

di garanzia per le ragioni creditorie fosse davvero opportuna o necessaria; e forse anche a rinnovare l'auspicio che la

figura dell'atto di destinazione venga liberata dai numerosi pregiudizi che la circondano.

## Atto di destinazione e rapporti di famiglia

Giacomo Oberto

Il contribuente mira a fornire un'illustrazione delle (sole) questioni relative all'impiego dello strumento del vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter c.c.* nel territorio dei rapporti giusfamiliari. Si prendono così in esame, in primo luogo, i rapporti con il fondo patrimoniale (con speciale approfondimento del tema della possibile "coesistenza" tra i due istituti, nell'ambito di una famiglia fondata sul matrimonio), per passare poi in rassegna le relazioni con le convenzioni matrimoniali e i regimi patrimoniali della famiglia (qui si illustrano in particolare le questioni della forma dell'atto costitutivo e le peculiarità derivanti dalla sottoposizione a vincolo di beni in comunione legale o convenzionale). Lo studio si volge poi a trattare dell'utilizzo dei vincoli di destinazione in seno alla crisi coniugale, nelle sue varie forme di manifestazione: separazione consensuale, divorzio a domanda congiunta e negoziazione assistita. Chiude il lavoro l'analisi delle questioni derivanti dal ricorso ai vincoli di destinazione nell'ambito della famiglia di fatto, nonché a beneficio di soggetti incapaci e semi-incapaci.

### L'istituto ex art. 2645 *ter c.c.* nell'intreccio dei rapporti familiari. I rapporti con il fondo patrimoniale

È noto che il concetto di destinazione patrimoniale ha trovato espresso riconoscimento legislativo con l'art. 39-*novies* della L. 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione con modifiche del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 ("Recante de-

finitzione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative"), che è venuto ad introdurre nel nostro ordinamento l'art. 2645 *ter c.c.*, volto a consentire "atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela"<sup>1</sup>.

Nel presente scritto – tralasciati i profili generali dell'i-

<sup>1</sup> Sull'istituto, in generale, cfr. Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. Merito*, 2006, 697 e segg.; Id., *Riflessioni sul "nuovo" art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. It.*, 2007, 5 e segg.; Id., *Mandato e trust*, in AA.VV., *Il mandato*, opera diretta da Cuffaro, Bologna, 2011, 455 e segg.; Id., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 5 e segg.; Mirzia Bianca, D'Errico, De Donato, Priore, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2006; Mirzia Bianca, *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice Tutelare di Trieste*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, 187 segg.; Ead., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 197 e segg.; Ead., *La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2007, 177 e segg.; Ead., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c.", organizzato dal Consiglio Notarile di Milano il 19 giugno 2006; Ead., *Il negozio di destinazione e il principio della responsabilità patrimoniale*, relazione al Convegno "Le sistemazioni patrimoniali "dedicate" tra negozi di destinazione e organizzazione dell'impresa" organizzato dall'Università degli Studi di Foggia Facoltà di Giurisprudenza svoltosi a Lucera (30-31 marzo 2007); Ead., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca (atti della Tavola Rotonda che ha avuto luogo il 17 marzo 2006 presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università di Roma "La Sapienza"), Milano, 2007, 29 e segg.; De Nova, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c.", cit.; D'Errico, *Trascrizione del vincolo di destinazione*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c.", cit.; Fanticini, *L'articolo 2645 ter del codice civile: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche"*, in AA.VV., *La tutela dei patrimoni*, a cura di Montefameglio, Santarcangelo di Romagna, 2006, 327 e segg.; Franco, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 315 e segg.; Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter,*

già disponibile alla pagina *web* seguente: [http://judicium.it/news/ins\\_08\\_04\\_06/Gazzoni,%20nuovi%20saggi.html](http://judicium.it/news/ins_08_04_06/Gazzoni,%20nuovi%20saggi.html) (l'articolo, ora cancellato dal sito predetto, è pubblicato anche in *Giust. Civ.*, 2006, II, 165 e segg.; le citazioni di questo lavoro nel presente scritto si riferiscono al testo che già fu *online*, ma il cui contenuto è comunque fedelmente riprodotto nella rivista citata); M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts att. fid.*, 2006, 169 e segg.; in *Riv. Notar.*, 2006, 467 e segg.; Manes, *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è dunque norma sugli effetti*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 626 e segg.; Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, dattiloscritto agli atti del Convegno organizzato a Firenze dalla Associazione Italiana Giovani Notai il 24 giugno 2006 sul tema "Gli atti di destinazione e la trascrizione dopo la novella" (l'articolo è pubblicato anche in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, 161 e segg.; le citazioni di questo lavoro nel presente scritto si riferiscono al dattiloscritto); Picciotto, *Brevi note sull'art. 2645 ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 1314 e segg.; R. Quadri, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 1717 e segg.; Vecchio, *Il nuovo articolo 2645 ter cod. civ. Gli atti di destinazione di cui al novellato art. 2645 ter: profili applicativi*, in *Quotidiano giuridico*, 18 dicembre 2006; Id., *Profili applicativi dell'art. 2645 ter c.c. in ambito familiare*, in *Dir. Famiglia*, 2009, II, 795 e segg.; Baralis, *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., 131 e segg.; Anzani, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, II, 398 e segg.; Cinque, *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter c.c.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, 526 e segg.; D'Agostino, *Il negozio di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2007, 1517 e segg.; Di Profio, *Vincoli di destinazione e crisi coniugale: la nuova disciplina dell'art. 2645 ter c.c.*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 [erroneamente indicata come 23] marzo 2007, in *Giur. di Merito*, 2007, 3189 e segg.; Di Sapio, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, in *Dir. Famiglia*, 2007, 1257 e segg.; Id., *Gli strumenti contrattuali di cura e di protezione dei minori d'età portatori di handicap: un'esposizione*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, VI, a cura di Lenti, Milano, 2012, 641 e segg.; Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 946 e segg.; Doria, *Il patrimonio "finaliz-*

stituito, tra cui si potranno segnalare i rapporti con il *trust*<sup>2</sup>, o la nota disputa sull'essere l'art. 2645 *ter c.c.* norma sui

solli effetti e non, invece (come correttamente ammesso dalla tesi assolutamente prevalente), sulla fattispecie<sup>3</sup>, o,

zato", in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 485 e segg.; Fusaro, *La posizione dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c.*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., 30 e segg.; Id., *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, in *Riv. Notar.*, 2014, I, 1 e segg.; G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 321 e segg.; Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I e segg.; La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2007, 1069 e segg.; Lenzi, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 229 e segg.; Maggiolo, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2007, 1047 e segg.; Matano, *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione. Uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche protette*, nota a Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Riv. Notar.*, 2007, 367 e segg.; Merlo, *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter*, in *Riv. Notar.*, 2007, 509 e segg.; Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007; Id., *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1365 e segg.; Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contratto Impr./Europa*, 2007, 351 e segg.; Id., *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e Dir.*, 2007, 202 e segg.; Id., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in AA.VV., *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, Torino, 2014, 140 e segg.; Oppo, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 ter)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 1 e segg.; Partisani, *L'art. 2645 ter c.c.: le prime applicazioni nel diritto di famiglia*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2007, 779 e segg.; Pini, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e attuali orientamenti*, in *AIAF*, 2007, 2, 43 e segg.; Roselli, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore*, in *Giur. di Merito*, suppl. n. 1/2007, 49 e segg.; Spada, *Destinazioni patrimoniali e impresa (patrimonio dell'imprenditore e patrimoni aziendali)*, *ibidem*; Astone, *L'atto di destinazione: struttura, funzione, tipologia*, Milano, 2008; Condò, *Rapporto tra istituzione di un trust e normativa in materia di successione*, in *Trusts att. fid.*, 2008, 357 e segg.; Frezza, *Sull'effetto distintivo, e non traslativo, della separazione ex art. 2645 ter c.c.*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Dir. Famiglia*, 2008, 194; Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2008, 993 e segg.; Id., *Atti di destinazione trascrivibili ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in Id., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007, 70 e segg.; Petti, *Atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e separazione consensuale dei coniugi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 233 e segg.; Stefani, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'articolo 2645 ter c.c.*, Padova, 2008; AA.VV., *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter cod. civ.)*, a cura di Vettori, Padova, 2008; Bullo, *Sub art. 2645 ter c.c.*, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di Cian, Padova, 2009, 3329 e segg.; Ceolin, *Regolamenti di condominio e vincoli di destinazione, anche alla luce del nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2009, 873 e segg.; Id., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Milano, 2010; Id., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, 358 e segg.; di Landro, *L'art. 2645 ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. Notar.*, 2009, I, 583 e segg.; Ieva, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645 ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. Notar.*, 2009, III, 1289 e segg.; Janarelli, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2009, 1253 e segg.; Marra, *Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645 ter c.c. nell'accordo di separazione fra coniugi*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Dir. Famiglia*, 2009, 1199 e segg.; Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; G.A.M. Trimarchi, *Negozi di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, 426 e segg.; Valore, *Amministrazione di sostegno e vincolo di destinazione*, in *Corr. Merito*, 2009, 619 e segg.; Mastromatteo, *La destina-*

*zione di un cespite immobiliare al mantenimento della prole soddisfa un interesse certamente meritevole di tutela*, nota a Trib. Bologna, 5 dicembre 2009, in *Civilista*, 2010, n. 9, 93 e segg.; Rossi, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del codice civile. L'art. 2645 ter*, in *Riv. Notar.*, 2010, 621 e segg.; D'Aprè, *Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio*, in *Riv. Notar.*, 2011, 801 e segg.; Ghironi, *La destinazione di beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2011, 1085 e segg.; Marzi, *Mantenimento dei figli e atti di disposizione ex art. 2645 ter c.c.*, in *AIAF*, 2011, n. 3, 64 e segg.; Rispoli, *L'applicazione dell'art. 2645 ter: involuzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Giust. Civ.*, 2011, 319 e segg.; AA.VV., *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 luglio 2012, Approvato dal Consiglio Nazionale il 13 settembre 2012, in <http://www.notariato.it/sites/default/files/357-12-c.pdf>; Calvo, *Vincoli di destinazione*, Bologna, 2012; Cordiano, *Nuovi contesti familiari e nuove esigenze di tutela: strumenti deflattivi e riduzione dei costi individuali nella crisi familiare*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2012, 58 e segg.; Costanza, *L'atto di destinazione non consente il concordato preventivo*, nota a Trib. Verona, 13 marzo 2012, in *Fallimento*, 2012, 972 e segg.; Di Sapio-Gianola, *Un meccanismo di protezione che tutela le esigenze primarie comuni alla famiglia*, nota a Trib. Saluzzo, 19 luglio 2012, in *Famiglia e minori*, 22 dicembre 2012; Galluzzo, *Selezione degli "interessi meritevoli di tutela" nell'applicazione dell'art. 2645 ter c.c.*, nota a Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Corriere Giuridico*, 2012, 398 e segg.; Id., *L'amministrazione dei beni destinati*, Milano, 2012, *passim*; Id., *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, II, 128 e segg.; Francesca, *Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico*, in *Riv. Notar.*, 2012, I, 1035 e segg.; Leuzzi, *I trusts nel diritto di famiglia*, Milano, 2012, 145 e segg.; Mastropietro, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. Notar.*, 2012, II, 319 e segg.; Panzani, *Fondo patrimoniale, trust, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. ed azioni a tutela dei creditori*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2012, vol. 10, fasc. 19, 9 e segg.; Salvatore, *Atto di destinazione e crisi d'impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali?*, in *Riv. Notar.*, 2012, I, 1086 e segg.; Bellomia, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. Famiglia*, 2013, 698 e segg.; Torroni, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo d'inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, in *Riv. Notar.*, 2013, 471 e segg.; Gigliotti, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, II, 362 e segg.; G. Perlingieri, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2014, 11 e segg.

<sup>2</sup> Su cui v. per tutti Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, *loc. cit.*; Id., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Nel primo senso indicato nel testo cfr. Trib. Trieste – Uff. giud. tavolare, 7 aprile 2006, in *Notariato*, 2006, 539, con nota di Calisti; in *Riv. Notar.*, 2007, 367, con nota di Matano; per altra giurisprudenza di merito, nello stesso senso, v. Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Giur. It.*, 2012, 2274, con nota di Calvo; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013 e Trib. Reggio Emilia, 27 gennaio 2014, in *Corriere Giuridico*, 2014, 1365, con nota di Sgobbo; Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, in *Riv. Notar.*, 2014, 1261, con nota di Belliniva; Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, in *Trusts att. fid.*, 2015, 371; in *Riv. Notar.*, 2015, 364, con nota di M.F. Giorgianni (sebbene qui l'argomento di cui al testo sembra formare oggetto piuttosto di un *obiter dictum*, che non della *ratio decidendi*); in *Fam. e Dir.*, 2015, 902, con nota di Benni de Sena; Trib. Trieste – Uff. giud. tavolare, 22 aprile 2015, in *Contratti*, 2015, 657, con nota di Romeo; in *Trusts att. fid.*, 2015, 367 e segg.; in *Giur. It.*, 2015, 1354, con nota di Ballerini. In dottrina, per questa posizione, cfr. Manes, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, cit., 626 e segg.; Picciotto, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter cod. civ.)*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 301 e segg. (per la precisione, va specificato che quest'ultimo Autore è l'estensore delle

ancora, la gestione dei beni vincolati<sup>4</sup>, nonché, il fondamentale profilo della tutela dei creditori, avuto riguardo all'azione esecutiva introdotta dall'art. 2929 *bis* c.c.<sup>5</sup> – si tratterà delle sole questioni relative all'impiego dello strumento in esame nel territorio dei rapporti giusfamiliari. In proposito appare quindi indispensabile procedere ad un rapido raffronto tra vincolo di destinazione *ex art.* 2645 *ter* c.c. e fondo patrimoniale. Iniziando, infatti, dall'esame della funzione che l'art. 2645 *ter* c.c. può svolgere nella fase fisiologica del rapporto coniugale, v'è da chiedersi se il vincolo di destinazione contemplato dalla norma in esame possa costituire una sorta di succedaneo del fondo patrimoniale, il che comporta necessariamente un raffronto tra i due istituti.

Per assolvere a funzioni analoghe a quelle descritte dagli artt. 167 ss. c.c., invero, il vincolo *ex art.* 2645 *ter* c.c. dovrebbe essere creato, dai coniugi o da terzi, a beneficio della famiglia, cioè a dire di quella determinata famiglia costituita dai coniugi e dai figli nati e/o nati. Peraltro, come appare evidente dalla lettura dell'art. 2645 *ter* c.c., la destinazione va necessariamente disposta a favore di uno o più soggetti determinati. Ad avviso di chi scrive, la meritevolezza dell'interesse, per le ragioni solidaristiche lumeggiate in altra sede<sup>6</sup>, è di tale evidenza da consentire anche di collocare la famiglia nel suo complesso tra uno di quegli "altri enti" cui fa richiamo la norma citata, magari valorizzando quell'indirizzo che ormai unanimemente considera tanto la famiglia legittima come quella di fatto quali "formazioni sociali" riconosciute dall'art. 2 Cost.

È chiaro che la soluzione, la quale individua come beneficiario del vincolo di destinazione la famiglia nel suo complesso – ed analogo discorso vale, come si dirà, per la

convivenza *more uxorio*<sup>7</sup> – eviterebbe la necessità di un riferimento specifico ai membri attuali del nucleo in considerazione, e, conseguentemente, il ricorso a non agevolmente ipotizzabili atti di revoca e/o modifica, qualora il nucleo medesimo avesse ad ampliarsi o ridursi.

Ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. sarà quindi immaginabile la costituzione di un vincolo nell'interesse della famiglia più "forte" di quello da fondo patrimoniale, per via dell'opponibilità nei confronti di tutti i creditori dei coniugi, anche a prescindere dalla ricorrenza delle condizioni, per così dire, "soggettive" descritte dall'art. 170 c.c., nonché per la diversa ripartizione dell'*onus probandi* delle condizioni "oggettive"<sup>8</sup>.

La formulazione di tale ultima norma, invero, impone, per l'opponibilità del vincolo al creditore, non solo l'obiettiva estraneità del credito ai bisogni della famiglia, ma anche la conoscenza, in capo al creditore, di tale estraneità. Stato soggettivo, questo, il cui onere probatorio ricade sul debitore<sup>9</sup>. Al contrario, l'art. 2645 *ter* c.c. si limita a stabilire che "I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo". Ciò significa, in primo luogo, che sul debitore non graverà l'onere di fornire alcuna prova (e sovente si tratta di vera e propria *probatio diabolica*) sullo stato soggettivo del creditore al momento della nascita del rapporto obbligatorio e, in secondo luogo, che spetta al creditore dimostrare che il debito è stato contratto "per la realizzazione del fine di destinazione", posto che qui tale fatto viene descritto in positivo, quale elemento costitutivo della fattispecie rappresentata dalla realizzazione *in execu-*

decisioni triestine qui citate).

*Contra*, nel senso che l'art. 2645 *ter* c.c., pur collocato nella disciplina della trascrizione, non contiene solo una norma sulla pubblicità, ma anche una norma sulla fattispecie, v., fra gli altri, Mirzia Bianca, *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, cit., 187 e segg.; Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 166; M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, cit., 169 e segg.; Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, loc. cit.; R. Quadri, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 162; Cian, *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter c.c.*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Mazarroli*, I, Padova, 2007, 83; Di Majo, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, 111; Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 351 e segg.; Id., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 140 e segg.; Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 998; Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., 149 e segg.; Stefani, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 1 e segg.; Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 24 e segg.; Troiano, *Gli atti di destinazione*, in AA.VV., *Diritto della famiglia*, a cura di S. Patti-M.G. Cubeddu, Milano, 2011, 331. In giurisprudenza v. Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735, secondo cui l'atto in esame è "fonte di costituzione di un vincolo di destinazione, sicché resta assoggettato all'imposta prevista dall'art. 2, comma 47, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla legge 23 novembre 2006, n. 286, la quale – accomunata per assonanza alla gratuità delle attribuzioni liberali – a differenza delle imposte di successione e donazione, che gravano sui trasferimenti di beni e diritti 'a causa' della costituzione dei vincoli di destinazione, è istituita direttamente, ed in sé, sulla costituzione del vincolo"; cfr. inoltre Cass., 25 febbraio 2015, n. 3886,

secondo cui l'art. 2645 *ter* c.c., "sebbene sia precipuamente volto a disciplinare la pubblicità dell'effetto destinatorio e gli effetti – specialmente di opponibilità ai terzi – da questa derivanti, finisce col delineare un atto con effetto tipico, reale, perché inerente alla qualità del bene che ne è oggetto, sia pure con contenuto atipico purché rispondente ad interessi meritevoli di tutela, assurgendo per questo verso a norma sulla fattispecie". Va peraltro precisato che, in entrambe le decisioni, le affermazioni di cui sopra sono espresse a livello di *obiter*, atteso che i casi in oggetto avevano tratto al negozio istitutivo di *trust*.

<sup>4</sup> Su cui si veda l'interessante studio monografico di Galluzzo, *L'amministrazione dei beni destinati*, cit., *passim*.

<sup>5</sup> Su cui v. per tutti Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla "renziana"?*, Torino, 2015, 124 e segg.

<sup>6</sup> Cfr. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 391 e segg.

<sup>7</sup> V. *infra*, 254 e segg.

<sup>8</sup> Per comodità del lettore si pongono qui a raffronto le due disposizioni:

Art. 2645 *ter* c.c.

"(...) I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, 1° comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

Art. 170 c.c.

"L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia".

<sup>9</sup> Cfr. da ultimo Cass., 15 marzo 2006, n. 5684; Cass., 30 maggio 2007, n. 12730. V. inoltre, per la giurisprudenza di merito, Trib. Parma, 7 gennaio 1997, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 31, con nota di Mora.

*tivis* della pretesa creditoria, laddove l'art. 170 c.c. si riferisce ad un elemento impeditivo (descritto in negativo: "l'esecuzione ... non può avere luogo..."), che individua inevitabilmente il debitore quale soggetto onerato<sup>10</sup>.

Va precisato, a questo punto, che a soluzioni quanto meno parzialmente diverse conduce la considerazione delle novità introdotte dall'art. 2929 *bis* c.c.<sup>11</sup>, laddove – ovviamente, a condizione che sussistano gli estremi per l'esperimento della citata azione esecutiva: si pensi ad es. al rispetto del termine annuale e alla circostanza che il vincolo sia stato creato a titolo gratuito dopo l'insorgenza del credito – l'onere dell'iniziativa processuale sulle questioni di cognizione viene posto a carico della parte debitrice, onerata per diversi aspetti anche della prova liberatoria<sup>12</sup>.

Peraltro, a parte i rilievi sull'azione esecutiva appena citata, non appaiono condivisibili le affermazioni di chi sostiene che la norma in tema di destinazione sarebbe analoga all'art. 170 c.c.<sup>13</sup>. Tesi, questa, che può accettarsi, a tutto concedere, solo limitatamente ai crediti nascenti *ex delicto*, in relazione ai quali, come esattamente rilevato in dottrina<sup>14</sup>, l'obbligazione nasce indipendentemente dalla conoscenza o conoscibilità del vincolo di destinazione, oltre che al di fuori di qualsiasi scelta del creditore, mancando una situazione affidante che giustifichi la limitazione della responsabilità<sup>15</sup>. Così, pur in assenza di una norma analoga all'art. 2447 *quinquies*, 3° comma, c.c., dovrà affermarsi che, come per il fondo patrimoniale<sup>16</sup>, così nella fattispecie in esame i beni vincolati rispondono ove siano fonte di danni, perché, in entrambi i casi, è il vincolo di destinazione, quale elemento distintivo, a fornire il criterio di riferimento per stabilire le categorie di creditori interessate dalla vicenda destinataria<sup>17</sup>.

Altro effetto è sicuramente quello – lasciando da parte,

ovviamente, l'ipotesi della revocatoria, nonché dell'esperimento dell'azione *ex art. 2929 bis c.c.* e la peculiare disposizione dell'art. 64, 2° comma, l. fall.<sup>18</sup> – dell'esclusione dei beni vincolati dalla eventuale massa fallimentare, se non in relazione a quei debiti contratti "per la realizzazione del fine di destinazione": ciò in forza del generale riferimento, nella norma in esame, ai "terzi", a prescindere dalla sede nella quale (e dalle modalità con cui) essi facciano valere i loro diritti, nonché avuto riguardo a quella già ricordata parte della disposizione secondo la quale "I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo". Tale effetto, derivando direttamente dall'art. 2645 *ter* c.c., non abbisogna di alcuna interpretazione analogica dell'art. 46, 1° comma, n. 3, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, così come modificato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che, per il fondo patrimoniale, prevede l'inclusione dei relativi beni nella massa fallimentare nel caso di ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 171 c.c., inapplicabile, come si è detto, al caso di specie. Inapplicabile appare inoltre, per la sua specialità, l'art. 155, r.d. cit., che attribuisce al curatore, nel caso di patrimonio destinato ad uno specifico affare, *ex art. 2447 bis c.c.*, l'amministrazione del patrimonio medesimo.

D'altro canto, per ciò che attiene agli eventuali atti dispositivi, se il vincolo ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. può sembrare a tutta prima più "debole" di quello da fondo patrimoniale, avuto riguardo alla non necessità di autorizzazione giudiziale per gli atti *ex art. 169 c.c.* in presenza di figli minorenni, è anche vero che la regola appena citata risulta, quanto meno secondo l'opinione dominante, derogabile<sup>19</sup>. Inoltre, l'effettuazione della pubblicità rende co-

<sup>10</sup> Anche Di Sapio, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione*, cit., 31, rileva che "L'art. 2645 *ter* è una disposizione scritta "in positivo" (ci dice chi può rivalersi su quei beni). L'art. 170 è invece una disposizione scritta "in negativo" (ci dice chi non può rivalersi su quei beni). C'è una bella differenza. Manca inoltre ogni riferimento allo stato soggettivo del creditore la cui tutela risulta, dunque, affievolita. Anche il tema dell'onere della prova andrà rivisitato: non si chiede più una prova negativa (non essere stato a conoscenza dell'estraneità del credito rispetto allo scopo: art. 170), ma una prova positiva (l'attinenza del debito rispetto allo scopo). Se non ho preso un abbaglio, mi pare ci siano ampi margini per argomentare che il creditore, prima di contrarre, deve accertarsi se l'obbligazione risponda allo scopo: in sede esecutiva l'onere della prova graverà sul medesimo (art. 2697)". V. anche Oberto, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter cc. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 203; Id., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 208 e segg. Considerazioni analoghe in Bellomia, *op. cit.*, 727 s.

<sup>11</sup> Introdotto dall'art. 12, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, "Recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", conv. in L. 6 agosto 2015, n. 132, senza alcuna modifica, per ciò che attiene alla norma predetta.

<sup>12</sup> Sui rapporti tra onere della prova e onere di iniziativa processuale, nonché sul tipo di eccezioni e difese che il debitore può sollevare in sede d'opposizione *ex art. 2929 bis*, ult. cpv., c.c. si fa rinvio a Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c. Dalla pauliana alla "renziana"?*, cit., spec. 9 e segg., 28 e segg., 124 e segg., ove si prendono in considerazione le opposizioni attinenti all'azione esecutiva in generale e alle novità introdotte dall'azione ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c. (che lo scrivente, in contrapposizione alla pauliana, ha battezzato "renziana"), ma anche quelle relative ai limiti già presenti per i creditori per effetto dell'art. 2645 *ter* c.c.

<sup>13</sup> In questo senso v. invece Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, cit., § 9.

<sup>14</sup> Cfr. Di Sapio, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione*, cit., 14 s.

<sup>15</sup> Come osserva Di Sapio, *op. loc. ult. cit.*, "Il creditore non sceglie nulla. Subisce un danno ingiusto. Se potesse scegliere, ragionevolmente sceglierebbe dell'altro: che il fatto illecito non si verifichi". Sul tema dei rapporti tra separazione patrimoniale e creditori c. d. involontari cfr. Antinolfi, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori "involontari"*, in *Riv. Notar.*, 2010, 1281 e segg.

<sup>16</sup> Cfr. Cass., 5 luglio 2003, n. 8991, in *Riv. Notar.*, 2003, 1563; Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, in *Giur. It.*, 2004, 1615; Trib. Sanremo, 29 ottobre 2003, in *Dir. Famiglia*, 2004, 101; in dottrina cfr. Lenzi, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. Notar.*, 2003, 566.

<sup>17</sup> Cfr. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, cit., § 9, secondo cui "la limitazione della responsabilità [non] opererà, in caso bene destinato, in favore dei soli crediti risarcitori sorti, ad esempio, da circolazione dell'autoveicolo adibito a trasporto del disabile o da rovina dell'edificio o, sempre nel quadro della destinazione, da uso di un bene mobile registrato di natura pericolosa".

<sup>18</sup> Secondo cui i beni oggetto degli atti di cui al 1° comma – vale a dire gli atti a titolo gratuito (esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante), compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, "sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 36". L'inserimento del citato 2° comma è frutto della legge di conversione del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (L. 6 agosto 2015, n. 132, in vigore dal 21 agosto 2015).

<sup>19</sup> Cfr. per tutti Oberto, *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato*

unque il vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* opponibile verso ogni subacquirente, a differenza di quello che accade allorché i coniugi si siano riservati la facoltà di alienazione dei beni del fondo patrimoniale senza autorizzazione (ovvero quando, in presenza della necessità di autorizzazione, quest'ultima sia stata rilasciata), posto che, in tal caso, il terzo acquista il bene certamente libero dal vincolo.

### Segue. Sulla possibile “coesistenza” del vincolo di destinazione con il fondo patrimoniale, anche in relazione alla famiglia fondata sul matrimonio

Concludendo queste notazioni introduttive sul raffronto tra vincolo di destinazione fondo patrimoniale, andrà affrontata brevemente un'obiezione il cui accoglimento costituirebbe un evidente *fin de non recevoir* sulla possibilità di parlare di vincoli di destinazione nella compagine familiare.

Ci si intende qui riferire al fatto che una parte della dottrina, sembra ravvisare una ragione di inammissibilità della costituzione del vincolo *inter coniuges* nella non divisibile tesi dell'esclusività (così potremmo tentare di definire quest'idea) del fondo patrimoniale, ai fini della realizzazione dell'intento dei coniugi di ottenere la creazione di un patrimonio separato *ad onera matrimonii ferenda*. Invero, secondo tale avviso, anche considerando l'art. 2645 *ter c.c.* come norma sulla fattispecie a mezzo della quale si è introdotta una nuova figura di patrimonio destinato allo scopo, lo strumento ivi previsto rimarrebbe, comunque, inutilizzabile da parte di una famiglia che volesse costituire un patrimonio vincolato al soddisfacimento dei propri bisogni, in quanto ciò rappresenterebbe un inammissibile aggiramento dell'istituto (il fondo patrimoniale) a tale fine tipicamente previsto dal legislatore<sup>20</sup>. In tale ottica, pertanto, la famiglia legittima, avendo a disposizione lo strumento del fondo patrimoniale, connotato peraltro da una disciplina per molti versi inderogabile, non potrebbe

destinare taluni beni al soddisfacimento dei bisogni della famiglia *ex art. 2645 ter c.c.*, ma dovrebbe necessariamente seguire le modalità costitutive, e attenersi alla disciplina, del fondo. Infatti, si dice anche, sarebbe in concreto immeritevole di tutela un interesse che trovi già adeguata e specifica disciplina in un istituto tipico espressamente disciplinato<sup>21</sup>. Una possibile variante di quest'impostazione è rappresentata dalla tesi secondo cui (proprio in relazione ai rapporti con il fondo patrimoniale) l'atto di destinazione andrebbe “sottoposto ad un severo controllo per evitare la violazione, anche indiretta, di norme imperative relative a destinazioni patrimoniali tipiche”<sup>22</sup>.

Ma, in senso contrario, va considerato che nessuna disposizione del vigente ordinamento, né tanto meno alcuno degli articoli dettati in materia di fondo patrimoniale, assegna all'istituto *ex artt. 167 ss. c.c.* il compito di vietare apporti di tipo diverso, ugualmente tendenti al fine di fornire i mezzi di sostentamento alla famiglia. Fermo restando l'ovvio divieto sancito dall'art. 166 *bis c.c.* e tenendo a mente il principio di libertà negoziale che caratterizza (anche) quei particolari contratti che vanno sotto il nome di convenzioni matrimoniali, ai coniugi (così come a qualsiasi altro soggetto) deve ritenersi permesso realizzare qualsiasi fine meritevole di tutela, ivi compresi quelli più strettamente attinenti alla gestione del *ménage* familiare, mercé lo strumento generale e di diritto comune contemplato dall'art. 2645 *ter c.c.*

Come correttamente già rilevato in dottrina, le indicate fattispecie non si pongono in un rapporto di genere e specie, ma tutte su un medesimo piano, costituendo, i patrimoni destinati ad uno scopo meritevole di tutela, una nuova ipotesi di articolazione patrimoniale, che si affianca alle altre già previste dal legislatore. In tale ottica, può quantomeno valutarsi la possibile alternatività degli istituti in esame<sup>23</sup>. Sul piano della meritevolezza degli interessi, per quanto riguarda poi la creazione di un patrimonio destinato e separato al fine del soddisfacimento dei bisogni della famiglia, esistendo già una fattispecie nominata in cui la

*del contratto*, a cura di V. Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 217 e segg.

<sup>20</sup> Così Ceolin, *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, cit., 376, secondo cui “l'interesse della famiglia a vedere destinati determinati beni per il sostenimento della stessa troveranno tutela nell'istituto del fondo patrimoniale e una fattispecie che perfettamente sia in grado di rientrare nella disciplina di quest'ultimo non potrà essere regolata per mezzo dell'art. 2645 *ter*, magari con la speranza di ovviare alla limitazione inerente l'elemento soggettivo concernente l'esecuzione sui beni del fondo”. V. anche Anzani, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, cit., 413, secondo cui la costituzione di un patrimonio di destinazione “sarebbe probabilmente inammissibile – non già in sé e per sé, bensì in concreto – se fosse stipulato nel contesto di una famiglia legittima e finisse oggettivamente per eludere quelle norme inderogabili della disciplina del fondo patrimoniale che assicurano l'equilibrio degli interessi in gioco”. T. Auletta, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2012, 334 e segg., ammonisce dal farsi prendere, sul punto, da “un eccessivo entusiasmo” e sottolinea la necessità di chiedersi con rigore quando sia possibile ricorrere ad un *trust* o ad un patrimonio dedicato “in presenza di uno schema legale, per lo più inderogabile, qual è appunto il fondo patrimoniale costituito proprio per soddisfare i bisogni della famiglia”. Pure ad avviso di G.A.M. Trimarchi, *Negozi di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, cit., 438 e segg., mentre “la famiglia non fondata sul matrimonio ricorrerà, ove ritenuto opportuno (...), alla destinazione in vincolo di beni immobili e mobili registrati *ad sustinenda onera*

*familiae* (...), godendo perciò dell'intera disciplina dell'art. 2645 *ter c.c.*, la famiglia legittima, al fine del soddisfacimento dei suoi bisogni, potrà ricorrere al fondo patrimoniale, beneficiando dell'intera disciplina con esclusione della possibilità di fare uso del vincolo *ex art. 2645 ter c.c.*”. In questo senso (con l'evidente “ritorno” del tema della disparità di trattamento tra i due tipi di famiglia) cfr. anche il parere di G. Gabrielli, di cui si tratta *infra*, nota 106.

<sup>21</sup> Così Ceolin, *op. ult. cit.*, 377; secondo Lenzi, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, *loc. cit.*, “In via esemplificativa dovrebbe (...) ritenersi che l'attribuzione a terzi, o ad uno solo dei coniugi, del potere di attuazione della destinazione ai bisogni della famiglia rende la fattispecie non conforme ai parametri richiesti all'art. 2645 *ter c.c.*”; sempre ad avviso di tale Autore “La relazione tra le fattispecie speciali e la fattispecie generale non deve essere costruita in termini rigidi, ma costituire un fondamentale parametro valutativo della rispondenza delle varie ipotesi di atti di destinazione espressione dell'autonomia privata, al criterio richiesto dall'art. 2645 *ter c.c.* La disciplina delle figure speciali, quale il fondo patrimoniale, costituisce quindi un limite alla piena esplicazione dell'autonomia privata nella configurazione del modello atipico di atto di destinazione, costituendo un parametro valutativo della conformità al criterio richiesto dalla nuova disposizione”.

<sup>22</sup> Così G. Perlingieri, *op. cit.*, 26 e segg.; nello stesso ordine d'idee v. anche R. Quadri, *op. cit.*, 1756 e segg.; Federico, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 622 e seg.

<sup>23</sup> Così Bellomia, *op. cit.*, 730 e segg.

valutazione è stata compiuta *a priori* dal legislatore, non vi è dubbio che tale interesse possa giustificare il sacrificio delle ragioni creditorie. Vi si ravvisa, infatti, sia la tutela di diritti costituzionalmente protetti, sia la loro rilevanza sul piano sociale e morale, rappresentando, il dovere di contribuzione tra coniugi e quello di mantenimento dei figli, prima che un obbligo giuridico, un dovere morale<sup>24</sup>.

Seguendo, del resto, l'insostenibile tesi qui criticata, si finirebbe con il negare, nei fatti, l'esistenza di un principio di atipicità delle convenzioni e dei regimi matrimoniali<sup>25</sup>; d'altro canto, si dovrebbe concludere nel senso che – in ipotesi e per assurdo – ad un coniuge sarebbe vietata la donazione in favore dell'altro di metà del proprio patrimonio, posto che, per raggiungere il medesimo fine, sussiste lo strumento "giusfamiliare tipico" del conferimento in comunione convenzionale!

L'art. 2645 *ter* c.c. permette poi anche la costituzione di un vincolo nell'interesse della famiglia al di là delle ipotesi in cui l'istituto *ex artt.* 167 ss. c.c. è consentito: a parte l'ammissibilità di un vincolo in favore di un *ménage* di fatto<sup>26</sup>, il conferente potrà, anche in relazione ad una famiglia fondata sul matrimonio, derogare a quanto stabilito dall'art. 171 c.c., stabilendo ad esempio che il vincolo non cessi (ed anzi, questa sarà la regola, atteso il principio che autorizza una durata dello stesso per novanta anni o per tutta la vita della persona fisica beneficiaria) in caso di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, pur in assenza di figli minori.

Come riconosciuto da una rilevante parte della dottrina, poi, un'applicazione ampia dell'istituto *ex art.* 2645 *ter* c.c. consente di soddisfare quelle esigenze alle quali il fondo patrimoniale non riesce ad adattarsi. In questo senso, si ritiene che l'atto di destinazione potrebbe consentire di ampliare l'ambito di applicazione del fondo patrimoniale oltre il limite dei bisogni familiari. Potrebbe, dunque, ipotizzarsi una destinazione volta a soddisfare solo alcuni bisogni della famiglia, e non altri, ovvero anche altri ed ulteriori bisogni, ricomprendendovi, per esempio, le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa familiare o dell'impresa svolta da uno solo dei coniugi o dei figli. Potrebbe anche prevedersi una categoria di beneficiari più ampia o più ristretta rispetto ai componenti della famiglia nucleare, ad esempio facendo riferimento ai bisogni anche di un fratello unilaterale<sup>27</sup>.

Non solo. Proprio per effetto della citata e dimostrata

"concorrenzialità" tra gli istituti in esame sarà possibile, per una coppia di coniugi, non solo costituire un fondo patrimoniale su alcuni beni ed un vincolo di destinazione su altri, ma anche stabilire, nell'atto costitutivo di un fondo patrimoniale, che lo stesso si trasformerà in vincolo di destinazione al sopravvenire di uno degli avvenimenti di cui sopra (crisi coniugale, o comunque scioglimento del vincolo, sopravvenuta incapacità di uno o più figli, ecc.)<sup>28</sup>, dando così luogo, da un lato, ad uno strumento valido per la soluzione di alcuni problemi patrimoniali collegati alla crisi della famiglia<sup>29</sup> e realizzando, dall'altro, una forma piuttosto singolare di ideale "contrattare" rispetto alla possibilità, per un vincolo di destinazione tra conviventi, di trasformarsi in fondo patrimoniale all'atto della celebrazione delle eventuali nozze tra i *partners*<sup>30</sup>.

### Vincoli di destinazione *ex art.* 2645 *ter* c.c. e convenzioni matrimoniali

Una volta provata l'idoneità, quanto meno in astratto, della destinazione di uno o più beni, ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., a realizzare gli interessi di un determinato nucleo familiare, tratteggiate le differenze tra questo tipo di vincolo e quello creato dal fondo patrimoniale, occorre però inevitabilmente porsi l'interrogativo sul rapporto tra il negozio istitutivo del vincolo e la categoria delle convenzioni matrimoniali.

Sul punto sarà appena il caso di premettere che il problema non avrebbe, con ogni probabilità, neppure ragione di porsi, qualora si dovesse ritenere di limitare in via tassativa il novero delle convenzioni matrimoniali a quelle regolate nel capo sesto del titolo sesto del libro primo del codice. Ma è noto che la tesi ormai prevalente afferma il carattere atipico delle convenzioni e dei relativi regimi patrimoniali<sup>31</sup>: se, dunque, all'autonomia negoziale è concesso di liberamente dar vita a convenzioni matrimoniali dissidenti regimi diversi da quelli previsti dagli artt. 159 ss. c.c., a maggior ragione sarà consentito ai coniugi di avvalersi di strumenti negoziali tipici (ancorché non previsti da norme tipicamente giusfamiliari) per conseguire il risultato di ottenere un regime divergente da quelli legislativamente nominati come tali.

Non sembra che significative obiezioni possano insorgere avuto riguardo al carattere essenzialmente unilaterale dell'atto costitutivo del vincolo. La questione è già stata af-

<sup>24</sup> Così sempre Bellomia, *op. cit.*, 731.

<sup>25</sup> Su cui v. invece per tutti Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 147 e segg. Si noti poi che, curiosamente, l'argomento criticato nel testo non risulta essere mai stato addotto per contrastare l'ammissibilità di un *trust* familiare, laddove è chiaro che le stesse (non condivisibili) affermazioni che osterebbero alla configurabilità di vincoli di destinazione *inter coniuges*, in considerazione di una supposta "esclusività" del fondo patrimoniale, dovrebbero pure rappresentare un invalicabile ostacolo all'ipotizzabilità di un *trust* costituito ad onera matrimonii *ferenda*.

<sup>26</sup> Su cui v. *infra*, 254 e segg.

<sup>27</sup> Per i richiami cfr. Bellinva, *Destinazione non traslativa e meritevolezza dell'interesse familiare: nota a Trib. Reggio Emilia*, ord. 12 maggio 2014, in *Riv. Notar.*, 2015, II, 1273.

<sup>28</sup> In senso conforme v. anche Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 527; Bellinva, *op. cit.*, 1274.

<sup>29</sup> Aderiscono alla tesi, già espressa in Oberto, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 208 e

in *Id.*, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 223 e segg.; Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 527; Pezzano e Sebastiani, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e accordo di separazione tra i coniugi*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 1177 e segg.; Meucci, *L'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645 ter c.c. Analisi di alcune fattispecie*, in AA. VV., *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter cod. civ.)*, a cura di Vettori, cit., 381 e segg.; Raggi, *I vincoli di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c.*, in AA. VV., *Il regime patrimoniale della famiglia*, a cura di A. Arceri e M. Bernardini, Santarcangelo di Romagna, 2009, 375 e segg.; G.A.M. Trimarchi, *Negozi di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, cit., 441; Bellinva, *op. cit.*, 1274. Sulla considerazione dell'art. 2645 *ter* c.c. alla stregua di uno strumento di garanzia delle prestazioni post-matrimoniali v. anche *infra*, 250 e seg.

<sup>30</sup> Su quest'ultima possibilità v. *infra*, 254 e segg.

<sup>31</sup> Sul punto cfr. per tutti Oberto, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 636 e segg.; *Id.*, *Contratto e famiglia*, cit., 167 e segg.

frontata dallo scrivente con riguardo al *trust*<sup>32</sup>. In quella peculiare situazione si era osservato che le più approfondite trattazioni in materia evidenziano come – a parte la questione della dinamica contrattuale esistente nel mondo dei *trusts* – anche per il diritto inglese dall'accettazione del *trustee* (ancorché eventualmente in forma implicita) non possa prescindersi, prevedendo del resto l'*equity* procedure per sostituire un *trustee* che sia mancato e per nominare un altro *trustee* qualora quello indicato dal disponente non abbia accettato<sup>33</sup>. Se ne era quindi concluso che, per diritto italiano, un accordo che vedesse un coniuge (o un terzo) costituire beni in *trust*, nominando *trustee* l'altro, andrebbe qualificato alla stregua di un negozio bilaterale e dunque di una “convenzione matrimoniale”, se diretto alla creazione di un regime patrimoniale, intendendosi per tale (come, del resto, già specificato sopra), non solo l'insieme delle regole che precostituiscono la sorte di una serie *indeterminata* d'acquisti (determinabili unicamente *ex post*), compiuti dai coniugi, bensì anche l'insieme di quelle regole che precostituiscono (e qui il fondo patrimoniale *docet*) l'eventuale separazione patrimoniale di una certa massa *determinata* di beni apportati *ad onera matrimonii ferenda*, oltre che i principi per la loro amministrazione ed alienazione<sup>34</sup>.

Allo stesso modo potrà dunque riconoscersi nella creazione del vincolo *ex art. 2645 ter c.c.*, alle condizioni predette, la natura di convenzione matrimoniale, allorché il negozio costitutivo nell'interesse della famiglia assuma una struttura bilaterale o plurilaterale (si pensi alla costituzione di un vincolo su beni di entrambi i coniugi e/o di terzi, sulla base di un accordo tra tutti i soggetti coinvolti) e pertanto possa qualificarsi come “convenzione”, cioè accordo di due o più soggetti. Probabilmente alle medesime conclusioni potrà pervenirsi anche in relazione ad una manifestazione puramente unilaterale di volontà, posto che strettissima connessione esistente tra i concetti di convenzione matrimoniale e di regime patrimoniale della famiglia (di cui si dirà tra poco) può forse consentire di ampliare la prima delle due nozioni, al punto da comprendere ogni tipo di atto idoneo, secondo la legge, a dar vita ad un regime, a prescindere dalla struttura unilaterale, bilaterale o plurilaterale dell'atto stesso.

L'ostacolo potrebbe essere, semmai, un altro. Se, inverosimilmente, dovesse seguirsi quell'opinione dottrinale secondo cui la

convenzione può dar vita solo ad una scelta tra un regime comunitario o un regime separatista<sup>35</sup>, con assoluta esclusione di qualsiasi altro tipo di effetto, vuoi reale, vuoi obbligatorio, non potrebbe esservi spazio per una convenzione matrimoniale che si limitasse invece a porre, nell'interesse della famiglia, vincoli su beni determinati, che si trovino già nella titolarità dell'uno e/o dell'altro dei coniugi o di terzi. Ed in effetti i sostenitori di quella tesi si vedono, per coerenza, costretti a negare la natura di convenzione matrimoniale del negozio *inter vivos* costitutivo di fondo patrimoniale, così come la natura di regime, propria dell'istituto *ex art. 167 ss. c.c.*<sup>36</sup>.

Questa tesi, però, appare chiaramente smentita non solo – se ci si passa l'espressione – dalla “topografia”<sup>37</sup> e dalla “toponomastica”<sup>38</sup> legislative, ma anche dal fatto che, per i beni sottoposti a tale vincolo, vigono regole (di “regime”) difformi rispetto a quelle valevoli per la comunione legale: il negozio che al fondo dà vita è pertanto riconducibile alla definizione che del concetto di convenzione matrimoniale risulta estrapolabile dall'art. 159 c.c., come di quel negozio idoneo a dar luogo ad un regime patrimoniale della famiglia<sup>39</sup>.

#### Vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* e regimi patrimoniali della famiglia. Forma dell'atto costitutivo e norme applicabili

Il fatto è che occorre intendersi sul concetto di regime: se per tale si dovesse ritenere esclusivamente la regola che assegna alla proprietà comune o personale dei coniugi i futuri ed eventuali acquisti, è chiaro che la convenzione *ex art. 167 ss. c.c.* non apparirebbe idonea all'uopo, posto che il vincolo del fondo – e, oggi, quello *ex art. 2645 ter c.c.* – non può per definizione costituirsi se non su beni predefiniti. Seguendo dunque il principio secondo cui la convenzione matrimoniale è necessariamente fonte di un regime patrimoniale della famiglia (arg. *ex art. 159 c.c.*), se ne dovrebbe concludere che tale non potrebbe essere l'accordo diretto a costituire un fondo patrimoniale. Ma la disciplina della comunione legale dimostra che il concetto di “regime” non si esaurisce nella regola del coacquisto; essa si risolve anche in una serie di precetti e di vincoli che vengono ad influenzare la “vita” stessa dei beni nel

<sup>32</sup> Cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2004, 207 e segg.

<sup>33</sup> Cfr. per tutti M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 155 e segg., 161 e segg., 164 e seg. (l'Autore mette tra l'altro in evidenza come la mancata indicazione del *trustee* nelle disposizioni *inter vivos* sia causa di nullità del *trust*).

<sup>34</sup> Cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., 310 e segg.

<sup>35</sup> Questa, in pratica, è la tesi di E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2004, 172 e segg.; per una critica al riguardo v. Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 147 e segg.

<sup>36</sup> L'assunto è sviluppato da E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 77, 124 e segg., 136 e segg. essenzialmente sulla base del rilievo secondo cui il codice non qualifica *expressis verbis* il negozio costitutivo del fondo patrimoniale alla stregua di una convenzione matrimoniale.

<sup>37</sup> Il fondo patrimoniale si trova collocato nel codice tra la parte generale delle convenzioni matrimoniali e la comunione legale, all'interno di una sezione posta sullo stesso piano di quelle dedicate alla

comunione legale, alla comunione convenzionale, alla separazione dei beni e all'impresa familiare.

<sup>38</sup> Gli artt. 167 e segg. fanno pur sempre parte del capo sesto (del titolo sesto del libro primo del codice), intitolato “del regime patrimoniale della famiglia”, dopo una parte generale che, come si è appena detto, è interamente dedicata alle convenzioni matrimoniali.

<sup>39</sup> Per uno sviluppo dell'argomento cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2010, I, 332 e segg. Sulla definizione di convenzione matrimoniale e sull'inscindibile legame tra i concetti di convenzione matrimoniale e di regime patrimoniale della famiglia cfr. per tutti Id., *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. e Dir.*, 1995, 596 e segg.; Id., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 617 e segg.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 147 e segg.; Bargelli-Busnelli, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 436 e segg., 442 e segg.; Ieva, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, 27 e segg.

corso dell'unione matrimoniale: dall'amministrazione all'alienazione, al pignoramento e, più in generale, alle vicende che coinvolgono terzi creditori e/o aventi causa.

E puntuale giunge, anche sul punto, la conferma dall'analisi storica, dalla quale si ricava che l'espressione *régime* (dal latino *regere*: governare, amministrare), utilizzata per secoli in Francia per contrapporre il *régime en communauté* (proprio delle regioni di *droit coutumier*) a quello *dotal* (caratteristico delle regioni di *droit écrit*), e dunque nell'accezione, generalissima, di "regola", dopo la codificazione napoleonica venne intesa dalla dottrina come "l'ensemble des règles qui régissent l'association conjugale quant aux biens"<sup>40</sup>. Regole che, come icasticamente posto in evidenza dalla dottrina contemporanea d'Oltralpe, attengono non solo ad una *question de propriété*, ma anche ad una *question de pouvoirs*<sup>41</sup>.

Se così stanno le cose, è evidente che anche la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, in quanto diretta a dettare regole speciali di amministrazione, vincoli e "vita" di beni della famiglia, in (parziale) deroga ai principi propri della comunione (o della separazione dei beni), viene a costituire proprio uno di quei possibili negozi in deroga al regime legale che l'art. 159 c.c. raggruppa sotto l'espressione "diversa convenzione"<sup>42</sup>.

Ne discende dunque ulteriormente che, per identiche ragioni, alle stesse conclusioni deve pervenirsi con riguardo ad un vincolo costituito ex art. 2645 *ter* c.c. nell'interesse della famiglia.

Riconosciuta la natura di convenzione matrimoniale propria dell'atto costitutivo di un vincolo di destinazione in favore di una determinata famiglia, dovrà ulteriormente concludersi che, ai sensi dell'art. 48 L. notar.<sup>43</sup>, l'atto richiederà, per la sua validità, non solo la forma dell'atto pubblico, ma anche la presenza di due testimoni. Inoltre, al negozio saranno applicabili le norme di cui agli artt. da 160 a 166 *bis* c.c.<sup>44</sup>, il che non dovrebbe determinare in-

sormontabili problemi di coordinamento, se si eccettua la questione, indubbiamente seria, della "concorrenza" tra il sistema pubblicitario (contraddittoriamente) disciplinato dagli artt. 162, 4° comma, e 2647 c.c.<sup>45</sup>, da un lato, e quello, incontrovertibilmente imperniato sulla trascrizione con effetti di pubblicità dichiarativa, di cui all'art. 2645 *ter* c.c., dall'altro. Problema, quest'ultimo che, a dispetto di quanto da taluno affermato<sup>46</sup>, non appare insuperabile, posto che, come gli studi dello scrivente hanno dimostrato<sup>47</sup>, il sistema dell'annotazione sull'atto di matrimonio non può certo ritenersi esaustivo in ordine a tutti gli aspetti pubblicitari dei rapporti familiari, per non dire poi del fatto che, comunque, la norma scolpita nell'art. 2645 *ter* c.c., specificamente dedicata alla trascrizione, non potrebbe che prevalere, in caso di contrasto, per evidente specialità.

### La costituzione di un vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. su beni in comunione legale o convenzionale, ovvero su beni costituiti in fondo patrimoniale

Le considerazioni sin qui svolte aprono la via alla trattazione dei rapporti tra vincolo ex art. 2645 *ter* c.c. e comunione legale.

Il primo rilievo da svolgere al riguardo attiene al fatto che l'eventuale costituzione di vincoli di destinazione (vuoi nell'interesse della famiglia, vuoi di terzi) su beni in comunione legale costituisce sicuramente atto di straordinaria amministrazione, con conseguente applicabilità degli artt. 180 ss. c.c. ed in particolare del rimedio dell'annullabilità dell'atto, ex art. 184 c.c., se l'atto è compiuto senza il necessario consenso del coniuge<sup>48</sup>. Qualora, invece, gli atti in oggetto dovessero colpire la sola quota di pertinenza del disponente, essi sarebbero senz'altro nulli, in quanto determinativi di una situazione di scioglimento della comunione non prevista dall'art. 191 c.c.<sup>49</sup>.

<sup>40</sup> Così Laurent, *Principes de droit civil*, XXI, Bruxelles, 1878, 8.

<sup>41</sup> Cfr. Flour-Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1995, 5.

<sup>42</sup> Per non dire poi che una conferma della natura di convenzione matrimoniale propria del negozio *inter vivos* costitutivo del fondo patrimoniale sembra venire dalla riforma dell'art. 48 L. not., di cui all'art. 12, lett. b) e c), L. 28 novembre 2005, n. 246 ("Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005"), laddove la disposizione novellata si limita a menzionare, tra gli "atti familiari" bisognosi dell'assistenza di due testimoni, le convenzioni matrimoniali e le dichiarazioni di scelta del regime di separazione dei beni, così rendendo evidente che il fondo patrimoniale non può iscriversi se non alla prima delle due tipologie, apparendo altrimenti assurda l'esclusione del negozio in esame (che ex art. 167 c.c., deve stipularsi per atto pubblico), dalla sfera di operatività della disposizione.

<sup>43</sup> Così come riformato dall'art. 12, lett. b) e c), L. 28 novembre 2005, n. 246, cit.

<sup>44</sup> Con particolare riferimento all'applicazione al *trust* familiare di siffatte disposizioni cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., 201 e segg., 310 e segg.

<sup>45</sup> Su cui v., *ex multis* e per ulteriori richiami, Oberto, *Annotazione e trascrizione delle convenzioni matrimoniali: una difficile coesistenza*, in *Riv. Dir. Ipotec.*, 1982, 127 e segg., 148 e segg.; v. inoltre Id., *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, II, 187 e segg., 206 e segg.; Id., *Pubblicità dei regimi matrimoniali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, II, 236 e segg.; Id., *La pubblicità dei regimi matrimoniali della famiglia (1991-1995)*, *ivi*, 1996, II, 229 e segg.; Id., *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 2169 e segg.; cfr. inoltre, per ulteriori approfondimenti, Barchiesi, *Il sistema*

*della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, 25 e segg.; Bocchini, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1995, 193 e segg.; De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 1995, 108 e segg.; Santosuosso, *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, 1995, 216 e segg.; Ieva, *La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. Notar.*, 1996, 413 e segg.; Id., *Le convenzioni matrimoniali e la pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. Notar.*, 2001, I, 1259 e segg.; Feola, *La pubblicità del regime patrimoniale dei coniugi*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, 411 e segg.; G. Gabrielli, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, 396 e segg.; G. Gabrielli-Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 321 e segg.; Bocchini, *La pubblicità delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, 439 e segg.

<sup>46</sup> Cfr. Vecchio, *Profili applicativi dell'art. 2645 *ter* c.c. in ambito familiare*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 795 e segg., spec. nota 54.

<sup>47</sup> Cfr., anche per i richiami agli scritti precedenti, Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., II, 2169 e segg., 2180 e segg., 2201 e segg. (per una proposta in termini di coordinamento tra pubblicità sugli atti di matrimonio e sui pubblici registri immobiliari).

<sup>48</sup> Per un'applicazione della disposizione citata al caso del *trust* costituito da un solo coniuge su beni comuni cfr. Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Trusts att. fid.*, 2004, 67.

<sup>49</sup> *Contra* (in relazione alla costituzione di beni in *trust*) Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, cit., che afferma l'applicabilità dell'art. 184 c.c. non solo nel caso in cui un coniuge alieni diritti su beni della comunione, bensì anche qualora si limiti ad alienare la propria quota in comunione legale su beni di quest'ultima, rilevando in proposito che

Si noti, poi, che, per quanto attiene alla annullabilità comminata in relazione agli atti relativi ai beni immobili o mobili registrati dall'art. 184, 1° e 2° comma, c.c., il negozio su beni della comunione posto in essere da uno solo dei coniugi in veste di conferente e dall'altro in veste di beneficiario (o, per il *trust*, nelle vesti, rispettivamente, di costituente e di *trustee*) dovrebbe comunque ritenersi convalidato dall'accettazione espressa o tacita di quest'ultimo<sup>50</sup>.

Da quanto appena detto deriva, *a contrariis*, che la costituzione di un *trust* o di un vincolo ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. su beni della comunione da parte di entrambi i coniugi nella veste di *settlers* o, rispettivamente, di "conferenti", non dovrebbe dar luogo a problemi di applicazione dell'art. 184 c.c.

Sul piano della validità del negozio potrebbe però revocarsi in dubbio la stessa ammissibilità di un'operazione diretta a vincolare beni della comunione legale per effetto di un atto posto in essere da entrambi i coniugi, nella veste di *settlers* o di "conferenti", alla luce della tesi – non condivisa dallo scrivente, ma comunque affermata da una parte rilevante della dottrina – che contesta la possibilità di estromettere singoli beni dalla comunione, durante la vigenza di quest'ultima<sup>51</sup>. Il risultato dell'operazione sarebbe inverosimilmente costituito dall'assoggettamento di uno o più beni, destinati a rimanere di proprietà comune dei coniugi, a regole diverse da quelle proprie della comunione legale. L'argomento appare, ancora una volta, strettamente connesso al tema dell'autonomia privata dei coniugi in comunione<sup>52</sup>, nonché, più specificamente, alla *vexata quaestio* dell'ammissibilità di un rifiuto preventivo del coacquisto *ex lege*<sup>53</sup>, controversia rinfocolata – come pure si è già detto – da quella decisione di legittimità del 2003 sul tema, che, andando di contrario avviso rispetto ad un precedente del

1989, si è spinta ad affermare che, *manente comunione*, "il coniuge non può rinunciare alla comproprietà di singoli beni acquistati durante il matrimonio (e non appartenenti alle categorie elencate nell'art. 179, primo comma, c.c.) salvo che sia previamente o contestualmente mutato, nelle debite forme di legge e nel suo complesso, il regime patrimoniale della famiglia"<sup>54</sup>.

È chiaro che, qualora questa non condivisibile teoria dovesse venire trasposta alla materia qui in esame, dovrebbe ritenersi inibito ai coniugi in comunione di vincolare uno o più beni del patrimonio comune, se non previa stipula di convenzione di passaggio al regime di separazione dei beni. È innegabile, infatti, che la sottoposizione di beni al vincolo da *trust* o da atto di destinazione, pur se nell'interesse della famiglia e senza espropriare i coniugi della contitolarità del diritto dominicale sui beni stessi, sottrarrebbe questi ultimi al regime proprio della comunione legale (si pensi alle norme in tema di amministrazione e di rapporti con i creditori, tanto comuni che personali dei coniugi), così determinandone una forma di "estromissione" dalla massa soggetta all'applicazione degli artt. 177 e segg. c.c.<sup>55</sup>.

In senso contrario alla tesi proposta da chi scrive si è sottolineato<sup>56</sup> che il vincolo *ex art. 2645 ter* c.c. non sottrarrebbe il bene al regime della comunione legale, poiché il cespite "resta in comunione salvo che contestualmente al vincolo esso non sia stato del pari trasferito, ed il suo modificato regime di aggredibilità da parte dei creditori con la conseguente prevalenza del disposto dell'art. 2645 *ter*, ultima parte, c.c. rispetto agli artt. 186-189 c.c. è effetto stabilito dalla legge senza limitazione alcuna". Tale avviso, a ben vedere, conferma proprio che il bene, pur rimanendo in contitolarità dei coniugi, non è più soggetto alla comunione legale: que-

"sarebbe illogico ritenere che – mentre l'alienazione di un intero bene, da parte di uno solo dei coniugi, è valida ed efficace (salve, in ipotesi, le conseguenze dell'art. 184 c.c.) – l'alienazione di una quota di quello stesso bene sia, al contrario, assolutamente inefficace; peraltro, nulla impedisce ai coniugi di essere comproprietari di beni insieme a terzi, salva l'applicazione del regime di comunione legale relativamente alla quota posseduta". La questione è stata trattata in Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 315 e segg.; in questo senso (e cioè per la nullità dell'alienazione della quota su singoli beni in comunione legale) viene da chi scrive rivista l'opinione espressa (per l'applicabilità dell'art. 184 c.c.), in Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., 313, nota 105.

<sup>50</sup> Cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., 313, nota 106.

<sup>51</sup> Sull'argomento cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, 1688 e segg.

<sup>52</sup> Su cui cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 2105 e segg.

<sup>53</sup> Su cui cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 1102 e segg.

<sup>54</sup> Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 1102 e segg.

<sup>55</sup> Lo stesso discorso dovrebbe valere anche in relazione alla comunione convenzionale, per lo meno con riguardo ai beni che formerebbero comunque oggetto della comunione legale. Con riferimento a questi ultimi, infatti, l'art. 210 c.c. vieta che si predispongano norme d'amministrazione difformi da quelle *ex artt. 180 e segg. c.c.* Il risultato sarebbe quindi ottenibile solo mediante estromissione di tali beni dalla comunione. Per questo motivo sarebbe con ogni probabilità nulla una convenzione che volesse sottoporre al vincolo *ex art. 2645 ter* c.c. i beni (immobili o mobili registrati) di futura acquisizione destinati a ricadere in comunione legale o convenzionale (per ulteriori richiami e approfondimenti cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale*

*nella famiglia*, cit., 207). Per quanto riguarda invece i beni già caduti in comunione convenzionale, ma non interessati dal limite posto dall'art. 210 c.c. (si pensi a quelli, per esempio, di cui all'art. 179, lett. a), c.c.), non dovrebbero sussistere problemi di sorta, non potendosi paventare qui la possibilità – prospettata in relazione al *trust* familiare – di una violazione dell'art. 166 *bis* c.c. per la convenzione che, ampliando l'oggetto della comunione convenzionale, attribuisca, in relazione a beni diversi da quelli che avrebbero formato oggetto di comunione legale, il potere di amministrazione al coniuge che non sia il proprietario del bene conferito nella comunione convenzionale. La costituzione di un vincolo *ex art. 2645 ter* c.c. su beni già costituiti in fondo patrimoniale presuppone la previa estinzione del vincolo *ex artt. 167 e segg. c.c.* L'operazione necessita dell'autorizzazione *ex art. 169 c.c.*, qualora essa non sia stata esclusa dal titolo costitutivo (cfr. per tutti Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 217 e segg.). Al riguardo potrà soccorrere la giurisprudenza in tema di *trust*, con particolare riferimento a quella decisione di merito (cfr. Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in *Trusts att. fid.*, 2003, 406) che ha respinto un ricorso tendente a consentire lo scioglimento anticipato del fondo patrimoniale affinché i beni in esso inclusi fossero vincolati nel *trust*. La decisione poggia sul rilievo secondo cui, nonostante l'analogia di effetti tra *trust* e fondo patrimoniale, al potere di disposizione del *trustee* non veniva posto alcun limite né, conseguentemente, onere di richiedere autorizzazione giudiziale (come invece richiesto, nel caso di specie, ai sensi dell'art. 169 c.c. nel caso del fondo patrimoniale). È evidente che, in una situazione analoga, anche la sottoposizione a vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter* c.c. di beni oggetto di fondo patrimoniale (in caso il titolo costitutivo non escludesse la necessità dell'autorizzazione *ex art. 169 c.c.*) priverebbe il vincolo delle garanzie proprie del regime autorizzativo previsto dall'art. 169 cit. e pertanto non potrebbe essere autorizzata.

<sup>56</sup> Da G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 440.

st'ultima, come più volte chiarito, non è solo principio di determinazione della co-appartenenza, ma – in quanto regime patrimoniale legale – è (anche) regola di amministrazione dei cespiti comuni e di rapporti con i creditori<sup>57</sup>. E non appare contestabile che le proprie tali basilari regole (quelle, cioè, dettate dagli artt. da 180 a 189 c.c.) risultino fondamentalmente incompatibili con quelle derivanti dalla creazione del vincolo da *trust* o *ex art. 2645 ter c.c.*<sup>58</sup>.

Una soluzione del problema potrebbe essere rinvenuta mercé il ricorso alla tesi, prospettata dallo scrivente, secondo la quale la costituzione stessa di un *trust* familiare, o di un vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* nell'interesse della famiglia, costituisce una convenzione matrimoniale atipica, dal momento che, pur investendo uno o più beni determinati, essa influisce inevitabilmente sul relativo "regime" di gestione, venendo a plasmarlo in modo difforme rispetto a quello che esso ordinariamente sarebbe, nei rapporti con i terzi, aventi causa o creditori che siano<sup>59</sup>. La conclusione, se prospetta un aggravamento delle formalità da rispettarsi per la validità e per l'opponibilità del vincolo (si pensi, a tacer d'altro, a quanto disposto dai vari commi dell'art. 162 c.c.), esonera le parti dalla necessità di prevedere un passaggio "intermedio" al regime di separazione dei beni: una "tappa", questa, non necessaria, ad avviso dello scrivente, per le ragioni sopra evidenziate, ma indubbiamente richiesta dall'opinione prevalente in giurisprudenza, come si è appena chiarito<sup>60</sup>.

Sino ad ora si è detto della posizione del coniuge (o dei coniugi) agente quale conferente, nel negozio di destinazione, o quale *settlor* nel *trust*. Vedendo le cose, invece, dal lato del *trustee*, ed ipotizzando che costui si trovi in regime di comunione, va osservato come il problema dell'eventuale caduta in regime legale dei diritti dal *trustee* acquisiti in forza del *trust* possa apparire, almeno a prima vista, per molti versi analogo

a quello, in altra sede discusso, del mandatario per l'acquisto<sup>61</sup>. In realtà la questione è affrontata e risolta dall'art. 11, 2° comma, lett. c), della Convenzione del L'Aja, a mente del quale, "Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare: (...) c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*". Come rilevato in dottrina<sup>62</sup>, ci troviamo qui di fronte ad un complemento importantissimo del regime di separazione patrimoniale, a cui consegue l'esclusione del bene vincolato dalla comunione legale dei beni, nonché dalla successione per causa di morte del *trustee*, coerentemente con la natura di "proprietà nell'interesse altrui" di quest'ultimo.

La soluzione a suo tempo prospettata da chi scrive per gli acquisti del mandatario sarà invece senz'altro valevole nel caso del vincolo *ex art. 2645 ter c.c.*, qualora il conferente intenda operare un trasferimento della titolarità del bene vincolato ad un mandatario "attuatore del vincolo"<sup>63</sup>. In diritto italiano un tale effetto non è previsto dalla legge, cosicché – nel caso in cui il vincolo di destinazione sia accompagnato dal trasferimento della proprietà, *fiduciae causa*, ad un terzo – si porrà il problema della sua eventuale inclusione nel regime di comunione legale dei beni del fiduciario, nonché quello della trasmissione agli eredi del fiduciario medesimo in caso di sua morte.

Per quanto concerne il regime patrimoniale, la dottrina ha sostenuto l'esclusione della proprietà fiduciaria, ed in genere degli acquisti meramente "strumentali" e "non definitivi" dalla comunione legale dei beni<sup>64</sup>, ma si tratta di opinione non convincente, in assenza di una disposizione espressa che tale esclusione sancisca, di fronte al principio generale stabilito dall'art. 177, lett. a), c.c. D'altro canto la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di affermare<sup>65</sup> l'inopponi-

<sup>57</sup> V., anche per gli ulteriori richiami, Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 329 e segg.

<sup>58</sup> Per un'analoga questione relativamente al fondo patrimoniale cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1681 e segg. In senso contrario afferma Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 543, che "Appare (...) plausibile ritenere che beni in comunione legale possano essere oggetto, altresì, di un siffatto *trust* o negozio di destinazione autodichiarato, ferma la permanenza in vita della comunione legale e della sua disciplina inderogabile: in questo caso, pertanto, l'atto istitutivo non potrà prevedere regole gestorie divergenti da quelle indicate dagli artt. 180 e segg. c.c., né la futura amministrazione dei beni da parte di un *trustee* e gestore diverso dai coniugi, se non per il periodo successivo all'avvenuto scioglimento della comunione legale". Ma il perseguimento degli scopi meritevoli di tutela ben potrebbe postulare la previsione di regole di gestione diverse da quelle delineate dagli artt. 180 e segg. c.c. (che in ogni caso tutelano interessi non necessariamente coincidenti – o non sempre perfettamente coincidenti – con lo scopo per cui il vincolo è creato: si pensi alla protezione della posizione di un figlio colpito da disabilità); non si dimentichi, poi, che come già posto in luce dallo scrivente, la disciplina dei rapporti con i creditori scolpita nell'art. 2645 *ter c.c.* è radicalmente diversa da quella prevista dagli artt. 186-190 c.c.

<sup>59</sup> Cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., 420 e segg.; Id., *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 205 e segg.; Id., *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 329 e segg., II, cit., 1131 e segg., 1694 e segg.

<sup>60</sup> È però vero che i sostenitori della tesi che ritiene impossibile l'estromissione di beni dalla comunione se non tramite la stipula di una convenzione di separazione dei beni potrebbero a loro volta obiettare che l'art. 210 c.c. non permette comunque di derogare alle regole in tema di amministrazione per i beni che farebbero parte della comunione legale non solo nell'ambito di un regime comunitario,

bensì con riguardo a qualsiasi assetto patrimoniale che non sia quello della separazione dei beni, non essendo concepibile la coesistenza di un perdurante regime di comunione e di regole difformi sull'amministrazione di beni che già formavano oggetto della comunione stessa, prima di venire sottoposte ad un regime "parziale" atipico. Ne deriverebbe quindi, pur sempre, la necessità di una formale estromissione, possibile solo mercé la stipula di una convenzione di separazione. Come detto più volte, però, è proprio tale ultimo postulato che, a chi scrive, non pare sostenibile, con la conseguenza che la sottoposizione a *trust* o a vincolo di destinazione, rilevando di per sé come causa di applicazione di regole difformi a quelle di cui agli artt. 180 e segg. c.c., causerà un'estromissione dei relativi beni dal regime legale, da ritenersi senz'altro ammissibile (cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 1102 e segg., 1688 e segg., 2159 e segg., 2164 e segg.), senza che la coppia debba necessariamente e previamente optare per il regime di separazione.

<sup>61</sup> Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 812 e segg.

<sup>62</sup> Cfr. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, loc. cit.

<sup>63</sup> Sul tema v. per tutti Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 403 e segg.

<sup>64</sup> In questo senso cfr. Luminoso, *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, 322 e segg.; Santosuosso, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983, 166; Galasso-Tamburello, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1999, 376; Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, loc. cit. Anche Barbiera, *La comunione legale*, 1996, 452 e segg. esclude dalla comunione gli acquisti effettuati nell'interesse di terzi, come i negozi fiduciari e simulati o le interposizioni fittizie o reali. *Contra*, in relazione agli acquisti del mandatario senza rappresentanza di beni immobili o mobili registrati, cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 812 e segg.

<sup>65</sup> Cfr. Cass., 18 giugno 1992, n. 7524, su cui cfr. Oberto, *La*

bilità dell'interposizione reale al coniuge dell'interposto in comunione legale con quest'ultimo. Al coniuge è dunque stato riconosciuto il diritto di esperire proficuamente l'azione di annullamento ex art. 184 c.c. di un preliminare volto al trasferimento del bene dall'interposto all'interponente<sup>66</sup>.

La costituzione di un vincolo ex art. 2645 *ter* c.c. su beni già costituiti in fondo patrimoniale presuppone la previa estinzione del vincolo ex art. 167 e segg. c.c. L'operazione necessita dell'autorizzazione ex art. 169 c.c., qualora essa non sia stata esclusa dal titolo costitutivo<sup>67</sup>. Al riguardo potrà soccorrere la giurisprudenza in tema di *trust*, con particolare riguardo a quella decisione di merito<sup>68</sup> che ha respinto un ricorso tendente a consentire lo scioglimento anticipato del fondo patrimoniale affinché i beni in esso inclusi fossero vincolati nel *trust*. La decisione poggia sul rilievo secondo cui, nonostante l'analogia di effetti tra *trust* e fondo patrimoniale, al potere di disposizione del *trustee* non veniva posto alcun limite né, conseguentemente, onere di richiedere autorizzazione giudiziale (come invece richiesto, nel caso di specie, ai sensi dell'art. 169 c.c. nel caso del fondo patrimoniale). È evidente che, in una situazione analoga, anche la sottoposizione a vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. di beni oggetto di fondo patrimoniale (in caso il titolo costitutivo non escludesse la necessità dell'autorizzazione ex art. 169 c.c.) priverebbe il vincolo delle garanzie proprie del regime autorizzativo previsto dalla norma in esame e pertanto non potrebbe essere autorizzata.

### Vincoli di destinazione e crisi coniugale: i rapporti con il *trust* nella crisi della famiglia

Passando dalla fase fisiologica a quella patologica del rapporto matrimoniale vi è ora da prendere in considerazione il ruolo che la norma sui vincoli di destinazione po-

trebbe giocare nella crisi coniugale. Lo spunto appare avvalorato dalla considerazione dei rilievi critici che lo scrivente ha avuto modo di rivolgere all'utilizzo del *trust* in questo delicato settore<sup>69</sup>, secondo quanto invece suggerito da diverse voci. Così, per esempio, non è mancato chi ha affermato che il *trust* potrebbe costituire uno strumento di estrema importanza allo scopo di intervenire efficacemente nella genesi della crisi della coppia, e quindi, nel momento antecedente l'inizio del procedimento di separazione o divorzio o in un secondo momento, successivo alla conclusione di questi procedimenti, una volta che la volontà delle parti (in sede consensuale) o la determinazione del giudice (in sede contenziosa) abbiano imposto un contributo di mantenimento o un assegno a carico di un coniuge<sup>70</sup>.

L'effetto segregativo proprio del *trust* consentirebbe di opporre il vincolo ai creditori del disponente, così garantendo il pagamento delle prestazioni periodiche in favore del coniuge e/o alla prole anche di contro a possibili azioni esecutive di terzi, fatte salve, beninteso, eventuali domande revocatorie<sup>71</sup> e tenuto conto della possibilità oggi concessa ai creditori di agire direttamente *in executivis* in base all'art. 2929 *bis* c.c.<sup>72</sup>. A ciò s'aggiunga che il trasferimento del bene al *trustee*, nel caso di immobili, titoli azionari o altri beni soggetti a forme di pubblicità, comporta formalità che da sole impediscono atti di disposizione illegittimi: chiunque sia il *trustee* (il coniuge obbligato o un terzo) sarebbero pertanto prevenuti atti di disposizione in danno degli interessi protetti<sup>73</sup>.

Ove si dovesse ammettere il *trust* interno<sup>74</sup> e, in ogni caso, per il *trust* creato in situazioni caratterizzate dalla obiettiva presenza di un elemento di estraneità, siffatto vincolo potrebbe essere costituito nell'ambito dello stesso negozio di separazione consensuale, di separazione di fatto, o di divorzio su domanda congiunta, o, ancora, nel contesto della procedura di negoziazione assistita<sup>75</sup>: le parti ver-

comunione legale tra coniugi, I, cit., 461, nota 161, 776, nota 175, 779, nota 224, 816, nota 265, 817, nota 268, II, cit., 1171, 148.

<sup>66</sup> Si noti poi che, che nei casi in esame, si può vertere in tema di esercizio di attività separata (dell'interposto), per cui l'acquisto andrebbe escluso dalla comunione immediata, ma ricompreso in quella *de residuo*, ai sensi dell'art. 177, lett. c), c.c.

<sup>67</sup> Cfr. per tutti Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 217 e segg.

<sup>68</sup> Cfr. Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in *Trusts att. fid.*, 2003, 406. In senso contrario cfr. Trib. Padova, 2 settembre 2008, in *Trusts att. fid.*, 2008, 628. Sul tema v. anche Bartoli, *La "conversione" del fondo patrimoniale in trust*, in AA.VV., *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003*, cit., 207 e segg.; Franceschini, *Fondo patrimoniale e trust*, in *Trusts att. fid.*, 2009, 19 e segg. Da segnalare anche Trib. Milano, 7 giugno 2006, in *Trusts att. fid.*, 2006, 575, secondo cui "può essere omologato il verbale di separazione personale dei coniugi nel quale sia inserita l'istituzione di un *trust* autodichiarato dagli stessi coniugi separandi, in favore dei loro figli, con la finalità di segregare in *trust* i beni costituiti in fondo patrimoniale anche dopo la cessazione del vincolo coniugale". L'atto peraltro non sembra adeguatamente chiarire quali siano gli effetti della singolare forma di *overlapping* tra i due istituti nel periodo di "interregno" tra la separazione dei coniugi e lo scioglimento del matrimonio.

<sup>69</sup> Cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., *passim*.

<sup>70</sup> Cfr. Nasseti, *Il trust: applicazioni pratiche (Aggiornamento in pillole per il consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna - Relazione tenuta a Bologna il 16 febbraio 2001)*, già disponibile all'indirizzo web seguente: <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/ITTrustApplicazioniPratiche.htm> (il contributo non è ora più disponibile online). L'argomento ha poi formato oggetto di rilevanti approfondimenti, su

cui cfr., ad es., Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 555 e segg.; Franceschini, *Il trust familiare e la tutela dei minori*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, a cura di A. Cagnazzo, F. Preite e V. Tagliaferri, III, *Regime patrimoniale della famiglia. Profili fiscali. Pubblicità*, Milano, 2015, 342 e segg.; Muritano, *Il trust e la trasmissione della ricchezza familiare*, *ibidem*, 347 e segg.

<sup>71</sup> Ai fini dell'esperibilità dell'*actio pauliana* è necessaria, ovviamente, una corretta qualificazione dell'atto quale atto a titolo gratuito, a titolo oneroso ovvero atto dovuto, che si sottrae, in quanto tale, al rimedio revocatorio. Sul punto, le soluzioni prospettate sono assai diversificate e dipendono dalle differenti individuazioni della causa che caratterizza questa categoria di negozi. Sul tema della causa dei contratti della crisi coniugale cfr. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 634 e segg., 709 e segg.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 272 e segg.; sulla revocatoria degli atti traslativi tra coniugi in crisi cfr. per tutti Id., *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 214 e segg. e ora Id., *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla "renziana"?*, cit., 99 e segg.; in giurisprudenza, sulla tesi dello scrivente della causa tipica dei contratti della crisi coniugale, cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Arch. Civ.*, 2004, 1026; Cass., 12 aprile 2006, n. 8516; Cass., 10 aprile 2013, n. 8678.

<sup>72</sup> Sul problema specifico dei rapporti tra "renziana" e *trust* familiare cfr. Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla "renziana"?*, cit., spec. 130 e segg.

<sup>73</sup> Così M. Lupoi, *Trusts*, cit., 643.

<sup>74</sup> Sul tema cfr. Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 147 e segg.

<sup>75</sup> Su cui v. *infra*, 251 e segg.

rebbero così a porre in essere lo strumento attraverso il quale determinare le modalità di adempimento degli obblighi ex artt. 155, 156, 337 *bis* ss. c.c., 5 e 6 L. div. D'altro canto e sempre, ovviamente, sulla base di un accordo *inter partes*, un *trust* potrebbe rappresentare il mezzo per garantire l'esecuzione di obblighi di mantenimento e di assegni già determinati, precedentemente, dalle parti medesime (in sede, per l'appunto, di separazione consensuale omologata, di separazione di fatto, ovvero di divorzio su domanda congiunta, ovvero ancora in sede di crisi coniugale contenziosa). Per questa specifica ipotesi andrà tenuto presente che, secondo l'opinione ormai prevalente in dottrina e giurisprudenza<sup>76</sup>, le condizioni della separazione e del divorzio ben possono essere mutate dai coniugi senza dover ricorrere ad alcun tipo particolare di procedura giudiziale<sup>77</sup>.

Si è poi anche rimarcato che "l'istituzione di un *trust* avrebbe una valenza estremamente garantista relativamente ai diritti alimentari o di mantenimento vantati da coniuge e prole, in quanto consentirebbe di isolare le risorse del coniuge obbligato al mantenimento, o agli alimenti, affinché non possano essere distolte dall'adempimento di queste obbligazioni". Il primo positivo effetto sarebbe infatti quello di evitare qualsiasi conflitto fra i creditori del coniuge obbligato e i creditori della prestazione alimentare, posto che questi ultimi sarebbero pienamente garantiti<sup>78</sup>. Siffatte indicazioni sono già state recepite nella prassi, che annovera verbali di separazione omologati, contenenti la previsione di *trusts*<sup>79</sup>.

Ora, se non vi è dubbio che il *trust* – sempre, ovviamente, a condizione che lo si ritenga ammissibile nella versione "interna" e salvo l'eventuale esperimento dei rimedi revocatori – consente il vantaggio di una separazione patrimoniale, in grado di tutelare adeguatamente i creditori delle prestazioni postmatrimoniali nei confronti dei possibili creditori dell'obbligato, altrettanto condivisibile non appare l'affermazione secondo la quale l'ordinamento civilistico italiano non offrirebbe alternative all'istituto di matrice an-

glosassone per il raggiungimento di siffatta finalità di garanzia del coniuge separato e della relativa prole.

### **I vincoli di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. nel sistema delle garanzie delle prestazioni postmatrimoniali**

Si è avuto modo di evidenziare in altre sedi<sup>80</sup> quanto possa dirsi articolato il complesso sistema di garanzie apprestato dall'ordinamento per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla separazione o dal divorzio: basti pensare all'obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale, all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c. c., al sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato, all'ordine ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto (ex artt. 156, 4°, 5° e 6° comma, c.c., 8, 1°, 2° e 7° comma, L. div.), alla distrazione dei redditi ed all'azione diretta esecutiva ex art. 8, 3°, 4°, 5° e 6° comma, L. div., al decreto ex art. 148, 2°, 3°, 4° e 5° comma, c.c., ai rimedi (malamente) apprestati dall'art. 709 *ter* c.p.c., a quelli richiamati dall'art. 3 cpv., L. 10 dicembre 2012, n. 219. In proposito, va detto che il rilievo secondo il quale i limiti del sistema di garanzia così delineato emergerebbero proprio nelle ipotesi in cui il soggetto debitore non sia, invece, intestatario di beni, non vale ad attribuire alcuna specifica ragione di preferenza all'istituto del *trust*<sup>81</sup>: in mancanza, invero, di una titolarità di beni in capo al coniuge obbligato, non sarebbe evidentemente possibile neppure l'istituzione di un *trust* o il conferimento di beni da parte di quest'ultimo<sup>82</sup>.

A ciò s'aggiunga che nulla esclude che, in considerazione del carattere negoziale (e, per quanto attiene agli accordi di carattere patrimoniale, contrattuale), delle intese in discorso, possano trovare applicazione le garanzie e gli strumenti di induzione all'adempimento previsti in generale dal codice: dalla fideiussione, all'ipoteca volontaria (si pensi alle intese concluse nell'ambito di una separazione di fatto, ove l'art. 2818 c.c. non può, evidentemente, trovare applicazione), alla clausola penale, alla caparra confirmatoria<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> Cfr., anche per i rinvii, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 328 e segg.; Id., *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2006, 150 e segg.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 236 e segg.

<sup>77</sup> Un altro vantaggio offerto dal *trust* viene poi indicato in quello di evitare "l'interferenza indebita degli interessati e le spiacevoli situazioni, anche psicologiche e morali, che spesso vengono a crearsi" (pure questo profilo è messo in luce da Nasseti, *op. loc. ultt. citt.*): un vantaggio che, peraltro, le parti pagherebbero assai caro, posto che appare assai difficile reperire un *trustee* disposto a prestare gratuitamente la propria attività, specie in siffatte situazioni, normalmente, dal punto di vista dei rapporti umani, assai poco gradevoli. Vi è del resto da chiedersi se siffatto ruolo di "intermediario" non possa essere svolto (come lo è stato per anni con successo, per lo meno in presenza di operatori caratterizzati da professionalità e da un sufficiente grado di distacco rispetto all'emozionalità delle parti) dagli stessi legali e/o da strutture di mediazione familiare. D'altro canto, la prassi mostra come sovente sia designato quale *trustee* uno dei coniugi: il che comprova come la necessità della presenza di siffatto "mediatore" non sia, a ben vedere, avvertita con assoluta urgenza. Su quest'ultimo punto rileva Viglione, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005, 128, che appare assai discutibile che i beni del *trust* siano amministrati dallo stesso obbligato in favore dell'altra parte; è ben evidente, infatti, che la patologia della relazione coniugale coincide generalmente con l'instaurarsi di difficili situazioni di conflittualità, tali da sconsigliare il totale affidamento al coniuge obbligato dei poteri di gestione dei beni

(vede con favore, invece, questa ipotesi F. Patti, *I trusts: utilizzo nei rapporti di famiglia*, in *Vita Notar.*, 2003, XIV, secondo il quale "la istituzione del *trust* potrebbe trovare una più facile realizzazione con riguardo alla circostanza che potrà essere nominato *trustee* lo stesso coniuge proprietario dei beni e obbligato alla prestazione, giacché la natura del *trust* e la trascrizione del provvedimento giudiziale non consentiranno atti di disposizione in danno degli interessi tutelati").

<sup>78</sup> Così Nasseti, *op. loc. ultt. citt.*; nello stesso senso cfr. anche M. Lupoi, *Trusts*, cit., 641 e segg.; F. Patti, *I trusts: problematiche connesse all'attività notarile*, in *Vita Notar.*, 2001, 548.

<sup>79</sup> Per una disamina critica di taluni di questi v. Oberto, *Il trust familiare*, in <http://www.giacomooberto.com/milano11giugno2005-trust/relazionemilano.htm>, § 21.

<sup>80</sup> Cfr. Oberto, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., 317; Id., *Il trust familiare*, cit., § 21.

<sup>81</sup> In questo senso, invece, Dogliotti-Picaluga, *I trust nella crisi della famiglia*, in AA.VV., *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003*, a cura di Dogliotti e Braun, Milano, 2003, 138, i quali, al fine di individuare uno spazio di operatività del *trust* al di là degli strumenti tradizionali, sostengono che il sequestro, benché più agile di quello conservativo, è pur sempre assai macchinoso e comunque inefficace quando il soggetto non sia intestatario di beni.

<sup>82</sup> Cfr. Viglione, *op. cit.*, 127 s.

<sup>83</sup> Per una proposta diretta ad applicare la penale non solo alle intese di carattere patrimoniale, ma anche a quelle di tipo personale

Se, dunque, il vero problema è quello di poter vincolare un determinato patrimonio in vista della soddisfazione degli obblighi oggetto del contratto della crisi coniugale, va preso atto che ai “tradizionali” rimedi cui si è appena accennato si è aggiunto lo strumento delineato dall’art. 2645 *ter c.c.*, di sicura applicazione (anche nelle situazioni non caratterizzate dalla presenza di un elemento di internazionalità) ai casi di specie. L’intento di garantire l’adempimento delle obbligazioni assunte nella predetta sede, o di sopperire alle necessità abitative del residuo nucleo familiare, appare infatti senza dubbio meritevole di tutela<sup>84</sup>.

A differenza di quanto accade con il *trust*<sup>85</sup>, non sarà però possibile, ad avviso dello scrivente, prevedere *ex art. 2645 ter c.c.* un trasferimento del bene al beneficiario finale. Ciò che del resto, anche rispetto al *trust*<sup>86</sup> viene sovente a porre, con riguardo alla nostra legislazione, seri problemi di compatibilità con taluni istituti del diritto successorio (e di ammissibilità stessa del *trust*, ai sensi dell’art. 15 della Convenzione de L’Aja): la clausola di ritrasferimento, se legata alla morte del *trustee*, potrebbe invero incorrere in nullità per violazione del divieto dei patti successori e, se contenuta in una disposizione *mortis causa*, per violazione del principio che fa divieto di creare nelle successioni un *ordo successivus*.

### I profili formali della costituzione di vincoli *ex art. 2645 ter c.c.* nella crisi coniugale: separazione consensuale, divorzio a domanda congiunta e negoziazione assistita

Sarà opportuno rammentare ora che, come già posto in evidenza trattando delle differenze tra vincolo di destinazione e *trust*<sup>87</sup>, l’art. 2645 *ter c.c.* prevede che il vincolo di destinazione sia costituito per atto pubblico, senza peraltro specificare che debba necessariamente trattarsi di atto notarile. Il fatto che l’art. cit. non menzioni espressamente l’intervento di un notaio consente di fare tesoro di quella evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, che, a partire dai

lavori dello scrivente, ha portato a riconoscere natura a tutti gli effetti di atto pubblico *ex art. 2699 c.c.* al verbale d’udienza di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta<sup>88</sup>.

Dovrà dunque ritenersi consentito, nell’ambito di un contratto della crisi coniugale (e dunque a patto che le relative intese possano intendersi alla stregua di condizioni della separazione o del divorzio), proporre al cancelliere, sotto la direzione (art. 130 c.p.c.) del giudice (vuoi monocratico, vuoi collegiale, a seconda dei casi), la creazione di un vincolo nell’interesse di uno dei coniugi e/o dei figli (maggioresni o minoresni che siano), o anche, a seconda dei casi, di taluni soltanto di essi. Il tutto, naturalmente, a condizione che il complesso delle condizioni concordate soddisfi il canone irrinunciabile dell’interesse dei minori eventualmente coinvolti e sul presupposto (non richiesto tanto dalla legge, quanto dalle necessità pratiche e dalla complessità del sistema) che le parti stesse siano sul punto adeguatamente assistite e consigliate. Il relativo verbale costituirà dunque titolo idoneo per la trascrizione, anche ai sensi dell’art. 2645 *ter c.c.*

Da un punto di vista più generale, anzi, non è escluso che – anche al di fuori dei procedimenti di separazione e di divorzio – il cancelliere, sotto la direzione del giudice, possa ricevere la costituzione di un vincolo di destinazione, purché siffatta costituzione s’inquadri in una di quelle attività negoziali che il cancelliere è espressamente chiamato dalla legge a documentare. Ci si intende qui riferire in particolare al verbale di conciliazione giudiziale (e in proposito si noti che l’art. 185 c.p.c. prevede, al capoverso, che in caso di conciliazione giudiziale, si formi “processo verbale della *convenzione conclusa*”; cfr. inoltre art. 88 disp. att. c.p.c.), il quale ben potrà contenere un siffatto negozio, nel quadro di un più ampio accordo transattivo, sempre a condizione, beninteso, che il vincolo risponda ad interessi meritevoli di tutela, secondo quanto specificato altrove<sup>89</sup>. Così, ad esempio, si potrà stabilire che l’attore rinuncia agli

relative all’affidamento della prole e ai diritti di visita cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1112 e segg. Sia quindi consentito rinnovare in questa sede l’invito ai pratici a provare ad inserire siffatto genere di clausole negli accordi diretti a disciplinare le conseguenze della crisi coniugale con riguardo alla prole minorenni. L’operazione potrebbe, quanto meno, assumere il valore d’un *ballon d’essai* per saggiare le reazioni al riguardo della giurisprudenza, mentre è sicuro che le statistiche registrerebbero un assai più diffuso rispetto delle intese raggiunte e, forse, anche una diminuzione dei procedimenti esecutivi in un campo così delicato. Per la risposta ad una critica dottrinale al riguardo cfr. Oberto, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, 61 e seg., nota 18.

<sup>84</sup> Sul punto v., *ex multis*, Monteleone, *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. in sede di accordi di separazione*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Giur. It.*, 2008, 632 e segg.; Marra, *Il vincolo di destinazione a norma dell’art. 2645 ter c.c. nell’accordo di separazione fra coniugi*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 1199 e segg.; Rispoli, *L’applicazione dell’art. 2645 ter: involuzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Giust. Civ.*, 2011, 319 e segg. In senso dubitativo v. invece Gigliotti, *op. cit.*, 374.

<sup>85</sup> Sul fatto che nel *trust* vi possano essere, rispetto ad un medesimo vincolo di destinazione, beneficiari immediati e beneficiari finali, v. M. Lupoi, *L’atto istitutivo di trust*, Milano, 2005, 94 e segg.; Petrelli, *Formulario notarile commentato*, III, 1, Milano, 1024, 1036; Id., *La trascrizione degli atti destinazione*, cit., 13.

<sup>86</sup> E a prescindere, lo si ripete ancora una volta, dai seri dubbi sull’ammissibilità dell’istituto, qualora si sia in assenza di elementi di estraneità, diversi dal mero capriccio del costituente nella scelta

di una legge straniera.

<sup>87</sup> Cfr. Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell’intreccio dei rapporti familiari*, cit., 205 e segg.

<sup>88</sup> Sul tema, cui non è possibile dedicare neppure un accenno in questa sede, si fa rinvio a Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 1995, 155 e segg.; Id., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1211 e segg.; Id., *Prestazioni “una tantum” e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 3 e segg.; Id., *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006, 181 e segg.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 323 e segg.; cfr. inoltre T.V. Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; P. Carbone, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, 627 e segg.

<sup>89</sup> Cfr. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 391 e segg. Nel senso che il verbale di conciliazione giudiziale può contenere una transazione con cui si disponga l’immediato trasferimento di diritti su di uno o più beni, e che, come atto (pubblico) immediatamente traslativo, ben può costituire titolo per la trascrizione cfr. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1966, 80; Tondo, *Sull’idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie*, in *Foro It.*, 1987, I, 3134; per il carattere di atto pubblico e di titolo esecutivo di un verbale di conciliazione giudiziale tra coniugi v. Trib. Firenze, 26 agosto 1987, in *Giur. di Merito*, 1988, 756, con nota di Pazienza. Nel senso che “Quanto (...) all’atto documentato, il contenuto sostanziale del processo verbale può essere il più vario: può essere dato, indifferentemente da attività

atti processuali ed all'azione, in cambio dell'impegno del convenuto a costituire su determinati immobili un vincolo di destinazione in favore di una certa fondazione benefica o del figlio disabile dell'attore medesimo.

Analogha facoltà deve ritenersi concessa ai legali delle parti in forza delle disposizioni in tema di c.d. negoziazione assistita *ex art.* 6, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in L. 10 novembre 2014, n. 162, atteso che, ai sensi del terzo comma dell'*art. cit.*, "L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio". Ai fini della produzione degli effetti l'accordo dovrà essere autorizzato, come previsto dalla norma in esame, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente. Una volta intervenuta l'autorizzazione (cfr. l'inciso finale del capoverso dell'*art. cit.*, a mente del quale "All'accordo autorizzato si applica il comma 3") l'accordo stesso sarà trascrivibile ai sensi dell'*art. 2645 ter c.c.*, dovendosi riconoscere entro tali limiti ai legali delle parti che lo hanno ricevuto la funzione di pubblici ufficiali e, conseguentemente, all'atto stesso, la natura di atto pubblico, *ex art. 2699 c.c.*

Ad avviso dello scrivente, poi, le conclusioni di cui sopra, circa la possibilità di creare un vincolo di destinazione nel contesto di un contratto della crisi coniugale concluso in modo alternativo rispetto alla "tradizionale" intesa omologata dal tribunale, o trasfusa nel contesto di un altro provvedimento giurisdizionale, vanno estese anche all'accordo raggiunto innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile, ai sensi dell'*art. 12 del D.L. citato*. Ed invero – ferma restando l'ovvia inammissibilità di tale tipo di accordo nel caso di presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ai sensi dell'*art. 3, 3° comma, L. 5 febbraio 1992, n. 104*, ovvero economicamente non autosufficienti (cfr. il capoverso dell'*art. 12 cit.*) – va detto che, nel momento in cui la norma in esame stabilisce, testualmente, che "L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale", essa implicitamente ammette, in base ad un semplice ragionamento *a contrariis*, l'inseribilità di intese che, come quelle in oggetto, mirano non già ad operare trasferimenti patrimoniali, bensì a creare situazioni di mero vincolo su beni destinati a non mutare di titolare.

Come osservato in dottrina, non può invece immaginarsi un provvedimento del giudice della separazione o del di-

vorzio che imponga ai coniugi la costituzione di un vincolo di destinazione, nell'interesse del coniuge debole o dei figli. Va, infatti, considerato che il vincolo qui in discorso trova la sua fonte in un atto di autonomia privata, avendo l'atto di destinazione natura negoziale. In secondo luogo, il potere del giudice della separazione o del divorzio di incidere sul patrimonio dei coniugi, imponendo un vincolo destinatorio, è privo di qualsiasi base normativa e deve, pertanto, ritenersi inconfigurabile. Un potere siffatto non può, infatti, certamente essere radicato negli *artt. 156, 4° comma, c.c. e 8, 1° comma, L. div.*, che, in caso di pericolo d'inadempimento, consentono al giudice di imporre idonea garanzia, reale o personale, al coniuge su cui incombe l'obbligo di mantenimento. A parte, appunto, che l'esercizio di un siffatto potere è condizionato al concreto riscontro di un pericolo di inadempimento, condivisibilmente la giurisprudenza, interpretando tali norme, ha chiarito che il giudice può soltanto ordinare genericamente al coniuge o all'ex coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale, ma non può costituire direttamente una determinata garanzia<sup>90</sup>.

#### Segue. Il *leading case* di merito in materia di costituzione di vincoli di destinazione nel contesto della crisi coniugale. Il trattamento fiscale dell'atto

Andrà notato che le indicazioni di cui al paragrafo precedente, già fornite dallo scrivente nel 2006<sup>91</sup>, oltre ad avere riscosso approvazione in dottrina<sup>92</sup> sono state seguite da una decisione di merito dell'anno successivo, che costituisce il *leading case* in materia.

La prima applicazione giurisprudenziale di cui si abbia notizia dell'*art. 2645 ter c.c.* alla crisi coniugale è, invero, costituita da una decisione resa nel 2007 da un tribunale emiliano<sup>93</sup>. Il giudice era qui stato chiamato a decidere su di un'istanza *ex art. 710 c.p.c.* di modifica delle condizioni di una separazione consensuale. In particolare i coniugi volevano sostituire il versamento d'un assegno mensile da parte del marito, pari ad euro 400,00, per il contributo al mantenimento dei figli, con il trasferimento della proprietà per intero o per quota di unità immobiliari, non già ai figli, ma alla moglie, ancorché a titolo di contributo al mantenimento dei figli. La soluzione, suggerita dallo stesso collegio, ha previsto, al fine di salvaguardare l'interesse della prole, l'inserimento nell'intesa traslativa di una clausola aggiuntiva rispetto a quella che prevedeva i trasferimenti immobiliari a vantaggio della moglie, nei termini seguenti: "7) ai sensi e per gli effetti di cui all'*art. 2645 ter c.c.* la sig.ra (B)

materiali che vengono descritte, ovvero da osservazioni che vengono riportate, ovvero da dichiarazioni aventi o meno contenuto negoziale. È altresì indifferente che le attività siano state compiute dallo stesso pubblico ufficiale che forma il processo verbale, ovvero da altri soggetti, anche privati" cfr. anche Massari, *Processo verbale (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 1221. Il tema è sviluppato, con riguardo ai contratti della crisi coniugale, nelle opere citate alla nota precedente, cui si fa rinvio anche per la determinazione del concetto di "condizioni della separazione e del divorzio".

<sup>90</sup> Così Morace Pinelli, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, *loc. ult. cit.*

<sup>91</sup> Cfr. Oberto, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, dal 15 dicembre 2006 al sito *web* seguente: [http://www.giacomooberto.com/2645ter/2645ter\\_e\\_rapporti\\_patrimonia](http://www.giacomooberto.com/2645ter/2645ter_e_rapporti_patrimonia)

*niali.htm* (cfr. § 6).

<sup>92</sup> Cfr. ad es. Di Profio, *op. loc. ult. cit.*; Petti, *op. cit.*, 233 e segg.; Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 48 e seg.; Ceolin, *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, cit., 372; Rispoli, *op. cit.*, 323, nota 13.

<sup>93</sup> Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Guida Dir.*, 2007, n. 18, 58; in *Trusts att. fid.*, 2007, 338, con nota di Tonelli; in *Dir. Famiglia*, 2007, 1726; *ivi*, 2008, 194, con nota di Frezza; *ivi*, 2009, 1199, con nota di Marra; in *Fam. Pers. e Succ.*, 2007, 779, con nota di Partisani; in *Obbl. e Contr.*, 2007, 552, con nota di Schiavone; *ivi*, 2008, 233, con nota di Petti; in *Giur. di Merito*, 2007, 3189, con nota di Di Profio; in *Fam. e Min.*, 2007, 72, con nota di Rossi; in *Fam. e Dir.*, 2008, 616, con nota di Galluzzo; in *Giur. It.*, 2008, 629, con nota di Monteleone.

si obbliga ad impiegare i frutti degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), e) e d) per il pagamento del mutuo ipotecario iscritto dal Gruppo (K) a carico degli immobili indicati alla condizione n. 1, punti a), b), c) e, una volta estinto detto mutuo, ad impiegare i frutti degli immobili per il mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli; 8) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 *ter* cc. la sig.ra (B) si impegna, altresì, a non alienare gli immobili indicati alla condizione n. 1, punti a), b), c) e d) sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli”.

Sulla base dei predetti accordi il tribunale ha reso una decisione con cui ha modificato le preve intese di separazione consensuale, nei termini sopra descritti.

Ora, a prescindere dalla circostanza che il tribunale, riconosciuta la rispondenza della clausola all'interesse della prole, avrebbe dovuto, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, dichiarare non luogo a provvedere sull'istanza, dal momento che è ormai pacificamente assodato che le intese modificative delle condizioni della separazione, anche per ciò che attiene alla gestione del rapporto con i figli minori, sono sottratte al procedimento *ex art.* 710 c.p.c. e non necessitano di alcuna forma di omologazione, è interessante soffermarsi brevemente sulle distinte prese di posizione della decisione relativamente a varie questioni connesse all'applicazione dell'art. 2645 *ter* c.c.

In particolare, sulla forma, il giudice ha riconosciuto che “Nel caso di specie, il verbale dell'udienza del 22/3/2007 costituisce atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 cod. civ. e (previa omologazione dell'accordo) è titolo idoneo alla trascrizione nei Registri Immobiliari, a norma dell'art. 2657 cod. civ., del negozio di trasferimento di diritti reali immobiliari ivi contenuto (...). È soddisfatto, pertanto, il requisito formale”.

In punto meritevolezza degli interessi perseguiti il tribunale ha poi motivato rilevando come la giurisprudenza in tema di trasferimenti immobiliari in favore della prole nella crisi coniugale attenga ad ipotesi di atti traslativi verso i figli, “mentre nel caso *de quo* il trasferimento avviene tra i coniugi, seppure con vincolo di destinazione a favore della prole e a titolo di mantenimento di questa: deve comunque essere riconosciuta la meritevolezza degli interessi perseguiti”. Più oltre, sullo stesso tema, il tribunale pone l'accento sulla funzione di garanzia del vincolo rispetto agli atti di esecuzione (in confronto rispetto al fondo patrimoniale), nei termini seguenti: “Infine, è prevista una piena ed effi-

cace garanzia sui beni rispetto agli atti di esecuzione, addirittura superiore alla previsione di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale: infatti mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi dell'art. 2645 *ter* cod. civ. appare assoluta, l'art. 170 cod. civ. assoggetta ad esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza.

Più specificamente, si osserva che il primo vincolo impresso sui beni trasferiti alla (B) riguarda i loro frutti (che, a norma dell'art. 2645 *ter* cod. civ., ‘possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione’) e prevede che gli stessi siano destinati – dopo l'estinzione del mutuo che grava sugli immobili – al mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica. Si tratta, con ogni evidenza, di una pattuizione favorevole per la prole: dopo la liberazione del bene dai gravami relativi al mutuo stipulato dai coniugi acquirenti (e proprio a questo fine devono *in primis* essere destinati i frutti), è assicurata ai figli – sino al raggiungimento della loro autosufficienza economica – una fonte sicura di reddito (peraltro non aggredibile da eventuali creditori della (B))”.

A commento della decisione può dunque dirsi che, in buona sostanza, l'art. 2645 *ter* c.c. consente una distinta categoria di trasferimenti: quelli in favore del coniuge o ex tale (cioè dell'altro genitore: e dunque il principio ben sembra trasferibile alla materia della crisi della famiglia di fatto), ma nell'interesse della prole, quale contributo al mantenimento della prole stessa (minorenne o maggiorenne ma non autosufficiente), laddove sino ad ora la giurisprudenza si era occupata di atti traslativi in funzione di contributo al mantenimento della prole, ma disposti in favore della prole medesima<sup>94</sup>.

Potrà ancora aggiungersi sul tema che, due anni dopo, un altro tribunale ha ritenuto di condividere la stessa *ratio decidendi* del precedente appena citato, stabilendo che “In sede di separazione personale, è valido l'accordo con cui un coniuge si impegna ad apporre un vincolo di destinazione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 *ter* c.c., sugli immobili di sua esclusiva proprietà, obbligandosi a non cedere l'immobile a terzi per tutta la durata del vincolo. La costituzione del vincolo sugli immobili e la natura della finalità perseguita impongono di per sé sole il divieto di alienazione *ex art.* 2645 *ter* c.c.”<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Sul punto v. Oberto, *Prestazioni “una tantum” e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 149 e segg.; Id., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, nota a Trib. Salerno, 4 luglio 2006, in *Fam. e Dir.*, 2007, 64 e segg.; Id., *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, disponibile alla pagina *web* seguente: [http://giacomoberto.com/bologna2011/relazione\\_oberto\\_bologna\\_8\\_aprile\\_2011.htm](http://giacomoberto.com/bologna2011/relazione_oberto_bologna_8_aprile_2011.htm); sulla decisione di merito sopra citata v. anche Marra, *op. cit.*, 1199 e segg.

<sup>95</sup> Cfr. Trib. Bologna, 5 dicembre 2009, in *Civilista*, 2010, n. 9, 93, con nota di Mastromatteo. Il medesimo ufficio giudiziario ha omologato nel 2010 un accordo di separazione che prevedeva, tra l'altro, l'impegno “ad apporre, nelle forme ed ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645 *ter* c.c., un vincolo di destinazione sui beni immobili i cui diritti verranno trasferiti alla Signora (quanto al diritto di usufrutto) e ai figli (quanto alla nuda proprietà) (...), per assicurare loro una casa di

abitazione e/o far fronte alloro mantenimento, con la possibilità di locare terzi il bene o comunque concederlo in altre forme di godimento con corrispettivo qualora l'esigenza abitativa non sia attuale per i beneficiari” (cfr. Trib. Bologna, 19 ottobre 2010, in [http://www.fondazioneforensebolegnese.it/files/eventi\\_file/verbale\\_di\\_comparizione2.pdf](http://www.fondazioneforensebolegnese.it/files/eventi_file/verbale_di_comparizione2.pdf)). Per un ulteriore esempio di accordo di separazione consensuale omologato, nell'ambito del quale viene ad inserirsi un negozio di destinazione nell'interesse del figlio minore, cfr. Trib. Genova, 11 dicembre 2012, in *Trusts e att. fid.*, 2013, 542. Per una decisione negativa al riguardo (fondata sul criticabile presupposto della inammissibilità di una destinazione senza trasferimento ad un terzo soggetto, cfr. Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Giur. It.*, 2012, 2277, su cui, per una serie di notazioni critiche, si fa rinvio a Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 191 e segg.). Sulla stessa questione si veda inoltre la decisione del tribunale di Saluzzo, di cui verrà dato conto *infra*, nota 130.

Sotto il profilo fiscale vi è, infine, da ribadire che le attribuzioni patrimoniali qui in discorso ricadrebbero comunque, ove “relative” ad un procedimento di separazione o divorzio, sotto il disposto dell’art. 19, L. 6 marzo 1987, n. 74, relativo, come noto, al divorzio, ma esteso dalla Corte costituzionale alla separazione legale<sup>96</sup>.

Sulla disposizione speciale in oggetto gravano peraltro, dal 1° gennaio 2014, i dubbi derivanti dal fatto che l’art. 10, 4° comma, D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, così come modificato dal D.Lgs. 12 settembre 2013, n. 104, in vigore, per l’appunto, dal 1° gennaio 2014, prevede che, con l’entrata in vigore delle nuove modalità di tassazione dei trasferimenti immobiliari, siano “soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali”. È altrettanto noto che la regola è stata inopinatamente “resuscitata” da una quanto meno sorprendente lettura (tanto benevola per il contribuente e – sia chiaro! – sacrosanta sotto il profilo dell’opportunità, quanto radicalmente infondata sul piano tecnico-giuridico) fornita dalla circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 2/E del 21 febbraio 2014, non per nulla del tutto carente *in parte qua* della benché minima motivazione<sup>97</sup>.

Inutile ricordare al riguardo che, in realtà, l’art. 10, 4° comma, D.Lgs. n. 23/2011 dispone testualmente che “in relazione agli atti di cui ai commi 1 e 2 sono soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali”. Ora, “leggi speciali” non erano certo solo quelle che prevedevano esenzioni e agevolazioni *esclusivamente* in relazione agli atti ivi descritti (trasferimenti immobiliari), bensì tutte quelle che comportavano tali effetti in relazione quegli atti (i trasferimenti immobiliari, appunto), vuoi “isolatamente”, vuoi nel contesto di esenzioni più ampie e diverse: proprio come previsto dall’art. 19 cit., la cui “specialità” era costituita non già dal fatto di concernere *solo* (tanto che siffatto avverbio, lo si ripete, nel citato art.

10 non compare) la materia dei trasferimenti, bensì dalla circostanza di attenersi ad una “materia speciale”, quale il diritto tributario della crisi coniugale (e, dunque, inevitabilmente, anche il diritto tributario dei trasferimenti immobiliari in sede di crisi coniugale), rispetto alla “materia generale” costituita dal riordino della normativa fiscale sui trasferimenti immobiliari nel suo sconfinato complesso.

Qualora, dunque, aderendo alla tesi comunque prevalente, si concluda nel senso della permanente vigenza dell’art. 19 cit., a tale norma appaiono sicuramente riconducibili anche gli atti costitutivi di vincoli *ex art. 2645 ter c.c.*, nonché gli eventuali trasferimenti ad essi collegati, se e nella misura in cui questi si ritengano ammissibili<sup>98</sup>. Il tutto, naturalmente, a patto che tali negozi possano dirsi parte delle condizioni della separazione consensuale (o “consensualizzata”), ovvero del divorzio su domanda congiunta (o su conclusioni congiunte delle parti) e, come tali, per l’appunto, “relativi” a siffatte procedure<sup>99</sup>.

### Vincoli di destinazione e famiglia di fatto. Generalità. Differenze rispetto al fondo patrimoniale

Avviandoci alla conclusione della trattazione degli aspetti problematici del vincolo di destinazione nei rapporti endofamiliari non possiamo fare a meno di occuparci del ruolo che l’art. 2645 *ter c.c.* può svolgere nell’ambito della famiglia di fatto.

Sul punto va subito detto che numerosi commentatori non esitano a ravvisare nella disposizione la possibilità di creare vincoli in favore della convivenza *more uxorio*: da disposizioni sulla casa familiare, alla protezione del patrimonio destinato ad alimentare le risorse del *ménage*, alla creazione di un vero e proprio fondo patrimoniale tra conviventi<sup>100</sup>, non essendo discutibile la meritevolezza di tutela degli scopi perseguiti<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> Cfr. Corte cost., 10 maggio 1999, n. 154, in *Foro It.*, 1999, I, 2168; in *Giur. It.*, 1999, 2187; in *Riv. Notar.*, 2000, II, 657, con nota di Lucariello.

<sup>97</sup> Si riporta qui la porzione rilevante del citato provvedimento amministrativo: “9.2 *Procedimenti in materia di separazione e divorzio*. L’articolo 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, dispone che “tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono esenti dall’imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa”. Come chiarito con la circolare 21 giugno 2012, n. 27, tali disposizioni di favore si riferiscono a tutti gli atti, documenti e provvedimenti che i coniugi pongono in essere nell’intento di regolare i rapporti giuridici ed economici “relativi” al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso. Qualora nell’ambito di tali procedimenti, vengano posti in essere degli atti di trasferimento immobiliare, continuano ad applicarsi, anche successivamente al 1° gennaio 2014, le agevolazioni di cui alla citata legge n. 74 del 1987. L’articolo 10, quarto comma, del decreto non esplicita effetti con riferimento a tali disposizioni agevolative che assicurano l’operatività dell’istituto in argomento”.

<sup>98</sup> Sul tema cfr. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 397 e segg. Sul tema più generale dell’imposizione fiscale dei vincoli di destinazione cfr. Muritano, *Il regime impositivo degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in AA. VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notariali*, a cura di A. Cagnazzo, F. Preite e V. Tagliaferri, III, *Regime patrimoniale della famiglia. Profili fiscali*, Pubblicità, cit., 477 e segg.

<sup>99</sup> Sull’interpretazione di tale espressione cfr. Oberto, *Prestazioni “una tantum” e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 299 e segg.; Id., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, cit., 64 e segg.

<sup>100</sup> Cfr. Fanticini, *L’articolo 2645 ter del codice civile: “Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”*, cit., 343; de Donato, *Elementi dell’atto di destinazione*, cit., 6 e segg.; Oberto, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e Dir.*, 2006, 668 e segg.; Id., *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 351 e segg.; Id., *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 202 e segg.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, 133 e segg.; Muritano, *Trust e atto di destinazione negli accordi fra conviventi more uxorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 199 e segg.; Cinque, *L’atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645 ter cod. civ.*, nota a Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 692 e segg.; G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 426 e segg.; Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 701 e segg.; Falletti, *La famiglia di fatto: la disciplina dei rapporti patrimoniali tra i conviventi*, in AA.VV., *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, a cura di Oberto, Padova, 2011, 83 e segg.; Bellomia, *op. cit.*, 733 s.; Fusaro, *Prospettive di impiego dell’atto di destinazione per i conviventi*, loc. ult. cit.; Morace Pinelli, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, loc. ult. cit.

Sul piano pratico non appare del resto condivisibile il rilievo espresso da una parte della dottrina<sup>102</sup>, ad avviso della quale alcuni notai si sarebbero addirittura “rifiutati di predisporre l’atto in parola a garanzia dell’adempimento del mantenimento dei figli naturali in seno a una famiglia di fatto, ritenendo applicabile la disciplina *de qua* ai soli accordi tra coniugi uniti in matrimonio e i loro figli”. Invece, a chi scrive risulta l’esatto opposto, avendo, anzi rice-

vuto da diversi notai proprio il “canovaccio” di possibili intese del genere<sup>103</sup>. Sia inoltre consentito aggiungere che l’istituto in esame è già stato utilizzato, nella prassi notarile, non solo per prevedere forme di garanzia alla contribuzione verso i figli della coppia, ma anche, tutto al contrario, per disporre una forma di “assicurazione materiale” della contribuzione da parte del figlio della coppia di fatto alle esigenze dei genitori<sup>104</sup>.

In giurisprudenza v. la prima decisione sul tema, che ha affermato non doversi procedere in relazione all’istanza dei genitori esercenti la responsabilità parentale su tre figli minori, diretta all’emissione, ove ritenuta necessaria dal giudice tutelare, di autorizzazione all’alienazione di beni sottoposti a vincolo *ex art. 2645 ter c.c.* in favore del nucleo di fatto costituito dai genitori stessi, conviventi *more uxorio*, e dai tre predetti figli minori della coppia. In motivazione il giudice tutelare, rilevato che l’atto costitutivo del vincolo prevedeva la possibilità di libera alienazione pur in presenza di figli minori senza autorizzazione giudiziale, ha ritenuto l’applicabilità al caso di specie dell’art. 169 c.c. per “l’identità di *ratio* alla base dell’accordo di cui all’atto Notaio (...) rispetto alla disciplina del fondo patrimoniale, per l’estensione alla famiglia di fatto della tutela derivante dalla destinazione di determinati beni per far fronte ai bisogni della famiglia”. La predetta clausola è stata reputata conforme al disposto dell’art. 169 cit., interpretato, secondo la prevalente e preferibile giurisprudenza, come favorevole alla possibilità di derogare al requisito dell’autorizzazione per il compimento di atti di straordinaria amministrazione su beni del fondo patrimoniale (cfr. Trib. Torino, 6 maggio 2011, decreto inedito, ma disponibile nell’appendice giurisprudenziale di Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., Appendice A, Cap. VI, 288 s.). Nel caso di specie, peraltro, senza ricorrere ad improbabili estensioni analogiche, sarebbe stato sufficiente considerare il rilievo da attribuire alla libertà negoziale, non prevedendo l’art. 2645 *ter c.c.* in alcun modo l’intervento del giudice tutelare, né trattandosi, a tacer d’altro, di gestire beni ricadenti nella titolarità dei minori.

Come posto in luce in dottrina (cfr. Fusaro, *Prospettive di impiego dell’atto di destinazione per i conviventi*, cit., 5) sulla destinazione per la famiglia di fatto è reperibile un’ulteriore pronuncia, la quale ha valorizzato la protezione della prole, in un caso dove essa era presente, ma – in via di *obiter* – ha escluso la rilevanza della convivenza tra i due *partners* come tale: “Si ritiene che l’assenza di un vincolo parentale e di una situazione di certezza di rapporti giuridici (...) non impediscano nel caso di specie di ritenere meritevole lo strumento in questione al fine di concedere una tutela, altrimenti inesistente, ai genitori ed ai figli, nati prima o in costanza di questo rapporto di fatto” (cfr. Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, I, 690; in *Notariato*, 2008, 268; in *Foro It.*, 2009, I, 1555). La massima del provvedimento è del seguente tenore: “Va ordinata l’intavolazione dell’acquisto della proprietà di un immobile in favore di una società semplice, in completo controllo dei disponenti, che sia stata nominata *trustee* in virtù dell’atto istitutivo di un *trust*, regolato dal diritto inglese, con cui due conviventi *more uxorio* hanno inteso creare un patrimonio separato per soddisfare le esigenze attuali e future di entrambi, nonché dei figli, comuni e non, della coppia”. Nella motivazione della citata decisione si afferma che “Si intende cioè dire che la segregazione di un patrimonio nel dichiarato intento di apprestare una tutela economica e di assistenza ad una famiglia di fatto, che non sarebbe altrimenti assicurabile in forme neanche lontanamente simili a quelle del fondo patrimoniale, rappresenta quel *quid* che consente di ritenere apprezzabile lo strumento innominato e dare così ingresso al *trust* in questione, nei limiti di indagine di questo giudice. Proprio questo valore perseguito, e cioè la tutela della prole familiare, costituisce quel rilevante elemento che aveva indotto la giurisprudenza costituzionale a dichiarare l’incostituzionalità dell’art. 6 della L. 27 luglio 1978, n. 92, nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto di locazione al conduttore che avesse cessato la convivenza quando vi fosse prole naturale; non a caso lo stesso presupposto – questa volta in negativo – della ricorrenza di figli ha recentemente indotto la stessa corte a negare il diritto alla prosecuzione nel rapporto locatizio al convivente *more uxorio* in assenza di prole (Corte Cost. ord. n. 204/2003, rel. Conti)” (va comunque

considerato, ulteriormente, che la decisione triestina aveva tratto ad un *trust*, non ad un vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, e che il richiamo a tale ultima disposizione viene svolto al solo fine di argomentare su quella meritevolezza degli interessi che, secondo il tribunale, giocherebbe un ruolo anche nell’istituto di matrice anglosassone).

<sup>101</sup> Sul profilo della meritevolezza di tutela cfr. Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell’intreccio dei rapporti familiari*, cit., 170 e segg.; cfr. inoltre Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 351 e segg.; in giurisprudenza cfr. Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Corr. Merito*, 2011, 806, con nota di Rispoli; in *Corriere Giur.*, 2012, 397, con nota di Galluzzo, secondo cui “Gli interessi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 2645 *ter c.c.* sono quelli attinenti alla solidarietà sociale e non quelli dei creditori di una società insolvente perché altrimenti si consentirebbe ad un atto di autonomia privata d’incidere sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale al di fuori di espresse previsioni normative”. Sull’argomento v. anche Rossi, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell’art. 1322 del codice civile. L’art. 2645 ter, cit.*, 621 e segg. Questo specifico profilo è stato collegato in dottrina (cfr. Galluzzo, *Selezione degli “interessi meritevoli di tutela” nell’applicazione dell’art. 2645 ter c.c.*, cit., 403) a quello dell’utilizzo del *trust* liquidatorio a tutela dei creditori (su cui v. ad es. Trib. Milano, ord., 16 giugno 2009, in *Corriere Giur.*, 2010, 522; in dottrina cfr. Lo Cascio, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Fallimento*, 2009, 325; Demarchi, *Il trust postfallimentare e l’apparente chiusura del fallimento*, in *Giur. di Merito*, 2008, 741). In realtà, come spiegato a suo tempo dallo scrivente (Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell’intreccio dei rapporti familiari*, 170 e segg.), il *trust* non presuppone alcun controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dal costituente, dal momento che la valutazione sulla meritevolezza dell’istituto sarebbe stata effettuata (ovviamente, per chi volesse seguire la tesi che postula la validità del *trust* interno) in astratto, una volta per tutte, dal legislatore. Non vi è dubbio, poi, che su questo specifico tema (che esula dalla presente trattazione) non può non influire la L. 27 gennaio 2012, n. 3 (“Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento”), il cui art. 7 prevede che gli accordi con i creditori per la soluzione delle situazioni di sovraindebitamento possano “anche prevedere l’affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori”.

<sup>102</sup> Così Marzi, *op. cit.*, 66.

<sup>103</sup> Per un modello di atto istitutivo di vincolo di destinazione a beneficio di una famiglia di fatto cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 387 e segg.

<sup>104</sup> Così ad esempio, in un modello inviato allo scrivente, si stabilisce che, contestualmente alla donazione di un compendio immobiliare da padre al figlio, si costituisca da parte del donatario un vincolo di destinazione dei citati beni a beneficio dei bisogni del padre e della madre (conviventi *more uxorio*) e principalmente del soddisfacimento delle loro esigenze abitative. Ecco come viene concretamente strutturato il vincolo. “ART. 8 – Il sig. C F [figlio donatario del compendio immobiliare] destina, ai sensi e per gli effetti dell’art. 2645 *ter* Cod. Civ. a favore del padre sig. C V e della madre P R, che accettano e prendono atto della destinazione a loro favore, allo scopo di realizzare l’interesse indicato in premessa, e precisamente di assicurare ai genitori una esistenza decorosa, garantendo loro una abitazione idonea alle necessità e ciò anche in considerazione del rapporto di stabile convivenza fra di essi intercorrente, interesse meritevole di tutela da parte dell’ordinamento in quanto rinvia la sua ragione nella tutela e nel riconoscimento di tale rapporto, quale nucleo portatore di valori di assistenza e sostegno reciproci, trovando il suo fondamento nel principio di solidarietà dei rapporti affettivi e nel solenne riconosci-

Ancora, dovrà tenersi presente che lo stesso Consiglio Nazionale del Notariato, nel corso del 2013, ha varato (con la collaborazione dello scrivente) un'iniziativa che ha dato luogo ad un vero e proprio *vademecum* per la tutela patrimoniale del convivente *more uxorio* in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale, in cui compare, tra l'altro,

mento che a tale rapporto è dato, quale istituzione sociale, dall'art. 2 della Costituzione, la quota di comproprietà pari ad 1/2 (un mezzo) indiviso dei beni immobili indicati al precedente art. 1, alle seguenti condizioni:

- la destinazione ha la durata della vita dei beneficiari, fermo restando quanto più avanti specificato;
- i beni in oggetto restano nella titolarità del conferente;
- a seguito della trascrizione il vincolo è opponibile a terzi *ex art.* 2645 *ter* Cod. Civ.;
- gli immobili in oggetto costituiscono pertanto patrimonio separato dal residuo patrimonio di C F;
- per effetto della separazione patrimoniale i beni in oggetto sono suscettibili di azioni esecutive solo per debiti contratti per la destinazione, salvo quanto previsto dall'art. 2915 primo comma Cod. Civ.;
- l'immissione in possesso è regolata in funzione della destinazione;
- i beni in oggetto sono destinati alle esigenze abitative del nucleo familiare composto dai beneficiari, in modo completo, senza limitazione alcuna;

ove l'esigenza abitativa di tutti i beneficiari della destinazione non sia immediata, l'immobile potrà essere locato a terzi o comunque concesso in altre forme di godimento con corrispettivo; tuttavia i frutti e ogni altra utilità economica ritraibili dal bene destinato, dedotto quanto appreso indicato, spettano ai Beneficiari della destinazione per i loro bisogni di vita. In tal caso gli "Attuatori" del vincolo, come sotto specificati, procederanno all'accensione di un conto corrente, sul quale verranno fatti confluire frutti derivanti dalle locazioni dei beni oggetto del vincolo.

Il conferente potrà procedere all'alienazione degli immobili destinati solo per necessità relative allo stato di conservazione degli stessi ed a un prezzo non inferiore da quello risultante da una perizia giurata di stima che sarà redatta, almeno 120 (centoventi) giorni prima della prospettata alienazione, da un esperto stimatore nominato dal Presidente della Camera di commercio di ... su istanza del conferente medesimo; verificandosi tale ipotesi il vincolo *ex art.* 2645 *ter* Cod. Civ. sull'immobile alienato verrà a cessare ed il conferente procederà all'impiego delle somme riscosse nell'acquisto di un altro immobile da vincolarsi al medesimo scopo. In caso di permuta s'intende che il vincolo si trasferirà automaticamente sul bene ricevuto dal conferente, che dovrà procedere alla relativa formalità pubblicitaria.

Il sig. C F nomina i beneficiari sig.ri C V e P R "Attuatori" per la soddisfazione del suddetto interesse;

- l'amministrazione e la gestione dei beni vincolati, in vista del soddisfacimento degli scopi di destinazione, spetta disgiuntamente ad entrambi gli Attuatori per gli atti di ordinaria amministrazione, mentre spetta congiuntamente per gli atti di straordinaria amministrazione; l'alienazione del bene potrà essere compiuta solo dal conferente, peraltro alle condizioni specificate in precedenza.

Gli Attuatori si obbligano:

- ad amministrare i beni vincolati con la diligenza del buon padre di famiglia, nel rispetto degli scopi di destinazione, come sopra specificati;

- al compimento di ogni attività necessaria per tutelare la consistenza fisica, l'integrità materiale e il valore dei beni vincolati, il titolo di appartenenza e, se del caso, il possesso;

È consentita, altresì, agli Attuatori la stipula di contratti che prevedano la costituzione di diritti reali o personali di godimento, di ipoteca o di qualsiasi altro vincolo sopra i beni in oggetto, ma solo in quanto si tratti di atti diretti al soddisfacimento degli scopi di destinazione. In questo caso la direzione dell'atto all'attuazione dello scopo di destinazione deve essere in esso espressamente dichiarata;

- la destinazione cesserà al verificarsi del primo dei seguenti eventi:

1. decorsi .... anni dalla stipulazione del presente atto;

2. una volta defunti tutti i Beneficiari della destinazione;

3. dichiarazione di cessazione della destinazione, resa per atto pubblico o autenticato da notaio, da tutti i Beneficiari della destinazione di età non inferiore ad anni diciotto e non incapaci, esistenti in tale

un modello di atto di destinazione *ex art.* 2645 *ter* c.c.<sup>105</sup>.

Nessuna preoccupazione d'ordine costituzionale sembra del resto sorgere dalla diversa disciplina della norma in discorso rispetto a quella delle norme che governano il fondo patrimoniale<sup>106</sup>: la diversità di trattamento è legata alla diversità degli istituti, ma nulla esclude che anche nella

momento, con il necessario consenso, se in vita, del conferente;

In caso di premorienza del conferente rispetto ai Beneficiari della destinazione, gli immobili destinati si devolvono agli eredi del conferente gravati dal vincolo di destinazione costituito col presente atto, ove esso non sia ancora cessato.

In tale ipotesi l'attuazione della destinazione continua con il soggetto che il conferente si riserva di indicare in separato documento o testamento".

<sup>105</sup> Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day, 30 novembre 2013*, Roma, 2013, 66 e segg. (il testo è disponibile, tra l'altro, al seguente sito web: [http://www.notai-comolecco.it/wwwnotai-leccocomoit/Downloads/Guida%20operativa\\_-\\_Contratti%20di%20convivenza.pdf](http://www.notai-comolecco.it/wwwnotai-leccocomoit/Downloads/Guida%20operativa_-_Contratti%20di%20convivenza.pdf)).

Come del resto illustrato da Fusaro, *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, cit., 7, ad un convegno organizzato nel 2009 dalla Fondazione italiana per il notariato (*Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, organizzato a Roma il 21 novembre 2009) vennero analizzate alcune ipotesi applicative dell'atto di destinazione. Il primo caso frontalmente riguardante la famiglia, era così formulato: "Tizio legalmente separato con un figlio avuto dalla convivente Caia, casalinga, è proprietario di tre immobili di valore pressoché identico. Intende destinare a Caia, vita natural durante, un immobile al fine di assicurarle un'abitazione e i frutti in considerazione del suo apporto di lavoro tra le mura domestiche. Inoltre, ove possibile, intende destinare a sé stesso un altro immobile in considerazione dell'età avanzata e del fatto di non aver maturato trattamenti pensionistici". Nell'analisi non si è dubitato della meritevolezza dell'interesse della famiglia di fatto e sono state proposte due soluzioni alternative, nella seconda delle quali l'atto di destinazione era accompagnato dalla donazione. Più esattamente, nella prima soluzione il bene resta nella titolarità del conferente, ma "destinato alle esigenze abitative di Caia in modo completo, senza limitazione alcuna", precisandosi che "ove l'esigenza abitativa della stessa non sia immediata, l'immobile potrà essere locato a terzi o comunque concesso in altre forme di corrispettivo", ancora, che "i frutti e ogni altra utilità economica ritraibili dal bene destinato, dedotto quanto indicato *infra*, spettano alla beneficiaria". Il conferente ne diviene gestore, impegnandosi: (a) ad aprire apposito conto bancario ove far confluire le redditività e da cui attingere l'occorrenze per far fronte alle spese; (b) a redigere rendiconto annuale; (c) ancora a procedere "all'alienazione del bene solo per necessità relative allo stato di conservazione dello stesso" in tal caso reimpiegando la somma riscossa nell'acquisto di altro immobile da vincolare. Si precisa che mentre la morte della beneficiaria estingue la destinazione, quella del conferente determina la devoluzione del bene gravato del vincolo di destinazione, aggiungendosi che "in tale ipotesi l'attuazione della destinazione continua con il soggetto che il conferente si riserva di indicare in separato documento o testamento". Nella seconda soluzione proposta, si aggiunge la donazione dell'immobile al figlio Tizietto, il quale contestualmente lo destina al padre "allo scopo di assicurarli il reddito che gli consenta indipendenza economica ed esistenza dignitosa", conservandone l'amministrazione, secondo i medesimi criteri sopra indicati.

<sup>106</sup> Il dubbio è sollevato da G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 321 e segg., secondo cui "Certamente lecita è la destinazione di beni a fare fronte esclusivamente ai bisogni di una famiglia di fatto, non fondata sul matrimonio dell'autore della destinazione stessa. La destinazione esclusiva ai bisogni di una famiglia fondata sul matrimonio, che è per certo la sola contemplata dalle norme degli artt. 167 e segg. c.c., si configura come costituzione di un fondo patrimoniale; ma, secondo la disciplina propria di quest'ultimo, la separazione dei beni vincolati dal residuo patrimonio del proprietario di essi è regolata in modo ben diverso - e, ben può dirsi, meno perfetto - di quello che risulta dalle norme dell'art. 2645 *ter* c.c.

famiglia fondata sul matrimonio si possa fare ricorso ad un vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, come si è tentato in precedenza di dimostrare<sup>107</sup>.

Anzi, come appare documentato da alcuni atti costitutivi del vincolo in oggetto tra conviventi pervenuti allo scrivente, nulla sembra escludere che un'apposita clausola dell'atto stesso colleghi all'eventuale celebrazione del matrimonio *inter partes* l'automatica trasformazione del vincolo in fondo patrimoniale<sup>108</sup>. È noto che le convenzioni matrimoniali<sup>109</sup> ben possono essere stipulate in data precedente alle nozze e, del resto, la condizione legale di celebrazione delle nozze impedisce alle stesse di produrre effetti in epoca anteriore; il riferimento sarebbe qui comunque ad un matrimonio ben determinato (quello dei conviventi, per l'appunto), per cui neppure sotto questo profilo potrebbero sussistere problemi di validità. Il tutto, ovviamente, a condizione che l'atto in questione soddisfi i requisiti di forma (art. 162 c.c., 48 L. notar.) e sostanza (artt. 167 e segg. c.c.) previsti per il fondo e, più in generale, per la validità delle convenzioni matrimoniali (artt. 160 e segg. c.c.).

Meno che mai si potranno immaginare ostacoli sulla base di una pretesa (nella famiglia di fatto) "assenza di una predeterminazione astratta dell'interesse" del nucleo familiare, così come di una asserita "impossibilità di procedere ad una sua [dell'interesse: n.d.a.] tendenziale definizione sotto il profilo temporale"<sup>110</sup>. L'interesse patrimoniale a far fronte ai bisogni del *ménage* familiare è vivo, reale e riconosciuto come tutelabile tanto nella famiglia fondata sul matrimonio, così come nella libera unione, come attestato dalla possibilità di esprimersi, anche in questo secondo caso, in termini di veri e propri "regimi patrimoniali della famiglia di fatto": "regimi" che vanno dall'obbligazione naturale, all'arricchimento ingiustificato, al riconoscimento di una sicura meritevolezza di tutela nella costellazione dei contratti di convivenza<sup>111</sup>.

Del tutto isolata, del resto, è rimasta la posizione<sup>112</sup> secondo cui alle convivenze non fondate sul matrimonio sa-

rebbe addirittura inapplicabile l'art. 2645 *ter* c.c., a causa della peculiarità dell'interesse familiare che escluderebbe il suo soddisfacimento attraverso lo strumento destinatorio, posto che quest'ultimo prescinderebbe dall'inquadramento del fine all'interno dell'ambito familiare. Secondo tale singolare prospettazione, ciò deriverebbe dal fatto che la maggior parte degli interessi familiari non sarebbe suscettibile di soddisfazione mediante la destinazione di un bene "perché il programma di attuazione di interessi che costituiscono il profilo funzionale di inderogabili doveri familiari non appare determinabile mediante la destinazione al relativo soddisfacimento di un fondo agricolo, di un trattore, ovvero di una nave, manifestandosi come il prodotto della ponderazione degli interessi coinvolti nella reale vicenda e delle relazioni correnti tra essi che, soltanto dopo l'individuazione della sua dimensione nel caso concreto, ne consente, essenzialmente ad opera dei coniugi mediante i c.dd. negozi di negozi di indirizzo della vita familiare, la concreta determinazione delle modalità attuative, sia pure per un tempo estremamente limitato"<sup>113</sup>. Inoltre, l'atto di destinazione mirante alla soddisfazione di un interesse già tutelato dall'ordinamento mediante l'attribuzione di un diritto soggettivo, non presenterebbe "il *proprium* della destinazione, vale a dire la funzionalizzazione della situazione giuridica soggettiva che riscontra il suo punto di riferimento oggettivo nel bene destinato tale da esigere la riformulazione dei poteri, doveri, facoltà, in essa contenuti fino a determinare anche l'ingresso nella situazione giuridica soggettiva di nuovi obblighi finalizzati all'attuazione dello scopo di destinazione"<sup>114</sup>.

Ora, a parte il fatto che nella convivenza *more uxorio* non esistono, tra i *partners*, rapporti giuridicamente vincolanti derivanti dal fatto stesso dell'esistenza di un *ménage*<sup>115</sup> e che la previsione di un vincolo, così come la stipula di un contratto di convivenza, mirano a fornire al convivente debole proprio quella tutela che la legge gli rifiuta, resta la considerazione che nel concetto stesso di destinazione

in relazione ai vincoli non direttamente individuati dalla legge, come potrebbe essere, se bastasse la liceità del fine, quello comportato dalla destinazione ai bisogni della famiglia di fatto. Invero, dei beni costituiti in fondo patrimoniale si può efficacemente disporre, purché con il consenso di entrambi i coniugi e con l'aggiuntiva autorizzazione giudiziale, necessaria peraltro nel solo caso in cui vi siano figli minori (art. 169 c.c.): può efficacemente disporsi, si noti, anche a fini diversi da quello cui sono destinati. Dalla norma dell'art. 2645 *ter* risulta, per contro, che i beni vincolati – per esempio, se lo si consentisse, anche al fine di fare fronte ai bisogni della famiglia di fatto – "possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione": dal che si desume che anche l'alienazione per un fine diverso sarebbe in ogni caso impossibile, e quindi inefficace, sol che il vincolo sia stato reso opponibile a terzi in forza della pubblicità. Ne conseguirebbe che l'interesse del terzo all'acquisto non sarebbe mai tutelato, cedendo sempre di fronte a quello di rispetto del vincolo di destinazione (atipico, perché non direttamente individuato dalla legge), anche nei casi in cui l'interesse del terzo viene fatto salvo pur a fronte del vincolo tipico, dato dalla destinazione ai bisogni della famiglia fondata sul matrimonio: un atto dispositivo per fine estraneo ai bisogni della famiglia di fatto sarebbe invero inefficace, anche se consentito da colui che è in comunione di vita con il proprietario disponente; né sarebbe concepibile un'autorizzazione giudiziale, pur in presenza di figli minori, giacché l'eventuale istanza diretta ad ottenerla non potrebbe avere risposta diversa da una dichiarazione di non luogo a provvedere. Sotto altro profilo, può osservarsi che al creditore del proprietario di beni costituiti in fondo patrimoniale il soddisfacimento coattivo su quei beni è precluso soltanto in relazione ad ob-

bligazioni assunte per scopi che egli sapeva estranei al fine di destinazione (art. 170 c.c.), mentre al creditore del proprietario di beni destinati ai bisogni della famiglia di fatto il soddisfacimento coattivo sarebbe precluso – a norma dell'art. 2645 *ter*, se si consentisse di farne applicazione per qualsivoglia finalità non illecita – in forza del solo elemento oggettivo, dell'estraneità dell'obbligazione al fine di destinazione, indipendentemente dallo stato soggettivo del creditore stesso. L'illegittimità costituzionale di una così irragionevole disparità di trattamento sembra, come si diceva, evidente. Il fine di destinazione ai bisogni della famiglia fondata sul matrimonio non può avere trattamento meno favorevole di quello della destinazione ai bisogni della famiglia di fatto".

<sup>107</sup> V. *supra*, 239 e segg.; cfr. inoltre Oberto, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 202 e segg.

<sup>108</sup> Per un modello di atto istitutivo di vincolo di destinazione a beneficio di una famiglia di fatto, contenente una clausola del genere, cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 387 e segg.

<sup>109</sup> Cui l'atto *inter vivos* costitutivo del fondo va ascritto: cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 332 e segg.

<sup>110</sup> Così invece Francesca, *op. cit.*, 1035.

<sup>111</sup> Cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, I e segg.

<sup>112</sup> Cfr. Federico, *op. cit.*, 614 e segg., in partic. 632.

<sup>113</sup> Così sempre Federico, *op. cit.*, 629.

<sup>114</sup> Così sempre Federico, *op. cit.*, 628.

<sup>115</sup> Sul tema v. per tutti Oberto, *Id.*, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., *passim*.

ben può rientrare la messa disposizione diretta di uno o più beni per il soddisfacimento delle necessità della famiglia (fondata o meno che sia sul matrimonio), fin tanto che il nucleo familiare esiste, laddove la stipula di un atto del genere di quelli in esame ben potrebbe rientrare nel programma di un “negoziato di indirizzo della vita familiare”, anche se si “limitasse” (si fa per dire) a prevedere, ad esempio, il necessario utilizzo dei canoni di locazione dei beni vincolati al procacciamento dei beni e servizi che servono al regolare (e dai coniugi, o dai *partners*, come sopra “indirizzato”) svolgimento della vita familiare.

Nei limiti e con le precisazioni di cui sopra, va dunque ribadito che il vincolo di cui all'art. 2645 *ter* c.c. potrà essere costituito in favore della famiglia di fatto, *ad instar* di quanto accade per la famiglia fondata sul matrimonio per il fondo patrimoniale<sup>116</sup>.

Ciò detto, si stagliano però nette diverse differenze rispetto all'istituto di cui agli artt. 167 ss. c.c.

Cominciando dalla ragione principale per la quale il fondo viene costituito, vale a dire la costituzione di una situazione d'*insaisissabilité*<sup>117</sup> di uno o più beni, va subito ricordato che il vincolo *ex art.* 2645 *ter* c.c. è più “forte”<sup>118</sup> di quello da fondo patrimoniale, per via dell'opponibilità nei confronti di tutti i creditori dei coniugi, anche a prescindere dalla ricorrenza delle condizioni, per così dire, “soggettive” descritte dall'art. 170 c.c., nonché per la diversa ripartizione dell'*onus probandi* delle condizioni “oggettive”<sup>119</sup>.

Altro effetto – già ricordato con riguardo alla famiglia fondata sul matrimonio – appare essere quello dell'esclusione dei beni vincolati dalla eventuale massa fallimentare, se non in relazione a quei debiti contratti “per la realizzazione del fine di destinazione”<sup>120</sup>.

Anche qui, poi, vale il rilievo per cui, per ciò che attiene agli eventuali atti dispositivi, se il vincolo ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. può sembrare a tutta prima più “debole” di quello da fondo patrimoniale, avuto riguardo alla non necessità di autorizzazione giudiziale per gli atti *ex art.* 169 c.c. in presenza di figli minorenni, è anche vero che la regola appena citata risulta, quanto meno secondo l'opinione dominante, derogabile. Inoltre, l'effettuazione della pubblicità rende comunque il vincolo di destinazione *ex art.* 2645 *ter* c.c. opponibile verso ogni subacquirente, a differenza di quello che accade allorché i coniugi si siano riservati la facoltà di alienazione dei beni del fondo patrimoniale senza autorizzazione (ovvero quando, in presenza della necessità di autorizzazione, quest'ultima sia stata rilasciata), posto

che, in tal caso, il terzo acquista il bene certamente libero dal vincolo<sup>121</sup>.

Il ricorso all'art. 2645 *ter* c.c. permette poi anche la costituzione di un vincolo temporale nell'interesse della famiglia di fatto al di là delle ipotesi in cui l'istituto *ex artt.* 167 ss. c.c. è consentito per la famiglia fondata sul matrimonio. I costituenti, per esempio, potranno derogare a quanto stabilito dall'art. 171 c.c., stabilendo, sempre a titolo d'esempio, che il vincolo non cessi (ed anzi, questa sarà la regola, atteso il principio che autorizza una durata dello stesso per novanta anni o per tutta la vita della persona fisica beneficiaria) in caso di scioglimento del *ménage* (e, dunque, di una situazione speculare rispetto al divorzio), pur in assenza di figli minori.

In quest'ottica il vincolo *ex art.* 2645 *ter* c.c. può prestarsi a fornire garanzie per le prestazioni a favore della prole, una volta intervenuta la crisi del *ménage*, in maniera esattamente speculare rispetto a quanto già consentito da una decisione di merito in relazione alla separazione personale dei coniugi<sup>122</sup>.

### Il problema dell'individuazione dei beneficiari del vincolo di destinazione a favore della famiglia di fatto

Venendo poi a trattare del profilo soggettivo, va subito posto in evidenza che l'art. 167 c.c., in materia di fondo patrimoniale, individua genericamente “la famiglia” come beneficiaria dell'istituto. Ora, secondo la dottrina, la famiglia cui la norma fa richiamo possiede un'estensione che non va oltre la famiglia nucleare, atteso l'evidente collegamento del fondo con l'obbligo di contribuzione dei coniugi (art. 143 c.c.) e dei figli (art. 315 c.c.), nonché con quello di mantenimento della prole (artt. 147 e 148 c.c.). Per quanto attiene a quest'ultima, fermo restando che in tale concetto si debbono far rientrare i figli (legittimi, legittimati, adottivi, nonché i minori in affidamento temporaneo) della coppia a prescindere dalla loro nascita rispetto al momento di costituzione del fondo, si discute sulla possibilità di riferire il fondo anche ai figli (legittimi, naturali o adottivi) di un solo coniuge.

La tesi preferibile valorizza l'indispensabilità dell'elemento matrimoniale per la costituzione del fondo, al fine di ricavarne l'impossibilità di pervenire alla ventilata estensione. Non manca però chi ritiene di valorizzare il ruolo dell'eventuale introduzione del minore unilaterale nella famiglia legittima del proprio genitore. Si discute infine sulla riferibilità dell'istituto ai figli maggiorenni, pervenendo la

<sup>116</sup> Cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 133 e segg.

<sup>117</sup> Con questa fondamentale differenza, peraltro, rispetto al notaio introdotto in Francia da una legge del 2003, estesa nel 2008 a tutti i *biens immobiliers non professionnels*, e cioè che l'*insaisissabilité* “ne joue que pour les dettes à venir”: principio, questo, che, ove accolto nel nostro sistema normativo (che talora sembra concepito per premiare i “furbi”), avrebbe risolto non pochi dei problemi pratici posti dal fondo patrimoniale. Problemi che sono invece stati affrontati, come noto, con l'“accetta” della “renziana”, introdotta nel 2015 (per una critica al riguardo cfr. Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla “renziana”?*, cit., 17 e segg.).

<sup>118</sup> V. *supra*, 241; cfr. inoltre Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645*

*ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 351 e segg., 424 e seg.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 145 e seg.; in senso conforme v. anche G.A.M. Trimarchi, *op. loc. ult. cit.* (il quale rileva, per l'appunto, che “lo “stato” di separazione dei beni in vincolo di destinazione è più “forte” di quelli in fondo patrimoniale”); cfr. inoltre Bullo, *Sub art. 2645 ter c.c.*, cit., 3330.

<sup>119</sup> Si badi, peraltro, che, per le ragioni cui si è già fatto cenno (v. *supra*, 241 e segg., 249) fondo patrimoniale e vincolo di destinazione possono essere (a determinate condizioni) in pari modo “travolti” dall'esperimento dell'azione esecutiva *ex art.* 2929 *bis* c.c.

<sup>120</sup> E anche qui andrà tenuto conto di quanto già accennato con riguardo al 2° comma dell'art. 64 L. fall. (v. *supra*, 242).

<sup>121</sup> Cfr. *supra*, 242, 249.

<sup>122</sup> Cfr. Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, cit.

tesi prevalente e preferibile alla soluzione di ritenere compresi i figli maggiorenni non ancora autosufficienti<sup>123</sup>.

Ora, a differenza dell'art. 167 c.c. ("... bisogni della famiglia"), l'art. 2645 *ter* c.c. sembra presupporre invece l'esatta individuazione di uno o più soggetti determinati ("... altri enti o persone fisiche").

Ad avviso di chi scrive, peraltro, la meritevolezza dell'interesse, per le ragioni solidaristiche che ispirano la norma, è di tale evidenza da consentire anche di collocare la famiglia nel suo complesso (vuoi legittima, vuoi di fatto) tra uno di quegli "altri enti" cui fa richiamo la disposizione, magari valorizzando quell'indirizzo che ormai unanimemente considera tanto la famiglia fondata sul matrimonio, come il *ménage* di fatto, quali "formazioni sociali" riconosciute dall'art. 2 Cost.<sup>124</sup>. È chiaro che la soluzione, la quale individua come beneficiario del vincolo di destinazione la famiglia nel suo complesso eviterebbe la necessità di un riferimento specifico ai membri attuali del nucleo in considerazione, e, conseguentemente, il ricorso a non agevolmente ipotizzabili atti di revoca e/o modifica, qualora il nucleo medesimo avesse ad ampliarsi o ridursi.

Non vi è dubbio che, dal punto di vista fattuale, tale soluzione appaia, almeno a prima vista, più problematica per la convivenza *more uxorio* rispetto all'unione matrimoniale. Si è infatti rilevato<sup>125</sup> che manca un elemento che consenta d'individuare i componenti, come componenti di un gruppo. E ciò in quanto il rapporto tra i conviventi non è desumibile da un atto formale, così come il rapporto tra i conviventi ed i figli non è un rapporto collettivo che riguarda tutti, ma è rapporto che lega individualmente ciascuno di essi (ad eccezione – solo ad alcuni fini – per i fratelli naturali riconosciuti dal medesimo genitore).

Si è così ulteriormente sottolineato che "mentre la famiglia legittima contiene in sé l'elemento formale ed unificante che consente l'immediato riconoscimento di tutti i suoi componenti presenti e futuri rispetto al momento genetico di un qualunque atto d'autonomia che possa riguardarli (tali, infatti, sono i coniugi uniti in matrimonio, o i loro figli legittimi), la famiglia di fatto non consente un'identificazione collettiva dei suoi componenti: i conviventi possono nel tempo cambiare senza alcuna ripercussione giuridica, e gli stessi figli sono tali, sul piano giuridico, in relazione a ciascun genitore che effettua il riconoscimento"<sup>126</sup>.

Peraltro, come sopra chiarito, neppure nella famiglia legittima i confini soggettivi appaiono sempre così chiaramente delineati, se è vero che non manca chi ha inteso fondare proprio sulla convivenza il tratto identificativo della "famiglia" rilevante *ex artt.* 167 e *segg.* c.c.<sup>127</sup>, mentre diversi Autori non esitano a riferire il fondo patrimoniale, come si è visto, anche ai minori in affidamento, ai figli (legittimi, naturali, adottivi) di uno solo dei coniugi, purché inseriti nel nucleo familiare, e agli stessi figli maggiorenni della coppia coniugata, purché ancora non autosufficienti e conviventi con i genitori<sup>128</sup>.

Del resto, non è escluso che, nella famiglia di fatto, l'identificazione dei componenti possa avvenire anche solo *per relationem*. Una volta individuati nell'atto costitutivo i due soggetti del cui *ménage* si tratta, sarà sufficiente indicare, genericamente, la prole che da tale unione nascerà (e – perché no? – aggiungervi l'astratta possibilità che il nucleo si estenda, con l'inserimento di fatto di eventuali figli unilaterali o minori in affidamento). Quanto all'ulteriore possibile presupposto, costituito dalla previsione che il rapporto di filiazione sia legalmente accertato mercé riconoscimento o dichiarazione giudiziale, atteso il carattere meramente dichiarativo di siffatti atti e la presenza di un'obbligazione naturale per ciò che attiene al mantenimento di figli naturali eventualmente non riconosciuti né dichiarati, non sembra possa predicarsi l'assoluta indispensabilità di tale elemento (ancorché dal punto di vista pratico il suo inserimento appaia raccomandabile, così come consigliabile comunque appare la nominativa menzione dei soggetti beneficiari già in vita)<sup>129</sup>.

#### Incapaci e semi-incapaci quali beneficiari del vincolo. Esclusione della necessità di autorizzazione giudiziale

Se è vero che, come sopra illustrato, la tutela dell'interesse della famiglia, e, all'interno di questa, delle posizioni più deboli costituisce precipuo campo di applicazione dell'istituto *ex art.* 2645 *ter* c.c., va aggiunto che proprio il perseguimento di tale scopo potrebbe incontrare un imprevisto ostacolo "burocratico", qualora si dovesse ritenere l'atto in questione, in quanto diretto a costituire un vincolo in favore di uno o più soggetti incapaci o semi-incapaci, soggetto al regime autorizzativo previsto dal codice per i negozi relativi alla gestione dei patrimoni di minori, interdetti, inabilitati, beneficiari di amministrazione di sostegno.

<sup>123</sup> Per tutti i richiami si fa rinvio ad Auletta, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, 29 e *segg.*; Id., *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, 392 e *seg.*; Cenni, *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, 563; Fusaro, *Del fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia*, a cura di Balestra, Torino, 2010, 1048 e *seg.*; Demarchi Albengo, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 2011, 95 e *segg.*

<sup>124</sup> Sul punto Oberto, *Atti di destinazione (2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 385 e *segg.*; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 149 e *segg.*; anche per G.A.M. Trimarchi, *op. loc. ult. cit.*, "Sul piano generale non può certo escludersi che la famiglia non fondata sul matrimonio possa considerarsi un "ente", una formazione all'interno della quale le persone che la compongono sviluppano la propria persona il cui valore è centrale nel ragionamento sulla meritevolezza sopra esteso". Proprio

per via delle ragioni espone nel testo (e già presentate nei lavori in questa nota citati) occorre rassicurare chi teme che la tesi proposta dallo scrivente sottenda improbabili ritorni alla concezione istituzionale della famiglia (così invece Bellomia, *op. cit.*, 734, nota 113): "istituzione" e "formazione sociale" sono e rimangono, per chi ha studiato a lungo l'argomento, concetti ben differenti (per un'illustrazione, impossibile in questa sede, dei riflessi del passaggio dalla "concezione istituzionale" alla "concezione costituzionale" della famiglia sul tema dei rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi si rinvia a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 103 e *segg.*).

<sup>125</sup> G.A.M. Trimarchi, *op. loc. ult. cit.*

<sup>126</sup> G.A.M. Trimarchi, *op. loc. ult. cit.*

<sup>127</sup> Cfr. Demarchi Albengo, *op. loc. ult. cit.*

<sup>128</sup> Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 150 e *seg.*

<sup>129</sup> Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 150 e *seg.*

Sul punto potrà menzionarsi un provvedimento del 2012<sup>130</sup>, che ha escluso che l'atto di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* a favore di minori d'età necessiti di autorizzazione *ex art. 320 c.c.*, sia per il conseguimento, sia per il consolidamento della posizione beneficiaria.

Nella specie, il padre e la nonna di due minorenni intendevano destinare, senza effetti traslativi, la dimora avita, di loro proprietà, a favore di se medesimi, del coniuge del primo e dei figli minorenni di entrambi i coniugi. Lo scopo era evidentemente quello di provvedere ai bisogni fondamentali della loro persona: al bisogno di un'abitazione gratuita e consona allo *status* familiare, ai bisogni sanitari di tutti i beneficiari e alle spese di educazione, istruzione e formazione professionale dei figli. L'attuazione della destinazione era riservata, quali primi gestori, ai costituenti con poteri disgiunti di ordinaria amministrazione e congiunti di straordinaria amministrazione.

Come osservato in dottrina<sup>131</sup>, si trattava di un atto di destinazione in parte autodestinato, in parte eterodestinato. Esso imprimeva sui beni una specifica destinazione allo scopo, dando vita a una relazione fiduciaria, al cui fascio di poteri e obblighi faceva *pendant* una conformazione della proprietà. Il ricorso era stato proposto per ottenere l'autorizzazione a rendere la dichiarazione di voler profittare dell'effetto incrementativo della sfera patrimoniale dei minorenni. Il giudice adito, peraltro, ha correttamente escluso che vi fosse luogo a provvedere su tale istanza.

Ed invero, nella fattispecie, quel tipo di atto destinazione, oltre a non determinare (in quanto tale) trasferimenti di diritti (come, appunto, nel fondo patrimoniale non traslativo), non involge alcun preesistente diritto dei minori, posto che il compendio immobiliare in relazione al quale si prevede di imprimere la destinazione è oggetto della esclusiva

proprietà dei costituenti, maggiorenni e capaci. È poi anche vero che, come osservato dal citato provvedimento di merito, l'adesione al negozio (in nome e per conto dei minori) non può (neanche) essere identificata alla stregua di atto eccedente l'ordinaria amministrazione, non comportando, per gli stessi minori, alcuna diminuzione patrimoniale, od anche il mero rischio di diminuzione patrimoniale.

Va poi escluso che, in una situazione del genere, possa darsi alcun conflitto di interessi tra i minori ed i genitori per conto dei quali è proposta richiesta di autorizzazione, poiché vi è convergenza di interessi e vantaggio comune (genitori e figli, pur portatori di interessi distinti, beneficeranno tutti della destinazione).

Ad avviso dello scrivente, poi, non potrebbe pervenirsi a conseguenze diverse neppure volendo riconoscere nella situazione del beneficiario gli estremi della posizione del terzo di un contratto *ex art. 1411 c.c.*<sup>132</sup>. Ed invero, come illustrato da chi scrive in altra sede, in relazione ai contratti della crisi coniugale, non essendo richiesta alcuna dichiarazione d'accettazione da parte del terzo beneficiario, nessuna autorizzazione ai sensi dell'art. 320 c.c. dovrà ritenersi necessaria<sup>133</sup>.

In quest'ottica, incomprensibile, prima ancora che non condivisibile, appare un'altra decisione<sup>134</sup>, di segno opposto rispetto a quella appena citata, la quale non solo ha ritenuto applicabile nella specie l'art. 320 c.c., ma ha addirittura negato l'autorizzazione, sulla base del discutibile assunto secondo il quale, pur essendo l'atto nell'interesse del minore, esso sarebbe stato contrario ai principi dell'ordinamento, poiché in violazione della riserva di legge di cui all'art. 2740 c.c., quasi che l'art. 2645 *ter c.c.* fosse principio tratto da una raccolta di regole prive del valore di legge (oltre che, ovviamente, successiva e speciale rispetto alla norma generale in tema di garanzia patrimoniale generica).

## Atto di destinazione e concordato preventivo

Massimo Palazzo

A circa dieci anni dalla introduzione nell'ordinamento italiano dell'art. 2645 *ter c.c.* il contribuente propone una riflessione su alcune delle principali questioni esaminate dalla giurisprudenza di merito in tema di applicazione dell'atto di destinazione nella procedura di concordato preventivo.

### Premessa introduttiva

Una recente vicenda giurisprudenziale, decisa dalla Corte di appello di Firenze con sentenza n. 1482 del 31 agosto 2015 (inedita), dà lo spunto ad alcune riflessioni sul tema dell'atto di destinazione.

Con decreto del 15 ottobre 2014<sup>1</sup> il Tribunale fiorentino respinge la domanda, proposta con ricorso presentato ai sensi dell'art. 161 L. fall. da una società a r.l. che chiedeva l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, esprimendo un giudizio negativo sulla fattibilità del piano. Con sentenza in pari data viene dichiarato il fallimento della società.

<sup>130</sup> Cfr. Trib. Saluzzo, 19 luglio 2012, in *Famiglia e minori*, 22 dicembre 2012, con nota di Di Sapio e Gianola.

<sup>131</sup> Cfr. Di Sapio e Gianola, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>132</sup> Per i richiami cfr. Di Sapio e Gianola, *op. loc. ultt. citt.*, i quali rimarcano che alcuni interpreti fanno cenno all'articolo 1411 c.c. e, su questa piattaforma, si è ammessa la revocabilità della destinazione fino a che non sia resa la dichiarazione di volerne profittare. Altri interpreti, in applicazione della più ampia regola sistematica ricavabile dagli artt. 1333, 1411, 1236, 649 e 785 c.c., ritengono invece che la dichiarazione di voler profittare è necessaria esclusivamente per stabilizzare la posizione beneficiaria, non per rendere irretroabile l'impegno assunto dai costituenti, che, nel nostro caso, è un tema differente, da verificare con riguardo allo specifico contenuto dell'atto di

destinazione (Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 79 e, a proposito dei *trust*, Di Sapio, *Gli strumenti contrattuali di cura e di protezione dei minori d'età portatori di handicap: un'esposizione*, cit., 626, con divergenze in ordine ai negozi a causa familiare).

<sup>133</sup> Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1160 e seg.; Id., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, cit., pag. 69 s.

<sup>134</sup> Cfr. Trib. Massa, 31 luglio 2012, in [http://www.personaedanno.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=39933&catid=89&Itemid=336&mese=09&anno=2012](http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=39933&catid=89&Itemid=336&mese=09&anno=2012).

<sup>1</sup> In *Le corti fiorentine* 2/2015, 27 e segg.