



# “I NEGOZI DI DESTINAZIONE”

*Convegno tenutosi il 30 novembre 2009,  
presso la Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II,  
organizzato dai **Proff. Biagio Grasso e Paolo Pollice**  
nell'ambito dei corsi di Diritto Civile della II e IV cattedra  
e moderato dal **Prof. Giuseppe Guizzi***



## **RING— OPINIONI A CONFRONTO:**

**Prof. Andrea Gemma**

Prof. ass. di Diritto Privato  
Università degli Studi di Palermo



**Prof. Ubaldo La Porta**

Prof. ass. di Diritto Privato  
Università degli Studi del Piemonte  
Orientale Amedeo Avogadro



*Moderatore del dibattito:*

**Prof. Giuseppe Guizzi**

Prof. ord. Diritto Commerciale  
Università degli Studi di Napoli Federico II  
Facoltà di Giurisprudenza



*Il presente documento, relativo all'incontro tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II il 30 novembre 2009 sul tema dei "negozi di destinazione", organizzato dai Proff. Biagio Grasso e Paolo Pollice nell'ambito dei rispettivi corsi di Diritto Civile della II e IV cattedra, riproduce gli interventi dei due relatori, il Prof. Andrea Gemma (Prof. ass. di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Palermo) ed il Prof. Ubaldo La Porta (Prof. ass. di Diritto Privato presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale Amedeo Avogadro), nonché del moderatore del dibattito, il Prof. Giuseppe Guizzi (Prof. ord. Diritto Commerciale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II), ed è consultabile dagli studenti anche in formato digitale nella cartella "materiale didattico" della pagina web del Prof. Pollice, [www.docenti.unina.it/paolo.pollice](http://www.docenti.unina.it/paolo.pollice).*

Prof. Ubaldo La Porta

Gli atti di destinazione, che, soprattutto a seguito dell'introduzione della norma di cui all'art. 2645 *ter* c.c. sono tornati ad essere oggetto di approfondite analisi da parte degli studiosi di diritto, esprimono già nella loro stessa etimologia un fenomeno frequentissimo non solo nella nostra esperienza fattuale, pregiuridica (ad es., si possono destinare due stanze di una casa a biblioteca, un capanno a ricovero attrezzi agricoli, etc.), ma anche nel nostro ordinamento giuridico: ad es. il debitore, in presenza di più debiti, ai sensi dell'art. 1193 c.c. destina una determinata somma ad estinzione di un certo debito anziché di un altro, ciò per evitare l'applicazione del meccanismo legale (art. 1193, comma 2°, c.c.); si destina all'esercizio dell'impresa per avere gli effetti di cui all'art. 178 c.c. il bene acquistato dal coniuge imprenditore in regime di comunione legale dei beni; si destina l'immobile accessorio a pertinenza di quello principale, ai fini dei sia pure limitati effetti di cui all'art. 819 c.c.; si destinano i beni organizzati all'esercizio dell'impresa da parte dell'imprenditore; si destina, ciò dopo la riforma del diritto societario, una parte del patrimonio sociale all'esercizio di determinati affari ai sensi degli artt. 2447 *bis* ss. c.c.).

Tutti questi atti di destinazione risultano diversi tra loro proprio in ragione del fatto che il nostro ordinamento giuridico riconosce agli stessi effetti giuridici differenti.

**L'art. 2645 *ter* c.c.** è una norma dettata in materia di trascrizione, ed a mio avviso prevede un'ipotesi di trascrizione c.d. ordinaria (non si tratterebbe, cioè, né di una



trascrizione a fini “particolari”, come quello c.d. “prenotativo” propria del contratto preliminare, né di una trascrizione con funzione di mera “notizia”, come quella prevista, ad es., per le convenzioni matrimoniali): una trascrizione che, dunque, presuppone che l’atto giuridico da trascrivere produca effetti suscettibili di trascrizione ordinaria, ossia in grado di incidere in maniera per così dire “reale” e non “obbligatoria” sul regime giuridico dei beni che ne sono oggetto.

**L’atto di cui all’art. 2645 *ter* c.c. al fine di realizzare uno scopo specifico separa una parte del patrimonio del “disponente” (così chiameremo d’ora in poi colui il quale destina una parte di un suo patrimonio ad uno scopo particolare) dal resto dei beni che lo compongono.**

**L’atto di destinazione ad un certo fine di un dato bene, con conseguente separazione dello stesso da qualunque altro appartenente allo stesso soggetto, comporta in linea di massima due effetti giuridici ai sensi dell’art. 2645 *ter* c.c.:**

**1) i beni conferiti ed i loro frutti sono impiegabili solo per conseguire il fine di destinazione;**

**2) i beni conferiti ed i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti al fine di realizzare lo scopo di destinazione.**

**Non si produce sempre, come si vedrà meglio in seguito, un effetto traslativo del bene dal patrimonio del disponente ad altro soggetto.**

Il fenomeno degli atti di destinazione di cui all’art. 2645 *ter* c.c. può determinare, dunque, una duplicazione dei patrimoni imputabili al medesimo soggetto, il che contrasta con la tradizionale impostazione liberale del rapporto tra persona e patrimonio, tale per cui ad una persona deve necessariamente corrispondere soltanto un patrimonio.

Detta impostazione trovava già una netta censura in uno scritto di Nicola Coviello, risalente ai primi del Novecento, ove appunto inizia a scardinarsi l’idea del “patrimonio” come rappresentazione appunto “patrimoniale” della persona, superandosi l’equazione “una persona — un patrimonio”.

Data questa idea di fondo insita nel codice del ’42 in virtù della quale la separazione patrimoniale doveva ritenersi ammissibile solo nei casi previsti dalla legge, tra i quali si



possono evocare come esempi piú classici, l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, le attribuzioni patrimoniali fatte a favore di una persona giuridica (art. 32 c.c.) con specifica destinazione ad uno scopo particolare, i fondi previsti dall'art. 2117 c.c. in materia di rapporti di lavoro, etc..

Ammettere e riconoscere la validità giuridica di un atto di disposizione che al di fuori di ipotesi legislativamente prevista, come quelle appena richiamate, comporta non solo una deviazione dal **principio generale rispondente all'equazione "una persona—un patrimonio"**, già contestato sin dagli inizi del Novecento, come si è detto, dal Coviello, ma anche da un altro **principio**, ben piú radicato, ossia quella **della universalità della responsabilità del debitore ex art. 2740 c.c.** Infatti al privato non è dato creare cause di prelazione, che sono perciò solo quelle legittime, ossia previste dalla legge, dunque la separazione patrimoniale di alcuni beni dal resto del patrimonio del disponente e scaturente dallo loro destinazione ad un certo scopo, sottraendo detti beni c.d. "destinati" alle azioni di quei "creditori non titolati", ossia le cui pretese non trovino il proprio titolo in quella stessa specifica causa di destinazione, sarebbe inopponibile a tali creditori. O meglio, la separazione patrimoniale produttiva di una specializzazione della responsabilità è in linea di massima accoglibile nel nostro ordinamento in una forma soltanto, attribuzione di una parte del proprio patrimonio ad una persona giuridica di nuova costituzione.

Il legislatore si orientato a favore di questa scelta metodologica fino alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, quando in materia commerciale, **di fronte all'alternativa tra la costituzione di un'impresa individuale a responsabilità limitata e la creazione di una società unipersonale** (alternativa offerta agli Stati membri dall'ordinamento comunitario) il nostro legislatore (a differenza di altri, come quello portoghese) scelse di accogliere la seconda opzione, ciò in quanto la prima (imputazione ad uno stesso soggetto di due patrimoni, dei quali uno frutto di destinazione di alcuni beni di quello originario ad un preciso scopo imprenditoriale) avrebbe dovuto fare i conti con la resistenza storica del nostro ordinamento giuridico verso atti di destinazioni patrimoniali dotati di efficacia reale e che nel caso di specie sarebbero stati



concepiti dagli operatori economici attraverso un libero e pieno esercizio della propria autonomia negoziale.

**La scelta normativa fu dunque nel senso di consentire quale unica forma di destinazione di beni ad un determinato scopo quella della loro attribuzione a soggetto diverso dal disponente**, per cui, si configuravano il patrimonio della costituita persona giuridica/società unipersonale quale patrimonio generale di quest'ultima, ed il patrimonio residuo del disponente quale patrimonio generale di quest'ultimo.

**Rispetto a tale opzione normativa generale la norma introdotta dall'art. 2645 *ter* c.c. ha introdotto una novità significativa, perché nel momento in cui sottrae i beni destinati ad un determinato scopo** (“realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma”) **alla aggressione dei titolari di crediti diversi da quelli contratti al fine di realizzare lo scopo suddetto, l'atto di autonomia privata c.d. di destinazione dà luogo nella sfera giuridica del disponente ad una “specializzazione patrimoniale”, tale per cui i beni destinati ad un certo scopo e quelli residui facenti capo al medesimo soggetto risultano sottoposti ad un diverso regime giuridico.**

Ovviamente punti deboli di questa costruzione che riconosce al disponente un'ampia autonomia negoziale sono rappresentati dall'esigenza di tutelare adeguatamente i creditori del disponente, nonché la certezza della circolazione dei beni giuridici.

In tal senso si può condividere la lettura dell'art. 2645 *ter* c.c. nel senso che detta norma esclude che l'atto di destinazione possa soddisfare unicamente l'interesse del disponente alla specializzazione della propria responsabilità.

Infatti, nella norma de qua l'interesse del privato per la quale realizzazione si compie la destinazione di un bene ad un certo scopo non consiste nella specializzazione patrimoniale, che rappresenta solo una conseguenza giuridica dell'atto di destinazione, un costo necessario al fine dell'attuazione del fine destinatorio.



**Il legislatore italiano non ha dunque scelto di sacrificare sempre e comunque l'autonomia all'altare della tutela del credito, né all'opposto ha lasciato completamente libero il debitore di disporre dei propri beni durante il periodo di durata del rapporto debitorio, cercando piuttosto nell'art. 2645 *ter* c.c. di individuare un punto di equilibrio tra la libertà di disposizione del proprio patrimonio da parte del debitore e la tutela del credito.**

**Non a caso l'atto di destinazione è sottoposto ad azione revocatoria** (nella quale appunto si compara l'esigenza che si intende attuare tramite la vendita e la donazione con quella di protezione del creditore): così come il legislatore dinanzi ad una donazione, ad una vendita o a qualunque altro atto dispositivo del disponente che sia anche debitore verso terzi risolve il conflitto tra l'autonomia privata di disporre del primo e la tutela del credito dei secondi attraverso il ricorso al giudizio di cui all'azione revocatoria, allo stesso modo detto ricorso potrà essere invocabile quale strumento di tutela dei creditori lesi dal compimento di un atto ex art. 2645 *ter* c.c. da parte del loro debitore. **Infatti, l'atto di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. determina una possibile lesione del credito al pari di una vendita o donazione di un proprio bene da parte del debitore, e dunque la reazione ad esso del creditore che se ne assuma pregiudicato consisterà nell'esercizio di un'azione revocatoria, e non di un'azione volta alla dichiarazione di nullità dell'atto** (per violazione delle norme ex art. 2740—1 c.c.).

Nel caso codicisticamente disciplinato del fondo patrimoniale, la destinazione dei beni allo scopo di soddisfare i bisogni familiari è assoggettata a revocatoria sia nel caso che la destinazione sia fatta da terzi a favore dei coniugi (quindi nel caso in cui l'atto di destinazione concreti un trasferimento di un bene ad altri pregiudizievole per il debitore del disponente, trasferimento che tradizionalmente evoca l'azione revocatoria), sia quando l'atto si risolva nell'apposizione di un vincolo destinatorio ad un determinato bene, che continui a far parte del patrimonio comune tra i coniugi cui già prima apparteneva.

**L'atto ex art. 2645 *ter* c.c. consente dunque una destinazione "reale" di un bene ad un certo scopo, ossia**



essa non produce un effetto obbligatorio, bensì un effetto suscettibile di trascrizione.

Una trascrizione ordinaria, quale quella prevista dalla norma in commento, non attribuisce carattere reale all'effetto prodotto dall'atto di destinazione, essendo piuttosto corretto affermare che detta trascrizione ordinaria **presuppone il carattere reale degli effetti dell'atto suscettibile di trascrizione.**

L'effetto reale cui mi riferisco non è necessariamente un effetto traslativo (in quanto l'atto di destinazione può esaurire i suoi effetti nella sola sfera giuridica del disponente che non lo trasferisce a terzi, ma semplicemente lo vincola all'interno del proprio patrimonio alla realizzazione di un dato interesse meritevole di tutela), **ma più in generale consiste nella costituzione di un vincolo opponibile a terzi.** Infatti, la trascrizione serve a rendere opponibile il vincolo di destinazione (l'art. 2645 *ter* c.c. così recita "gli atti... possono essere trascritti *al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione*").

In cosa si risolve l'opponibilità a terzi del vincolo di destinazione secondo la prospettiva che fin qui ho prospettato? In una sorta di "conformazione del diritto di proprietà", in una sua strutturazione peculiare necessaria a realizzare la causa dell'atto di destinazione.

Il Prof. Pollice è stato uno dei primi ad esaminare il problema della convergenza su uno stesso bene di più interessi pubblici e privati, tra loro potenzialmente contrastanti. **Oggi il problema che l'art. 2645 *ter* c.c. sottende è quello della convergenza su un medesimo bene di più interessi privati di segno opposto.** Si dovrebbe allora forse avere oggi il coraggio di pensare a modalità diverse di sfruttamento della ricchezza. Se in passato si era ricchi solo in virtù dello sfruttamento diretto o indiretto dei beni, oggi le nuove forme di godimento della ricchezza non impongono più di compiere un'equazione tra atto dispositivo ed atto di alienazione o altrimenti abdicativo.

Prof. Andrea Gemma

1. Sono onorato e grato dell'invito che mi hanno rivolto i proff.ri Biagio Grasso e Paolo Pollice per conto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli, Federico II,



a prendere la parola in questa aula dove hanno esercitato il nobile magistero insigni studiosi, tra questi il prof. Raffaele Rascio, cui porgo un rispettoso saluto.

Provo, unitamente al piacere dell'odierna occasione un notevole senso di responsabilità nel trattare uno dei temi che più mi stanno a cuore alla presenza di autorevoli colleghi che si sono occupati, anche recentemente, di destinazione patrimoniale sotto più profili, con risultati largamente apprezzati (Proff.ri Grasso e Quadri in chiave civilistica ed il Prof. Guizzi in relazione ai patrimoni separati del diritto societario).

L'intervento del Prof. La Porta precede il mio —in maniera del tutto opportuna— non solo in questa sede, ma, anche in chiave ricostruttiva e cronologica, visto che il suo saggio del 1994 (*Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli) riportò, dopo anni di silenzio della dottrina, l'attenzione sul tema della destinazione in relazione alla causa del negozio, con una serie di riflessioni fecondamente sviluppate in seguito.

In questa sede, muovendo dalle osservazioni del precedente intervento, mi preme focalizzare l'attenzione su taluni snodi problematici che il negozio di destinazione esibisce, anche dopo la novella al codice civile attuata mediante l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. (introdotto con la legge n. 51 del 2006 di ratifica del cd. decreto mille proroghe, D.L. n. 273/2005). In particolare, **vorrei trattare in relazione alla citata norma ed alle teorie del negozio di destinazione i seguenti profili:**

- 1. meritevolezza dell'interesse e negozio di destinazione;**
- 2. il rapporto tra destinazione, separazione patrimoniale ed opponibilità degli effetti;**
- 3. le ragioni che sostengono la validità delle tesi negoziali circa l'effetto negoziale di separazione patrimoniale in contrapposizione alle tesi patrimonialiste ed altre.**

In tutti i punti di cui sopra il problema principale da risolvere è quello della possibilità per l'autonomia privata di dare vita ad una destinazione separatoria atipica, compatibile con i principi ortogonali dell'ordinamento e con le esigenze di circolazione dei beni e diritti.

2. Lo scioglimento dei precedenti nodi problematici impone una **breve digressione ricostruttiva sulle teoriche del**



**negozio di destinazione e sui loro sviluppi**, per meglio tratteggiare l'ordine di idee nel quale si inquadra il discorso e le ragioni dei notevoli guadagni concettuali di cui ha beneficiato la materia nell'ultimo decennio.

Citando autorevole dottrina (P. Spada, *Destinazioni patrimoniali e impresa*, in *Atti di destinazione e trust*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, 329 e ss.) è utile andare alla radice del significato dei termini in analisi precisando che nella lessicografia **«destinare è lemma che significa “adibire, riservare qualcosa a un uso, a una funzione»** (Tullio De Mauro) **e che, etimologicamente, risulta dal rafforzamento, tramite il prefisso “de”, di una voce verbale “stanare” da avvicinarsi (Cortellazzo e Zolli) a “stare”, nel senso di “fermare”**.

Proprio sul significato di adibire un bene ad una funzione si radica il dibattito giuridico sul negozio di destinazione che prende le mosse in Germania alla fine del diciannovesimo secolo — grazie all'opera di Brinz e di Bekker e viene ripreso, dopo oltre un secolo, nella rivisitazione critica contenuta in un fortunato saggio del 1984 di Kriechbaum—. **Le tesi in questione pongono in contrapposizione tra *Zwecksatzung* e *Zuwendung*, vale a dire negozio di attribuzione e negozio di destinazione**, entrambi indicati quali forme alternative del disporre in senso giuridico (che in chiave lessicale significa proprio porre altrove, allocare).

Entrambi i negozi erano definiti sulla scorta degli effetti che producevano; sicché mentre i primi implicavano un aumento patrimoniale — la creazione di un'utilità aggiuntiva nel patrimonio di un soggetto — i secondi si risolvevano nell'imprimere una destinazione ad uno o più beni per uno scopo determinato, con la conseguenza di far sorgere un vincolo di inalienabilità o di indisponibilità e quindi di escludere o limitare, nei confronti di soggetti determinati, la legittimazione del titolare.

**La teoria del negozio di destinazione opera una sostituzione dei termini della relazione giuridica ed al soggetto, quale centro di imputazione, fa subentrare lo scopo**, che diviene termine oggettivo del debito e punto d'incidenza della responsabilità.

**Tale riflessione sul negozio di destinazione ha spiegato una limitata influenza sulla dottrina italiana** (l'influsso è stato raccolto da quei pensatori più inclini a



legittimare il riconoscimento di una *Zweckadschaffung* individuale, si ricorda al riguardo la storica disputa tra il Bonelli ed il Ferrara sulla persona giuridica ed ancora la teorizzazione del rapporto obbligatorio formulata dal Polacco, che identificava l'obbligazione come rapporto inferenziale tra masse patrimoniali), essa non è riuscita a prevalere sulle teorie giusnaturalistiche francesi che, invece, propugnavano una radicale soggettivazione delle situazioni giuridiche in virtù della dichiarata corrispondenza biunivoca tra soggetto e patrimonio (C. Aubry e C. Rau, *Cours de droit civil français*, I, Strasbourg, 1839/1846).

Dopo tale iniziale momento di riflessione, il tema della destinazione in relazione al negozio giuridico non ha più ricevuto un'attenzione di tipo sistematico; la destinazione, piuttosto, è stata oggetto di trattazioni atomistiche, talvolta in riferimento ad istituti classici —quali i patrimoni delle fondazioni o l'eredità giacente— altre volte in relazione a discipline di settore —il patrimonio fallimentare, l'azienda o la disciplina dei mercati finanziari—. In tutti queste trattazioni di settore, la conclusione cui perviene l'unanime dottrina —sebbene sempre nel ricordato ristretto angolo visuale— è nel senso della **non negoziabilità dell'effetto di destinazione**, in ossequio al divieto legislativo di creazione di vincoli reali, di inalienabilità o di indisponibilità, al di fuori delle ipotesi nominate.

**Spinelli e Barbera**, in un lavoro ripubblicato nel 1999, formulano la **categoria dei negozi di destinazione alla liquidazione**, qualificata, in senso funzionale, dal peculiare effetto di imprimere ad un bene o ad un gruppo di beni lo speciale indirizzo liquidatorio. Anche in tale ricostruzione sistematica — che definisce **i negozi di destinazione alla liquidazione come "atti procedimentali scopo a se stessi"**, caratterizzati da una **"causa neutra"** il cui piano effettuale è limitato alla imposizione di vincoli o ad una rimodulazione della legittimazione del soggetto — l'intero ragionamento gravita su di un unico indiscusso presupposto: **i negozi di destinazione sono tipici e gli effetti possibili sono solo quelli previsti dalla legge**. In altri termini, l'autore del negozio di destinazione ai fini liquidativi si avvale del peculiare effetto previsto dalla legge —che è appunto quello di imporre un vincolo di destinazione— perché ciò è previsto dall'impianto normativo, non potendo egli, al di fuori dei casi nominati, dare vita ad una destinazione a rilevanza reale. La



conseguenza ovvia di tutto il ragionamento è che **l'unico vincolo di destinazione reale che nasce da contratto è quello a carico del debitore che cede i beni ai creditori, secondo il combinato disposto degli artt. 1980 e 2649 c.c., e l'opponibilità del vincolo è giuridicamente possibile perché la trascrivibilità del contratto è espressamente prevista dalla legge.**

In tale ordine di idee, ispirato ad una stretta osservanza della scolastica dominante, irrompono voci nuove che affermano la possibilità di dare vita a patrimoni separati di fonte puramente negoziale (in particolare La Porta e G. Palermo). L'atto di destinazione viene variamente declinato come atto unilaterale o bilaterale, a causa neutra o causa tipicamente destinataria, come atto produttivo di effetti intermedi o strumentali e la separazione che da esso promana viene spiegata, come si vedrà appresso, attraverso diversi itinerari argomentativi. Quello che conta osservare in queste prime notazioni è che **le teorie del negozio di destinazione, nel decennio compreso tra il 1994 ed il 2004, risultano, nel dibattito dottrinale, come delle posizioni minoritarie che si stagliano contro i canoni ricevuti e si confrontano con i principali dogmi della civilistica, vale a dire il principio di tipicità dei diritti reali e loro *numerus clausus*, l'imperatività e l'inderogabilità dell'art. 2740 c.c. e la natura costituzionale della tutela del credito.**

Nonostante il generale atteggiamento di chiusura, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui patrimoni destinati di fonte convenzionale si sviluppa grandemente, alimentato da un nuovo propellente: la ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja del 1984 in materia di riconoscimento dell'istituto del trust (legge 364/1989).

Gli spunti e le suggestioni emerse in relazione alla figura del cd. trust interno danno avvio ad un ripensamento della destinazione di fonte negoziale, quale mezzo per dare giuridica realizzazione, mediante gli strumenti tecnici di diritto interno, a quell'assetto di interessi che l'art. 2 della Convenzione dell'Aja consente di realizzare tramite il trust.

**È in questa fase che la dottrina del negozio di destinazione matura le proprie riflessioni, mette a punto gli arnesi concettuali ed inizia a reclamare una propria**



**autonomia concettuale rispetto al tema del trust**, poiché si fonda esclusivamente su elementi di diritto interno ed usa la legge di ratifica della Convenzione dell'Aja quale argomento "di sponda", a mo' di grimaldello per scardinare le chiusure che si frappongono allo sviluppo delle proprie argomentazioni.

**La nozione da cui muove la teorica della destinazione negoziale è quella della più tradizionale civilistica: la nozione di autonomia negoziale.**

Essa, tuttavia, viene riletta con un nuovo approccio che predica la piena affermazione non solo della atipicità della causa negoziale ma anche alla atipicità degli effetti (G. Palermo, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, 571).

Se l'autonomia negoziale è autodeterminazione verso il negozio e nel negozio, l'individuo deve poter perseguire i propri interessi secondo le modalità realizzative che risultano più aderenti agli interessi medesimi. Ed ancora, se il negozio giuridico è la misura del rapporto tra libertà e norma, la regola privata racchiusa nel negozio non può *sic et simpliciter* essere oggetto di una valutazione anticipata da parte dell'ordinamento, ma occorre verificare in concreto ed a valle dell'atto di autonomia la compatibilità degli effetti prodotti con i principi cardine dell'ordinamento *in subjecta materia*.

Accanto alla posizione della tesi negoziale delle destinazione, si offrono anche delle diverse ricostruzioni, cd. tesi patrimonialistiche (L. Salomone, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001), che risolvono il rapporto tra destinazione e separazione mediante un ragionamento che si àncora alle regole civilistiche che regolano la circolazione dei diritti e l'opponibilità dei titoli. In particolare, la destinazione viene costruita intorno allo statuto dell'opponibilità della funzione che si desume dagli artt. 1707, 2914 e 2915 c.c.

Infine, un'autorevole voce dottrinale, che ci pare utilmente collocabile nell'alveo delle teorie negoziali anche se con spiccati accenti oggettivistici, ha operato un ulteriore distinguo precisando che altro è limitazione di responsabilità ed altro le limitazioni di patrimonio; le due nozioni non solo non sono coincidenti, ma la prima risulta vietata dalla legge mentre le seconde sono, invece, consentite (A. Falzea, *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003). In particolare, si osserva che



**“...occorre tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono direttamente sulla responsabilità dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente hanno influenza sulla responsabilità ... Per quest’ultimi trova applicazione soltanto l’azione revocatoria ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”.**

Alla luce del suddetto panorama dottrinale in materia di negozio di destinazione, occorre, a questo punto, sciogliere i nodi problematici segnalati in precedenza, che sussistono anche dopo la novella legislativa del 2005 con il quale è stato introdotto l’art. 2645 *ter* c.c., e che è bene analizzare nel dettaglio.

3. Proprio in riferimento all’**esegesi dell’art. 2645 *ter* c.c. in relazione all’art. 1322 c.c.**, la dottrina del negozio di destinazione presenta una notevole divaricazione di opinioni. **La norma** —la cui origine storica disvela l’origine spuria— **ha ingenerato una serie di interrogativi in relazione alla natura dell’interesse che deve essere sotteso al negozio medesimo.**

Una prima tesi afferma che se dalla destinazione consegue la separazione patrimoniale, tale effetto dovrà essere graduato in maniera diversa a seconda della rilevanza esterna degli interessi che la destinazione mira a realizzare. In particolare, proprio il collega La Porta afferma nel proprio scritto del 1994 che la destinazione negoziale può avere rilevanza esterna massima solo nei casi in cui l’interesse sotteso al negozio coincide con situazioni a rilevanza pubblica o quasi; mentre questa rimarrà ai minimi termini nell’ipotesi in cui l’interesse abbia prevalente struttura privatistica.

Quest’ordine di idee è riproposto da più voci ed anche da ultimo autorevole dottrina (A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter C.C.*, in *Riv. Notariato*, 2008, 5, 993) —che inquadra l’art. 2645 *ter* tra le deroghe all’art. 1379 c.c. —ritiene che **l’interesse che giustifica la deroga ai principi generali debba essere “particolarmente apprezzabile”**, proprio perché la norma in analisi, se posta in relazione all’art. 1379 c.c., si giustificerebbe solo laddove l’interesse del destinante sia di rango superiore rispetto ad un generico “interesse apprezzabile”. In mancanza, la dissociazione tra potere giuridico e contenuto economico del diritto non è giustificabile.



In definitiva, **la tesi in questione va letta come se dicesse che l'interesse che legittima la destinazione è un interesse di autonomia solidaristica, di utilità sociale e pubblica e non un interesse meramente privato del disponente** (per non parlare poi degli interessi leciti ma futili, che mai potrebbero sostenere una destinazione patrimoniale a rilevanza esterna).

Tale prospettiva, sebbene autorevolmente predicata, finisce col ledere il principio di autonomia negoziale, che è alla base di ogni ragionamento sul negozio di destinazione; essa, infatti, pone a fondamento dell'effetto di separazione una rilevanza ultraindividuale dell'interesse perseguito non imposta dalla norma e non risulta mai soddisfatta da un interesse puramente individuale.

Senonché, così opinando, il fuoco del sindacato di meritevolezza viene posto al di fuori dell'art. 1322 c.c., alla ricerca di una copertura più ampia dell'interesse alla destinazione che ne legittimi gli effetti.

Al contrario, **a mio sommo avviso, deve ritenersi sufficiente alla produzione degli effetti separatori che conseguono all'atto di destinazione la semplice meritevolezza (nel senso della liceità) dell'interesse privato.**

Infatti, non mi appare praticabile, in assenza di indici normativi di senso contrario, un canone interpretativo che conduca a ritenere che il legislatore, nel richiamare l'art. 1322 c.c., abbia voluto ignorare il significato che la norma in questione ha assunto nel diritto vivente (infatti, per l'unanime dottrina e giurisprudenza sono meritevoli di tutela tutti gli interessi leciti), e ciò al solo fine di privilegiare — si ripete in assenza di indici normativi al riguardo — una lettura restrittiva che postula la necessità di una **“speciale meritevolezza” dell'interesse posto a fondamento della destinazione.**

La tesi in rassegna è a dir poco fallace poiché si scontra anche con la circostanza che se la meritevolezza rafforzata dell'interesse è posta a presidio della tutela del credito, essa dovrebbe imporsi — *a fortiori* — anche in relazione agli atti di alienazione che, invece, sono sempre validi senza il requisito di una causa negoziale particolarmente meritevole di tutela.



In altri termini, è carente il razionale logico per giustificare una disciplina della destinazione in maniera più restrittiva rispetto all'alienazione, proprio quando la prima rappresenta un *minus* rispetto alla seconda che determina la definitiva fuoriuscita di un diritto dal patrimonio dell'alienante.

Le predette considerazioni dimostrano, altresì, l'infondatezza della tesi (R. Di Raimo) secondo la quale il giudizio di meritevolezza dovrebbe riguardare non gli interessi sottesi alla destinazione bensì gli interessi che giustificano la separazione patrimoniale, poiché si ricade nel medesimo vizio logico appena censurato.

**4. Il negozio di destinazione produce, con l'insorgenza del vincolo di destinazione, una separazione patrimoniale.** Quest'ultima non rappresenta il "contenuto minimo effettuale del negozio", bensì la naturale conseguenza tecnica che presiede alla piena realizzazione dello scopo. È una conseguenza della selezione di interessi che l'atto di destinazione produce, declinando un singolo interesse come lo scopo cui è asservito il bene.

In prima battuta, dunque, il negozio impone un vincolo di destinazione che, a sua volta, per il tramite della separazione patrimoniale, assicura il perseguimento dello scopo e, dunque, il raggiungimento in concreto della finalità cui mira il destinante.

Come ricordato da autorevole dottrina commercialistica (P. Spada, *Destinazioni patrimoniali e impresa*, in *Atti di destinazione e trust*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, 329 e ss.), "l'atto di destinazione è un coelemento di un procedimento di separazione patrimoniale non condizionata da scopi prelezionati, bensì da selezionarsi a stregua di un interesse da giudicarsi meritevole in base all'ambigua formula dell'art. 2645 *ter c.c.* . In questa prospettiva la destinazione promana bensì da un atto di autonomia privata, ma non da un negozio ad effetti obbligatori.

**Contro tale ricostruzione**, aspramente criticata da coloro che tacciano di carenza di analiticità il ragionamento, **si è posta quella dottrina che ritiene che l'effetto proprio dell'atto di destinazione sia di tipo oggettivo, nel senso della funzionalizzazione della situazione soggettiva disposta a prescindere dalla separazione** (R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 *ter c.c.*: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, 4, 952 e



ss.). In altri termini, *“l’atto di destinazione, operando una predeterminazione dell’interesse e operando con ciò l’oggettivazione della funzione del patrimonio, trasforma di per sé i poteri dispositivi sul patrimonio da liberi in funzionali”*. Sennonché tale proposta non convince appieno poiché se, per un verso, dice il vero in relazione alla funzionalizzazione della posizione soggettiva, per altro verso, si limita a negare l’effetto di separazione che è, invece, l’espedito tecnico che assicura l’isolamento della posizione soggettiva asservita allo scopo in vista della realizzazione del medesimo. Né, ancora, coglie nel segno laddove non dimostra l’inattuabilità dell’effetto separatorio da parte dell’autonomia privata.

Tuttavia, destinazione e separazione rientrano nella disponibilità dell’autonomia privata e ciò sulla scorta di un ragionamento puramente consequenziale. Infatti, non ha senso affermare che il contratto atipico è ammesso nell’ordinamento in relazione alla causa se non si offre all’autonomia privata la possibilità di raggiungere il risultato pratico perseguito, non solo come fatto empirico, ma in termini di effetto giuridico.

La causa atipica deve potere produrre effetti parimenti atipici sia nel senso della conformazione della posizione soggettiva sia nel senso della realizzazione dell’effetto separatorio.

Contro tali assunti non valgono tutti quei ragionamenti, di impostazione scolastica, che decretano la validità del negozio atipico solo in relazione alla causa astratta dello stesso, pretermettendo ogni analisi in concreto degli effetti. Invero, la valutazione di compatibilità dell’agire negoziale con i principi dell’ordinamento deve essere operata ex post nei fatti concreti. Se all’individuo è riconosciuto realmente di realizzare l’autonomia individuale, allora il negozio deve poter produrre effetti giuridici corrispondenti alla sua natura e cioè secondo gli interessi privati che ad esso sono sottesi nel loro intrinseco modo di essere.

**Ne consegue che il rapporto tra causa ed effetti del negozio, tecnicamente, deve indurre a ritenere che in presenza di una causa atipica si producano effetti altrettanto atipici, poiché l’una e gli altri sono un tutt’uno con l’autodeterminazione negoziale.**

Occorre, dunque, liberalizzare l’effetto atipico e ciò allo scopo di ricomporre l’unità assiomatica del negozio giuridico,



poiché non ha senso affermare che una causa atipica produca effetti solo tipici. **L'autonomia negoziale opera sul piano della causa e sul piano degli effetti**; una limitazione posta in linea di principio ed in astratto sul piano degli effetti non è dettata dal giudizio di compatibilità con i valori dell'ordinamento, atteso che —come già detto— detto giudizio deve operare ex post ed in concreto.

Assumendo tali conclusioni, non intendo di certo riproporre tesi oramai desuete e nozioni di retroguardia circa la libertà del volere, Windscheid è stato superato dall'insegnamento jheringhiano ed è ormai un dato acquisito all'ordinamento quello per cui la nozione di diritto soggettivo è un potere funzionale ad un interesse.

Tuttavia, non intendo neanche avvalorare quel “vizio dell'inversione” che si compie ogni qualvolta viene formulato un sindacato di liceità —e quindi di meritevolezza— solo sulla causa del negozio e per di più in astratto; mentre al contrario, la valutazione del negozio deve essere formulata sulla causa in concreto e in relazione agli effetti realizzati o programmati.

**Pertanto, solo tramite un giudizio “a valle” può essere scrutinata la validità o meno della destinazione e la validità o meno dell'effetto di separazione patrimoniale che ad essa consegue.**

Un argomento *de jure condendo* conforta la tesi della **negozialità dell'effetto di separazione**. È oggi allo studio presso il Ministero della Giustizia uno schema di legge delega per l'introduzione di una disciplina positiva del “contratto di fiducia”, quale nuova tipologia contrattuale inserito nel capo IX nell'ambito della disciplina del mandato. La definizione della norma introducenda prevede che “il contratto di fiducia è quello mediante il quale il fiduciante trasferisce beni, diritti o somme ad un fiduciario che, assicurandone la separata gestione, persegue uno scopo determinato”; ancora, si prevede che il contratto di fiducia sia stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata a pena di nullità e, fatto assai rilevante, la legge delega dispone che il contratto di fiducia abbia quale proprio effetto diretto la separazione patrimoniale, quale rimedio la surrogazione reale e quale tutela l'opponibilità del rapporto ai creditori, nel rispetto delle formalità pubblicitarie riguardanti i beni che costituiscono oggetto della fiducia.



In tale chiave, le norme emanande escludono che i beni destinati facciano parte della comunione legale del fiduciario o della sua successione e viene precisata la natura separata e distinta delle somme di denaro versate sul conto corrente intestato al fiduciario.

Viene, poi, dettata una disciplina specifica della fiducia a scopo di garanzia in coordinamento con le norme in materia ed ancora viene previsto l'introduzione di un contratto di fiducia a scopo assistenziale.

**Nella bozza di legge delega è chiaro che l'effetto di separazione patrimoniale è un effetto puramente negoziale che rimane indipendente anche dagli adempimenti pubblicitari che ne declinano esclusivamente l'opponibilità nei confronti dei terzi.** Così come, sul piano dei rimedi, la surrogazione reale dà forza ed accredita l'effetto separatorio e la tutela dello scopo tramite la generalizzazione di una tecnica rimediale assimilabile al *tracing* di *common law*.

Per altro verso, affermare la natura negoziale dell'effetto di separazione quale portato naturale dell'atto di destinazione appare corretto anche valutando le prospettive dischiuse dai recenti sviluppi del diritto europeo. In particolare, il *Draft Common Frame of Reference* del 2009, precisa nei dettagli, la disciplina applicabile alle ipotesi di titolarità fiduciaria e registra la natura negoziale della separazione patrimoniale.

**5. Occorre vagliare, a questo punto, sia la coerenza della tesi negoziale rispetto ai principi ortogonali della materia e dell'ordinamento, sia in punto di disciplina, le conseguenze che ne derivano e la loro effettiva praticabilità.**

**Le critiche al negozio di destinazione possono essere raccolte in relazione ai principi con i quali si presume che tale negozio collida, principalmente i seguenti:**

**1. responsabilità patrimoniale: unicità ed indivisibilità del patrimonio,**

**2. tipicità dei diritti reali e *numerus clausus*.**

Quanto all'art. 2740 c.c. (che dispone che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri e che le limitazioni di responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge) occorre ricordare



che il negozio di destinazione, e quindi l'autonomia privata, non si pone, per forza di cose, in conflitto con l'inderogabilità del principio; né contrasta con il nocciolo precettivo della norma.

Infatti, tanto più si valorizza l'autonomia individuale quanto più si coglie l'esigenza di ripensare la tutela del credito in funzione di rimedi che si pongono "a valle" dell'atto di autonomia e non, piuttosto, "a monte" dell'atto medesimo, posto che in tal caso i rimedi equivarrebbero all'imposizione di divieti.

**Preso atto, poi, che tanto l'art. 1322 c.c. quanto l'art. 2740 c.c. positivizzano interessi privati costituzionalmente tutelati, è possibile proporre una rilettura del rapporto tra le due norme di tipo non conflittuale in relazione alla destinazione ed alla separazione.**

Rifacendoci alle osservazioni di Falzea si può affermare che "limitazione di patrimonio" e "limitazione di responsabilità" non sono omonimi e non si identificano nel contenuto precettivo del divieto di cui all'art. 2740 comma II, c.c. Tale norma, infatti, non crea una relazione di carattere quantitativo tra patrimonio e responsabilità; tant'è che quando si incrementa il patrimonio non aumenta necessariamente la responsabilità e, per converso, l'alienazione o la donazione dei beni non determina, quantitativamente proporzionale, diminuzione della responsabilità del debitore.

Altro è, invero, l'atto che incide sul patrimonio (qual è il negozio di destinazione) altro è l'atto che limita la responsabilità (che ha quale unica determinazione causale la diminuzione della garanzia generica). I due atti di cui si discute seppure analoghi negli effetti a valle, non sono tra di loro sovrapponibili.

All'ovvia obiezione che si incentra sulla possibilità in concreto di discriminare gli atti del primo tipo —che limitano la responsabilità— dagli atti del secondo tipo —che incidono sul patrimonio— si può rispondere precisando che solo l'analisi in concreto del negozio potrà determinarne la qualificazione, infatti "alla stregua dell'art. 2740 c.c. non è la destinazione dei beni per sé suscettibile di valutazione negativa da parte dell'ordinamento, ma soltanto il pregiudizio che può derivarne ai creditori" (A. Masi, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.W., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, 236).

Ad un abuso di destinazione si pone riparo laddove in concreto sussista un danno in capo al terzo mediante il rimedio



revocatorio o, ricorrendone i presupposti, applicando la disciplina del negozio in frode alla legge o quella della simulazione relativa.

Se è legittimo, infatti, operare sul patrimonio con atti di alienazione e donazione, non vi è ragione per decretare in astratto l'illegittimità di una destinazione con effetto separatorio di fonte negoziale. Quello che conta nell'analisi della fattispecie è l'esistenza in concreto di un pregiudizio in danno del terzo estraneo all'atto.

Il secondo principio che si assume violato dal negozio di destinazione è quello della tipicità dei diritti reali e del loro *numerus clausus*. A mio avviso si tratta di un equivoco che discende dalla **mancata distinzione tra la opponibilità — intesa come qualità normativa del titolo— e realtà — intesa come qualità del diritto nel senso dell'assolutezza della situazione dominicale—**.

**L'opponibilità è una caratteristica estrinseca al diritto ed attiene al fatto, vale a dire al titolo, di cui la legge dà un particolare trattamento normativo, affermandone la rilevanza rispetto a talune categorie di soggetti.**

Per tali ragioni, ritengo di dover rigettare quelle tesi che rinvergono il fulcro del diritto di proprietà nella disciplina della sua circolazione ed affermano che l'opponibilità è il contenuto stesso della realtà, cosicché pervengono a negare qualsivoglia ruolo dell'autonomia privata sul punto.

Infatti, **la tutela reale che si manifesta *sub specie* di opponibilità *erga omnes* della situazione soggettiva, non è una qualità esclusiva dei diritti reali.** Ne consegue che un rilievo reale della destinazione non comporta, di necessità, la creazione di un diritto reale atipico in contrasto con il principio del numero chiuso. L'opponibilità, infatti —lo ripeto— prescinde dalla natura del diritto e dal tipo di effetti che la natura produce, si ricollega esclusivamente al trattamento normativo del titolo ed è, per l'appunto, il risultato di una scelta legislativa sul come rapportare la sfera di efficacia di un diritto nei confronti degli altri soggetti. **L'opponibilità, pertanto, giace su di un piano diverso rispetto alla natura del diritto** e diviene, tutto sommato, irrilevante affannarsi oltre il dovuto per circoscrivere o negare l'esistenza di un principio del *numerus clausus* che ai fini che ci occupano, non giova un ruolo ostativo.



Ciò non toglie, comunque, che **la situazione soggettiva di cui è investito il destinatario del negozio di destinazione, è una situazione conformata dal vincolo** e non mi sembra che si discosti, nei profili strutturali, dalla situazione in cui si trova ad esempio la proprietà allorché essa è gravata dall'obbligo di dare.

A ciò si aggiunga che **il vincolo di destinazione conferma il diritto nelle coordinate funzionali più che su quelle strutturali**. Ne deriva che il dato qualificante per l'analisi giuridica non è tanto la creazione di una "proprietà anomala" che risulterebbe dalla limitazione di alcune prerogative proprietarie in conseguenza della destinazione —quanto, piuttosto, l'opponibilità della funzione di destinazione con valenza *erga omnes*; il che equivale a dire che la destinazione ha un rilievo reale in vista del soddisfacimento dello scopo. Peraltro, anche volendo mantenere i principi di tipicità e *numerus clausus* l'art. 2645 *ter* c.c. può essere letto come la norma che consente all'autonomia privata di escogitare proprietà atipiche, anche se ritengo che non si tratta di una questione sulla quale vale oltremodo insistere visto che l'ordinamento ha già da tempo preso atto della pluralità delle forme di appartenenza e della prevalenza del *dominium utile* sul *dominium eminens*.

Prof. Giuseppe Guizzi

Un problema fondamentale che l'art 2645 *ter* c.c. pone è certamente quello dell'interesse perseguito tramite gli atti di destinazione. Il rischio che questa norma crea in modo evidente è duplice: da un lato, quello di aumentare le remore alla concessione di credito quale effetto conseguente alla minore tutela del credito stesso, dall'altro quello del possibile aumento di condotte abusivamente preordinate alla sottrazione di beni alla garanzia del creditore.

Da questo punto di vista, credo che non sia possibile affidarsi eccessivamente allo strumento di tutela rappresentato dall'azione revocatoria, data la difficoltà che spesso in concreto si riscontra nel fornire la prova del *consilium fraudis*.

Inoltre, ci sono fondate ragioni per dubitare dell'utilità concreta di questa disposizione, in quanto specie nelle ipotesi generalmente ammesse di atti di destinazione, quali ad esempio quelli a favore di persone incapaci, l'ordinamento giuridico forniva già in precedenza schemi negoziali utili a realizzare il



medesimo tipo di interesse giuridicamente rilevante, affinché siano fornite cura ed assistenza ai soggetti piú deboli: si pensi, ad es., all'usufrutto, alla rendita.

Prof. Ubaldo La Porta

Il problema posto dal Prof. Guizzi merita di essere ulteriormente approfondito, ponendoci il seguente quesito: come si valuta la meritevolezza dell'interesse perseguibile tramite un atto di destinazione?

Di tale vaglio di meritevolezza è investito in primo luogo il notaio data la forma pubblica degli atti ex art. 2645 *ter* c.c..

**Limiti negativi nel giudizio di meritevolezza sono:**

- 1) **l'efficacia obbligatoria dell'atto** (se l'atto ha effetti obbligatori l'interesse che intende soddisfare non merita soddisfazione perché si risolve nella mera separazione patrimoniale);
- 2) **esistenza di istituti tipici che realizzino il medesimo interesse** (ad es., stante l'esistenza dell'istituto del fondo patrimoniale per la famiglia legittima, riterrei ammissibile un atto di destinazione che mirasse a soddisfare l'interesse di una famiglia di fatto, la quale appunto non può avvalersi del suddetto fondo; non ammetterei l'atto di destinazione compiuto dall'imprenditore individuale, dal momento che l'opzione legislativa è nel senso che in linea di massima la forma elettiva di specializzazione della responsabilità nell'impresa debba essere data dalla creazione di una società seppure individuale, etc.);

**Di certo l'atto di destinazione si presta ad applicazioni fraudolente, ma non di meno di quanto non vi si prestino strumenti negoziali tradizionali quali la vendita o la donazione, spesso adoperati per sottrarre beni alla garanzia creditizia.**

**Interessi meritevoli ai fini di cui all'art. 2645 *ter* c.c. sono anche quelli puramente privatistici, purché siano rispettati i limiti negativi sopra esposti.**

Prof. Andrea Gemma

**La preoccupazione del Prof. Guizzi relativa alla seria possibilità di un uso fraudolento dell'atto di destinazione**



**può forse essere mitigato riflettendo sul fatto che tale fraudolenza non può essere riscontrata alla stregua di un giudizio “a monte”, ossia compiuto sulla fattispecie in astratto, bensì in virtù di un vaglio in concreto “a valle” ed in presenza di un danno che reclami tutela.**

Ad es., volendo fare trarre spunto dall’ordinamento anglosassone, può ricordarsi come nello stesso non può mai prevalere il documento scritto sulla testimonianza, perché prevalente è la prova dei fatti che avviene nell’ambito del processo, così come, seguendo la medesima logica, ma tornando al nostro sistema normativo, non ritengo sia possibile ravvisare nessuna differenza sul piano della possibilità di un loro uso distorto e fraudolento tra atti di destinazione e cessione del credito, giacché quest’ultimo, che è mezzo anomalo di pagamento, può anche prestarsi a divenire uno strumento che sottrae beni alle garanzia dei creditori che siano terzi rispetto ai cessionari.

