna-Roma, 1988, p. 43 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 4 e ss., 26 e ss.; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1980, p. 148 e ss.; F. DE MARTINO, *Della proprietà*, Bologna-Roma, 1976,

p. 144 e ss. Per l'inclusione dell'obbligo nel contenuto della proprietà, cfr. invece F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1969, *passim*.

La distinzione tra limiti ed obblighi evoca, d'altra parte, quella tra limiti legali della proprietà (o anche i pesi nascenti dalle servitù prediali) da un lato, ed obbligazioni *propter rem* dall'altro (sul contenuto normalmente positivo delle obbligazioni *propter rem*, cfr. Cass., 5 settembre 2000, n. 11864, in *Arch. loc.*, 2000, p. 885; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Milano, 1984, p. 48 e ss.).

⁵⁸ Sulla proprietà intesa come un fascio di situazioni giuridiche soggettive, anche passive, cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971 (rist. 2011), p. 69 e ss., e p. 162. Per una posizione non distante, cfr. S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, p. 15 e ss., 38 e ss.; ID., *Definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, *ibidem*, p. 137 e ss.

⁵⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, cit., p. 188.

⁶⁰ A. SCACCHI, *La proprietà temporanea*, Milano, 2005, p. 165 ss.

nel prosieguo (§ *Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale*): alla limitazione in negativo della facoltà di disposizione del proprietario fiduciario (e quindi all'assenza in capo allo stesso della legittimazione a disporre in modo non conforme alla destinazione) fa riscontro l'*inefficacia* di qualsiasi atto di disposizione posto in essere in violazione del vincolo di destinazione.

Sulla base della disciplina dettata per diritti reali di godimento su cosa altrui come l'usufrutto o l'enfiteusi, ma anche di quella in materia di proprietà risolubile, che si presta ad essere interpretata *estensivamente* (cfr. *infra*, il § *Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui*), è possibile peraltro ritenere che possano essere configurati, in capo non solo al proprietario fiduciario ma anche ai suoi *eredi ed aventi causa*, alcuni *obblighi* aventi finalità *conservativa*, strettamente inerenti ai diritti reali aventi durata *temporanea*, e collegati alle esigenze della relativa preservazione nell'interesse del proprietario finale. Si tratta, in particolare, degli *obblighi di custodia, conservazione, manutenzione e riparazione* (di cui si dirà meglio nel § *Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui*), che devono quindi ritenersi assoggettati al medesimo regime dei vincoli di carattere negativo, e compenetrati nell'ambito della situazione giuridica reale. Pertanto, qualunque terzo venga a trovarsi - *eventualmente anche a seguito di alienazione illegittima*, posta in essere dal proprietario fiduciario in violazione delle previsioni dell'atto di destinazione - nella posizione di titolare del diritto, già vincolato ad un dato scopo con atto opponibile ai terzi (ex art. 2645-ter c.c.), deve non soltanto astenersi da ogni utilizzo del bene incompatibile con la destinazione, ma altresì porre in essere quel minimo di attività necessaria a garantirne la *conservazione*. Il terzo avente causa è, inoltre, gravato dell'*obbligazione legale di restituire* all'avente diritto (nuovo fiduciario, o beneficiario) *la proprietà ed il possesso dei beni destinati*: con la precisazione che tale obbligo legale di restituzione a carico dell'avente causa - giustificato dall'opponibilità a qualsiasi terzo del vincolo per effetto della relativa pubblicità legale - deve ritenersi operante anche al di là dei limiti previsti dall'art. 2038 c.c. per le ipotesi di *indebito* ed ingiustificato arricchimento⁶¹.

È diverso, invece, l'ambito soggettivo di efficacia degli *obblighi positivi di amministrazione*, che l'atto di destinazione ed affidamento può porre a carico del proprietario fiduciario. L'art. 2645-ter c.c. rende opponibile ai terzi (compresi gli aventi causa) solo il vincolo di destinazione (inteso come limite di

⁶¹ Sull'obbligazione restitutoria legale da ingiustificato arricchimento, in particolare nelle ipotesi di alienazione da parte di soggetto non legittimato, cfr. specialmente A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998; C. ARGIROFFI, «La tutela compensativa della proprietà», in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 989; M. MAZZOTTA, «Le Sezioni Unite risolvono un duplice contrasto giurisprudenziale in materia di mandato ed azione generale di arricchimento (nota a Cass. S.U. 8 ottobre 2008 n. 24772)», in *Riv. not.*, 2009, p. 1043; P. LONGO, «Affidamento del terzo nel mandato senza rappresentanza e unicità del fatto costitutivo quale presupposto dell'azione di arricchimento», in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 513; C. ABATANGELO, «Il c.d. arricchimento indiretto e la concessione del rimedio di cui all'art. 2041 c.c.», in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, p. 373; A. NICOLUSSI, *Bereicherungsrecht und arricchimento senza giusta causa*, in *I cento anni del codice civile tedesco*, Padova 2002, p. 451; E. SPITALI, «L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2038 c.c.», in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1872; P. TRIMARCHI, *Atti di disposizione di cosa altrui e arricchimento senza causa*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, V,

Padova, 1965, p. 2021.

Nella dottrina comparatistica, con riguardo anche al *breach of trust*, ed alla tematica del *constructive trust*, cfr. R. STEVENS, «When and Why Does Unjustified Enrichment Justify the Recognition of Proprietary Rights?», in *Boston University Law Review*, 2012, p. 919; C. RICKETT, «Understanding Remedies for Breach of Trust», in *Otago Law Review*, 2008, p. 603; L. SMITH, «Unravelling Proprietary Restitution», in *Canadian Business Law Journal*, 2004, p. 317; M. STONE e A. MCKEOUGH, «Tracing in the age of restitution», in *UNSW Law Journal*, 2003, p. 377; J. DIETER e P. RIDGE, «“The receipt of What?”: Questions Concerning Third Party Recipient Liability in Equity and Unjust Enrichment», in *Melbourne University Law Review*, 2007, p. 47; P. BIRKS, «At the expense of the claimant?»: *direct and indirect enrichment in English law*, in *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2004, p. 493; D. VISSER, *Searches for silver bullets: enrichment in three-party situations*, *ibidem*, p. 526; G. GRETTON, *Proprietary issues*, *ibidem*, p. 571; L. SMITH, *Property, subsidiarity and unjust enrichment*, *ibidem*, p. 588.

carattere negativo all'utilizzo del bene), e tale disciplina - estensibile al limite alle attività meramente conservative - non può trovare applicazione agli obblighi di amministrazione e gestione, volontariamente assunti dall'affidatario: si tratterebbe, diversamente, di ipotizzare la nascita di obbligazioni *propter rem*, le quali invece sono tipiche, perché nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non dalla legge (art. 23 Cost.)⁶². La conclusione appare conforme alle soluzioni accolte in relazione al *trust*, almeno negli ordinamenti in cui l'acquisto da parte del terzo (non in buona fede) in violazione del *trust* non comporta la nascita di un *constructive trust* in capo allo stesso⁶³. I suddetti *obblighi di amministrazione* hanno quindi *natura personale*, e l'imposizione degli stessi in capo ad un soggetto diverso dal fiduciario (il quale eventualmente subentra nella titolarità della proprietà destinata) richiede necessariamente la relativa *accettazione*.

In definitiva, le limitazioni al diritto dominicale sono sicuramente tali da far ipotizzare una certa *alterazione* dello schema proprietario tradizionale, senza però che ciò consenta di parlare di un «diritto reale limitato», o di un *tertium genus* a metà tra la proprietà e gli *iura in re aliena*, come pure è stato sostenuto⁶⁴. Se è vero che il diritto di proprietà, per la sua naturale elasticità, tollera di essere compresso anche al massimo grado - essendo comunque suscettibile di riespandersi, come avviene alla nuda proprietà di fronte all'usufrutto, o alla proprietà del suolo rispetto alla proprietà superficaria dell'edificio - non può negarsi che la proprietà fiduciaria si inquadri armonicamente nel paradigma dominicale (plurale) ex art. 832 c.c., pur in presenza dei descritti caratteri peculiari. Il fascio di facoltà, limiti e vincoli che compongono il contenuto della situazione dominicale del fiduciario (*proprietà fiduciaria o destinata*), e ne connotano la funzione, si compenetrano nel contesto di una *situazione giuridica unitaria*: cosicché, ove gestore sia un soggetto diverso dal titolare del diritto, è comunque sul proprietario fiduciario che in ogni caso verranno a gravare i limiti (vincoli) di destinazione, e spetterà comunque a detto proprietario la titolarità delle (limitate) facoltà di godimento e disposizione. Questa conclusione non è priva di conseguenze pratiche: la violazione del vincolo - lungi dal comportare (soltanto) la responsabilità per inadempimento, che comunque graverebbe sul gestore, se diverso dal proprietario - determina, come meglio si dirà (cfr. il § *Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale*), l'*inefficacia* degli atti compiuti in tale veste, siano essi atti di godimento o di disposizione, con le relative conseguenze di legge.

115

La proprietà condizionata (risolubile) quale ulteriore situazione giuridica «funzionalizzata»

La proprietà destinata o fiduciaria rientra nel più ampio *genus* delle *proprietà nell'interesse altrui*: categoria, quest'ultima, nell'ambito della quale si collocano tra l'altro due importanti istituti: la proprietà temporanea, e la proprietà condizionata o risolubile.

Si ha *proprietà temporanea* allorché il diritto dominicale è sottoposto ad un termine finale, e risulta quindi certo che, allo scadere di tale termine, il diritto del proprietario verrà meno; speculare a tale diritto è l'*aspettativa reale* del proprietario a termine iniziale, ossia di colui che subentrerà al proprietario attuale alla scadenza del termine⁶⁵. Si ha, invece, *proprietà risolubile* quando l'acquisto di un diritto è

⁶² In tal senso, G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 189. Cfr. anche U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, *cit.*, p. 160.

⁶³ Cfr. sul punto R. VALSAN, *Rights against rights and real obligations*, in *The Worlds of the Trust*, *cit.*, spec. p. 489 e 510.

⁶⁴ In tal senso, v. A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 427 e ss., 448 e

ss. Cfr. anche, sul problema costruttivo, R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 333 e ss.

⁶⁵ Sulla categoria della proprietà temporanea, cfr. A. SCACCHI, *op. cit.*; N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979; E. BILOTTI, «Proprietà temporanea, usufrutto e tipicità delle situazioni di appartenenza», in *Riv. not.*, 2013, p. 1277; S. SPEDICATI, «La proprietà

sottoposto a condizione sospensiva, o risolutiva: nel primo caso (condizione sospensiva) è proprietà risolubile quella di cui è titolare il soggetto alienante, mentre nel secondo caso (condizione risolutiva) proprietario risolubile è l'acquirente. A differenza della proprietà temporanea, la proprietà risolubile è connotata dall'elemento dell'incertezza (art. 1353 c.c.): il mancato avveramento della condizione può comportare la stabilizzazione della situazione dominicale, mentre il relativo avveramento può determinarne la definitiva cessazione. Le riflessioni che seguono si riferiscono soprattutto alla proprietà risolubile, la quale - a differenza della proprietà temporanea - trova una disciplina espressa in alcune disposizioni codicistiche, dedicate alla fase di pendenza della condizione (artt. 1356 e ss. c.c.), oltre che in alcune figure speciali (come la vendita con patto di riscatto e quella con patto di riservato dominio, o la sostituzione fedecommissaria)⁶⁶.

Ciò che più rileva in questa sede è la constatazione che *la proprietà risolubile è una vera e propria «proprietà destinata»*: anch'essa è, infatti, è una proprietà strutturata nell'interesse (non solo del titolare interinale ma anche) di altro soggetto (il titolare dell'aspettativa condizionale), e come tale *funzionalizzata e conformata*. Essa impone al relativo titolare vincoli, divieti ed obblighi di comportamento, al fine di far salve le ragioni del titolare dell'aspettativa reale (rispettivamente, acquirente sotto condizione sospensiva ed alienante sotto condizione risolutiva). Dagli artt. 1356 e seguenti del codice civile si ricava l'esistenza, in capo al titolare della proprietà risolubile, di *limiti o vincoli* (divieto di distruggere e deteriorare il bene; divieto di mutarne la destinazione, almeno in certi casi o quando una specifica destinazione sia stata contrattualmente prevista; divieto di disporre del bene quando ciò può pregiudicare la controparte; ecc.) e di obblighi (di custodia, manutenzione, riparazione, e simili)⁶⁷, non diversi da quelli configurabili in capo al proprietario fiduciario, che comprimono temporaneamente le facoltà dominicali, incidendo sulla «pienezza» del diritto risolubile.

Nonostante l'apparente pertinenza alla dimensione contrattuale dei limiti derivanti dagli artt. 1356 e ss. c.c. (come farebbe pensare la *sedes materiae*), si tratta in effetti di *vincoli di natura reale*, che conformano la situazione dominicale del proprietario risolubile, si trasferiscono ai relativi *aventi causa*⁶⁸, ed operano anche rispetto agli *aventi causa* dal titolare dell'aspettativa. L'art. 1357 c.c. stabilisce, infatti, che l'avente causa dal proprietario risolubile è soggetto alla «*stessa condizione*»: questa espressione deve essere intesa nel senso più ampio (compatibile con il fondamentale principio di convenienza dell'effetto al fatto⁶⁹), idoneo a ricomprendervi non solo l'identificazione dell'evento condizionante, ma *anche i limiti legali e convenzionali* cui deve conformarsi il comportamento delle parti durante lo stato di pendenza⁷⁰. I vincoli di cui trattasi nascono direttamente dalla legge (artt. 1356 e ss. c.c.), e comunque anche

temporanea», in *Vita not.*, 2000, p. 608; R. CATERINA, «Usufrutto e proprietà temporanea», in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 715; M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, Palermo 1930, p. 69 e ss.

⁶⁶ Sulla proprietà risolubile, cfr. in particolare A.C. PELOSI, *op. cit.*, spec. p. 371 e ss.; M. FACCIOLO, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, p. 76 e ss. È merito soprattutto di Pelosi l'elaborazione della categoria dogmatica della proprietà risolubile, che procede dal superamento dell'artificio della retroattività della condizione (la quale ha condotto nel tempo a valutare esclusivamente *ex post* gli effetti giuridici prodotti dalla fattispecie preliminare durante il periodo di pendenza della condizione, falsando in tal modo la prospettiva di osservazione), per poi enucleare dal dato positivo i principi generali che concorrono a formarne la disciplina. Principi che è possibile ricavare anche da una pluralità di figure tipiche disciplinate dal codice civile, come accennato nel testo.

⁶⁷ Sui limiti e vincoli indicati nel testo, cfr. A.C. PELOSI, *op. cit.*, spec. p. 371 e ss.; M. FACCIOLO, *op. cit.*, p. 76 e ss.

⁶⁸ In tal senso, esattamente, A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 379, e p. 414 (ove viene correttamente richiamata, per analogia, anche la disciplina che comporta il subingresso dell'avente causa negli obblighi dell'usufruttuario, ex art. 980, comma 2, c.c., o dell'enfiteuta, ex art. 967, comma 2, c.c., o dell'acquirente con patto di riscatto, ex art. 1504, comma 2, c.c.); U. LA PORTA, *I «formanti dell'ordinamento giuridico», il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, cit., p. 156 e ss.

⁶⁹ Sul principio di convenienza dell'effetto al fatto, il quale conduce a ricostruire la portata dell'effetto giuridico in modo da fornire - nel grado maggiore possibile - la miglior soluzione in chiave di tutela degli interessi manifestati dalla fattispecie, cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I - *Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 490; ID., *La prassi nella realtà del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, p. 441.

⁷⁰ Quanto affermato nel testo consente di ribattere alle

quelli convenzionalmente pattuiti, incidendo *dall'interno* sul contenuto del diritto, sono destinati a conformare la situazione dominicale del proprietario interinale, *riducendo* con efficacia *erga omnes* l'ambito delle facoltà spettanti a quest'ultimo (ed ai suoi *aventi causa*). Con l'importante conseguenza che la violazione dei suddetti vincoli dà luogo a responsabilità extracontrattuale del proprietario risolubile e dei suoi *aventi causa* (come si ritiene che avvenga anche per le violazioni commesse da parte dell'usufruttuario⁷¹). Del resto, i vincoli di cui si tratta sono *conoscibili dai terzi*: il terzo acquirente ha la possibilità di verificare - tramite i pubblici registri - i vincoli gravanti sul proprietario interinale in pendenza della condizione, e non vi è ragione di premiare un suo ipotetico affidamento rispetto all'interesse (maggiormente degno di protezione) del titolare dell'aspettativa.

Pertanto, a titolo esemplificativo, in caso di *deroga convenzionale alla retroattività* della condizione, che estenda tale retroattività ai *frutti* (art. 1361 c.c.), deve ritenersi che anche i limiti convenzionali alle *facoltà di godimento* del proprietario risolubile (compresa, appunto, la percezione dei frutti) si trasferiscono ai suoi *aventi causa*, e più in generale sono opponibili ai terzi, in quanto resi pubblici. Parimenti, nel caso di *condizione unilaterale*, deve ritenersi che la rinunciabilità della condizione stessa ad opera del soggetto nel cui interesse la stessa è stata pattuita costituisca un attributo della situazione reale, *trasmissibile agli aventi causa* dal medesimo soggetto, ed opponibili agli *aventi causa dal titolare dell'aspettativa*. E gli esempi potrebbero continuare.

L'*incidenza della condizione sul diritto reale* è, del resto, fenomeno rilevato da tempo da parte di autorevole dottrina, la quale ha avvertito che la disciplina della condizione - ed in particolare l'opponibilità ai terzi del relativo avveramento (artt. 1357 e 2659, ult. comma, c.c.) - finisce con il triplicare il numero dei diritti reali: per ogni situazione giuridica reale è infatti possibile ipotizzarne una pura e semplice, una risolubile, nonché un'aspettativa reale al relativo acquisto⁷². L'art. 1357 c.c., nel momento in cui sottopone la situazione giuridica dell'acquirente della proprietà risolubile alla «*stessa condizione*», *estende nei confronti di tale acquirente l'efficacia* non solo della previsione contrattuale che identifica l'evento condizionante, ma anche delle *clausole* che regolamentano la facoltà di godimento, gli obblighi ed i divieti durante la fase di pendenza, prevedono o meno la rinunciabilità alla condizione unilaterale, derogano alla retroattività, e simili⁷³. Il che equivale a dire che *i vincoli a carico del proprietario risolubile hanno efficacia reale e conformano la corrispondente situazione dominicale*, non diversamente da quanto avviene per la proprietà destinata: come tali essi si *trasferiscono ai suoi aventi causa*, ed operano anche nei confronti degli *aventi causa dal titolare dell'aspettativa*⁷⁴.

117

obiezioni di chi ha contestato l'afferenza al diritto - anziché al negozio - dei vincoli ed obblighi posti a carico del titolare interinale del diritto stesso (cfr. al riguardo M. FACCIOLO, *op. cit.*, p. 162 e ss., ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina).

Del resto, ove si opinasse diversamente - nel senso dell'efficacia soltanto *inter partes* dei vincoli derivanti dall'art. 1358 c.c. e dalle eventuali pattuizioni conformative del diritto durante la fase di pendenza condizionale - occorrerebbe ritenere che la posizione del titolare dell'aspettativa possa essere legittimamente pregiudicata dal terzo acquirente della proprietà risolubile (il quale invece, proprio in osservanza del dovere di buona fede, non può disporre del diritto pendente *condizione*): soluzione che non sarebbe né efficiente, né equa.

⁷¹ G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972, p. 450 e ss., 496 e ss. (diversamente A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 151 e ss.). Può ipotizzarsi, in concorso con la responsabilità extracontrattuale del proprietario risolubile (alienante sotto condizione sospensiva, o acquirente sotto

condizione risolutiva, e loro *aventi causa*), la responsabilità contrattuale in capo al contraente, ma non ai suoi *aventi causa*.

⁷² R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 157 («accanto alla proprietà senza aggettivi, abbiamo la proprietà sospensivamente condizionata, e la proprietà risolutivamente condizionata. I diritti reali sono tipici: ma i diritti reali sono tre volte più numerosi di quanto siano numerosi i diritti reali puri. Ogni problema giuridico deve essere studiato due volte: per accertare come si risolve dove operino solo diritti puri; e per accertare come si risolve dove operino diritti condizionati»).

⁷³ Sulla derogabilità convenzionale del contenuto del diritto risolubile durante la fase di pendenza, con efficacia reale e quindi conformativa del diritto reale, cfr. R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., p. 109 e ss., spec. p. 121 ss.

⁷⁴ Il contenuto dei diritti reali può essere, entro determinati limiti, modellato dalle parti con effetti opponibili ai terzi, ed anche per tale motivo non si vede la ragione

L'accostamento delle situazioni giuridiche «condizionate» a quelle «destinate», pertanto, non risponde solo a suggestioni di carattere storico e comparatistico⁷⁵, ma trova la propria ragion d'essere sia sul piano assiologico⁷⁶, sia nella profonda *affinità dei due fenomeni* quanto ad incidenza dei vincoli sul

di un diverso trattamento per le situazioni giuridiche condizionate. Cfr., sul punto, l'interessante disamina di G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, II, 2, Milano, 2009, p. 186 ss. Cfr. anche U. MORELLO, *Proprietà e possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, Milano, 2008, p. 157 ss.; A. MUSTO, «Circolazione del diritto di abitazione e autonomia privata: depotenziamento di un antico dogma fra regula iuris e valori protetti», in *Vita not.*, 2010, p. 1601; A. FUSARO, «Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali», in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, p. 517; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali* (estratto dal vol. XXXV degli Annali del seminario giuridico di Palermo), Palermo, 1974.

⁷⁵ Un fenomeno analogo a quello osservato nell'ordinamento italiano - la destinazione dei beni nell'interesse anche altrui, durante la pendenza della condizione sospensiva, e la conseguente conformazione e modificazione del diritto dell'alienante - si riscontra anche in *common law*. A seguito della conclusione del contratto di compravendita di immobili (*contract of sale of land*), il compratore non diviene per ciò solo proprietario, dovendo essere successivamente perfezionato a tal fine l'atto traslativo (*deed of conveyance*) ad opera del venditore; per effetto della c.d. *doctrine of conversion*, tuttavia, il venditore è costituito trustee del compratore nel periodo di tempo che va dalla conclusione del contratto obbligatorio al trasferimento della proprietà, con conseguente imposizione a suo carico di vincoli, resi opponibili ai terzi proprio in forza della disciplina del *trust*. Sulla *doctrine of conversion*, cfr. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 111 e ss.; D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano, 1992, p. 103 e ss.; M. GRAZIADEI, «Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà», in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 153 e ss.; A.J. OAKLEY, *Constructive trusts*, London, 1987, p. 141 e ss. Appare evidente l'analogia con la vendita sotto condizione sospensiva in diritto italiano, ove il venditore (titolare del diritto risolubile) assume una posizione equiparabile a quella del *constructive trustee* anglosassone in base alla *doctrine of conversion* (oltretutto in entrambi i casi con efficacia retroattiva, o *retrospective effect*). Così come è degno di nota il fatto che anche in questo secondo caso il venditore - nel periodo che precede la conveyance - ha facoltà di godimento maggiori rispetto a quelle di un *trustee* ordinario, perché l'obiettivo principale delle parti della compravendita è lo scambio, e si pone solo in via strumentale l'esigenza di assicurare, con vincoli a carico del proprietario, una diligente e corretta gestione dell'interesse del compratore (M. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, p. 155). Le analogie evidenziate richiamano ulteriormente alla mente la costruzione «procedimentale»

del meccanismo di trasferimento della proprietà (tra contratto e formalità successive), su cui v. innanzitutto R. SACCO, *Modificazione (soggettiva) della proprietà e dissociazione del diritto*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 117.

Un analogo parallelo tra proprietà destinata e proprietà condizionale è stato effettuato da parte della dottrina francese: cfr. in particolare M. BOUTEILLE, *op. cit.*, p. 445 e ss. (con riguardo soprattutto ad alcune fattispecie, come la vendita con patto di riservato dominio e la vendita con patto di riscatto, in cui più incisivi sono i profili fiduciari). Peraltro, nell'ordinamento francese la mancanza di una norma come l'art. 1357 c.c. - che renda opponibile ai terzi l'avveramento della condizione - ha condotto una parte della dottrina (restia a far ricorso a tal fine a tal fine alla finzione della retroattività) ad escludere l'efficacia reale della condizione medesima nei confronti dell'avente causa dalla parte, ed a negare quindi che la proprietà condizionata possa ascrivere al novero delle proprietà conformate (M. BOUTEILLE, *op. ult. cit.*, p. 424 e ss., 430 e ss.).

Ancora diversa la situazione in Germania, ove - sulla scia, in particolare, di A. SCHULTZE, «*Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*», in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 43, 1901, p. 1 - è stato fatto ricorso proprio alla condizione (*Bedingung*), al fine di assicurare la realizzazione degli obblighi fiduciari (*Treuhand*), in alternativa al diverso congegno dell'autorizzazione a disporre (*Genehmigung*) ex § 185 BGB. La condizione si è rivelata, tuttavia, uno strumento poco efficiente, sia per l'impossibilità (propria dell'ordinamento tedesco) di subordinare, con effetti reali, il trasferimento del diritto di proprietà di beni immobili ad una condizione (§ 925, comma 2, BGB), sia perché quest'ultima è di fatto inutilizzabile in tutti i casi in cui non si intenda ripristinare la situazione antecedente al trasferimento fiduciario al termine del rapporto (cfr., per una sintetica illustrazione al riguardo, P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 28 e ss.). Sulla disciplina tedesca della condizione, cfr. per tutti H.P. WESTERMANN, §§ 158-163, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1, München, 2006, p. 1915; K.H. GURSKY, § 185, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 2004, p. 333. Da evidenziare peraltro come l'iscrizione di una prenotazione (*Vormerkung*), a norma del § 883 del BGB, sia per molti aspetti idonea a garantire al beneficiario della fiducia - titolare di un diritto al trasferimento del bene immobile - una tutela vicina a quella «reale» (M. GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, cit., p. 156 e ss.).

⁷⁶ L'interesse tutelato mediante la condizione - al pari

contenuto del diritto reale (oggetto, rispettivamente, dell'atto condizionato o dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione). *In entrambi i casi il titolare* della situazione giuridica funzionalizzata - diritto «risolubile» o diritto «destinato» - non è pieno ed assoluto proprietario, ma è piuttosto un *proprietario (anche) nell'interesse altrui, «limitato» nelle sue facoltà di godimento e di disposizione*. Si tratta, a questo punto, di verificare più da vicino tali limitazioni, al fine di evidenziarne le possibili *similitudini*, ed i conseguenti riflessi sulla disciplina positiva.

Profili di disciplina comuni alle diverse ipotesi di titolarità nell'interesse altrui

L'analogia tra la proprietà fiduciaria e quella risolubile appare feconda di risultati, che occorre a questo punto analizzare più in dettaglio. Non senza osservare, preliminarmente, che il confronto tra le due fattispecie non intende in alcun modo trascurare le *differenze*, anche rilevanti, tra esse intercorrenti, le quali incidono evidentemente anche sul contenuto e l'intensità dei vincoli ed obblighi, parametrati alla diversa incidenza dell'interesse alla destinazione nell'economia delle rispettive operazioni⁷⁷.

Diverse disposizioni, dettate in tema di condizione, possono essere estese *analogicamente* alla proprietà destinata. Già da qualche tempo la dottrina ha iniziato a svolgere indagini analitiche, volte ad individuare i singoli *limiti, soggezioni ed obblighi* a carico del proprietario risolubile durante il periodo di pendenza della condizione, che costituiscono specificazioni del dovere di buona fede ex art. 1358 c.c., ed a cui fa riscontro, specularmente, la possibilità accordata al titolare dell'aspettativa di porre in essere atti conservativi (art. 1356 c.c.)⁷⁸. Si tratta di indagini estremamente utili ai fini del presente lavoro, anche perché nel contesto della disciplina della destinazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c. mancano norme di legge dispositive che statuiscono in ordine ai singoli divieti ed obblighi a carico del fiduciario, e che possano applicarsi quando l'atto di destinazione nulla disponga al riguardo. Si

119

di quello alla cui realizzazione è diretta la destinazione patrimoniale - non è necessariamente un interesse «estrinseco», e quindi esterno al nucleo causale dell'atto, potendo lo stesso conformare la causa concreta del contratto, non diversamente dall'atto di destinazione: cfr. in tal senso G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, p. 173 e ss.; G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 71 e ss.

⁷⁷ Esistono sicuramente differenze, anche importanti, tra proprietà risolubile e proprietà destinata, che costituiscono il riflesso della diversa rilevanza ed intensità dell'interesse altrui, in funzione del quale la proprietà è rispettivamente conformata. In primo luogo, la proprietà destinata può essere utilizzata «soltanto» per il fine di destinazione, mentre la proprietà risolubile è utilizzata soprattutto nell'interesse del proprio titolare, «compatibilmente» però con l'interesse del titolare dell'aspettativa; di conseguenza, gli obblighi del titolare della proprietà destinata devono ritenersi più intensi (il che vale anche riguardo all'effettiva destinazione dei beni allo scopo, considerato che ad avviso della dottrina dominante è meno incisivo l'obbligo di non mutare la destinazione economica del bene oggetto di proprietà risolubile). Ciò condurrebbe ad avviso di alcuni - che ritengono analogicamente applicabili gli artt. 491 e 2864 c.c. - a configurare una possibile responsabilità del proprietario risolubile (il

quale opera innanzitutto nell'interesse proprio, e solo in via secondaria nell'interesse altrui) solamente per colpa grave, anziché per colpa lieve (L. RICCA, *Fedecommesso (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 128).

D'altra parte, mentre la proprietà destinata è soggetta a sicura estinzione (*rectius*, trasformazione in proprietà ordinaria) al termine della destinazione, una tale sicurezza difetta nel caso della proprietà risolubile, a causa dell'incertezza dell'evento dedotto in condizione: incertezza che potrebbe riflettersi, ancora una volta, sull'intensità degli obblighi a carico del proprietario interinale (cfr. in tal senso - nel raffronto tra proprietà risolubile e temporanea - A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 447 e ss. In senso diverso, v. però M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 94 e ss.).

Sotto il profilo assiologico, infine, mentre la proprietà destinata è finalizzata alla realizzazione di una destinazione, ed in ciò esaurisce la sua funzione, la proprietà risolubile è suscettibile di evolversi, eventualmente, in una proprietà piena (arricchendo in tal modo il patrimonio del titolare): il che spiega perché soltanto la prima, ma non la seconda, sia esclusa dal regime di comunione legale dei beni tra coniugi, e dalla successione del proprietario fiduciario.

⁷⁸ Cfr. i lavori di A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 371 e ss.; A. SATURNO, *op. cit.*, p. 197 e ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 76 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, *cit.*, p. 57 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.* p. 128 e ss.

tratta quindi, in presenza delle suddette lacune, di verificare caso per caso se vi siano gli estremi per l'applicazione estensiva o analogica⁷⁹ alla destinazione patrimoniale dei principi in tema di proprietà risolubile, che la dottrina ha ricavato dagli artt. 1356, 1357 e 1358 c.c.⁸⁰: opera che per la sua complessità non può essere compiutamente svolta in questa sede, potendosi soltanto proporre, sinteticamente, qualche esempio emblematico.

A parte il generale obbligo di buona fede - sulla cui estensibilità a carico del titolare della proprietà destinata non sembrano esservi dubbi - può porsi la questione dell'applicazione estensiva o analogica alla proprietà destinata delle norme riguardanti la proprietà risolubile, relative al divieto di distruggere o deteriorare il bene (ed ai correlati obblighi di diligente custodia, conservazione, manutenzione e riparazione)⁸¹; all'obbligo di redazione dell'inventario⁸²; ai limiti del divieto di mutarne la destinazione economica (nella misura in cui esso è configurabile riguardo alla proprietà risolubile)⁸³; all'obbligo di pagamento delle imposte ed altri carichi sulla proprietà⁸⁴. Ma anche, ad esempio, ai limiti del diritto - nei confronti del beneficiario - a rimborsi o indennità per gli eventuali miglioramenti ed addizioni⁸⁵; al diritto al possesso sul bene⁸⁶; all'estensione del regime della proprietà risolubile alle accessioni che si verificano durante la pendenza della condizione⁸⁷; alla possibilità per il titolare interinale di costituire servitù attive a favore del bene⁸⁸; all'imposizione in capo al proprietario risolubile del rischio del perimento del bene (art. 1465, ult. comma, c.c.), e della responsabilità civile per danni prodotti dalla cosa (artt. 2051, 2053, 2054, comma 3, c.c.). O, ancora, all'antigiuridicità degli atti di disposizione, compiuti dal proprietario interinale, che possano pregiudicare il titolare dell'aspettativa⁸⁹; e al subingresso dell'avente causa dal proprietario risolubile (compreso il successore *mortis causa*) nei

⁷⁹ Sulla problematica distinzione - nei casi concreti - tra analogia e interpretazione estensiva, v. M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, *passim*; V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in *Interpretazione giuridica e retorica forense*, a cura di M. Manzin e P. Sommaggio, Milano, 2006, p. 133; A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, in *Diritto privato*, 2001/2002. *L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 557; R. GUASTINI, «Interpretazione estensiva o applicazione analogica? (nota a Corte Cost. 6 luglio 2001, n. 227)», in *Giur. cost.*, 2001, p. 2026; R. RINALDI, «L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 195; N. BOBBIO, «Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia», in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 695. Per la svalutazione della distinzione, v. tra gli altri R. SACCO, *L'interpretazione, in Le fonti non scritte e l'interpretazione, Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 1999, p. 287, nota 10; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1974, p. 300.

⁸⁰ L'operazione indicata nel testo (estensibilità in via analogica degli artt. 1356 e ss. c.c.) è stata già effettuata dalla dottrina, che ne ha riconosciuto in alcuni casi l'applicabilità per identità di ratio - in difetto di espresse disposizioni al riguardo ed in presenza quindi di *lacunae legis* - alla proprietà temporanea: cfr. per tutti A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 133 e ss.

⁸¹ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1971, p. 226, e nota 13; BRUSCUGLIA, *Pendenza della*

condizione e comportamento secondo buona fede, Milano, 1975, p. 84 e ss.; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 376 e ss., 385 e ss., 388 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., p. 59 e ss., 190 e ss.; M. COSTANZA, *Condizione, termine e modo*, in *Il contratto in generale*, V, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, p. 227; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 135 e ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 80 e ss., 88 e ss.

⁸² L. RICCA, *Fedecommesso (dir. civ.)*, cit., p. 130; M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 362; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 385 e ss.

⁸³ A. BELFIORE, «Pendenza negoziale e conflitti di titolarità», in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 199; L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 84 ss., e p. 98; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 382 e ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, Milano, 1987, p. 344; M. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 853; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., p. 101 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 143 e ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 81 e ss.

⁸⁴ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 394 e ss.

⁸⁵ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 399 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., p. 201 ss., 208 ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 167 e ss.

⁸⁶ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 407 e ss.

⁸⁷ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 408.

⁸⁸ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 420; M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 177 e ss.

⁸⁹ M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 85 e ss.; Cass., 2 luglio 2002, n. 9568, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1300.

medesimi vincoli gravanti sul dante causa⁹⁰. Come pure alla possibilità per il titolare dell'aspettativa di porre in essere atti conservativi (art. 1356 c.c.), anche al fine di neutralizzare il pericolo di pregiudizi che possono derivare da iniziative di creditori o di altri terzi, prescindendo dagli specifici presupposti normalmente richiesti per la concessione di provvedimenti cautelari⁹¹.

La funzione conservativa di tutti i suddetti vincoli, limiti, divieti, diritti e facoltà si ravvisa anche nella destinazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c.: la ricorrenza della *eadem ratio* fa sì che le conclusioni raggiunte dalla dottrina in relazione alla proprietà risolubile (ed alla proprietà temporanea) possano essere estese anche alla proprietà destinata in senso stretto⁹². Ciò vale anche per la possibile «modulazione» dei vincoli e divieti in relazione alla durata della destinazione: un termine breve di durata del diritto induce, ad esempio, a ritenere che le innovazioni possano essere ammesse soltanto entro limiti rigorosi, mentre una durata maggiore appare compatibile con la facoltà di compiere tutte le innovazioni dirette ad una migliore utilizzazione dei beni, come si desume dall'art. 693, comma 1, c.c.⁹³. Ciò che più interessa in questa sede è peraltro l'operatività dei suddetti vincoli ed obblighi anche in capo ai successivi *aventi causa* dal titolare della proprietà risolubile, o destinata: chiunque acquisti dal proprietario fiduciario, legittimamente (si pensi al fiduciario subentrante) o illegittimamente (per effetto della violazione del vincolo di destinazione da parte del medesimo fiduciario), subentra quindi non solo nel vincolo vero e proprio (divieto di utilizzare il bene per fini diversi da quello di destinazione), ma anche negli obblighi strumentali alla relativa conservazione.

La disciplina della condizione offre, ancora, un interessante punto di osservazione dal quale valutare la problematica dell'*interesse meritevole di tutela*, ex art. 2645-ter c.c., come interpretato da dottrina e giurisprudenza. È noto che la tendenza ad interpretare rigorosamente tale requisito, richiedendo che l'interesse alla base della destinazione abbia addirittura valenza costituzionale⁹⁴, si è sviluppata quale reazione alla possibile diffusa elusione dell'art. 2740 c.c. (e del principio del *numerus clausus* dei diritti reali). Una reazione che non ha, tuttavia, ragion d'essere, altre essendo le legittime forme di repressione degli eventuali abusi. Non è la valenza pubblica o costituzionale dell'interesse meritevole a dover bilanciare la limitazione «reale» del diritto dominicale e la deroga alla responsabilità patrimoniale illimitata, poiché questi effetti trovano la loro giustificazione da un lato nella *conoscibilità legale*, da parte dei terzi, del vincolo tramite la pubblicità; d'altro lato, nella *inidoneità del «mero» vincolo di destinazione (autodichiarato) a pregiudicare i creditori anteriori del disponente* (come sarà meglio evidenziato nel successivo § *La tutela dei creditori del disponente: vincolo di destinazione autodichiarato o alienazione sospensivamente condizionata*)⁹⁵. Assodato quanto sopra, la disciplina della condizione fornisce un ulteriore importante argomento ai nostri fini: infatti, nonostante anche il condizionamento degli effetti determini, in fase di pendenza, una vera e

121

⁹⁰ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 412 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 158 e ss.

⁹¹ M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 139 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., p. 234 e ss.; A. SCACCHI, *op. cit.*, p. 152 e ss. (ed ivi ulteriori riferimenti).

⁹² Rimangono invece fuori dal discorso sviluppato nel testo gli obblighi di amministrazione e gestione dei beni, che come tali hanno natura personale e non vincolano gli aventi causa del fiduciario. Per un'elencazione riassuntiva di tali obblighi, alla luce delle norme codicistiche sul mandato e della disciplina anglosassone del *trust*, cfr. A. SATURNO, *op. cit.*, p. 197 e ss.

⁹³ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 383-384, e nota 20, e p. 441 e ss.; R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., p. 88, e nota 51.

⁹⁴ Cfr. da ultimo G. D'AMICO, *op. cit.*, spec. p. 543 e ss. Per lo stato degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali al

riguardo, cfr. di recente S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 62 e ss.; AA.VV., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit.

⁹⁵ Il problema della tutela dei creditori anteriori del disponente si pone in modo molto diverso nel caso di trasferimento della proprietà del bene destinato (dal disponente al fiduciario), che determina la fuoriuscita del bene dal patrimonio del disponente, e rispetto al quale l'ordinamento può reagire - in presenza di abusi o frode - con l'azione revocatoria. Non si pone neanche rispetto ai creditori del fiduciario, che acquista *ab initio* un bene destinato ad un patrimonio separato e vincolato (come testualmente previsto dall'art. 2645-ter c.c.), e quindi non destinato ai suoi creditori personali, i quali non possono farvi affidamento.

propria *conformazione* della situazione dominicale, rallentando *la circolazione dei beni* e potenzialmente limitando - in modo anche più incisivo della vera e propria destinazione patrimoniale - la *responsabilità patrimoniale* a danno dei creditori del proprietario interinale (a maggior ragione quando si tratta di una condizione potestativa, il cui avveramento dipende dal disponente o dal trustee), *la legge non richiede alcuna «pregnanza causale» dell'interesse al cui soddisfacimento è finalizzata la condizione*⁹⁶. I negozi che danno origine alla proprietà risolubile richiedono *solamente un interesse meritevole di tutela nella limitata accezione dell'art. 1322 c.c., ossia un interesse lecito, serio ed apprezzabile*, che si accompagna - nell'ambito della causa concreta del negozio - all'interesse egoistico dell'acquirente sotto condizione o a termine iniziale a conseguire il diritto. Se si accogliesse l'interpretazione più rigorosa del requisito dell'interesse meritevole ex art. 2645-ter c.c. ne risulterebbe *una ingiustificata disparità di trattamento*, posto che chiunque può - stipulando un contratto sottoposto a condizione - conseguire risultati non molto differenti (quanto ai vincoli alla circolazione dei beni) da quelli derivanti dall'art. 2645-ter c.c., senza però che sia necessario giustificare la condizione con interessi pubblicistici o costituzionalmente rilevanti⁹⁷. La disciplina della proprietà temporanea e di quella risolubile costituisce quindi un forte argomento per dimostrare come *l'interesse meritevole* di cui parla l'art. 2645-ter c.c. non è altro che l'interesse lecito caratterizzato, semplicemente, dalla sua *necessaria alterità rispetto al mero interesse a proteggere il patrimonio*: o, detto in altri termini, *un interesse serio ed apprezzabile, causalmente distinto rispetto a quello (non lecito) a sottrarre i propri beni alla garanzia patrimoniale dei creditori, o a limitare la circolazione dei beni stessi*. Mentre, al contrario, deve considerarsi non meritevole di tutela il mero interesse a limitare la propria responsabilità patrimoniale, ed alterare la *par condicio creditorum*⁹⁸.

Il ragionamento estensivo, o analogico, può essere sviluppato anche in senso inverso: vi sono infatti *previsioni riguardanti la proprietà destinata suscettibili di essere applicate estensivamente, o analogicamente, alla proprietà risolubile*. In particolare, l'art. 2645-ter c.c. prevede un *limite di durata del vincolo di destinazione*, il quale attiene alla materia dei diritti reali e della relativa circolazione giuridica (che non si vuole limitare per un tempo eccessivo), più che alla destinazione vera e propria⁹⁹. Sembra che - alla luce delle rilevate

⁹⁶ Sotto il profilo assiologico e causale la condizione è da considerarsi tutt'uno con il contratto di cui fa parte, e di cui concorre a determinare la causa concreta: cfr., per la dimostrazione dell'assunto, G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, cit., *passim*. Nel senso dell'applicabilità del (meno intenso) controllo di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c. all'interesse di cui è espressione la clausola condizionale, cfr. G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, cit., p. 158 e ss.; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 765-766; F. CARRESI, *Il contratto*, I, Milano, 1987, p. 265; S. MAIORCA, *Condizione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 279; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, Milano, 1996, p. 114 ss.; L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 60-61; P. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1984, p. 88; E. ZERELLA, «Condizione potestativa e finzione di avveramento», in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 336 (questi ultimi tre autori limitatamente alla condizione potestativa). Per Cass., 12 maggio 1972 n. 1431, in *Giust. civ., Rep.* 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 82, «allorquando la condizione risulti da una espressa manifestazione di volontà dei contraenti non è necessario che dal contratto risultino anche i motivi che l'hanno determinata né che siano oggettivizzate le ragioni per cui le parti hanno avuto interesse a pattuire la condizione

stessa».

⁹⁷ Il vincolo di «destinazione» derivante dalla proprietà condizionata o a tempo appare in realtà più invasivo, e limitativo della circolazione giuridica, di quanto non sia quello derivante dalla destinazione ex art. 2645-ter c.c., che si caratterizza proprio per la sua maggiore «elasticità»: l'avente causa del proprietario risolubile o temporaneo è, infatti, in ogni caso pregiudicato dall'avveramento della condizione (art. 1357 c.c.) o dalla scadenza del termine, mentre l'avente causa dal fiduciario ex art. 2645-ter c.c. potrebbe anche conseguire il diritto pieno, ogni qualvolta l'atto di alienazione compiuto dal fiduciario sia compatibile con lo scopo di destinazione, o sia autorizzato dall'atto di destinazione. Questi rilievi sistematici (che dimostrano come il bene sia messo molto più «fuori mercato» dalla previsione di una condizione sospensiva o risolutiva che da un vincolo di destinazione) contraddicono in modo decisivo l'opinione che subordina il potere privato di conformazione della proprietà alla ricorrenza di interessi poziori, idonei a realizzare la funzione sociale della proprietà medesima (D'AMICO, *op. cit.*, p. 541 e ss.).

⁹⁸ Nel senso indicato nel testo, v. G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 179-180; U. LA PORTA, *I «formanti dell'ordinamento giuridico», il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, cit., p. 134.

⁹⁹ L'art. 2645-ter c.c. ha segnato - quanto al profilo della

analogie, e in assenza di ragioni in contrario - possa ritenersi estensibile analogicamente alla *pendenza condizionale*, e quindi al *diritto di proprietà risolubile*, la *durata massima* prevista dall'art. 2645-ter c.c. Del resto, il problema del termine di durata del periodo di pendenza si era già posto all'attenzione della dottrina, perplessa circa l'eventualità che tale fase possa durare per un tempo indefinito e in tal modo paralizzare la circolazione dei beni¹⁰⁰.

Suscita serie difficoltà, invece, la questione dell'estensibilità alla proprietà risolubile (come a quella temporanea) della prescrizione di *forma pubblica* di cui all'art. 2645-ter c.c. Se si condivide l'idea che tale forma solenne sia volta ad assicurare l'univocità e la certezza del contenuto del vincolo di destinazione nei rapporti con i terzi¹⁰¹, risulta difficile ammettere una disparità di trattamento riguardo ai vincoli derivanti dalla condizione negoziale: in entrambi i casi, infatti, le limitazioni al contenuto del diritto dominicale (fiduciario o risolubile che sia) si riflettono nei confronti dei terzi *aveni causa* dal titolare del diritto, e l'eventuale oscurità o contraddittorietà delle clausole relative ai vincoli durante la pendenza della condizione potrebbe seriamente pregiudicare la circolazione giuridica. Lo stesso potrebbe dirsi, del resto, riguardo alle servitù, per la cui costituzione non è previsto alcun vincolo di forma pubblica, anche se la chiarezza del relativo contenuto appare non meno indispensabile nell'ottica di una sicurezza dinamica dei traffici¹⁰². La questione, con tutta evidenza, interseca quella della tassatività o meno delle forme solenni, e dei possibili spazi per un'estensione analogica delle corrispondenti prescrizioni normative: o si ritiene che l'art. 2645-ter c.c. abbia reso più rigoroso il requisito di forma per qualsiasi vincolo «di destinazione» - *lato sensu* inteso - che sia suscettibile di pregiudicare la circolazione giuridica; ovvero si aderisce all'orientamento prevalente - ancorché autorevolmente contestato¹⁰³ - che ritiene eccezionali le prescrizioni di forma, e si conclude per l'inapplicabilità della suddetta prescrizione di forma alle fattispecie non ricomprese nella previsione dell'art. 2645-ter c.c.

durata massima dei vincoli di destinazione - una decisa evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano, che tuttora prevede limiti di durata inferiori ad altri effetti (si pensi, in particolare, ai limiti di durata dei diritti di godimento sui beni, come usufrutto e locazione), e che devono ritenersi superati allorché l'attribuzione patrimoniale sia inserita nel contesto di un vincolo di destinazione (per il quale valgono esclusivamente i limiti di durata previsti dall'art. 2645-ter c.c.). Deve ritenersi che anche limitazioni riguardanti il diritto delle obbligazioni, la cui giustificazione è tradizionalmente rinvenuta nella idoneità di determinati vincoli ad incidere sulla pienezza del diritto di proprietà (si pensi, per tutti, al divieto di rendite successive ed a quello di obbligazioni perpetue; alla sostituzione fedecommissaria ed istituti affini; alla capacità giuridica dei nascituri, anche non concepiti) debbano ritenersi superate, e sostituite nell'ambito in esame dai limiti massimi di durata ex art. 2645-ter c.c. Cioché, ad esempio, nel caso in cui l'atto di destinazione preveda una durata parametrata ad un termine fisso (fino ad un massimo di novanta anni), potrebbe essere individuato quale beneficiario della destinazione anche un nascituro non concepito, figlio di persona non vivente, a condizione che lo stesso nasca entro il termine previsto dal perfezionamento dell'atto di destinazione (vanno quindi integrate in questo senso le conclusioni raggiunte in G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 174 e ss.).

¹⁰⁰ M. FERRARIO HERCOLANI, *La durata delle*

obbligazioni di origine volontaria e la liberazione del debitore, Milano, 2009, p. 74 e ss.

¹⁰¹ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 163 e ss.

¹⁰² Non è un caso che già da tempo la dottrina abbia avvertito l'esigenza di affrontare lo spinoso tema del ruolo dell'autonomia privata nella costituzione convenzionale delle servitù prediali, tenuto conto dell'atipicità del relativo contenuto, ed alla luce delle esigenze di sicurezza della circolazione giuridica (che stanno alla base del tradizionale principio del *numerus clausus* dei diritti reali, e della relativa standardizzazione): cfr. in particolare P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974; ID., «Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù», in *Riv. dir. agr.*, 1972, p. 855.

¹⁰³ Il principio di libertà di forma è oggetto di sempre maggiori contestazioni, evidenziandosi come la necessità di forme solenni, a tutela della certezza della circolazione giuridica e comunque in rapporto ad interessi meritevoli di protezione, sfugga ormai alla dialettica regola-eccezione (e comunque non escluda l'applicazione estensiva o analogica delle prescrizioni di forma): cfr. soprattutto V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 379 e ss.; N. IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; P. VITUCCI, «Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni», in *Quadrimestre*, 1989, p.

La tutela dei creditori del disponente: vincolo di destinazione autodichiarato o alienazione sospensivamente condizionata

È interessante, a questo punto, comparare la *tutela dei creditori anteriori del disponente*^{103-bis} nel caso di (mero) vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c., senza trasferimento di proprietà ad un soggetto diverso dal disponente (c.d. *vincolo autodichiarato*), con l'ipotesi in cui, invece di sottoporre i beni ad un vincolo di destinazione, il disponente li alieni sotto *condizione sospensiva*. Si può, infatti, ipotizzare che almeno *in alcuni casi* i due strumenti possano essere impiegati per assolvere *funzioni similari*: si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui il disponente intenda trasferire i propri beni, invece che ad un *trustee*, direttamente ad un beneficiario finale, ma solo dopo il verificarsi di un evento futuro ed incerto. L'interesse della questione nasce dal fatto che anche nel caso dell'alienazione sospensivamente condizionata, come in quello del *trust* autodichiarato, il disponente mantiene, durante la pendenza della condizione, il controllo e l'amministrazione dei beni (art. 1356 c.c.), come pure il potere di disposizione sugli stessi, pur subordinato alla stessa condizione (art. 1357 c.c.). L'alienazione, d'altra parte, può ben essere subordinata ad una condizione sospensiva potestativa: in tale ipotesi, la decisione circa il relativo avveramento può essere rimessa al disponente (purché in questo caso la condizione non sia meramente potestativa) o all'acquirente.

Dottrina e giurisprudenza hanno avvertito l'esigenza di circoscrivere in vario modo l'ambito e l'operatività dei vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. - escludendo anche di recente la legittimità

55. Per lo stato attuale del dibattito, cfr. U. BRECCIA, *Formalismo degli antichi e dei moderni: critica del dogma della libertà di forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 498 e ss.

^{103-bis} Va evidenziato che il panorama normativo è mutato, successivamente all'elaborazione della presente relazione, con l'introduzione - ad opera dell'art. 12 del D.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge 6 agosto 2015, n. 32 - del nuovo art. 2929-bis c.c., il quale ha introdotto la possibilità per i creditori anteriori del disponente di pignorare il bene destinato entro l'anno successivo alla trascrizione del vincolo di destinazione o del trasferimento gratuito (al fiduciario). Detto art. 2929-bis conferma l'attenzione del legislatore nei confronti dei creditori anteriori del disponente, differenziandone nettamente il relativo status rispetto a quello dei creditori successivi alla destinazione: soltanto i primi, infatti, hanno la possibilità di pignorare i beni immobili e mobili registrati del disponente-debitore entro l'anno successivo alla trascrizione dell'atto di destinazione, a prescindere dalla proposizione di un'azione revocatoria, e con inversione dell'onere della prova a loro favore nel caso in cui i presupposti del pignoramento «successivo», quali previsti dal medesimo art. 2929-bis, vengano contestati in sede di opposizione all'esecuzione. Per altro verso, la novella ha equiparato la posizione dei creditori anteriori nelle due fattispecie di destinazione (vincolo autodichiarato, e vincolo accompagnato da trasferimento gratuito dal disponente al fiduciario), le quali erano anteriormente trattate in modo diverso: in entrambi i casi, i creditori anteriori godono oggi di una tutela efficiente, che può essere attivata assolvendo all'onere - relativamente agevole - di ispezionare almeno una volta ogni anno

i registri immobiliari, al fine di verificare se il debitore abbia posto in essere atti di destinazione pregiudizievoli, autodichiarati o con trasferimento ad un terzo fiduciario. A monte, l'art. 2929-bis c.c. presuppone ora, a differenza che in passato, che anche il vincolo autodichiarato sia idoneo - in linea di principio - a sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale generica, al pari di un atto di alienazione: la novella individua così un ulteriore «caso previsto dalla legge» di limitazione della responsabilità patrimoniale, ex art. 2740, comma 2, c.c., del disponente nei confronti dei creditori anteriori alla destinazione. La neointrodotta limitazione della garanzia patrimoniale è accompagnata da un nuovo rimedio - esteso anche all'ipotesi del trasferimento gratuito e, quindi, alla destinazione «traslativa» - che consente ai creditori anteriori di «neutralizzare» più facilmente gli atti pregiudizievoli, posti in essere dal disponente-debitore in frode alle loro ragioni. Così facendo, il legislatore ha provveduto ad un nuovo e più equilibrato «bilanciamento» degli interessi, riferibili rispettivamente ai creditori anteriori ed ai beneficiari della destinazione: bilanciamento alla luce del quale si rivela, oggi, a maggior ragione eccessiva ed ingiustificata l'interpretazione restrittiva dell'art. 2645-ter c.c., che restringa indebitamente e *contra legem* l'area degli interessi meritevoli di tutela, il cui unico parametro è invece quello della relativa liceità ed «alterità» rispetto alla mera protezione del patrimonio del debitore. Un'interpretazione restrittiva che, con tutta evidenza, è stata elaborata al fine, non sempre inconfessato, di reprimere gli abusi della destinazione: quegli stessi abusi che ora l'art. 2929-bis c.c. consente di contrastare efficacemente, e con modalità maggiormente condivisibili.

del c.d. vincolo autodichiarato¹⁰⁴ - al fine più o meno manifesto di creare un *argine a difesa dei creditori anteriori del disponente*: è proprio quest'ultimo, infatti, che può avere un *interesse alla protezione del patrimonio*, tale da indurlo a sottrarre (abusivamente) dei beni alla garanzia patrimoniale dei propri creditori. È però mancato, finora, l'approfondimento basato su un'*interpretazione sistematica*, volta a determinare quale sia esattamente la posizione dei creditori anteriori del disponente nell'ordinamento giuridico italiano.

La norma fondamentale al riguardo è l'art. 2740 c.c., ai sensi del quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i *propri* beni, presenti e futuri, e *le limitazioni di responsabilità non sono ammesse «se non nei casi previsti dalla legge»*. Se si parla di *creditori del disponente*, occorre però rinvenire una norma di legge che limiti proprio la responsabilità del disponente nei loro confronti: in assenza di tale norma, i beni di esso debitore - ancorché siano oggetto di un vincolo di destinazione autodichiarato - continuano a far parte della garanzia patrimoniale generica. Una tale norma, in verità, non esiste, in quanto *tutte le disposizioni limitative della responsabilità patrimoniale fanno riferimento ai soli creditori del fiduciario e gestore della destinazione*¹⁰⁵, mai ai creditori del disponente.

Occorre, tuttavia, *comparare* la tutela accordata dall'ordinamento italiano ai creditori del disponente nel caso in cui vi sia un *trasferimento della proprietà* del bene dal disponente al fiduciario, e nella diversa ipotesi del *vincolo di destinazione autodichiarato*, in cui manca invece il trasferimento di proprietà ad un soggetto diverso dal disponente.

Nel primo caso, *il fiduciario è soggetto diverso dal disponente*, ed a seguito del trasferimento a suo favore della proprietà dei beni destinati, questi ultimi *fuoriescono dal patrimonio del disponente*, e cessano quindi di far parte della garanzia patrimoniale generica dei suoi creditori ex art. 2740 c.c. La «*barriera*» creata rispetto ai creditori anteriori del disponente non nasce quindi dalla *segregazione tipica del vincolo di destinazione* (che opera esclusivamente rispetto ai creditori personali del fiduciario), ma *soltanto dall'alienazione del bene* da parte del disponente-debitore¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Per l'inammissibilità di un vincolo di destinazione autodichiarato ex art. 2645-ter c.c., cfr. di recente Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, n. 399, in *Trusts*, 2015, p. 274; Trib. S. Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 713.

Alla base della diffidenza, se non ostilità, nei confronti del vincolo autodichiarato sta tra l'altro la convinzione della eccezionalità della previsione ex art. 2645-ter rispetto alla disciplina generale della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.), ma il ragionamento appare frutto di un'inversione di metodo: come è stato correttamente osservato, nessuna norma codifica il presunto principio di unicità del patrimonio, e sono numerosissime le norme che anzi lo contraddicono (A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, cit., p. 670 e ss.). Per cui l'asserzione dell'eccezionalità dell'art. 2645-ter c.c. viene ricavata da un pregiudizio dogmatico, anziché da un completo esame del dato positivo.

¹⁰⁵ Lo stesso avviene in relazione al trust: l'art. 11 della Convenzione dell'Aja distingue tra separazione patrimoniale, che concorre ad individuare il contenuto minimo essenziale del *trust* (art. 11, § 2), e segregazione rispetto ai creditori, che costituisce invece un effetto speciale (eventuale) del medesimo *trust* (art. 11, § 3, lett. a) e b), della Convenzione). Mentre la separazione patrimoniale opera in via generale e senza distinzioni sul patrimonio del trustee, la segregazione dei beni destinati

è prevista dalla Convenzione dell'Aja unicamente rispetto ai creditori personali del *trustee*. La distinzione emerge chiaramente dai lavori preparatori della Convenzione, nel corso dei quali il relatore ha ben chiarito, riguardo all'art. 11, che «*l'alinéa 2 pose le principe très général que les biens du trust sont distincts de ceux du trustee; l'alinéa 3 spécifie les modalités de cette séparation, lesquelles modalités peuvent aller plus ou moins loin*» (*Procès verbal* n. 8, in *Actes et documents de la Quinzième session, II - Trust - Loi applicable et reconnaissance*, La Haye, 1985, p. 283-284). Nessuna segregazione è quindi prevista dalla Convenzione dell'Aja - né, a ben vedere, dalle singole leggi regolatrici dei *trusts* - nei confronti dei creditori anteriori del disponente.

¹⁰⁶ Il problema della tutela dei creditori del disponente, in caso di trasferimento della proprietà al fiduciario, si colloca esclusivamente sul piano della possibile contestazione della validità o efficacia dell'atto di disposizione-dotazione: i rimedi sono rappresentati dall'azione revocatoria dell'atto di alienazione, e dall'eventuale azione di simulazione o di nullità (ricorrendone i presupposti). Appare comunque scontato che il trasferimento gratuito al fiduciario non possa essere trattato, agli effetti della tutela dei creditori, in modo deteriore rispetto a un qualsiasi atto traslativo, anche a titolo gratuito: decorso il termine di legge entro il quale i creditori del disponente hanno l'onere di agire in revocatoria (art. 2905 c.c.), ed in assenza di simulazione o di cause di nullità, l'atto traslativo diviene inattuabile

Diverso è il caso del *vincolo di destinazione autodichiarato*, in cui la suddetta barriera di protezione - rappresentata dall'atto di alienazione dal disponente al fiduciario - non sussiste: cosicché, in assenza di una deroga ex art. 2740, comma 2, c.c. *i beni continuano a far parte della garanzia patrimoniale generica dei creditori anteriori del disponente*. A conferma di tale principio, si rinvengono nell'ordinamento italiano diversi *indici normativi*, i quali escludono inequivocabilmente l'idoneità della mera destinazione patrimoniale a sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale dei creditori anteriori alla destinazione.

In caso di *cessione dei beni ai creditori* - la quale, come è noto, dà origine ad un vincolo di destinazione senza trasferimento della proprietà - è sempre consentito ai creditori anteriori, i quali non abbiano partecipato alla *cessio bonorum*, il pignoramento dei beni del debitore (art. 1980, comma 2, c.c.)¹⁰⁷.

Sempre in tema di vincoli di destinazione, la disciplina dell'accettazione dell'eredità con *beneficio d'inventario* accorda ai creditori del defunto (anteriori alla separazione patrimoniale) preferenza sulla massa ereditaria rispetto ai creditori dell'erede (art. 490, comma 2, n. 3, c.c.). Lo stesso vale per la *separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede* (art. 512 c.c.)¹⁰⁸.

In tema di *patrimoni destinati* di SpA, l'art. 2447-*quinquies* c.c. prevede un breve termine (60 giorni) entro il quale i creditori possono fare opposizione alla destinazione. Tale termine - lo stesso previsto in relazione ad altre vicende societarie, che incidono sul regime della responsabilità patrimoniale e quindi coinvolgono anch'esse la posizione dei creditori anteriori¹⁰⁹ - ha una *ratio* del tutto peculiare, riconducibile all'esigenza prevalente di salvaguardia delle ragioni dell'impresa, a tutela delle quali viene parzialmente sacrificato l'interesse dei creditori. Da queste norme, a ben vedere, si ricava *a contrario* un'ulteriore conferma della regola che - in assenza di una norma di legge che attribuisca prevalenza ad interessi poziori, limitando l'azione dei creditori - consente ai *creditori anteriori del disponente di aggredire i beni destinati senza essere pregiudicati dalla destinazione patrimoniale*, e dalla conseguente separazione¹¹⁰.

126 Dal complesso delle norme richiamate si evince un principio generale di ordine pubblico, in forza del quale - in assenza di una norma che disponga la segregazione nei loro confronti - i creditori anteriori del disponente non possono essere pregiudicati dalla mera destinazione dei beni ad uno scopo. Un principio che deve ritenersi vigente anche in tema di fondo patrimoniale, e di destinazione patrimoniale atipica: quando, infatti, gli artt. 170 e 2645-*ter* c.c. dichiarano impignorabili i beni destinati da parte dei creditori personali del titolare per debiti non «contratti» per lo scopo di destinazione, non possono evidentemente che riferirsi ai debiti del titolare assunti *successivamente* alla destinazione, la quale per definizione non esiste prima dell'atto che la determina¹¹¹. Opinare diversamente equivarrebbe, infatti, ad affermare che *tutti* i creditori *anteriori* del disponente (divenuto poi gestore-fiduciario) debbano

dai creditori. La circostanza che il trasferimento sia accompagnato da un vincolo di destinazione non può in alcun modo penalizzare la posizione dell'acquirente del diritto reale (ancorché a titolo gratuito), nel conflitto con i creditori del disponente.

¹⁰⁷ Cfr. anche - per il trattamento privilegiato riservato ai creditori anteriori in sede di procedure concorsuali - gli artt. 135, comma 2, 140, comma 3, 167, comma 2, 168, comma 2, e 184, comma 1, secondo periodo, l. fall. La stessa partecipazione al concorso fallimentare presuppone, pacificamente, l'antiorità del credito rispetto al fallimento: Cass., 14 ottobre 2010, n. 21251, in *Foro it., Rep.* 2010, voce *Fallimento*, n. 459; Cass., 28 agosto 1990, n. 8879, in *Fallimento*, 1990, p. 1225.

¹⁰⁸ Si consideri anche - ancorché non attinente specificamente alla materia della destinazione patrimoniale - la norma che, in tema di simulazione, attribuisce preferenza ai creditori anteriori del simulato alienante, rispetto a quelli del simulato acquirente (art.

1416, comma 2, c.c.): è stato correttamente evidenziato che questi ultimi sono sacrificati perché «non avevano fatto alcun affidamento previsionale sui beni oggetto dell'acquisto simulato, al momento della concessione del credito» (U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperwario ...*, cit., p. 136).

¹⁰⁹ Cfr., in particolare, gli artt. 2487-*ter*, 2500-*quinquies*, 2500-*nonies*, 2503, 2504-*bis*, ult. comma, c.c.

¹¹⁰ Un esempio in cui, in presenza di interessi di grado pozioro, è sacrificata - in forza di una precisa norma di legge in deroga all'art. 2740 c.c. - la garanzia patrimoniale dei creditori anteriori è quello dell'art. 189, ultimo comma, c.c., che a tutela degli interessi familiari prevede la prelazione dei creditori della comunione (ex art. 186 c.c.) sui creditori anche anteriori del coniuge, riguardo ai beni della comunione legale.

¹¹¹ Per condivisibili osservazioni sulla responsabilità dei beni del fondo patrimoniale nei confronti dei creditori anteriori, cfr. G. FANTICINI, «Il divieto di agire sui

essere *sempre ed in ogni caso sacrificati*, in quanto per definizione i corrispondenti rapporti obbligatori sono estranei al fine di destinazione: conclusione, questa, evidentemente *inaccettabile*. In definitiva, occorre distinguere nettamente tra creditori del disponente *anteriori* alla destinazione (in nessun caso pregiudicati dalla destinazione), e creditori del disponente-gestore del vincolo autodichiarato posteriori a quest'ultimo, a loro volta da distinguersi - in base alla previsione dell'art. 2645-ter c.c. - in creditori personali e creditori della destinazione.

Le conclusioni suesposte - inidoneità della mera destinazione ad uno scopo, a differenza del trasferimento della proprietà, a pregiudicare i creditori anteriori del disponente - risultano confermate da una valutazione delle diverse fattispecie in chiave assiologica: mentre in caso di *alienazione* sorge un *conflitto tra creditori (chirografari) anteriori* all'atto di disposizione e *acquirente di un diritto reale sul bene* (conflitto che - salve le azioni revocatorie o il pignoramento, e le relative formalità pubblicitarie - è sempre risolto a beneficio dell'acquirente del diritto reale, in conformità ai principi generali), nell'ipotesi di *mera destinazione patrimoniale* si configura invece un *conflitto tra creditori anteriori all'atto di destinazione e beneficiari*, la cui posizione giuridica può oscillare da quella di titolari di una mera aspettativa a quella più pregnante di creditori chirografari del fiduciario. In altri termini, nella fattispecie del vincolo di destinazione autodichiarato il *conflitto* si configura, nella migliore delle ipotesi, *tra due categorie di creditori entrambi chirografari*, e conseguentemente non può che essere *preferito*, in conformità ai principi generali (inderogabili) dell'ordinamento giuridico italiano *il creditore anteriore alla destinazione* (arg. ex artt. 490, n. 3, 512, 1416, comma 2, e 1980, comma 2, c.c.), con conseguente *inefficacia della separazione patrimoniale nei suoi confronti*.

L'esigenza di colpire l'*uso abusivo dei vincoli di destinazione* (che il più delle volte ha luogo mediante la costituzione di vincoli autodichiarati), e di proteggere i creditori anteriori del disponente, *non necessita* quindi di un filtro costruito ad arte e privo di agganci di diritto positivo, come quello - finora utilizzato da dottrina e giurisprudenza - fondato sul presunto *rilievo costituzionale dell'interesse meritevole di tutela*: per la semplice ragione che costoro *godono già di piena tutela*¹¹².

Occorre ora verificare quale tutela sia accordata ai creditori anteriori del disponente nella diversa

127

beni in fondo e un possibile equilibrio tra la tutela della famiglia e le ragioni dei creditori (nota adesiva a Trib. Lecce, 24 agosto 2012)», in *Giur. mer.*, 2013, p. 810 e ss. Nel medesimo senso, Trib. Ragusa, 21 dicembre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2755; Trib. Milano, 5 novembre 1990, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1991, II, p. 681. *Contra*, per il divieto di esecuzione su beni del fondo anche per i crediti anteriori estranei ai bisogni della famiglia, salva l'azione revocatoria, Cass., 7 luglio 2009, n. 15862, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2845; Cass., 9 aprile 1996, n. 3251, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2959. Specularmente, è stata ritenuta possibile l'esecuzione forzata sui beni del fondo per un credito anteriore inerente ai bisogni della famiglia: Cass., 26 agosto 2014, n. 18248, in *Riv. not.*, 2014, p. 979. Le pronunce in tema di fondo patrimoniale, comunque, non assumono rilievo determinante ai fini in oggetto, in assenza di *eadem ratio*: i bisogni della famiglia, oggettivamente considerati, possono ben preesistere al fondo patrimoniale, mentre nelle fattispecie atipiche di destinazione patrimoniale quest'ultima, per definizione, non è neanche ipotizzabile anteriormente al compimento dell'atto che ne costituisce il presupposto.

Per completezza, va segnalato il dibattito riguardante la tutela dei c.d. creditori involontari (fatta salva espressamente dall'art. 2447-quinquies, comma 3,

secondo periodo, c.c., ed affermata da parte della dottrina e della giurisprudenza rispetto alla destinazione patrimoniale ex artt. 170 e 2645-ter c.c., che parlando soltanto di debiti «contratti» sembrano riferirsi alle sole obbligazioni di origine contrattuale). Cfr. sulla questione M. ANTINOLFI, «Separazione patrimoniale e tutela dei creditori "involontari"», in *Riv. not.*, 2010, p. 1281; R. PARTISANI, «I patrimoni separati e la tutela dei creditori da fatto illecito nella legislazione recente», in *Resp. civ.*, 2007, p. 2227; ID., «Trust interno e responsabilità civile del disponente», in *Resp. civ.*, 2005, p. 547 e ss.; ID., «I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito», *ibidem*, p. 42 e ss. A ben vedere, i creditori anteriori sono tutti creditori involontari, in quanto al momento del sorgere del loro credito il vincolo di destinazione non esisteva, ed essi non avevano quindi la possibilità di contrattare la loro posizione su tali basi. La giurisprudenza della Cassazione ha esteso ai creditori da fatto illecito la possibilità di agire sui beni del fondo patrimoniale, in presenza di un nesso dell'obbligo con i bisogni della famiglia (cfr. Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, in *Giur. it.*, 2004, p. 1615; Cass., 5 giugno 2003, n. 8991, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3097).

¹¹² L'interpretazione sistematica e le norme positive contraddicono, quindi, le conclusioni raggiunte da

ipotesi dell'*alienazione sotto condizione sospensiva*. A parte l'azione revocatoria per l'ipotesi di frode (artt. 2901 e 2905 c.c.), i *creditori anteriori possono sempre pignorare i beni del disponente anche durante il periodo di pendenza della condizione*, considerato che in tale fase l'alienante rimane titolare del diritto. Deve, però, tenersi conto della previsione dell'art. 1357 c.c., a norma del quale gli atti di disposizione compiuti durante la pendenza della condizione sono sottoposti alla «*stessa condizione*»: considerato che l'alienante è titolare di una proprietà risolubile, l'avveramento della condizione sospensiva ne determina la caducazione e, di conseguenza, vengono meno anche i diritti acquistati nei confronti del medesimo alienante (*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*), compreso quello del creditore pignorante. Il disposto dell'art. 1357 c.c., quindi, è conforme ai principi generali degli acquisti a titolo derivativo, e come tale trova applicazione non solo agli atti di disposizione compiuti dal debitore, ma anche agli atti compiuti nei confronti dello stesso da parte di terzi, come per l'appunto il pignoramento¹¹³. Del resto, l'art. 2919 c.c. esprime in modo chiaro questa regola, nel momento in cui dispone che la vendita forzata trasferisce all'acquirente (soltanto) i diritti che sulla cosa spettavano a chi ha subito l'espropriazione¹¹⁴. Il tutto, ovviamente, fatte salve le regole sull'acquisto in buona fede dei beni mobili, e quelle sulla trascrizione per gli immobili. Ne consegue che *l'alienazione sotto condizione sospensiva, trascritta* (con menzione della condizione, ex art. 2659, ult. comma, c.c.) *anteriamente alla trascrizione del pignoramento, comporta - subordinatamente all'avveramento della condizione sospensiva - la prevalenza dell'acquirente del diritto reale sul creditore (chirografario) dell'alienante sotto condizione*¹¹⁵.

La prevalenza dell'acquirente sotto condizione sospensiva rispetto ai creditori chirografari anteriori dell'alienante evidenzia quindi la *maggiore «efficienza»*, sotto il profilo della tutela del beneficiario, dell'*alienazione sotto condizione sospensiva rispetto al vincolo di destinazione autodichiarato*, avuto riguardo evidentemente all'ipotesi in cui la condizione poi si avveri. In entrambi i casi l'alienante-disponente conserva il possesso, l'amministrazione ed il controllo sui beni destinati ad un determinato acquirente, o ad una determinata finalità (nell'*alienazione condizionata*, solo ovviamente durante la pendenza della condizione). Nel caso del vincolo autodichiarato, ciò avviene però a prezzo dell'assenza di qualsiasi protezione nei confronti dei creditori anteriori; mentre nel caso dell'*alienazione condizionata* (presupponendo ovviamente l'avveramento della condizione), i creditori chirografari anteriori soccombono, in linea di principio, rispetto all'acquirente-beneficiario finale, come in ogni caso di alienazione di un diritto reale.

autorevole dottrina (A. FALZEA, «Introduzione e considerazioni conclusive», in *Destinazione dei beni allo scopo ...*, cit., p. 30), secondo la quale la destinazione patrimoniale agirebbe sul patrimonio e non sulla responsabilità, ed opererebbe alla medesima stregua di un'alienazione, rimanendo così soggetta al solo rimedio dell'azione revocatoria e pregiudicando, per il resto, i creditori del disponente.

¹¹³ Per l'applicabilità dell'art. 1357 c.c. anche al pignoramento ed alla vendita forzata, cfr. A. BELFIORE, *op. cit.*, p. 201, nota 61; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 121, e p. 264 ss.; M. FACCIOLO, *op. cit.*, p. 177.

¹¹⁴ È pacifica l'applicabilità alla vendita forzata dei principi sugli acquisti a titolo derivativo: cfr. tra le altre Cass., 22 settembre 2010, n. 20037, in *Foro it., Rep.* 2010, voce

Esecuzione per obbligazioni pecuniarie, n. 76; Cass., 5 gennaio 2000 n. 27, in *Foro it., Rep.* 2000, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 2.

¹¹⁵ Durante la pendenza della condizione sospensiva, il titolare dell'aspettativa condizionale può proporre opposizione di terzo, ex art. 619 c.p.c., nel procedimento di espropriazione forzata a carico del titolare del diritto risolubile: A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 267, nota 153. In caso di mancato avveramento della condizione sospensiva, invece, il contratto di alienazione rimane definitivamente inefficace, gli eventuali atti dispositivi o comunque afferenti il bene o diritto oggetto dell'atto (compreso il pignoramento) producono definitivamente i propri effetti nei confronti dell'alienante, e la procedura espropriativa può seguire il suo corso, pregiudicando in ultima analisi il disponente.

Inefficacia o inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dal titolare del diritto in violazione del vincolo di destinazione o dell'aspettativa condizionale

L'art. 2645-ter c.c. prevede la *trascrizione* del vincolo di destinazione al fine di renderlo «*opponibile ai terzi*». Nell'interpretazione di tale disposizione, la dottrina si è divisa: alcuni ritengono che la trascrizione in oggetto non valga a rendere opponibile il vincolo ai terzi aventi causa dal fiduciario, mentre altri - argomentando dall'ampia lettera della norma, che menziona i terzi in genere, oltre che dalla sua *ratio* - sostengono invece che la trascrizione del vincolo valga anche a risolvere i conflitti tra beneficiari (e loro aventi causa) e terzi aventi causa dal proprietario fiduciario¹¹⁶.

Alla luce sia della lettera della legge, sia delle conclusioni raggiunte in ordine alla conformazione della proprietà destinata, ed alla conseguente limitazione «reale» della facoltà di disposizione del fiduciario, deve ritenersi maggiormente corretta la seconda impostazione: il fiduciario che alieni i beni affidatigli in violazione del vincolo di destinazione - ovvero non ponga in essere le procedure previste dall'atto di destinazione (disponendo, ad esempio, senza il prescritto consenso del guardiano) - deve considerarsi privo della *facoltà di disporre*, e della relativa *legittimazione*. Il difetto di legittimazione in capo al fiduciario determina, in base ai principi generali, l'*inefficacia* radicale dell'atto compiuto: si tratta di fattispecie equiparabile *quoad effectum* all'alienazione compiuta *a non domino*¹¹⁷ (paragonabile per certi aspetti all'ipotesi in cui il titolare di un diritto reale limitato alieni il diritto di piena proprietà). Sul punto è peraltro opportuna qualche ulteriore precisazione.

Per le ragioni suesposte, *l'atto compiuto dal fiduciario in violazione del vincolo di destinazione - nel caso in cui il vincolo sia trascritto e quindi reso «opponibile»* - non è solo «relativamente inefficace» (nei confronti dei beneficiari), ma deve piuttosto ritenersi «*assolutamente inefficace*» nei confronti di tutti i terzi (del resto genericamente indicati dallo stesso art. 2645-ter c.c.)¹¹⁸; salve ovviamente le norme poste a tutela dei terzi aventi causa in conformità alla legge di circolazione dei singoli beni¹¹⁹.

Nell'ipotesi (opposta a quella sopra descritta) in cui il vincolo di destinazione non sia stato pubblicizzato, l'art. 2645-ter c.c. - affermando che la trascrizione del vincolo è finalizzata a rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione - *a contrario* statuisce che *il vincolo non pubblicizzato è «inopponibile» ai terzi*: questi ultimi possono in tal caso «fare affidamento» sulla piena titolarità del fiduciario, e fare quindi

129

¹¹⁶ Sul problema della ricomprensione fra i terzi, indicati nell'art. 2645-ter c.c., degli aventi causa dal fiduciario - e quindi sull'idoneità della norma a risolvere i conflitti circolatori tra beneficiario della destinazione ed aventi causa dal fiduciario - cfr., per una rassegna degli orientamenti dottrinali, S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 75 ss.

¹¹⁷ Per tale esito, cfr. S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 516 ss.; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 119; U. LA PORTA, «L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.», cit., p. 1069 e ss.; R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 311 e ss.; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 27 e ss. *Nulla quaestio*, invece, allorché il fiduciario alieni i beni nell'esercizio dei poteri conferitigli dall'atto di destinazione: ipotesi nella quale il terzo acquirente acquista la piena proprietà dei beni in oggetto (R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 296, nota 11).

¹¹⁸ Cfr., quanto all'articolazione del regime di

inopponibilità dei singoli atti compiuti in violazione del vincolo di destinazione, G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 194 e ss. (ed ivi, a p. 197 e ss., le peculiari questioni riguardanti i limiti di opponibilità ai terzi di buona fede della congruenza, o meno, dell'atto, rispetto allo scopo della destinazione).

¹¹⁹ L'inefficacia dell'atto dispositivo posto in essere in violazione del vincolo di destinazione può essere opposta ai terzi nei soli limiti consentiti dalle norme poste a tutela della sicurezza giuridica. Pertanto:

a) trattandosi di beni mobili, il terzo di buona fede (che non conosca l'esistenza del vincolo e la violazione dello stesso), che acquisti in forza di un titolo idoneo il possesso consegue la proprietà a titolo originario, a norma dell'art. 1153 c.c. (R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 313);

b) trattandosi di beni immobili, mentre il terzo a cui il vincolo sia «inopponibile» (in quanto non trascritto) acquista la proprietà immediatamente a norma dell'art. 2645-ter c.c., invece il terzo a cui il vincolo sia «opponibile» (perché trascritto), può acquistare la proprietà a titolo originario (per usucapione) soltanto dopo dieci o venti anni, a norma rispettivamente degli artt. 1158 e 1159 c.c.,

immediatamente salvo il proprio acquisto (come avviene nel caso dell'art. 2644 c.c.), prevalendo nel conflitto con i beneficiari del vincolo. Il che equivale a dire che *l'art. 2645-ter deroga* - nei termini suindicati - *all'art. 2652, n. 6, c.c.*¹²⁰.

Occorre quindi evitare di confondere tra «opponibilità del vincolo» e «opponibilità dell'atto compiuto in violazione del vincolo»: se il vincolo è opponibile ai terzi (perché trascritto), l'atto compiuto in violazione è radicalmente inefficace; se il vincolo è inopponibile (perché non trascritto), l'atto in violazione è immediatamente efficace nei rapporti con i terzi, nonostante il difetto di legittimazione del dante causa ed in deroga all'art. 2652, n. 6 c.c.

Nel caso di vincolo trascritto ed opponibile ai terzi, e quindi in presenza della inefficacia dell'atto compiuto in violazione di tale vincolo, il fiduciario, come pure i beneficiari, il disponente ed ogni interessato (i quali tutti hanno la legittimazione ad agire per la realizzazione del fine di destinazione, ex art. 2645-ter c.c.) possono pertanto «rivendicare» i beni vincolati dal terzo acquirente che li possiede «senza titolo»¹²¹.

Si consideri, ora, la fattispecie dell'*illegittima alienazione del diritto di piena proprietà da parte del titolare della proprietà risolubile* (alienante sotto condizione sospensiva, o acquirente sotto condizione risolutiva). È noto che il congegno predisposto dall'art. 1357 c.c. comprime fortemente la *facoltà di disposizione* del proprietario risolubile, ed accanto ad essa limita anche l'efficacia degli atti che possono essere contro di lui compiuti da parte dei terzi (pignoramenti, sequestri, domande giudiziali e simili). *Il titolare della proprietà risolubile è «limitato» nella propria facoltà di disposizione*, come lo è il titolare della proprietà destinata, e tale limitazione - desumibile chiaramente dall'art. 1357 c.c., su cui si fonda la *conformazione* del diritto risolubile¹²² - ha indubbiamente efficacia «reale»: il proprietario interinale è *privo della legittimazione*

ricorrendone i rispettivi presupposti (R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 315);

c) trattandosi di cessione di crediti da parte del fiduciario, invece, il terzo non acquista in nessun caso il diritto di credito, di cui il fiduciario non aveva la facoltà di disporre.

¹²⁰ In base al diritto sostanziale l'alienazione da parte del non legittimato, equiparabile ad una alienazione a *non domino*, dovrebbe rimanere totalmente inefficace, e quindi pregiudicare il terzo subacquirente, anche di buona fede. Peraltro, nel caso in cui sia stato in precedenza trascritto un trasferimento a favore del fiduciario, senza pubblicizzare nel contempo il vincolo di destinazione a suo carico, dovrebbe ritenersi che la *pubblicità* sia *inesatta* (in quanto evidenzia l'acquisto di un diritto di proprietà «pieno» e «non limitato»), e quindi *invalida*: il terzo subacquirente di buona fede, a fronte dell'*invalidità della trascrizione* a favore del suo dante causa, potrebbe al limite usufruire della tutela di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. (decorsi *cinque anni* dalla suddetta trascrizione, alle condizioni previste dalla norma da ultimo citata), ma negli altri casi soccomberebbe. Questa disciplina è però derogata dall'art. 2645-ter c.c., come illustrato nel testo.

¹²¹ Questa tutela è per certi aspetti più incisiva rispetto a quella accordata per il *trust* dalla legge inglese (che reagisce alla violazione del *trust* non sul piano reale (il terzo acquirente diviene comunque proprietario), ma mediante l'imposizione di un *constructive trust*, e quindi di una situazione giuridica obbligatoria, in capo al terzo acquirente di mala fede o in colpa, che è obbligato a ritrasferire il bene al *trustee*). In Italia, invece, la tutela opera sul piano reale. Per altro verso, invece, la tutela accordata

dalla legge italiana è meno completa, in quanto il terzo acquirente ha solamente gli obblighi del possessore, e non ha obblighi positivi di amministrazione e gestione dei beni acquistati (a differenza che nel *trust*, ove l'acquirente diviene costruttive trustee nell'interesse dei beneficiari).

¹²² La dottrina più recente ha evidenziato che l'art. 1357 c.c. si fonda su «una peculiare conformazione della vicenda traslativa discendente dal negozio condizionato», in quanto «norma volta a risolvere il conflitto di interessi tra il titolare dell'aspettativa ... e il titolare del diritto risolubile ... inserendo, tra le posizioni giuridiche rilevanti, l'aspettativa»; e correlativamente ha respinto l'idea dell'eccezionalità di detto art. 1357 c.c., negandone il collegamento con la regola di retroattività ex art. 1360 c.c. (G. AMADIO, *op. cit.*, p. 374 ss.). In senso decisamente contrario alla tesi dell'eccezionalità dell'art. 1357 c.c., con ampie argomentazioni, cfr. anche A. BELFIORE, *op. cit.*, p. 181 e ss., nonché la dottrina ivi indicata a p. 189, nota 24, e la giurisprudenza citata a p. 193, nota 37; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 251, nota 121.

Per la distinzione tra l'ambito di operatività della retroattività rispetto a quello disciplinato dall'art. 1357 c.c., cfr. U. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, Firenze, 1948, p. 431-432, e p. 478 (il quale esattamente evidenzia l'operatività dell'art. 1357 c.c. anche in caso di deroga convenzionale alla retroattività); A. BELFIORE, *op. cit.*, p. 186 e ss., e nota 15; A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 118 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 1984, p. 524; C. PINELLINI, «Il trattamento del contratto condizionale», in *Arch. giur.*, 1986, p. 324 e ss.; G. AMADIO, *op. cit.*, p. 371 e ss.

ad alienare il diritto di piena proprietà¹²³. Per effetto dell'opponibilità ai terzi della condizione, l'atto di alienazione del diritto pieno da parte del proprietario risolubile deve quindi ritenersi inefficace, come se fosse posto in essere da un *non dominus*, allo stesso modo dell'alienazione compiuta indebitamente dal titolare della proprietà destinata. Per contro, in mancanza di opponibilità della condizione (e della conseguente compressione del potere di disposizione del proprietario), l'acquisto del diritto pieno da parte del terzo - nel conflitto con il titolare dell'aspettativa condizionale - è fatto salvo, e l'atto produce pertanto immediatamente i propri effetti. Sul piano dei conflitti circolatori, la disciplina delle situazioni giuridiche condizionate è quindi analoga a quella delle situazioni destinate¹²⁴. In entrambi i casi, all'inefficacia dell'alienazione compiuta dal proprietario fiduciario, o risolubile, consegue l'obbligazione legale di restituzione del bene da parte del terzo avente causa, peraltro operante anche oltre i limiti fissati dall'art. 2038 c.c.¹²⁵

La medesima analogia si riscontra in relazione alla *pubblicità legale*, ed ai relativi effetti. La legge (art. 2659, ult. comma, c.c.) richiede la menzione della condizione nella nota di trascrizione degli atti relativi a beni immobili; e si discute sul *valore* di tale pubblicità, tra chi ritiene che abbia valore di mera pubblicità notizia e non sia idonea, quindi, a risolvere conflitti circolatori¹²⁶, e chi invece considera tale menzione indispensabile ai fini dell'opponibilità ai terzi della condizione (e del carattere risolubile del diritto di proprietà oggetto di alienazione)¹²⁷. Si riscontra, quindi, una situazione analoga a quella già esaminata a proposito della proprietà destinata, la quale - anche senza voler considerare gli ulteriori consistenti argomenti che depongono in tal senso - non può che essere disciplinata alla stregua dei

¹²³ È stato incisivamente affermato che il bene oggetto di contratto condizionato non può dirsi «definitivamente immesso nel flusso circolatorio», e che detto contratto non produce in nessun caso effetti pieni e definitivi, ma solo effetti precari e risolubili (G. AMADIO, *op. cit.*, p. 376 e ss., e p. 412). Il titolare del diritto risolubile non è, di conseguenza, legittimato ad alienare il diritto pieno, che non gli appartiene.

¹²⁴ L'art. 1357 c.c. comporta che gli atti posti in essere dal proprietario risolubile, ma anche tutti gli atti e provvedimenti emessi nei suoi confronti, sono destinati ad essere caducati per effetto dell'avveramento della condizione: l'opponibilità del vincolo derivante dalla condizione sospensiva opera quindi nei confronti di tutti i terzi, ivi compresi gli aventi causa dal proprietario risolubile, e gli aventi causa dal titolare dell'aspettativa.

¹²⁵ Cfr. *supra*, alla nota 61. Per l'applicazione della disciplina dell'indebito all'obbligazione restitutoria, conseguente all'avveramento della condizione risolutiva, cfr. Cass. 7 febbraio 1962, n. 234, in *Foro it.*, 1962, I, c. 676.

¹²⁶ Per la natura di pubblicità notizia della menzione della condizione nella nota di trascrizione, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956 p. 119, nota 63; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 74, e p. 89; ID., *La trascrizione*, III, Milano, 1977, p. 211 e ss.; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, p. 115; L. MENGONI, «La pubblicità immobiliare», in *Jus*, 1986, p. 5; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione*, Bologna-Roma, 1977, p. 410 e ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1998, p. 147 e ss. Si ipotizza da parte di questa dottrina, quale rimedio a favore del terzo acquirente che abbia subito un danno dalla trascrizione incompleta, il diritto

al risarcimento del danno stesso nei confronti delle parti o del notaio rogante.

¹²⁷ Cfr. A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro della tutela dei diritti*, VI, Torino, 1942, p. 46; R. SCOGNAMIGLIO, «Nota ad App. Napoli 10 aprile 1948», in *Dir. e giur.*, 1948, p. 285; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, Torino, 1971, p. 189; E.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 645 e ss.; S. PUGLIATTI, *La trascrizione, II - L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano, 1989, p. 358 («se non vengono indicati gli *accidentalia negotii*, i terzi hanno il diritto di ignorarli, e quindi di considerare il negozio privo di accidentalità ... Se non risulta, si può dire non già che sia irregolare la trascrizione del negozio, ma che non si sia attuata la trascrizione rispetto alla clausola: perciò, di fronte ai terzi, il negozio deve considerarsi e opera come negozio puro e semplice, e non già come negozio condizionale»), e p. 467 e ss. (ove un'accurata ricognizione del problema, risolto in senso negativo, dell'opponibilità delle clausole negoziali non riportate nella nota di trascrizione); A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 260 e ss.; R. TRIOLA, «La trascrizione del negozio condizionato», in *Vita not.*, 1975, p. 665 e ss.; G. BARALIS e G. METTIERI, «Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile», in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 371 (che parlano di «pubblicità la cui omissione ha l'effetto di far diventare «puro» il negozio nei confronti del terzo»); G. GABRIELLI, «Pubblicità degli atti condizionati», in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 22 e ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, Torino, 2012, p. 92; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 216 e ss. Nel medesimo senso, in giurisprudenza, Cass., 21 maggio 1954, n. 1631, in *Foro*

medesimi criteri, valorizzando l'*analogia* tra le due ipotesi¹²⁸, e superando in tal modo le residue incertezze presenti in dottrina e giurisprudenza: *in entrambi i casi, la trascrizione del vincolo* (derivante dalla condizione, o dalla destinazione ad uno scopo) *costituisce pubblicità dichiarativa*, indispensabile ai fini della relativa opponibilità ai terzi (compresi tra questi ultimi gli aventi causa dal proprietario interinale, o dal titolare dell'aspettativa).

132 Pubblicità immobiliare del vincolo di destinazione, delle situazioni giuridiche condizionate e delle relative vicende

L'indagine svolta ha dimostrato che la proprietà fiduciaria o destinata - al pari della proprietà risolubile (nella quale si inquadrano il diritto dominicale dell'alienante sotto condizione sospensiva o dell'acquirente sotto condizione risolutiva, il diritto del compratore con riserva di proprietà o con patto di riscatto, o ancora quello dell'istituito nella sostituzione fedecommissaria) - è una proprietà *conformata*, dogmaticamente configurabile come una *situazione giuridica unitaria* in cui confluiscono non solo le facoltà attive di godimento e di disposizione, ma anche i vincoli e gli obblighi accessori previsti dalla legge. L'analogia tra le due figure non può non riflettersi sulla disciplina della rispettiva *pubblicità legale*¹²⁹, alla quale occorre ora dedicare alcuni rapidi cenni.

In caso di *atto sottoposto a condizione*, la legge richiede un'*unica formalità pubblicitaria*: la trascrizione con *menzione* della condizione nella nota ex art. 2659, ult. comma, c.c. (con gli effetti dell'art. 2644 c.c., trattandosi di atto traslativo). Esistono tuttavia «speciali» figure di proprietà risolubile, come quella dell'acquirente con patto di riscatto¹³⁰, o quella dell'alienante con patto di riservato dominio¹³¹, in merito alle quali si discute circa la formalità da eseguirsi (*autonoma trascrizione* del patto di riscatto, o di riservato dominio, ovvero *menzione* di tali patti nella nota di trascrizione dell'atto traslativo)¹³². Nella misura in cui si privilegia un'ottica attenta alla ponderazione degli interessi in conflitto ed alle ragioni della sicurezza della circolazione giuridica, appare corretto applicare un criterio di *fungibilità* delle diverse possibili modalità di esecuzione della pubblicità, a condizione che ne emerga la *piena*

it., *Mass.* 1954, c. 334; Cass., 14 dicembre 1965, n. 2005, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 530; Cass., 29 agosto 1995, n. 9066, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3094, ed in *Riv. not.*, 1996, p. 256 (in motivazione).

¹²⁸ Per un parallelo tra proprietà destinata e proprietà risolubile, quanto all'inefficacia dell'atto compiuto dal titolare del diritto in violazione del vincolo, cfr. già U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, cit., p. 153.

¹²⁹ L'analogia di cui si discorre nel testo si fonda sulla valutazione in termini assiologici delle due situazioni di interesse, e non sulla rispettiva costruzione dogmatica. Chi scrive condivide infatti, sul piano metodologico, l'invito a non far influenzare le soluzioni in materia di pubblicità dalle qualificazioni dogmatiche relative agli istituti di diritto sostanziale (G. BARALIS, «Negozii accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione dichiarata dal cedente e atti dispositivi», in *Studi e materiali*, 2008, 2, p. 544 e ss.; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 282 e ss.), dovendosi

piuttosto aver riguardo - oltre che ad argomentazioni di natura sistematica ed assiologica - alle esigenze della circolazione giuridica, e della relativa sicurezza.

¹³⁰ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 277 e ss.

¹³¹ A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 189 e ss.

¹³² Per le diverse opinioni circa l'individuazione delle formalità pubblicitarie idonee ai fini della trascrizione del patto di riscatto, cfr. tra gli altri F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 152 e ss.; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione*, Bologna-Roma 1997, p. 86 e ss., e p. 360; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, III, 1977, cit., p. 211 e ss.; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, cit., p. 54; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 164 e ss., e p. 647; S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1943, p. 7.

Sulla trascrizione del patto di riservato dominio, cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 146 e ss.; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 128 e ss.; A. GERINI, «La trascrizione della vendita con riserva di proprietà», in *Riv. dir. ipot.*, 1978, p. 174; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 155; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 47; S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, cit., p. 11.

conoscibilità legale della vicenda giuridica realizzatasi¹³³. Del resto, la legge contempla delle ipotesi in cui sono previste, alternativamente ma con parità di effetti, la menzione di un dato atto o fatto nella nota, e la successiva annotazione a margine della nota originaria, a seconda che il verificarsi dell'evento sia concomitante o successivo alla formazione dell'atto principale (art. 2662 c.c.): non si vede perché l'*alternativa* non possa lasciarsi alla scelta delle parti, sul presupposto ovviamente che non vi siano riflessi sulla conoscibilità legale e quindi sulla posizione dei terzi.

A conclusioni non dissimili deve giungersi riguardo alla pubblicità della *proprietà destinata* e delle relative vicende. La tecnica legislativa impiegata nella redazione dell'art. 2645-ter - oltre agli altri noti difetti¹³⁴ - rivela la mancata comprensione del complesso contenuto del diritto dominicale: il legislatore ha «isolato» il vincolo di destinazione, quasi ad ipotizzarne l'autonomia rispetto alla proprietà (di cui costituisce, invece, un limite). Un'operazione che non condiziona evidentemente l'interprete (le qualificazioni dogmatiche, come è noto, non competono al legislatore), ma che è sicuramente produttiva di notevole confusione concettuale, come confermato dal dibattito dottrinale successivo all'introduzione della norma. È conseguenza di tale confusione l'*orientamento della prassi verso modalità pubblicitarie di tipo «atomistico»*: solitamente si procede, infatti, a *trascrivere l'attribuzione patrimoniale a favore del fiduciario* indicando come oggetto della stessa il *diritto di (piena) proprietà*, per poi trascrivere autonomamente, *a carico del fiduciario stesso, il vincolo di destinazione*. In modo non dissimile da quanto erroneamente si praticava nella fase immediatamente successiva alla prima informatizzazione della pubblicità immobiliare, quando si trascriveva la vendita con riserva di usufrutto eseguendo due formalità: la prima a favore dell'acquirente per la piena proprietà, e la seconda a carico dell'acquirente ed a favore del venditore indicando come oggetto un inesistente trasferimento del diritto di usufrutto¹³⁵. Un'analoga evoluzione ha avuto la prassi relativa alla *trascrizione del trust*. In una prima fase, gli operatori si sono orientati ad eseguire un'unica trascrizione a favore del *trustee*, con l'indicazione aggiuntiva della qualità di *trustee* nel quadro «C», o anche nel quadro «D» della nota: in tal modo si intendeva «far risultare» tale qualifica agli effetti dell'art. 12 della Convenzione dell'Aja. Le obiezioni ed i dubbi circa l'idoneità di una formalità siffatta a rendere opponibili ai terzi i limiti ai poteri del *trustee* hanno indotto un mutamento di prospettiva, suggerendo l'esecuzione di una *duplice trascrizione*: la prima avente ad oggetto il trasferimento della «piena» proprietà (a carico del disponente ed a favore del fiduciario), e la seconda riguardante la costituzione del vincolo (a carico del fiduciario)¹³⁶.

La trascrizione del vincolo di destinazione a carico del fiduciario è, indubbiamente, l'unica modalità praticabile per il *vincolo autodichiarato*: si tratta infatti di una *modifica del diritto di proprietà* (che da piena diviene fiduciaria), la quale correttamente è da trasciversi soltanto a carico del titolare, al fine di segnalare la privazione di alcune facoltà dominicali. Per quanto concerne, invece, *il trasferimento della*

133

¹³³ G. BARALIS, «Negozii accertativi in materia immobiliare ...», *cit.*, p. 544 e ss. (ed *ivi*, note 97 e 98).

¹³⁴ Per la critica al *drafting* ed alla collocazione della norma, cfr. già G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 162.

¹³⁵ Cfr. per tutti, nel senso indicato nel testo, U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, *cit.*, p. 1098 e ss.; ID., *I «formanti dell'ordinamento giuridico», il diritto anglosassone e l'iperuranio ...*, *cit.*, p. 139 e ss. (il quale - a p. 148 - parla di «scissione soltanto logica» tra il momento dell'attribuzione traslativa al fiduciario e quello della costituzione del vincolo di destinazione, che sarebbe peraltro sufficiente a giustificare la doppia trascrizione); nonché la Circ. Agenzia territorio 7 agosto 2006, n. 5/T.

Sulle modalità della trascrizione in presenza di riserva

di diritti reali di godimento, cfr. F. ANGELONI, «Trascrizione della donazione con riserva di usufrutto e registri immobiliari meccanizzati», in *Contr. e impr.*, 1993, p. 823; U. TAFURI, «Inopponibilità della clausola di riserva di usufrutto non trascritta», in *Dir. e giur.*, 1990, p. 570; R. TRIOLA, «La trascrizione della vendita «deducta servitute»», in *Riv. not.*, 1970, p. 847; G. STOLFI, «Se e come debba rendersi pubblico l'atto traslativo con riserva di servitù», in *Foro pad.*, 1965, I, c. 923, ed in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981, p. 248; G. STOLFI, *Sulla trascrizione del negozio traslativo con riserva di servitù prediale*, in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, *cit.*, p. 254.

¹³⁶ Cfr. M.L. CENNI, «Acquisto immobiliare e duplice formalità», in *Trusts*, 2002, p. 305; F. STEIDL, M.L. CENNI e G. GALLIZIA, «Trascrizione di atti attributivi

proprietà dal disponente al fiduciario, con contestuale costituzione del vincolo di destinazione, la modalità più corretta consisterebbe nell'esecuzione di un'unica trascrizione a favore del fiduciario, indicando come oggetto della formalità non già il diritto di proprietà *tout court*, bensì la «proprietà destinata», o fiduciaria. Quest'ultima modalità incontra però un ostacolo nella attuale «tecnica» di informatizzazione della pubblicità immobiliare: la codificazione dei «diritti» oggetto di trascrizione¹³⁷ contempla *sic et simpliciter* il diritto di proprietà, senza consentire specificazioni o aggiunte. Si potrebbe, in realtà, trascrivere senza indicare alcun codice di diritto nel quadro «C», specificando l'intero contenuto del negozio - comprensivo di quello dei vincoli di destinazione nel quadro «D» della nota. Soluzione che però, comprensibilmente, crea perplessità ed incertezze negli operatori, sia per gli irrisolti (ancorché infondati) dubbi riguardo alla valenza giuridica del suddetto quadro «D»¹³⁸, sia per il rischio che una trascrizione semplicemente «a favore» del fiduciario possa essere ritenuta non idonea a pubblicizzare obblighi e vincoli a carico del proprietario.

Fermo restando che la trascrizione del vincolo, in qualsiasi modo effettuata, lo rende opponibile ai terzi - in conformità al criterio di fungibilità delle formalità pubblicitarie nell'ottica del «raggiungimento dello scopo», che si ritiene applicabile alla pubblicità legale - si pone soprattutto il problema di verificare quali possano essere gli ulteriori riflessi sulla circolazione giuridica della omissione di pubblicità del vincolo nei due casi. Ipotizzando la necessità di una trascrizione unitaria del trasferimento della proprietà fiduciaria, non segnalare il vincolo equivarrebbe a realizzare una «pubblicità inesatta», e quindi *invalida* agli effetti dell'art. 2652, n. 6, c.c.: sarebbe come se si indicasse nella nota di trascrizione un diritto di piena proprietà, in luogo del diritto di usufrutto realmente trasferito. Ove, invece, si considerasse necessaria una *duplice trascrizione*, la mancata segnalazione del vincolo (in presenza di una trascrizione autonoma dell'atto traslativo), costituirebbe una «pubblicità omessa», cui conseguirebbe l'*inopponibilità* del vincolo rimasto occulto¹³⁹. In entrambi i casi il terzo avente causa dal fiduciario contrarrebbe con un soggetto non legittimato (*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*). Come già visto, peraltro l'art.

- 134 2645-ter c.c. deroga all'art. 2652 n. 6 c.c., e nell'ipotesi in cui il vincolo non sia trascritto tutela con efficacia immediata il terzo avente causa dal fiduciario (proprietario limitato): ma ciò significa che la concreta modalità impiegata ai fini dell'effettuazione della trascrizione è *ininfluente* agli effetti della relativa validità ed efficacia, purché dall'unica o duplice trascrizione si evinca con chiarezza il reale mutamento giuridico verificatosi.

Quanto alla *pubblicità accessoria* delle successive vicende del vincolo, la legge la disciplina espressamente con riferimento all'eventualità dell'avveramento, o mancato avveramento, della *condizione*, sotto forma di *annotazione* (art. 2655 c.c.) o *cancellazione* della menzione della condizione (art. 2668 c.c.)¹⁴⁰. Le vicende che possono riguardare la *proprietà destinata* non sono dissimili da quelle della condizione: anche sotto questo profilo, proprietà destinata e proprietà risolubile appaiono come due istituti «gemelli». Ciò consente di applicare *estensivamente*, o *analogamente* le disposizioni dettate per una di tali figure

di beni immobili al trustee», in *Trusts*, 2002, p. 350.

¹³⁷ Cfr. al riguardo la Circ. Min. Fin. 2 maggio 1995, n. 128. In dottrina, cfr. in particolare sulle problematiche dell'informatizzazione del procedimento di trascrizione S. DE VOGLI, *Tecnologie informatiche e regime di pubblicità dei beni immobili*, Padova, 2002; A.M. BIANCO, *La pubblicità immobiliare e l'automazione nella legge 27 febbraio 1985 n. 52*, Roma, 1988; A. MARZOCCHI, «Il caso "Grosseto" e prime riflessioni sulla Tavola Rotonda di Grosseto», in *Riv. not.*, 1998, p. 795.

¹³⁸ Cfr. sulla questione G.A. DI VITA, «Il valore delle indicazioni inseribili nel quadro «D» della nota di trascrizione ai fini della opponibilità», in *Il Notaro*, 2007, p. 93; L. MISEROCCHI, «"Nuova" meccanizzazione dei

registri immobiliari e "invalidità" della trascrizione per vizi della nota», in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 296.¹³⁹ Nel caso di pubblicità inesatta, secondo i principi generali il terzo di buona fede che acquistasse dal fiduciario farebbe salvo il suo acquisto soltanto *decorsi cinque anni* dalla data della trascrizione *invalida* (art. 2652, n. 6, c.c.); invece, in caso di pubblicità omessa, dovrebbe concludersi per l'*immediata inopponibilità del vincolo al terzo (di buona o mala fede)*, in quanto si privilegia la logica della pubblicità legale (viceversa, basandosi sul principio di diritto sostanziale *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, dovrebbe ritenersi che il terzo comunque non acquisti il diritto dal non legittimato, salva l'*usucapione decennale o ventennale*).

¹⁴⁰ Su tale pubblicità accessoria, cfr. G. GABRIELLI,

anche all'altra, considerato che in materia di proprietà destinata non esistono norme dedicate alla pubblicità delle vicende modificative o estintive del vincolo di destinazione. Ancorché si condivida l'idea che soprattutto in materia di pubblicità accessoria non possa parlarsi di tassatività delle formalità pubblicitarie¹⁴¹, la possibilità di estensione alla proprietà destinata delle norme dettate in materia di proprietà risolubile (in particolare, gli artt. 2655 e 2668 c.c.) si rivela preziosa.

La cessazione della destinazione, per scadenza del termine o per qualsiasi altra causa, è quindi soggetta ad *annotazione* a norma dell'art. 2655 c.c., allorché ne derivi retrocessione della proprietà destinata a favore del disponente: in tale ipotesi, l'annotazione rileva ai fini della continuità delle trascrizioni, ai sensi del terzo comma di detto art. 2655. Nell'eventualità, invece, in cui alla cessazione della destinazione consegua (automaticamente) il trasferimento della proprietà ad un beneficiario, il mutamento giuridico deve ritenersi soggetto a trascrizione, agli effetti dell'art. 2644 c.c.¹⁴². Ai fini della pubblicità deve ritenersi necessaria la prestazione (con atto autentico) del consenso da parte del fiduciario e dei beneficiari (ed eventualmente del disponente¹⁴³); ovvero un ordine di annotazione con sentenza esecutiva, ancorché - secondo l'orientamento diffuso - non ancora passata in giudicato. Deve, invece, provvedersi a *cancellazione* della trascrizione del vincolo di destinazione ogni qualvolta la destinazione stessa venga meno con effetto retroattivo¹⁴⁴, purché in tal caso la cancellazione sia consentita dal fiduciario e dai beneficiari (o anche dal disponente) con atto autentico, ovvero sia ordinata con sentenza passata in giudicato.

Ulteriori interazioni tra proprietà fiduciaria e situazioni giuridiche condizionate

Per completezza di indagine, occorre infine analizzare alcuni possibili impieghi dell'istituto della condizione, che sono stati proposti, o attuati nella prassi, al fine di risolvere vere o presunte criticità del fenomeno della destinazione patrimoniale.

Viene, in primo luogo, in considerazione il possibile utilizzo del congegno condizionale nel procedimento diretto alla *sostituzione del fiduciario* (con peculiare riguardo all'evento *morte del fiduciario* stesso). In sede di prima lettura dell'art. 2645-ter c.c., si è fatta rilevare l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di una disposizione che - sulla scia delle leggi richiamate dall'art. 11, comma 3, della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sui *trusts* - escluda dalla successione del fiduciario i beni destinati¹⁴⁵. È stato quindi suggerito - almeno in alcuni casi - di condizionare risolutivamente l'attribuzione patrimoniale a favore del fiduciario, al fine di evitare tale indesiderato esito (con la precisazione che si tratterebbe di condizione risolutiva non retroattiva)¹⁴⁶. A tale attribuzione risolutivamente condizionata potrebbe poi affiancarsi un'ulteriore attribuzione (a favore del sostituto del primo fiduciario), sospensivamente condizionata alla cessazione del primo titolare dell'ufficio. I successivi approfondimenti hanno,

135

La pubblicità immobiliare, cit., p. 167 e ss.; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 173 e ss.

¹⁴¹ Per tale impostazione, cfr. G. GABRIELLI, «Pubblicità degli atti condizionati», in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 29 e ss., spec. p. 33 e ss.; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 173 e ss.

¹⁴² Cfr. anche S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di cessazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., p. 277 ss.; G. BARALIS, «Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.», in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in questa rivista, 2007, p. 154 e ss.

Appare interessante, riguardo all'alternativa posta nel

testo (annotazione ex art. 2655 c.c., o trascrizione ex art. 2644 c.c.), anche il parallelo con la pubblicità delle vicende relative al contratto a favore di terzo: cfr. per tutti F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 358 ss., spec. p. 361.

¹⁴³ Per la necessità di consenso anche del disponente, da verificarsi peraltro alla luce delle concrete previsioni dell'atto di destinazione, cfr. G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 193.

¹⁴⁴ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 195 ss.¹⁴⁵ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 168.

¹⁴⁶ Per il possibile impiego della condizione risolutiva, cfr. M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-*

tuttavia, evidenziato come il carattere strumentale della proprietà destinata ne escluda la destinazione finale a beneficio degli eredi del fiduciario¹⁴⁷, salva comunque la devoluzione ad essi della proprietà dei beni destinati, con obbligo di ritrasferimento a favore del nuovo fiduciario, o del beneficiario finale. Non si rende quindi necessario l'utilizzo del congegno condizionale, il quale si dimostra del resto non efficiente: sia perché alla risoluzione conseguirebbe il rientro del bene nel patrimonio del disponente (che non ha senso se il vincolo è destinato a proseguire anche dopo la morte del primo fiduciario); sia per l'inadeguatezza di soluzioni di tipo automatico ad un problema - quello della sostituzione del gestore - caratterizzato da importanti risvolti di tipo fiduciario¹⁴⁸.

Per la medesima ragione suesposta, l'utilizzo della condizione risolutiva non è apparso efficiente con riferimento all'ipotesi della *violazione da parte del fiduciario degli obblighi impostigli con l'atto di destinazione*: si tratta, più precisamente, della deducibilità in condizione risolutiva dell'eventuale *alienazione indebita* da parte del fiduciario. È vero che in presenza di un vincolo reale di destinazione - con il cui scopo l'alienazione dei beni destinati risulti incompatibile - non sembrano trovare applicazione i limiti sanciti dall'art. 1379 c.c.¹⁴⁹, e vengono conseguentemente meno anche le obiezioni avanzate nei confronti della condizione risolutiva di non alienare¹⁵⁰. Si tratterebbe però, come già illustrato a proposito del caso della morte del fiduciario, di uno strumento il più delle volte non efficiente, e contrastante con gli scopi di destinazione (alla risoluzione dell'alienazione conseguirebbe infatti il rientro del bene nel patrimonio del disponente). Oltre al fatto che la condizione risolutiva, operando automaticamente, non consentirebbe un'adeguata valutazione né dell'imputabilità al fiduciario della violazione, né della posizione del terzo acquirente (soprattutto nei casi in cui appare dubbia la congruenza degli effetti

ter del codice civile, Milano, 2006, p. 13. Cfr. anche G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 199 e ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, *cit.*, p. 613.

¹⁴⁷ Per l'esclusione dei beni destinati dalla successione del fiduciario, cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, *cit.*, p. 315 e ss.

¹⁴⁸ Cfr. al riguardo S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, *cit.*, p. 43 e ss.; S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di attuazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, *cit.*, p. 262 e ss. Anche negli ordinamenti di *common law* non si ha esclusione *tout court* dei beni in *trust* dalla successione del *trustee*, quantomeno nel senso che il personal representative di quest'ultimo subentra anche nella titolarità dei *trust assets*, ed è obbligato a trasferirli al nuovo *trustee*, come si è già evidenziato (*supra*, § *Vincoli di destinazione e proprietà fiduciaria nell'interesse altrui. Paralleli in diritto comparato*).

¹⁴⁹ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 198 e ss.

¹⁵⁰ G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», *cit.*, p. 199 e ss. Per le obiezioni avanzate e prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. - all'utilizzo della condizione risolutiva nel contesto della destinazione patrimoniale e dell'attribuzione dei beni al fiduciario, v. R. MONTINARO, *op. cit.*, p. 205 e ss. (ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina).

Al di fuori del contesto della destinazione ex art. 2645-ter c.c., la condizione non può essere «direttamente» volta a creare un limite alla circolazione dei beni, tant'è vero

che si ritiene, prevalentemente, invalida la condizione risolutiva consistente nella violazione di un divieto convenzionale di alienazione ex art. 1379 c.c., come dimostrazione del fatto che non è possibile utilizzare il congegno condizionale al fine «diretto» di creare vincoli reali alla circolazione: cfr. per tutti G. ROCCA, «Il divieto testamentario di alienazione», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 468 e ss., sulla base della considerazione - condivisibile - che il meccanismo della c.d. retroattività reale della condizione (ed in particolare il regime dell'art. 1357 c.c.) sarebbe in contrasto con il principio desumibile dall'art. 1379, per cui il divieto di alienazione è valido nei limiti in cui abbia efficacia meramente obbligatoria. Nello stesso senso G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 191-192 (il quale ritiene necessario, con riferimento alla prelazione testamentaria, che con la condizione che commini la decadenza dal lascito in caso di inosservanza della prelazione stessa «non si miri a conseguire quell'efficacia reale che più di una ragione spinge a ritenere preclusa»); E. MOSCATI, *Alienazione (divieto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5; ID., *Il testamento, lineamenti*, Padova, 1995, p. 138 e ss.; N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, p. 145 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 163 e ss. (ivi ulteriori citazioni di dottrina); R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, *cit.*, p. 158 (i quali dubitano - alla luce del disposto degli artt. 1379 e 1458 c.c. - che i limiti posti alla creazione di diritti reali atipici «possano serenamente venir aggirati mediante il ricorso alla costituzione di diritti condizionati»).

dell'atto compiuto rispetto al fine di destinazione¹⁵¹).

Un'ipotesi, in linea di principio lecita oltre che potenzialmente molto utile, di utilizzo del meccanismo condizionale è quella in cui il *trasferimento a favore del fiduciario*, e quindi il *vincolo di destinazione*, siano *sospensivamente condizionati* al sopravvenire di un evento futuro ed incerto afferente la sfera giuridica del disponente (quale, ad esempio, la sua futura incapacità di amministrare; ovvero, la cessazione di un fondo patrimoniale o altro vincolo in precedenza costituito). La questione è stata da tempo analizzata dalla giurisprudenza anglosassone, la quale ha riconosciuto - senza particolari problemi - la validità del *trust* istituito sotto condizione sospensiva, purché si tratti di condizione lecita¹⁵². Questo tipo di condizione non presenta criticità particolari, salva l'opportunità di regolamentare pattiziamente, con adeguati dettagli, gli obblighi ed i vincoli del disponente in pendenza della condizione, in conformità - o in parziale deroga - agli artt. 1356 e seguenti del codice civile¹⁵³. Occorre, peraltro, tener conto del fatto che il periodo di pendenza della condizione viene a sommarsi, cronologicamente, alla durata del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. (limitando, in definitiva, la circolazione del bene per il totale di entrambi i periodi). Tenendo conto della *ratio* del termine di durata del vincolo - diretto ad evitare limitazioni eccessive alla libera circolazione dei beni - deve allora ritenersi che *il termine di durata*, previsto dal medesimo art. 2645-ter c.c., *debba in ogni caso decorrere dalla stipula dell'atto di destinazione*, in modo da ricomprendere in sé sia il periodo di pendenza, sia la fase successiva all'avveramento della condizione.

La condizione sospensiva, alla quale sia subordinata l'efficacia del vincolo di destinazione e dell'attribuzione patrimoniale al fiduciario, può invece essere ritenuta *illecita* in alcuni casi: ci si riferisce, in particolare, alla condizione di premorienza del disponente ad un beneficiario, che come ogni altra condizione *si praemioriar* incorre nel sospetto di violazione del *divieto di patti successori*¹⁵⁴, essendo piuttosto difficile distinguere i casi in cui l'evento morte del disponente abbia *rilievo causale* ai fini dell'attribuzione patrimoniale, da quelli in cui detto evento rappresenti solamente una *modalità accessoria* dell'atto. Anche perché quasi sempre la condizione - lungi dal rappresentare elemento 137
meramente «accidentale» dell'atto - ne connota causalmente la funzione concreta¹⁵⁵. Un'ipotesi nella quale deve, invece, affermarsi con sicurezza la *validità* è quella in cui non sia dedotto in condizione l'evento morte in quanto tale, ma siano piuttosto indicati una *pluralità di eventi futuri ed incerti, tra i quali sia eventualmente compresa anche la premorienza* del disponente. Come pure non appare dubbia la liceità della condizione costituita da un *evento accidentale o improvviso* (incidente, malattia, e simili) che possa, a sua volta, determinare la premorienza o l'incapacità del disponente. In tali casi, non può sostenersi che la morte abbia rilievo causale nell'ambito della fattispecie attributiva, poiché la stessa è solo una delle eventuali conseguenze degli eventi dedotti in condizione.

¹⁵¹ Cfr. anche S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di attuazione del vincolo», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., p. 252 e ss.

¹⁵² Non deve essere, in particolare, resa dubbia - per effetto del condizionamento dell'atto istitutivo - alcuna delle c.d. tre certezze del *trust*: certezza della volontà di istituire il *trust*, dell'oggetto di esso e dei beneficiari. Per l'ammissibilità, su tali presupposti, del condizionamento anche sospensivo del *trust*, cfr. D. HAYTON, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, London-Dublin-Edimburgh 1995, p. 80 e ss., e p. 202; D. HAYTON e C. MITCHELL, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London, 2005, p. 171 e ss.; J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON e J. BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, London, 2008, p. 101, 123 e ss.; P.H. PETTIT,

Equity and the Law of Trusts, Oxford, 2009, p. 47 e ss., 76 e ss.; G. MOFFAT, G. BEAN e R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials*, Cambridge, 2009, p. 268 e ss.

¹⁵³ In caso di sottoposizione a condizione sospensiva dell'atto di destinazione, il disponente mantiene provvisoriamente, durante la pendenza della condizione, la titolarità e l'amministrazione dei beni destinati, che verranno trasferiti al fiduciario solo con il relativo avveramento.

¹⁵⁴ Cfr., tra gli altri, D. CUPINI, «A proposito di patti successori e donazioni con clausola "si praemioriar"», in *Notariato*, 2005, p. 639; F. PENE VIDARI, «Trust e divieto dei patti successori», in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 851; Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, p. 582.

¹⁵⁵ G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, cit., *passim*.