

rivista di diritto privato

1 anno XXI - gennaio/marzo 2016

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova,
Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno,
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore: Giorgio De Nova

Condirettori: Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale: Pietro Abbadessa, Fabio Addis,
Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,
Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,
Francesco Delfini, Massimo Di Rienzo,
Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,
Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti,
Carlo Ibba, Giancarlo Laurini, Raffaele Lener,
Francesco Macario, Vincenzo Meli, Massimo Miola,
Mario Notari, Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri,
Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Paolo Pardolesi,
Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale,
Renato Rordorf, Luigi Salvato, Giuseppe Santoni,
Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi,
Federico Tassinari, Marco Tatarano, Gian Roberto Villa,
Fabrizio Volpe, Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore,
Andrea Zoppini

Redazione: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione,
Marco Nicolai

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa

del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in
abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si
intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti
entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.
Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. –
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

**Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.**

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n.
196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati
nel data base informatico del titolare del trattamento
Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da
enti e società esterne ad essa collegati, nonché da sog-
getti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per
l'invio di materiale amministrativo-contabile, com-
merciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto
di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi
dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi pre-
visti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Edi-
tore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri",
"Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi
delle professioni" sono assoggettati alla procedura di refe-
raggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in
questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazio-
ne, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo
con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizio-
ne alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contri-
buto ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal
Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato
Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il
proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza
citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può
comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione
senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblica-
zione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o in-
tegrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio
di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisio-
ne finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare
fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità,
può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo
alla procedura di referaggio.

rivista di diritto privato

2016

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Misericocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 1/2016

Saggi e pareri

- L'Atto di destinazione (a dieci anni dall'introduzione dell'art. 2645 ter)**
di Giovanni D'Amico 7
- I contratti di destinazione patrimoniale (a proposito di un libro recente)**
di Enrico Minervini 33
- Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni**
di Achille Antonio Carrabba 35
- Negozi *post mortem* ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette**
di Vincenzo Barba 49
- Fiducia, situazioni gestorie e opponibilità.
Contributo allo studio della proprietà destinata**
di Roberto Calvo 85
- Deposito fiduciario e funzione di garanzia**
di Raffaele Lenzi 95
- Il credito bancario dal punto di vista della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo**
di Valerio Tavormina 117
- Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale**
di Nicola Colaianni 131

Saggi e pareri

L'Atto di destinazione (a dieci anni dall'introduzione dell'art. 2645 ter)*

di Giovanni D'Amico

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza formatasi sull'art. 2645 ter cod. civ. nei primi dieci anni di applicazione della disposizione. – 3. Necessità di spostare l'attenzione dall'effetto di «segregazione» all'effetto di destinazione. La destinazione come atto di conformazione/funionalizzazione del diritto di proprietà da parte del suo titolare. – 4. La «eccezionalità» del potere di «conformazione» del diritto di proprietà e gli interessi («meritevoli di tutela») che possono giustificare l'effetto «destinatorio». – POSTILLA. La nuova c.d. «revocatoria semplificata» (art. 2929 bis c.c.).

1. I (quasi) dieci anni trascorsi dalla introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter¹ non sono forse un tempo sufficiente per tracciare un vero e proprio «bilancio» dell'istituto in esame, ma consentono almeno – alla luce di alcuni dati empirici, quali le prassi negoziali formatesi in questo periodo, e gli orientamenti che si sono profilati nella elaborazione giurisprudenziale – di formulare qualche prima valutazione circa l'impatto che il nuovo istituto ha sin qui avuto nel nostro sistema.

E la prima constatazione che indubbiamente si impone è che non si può certo parlare (almeno sin qui) di una grande diffusione dell'istituto²: il che, da un lato, sembrerebbe smentire le preoccupazioni (al limite, in qualche caso, dell'allarme) di chi preconizzava un ricorso massiccio alla figura in esame, tale da determinare un definitivo (e irreparabile) *vulnus* al principio di universalità della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c.; dall'altro, suonerebbe conferma di quegli indirizzi dottrinali che hanno variamente propugnato la necessità di una interpretazione «rigorosa» (o – secondo taluno – «restrittiva») del nuovo istituto e del suo ambito di applicazione.

* Si pubblica, con il corredo delle note, il testo della Relazione svolta all'Incontro di studio su «*Autonomia privata e destinazione patrimoniale*», tenutosi presso l'Università degli Studi di Bari il 21-22 maggio 2015.

¹ Avvenuta ad opera dell'art. 39-novies del D.L. 30.12.2005, n. 273, conv. in L.23.2.2006, n. 51.

Per un «bilancio» a cinque anni dall'introduzione di tale disposizione cfr. Ceolin, *Il punto sull'art. 2645-ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 358 ss.

² È recentissimo l'approdo in Cassazione dell'art. 2645-ter (v. *infra*), avvenuto peraltro in relazione alla problematica fiscale, che – come in numerosi altri casi – si conferma una variabile tra le più importanti nel determinare il «successo» o, per converso, l'insuccesso di nuovi istituti (si pensi – per fare un esempio ormai risalente – all'impresa familiare, introdotta dalla riforma del diritto di famiglia; oppure – per una esemplificazione più recente – all'istituto del *rent to buy*).

I due rilievi – che apparentemente sembrano convergenti, e dunque di “univoco” significato – in realtà (esaminati più a fondo) si collocano sullo sfondo di un quadro fortemente “chiaroscurale”, se non addirittura confuso. Le ragioni che la giurisprudenza ha sin qui (prevalentemente) addotto per opporre una sorta di “scudo” (a protezione soprattutto dei creditori) nei confronti del diffondersi di vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. sovente sono tutt’altro che persuasive (e, quindi, destinate probabilmente a non superare il vaglio critico, cui quanto prima potrebbero essere sottoposte, da parte del giudice della legittimità): il che – qualora la previsione risulti fondata – potrebbe aprire la strada, una volta “rimosso” l’erroneo atteggiamento della giurisprudenza, ad un ampliamento degli spazi di operatività dell’art. 2645-ter. Al contempo, tuttavia, occorre sottolineare che vi sono *altre e più convincenti ragioni* che conducono *comunque* a corroborare una interpretazione “restrittiva” (o, più semplicemente, – come sopra abbiamo detto – “rigorosa”) dell’ambito di applicazione dell’istituto in esame, interpretazione che va però supportata con argomenti (e ragioni) diversi da quelli fin qui privilegiati dai giudici di merito (e con esiti che saranno anch’essi, conseguentemente, almeno in parte differenti).

Fatta questa premessa, e prima di affrontare la questione di quale sia (almeno a nostro avviso) il più corretto inquadramento del nostro istituto, è bene procedere ad un esame, sia pure sintetico, degli orientamenti giurisprudenziali formati in questi anni intorno all’art. 2645-ter c.c.

2. L’esperienza di questi primi dieci anni (o poco meno) di applicazione dell’istituto dell’“atto di destinazione” fa emergere con chiarezza il dato (già indicato) di una indubbia esiguità della casistica giurisprudenziale³, oltre tutto singolarmente “concentrata” presso alcuni Tribunali in particolare, che hanno così finito per determinare l’orientamento “prevalente” (almeno dal punto di vista quantitativo)⁴.

Un orientamento – deve subito aggiungersi – che si è espresso per lo più nel senso del diniego di riconoscimento di effetti all’atto di destinazione sottoposto al vaglio dei giudici, sul presupposto che l’art. 2645-ter non preveda la possibilità di un vincolo di destinazione “auto-imposto”, e si riferisca invece soltanto all’apposizione

³ Le “massime” censite su *Juris data* (con una ricerca per fonte normativa: art. 2645-ter c.c.) sono – alla data di aprile 2015 – in numero di 37, ma poiché alla stessa pronuncia sono (sovente) associate più massime, i casi giurisprudenziali effettivi sono poco più di 15.

⁴ Il maggior numero di pronunce edite (otto) provengono dal Tribunale di Reggio Emilia. Altri Tribunali che hanno deciso questioni sollevate (più o meno propriamente) in riferimento all’art. 2745-ter sono: Bologna, S. Maria Capua Vetere, Bari, Saluzzo, Vicenza, Roma.

Come già accennato (v. *retro*, nt. 2), poi, nel mese di febbraio del 2015, la sez. VI-T della Cassazione ha emanato tre ordinanze (Cass. 24-2-2015 n. 3735, Cass. 24-2-2015 n. 3737, e Cass. 25-2-2015 n. 3886) in camera di consiglio (ex art. 375 n. 5 c.p.c., e dunque ritenendo la «manifesta fondatezza» dei ricorsi, che nella specie erano stati proposti dall’Agenzia delle Entrate avverso tre sentenze rispettivamente della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, dalla Commissione Tributaria regionale dell’Umbria, e dalla Commissione Tributaria Regionale della Campania), sul cui contenuto ci soffermeremo più avanti.

di un vincolo di destinazione quale *pattuizione "accessoria" ad un atto di trasferimento* (per lo più a titolo gratuito) del bene ad un terzo.

Alla luce di questa premessa, mentre è stato ritenuto valido l'accordo tra due coniugi in sede di separazione personale, in virtù del quale l'obbligo di mantenimento dei figli veniva assolto dal padre mercè (appunto) *trasferimento* alla moglie di un compendio immobiliare con un "vincolo di destinazione" corrispondente⁵, non è stato invece ritenuto ammissibile (dal medesimo Tribunale) un accordo con cui – sempre nell'ambito di un procedimento di separazione consensuale – due coniugi avevano stabilito di vincolare (ex art. 2645-ter) un immobile di proprietà comune (*del quale essi prevedevano, tuttavia, di conservare la proprietà*) per il soddisfacimento delle esigenze abitative ed economiche dei propri nipoti «sino al compimento del ciclo di studi ed il raggiungimento dell'autosufficienza economica» (e comunque non oltre il compimento del 35° anno di età da parte del più giovane), allo scopo di regolare in tal modo «i loro rapporti economici anche con riferimento all'adempimento dell'obbligo alimentare degli ascendenti nei confronti dei nipoti, come previsto dall'art. 433 c.c.»⁶.

⁵ Cfr. Trib. Reggio Emilia, 30 novembre 2006; Trib. Reggio Emilia 23 marzo 2007, in *Corriere del merito*, 2007, 699 (in questo caso il "vincolo" consisteva nella destinazione dei frutti degli immobili a favore dei figli, con obbligo per la madre di non alienare i beni prima del raggiungimento della maggiore età da parte loro); e Trib. Reggio Emilia 26 marzo 2007, in *Famiglia e diritto*, 2008, 616 ss. (con nota di Galluzzo, *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti una tantum e art. 2645-ter c.c.*).

⁶ Così Trib. Reggio Emilia 7 giugno 2012 (in *www.ilcaso.it*; e v. anche, nei medesimi termini, Trib. Reggio Emilia 22 giugno 2012, in *Trust*, 2013, 57, con Nota di Rizzo, *Una lettura dell'art. 2645 ter. Luci ed ombre*), secondo il quale i coniugi avrebbero, semmai, potuto costituire – per raggiungere il loro obiettivo - un *trust* (che è pacificamente ammesso anche nella forma del c.d. "trust autodichiarato") (ma v. App. Venezia 10 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*, che ha dichiarato ammissibile e trascrivibile un *trust* "autodichiarato", traendo argomento fra l'altro dalla circostanza che il nostro ordinamento conosce ipotesi di vincolo "autoimposto", come nel caso del fondo patrimoniale, e negli "atti di destinazione" ex art. 2645 ter, «anche in assenza di atti traslativi dei beni stessi»). Il Tribunale ha pertanto negato, allo stato, l'omologazione della separazione consensuale, riconvocando i coniugi al fine di indicare agli stessi le modificazioni eventualmente da apportare all'accordo di separazione.

L'orientamento contrario all'ammissibilità di un vincolo di destinazione "autoimposto" è stato ribadito di recente, sempre da Trib. Reggio Emilia 12 maggio 2014, che – in un caso in cui un soggetto aveva apposto su un immobile di sua proprietà un vincolo di destinazione finalizzato al "soddisfacimento delle esigenze abitative ed in genere ai bisogni del nucleo familiare", individuando il termine finale al momento del compimento del quarantesimo anno di età della figlia, e aveva pertanto presentato opposizione all'esecuzione promossa da un creditore (UBI Banca) – ha respinto l'opposizione osservando che «la portata applicativa della norma, da intendersi come norma sugli effetti e non sugli atti, deve essere interpretata in senso restrittivo, e quindi limitata alle sole ipotesi di destinazione traslativa collegata ad altra fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa (in questi termini, cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere ord. 28/11/2013 [v. anche la nota seguente], Trib. Trieste dec. 7/4/2006; per questo Tribunale, cfr. poi Trib. Reggio Emilia dec. 27/11/2014, dec. 26/11/2012, dec. 22/6/2012, ord. 23/3/2007)». La decisione è stata confermata (in sede di reclamo avverso il diniego di sospensione dell'esecuzione) da Trib. Reggio Emilia 10 marzo 2015 (in *www.dejure.it*).

Persino in un caso in cui beneficiaria del vincolo di destinazione era una persona «disabile» (madre del disponente) si è esclusa la trascrivibilità ex art. 2645 *ter* per il fatto che era previsto che i beni “vincolati” rimanessero nella titolarità del disponente⁷.

Stessa motivazione è stata sovente utilizzata per escludere la trascrivibilità ex art. 2645-*ter*⁸ in un'altra fattispecie che si è presentata con una relativa frequenza in questi anni, ossia quella di un vincolo di destinazione imposto dal debitore-imprenditore (o da un terzo) sui propri beni, in favore dei creditori sociali (in particolare, per assicurare la non alterazione della *par condicio* tra gli stessi) in vista della presentazione di un piano concordatario⁹.

Come emerge dalla rapida rassegna giurisprudenziale svolta, nella maggior parte dei casi che si sono presentati all'esame della giurisprudenza, quest'ultima ha dichiarato *intrascrivibile* il vincolo di destinazione, e lo ha fatto – quasi sempre – con la

⁷ Trib. Santa Maria Capua Vetere ord. 28/11/2013 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 713 ss., con Nota di Azara, *Atto di destinazione ed effetto traslativo*; nonché in *Corriere giur.*, 2014, 1365 ss.), con orientamento ribadito da Trib. Santa Maria Capua a Vetere ord. collegiale 6/3/2014.

Tutta la motivazione di questa sentenza (come pure, quasi negli stessi testuali termini, di Trib. Reggio Emilia decr. 27 gennaio 2014, in *Corr. giur.*, 2014, 1365 ss., con il già citato Commento di Clara Sgobbo) è incentrata sull'idea che l'art. 2740 c.c. contenga (ancora) un “principio generale”, onde le disposizioni (come l'art. 2645-*ter*) che vi apportano deroga, devono essere interpretate restrittivamente. Il Giudice ricava, poi, la conclusione dell'inammissibilità di un “vincolo di destinazione autodichiarato” (o autoimposto) anche da alcuni argomenti “letterali”: ad es. il fatto che la norma parli di “conferimento” (e di “conferente”), il che fa pensare appunto alla necessità di un atto di trasferimento del bene; e, inoltre, il fatto che essa attribuisca al conferente il potere di agire per la realizzazione dell'interesse protetto dal vincolo (per la critica a tutti questi argomenti v. il *Commento* di Azara, poc'anzi citato).

Condivide la tesi della inammissibilità di un «vincolo di destinazione autoimposto» Trib. Bari 23 maggio 2014 (in *Quotidiano giuridico*, 2014, con Nota di Toschi Vespasiani).

⁸ Trascrivibilità invece affermata da Trib. Ravenna, decr. 22 maggio 2014, in *Fallimento*, 2015, 203 ss. (con Nota di Andretto), e Trib. Reggio Emilia decr. 27 gennaio 2014, 18 dicembre 2013, in *Fallimento*, 2014, 598.

Esclude la trascrivibilità anche Tribunale di Vicenza, decr. 31 marzo 2011, in *Fallimento*, 2011, 1461 (con Commento di Abete, *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e fattibilità del piano*), ma sulla base della considerazione secondo cui la “destinazione” cui l'art. 2645-*ter* c.c. dà rilievo è solo quella preordinata alla realizzazione di interessi attinenti all'ambito della “solidarietà sociale”.

⁹ Cfr. Trib. Reggio Emilia decr. 27 gennaio 2014 (citato nella penultima nota), in un caso in cui il piano concordatario presentato da una società che aveva chiesto l'ammissione al concordato preventivo prevedeva tra i beni messi a disposizione dei creditori un immobile (del valore di ca. 400.000 euro) sul quale una società terza (ma con identica compagine sociale) *in bonis* aveva imposto un “vincolo di destinazione” ex art. 2645-*ter* a favore dei suddetti creditori della società in stato di crisi. Il Tribunale di Reggio Emilia ritiene inammissibile il suddetto «vincolo di destinazione», oltre che per il fatto di essere un vincolo «autoimposto» (v. la nota precedente), anche in considerazione del fatto che non appare meritevole di tutela l'interesse alla imposizione di un vincolo che sottrae un bene ai propri creditori per destinarlo al soddisfacimento dei creditori di un'altra società. Conseguentemente l'ammissione alla procedura concordataria viene negata, ritenendo che difetti nel caso di specie il requisito della “fattibilità giuridica” del concordato stesso (nel caso concreto, senza il bene in questione non sarebbe stato possibile riconoscere alcuna percentuale di soddisfacimento ai creditori chirografari).

medesima motivazione (e cioè che l'art. 2645-ter non contempla il vincolo di destinazione auto-imposto¹⁰)¹¹.

È una motivazione – va subito detto – assai debole. Essa si basa sull'idea che l'art. 2645-ter non descriva una “fattispecie” autonoma (secondo il linguaggio di queste sentenze: che esso sia «una norma sugli effetti» e non una «norma di atti»), e che pertanto debba intendersi come riferito «alle sole ipotesi di destinazione traslativa collegata ad altra fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa»¹². Detto altrimenti, la disposizione in esame non prevederebbe (e non legitt-

¹⁰ Ma v. *contra*, implicitamente, Trib. Bologna 5 dicembre 2009 (in *Il Civilista*, 2010, 9, 93) il quale ha ritenuto 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.»

¹¹ Solo episodicamente sono emerse ragioni di “intrascrivibilità” diverse (come nel caso di Trib. Vicenza, cit. *retro*, nella nt. 9).

Ad es., nella fattispecie esaminata da Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Famiglia e diritto*, 2013, 783 ss. (con Commento di Calvo, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei Tribunali italiani*) è stato (condivisibilmente) ritenuto inefficace il vincolo di destinazione istituito mediante testamento pubblico, affermando che (oltre tutto), nel caso di specie, l'atto risultava carente di causa in quanto vi era coincidenza tra i soggetti che avrebbero acquistato (per eredità o per legato) la proprietà dei beni (coniuge e figlie del *de cuius*) e i beneficiari del vincolo di destinazione imposto sui medesimi beni (beneficiari che erano sempre il coniuge e le figlie). Sulla necessaria *alterità* tra soggetto disponente e persona del beneficiario, che esclude una destinazione che si risolve a vantaggio del disponente medesimo, cfr. Scognamiglio, *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, in CNN, Studio n. 357/2012/C, *Atto di destinazione. Guida alla redazione* (in www.notariato.it), 83 ss.; per la tesi (accolta da Trib. Roma, cit.) che «l'autodestinazione manca di causa» cfr. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., 27, ove si legge che «finché la fattispecie non fuoriesce in qualche modo dalla sfera del disponente, quanto meno attribuendo un credito al beneficiario, dà vita ad un irrilevante rapporto unisoggettivo...»).

Un'altra ragione per ritenere inammissibile il ricorso all'art. 2645-ter è stata talora individuata dalla giurisprudenza (e da una parte della dottrina) nella esistenza di “alternative tipiche” che avrebbero consentito ai soggetti di realizzare altrimenti gli scopi e gli interessi perseguiti (v. *infra*, quanto osserviamo alle note 14 e 21).

¹² La dottrina assolutamente maggioritaria ritiene, invece, che il collegamento dell'atto di destinazione con un trasferimento del bene su cui viene imposto il vincolo sia del tutto eventuale, e comunque non necessario: cfr. Ceolin, *op.cit.*, 362-363 (e *ivi*, alla nt. 35, ampie indicazioni bibliografiche) il quale sintetizza questo diffuso orientamento scrivendo che «All'atto di destinazione è, dunque, estraneo il concetto di alienazione, vertendosi piuttosto nel campo delle limitazioni (del diritto di proprietà); l'effetto immediato e diretto che l'atto di destinazione produce è quello di far sorgere un vincolo (temporaneo) al libero esercizio del diritto di uno o più beni».

L'autore da ultimo citato – oltre alla ipotesi in cui il disponente apponga prima il vincolo e poi trasferisca il bene (già vincolato), e a quella in cui egli trasferisca prima il bene, sul quale poi viene (dall'*accipiens*) apposto il vincolo – prende in esame anche l'ipotesi (che è quella più significativa, visto che nelle altre il trasferimento del bene è, per così dire, estrinseco all'atto di destinazione) in cui il trasferimento sia configurato come necessario alla realizzazione della destinazione, per concludere che «quando questo nesso strumentale tra trasferimento ed interesse alla destinazione è rilevante ed evidente, è da ritenere che il trasferimento stesso trovi causa *sufficiente ed autonoma* nella destinazione stessa» (*ivi*, 364, ove si ricorda altresì che vi sono già altre ipotesi nelle quali si ammette che possa realizzarsi un trasferimento che risulti strumentale alla

timerebbe) un «negozio destinatorio puro» (ossia, appunto, la possibilità dell'apposizione pura e semplice di un vincolo di destinazione *su un bene che rimane di proprietà del "disponente"*), anche perché - scrivono i giudici - «diversamente opinando ... verrebbe scardinato dalle fondamenta il sistema fondato sul principio, codificato dall'art. 2740 c.c., della responsabilità patrimoniale illimitata e del carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità, atteso che, in forza di una semplice volontà unilaterale del debitore, una porzione o financo l'integralità del suo patrimonio, sarebbero sottratti alla garanzia dei propri creditori»¹³.

realizzazione degli scopi che le parti perseguono, come accade nel caso del mandato ad alienare, o nel caso in cui il bene venga trasferito ad un soggetto cui è demandata l'attuazione della destinazione programmata). Sotto il profilo della trascrizione, in quest'ultimo caso, «L'atto di destinazione andrà ... trascritto ai sensi dell'art. 2645 e per gli effetti dell'art. 2644 in ordine al fenomeno traslativo, e ai sensi dell'art. 2645 *ter* ai fini dell'opponibilità del vincolo» (così, ancora, Ceolin, *op.cit.*, 364).

¹³ Così Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, cit. (e tutte le altre pronunce - ricordate nelle note precedenti - dello stesso giudice).

L'orientamento in questione è stato, di recente, ribadito (con toni, anche, abbastanza "vivaci") dal Tribunale di Trieste-Ufficio del Giudice Tavolare, con decr. 22-4-2015, che ha rigettato l'istanza di un notaio di annotazione di un vincolo di destinazione con il quale una signora intendeva imporre su alcuni beni immobili (di cui rimaneva proprietaria, assumendo altresì la qualifica di "attuatrice" del vincolo) una destinazione a favore della nipote da poco laureata in Giurisprudenza, consistente nell'utilizzazione diretta (come «abitazione principale o studio professionale») o indiretta (come «investimento immobiliare», attraverso per es. la concessione in locazione) al fine di permettere alla beneficiaria «la realizzazione delle sue aspirazioni di vita e professionali».

Il giudice triestino ritiene che - così operando - si finirebbe per elevare la «segregazione» al rango di «causa» (del "presunto" negozio di destinazione), mentre nella logica dell'art. 2645-*ter* essa è solo un "effetto negoziale, per quanto tipizzante". Non essendo questo ammissibile, l'atto di destinazione (*in quanto non collegato ad un trasferimento del bene*) finisce per essere - sempre secondo l'opinione del Tribunale di Trieste - "privo di causa", non potendo neanche tale elemento ravvisarsi nell'enunciazione dello "scopo" per il quale la destinazione dovrebbe essere attuata, scopo che identifica semmai i "motivi" del disponente.

Ora, a noi sembra che la motivazione che si legge nel decreto del giudice triestino non sia affatto persuasiva. Essa, anzitutto, confonde l'effetto di segregazione con l'effetto di destinazione: "causa" dell'atto di destinazione (in generale, e anche nella concreta fattispecie che ricorreva nel caso in questione) è il «programma» di "destinare" uno o più beni (vincolandoli) alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela (interesse che, perciò, deve essere - in qualche modo - un interesse "socialmente tipico", come nella specie l'interesse alla "realizzazione professionale" di un familiare). La "segregazione" (*recte*: l'effetto di segregazione, che consegue ad un valido "atto di destinazione", idoneo ad imporre un vincolo trascrivibile), non è la "causa", ma semmai l'effetto (strumentale) che consente (sia pure non da solo) di realizzare la "causa" dell'atto (o, quanto meno, di rimuovere un possibile ostacolo alla sua realizzazione).

Non era, dunque, sotto questo profilo che poteva trovare giustificazione il *rifiuto di annotare* il vincolo di destinazione in questione. Piuttosto tale rifiuto poteva - nella specie - essere probabilmente giustificato (oltre che per l'*assenza di utilità sociale*, che sola può - a nostro avviso - giustificare un vincolo ex art. 2645-*ter*) per il fatto che difettava un ulteriore requisito (implicito), di cui deve ritenersi necessario il rispetto: e cioè che *lo scopo che si intende perseguire attraverso l'atto di destinazione non sia raggiungibile mediante l'utilizzo di altri strumenti tipici* (sul punto cfr. Gigliotti, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *NGCC*, 2014, II, 362 ss., spec. 374 e nt. 56). Ed è - difatti - a questo ulteriore (e più persuasivo) argomento che fa ricorso anche il giudice triestino, laddove egli osserva che «nella specie, ricorrendo ad un ordinario contratto

Questi argomenti sono stati più volte criticati in dottrina¹⁴, ma - soprattutto - essi appaiono destinati ormai ad infrangersi contro il diverso avviso del giudice della legittimità, se sarà data continuità ad un trittico di ordinanze del febbraio di quest'anno, che - sebbene incentrate sui profili fiscali del nostro istituto (profili relativamente ai quali, peraltro, la decisione del Supremo Collegio appare tutt'altro che persuasiva) - contengono (anche) alcune affermazioni *generali* che contraddicono apertamente il riferito orientamento di merito¹⁵. E inverso - in una di tali ordinanze (con affermazioni che, sul punto, sono identicamente replicate anche nelle altre) - nel respingere la qualificazione come *trust* di un atto con il quale due coniugi avevano destinato le rendite di alcuni immobili a favore di se stessi e (alla propria morte) dei figli, la Corte di Cassazione ha osservato che del *trust* manca(va) nella specie «uno dei tratti tipologicamente caratteristici, ossia il trasferimento a terzi da parte del *settlor* dei beni costituiti in *trust*, al fine del conseguimento dell'effetto, con carattere reale, di destinazione del bene alla soddisfazione dell'interesse programmato». Viceversa - secondo i giudici della Cassazione - l'ipotesi oggetto di giudizio poteva (può) essere ricondotta alla figura degli «atti di destinazione contemplati

costitutivo di usufrutto, con previsione di elementi accessori quali il termine o la condizione idonei a veicolare i motivi addotti, sia la disponente che la beneficiaria potevano vedere ugualmente regolati i propri interessi». Sul profilo da ultimo toccato v. comunque anche quanto osserviamo *infra*, nella nota 21.

¹⁴ Cfr. Ceolin, *Il punto sull'art. 2645-ter*, cit., 358 ss., 359 (ed *ivi*, alla nota 4, ampie indicazioni della dottrina - nettamente maggioritaria - che considera la disposizione dell'art. 2645-ter come una «norma di fattispecie», o quanto meno come norma che disciplina - oltre che gli effetti e i profili pubblicitari - anche un particolare tipo di atto negoziale (l'atto di destinazione, appunto).

¹⁵ Cfr. Cass. VI-T, ord. 24 febbraio 2015, n. 3735; Cass. VI-T, ord. 24 febbraio 2015, n. 3737; e Cass. VI-T, ord. 25 febbraio 2015, n. 3866.

Il dato comune alle tre fattispecie esaminate (le pronunce provengono dallo stesso Collegio, col medesimo presidente [Cicala] e identico estensore [Perrino]) è che in tutte si trattava della tassazione di presunti atti di *trust*, qualifica che i giudici del Supremo Collegio respingono (per le ragioni ricordate nel testo), ritenendo invece di essere in presenza di un «vincolo di destinazione» ex art. 2645-ter c.c., *che può sussistere anche senza il trasferimento del diritto sulla cosa*, e che (nonostante l'assenza di detto trasferimento) va assoggettato all'imposta «proporzionale» dell'8% di cui all'art.2, comm. 47 e ss., D.L. 3.10.2006, n. 262 (conv. in L. 24.11.2006, n. 286), che ha reintrodotto nel nostro ordinamento l'imposta sulle successioni e donazioni, con la novità della sottoposizione al medesimo trattamento fiscale anche dei «vincoli di destinazione».

Nel caso deciso da Cass. 3735/2015 il disponente, per rafforzare la garanzia concessa a un terzo tramite la prestazione di una fideiussione aveva costituito in *trust* «auto-dichiarato» alcuni beni immobili in favore di alcuni istituti bancari (con previsione di utilizzo del residuo al soddisfacimento dei bisogni della propria famiglia e con destinazione finale del *trust fund* residuo a proprio favore o dei suoi eredi legittimi).

Nel caso deciso dall'ord. n. 3737/2015, si trattava invece di un (preteso) *trust* costituito con contestuale provvista di danaro a favore di un *trustee* allo scopo di provvedere alla manutenzione ordinaria e straordinaria, alla riqualificazione e allo sviluppo di un aeroporto entro un determinato lasso temporale, con previsione di attribuzione dei beni eventualmente residui, alla cessazione, a profitto della Regione (ove è situato l'aeroporto) o ad altra società pubblica o ente pubblico regionale individuato dai disponenti (v. ord. 3737). Infine, nel caso deciso dall'ord. n. 3886/2015, due coniugi avevano costituito un *trust* (ancora una volta «auto-dichiarato»), conferendovi beni immobili di loro proprietà ed individuando i beneficiari finali nello loro stesse persone, se in vita al momento della cessazione del *trust*, o, in mancanza, nei figli in parti uguali.

dall'art. 2645 *ter* c.c., che, 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, perchè inerente alla qualità del bene che ne è oggetto, sia pure con contenuto atipico purchè rispondente ad interessi meritevoli di tutela, *assurgendo per questo verso a norma sulla fattispecie*» (corsivo aggiunto)¹⁶.

La pronuncia in questione prosegue, poi, affermando che la disposizione dell'art. 2645-*ter* risponde all'esigenza di «rendere tipica la volontà destinatoria»¹⁷, e che «è questa la situazione che ricorre nella fattispecie in esame, *in cui non si è prodotto effetto traslativo alcuno*, ma in cui i disponenti, nel regolamentare i propri interessi con effetti assimilabili a quelli di un fondo patrimoniale, hanno impresso, come effetto immediato e diretto, *vincoli temporanei al libero esercizio dei propri stessi diritti sui beni immobili in oggetto*» (corsivo aggiunto)¹⁸.

Non ci potrebbe essere presa di posizione più netta in senso contrario all'indirizzo (dei giudici di merito) sopra contestato¹⁹. Indirizzo che non può essere condiviso, né nelle premesse da cui muove né nello strumento tecnico che suggerisce di utilizzare, anche per le ragioni che illustriamo nelle pagine immediatamente seguenti.

¹⁶ Il brano tra virgolette si legge nella motivazione di Cass. 25-2-2015, n. 3886, cit. (ma già prima, negli esatti termini, v. le sentenze nn. 3735 e 3737 del 24-2-2015, stesso Collegio e stesso giudice estensore).

¹⁷ Se così non fosse – osservano i giudici - «essa sarebbe inutile, essendo già consentito dal principio di libertà, proprietaria e negoziale, di fare l'uso che si crede dei propri beni e, quindi, anche di impiegarli per determinate finalità» (Cass. n. 3886/2015, cit.).

¹⁸ Così, ancora, Cass. n. 3886/2015, cit., dove si conclude con la seguente affermazione: «... L'effetto immediato e diretto della previsione del vincolo di destinazione si è prodotto nella sfera giuridica dei coniugi T. - P., *che sono rimasti proprietari dei beni e che giustappunto mercé il vincolo su di essi impresso sono riusciti a conseguire gli effetti voluti*».

¹⁹ Anche se i giudici della Cassazione non menzionano esplicitamente le pronunce (di merito) in cui detto indirizzo ha trovato formulazione.

È bene sottolineare che le affermazioni che i giudici del Supremo Collegio svolgono sul punto della qualificazione civilistica dell'atto di destinazione ex art. 2645-*ter* mantengono la loro validità indipendentemente dalle soluzioni che i medesimi giudici propugnano sul piano del trattamento fiscale della fattispecie.

Su quest'ultimo punto – come già accennato – le ordinanze della VI sezione della Cassazione non sono apparse convincenti, perché contrastanti con il dato “sistematico” secondo il quale l'applicazione del tipico tributo previsto dal T.U. n. 346/90 richiede – come dato indefettibile – il ‘trasferimento di beni e diritti’, dato che – del resto – aveva indotto la stessa Amministrazione finanziaria (nella Circ. n. 3/E del 22 gennaio 2008) ad adottare una interpretazione ‘adeguatrice’ del dato normativo di cui all'art. 2 commi 47 e 49 del cit. d.l. n. 262/2006, ritenendo soggetti all'imposta prevista dal T.U. n. 346/90 solo gli atti costitutivi di vincoli destinativi con efficacia traslativa, e relegando al contrario nell'ambito dell'imposta di registro (e per giunta in misura fissa) quelli che ne siano privi (così Pischetola, *La Cassazione sancisce l'8% sui vincoli di destinazione ancorché senza trasferimento*, in www.abbruscatonotaio.com/.../150.../1753-atti-di-destinazione-tassazione).

Sul tema della tassazione degli atti di destinazione si vedano anche Cannizzaro e Tassani, *La tassazione degli atti di destinazione e dei trust nelle imposte indirette*, CNN, Studio Tributario n. 58-2010/T (approvato dalla Commissione studi tributari il 21 gennaio 2011), in www.notariato.it/sites/default/files/58-10-t.pdf

3. Quanto alle premesse, può bensì riconoscersi che è corretta l'esigenza di una interpretazione restrittiva (*recte*: rigorosa) dell'art. 2645-ter, ma per ragioni diverse da quelle che immagina l'orientamento giurisprudenziale in esame²⁰, il quale finisce per condividere (sotto questo profilo) un errore alquanto diffuso, che anche da parte nostra era stato evidenziato in uno scritto recente²¹, dove segnalavamo come la (prevalente) dottrina - nell'analizzare il nuovo istituto - si sia lasciata eccessivamente suggestionare dall'effetto "segregativo" (creazione di un patrimonio separato) collegato all'atto di cui all'art. 2645-ter, piuttosto che portare attenzione all'effetto di "destinazione" (rispetto alla realizzazione del quale, in definitiva, la stessa separazione patrimoniale è strumentale²²). La conseguenza ne è stata la concentrazione dell'a-

²⁰ Come già accennato (v. retro, nt. 16), in alcune pronunce è stato profilato un diverso e ulteriore elemento che dovrebbe condurre a "restringere" l'applicazione dell'art. 2645-ter, e cioè l'idea che *lo scopo che si intende perseguire attraverso l'atto di destinazione non sia raggiungibile mediante l'utilizzo di altri strumenti tipici*.

Si tratta di un assunto degno certamente di essere considerato, ma - bisogna riconoscerlo - non privo di problematicità. Se da un lato, infatti, è comprensibile l'esigenza di impedire che i privati utilizzino un determinato istituto (nella specie: il negozio di destinazione) *esclusivamente al fine di eludere l'applicazione di norme imperative limitative* previste nella regolamentazione di altri istituti (si pensi al fondo patrimoniale) oppure per *tentare di sottrarre ai creditori (per lo meno a quelli meno attenti e solerti) beni che altrimenti ricadrebbero nella "garanzia patrimoniale generica"*, dall'altro sussiste parimenti l'esigenza di non impedire all'autonomia negoziale di avvalersi *di tutti gli strumenti* che l'ordinamento giuridico mette a disposizione per realizzare i vari interessi di cui i privati sono portatori.

Del resto, quando un certo scopo è raggiungibile attraverso uno strumento tipico già previsto dal legislatore, il problema della meritevolezza dell'interesse (sostanziale) dovrebbe considerarsi già superato, e semmai sussisterebbe solo nella forma della *meritevolezza del ricorso all'uno o all'altro degli strumenti disponibili per realizzare quel determinato interesse* (una sorta di meritevolezza dell'interesse "strumentale" o "procedimentale", piuttosto che dell'interesse "sostanziale"). Osservazione, quest'ultima, che trova conferma nell'interessante posizione di un autore (Nuzzo, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*), il quale - ribaltando in un certo senso il punto di vista che stiamo esaminando - afferma che, al fine di stabilire se un atto di destinazione persegua interessi meritevoli di tutela, «potranno fornire un primo punto di riferimento sia le specificazioni iniziali dell'art. 2645 ter c.c. che le *classi* di interesse prese in considerazione dalle numerose e varie norme istitutive di patrimoni separati secondo la regola generale dell'art. 2740 comma 2 c.c. (quali ad esempio quelle volte a disciplinare il fondo patrimoniale o altri vincoli di destinazione posti a tutela della famiglia o di soggetti deboli all'interno della famiglia). Ciò nel senso che, anche al di fuori delle fattispecie previste dalle singole norme sui patrimoni separati, si deve ... ritenere che ogni volta che l'interesse perseguito dall'atto di destinazione appartenga alla stessa *classe* degli interessi rispetto ai quali è consentita dalla legge la costituzione di un vincolo di destinazione, si rientri nell'ambito degli interessi *meritevoli di tutela* che nell'art. 2645-ter c.c. giustificano la limitazione della responsabilità patrimoniale».

Sennonché, lo stesso A. si rende ben conto che - così ragionando - si finisce per pervenire ad una sorta di "tipizzazione" degli interessi meritevoli di tutela, in contrasto con il risultato voluto dal legislatore, il quale «ha invece scelto di renderli atipici». Il che conferma la "problematicità" del profilo in esame, ossia del rapporto tra l'atto di destinazione ex art. 2645-ter e gli altri istituti (tipici) attraverso i quali l'ordinamento giuridico consente di attuare "destinazioni" strumentali alla realizzazione di determinati interessi, o, più in generale, consente la realizzazione di codesti interessi (anche indipendentemente dalla creazione di un "patrimonio destinato")

²¹ D'Amico, *La proprietà «destinata»*, in *Riv.dir.civ.*, 2014, 533 s.

²² Non si può - a nostro avviso - dire che effetto di destinazione ed effetto segregativo siano (rigorosamente parlando) due facce della stessa medaglia, ossia due aspetti che non possono andare disgiunti (cfr. anche

nalisi sul (preteso) contrasto dell'atto di destinazione ex art. 2645-ter con il "principio generale" della responsabilità del debitore "con tutti i suoi beni"²³, dimenticando oltre tutto che la garanzia patrimoniale generica dei creditori anteriori (all'imposizione del vincolo di destinazione) trova comunque adeguata tutela nella possibilità di esperire l'azione revocatoria (di cui all'art. 2901 c.c.) nei confronti di atti di destinazione che dovessero risultare compiuti in loro pregiudizio²⁴, mentre i creditori posteriori sono sufficientemente tutelati dalla pubblicità cui è sottoposto il vincolo di destinazione, e dalla possibilità di valutare se il patrimonio del (potenziale) debitore sia rimasto o meno adeguato dopo l'imposizione del vincolo in questione²⁵.

infra, nota 26).

In particolare – e fuori dall'ipotesi di creazione di un nuovo soggetto giuridico (es.: fondazione) – l'effetto "segregativo" rafforza, indubbiamente, la "destinazione" – in quanto la rende *opponibile anche ai terzi* – ma non è *indispensabile (in senso assoluto)* a tal fine, potendosi concepire un vincolo di destinazione (per così dire) "debole", inopponibile ai terzi, ma fonte (in caso di violazione) di una responsabilità in capo al soggetto che ha la disponibilità del bene vincolato.

²³ In radicale controtendenza v., tuttavia, la posizione di Falzea, *Introduzione e considerazioni generali*, in Aa.Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea* (a cura di M. Bianca e A. De Donato), Quaderni della Fondazione italiana del Notariato, n. 2/2013, 19 ss.

L'illustre Maestro, partendo dalla distinzione tra limitazioni del patrimonio e limitazioni di responsabilità, arriva a negare qualsiasi contrasto dell'atto destinatorio (in quanto atto che non inciderebbe direttamente sulla responsabilità del soggetto, bensì – secondo l'A. – sul suo patrimonio) con la regola dell'art. 2740 c.c. Solo per le limitazioni di responsabilità varrebbe il principio di cui all'art. 2740 c.c., mentre per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio troverebbe applicazione il rimedio dell'azione revocatoria (ragionando diversamente – afferma Falzea – «tutti gli atti di alienazione, e, più in generale tutti gli atti di disposizione, dovrebbero considerarsi come limitativi della responsabilità patrimoniale e cadere sotto il divieto posto indirettamente dall'art. 2740 c.c. E se non lo sono gli atti di alienazione *a fortiori* non possono neppure esserlo gli atti di separazione, che certamente rappresentano un *minus* rispetto ad essi»).

Concetti analoghi si leggono in Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass.dir.civ.*, 2007, 1 ss., spec. 18 ss.

²⁴ Sull'applicabilità dell'azione revocatoria anche rispetto all'atto di destinazione v. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, cit., 183; Meucci, *La destinazione dei beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 458 ss., nonché Maltoni, *il problema dell'effettività della destinazione*, in AA.VV., *Negozi di destinazione. Percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., 82 ss., e Bullo, *Separazioni patrimoniali e trascrizione*, cit., 53 (gli ultimi due autori si occupano anche della possibile *simulazione* assoluta dell'atto di destinazione, desumibile in particolare dalla circostanza che la destinazione programmata non abbia in realtà ricevuto alcuna attuazione, rivelando in tal modo il suo carattere fittizio e, presumibilmente, fraudolento).

²⁵ Pur non condividendo (come diciamo nel testo) la prospettiva che legge l'art. 2645-ter in funzione soprattutto dell'art. 2740 c.c., deve comunque ammettersi che è vero che l'introduzione del nuovo istituto infligge probabilmente il colpo più duro (almeno da un punto di vista "concettuale") al principio di "universalità" della responsabilità patrimoniale, "principio" che poteva ancora dirsi tale (nonostante il numero continuamente crescente delle "eccezioni" apportate allo stesso) sino a quando è rimasto riservato *al legislatore* il potere di apportarvi deroga, mentre una volta che questa possibilità sia riconosciuta (sia pure non illimitatamente) anche all'autonomia privata, è evidente che non solo appare dubbia la possibilità di continuare a parlare di un principio di «ordine pubblico» (e v., per una sottolineatura siffatta, già prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter, Gambaro, *Trust*, in *Dig.disc.priv./Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 467), ma diventa probabilmente sempre più difficile anche solo parlare di un principio "generale" (cfr. ad es. Lenzi, *Atto di destinazione*, cit., 58-59, ove si legge che il mutato assetto del diritto positivo consente di formulare

A diversa conclusione si potrebbe pervenire solo se potesse affermarsi che, una volta trascritto (validamente), il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter – *in quanto opponibile ai terzi* – impedisce ai creditori (*anche anteriori*) per causa estranea alla destinazione non solo di soddisfarsi sul bene (il che è vero), *ma financo di poter esperire (se del caso) l'azione revocatoria per rendere il vincolo ad essi inopponibile*.

Non sembra, però, che una simile conseguenza possa ammettersi. E' bensì vero che il vincolo di destinazione è opponibile anche ai creditori *anteriori* (rispetto al momento della sua trascrizione)²⁶ – senza di che, del resto, rischierebbe di essere vanificata la stessa destinazione impressa al bene²⁷ –, ma sarebbe eccessivo pensare che questi creditori non possano agire in revocatoria contro l'atto di destinazione, una volta che questo sia stato trascritto. Ciò non avviene certamente nel caso del fondo patrimoniale, e non si vede per quale motivo dovrebbe accadere nel caso dell'atto di destinazione²⁸.

«un rilievo di portata sistematica, carico di rilevanti ricadute applicative, e cioè di ritenere superata la concezione secondo cui le figure tipiche di separazione da destinazione sarebbero da considerare di stretta interpretazione, in quanto fattispecie eccezionali»; ma v., all'opposto, per una valutazione che ribadisce – nonostante tutto – la natura di principio generale alla regola della responsabilità patrimoniale illimitata, M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 243 ss., 252; in argomento cfr. anche Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2011, 67 ss., 229 ss.).

²⁶ Analogamente a quanto avviene in materia di fondo patrimoniale, rispetto al quale è pacifico che il divieto di esecuzione forzata sancito dall'art. 170 c.c. non riguarda i soli crediti (estranei ai bisogni della famiglia) sorti successivamente alla costituzione del fondo, ma concerne anche i crediti anteriori a detta costituzione (cfr. Cass. 7 luglio 2009, n. 15862, in *Giust.civ.*, 2010, 2845).

²⁷ Basterebbe che i creditori anteriori (a cui, in ipotesi, il vincolo di destinazione si ritenesse inopponibile) decidessero di aggredire il bene "vincolato", anziché soddisfarsi su altri beni del debitore (ancorché capienti). Del resto – come è appena il caso di sottolineare – affermare l'opponibilità del vincolo anche ai creditori "anteriori" alla sua costituzione *non* significa farne retroagire l'efficacia: ciò accadrebbe solo se il "vincolo" potesse prevalere anche rispetto a pignoramenti (relativi a beni immobili o mobili registrati) trascritti anteriormente alla trascrizione del vincolo stesso; il che è tuttavia escluso dalla regola di cui all'art. 2915, comma 1, c.c., esplicitamente richiamata nell'ultima parte dell'art. 2645-ter.

²⁸ Si potrebbe osservare che proprio la circostanza che l'art. 2645-ter abbia subordinato la trascrizione dell'atto di destinazione alla verifica *in concreto* della sussistenza di un *interesse meritevole di tutela* (verifica affidata al notaio, tant'è che si prevede l'*atto pubblico* come forma necessaria, mentre ai fini della trascrizione sarebbe potuta bastare anche una scrittura privata, con semplice autenticazione delle sottoscrizioni da parte del pubblico ufficiale) giustificerebbe che, una volta superato questo "filtro" (e stabilito che l'atto è trascrivibile), il "vincolo" e la relativa destinazione – riconosciuti come *meritevoli di tutela* – debbano prevalere sugli interessi dei creditori. In un certo senso – anzi – il *giudizio di meritevolezza* servirebbe proprio a verificare (ed eventualmente sanare) la *prevalenza* dell'interesse che si intende realizzare attraverso il vincolo rispetto agli interessi dei creditori; o – forse, e meglio ancora – servirebbe a verificare che l'interesse sotteso all'imposizione del vincolo è un interesse *serio, reale, apprezzabile*, e che l'atto di destinazione non ha (dunque) finalità di frode ai creditori. Sennonché, anche ammesso di voler seguire un simile modo di ragionare, non è chi non veda come il *tipo di controllo* (preventivo) che, in tal modo, si pretenderebbe di far effettuare al notaio è praticamente irrealizzabile, in quanto comporta una valutazione (difficile e complessa) dell'intera situazione personale e patrimoniale del "disponente".

Tutto ciò induce a ritenere che il *giudizio di meritevolezza* effettuato in sede di formazione dell'atto di destinazione non possa spingersi né sino a compiere una verifica *in concreto* dell'interesse che l'atto di destinazio-

Posto, allora, che i creditori trovano la loro tutela (anche nei confronti degli atti di destinazione) nella possibilità di esperire (ove necessario) l'azione revocatoria²⁹,

ne si prefigge di realizzare (interesse che andrà valutato nella sua meritevolezza *in astratto*), né tanto meno a comparare tale interesse con quello dei creditori.

Il che – in definitiva – giustifica l'affermazione secondo cui è l'azione revocatoria (e, dunque, un rimedio *successivo* all'atto di disposizione) lo strumento di tutela dei creditori. Conclusione che – a propria volta – corrobora la tesi (qui sostenuta) secondo la quale non è (essenzialmente) con riguardo all'effetto di "segregazione" (e quindi ai rapporti con i creditori) che vanno guardate le problematiche dell'atto di destinazione, che sotto questo profilo *non* prospetta problemi diversi da quelli che si pongono con riferimento a qualsiasi altro "atto di disposizione" dei propri beni che il debitore ponga in essere (anche se va riconosciuta *una maggiore "insidiosità" dell'atto di destinazione*, perché attraverso esso il "disponente" ottiene il risultato di sottrarre il bene all'azione esecutiva dei creditori – o, almeno, di alcuni di essi – *senza privarsi del bene stesso*). Di qui l'esigenza di un "controllo" sull'attuazione (effettiva) della destinazione, in mancanza della quale si potrebbe supporre (al limite) anche il carattere *simulato* dell'atto di destinazione.

Tornando al tema del controllo della meritevolezza dell'interesse da parte del notaio, dire che tale controllo non riguarda la comparazione con l'interesse dei creditori, non significa svuotarlo di contenuto. Nel pensiero del legislatore, il ricorso alla formula «*interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 secondo comma*», è stato (probabilmente) suggerito dal parallelismo tra "contratto *atipico*" e "(atto di) destinazione *atipico*", e dal ragionamento per cui, come si impone un controllo di meritevolezza dell'interesse quando le parti pongono in essere un contratto non tipizzato (dal legislatore), così analogo controllo è necessario quando il soggetto anziché porre in essere un atto di destinazione "tipico" (ad es. un fondo patrimoniale) intenda porre in essere una destinazione "atipica" (dove l'"atipicità" sembrerebbe dover riguardare proprio l'interesse alla realizzazione del quale la destinazione è preordinata, sebbene il legislatore non manchi di "esemplificare" alcuni "scopi" che possono senz'altro ritenersi "meritevoli", come il sostegno a persone disabili o il supporto alla realizzazione di interessi facenti capo a "pubbliche amministrazioni").

Si capisce allora come la formula "meritevolezza dell'interesse *ai sensi dell'art. 1322 c.c.*" non intenda affatto rinviare (come invece ha pensato la dottrina) ai criteri che presiedono alla valutazione degli interessi (*del più vario genere*) che i contraenti possono decidere di perseguire attraverso un contratto "atipico", ma si riferisce soltanto *agli interessi che possono giustificare un atto di destinazione* (atto che viene, peraltro, individuato nella sua struttura essenziale [soggetti: disponente, beneficiario; oggetto: beni immobili o mobili registrati; forma: atto pubblico; pubblicità: trascrizione; ecc.] e nei suoi effetti fondamentali; tanto che non sembra azzardato parlare di un atto *tipico*, per quanto preordinato alla realizzazione di una *serie "aperta" di interessi*). La meritevolezza dell'interesse ex art. 2645-ter è, dunque, propriamente, l'idoneità dell'interesse (che il disponente intende realizzare) a giustificare un "vincolo di destinazione".

E a questo riguardo è evidente che non rilevano in alcun modo le discussioni e le diatribe che sono sorte con riguardo all'art. 1322 c.c., in particolare sotto il profilo della coincidenza o meno del concetto di meritevolezza con quello di liceità. "Meritevolezza dell'interesse", ai fini di cui all'art. 2645-ter, ci sembra non possa significare altro se non meritevolezza della creazione di un patrimonio destinato alla luce delle norme imperative e dei principi dell'ordine pubblico *che nel nostro ordinamento presiedono alla disciplina della proprietà e dei diritti reali*. Ma, nel senso qui inteso, l'identificazione tra "meritevolezza" (ex art. 2645-ter) e "liceità" non significa affatto "ampliare" l'ambito di applicazione dell'"atto di destinazione" (come solitamente si opina), ma piuttosto *ipotizzare un "filtro" particolarmente rigoroso*.

²⁹ Come si è osservato nella nota precedente, il fatto che il legislatore abbia ammesso la possibilità di creare "destinazioni atipiche" ha indubbiamente un'incidenza sulla posizione dei creditori, perché aumenta il pericolo di atti fraudolenti (è senza dubbio più "facile" imporre un vincolo di destinazione, restando proprietari, che non alienare ad un terzo il proprio bene) e richiede da parte dei creditori un'attenzione e una capacità di valutazione maggiori, non tanto sotto il profilo del controllo dei registri immobiliari (che essi avrebbero dovuto comunque effettuare per verificare l'esistenza di eventuali atti di alienazione), quanto

non è evidentemente su questo terreno che deve essere collocata la discussione circa la “*meritevolezza dell’interesse*”³⁰.

Nello scritto sopra ricordato, si suggeriva allora di **spostare l’attenzione sull’effetto di destinazione**, nella convinzione che sia in questo secondo effetto che si può cogliere il profilo veramente rilevante della figura che è stata introdotta nel nostro ordinamento: la quale si risolve, in definitiva, nell’ammettere la possibilità per l’autonomia privata di “*conformare*” la proprietà di uno o più beni, modellandone le facoltà di godimento e/o di disposizione³¹ in vista della realizzazione di interessi *diversi da quelli del proprietario*³².

piuttosto sotto il profilo della maggiore complessità e difficoltà di valutazione della incidenza che l’atto di destinazione ha sulla situazione patrimoniale del proprio debitore. Apparentemente può sembrare meno grave (agli occhi dei creditori), rispetto ad una alienazione, il comportamento del debitore il quale abbia destinato le rendite di un appartamento (di cui conserva la proprietà) al mantenimento e/o all’istruzione di un figlio; ma, da un punto di vista pratico, l’effetto è identico, perché comunque il bene “conferito” non potrà «costituire oggetto di esecuzione» (come recita l’ultima parte dell’art. 2645-ter) sia pure solo per la durata del vincolo di destinazione. Sotto questo profilo (e dal punto di vista – s’intende – dei creditori per causa “estranea” alla destinazione) imporre un vincolo di destinazione equivale alla alienazione del bene (salva la “temporaneità” della sottrazione del bene ai creditori che caratterizza il vincolo di destinazione, a fronte della “definitività” che inerisce invece alla alienazione del bene).

³⁰ Giustamente Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., 20, afferma che «a veder bene è un’assurdità postulare, sul presupposto di dover tutelare i creditori, uno scopo di speciale meritevolezza per legittimare la destinazione».

Mentre siamo pienamente d’accordo con questa affermazione, non condividiamo invece la posizione di questo autore, laddove – escluso che occorra una “speciale meritevolezza” dell’atto di destinazione – si esclude altresì che ci siano altre ragioni (in particolare il principio di “tutela della proprietà e del mercato”) che possano richiedere un filtro rigoroso ai fini dell’ammissibilità della creazione di vincoli di destinazione, onde – secondo l’A. – anche «interessi futili o capricciosi» (così come potrebbero essere – purché leciti – meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c., allo stesso modo) sarebbero idonei a supportare un «atto di destinazione» ex art. 2645-ter (cfr. *op.cit.*, p. 13 e ss., e nt. 14). Il problema è che mentre il contratto (a cui si riferisce precipuamente il controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c.) produce effetti solo tra le parti, la creazione (e la trascrizione) di un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter produce effetti anche nei confronti dei terzi. La differenza ci sembra decisiva. Sul punto cfr., comunque, anche *infra*.

³¹ Non è detto che il vincolo di destinazione implichi anche una limitazione della facoltà di disposizione del proprietario (questa limitazione potrà esserci o no: dipende dal contenuto del vincolo). Va da sé, peraltro, che, quando il bene può circolare, esso circolerà con il “vincolo” che lo affetta (vincolo che si imporrà anche all’acquirente).

³² Cfr. – in una direzione assai simile – Bullo, *Separazioni patrimoniali e trascrizione*, cit., 31 ss., ove si richiama altresì la posizione di Benatti, *Vincoli di destinazione*, in *Trattato dei diritti reali* dir. da Gambaro e Morello, II, Milano, 2011, 355 ss., spec. 385 ss.; e, *ante litteram*, si veda anche La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 79 ss.

Prima dell’introduzione dell’art. 2645 ter c.c. è dubbio peraltro, a nostro avviso, che un simile effetto di “conformazione” della proprietà (anche a tacere del problema di come renderlo “pubblico”, stante il principio di tipicità degli atti trascrivibili) potesse ritenersi conseguibile – in presenza di una regola di *numerus clausus dei diritti reali* – in applicazione del riconoscimento dell’autonomia contrattuale di cui all’art. 1322 c.c. (sarebbe, infatti, mancato l’*interesse meritevole di tutela*, nel significato in cui ne parla la disposizione in questione), e quale esplicazione del più ampio potere di disposizione spettante al proprietario (così, invece, Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto*

Si badi: che un bene (*recte*: una “cosa”) possa soddisfare interessi di soggetti anche diversi dal proprietario (e sempreché vi sia il consenso di questi) è assolutamente normale: le varie possibili forme di concessione in godimento³³ a terzi (a titolo gratuito od oneroso, per contratto o in virtù di un atto unilaterale o di un semplice atteggiamento di “tolleranza”) delle cose di cui taluno sia proprietario confermano l’affermazione appena fatta. Sennonché, nel caso dell’imposizione di un “vincolo di destinazione” (ex art. 2645-*ter* c.c.) si determina un fenomeno che a noi sembra tutt’affatto diverso: e cioè che, *senza che si costituisca in capo a uno o più terzi (beneficiari) un diritto (reale³⁴ o di credito³⁵) relativamente alla cosa (e/o alla sua*

italiano, in *Riv.dir.comm.*, 2001, I, 391 ss.). Il potere riconosciuto all’autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. avrebbe potuto infatti consentire (prima della introduzione dell’art. 2645-*ter*) di riconoscere al più (la legittimità di) un negozio di destinazione *con effetti esclusivamente obbligatori*.

Sul tema si veda, in generale, il recente lavoro monografico di F. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015, *passim*, e, in part., 103 ss. (per la considerazione della specifica disposizione dell’art. 2645-*ter*).

³³ O anche in garanzia.

³⁴ Per la tesi, invece, che ipotizza il sorgere in capo al beneficiario (del vincolo di destinazione) di un diritto reale (atipico), v. Bianca- D’Errico- De Donato-Priore, *Atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, 45; D’Errico, *Le modalità della trascrizione e i possibili conflitti che possono porsi tra beneficiari, creditori ed aventi causa del conferente*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un’espressione sicura dell’autonomia privata*, Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, Il Sole-24 Ore, 2007, 86 ss. Critiche a questa tesi si leggono ad es. in Bullo, *Separazioni patrimoniali e trascrizione*, cit., 28 ss., spec. 31 ss. (ed *ivi* ulteriori riferimenti).

³⁵ Così invece Gazzoni, *Osservazioni sull’art. 2645-*ter**, in *Giust. civ.*, 2006, 179 (pur precisando che si tratterebbe di una “obbligazione” che attribuirebbe al creditore non soltanto i tradizionali rimedi connessi all’inadempimento - in particolare il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c.-, ma altresì rimedi più efficaci - e, per così dire, “specifici” -, cui apre la porta la “opponibilità ai terzi” del vincolo di destinazione, se e in quanto trascritto)(v. anche Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., spec. p. 5, ove si legge che «il legislatore, in modo un po’ contorto ha istituito un nuovo tipo di promessa unilaterale fonte di obbligazione», e p. 10, ove si afferma che «la destinazione regolata dalla novella consiste di una segregazione strumentale ad un’obbligazione», dal che l’a. ricava che “beneficiari” non possono che essere soggetti determinati, perché «non può esserci obbligazione senza soggetti determinati»).

Decisamente critico nei confronti di questa tesi è Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, cit., § 4, il quale scrive: «L’azione “popolare” (di qualsiasi interessato alla realizzazione dell’interesse) è solo un prezzo legale della separazione: la separazione rende *ex lege* il comportamento funzionale e genera una specie di *class action*. L’idea di un creditore della destinazione (e, per di più, nella persona del beneficiario – come suggerisce Gazzoni) non ha senso alcuno. ...».

E nella medesima logica – di non costruire una posizione soggettiva (quanto meno non in termini di “diritto soggettivo”) in capo al beneficiario – sembra porsi chi ha richiamato la categoria dell’“interesse legittimo alla corretta amministrazione dei beni” vincolati ad una destinazione (cfr. U. La Porta, *Atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell’art. 2645 *ter* cod.civ.*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione e trust. Art. 2645 *ter* del codice civile*, a cura di G.Vettori, Padova, 2008, 103, e anche in *Riv.not.*, 2007, 1069 ss.; e v. anche Ghironi, *La destinazione dei beni ad uno scopo nel prisma dell’art. 2645 *ter* c.c.*, in *Riv.not.*, 2011, 1130 ss.), oppure chi si è chiesto se non sia da valutare l’alternativa di considerare il beneficiario (anziché come un creditore) come «un semplice legittimato ad agire ai sensi della norma in oggetto» (così Bullo, *op.ult.cit.*, 34; corsivo aggiunto).

utilizzazione)³⁶, il proprietario di questa³⁷ risulti assoggettato a limitazioni o nella facoltà di godimento o in quella di disposizione (o in entrambe), perché la cosa è “destinata” a soddisfare, in via esclusiva (o anche solo concorrente), l’“interesse” di un soggetto (o di soggetti) diverso(i) dal proprietario stesso³⁸.

Ciò significa, allora, che la proprietà di quella cosa è assoggettata a uno “statuto” (*determinato dallo stesso proprietario*)³⁹, che ne definisce il contenuto, non diversamente da quel che accade quando è il legislatore a configurare (cosa che egli fa – naturalmente – non con riferimento a singoli e concreti beni, ma a tipologie astratte) il contenuto normativo del diritto dominicale (o meglio: dei diversi tipi di proprietà che sono configurati dall’ordinamento in relazione ai diversi tipi di beni)⁴⁰⁴¹.

³⁶ Non è nemmeno detto, fra l’altro, che la cosa sottoposta a “vincolo di destinazione” sia oggetto (diretto) di una qualsivoglia forma di godimento (neanche in virtù di un diritto “personale”) da parte del beneficiario, il quale potrebbe essere destinatario solo delle “rendite”/frutti prodotte/i dalla cosa (posizione che non potrebbe essere assimilata a quella di un usufruttuario, in mancanza di un rapporto diretto e “immediato” con la cosa). Come esempi, invece, di attribuzione a terzi (i beneficiari) del potere di godimento *diretto* del bene medesimo, si può pensare alla destinazione di un terreno privato a “parco giochi” per i bambini di una scuola, o della parrocchia; o, ancora, alla destinazione di un fabbricato a “mensa per i poveri”, o a casa di riposo per anziani (per riprendere un esempio proposto da Cian, *Riflessioni intorno ad un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell’art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, 2007, 83 ss.).

³⁷ Si tratti dello stesso soggetto che ha “disposto” il vincolo sulla cosa, *mantenendone la proprietà*, ovvero del soggetto *terzo* al quale detta proprietà sia stata (a titolo oneroso o gratuito) *trasferita* (non importa se già “gravata” dal vincolo ovvero con l’obbligo di procedere alla sua costituzione).

³⁸ La destinazione avrebbe – secondo la nostra prospettiva – una rilevanza “oggettiva” (inerirebbe cioè allo statuto del bene), e non sarebbe legata invece alla configurabilità di un “diritto” (reale o personale) di terzi, che sia a fondamento delle limitazioni al diritto dominicale.

³⁹ Ma in un senso diverso – come si è già indicato – rispetto a quel che accade quando il proprietario costituisca sul proprio bene un diritto (reale) in capo a terzi, oppure conceda ad altri un diritto personale di godimento della cosa.

⁴⁰ La circostanza che il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter riguardi singoli e specifici beni, fa sì che non si possa – a rigore – ricondurre il fenomeno a quello della “pluralizzazione” degli statuti proprietari, che ha senso se investe intere “categorie” di beni.

⁴¹ Secondo Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., 28 ss., è solo *possibile* (e, dunque, non avviene sempre) che la imposizione di un “vincolo di destinazione” crei una «proprietà funzionalizzata» (ossia «conformata»); e in questo caso, effettivamente, «occorre fare i conti con il *numerus clausus* dei diritti reali». In altre ipotesi, invece, ci si troverebbe di fronte – sempre secondo la dottrina in esame – soltanto alla creazione di un «limite» (per così dire “esterno”), che comprime la proprietà, ma non ne altera la natura (in tal caso il vincolo di destinazione implica soltanto «un nuovo genere di limite», ma non «un nuovo tipo di proprietà»). La sottile distinzione viene illustrata con alcuni esempi (che ne dovrebbero palesare il fondamento). Così – si afferma – si avrebbe la creazione di un (semplice) nuovo limite, ad es., nel caso di una destinazione che consenta al beneficiario per tre anni di passeggiare per qualche ora al giorno nel giardino del destinante (situazione molto simile a quella che conseguirebbe alla concessione di un diritto di godimento, ad es. attraverso un contratto di locazione), come pure nel caso in cui si destini a tempo pieno il proprio autoveicolo alle necessità di un disabile (situazione che – secondo Gentili – genera una compressione più incisiva, assimilabile a quella che deriverebbe dalla costituzione di un diritto reale di godimento; *in realtà – osserviamo – non si riesce a cogliere, a parte la maggiore ampiezza del limite, la differenza di questo secondo esempio rispetto al precedente*). Si avrebbe, invece, la creazione di una «proprietà funzionalizzata» in caso di destinazione ad esclusivo vantaggio di una famiglia

Per comprendere il fenomeno che stiamo cercando di descrivere occorre tener presente che nel nostro ordinamento vige il principio secondo il quale spetta al legislatore stabilire il contenuto del diritto di proprietà (art. 42, co. 2 Cost.), sì che l'autonomia privata non può costruire schemi proprietari (o forme di proprietà) diversi da quelli previsti dalla legge⁴².

Figure di "proprietà *destinata*" sono, in concreto, previste dall'ordinamento giuridico, ma in ipotesi "tipiche" (es. fondo patrimoniale), oppure con riferimento alla proprietà spettante ad "enti di scopo" (es.: fondazioni)⁴³. La "novità" introdotta dall'art. 2645-ter sta nel fatto che all'autonomia privata si consente adesso (sia pur non illimitatamente) di porre in essere una destinazione "atipica" *senza dover passare attraverso un procedimento di «scissione patrimoniale»* (con correlativa creazione di un nuovo soggetto giuridico). Il che equivale, appunto, a consentire all'autonomia pri-

determinata di tutte le utilità che un immobile può dare (in questo caso – osserva l'A. – nella proprietà «si incorpora ben oltre il mero vincolo *ab estrinseco* la funzionalizzazione *ab intrinseco* del dominio sul bene di chi destinandolo si è obbligato a gestirlo in modo da far conseguire al beneficiario tutte le utilità che esso può dare»). La distinzione così tracciata – nonostante lo sforzo esemplificativo – non risulta del tutto persuasiva. Se – come sembra (e sempre che non si sia da parte nostra frainteso il pensiero dell'autore in esame) – il *discrimen* risiede nel fatto che la «proprietà funzionalizzata» importa degli *obblighi* per il proprietario (e non soltanto la sopportazione di un limite al proprio godimento), allora non si vede ad es. che differenza vi sia tra il secondo e il terzo esempio (anche nel caso della destinazione dell'autovettura a favore del disabile, deve supporre ad es. che il proprietario destinante sia obbligato a mantenere il veicolo in condizioni di consentire l'attuazione della destinazione: e, dunque, debba effettuare la manutenzione, quanto meno straordinaria, dello stesso; debba continuare a pagare il bollo, l'assicurazione, ecc.).

Piuttosto, quel che rileva è che in tutti questi casi, la circostanza che la cosa (oggetto del diritto di proprietà) abbia ricevuto una certa destinazione, e che questa destinazione sia *opponibile a qualsiasi terzo*, modifica/conferma il contenuto del diritto di proprietà di quel bene, non diversamente da quel che accade quando il bene sia gravato da un diritto reale (il primo degli esempi fatti da Gentili, potrebbe evocare lo schema della servitù, anziché quello della locazione: si pensi ad es. al proprietario di un parco adiacente ad una casa di cura per anziani che decida di destinare per alcuni anni il proprio parco a beneficio dei soggetti ricoverati in quella casa di cura). Ed è proprio per questo che in ogni caso viene in gioco il principio del *numerus clausus* (e, dunque, ci si trova di fronte ad una «proprietà conformata», e non semplicemente «limitata»).

⁴² Come già detto nella nota precedente, è diverso il caso in cui si costituisca (in particolare con riferimento ad un bene immobile) un diritto reale (di godimento o di garanzia) su una cosa, diritto che è *opponibile a terzi* (opponibilità che solitamente presuppone una qualche forma di *pubblicità* circa l'esistenza del diritto), e che limita (temporaneamente) il contenuto del diritto dominicale.

⁴³ Si noti come le due ipotesi di «proprietà destinata» menzionate nel testo siano diverse, in quanto nel primo caso si determina un fenomeno di "separazione patrimoniale" (che crea – all'interno dell'unico patrimonio spettante ad un soggetto – masse di beni distinte), mentre nel secondo caso si ha un fenomeno di «scissione patrimoniale», con correlativa nascita anche di un «nuovo soggetto di diritto».

In quest'ultimo caso, poi, è ben visibile come il fenomeno della «destinazione» non necessariamente sia congiunto con quello della limitazione di responsabilità: la fondazione risponde *illimitatamente* (ossia con tutto il suo patrimonio) nei confronti di tutti i suoi creditori. In altre parole, la tecnica della "soggettivazione" (v. *infra* nel testo).

vata di “modellare” lo statuto *giuridico*⁴⁴ della proprietà (di un determinato o di determinati beni).

4. È chiaro che il fenomeno descritto nel paragrafo precedente non può non configurarsi – se sono vere le cose dette – come “eccezionale”: e questa eccezionalità si profila, abbastanza intuitivamente, sol che si rifletta sulla *ratio* (e sulla perdurante validità) del principio del *numerus clausus* dei diritti reali⁴⁵, il quale è a ben vedere espressione – a propria volta – di un principio ancor più generale, secondo cui il regime dei beni (e, dunque, il regime della proprietà), in quanto strettamente collegato al “mercato” (ossia al profilo della circolazione), *non può essere rimesso alle decisioni dell’autono-*

⁴⁴ Non si tratta, infatti, di una destinazione *di mero fatto*: l’inosservanza delle limitazioni al potere di godimento e/o di disposizione implicate dal vincolo di destinazione può essere fatta valere dai soggetti “interessati” (beneficiari del vincolo), ancorché essi non siano propriamente titolari di un diritto reale sulla cosa.

⁴⁵ Diversa conclusione viene ipotizzata in Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cirt., 30-31, prospettando una (possibile) lettura secondo la quale «nell’art. 2645-ter, quelle ragioni che normalmente escludono l’opportunità di proprietà atipiche non ricorrono. La più tradizionale, la tutela della libertà della proprietà da vincoli, perché sembra tramontata. E le due tuttora attuali, cioè la ragione di ordine più generale, conformare opportunamente situazioni soggettive *erga omnes* e come tali rilevanti ben oltre l’orizzonte delle parti per l’economia generale, e la ragione di ordine più particolare, difendere il contraente debole da modelli atipici con cui il più forte si assicura posizioni di privilegio, perché non ostano a destinazioni che funzionalizzano la proprietà del disponente. Non la prima, perché nell’economia moderna dei rapporti la funzionalizzazione di beni a scopi è vista positivamente, largamente praticata e non incontra altro limite che quello di una congruente disciplina, imperniata su modi di pubblicità ed efficacia *erga omnes*, qui presenti, e di coordinamento del regime del vincolo con i diritti dei terzi, qui pure presenti. Non la seconda, perché la funzionalizzazione della proprietà non è l’effetto dell’imposizione che altri faccia al destinante, ma una sua scelta tanto libera da poter essere disposta in via del tutto unilaterale...».

La dottrina in esame – per vero – non fa senz’altro proprie le riferite considerazioni, e si limita a prospectarle solo come “una possibile linea argomentativa”, osservando anzi che «appare poco convincente che un canone così rigido e risalente come il *numerus clausus* dei diritti reali sia stato finalmente derogato da una normetta introdotta occasionalmente nel codice, neppure tra quelle sulla proprietà bensì tra quelle sulla tutela dei diritti».

Per parte nostra aggiungiamo che – anche a volere condividere per un attimo il contenuto del ragionamento in questione – esso potrebbe al più costituire illustrazione delle ragioni che possono aver (ipoteticamente) indotto il legislatore ad introdurre la norma dell’art. 2645-ter, ma non risolve il problema della “meritevolezza dell’interesse”. Anzi, proprio la circostanza che l’art. 2645-ter abbia posto questo requisito (e l’esigenza del controllo, che esso implica) sta a dimostrare che non è vero incondizionatamente (e *a priori*) che «nell’economia moderna la funzionalizzazione di beni a scopi è vista positivamente, largamente praticata, e non incontra altro limite, ecc. ecc.» (come si legge ancora nel saggio che qui stiamo considerando). Se fosse veramente così, il legislatore si sarebbe limitato a disciplinare la forma, la pubblicità, gli effetti verso i terzi, ecc., dell’atto di destinazione, *ma non avrebbe inserito quell’ulteriore requisito costituito dalla “meritevolezza dell’interesse”*.

mia privata, ma rientra nella “competenza” (tendenzialmente esclusiva) dell’ordinamento⁴⁶⁻⁴⁷.

Di qui l’idea – che nello scritto già citato abbiamo espresso (in accordo peraltro con un orientamento forse non prevalente, ma tuttavia autorevolmente rappresentato) – secondo cui «*interessi meritevoli di tutela*» ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 2645-ter possono considerarsi solo interessi “pubblici” (intesa peraltro l’espressione, semplicemente, nel senso che deve trattarsi di interessi *diversi dall’interesse “privato”* del proprietario⁴⁸ che impone il vincolo di destinazione, e dunque di interessi *non egoistici*), e interessi che devono – altresì – qualificarsi per una impronta di “solidarietà sociale”⁴⁹ (ove l’aggettivo intende, questa volta, non tanto sottolineare che non

⁴⁶ La “tipicità” (nel senso di *numerus clausus*) dei diritti reali non è che il “risvolto” della riserva di legge in materia di proprietà, atteso che gli *iura in re aliena* si risolvono inevitabilmente in un compressione del diritto del proprietario, che l’ordinamento non vuole che avvenga (ad opera dell’autonomia privata) se non in ipotesi “tipiche” (anche se confligge, in parte, con quest’idea l’ampiezza del possibile contenuto del diritto di servitù).

⁴⁷ Il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter non implica di per sé una limitazione alla facoltà di disposizione del proprietario (che resta libero – in linea di massima – di alienare il bene), ma la circostanza che il successore nella titolarità del bene lo acquirerà “gravato” dal vincolo di destinazione (opponibile ai terzi in virtù della trascrizione) riduce *di fatto* in maniera considerevole la possibilità del bene di circolare, ponendo virtualmente il bene stesso “fuori mercato”.

L’accostamento della problematica a quella relativa ai “divieti convenzionali di alienazione” (di cui all’art. 1379 c.c.) – sebbene sia frequente in dottrina – può considerarsi corretto solo nei limiti or ora precisati.

⁴⁸ Con la precisazione che – almeno secondo il nostro avviso (in dissonanza da una pressoché unanime diversa opinione, sul punto, della dottrina) – deve farsi rientrare nella sfera dell’interesse “privato” anche l’ipotesi in cui si intenda perseguire un interesse riferibile ad un membro della “famiglia”, salvo che non si tratti di un “soggetto disabile” (nel qual caso la “meritevolezza dell’interesse” risulta legislativamente sancita).

⁴⁹ Di «autonomia della solidarietà» parla – con formula suggestiva – P. Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, in Aa.Vv., *Atti notarili di destinazione di beni: art. 2645 ter c.c.* (Atti del Convegno della Scuola di Notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006), consultabile sul sito www.scuoladnotariatodellalombardia.org/relazioni/definitive.doc

In giurisprudenza si cfr. App. Bologna 9 giugno 2014, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it (della sentenza, purtroppo, è disponibile solo la massima, che così recita «L’azione revocatoria consiste nella dichiarazione costitutiva di inefficacia di un atto, valido ed efficace, solo nei confronti di chi la richiede e se, quindi, di per sé si sia ritenuto che l’atto passibile di questa non sia illecito né contrario a norme imperative, va tuttavia considerato che il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c., pensato e strutturato per il settore e con finalità sociali, debba essere sottoposto al vaglio, per le ipotesi non espressamente contemplate dalla norma, della meritevolezza di tutela prevista dall’art. 1322 c.c.»).

Si veda pure Tribunale di Vicenza, decr. 31 marzo 2011, in *Fallimento*, 2011, 1461 (con Commento di Abete, *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e fattibilità del piano*), secondo il quale «gli interessi meritevoli di tutela richiamati dalla norma sono quelli attinenti alla “solidarietà sociale” e non gli interessi dei creditori di una società insolvente in quanto, diversamente opinando, si consentirebbe ad un atto di autonomia privata, per di più unilaterale, di incidere sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale (artt. 2740 e seguenti c.c.) al di fuori di espresse previsioni normative» (nella specie i soci di una società che aveva chiesto l’ammissione alla procedura concordataria avevano previsto nel piano concordatario l’immissione di nuova finanza attraverso la dismissione dei diritti immobiliari loro spettanti su alcuni beni personali ai quali avevano imposto un “vincolo di destinazione” a favore dei creditori sociali; il Tribunale di Vicenza ha ritenuto il piano non fattibile, in quanto fondato sull’opponibilità alla procedura del suddetto atto di destinazione).

possa trattarsi di interessi riferibili anche ad individui singoli, quanto piuttosto che debba comunque trattarsi di interessi *non patrimoniali*⁵⁰ del soggetto o dei soggetti beneficiari dell'atto di destinazione)⁵¹.

La traduzione giuridica di questa configurazione dell'«interesse meritevole di tutela» ci è sembrata formulabile ipotizzando che, attraverso tale disposizione, l'ordinamento giuridico – in applicazione del principio di sussidiarietà c.d. «orizzontale» (art. 118 Cost.)⁵² – abbia inteso riconoscere anche all'autonomia privata la possibilità di dare attuazione⁵³ al precetto (costituzionale) della «funzione sociale della proprietà»⁵⁴, conformando il regime giuridico *di specifici beni*, in modo da garantire attraverso essi non soltanto il soddisfacimento dell'interesse del proprietario (il cui diritto è destinato – comunque – a riprendere la sua originaria «pienezza», alla cessazione del vincolo), ma altresì quello di soggetti terzi⁵⁵.

⁵⁰ È appena il caso di sottolineare che deve distinguersi il carattere «non patrimoniale» dell'interesse, dalle modalità attraverso le quali l'interesse stesso viene soddisfatto. Queste ultime modalità possono ben consistere in una prestazione «patrimoniale» (come - ad es. - l'erogazione di una rendita, o di fondi destinati al sostegno della ricerca scientifica in determinati settori) o comunque valutabile patrimonialmente, purché essa sia diretta a soddisfare un interesse non patrimoniale del beneficiario (ad es.: interesse alla ricerca scientifica, interesse alla salute, interesse all'abitazione, interesse al sostentamento vitale; ecc. ecc.).

⁵¹ L'idea espressa nel testo corrisponde a quella autorevolmente sostenuta da Gabrielli, *Vincoli di destinazione*, cit., 328, 331. Si veda, anche, in senso sostanzialmente conforme, Cian, *Riflessioni*, cit., 88 (seguito da Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., 217 ss.), e Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in Aa.Vv., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., 126 (nonché in *Riv. dir. soc.*, 2007, 17).

Nel senso invece che l'art. 2645-ter «non presuppone ... il perseguimento di *interessi pubblici, sociali o superindividuali*», richiedendo soltanto che l'interesse sia «attuativo di valori fondamentali (salute, famiglia, impresa, lavoro, dignità e personalità umana, risparmio)» senza che peraltro debba trattarsi di «interessi pubblici o socialmente utili», si pronuncia, da ultimo, G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza»*, cit., 68.

⁵² Cfr., al riguardo, la formulazione dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost. (quale introdotto ad opera dell'art. 4 della L. cost. 18 ottobre 2001, n.3), alla stregua del quale «Stato, regioni, Città metropolitane favoriscono l'*autonoma iniziativa* dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di *attività di interesse generale*, sulla base del principio di sussidiarietà».

In argomento si veda il contributo monografico di De Felice, *Principio di sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008 (il quale tuttavia non menziona specificamente l'istituto di cui all'art. 2645-ter); e, più recentemente, Aa.Vv., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2015.

⁵³ Nei modi in cui ciò è possibile attraverso un atto di autonomia privata, che non può che riguardare il bene proprio del soggetto dell'atto (e non invece una «categoria» di beni, come avviene quando è il legislatore a dare attuazione alla clausola della funzione sociale).

⁵⁴ Un altro precetto costituzionale, che potrebbe essere richiamato quale fondamento dell'art. 2645-ter, è naturalmente quello dell'art. 2 Cost., nella parte in cui questa norma richiama gli «inderogabili doveri di *solidarietà sociale*» dei cittadini. Da questo punto di vista, l'art. 2645-ter servirebbe a fornire uno strumento tecnico (uno dei tanti possibili) idoneo a favorire l'attuazione del precetto costituzionale.

⁵⁵ Sebbene non possa escludersi che la «destinazione» (della cosa) scaturisca da un «accordo» tra proprietario e terzo beneficiario (accordo che potrebbe financo assumere carattere «oneroso»: così anche Lenzi, *Atto di destinazione*, cit., 61), normalmente essa scaturirà da un atto negoziale *unilaterale*.

Al più potrà discorrersi se questo atto (in tal caso, necessariamente, a titolo gratuito) – comportando un beneficio nei confronti di un terzo – richieda comunque un «consenso» da parte di quest'ultimo (o, almeno,

Naturalmente – e come già accennato – non mancavano, anche prima, strumenti giuridici idonei a consentire di dare una destinazione “sociale” (o comunque “altruistica”) ai propri beni: basti pensare alla possibilità di costituire una fondazione⁵⁶, destinando una parte del proprio patrimonio al perseguimento di interessi “altruistici” (di tipo culturale, scientifico, assistenziale, ecc.).

Lo strumento della fondazione (e, dunque, della creazione di un nuovo «soggetto di diritto») è, tuttavia, adatto – anche per i “costi” che comporta l’istituzione e il mantenimento in vita della relativa struttura “organizzata” – a dare attuazione alla destinazione (*lato sensu*) “sociale” di beni *che abbiano una certa consistenza patrimoniale*. Inoltre, la costituzione di una fondazione – comportando una perdita definitiva dei beni “destinati allo scopo” da parte del fondatore – presuppone (di norma) che il fondatore disponga di altri beni, che rimangano nella sua disponibilità (anche in vista della loro destinazione familiare, ad es. in favore di legittimari, ove esistenti).

Lo strumento dell’atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. può consentire invece di dare una destinazione “sociale” (nel senso sopra chiarito) anche a beni di relativamente modesto valore patrimoniale (quando la “destinazione” non comporti costi di gestione/amministrazione dei beni particolarmente elevati), e soprattutto senza che il “disponente” sia costretto a spogliarsi definitivamente del bene (cosa che egli potrebbe non desiderare, sia in considerazione della entità – relativamente esigua – del proprio residuo patrimonio, sia in vista di esigenze future – proprie o di propri familiari – il cui soddisfacimento egli intenda comunque assicurare, pur prevedendo

un *non dissenso*), onde possa parlarsi (secondo uno schema concettuale ben noto) di un *atto unilaterale con struttura a rilievo bilaterale* (la bilateralità dell’atto sembrerebbe da ammettersi in considerazione del fatto che l’Agenzia delle Entrate sottopone ad imposizione – in base alle norme sulle imposte in materia di successioni e donazioni – il “beneficiario” del vincolo di destinazione).

Deve comunque ritenersi (secondo l’opinione prevalente) che il vincolo di destinazione – anche se sorto in virtù di un atto unilaterale – non possa venir meno in virtù di una volontà di “revoca” dello stesso successivamente manifestata dal “conferente”, in particolare se questa volontà intervenga dopo che l’imposizione del vincolo sia stata comunicata al beneficiario, e ancor più se quest’ultimo abbia già dichiarato di volerne profittare (cfr. sul punto Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 259 ss.; e Bullo, *Separazioni patrimoniali e trascrizione*, cit., 51-52).

Peraltro, quando la costituzione del vincolo a favore di uno o più beneficiari sia avvenuta a titolo gratuito, si può porre – riteniamo – il problema di una applicazione analogica di disposizioni come l’art. 1809, co. 2 (che prevede il diritto del comodante di richiedere la “restituzione” immediata della cosa comodata se sia sopravvenuto un urgente e impreveduto bisogno del comodante stesso) o come l’art. 803 c.c. (che prevede la revocazione della donazione per sopravvenienza di figli; norma la cui applicazione è estesa dall’art. 809 c.c. anche alle liberalità non donative).

Nella stessa logica (ma con soluzione tecnicamente diversa) qualche autore suggerisce di inserire nell’atto notarile di destinazione «una condizione risolutiva con la quale subordinare l’efficacia del contratto al sopraggiungere di una situazione esistenziale espressione di un interesse prioritario rispetto alla destinazione» (così G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza»*, cit., 75). Soluzione che lascia aperto comunque il problema per le ipotesi in cui una clausola siffatta non sia prevista nell’atto di destinazione.

⁵⁶ O anche di dar vita ad un *trust*.

in atto e per un certo periodo di tempo una utilizzazione del proprio bene anche a fini “sociali”⁵⁷.

È all'interno di queste coordinate che ci sembra vada ricostruita la figura di cui all'art. 2645-ter cod. civ., la quale – così intesa – potrebbe rivelarsi (come osservavamo conclusivamente nello scritto più volte ricordato) «uno strumento prezioso per consentire anche nel nostro ordinamento un'articolazione (“dal basso”) delle forme d'uso dei beni, attraverso meccanismi originali ed innovativi»⁵⁸.

⁵⁷ Peraltro – e nonostante la temporaneità della destinazione – è ragionevole supporre che chi disponga di un patrimonio esiguo (al limite costituito, essenzialmente, da un unico bene immobile), difficilmente si priverà della possibilità di esercitare (liberamente), rispetto a questo (unico) bene, i poteri di godimento e di disposizione che ineriscono al diritto di proprietà; e ciò non solo quando tale privazione dovesse ridondare a beneficio di soggetti “estranei” (verso i quali possano nutrirsi sentimenti di mera “solidarietà sociale”, che troverebbero – verisimilmente – minor spazio di esplicazione, nella situazione ipotizzata), ma anche quando essa fosse finalizzata a destinare il bene a vantaggio di un soggetto appartenente alla propria cerchia familiare (ad es., un figlio disabile). La sottrazione del bene al mercato – che consegue all'imposizione del vincolo di destinazione – potrebbe infatti rivelarsi una scelta infelice, che non solo esclude ad es. la possibilità di “smobilizzare” il bene (per convertirlo in danaro, come pur potrebbe – per vari motivi – sorgere l'esigenza di fare), ma impedisce (o comunque limita fortemente) anche la possibilità di utilizzarlo come “garanzia” per possibili eventuali terzi creditori che potrebbero profilarsi in relazione a “cause” estranee alla destinazione di cui trattasi (si pensi alla necessità di costituire un'ipoteca a garanzia di un prestito necessario per sottoporre ad un costoso intervento chirurgico un membro della famiglia, diverso da quello a favore del quale è stato costituito il vincolo di destinazione).

⁵⁸ D'Amico, *La proprietà «destinata»*, cit., 546.

Postilla

La nuova c.d. “revocatoria semplificata”

La disposizione dell'art. 2929-*bis* – introdotta nel codice civile dall'art. 12 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (disposizione che non ha subito modifiche in sede di conversione nella L. 6 agosto 2015, n. 132) – pone molteplici problemi.

Con essa – in sostanza – si “neutralizza” (o – se si preferisce – si “sospende”) per un anno (dalla trascrizione) l'effetto di sottrazione (salvo revocatoria) del bene all'azione esecutiva dei creditori che può conseguire o al trasferimento del bene stesso a terzi (ivi compreso il trasferimento ad un *trustee*) ovvero alla trascrizione di un “vincolo di indisponibilità”⁵⁹ che il proprietario si “autoimpone” conservando comunque la titolarità del bene vincolato (ad es.: conferimento del bene in un “fondo patrimoniale”, compimento in relazione ad esso di un “atto di destinazione” ex art. 2645-*ter* cod.civ.).

L'effetto descritto – che “anticipa” (in sostanza) quello che potrebbe scaturire dal vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, ma soprattutto comporta l'esonero del creditore dall'onere di promuovere una simile azione, spostando piuttosto sul debitore (o sul terzo assoggettato ad espropriazione⁶⁰) l'onere di “opporsi all'esecuzione” – non riguarda tutti gli “atti di disposizione” che sarebbero suscettibili di azione revocatoria. In particolare ne sono esclusi gli atti a titolo oneroso⁶¹, per i quali il legislatore (opportunamente) si astiene dal porre quella sorta di “presunzione

⁵⁹ Come osserva Petrelli, *Vincoli di destinazione e indisponibilità e alienazioni gratuite-Pignoramento successivo*, in www.gaeatanopetrelli.it (*Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile- primo semestre 2015*), «... si tratta della medesima categoria [“vincoli di indisponibilità”] contemplata dall'art. 2915, comma 1, c.c.: disposizione, quest'ultima, che risolve il conflitto tra il creditore pignorante ed il beneficiario del vincolo di indisponibilità a favore di chi per primo trascrive. L'art. 2929-bis c.c. deroga, quindi, all'art. 2915, comma 1, in presenza dei necessari presupposti (gratuità, pregiudizio ai creditori, conoscenza del pregiudizio). – Va peraltro evidenziato [prosegue l'A.] che l'art. 2915, comma 1, è richiamato dall'art. 2645-*ter* c.c., che disciplina i vincoli di destinazione: questi ultimi, pur non determinando necessariamente indisponibilità (in senso stretto, intesa quale inalienabilità con atto negoziale), incidono tuttavia sulla posizione dei creditori alla medesima stregua dei vincoli richiamati dall'art. 2915, ed inoltre comportano una “indisponibilità” in senso lato, nella misura in cui precludono l'esecuzione sui beni destinati. Il riferimento al concetto di indisponibilità, quindi, deve ritenersi comprensivo anche dei vincoli di destinazione (art. 2645-*ter* c.c., fondo patrimoniale, patrimoni destinati, ecc.), ivi compresi anche quelli derivanti da trusts riconosciuti a norma della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 ...».

⁶⁰ Il 2° comma dell'art. 2929-*bis* introduce una nuova ipotesi di espropriazione a carico del terzo proprietario (v. art. 2910, co. 2, cod. civ., e artt. 602 ss. c.p.c.).

⁶¹ Come osserva Petrelli, *op.lc. cit.*, è probabile che sia apparso eccessivo al legislatore «invertire l'onere della prova [anche] rispetto al terzo acquirente a titolo oneroso (che nel sistema della revocatoria subisce l'espropriazione solo in presenza di un *consilium fraudis*, che spetta al creditore provare)».

di pregiudizio per i creditori” che sembra stare alla base del meccanismo di tutela previsto dall’art. 2929-*bis*.

Per gli atti di “alienazione *a titolo gratuito*” (essenzialmente - ma non solo -, le donazioni)⁶² e per gli atti che impongono un “vincolo di indisponibilità” opponibile anche ai terzi – sempreché si tratti di atti relativi a beni immobili o a mobili registrati – il legislatore ritiene, invece, che se entro un anno dal compimento dell’atto (o meglio: *dalla sua trascrizione*) uno o più creditori *anteriori*⁶³ promuovono un’azione esecutiva e trascrivono un pignoramento, il *sospetto* che l’atto possa essere stato posto in essere proprio per ostacolare la (prevedibile) azione esecutiva dei creditori sia concreto, e giustifichi la *presunzione (iuris tantum)* della sussistenza degli elementi che porterebbero all’accoglimento di un’azione revocatoria, spostando sul debitore l’onere di provare (in sede di opposizione all’esecuzione) l’inesistenza di questi presupposti⁶⁴, promuovendo il giudizio volto a questo scopo. In particolare – allor-

⁶² Cfr., ancora, Petrelli, *op.l.c.citt.*, dove si legge: «... Quanto agli atti di alienazione a titolo gratuito, cui pure si riferisce la norma in oggetto, si tratta – oltre che, ovviamente, degli atti di donazione – di tutti gli atti traslativi (o costitutivi di diritti reali di godimento) senza corrispettivo, pur in assenza di spirito di liberalità: vi è compreso, quindi, anche l’atto di trasferimento della proprietà dal disponente al *trustee* o al fiduciario (o anche l’atto di trasferimento dei beni vincolati in fondo patrimoniale da un coniuge all’altro, o da un terzo ai coniugi)».

⁶³ E’ questo un ulteriore presupposto che l’art. 2929-*bis* richiede. La incisiva deroga che la norma introduce rispetto alla libertà del proprietario di disporre dei propri beni (“alienandoli” a titolo gratuito, o vincolandoli) - fatta salva soltanto l’azione revocatoria da parte dei creditori - giustifica questa restrizione ai soli creditori *anteriori*. Quelli, invece, che siano diventati tali *successivamente* all’atto di alienazione o all’imposizione del vincolo a loro opponibile, trovano già nella pubblicità dell’atto (trascrizione) – e, comunque, nella possibilità (che permane) di esperire l’*actio pauliana* (al fine di far valere la “dolosa preordinazione”) – adeguata tutela. Giova aggiungere che la “deroga” di cui parliamo in questa nota non è del tutto isolata, nel sistema. Un altro esempio – e per giunta riferito ad atti a titolo oneroso – può essere individuato nella disciplina della cessione di azienda. Come è noto, infatti, il 2° comma dell’art. 2560 c.c. stabilisce – con riferimento al trasferimento di un’azienda commerciale – che, dei debiti risultanti dai libri contabili obbligatori, debba rispondere anche l’acquirente dell’azienda.

Il che significa anche che i creditori potranno *espropriare* presso questo soggetto i beni aziendali, che hanno formato oggetto di trasferimento. La *ratio* della previsione normativa non sembra diversa da quella sottesa all’art. 2929-*bis*, ossia quella di non impedire al creditore di agire esecutivamente su beni su cui egli aveva in precedenza la “garanzia generica” del proprio credito, e che il debitore ha alienato, *senza dover attendere l’esito di una eventuale azione revocatoria*, e senza avere l’onere di richiedere il pagamento al (e/o di agire esecutivamente nei confronti del) debitore che si è spogliato dei beni. La previsione del 2° comma dell’art. 2560 c.c. è anzi – sotto questo profilo – ancora più radicale dell’art. 2929-*bis*, perché non offre al cessionario dell’azienda alcuna possibilità di sottrarsi al pagamento che venga richiesto da uno o più creditori del cedente, e sposta sul cessionario (che – dopo il pagamento – potrà agire in via di regresso nei confronti del cedente) il *rischio* dell’eventuale incapienza del patrimonio del cedente. In tal senso la disposizione svolge anche una funzione di “prevenzione” rispetto ad atti traslativi dell’azienda (o di suoi rami) che possano eventualmente essere concepiti e realizzati con l’obiettivo di “frodare” le ragioni dei creditori.

⁶⁴ E’ bene notare che quella che il legislatore nell’art. 2929-*bis* chiama “opposizione all’esecuzione”, è in realtà alquanto diversa dall’azione disciplinata dall’art. 615 c.p.c. L’opposizione prevista da quest’ultima disposizione “contesta il diritto della parte istante a procedere all’esecuzione forzata”, e lo fa – generalmente – per ragioni che attengono al “titolo esecutivo”.

ché l'azione esecutiva sia stata esercitata nei confronti di beni sottoposti a vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. – ciò significa che spetterà al debitore (autore dell'atto di destinazione) provare che il vincolo imposto al bene *non pregiudica la garanzia patrimoniale dei creditori (recte: del creditore pignorante)*⁶⁵.

Se il debitore (o il terzo proprietario assoggettato a procedura esecutiva) non fornisce questa prova (sostanzialmente: *se non indica l'esistenza di altri beni sui quali il creditore poteva - e può - esercitare l'azione esecutiva* volta a soddisfare il proprio credito), il creditore potrà proseguire l'azione esecutiva nei confronti del bene sottoposto a vincolo di destinazione (o, per usare la terminologia legislativa, di "indisponibilità") ovvero "alienato a titolo gratuito".

La disposizione – di cui si è richiamato il contenuto essenziale – non sembra indurre modifiche alle conclusioni raggiunte nel saggio che precede. Essa conferma, anzitutto, che la tutela dei creditori rispetto agli atti impositivi di vincoli di destinazione (ex art. 2645-ter c.c.) è tipicamente quella fornita dall'azione revocatoria, azione del cui accoglimento si *presumono* sussistenti i presupposti, qualora ricorrano gli elementi indicati nell'art. 2929-bis, e fatta salva la eventuale c.d. *opposizione all'esecuzione* da parte del debitore o del terzo assoggettato all'esecuzione forzata.

Si conferma altresì che "meritevolezza" dell'interesse alla destinazione e tutela dei creditori non sono (direttamente) correlati: la tutela dei creditori (nelle forme tipiche di cui all'art. 2901 c.c., oggi "rinforzate" dal nuovo art. 2929-bis) è *assoluta* – entro i limiti, ben si intende, entro cui l'ordinamento la riconosce –, e non solo non cede all'esistenza di un interesse (astrattamente) "meritevole" che il debitore/proprietario possa avere ad una determinata destinazione di un proprio bene (o di propri beni)⁶⁶, ma viene anzi ribadita e rafforzata, anticipando gli effetti (inopponi-

Qui invece l'opposizione finisce – a ben vedere – per trarre alimento dal comportamento stesso dell'opponente, il quale – compiendo un atto di alienazione del bene a terzi ovvero imponendo sullo stesso un vincolo di destinazione – crea (*ab extra*) un ostacolo all'azione esecutiva dei creditori ostacolo che questi ultimi potrebbero superare solo con il vittorioso esperimento di un'azione revocatoria.

Si capisce allora che quella che il legislatore chiama "opposizione all'esecuzione" è – qui – non tanto una contestazione del titolo dell'istante (*recte*: del suo diritto a procedere all'esecuzione forzata), quanto piuttosto una richiesta volta ad accertare che l'atto di alienazione (a titolo di gratuito) o di imposizione del "vincolo di indisponibilità" su uno o più beni, *non pregiudicano* le ragioni creditorie, *perché queste ragioni possono essere fatte valere su altri beni (del debitore)*. In sostanza, allora, quel che il debitore in questo caso dovrà dimostrare non è tanto la mancanza del diritto del creditore a procedere all'esecuzione, quanto piuttosto la mancanza del diritto a *procedere all'esecuzione su quegli specifici beni* che hanno in concreto formato oggetto di pignoramento.

⁶⁵ Il che non significa – secondo la nostra impostazione – dover dare la prova della "meritevolezza dell'interesse" richiesta dall'art. 2645-ter c.c.: può darsi, infatti, che *non ci sia* pregiudizio per le ragioni creditorie, e che l'atto di destinazione sia cionondimeno non supportato da un "interesse meritevole di tutela" (cioè da un interesse che giustifichi la sostanziale temporanea "sottrazione al mercato" che il vincolo di destinazione comporta), come – all'inverso – può accadere che il vincolo di destinazione sia supportato da un interesse "meritevole di tutela", ancorché esso rechi pregiudizio ai creditori (che potranno, allora, agire in revocatoria).

⁶⁶ Come osserviamo nella nota precedente, nell'art. 2929-bis non si allude mai al profilo dell'interesse meritevole come elemento su cui fondare l'opposizione all'esecuzione, la quale invece può e deve basarsi

bilità degli atti di disposizione) che altrimenti richiederebbero di dover attendere la vittoriosa conclusione dell'azione revocatoria.

Se, attraverso l'art. 2645-ter il legislatore avesse inteso limitare i diritti dei creditori (*recte*: affermare che, per il perseguimento di interessi "meritevoli di tutela", il debitore può programmare il sacrificio, magari parziale, di tali diritti), egli avrebbe dovuto modificare la disciplina dell'azione revocatoria. Non solo ciò non è avvenuto, ma adesso – con l'introduzione dell'art. 2929-bis – il legislatore ha addirittura ulteriormente rafforzato la tutela dei creditori, sottraendo (sebbene solo in parte⁶⁷) l'azione esecutiva all'alea delle lungaggini collegate alla necessità di ottenere *in via definitiva* (ossia con una pronuncia passata in giudicato) una sentenza che dichiari l'inefficacia relativa del vincolo di destinazione (o dell'atto di alienazione a titolo gratuito).

sulla contestazione della «sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, nonché [sulla prova del] la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore».

⁶⁷ Non v'è dubbio, infatti, che con l'opposizione all'esecuzione il debitore (o il terzo assoggettato all'azione esecutiva) può comunque "neutralizzare" per un certo tempo l'aggressione del creditore rispetto ai beni sottoposti a vincolo o alienati a titolo gratuito dal debitore; ma ciò per un tempo sicuramente più breve di quello che occorrerebbe (al creditore) per ottenere una sentenza di revocazione passata in giudicato, e comunque sobbarcandosi (esso, e non il debitore) l'onere di una azione in giudizio.

I contratti di destinazione patrimoniale (a proposito di un libro recente)*

di Enrico Minervini

SOMMARIO: 1. Il volume a cura di Calvo e Ciatti. – 2. Le critiche e gli elogi. – 3. Le disomogeneità. – 4. Un volume che merita una attenta lettura.

1. Nel volume a cura di Roberto Calvo ed Alessandro Ciatti sui Contratti di destinazione patrimoniale, pubblicato nell'anno 2014 per i tipi della UTET nell'ambito del Trattato dei contratti diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, sono racchiusi contributi, oltre che di Calvo e Ciatti, di Paolo Gallo, Giacomo Oberto, Vincenzo Putortì, Pietro Boero, Andrea Federico, e quindi di studiosi appartenenti a scuole differenti ed a professionalità diverse.

Il volume è intitolato, come ho detto, ai Contratti di destinazione patrimoniale, in ossequio al Trattato nel quale è inserito, ma ha un contenuto molto più ampio, ricomprendendo anche istituti situati certamente all'esterno del perimetro del contratto: basti pensare, per fare soltanto un esempio, all'istituzione di erede sottoposta a condizione sospensiva, sulla quale si sofferma lucidamente Calvo. Insomma, vi è da credere che i curatori abbiano avuto di mira il perseguimento di un obiettivo di completezza della trattazione, e che questo abbia fatto aggio sulla coerenza della trattazione rispetto al titolo: il volume dovrebbe essere intitolato ai vincoli di destinazione, intendendo questa espressione nel senso più lato ed omnicomprensivo.

Alla luce di queste considerazioni, non meraviglia che il contenuto del volume vada ben oltre gli argomenti per così dire alla moda, che si potrebbe immaginare di trovarvi inseriti, e cioè il fondo patrimoniale, trattato da Ciatti, il *trust*, trattato sia da Oberto sia da Calvo, gli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, trattati sia da Oberto sia da Federico, ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare, trattati da Boero.

2. Meraviglia piuttosto di non trovare nel volume una trattazione organica dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza, di cui all'art. 2117 c.c., che hanno storicamente rappresentato una sorta di prototipo in materia di destinazioni patrimoniali, e che hanno per così dire figliato: si pensi ai fondi pensione.

Condivido invece la scelta di Calvo e di Ciatti di dedicare una parte del volume ad istituti classici del diritto contrattuale, quali il mandato e la proprietà del manda-

* Lo scritto riproduce, con qualche modifica, la relazione svolta a Bari il 22 maggio 2015 nell'ambito del convegno su «Autonomia privata e destinazione patrimoniale».

tario, trattati da Calvo, ed il contratto fiduciario, trattato da Gallo e, con riferimento al deposito fiduciario, da Ciatti. Penso infatti che taluni problemi che gli atti di destinazione – ed uso il termine in senso lato – pongono all'interprete possano essere utilmente affrontati impiegando (anche) la lente di ingrandimento del mandato, della proprietà del mandatario, del mandato fiduciario, ecc.

Anzi, questi istituti avrebbero meritato nel volume uno spazio ancora maggiore: penso ad esempio alle tesi svolte da Calvo in un bel libro sulla proprietà del mandatario venti anni or sono, che vengono compresse nel volume in meno di venti pagine, e quindi immeritadamente svilite.

Aggiungo per completezza che del mandato tratta anche nel volume, da un differente angolo visuale, Putortì, che si occupa specificamente del c.d. mandato *post mortem*; e che della fiducia parla anche nel volume, sempre da un diverso angolo visuale, Calvo, che approfondisce specificamente la c.d. fiducia testamentaria.

3. Inevitabilmente, la presenza nello stesso volume di contributi di sette diversi autori pone problemi di disomogeneità, formale, e cioè stilistica, ed anche sostanziale, e cioè contenutistica: conosco bene il problema, per essere stato più volte curatore o co-curatore di volumi. Calvo e Ciatti cercano peraltro di evitare le disomogeneità sostanziali, attraverso una attenta azione di regolamento di confini tra i contributi dei differenti autori.

Del resto, io ritengo che la occasionale manifestazione di opinioni discordanti all'interno del volume ad opera di vari autori rappresenti un arricchimento per il lettore, o quanto meno per il lettore colto ed intelligente: penso, ad esempio, alle differenti impostazioni date al tema dell'art. 2645 *ter* c.c. da Oberto e da Federico, impostazioni che li conducono, ovviamente, a conclusioni distanti tra loro.

4. Il volume è suddiviso ordinatamente in cinque capitoli, ed è corredato da un indice analitico ben fatto: il lettore, teorico o pratico che sia, trova subito e senza difficoltà il punto che lo interessa. I vari contributi che compongono il volume sono corredati da un ampio – talora, sin troppo ampio – apparato bibliografico: il lettore viene a contatto con un approfondito quadro della materia, e non con una semplice rassegna critica, ed ha la possibilità di approfondire ulteriormente la materia stessa, leggendo le opere citate nelle note.

Concludendo, si tratta di un volume che merita di essere letto, sia per intero sia per così dire per mezzo, e cioè alla ricerca della trattazione di un singolo problema. E non credo che vi sia per un libro un giudizio migliore, rispetto a quello che ho testè formulato e che voglio ribadire: è un libro che merita una attenta lettura. Ed in questo periodo, nel quale la letteratura giuridica è quantitativamente abbondante, ma sovente qualitativamente scadente, non è né facile né frequente formulare un siffatto giudizio.

Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni*

di Achille Antonio Carrabba

SOMMARIO: 1. Destinazione e fondazione. – 2. La libertà di scelta della figura di esercizio. – 3. Scopo e qualificazione dell'atto. – 4. Neutralità della "forma" e interessi superindividuali. – 5. (Segue) Profili di disciplina.

1. A seguito della introduzione nel tessuto codicistico del frantume normativo portato dall'art. 2645 ter c.c.1, il dibattito relativo alle fattispecie capaci di garantire la utilizzazione di beni al perseguimento di specificate finalità e l'organizzazione e gestione degli stessi per il soddisfacimento di individuati interessi ha ripreso decisamente vigore, tanto anche grazie a pregevoli scritti, testimonianza di una "lettura", pure in chiave sistematica, del tema relativo alle destinazioni patrimoniali².

Siffatto tema impone una valutazione delle vicende ad esso sottese in grado di staccarsi dalle tradizionali concezioni e così di prendere atto che in presenza di un patrimonio destinato l'elemento rilevante è dato dall'aspetto oggettivo, dal diritto e dalla sua destinazione senza o con scarsa correlazione alla sua titolarità³.

Malgrado la richiamata nuova regola dia una spinta in tale direzione e malgrado la sussistenza nell'originario impianto del codice civile della tradizionale "forma" della fondazione⁴, quale vicenda utile per realizzare una destinazione patrimoniale, i riferimenti nel richiamato dibattito al profilo funzionale della anzidetta "forma" risultano in verità del tutto modesti per non dire assenti.

Sembra allora opportuno verificare lo spazio lasciato all'autonomia privata nel programmare gli scopi perseguibili con l'istituzione di una fondazione e gli interessi che il fondatore può cercare di soddisfare attraverso il modello regolato dal "mitico

* Lo scritto riproduce, con qualche modifica, la relazione svolta a Bari il 22 maggio 2015 nell'ambito del convegno su «Autonomia privata e destinazione patrimoniale».

¹ Per una prima analisi dei temi interessati dall'art. 2645 ter c.c., tra gli scritti recenti, v. R.S. Bonini, *Destinazione di beni ad uno scopo Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter c.c.*, Napoli, 2015; Aa. Vv., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale Il lungo cammino di un'idea*, a cura di M. Bianca e A. de Donato, in *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 2013; R. Calvo, *Vincoli di destinazione*, Bologna, 2012, p. 153 ss.; R. Lenzi, *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 53 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

² Da ultimo v. Aa. Vv., *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Trattato dei contratti* Rescigno e Gabrielli, Padova, 2014.

³ Ponendosi in evidenza la conformazione negoziale del modello gestionale del patrimonio e, dunque, il complesso delle previsioni relative alla guida dei beni.

⁴ Sulla fondazione v., per tutti, P. Rescigno, *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 790 ss.

personaggio” con gli artt. 14 e ss. c.c., anche perché si ha, nella lettura dei contributi sul tema delle destinazioni patrimoniali, la sensazione che alcuni orientamenti espressi con riferimento alle vicende di cui all’art. 2645 *ter* c.c., in particolare per quanto concerne il profilo funzionale⁵, siano stati sostanzialmente se pur inconsapevolmente influenzati da opinioni, peraltro autorevoli, espresse proprio in ordine al modello della fondazione⁶.

La verifica sembra tanto più opportuna dato che, sia per quanto concerne il profilo legislativo che per quanto riguarda la prassi, già da tempo lo svolgimento di attività in campi disparati avviene indifferentemente con figure di esercizio che la tradizione consegnava esclusivamente all’una o all’altra tipologia di scopo e, dunque, prescindendo dalle finalità perseguite⁷.

2. Di recente non si è mancato di rimarcare che le fondazioni, pure a voler escludere la necessità di una pubblica utilità del loro scopo, devono avere come obiettivo la realizzazione di interessi generali o almeno di interessi collettivi, in tale direzione ritenendosi impossibile il perseguimento di utilità da parte dello stesso fondatore ovvero ammettendosi al più la possibilità per il fondatore di conseguire utilità ma solo se secondarie rispetto a quelle superindividuali tipologicamente necessarie per l’intrapresa ovvero reputandosi possibile per il fondatore conseguire eccezionalmente utilità, senza che con ciò si snaturi l’istituto, esclusivamente in presenza di un interesse, sotteso allo scopo assunto dell’ente, di carattere pubblico⁸.

In questa ottica nei profili normativi codicistici si rinvergono indici di supporto onde affermare la essenzialità per la utilizzazione (della formula organizzativa) della fondazione (da parte del privato) del perseguimento di finalità non egoistiche (non afferenti alla sfera del privato medesimo) e conseguentemente nel quadro proposto si riduce lo spazio di operatività delle c.dd. fondazioni di famiglia, le quali dovrebbero, come tutte le altre fondazioni, essere comunque indirizzate verso il soddisfacimento di esigenze sociali⁹.

⁵ Si pensi però anche al momento negoziale: v. Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 783 ss., con nota di R. Calvo, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Notariato*, 2014, p. 63 ss., con nota di C. Romano, *Vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: spunti per ulteriori riflessioni*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 83 ss., con nota di A. Azara, *La disposizione testamentaria di destinazione*. V. poi A.A. Carrabba, *Testamento e destinazione patrimoniale*, in *Testamento: fisiologia e patologie*, a cura di F. Volpe, Napoli, in corso di pubblicazione.

⁶ In particolare v. F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2006, p. 225 ss.

⁷ L’intuizione sul *fading* della causa segnalata dall’art. 2247 c.c. è stata di G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.

⁸ M. Basile, *Le persone giuridiche*, con un contributo di M.V. De Giorgi, in *Tratt. di dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2014, p. 103 ss.

⁹ V. A. Ciatti, *Il patrimonio di scopo delle persone giuridiche non lucrative: la fondazione*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Trattato dei contratti* Rescigno e Gabrielli, cit., p.

Nella stessa logica sembra trovare spiegazione lo sforzo dei primi interpreti nel colorare l'interesse meritevole, al quale fa riferimento l'art. 2645 *ter* c.c., in termini di solidarismo sociale ed altresì di individuare l'ambito di operatività della vicenda di cui alla stessa previsione codicistica in termini residuali rispetto alle altre figure già previste dalla legislazione interna¹⁰. Nella stessa logica sembra trovare spiegazione lo sforzo dei primi interpreti nell'individuare gli interessi oggetto di realizzazione tramite l'anzidetta vicenda, oltre a quelli già suggeriti dalla richiamata disposizione, nel novero dei doveri della morale sociale¹¹.

Sarebbe il senso etico e solidaristico degli interessi da perseguire tramite la destinazione patrimoniale a supportare la legalità della stessa destinazione, destinazione che altrimenti si porrebbe fuori dall'ordinamento giuridico per essere potenzialmente in grado di reagire negativamente su (altri) interessi generali, come, ad esempio, quello relativo al profilo della responsabilità patrimoniale e inerente alla tutela delle ragioni dei creditori¹² o quello relativo alla libera circolazione dei beni e alla efficienza del mercato e inerente alla impossibilità di alterare la tipicità del diritto di proprietà¹³.

L'aspetto imporrebbe la necessità di un equilibrio da raggiungere grazie al bilanciamento di elementi contrastanti e, precisamente, la necessità di una compensazione tra il presupposto potenziale disvalore prodotto dalla destinazione patrimoniale con riferimento a interessi superindividuali e le positività conseguenti alla realizzazione di fini di pubblica utilità o di utilità generale o collettiva¹⁴.

Si è già in altra occasione avuto cura di rilevare che il confine tra ciò che dovrebbe poter essere realizzato con la vicenda sottesa alla anzidetta destinazione e ciò che

445 s.; R. Calvo, *Le vicende della delazione*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 157.

¹⁰ Tra gli altri v. U. La Porta, *Atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1069 ss.

¹¹ Per un quadro sul punto v. A. Fusaro, *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 48 ss.

¹² In verità l'atto di destinazione non incide sulla responsabilità generica del soggetto disponente ma incide semplicemente sulla composizione del suo patrimonio così come incide sulla composizione del suo patrimonio un suo atto di donazione avente ad oggetto i medesimi beni (v. A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 23 ss.). In via sistematica per i casi di destinazione patrimoniale la responsabilità *ex art.* 2740 c.c. dovrebbe con maggiore aderenza all'attualità essere valutata nell'ottica della proiezione dello scopo, mediata dal soggetto, sul diritto e non già, sulla base della storica ricostruzione (v. A. di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 10 ss.), in chiave di proiezione della persona sui beni mediata dal diritto soggettivo, da cui il connesso corollario sulla unicità del patrimonio del soggetto. V. anche Cass., 31 ottobre 2014, n. 23158, in *De jure*.

¹³ V. G. D'Amico, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 536 ss.

¹⁴ Sul significato da attribuire al termine meritevolezza, cui fa riferimento l'art. 2645 *ter* c.c., in particolare v. G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.*, in *Notariato*, 2014, p. 11 ss.; A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 *ter* c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 12 ss.

invece con una tale vicenda non dovrebbe poter esserlo non può essere segnato dalla natura pubblica o generale o collettiva degli interessi in gioco ovvero dalla natura individuali degli stessi¹⁵.

L'interesse individuale, infatti, pure alla luce del superamento della dicotomia pubblico-privato, potrebbe, perché relativo a un valore dell'ordinamento basilare, risultare sostanzialmente sovraordinato rispetto a interessi definiti pubblici, generali o collettivi¹⁶.

Allo stesso tempo, considerata l'apertura al pluralismo sancita nella Carta fondamentale della Repubblica, che impone cautela nell'attribuire valore assoluto a ciò che potrebbe essere diversamente sentito già all'interno di una parte della stessa collettività, la solidarietà non può essere coniugata esclusivamente con la morale sociale.

Il dato costituzionale, inoltre, non deve essere trascurato perché utile per rilevare altresì un diritto alla (libera) scelta della figura di esercizio.

Alcune indicazioni della Carta fondamentale della Repubblica, infatti, possono essere apprezzate come espressione di una generale tendenza del Costituente a considerare di regola libera l'utilizzazione delle "forme" da parte dei privati, tendenza che sembra emergere da più di una previsione della Carta fondamentale¹⁷ e che trova sicuri punti di riferimento negli artt. 2¹⁸ e 18 cost.¹⁹.

Tali articoli, riferibili anche alla fondazione qualora si valuti la figura come struttura potenzialmente atta allo sviluppo della persona nella sua individualità, finiscono con l'assicurare al privato sul piano degli assetti costituzionali una libertà ampia, che comprende non solo la libertà di scelta dei fini perseguibili, non vietati da leggi penali, ma pure la libertà di scelta, come detto, della figura di esercizio, sempre che da altre norme concorrenti, di portata più specifica, non risultino indicazioni preferenziali sul modulo organizzativo da adottare²⁰.

Limiti potrebbero essere posti da parte del legislatore ordinario sulla base delle riserve contenute negli artt. 41 e 42 cost. Anzi, secondo una opinione²¹, la possibilità di tali

¹⁵ V. A.A. Carrabba, *Testamento e destinazione patrimoniale*, in *Testamento: fisiologia e patologie*, a cura di F. Volpe, cit., in corso di pubblicazione.

¹⁶ V. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 134 ss.

¹⁷ V. artt. 2, 18, 8, 19, 20, 39, 45 e 49 cost.

¹⁸ Sull'art. 2 cost. per tutti v. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 25 ss., in particolare sul singolo e le formazioni sociali, p. 67 s. Per i riflessi della Carta sulla normativa codicistica in tema di associazioni e fondazioni v. P. Rescigno, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966 p. 30 ss.

¹⁹ Sull'art. 18 cost. v. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 190 ss.; A. Pace, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili*, artt. 13-20, Bologna-Roma, 1977, sub art. 18, p. 191 ss.

²⁰ Ad esempio v. art. 39, comma 3, cost.

²¹ G. Marasà, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 444 s. V. anche D. Vittoria, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*,

riserve legittimerebbe la limitazione della libertà di auto-organizzazione per il perseguimento di finalità non economiche attraverso la costituzione di una persona giuridica e la sottoposizione al c.d. sistema concessorio²² e, quindi, legittimerebbe paradossalmente limitazioni a danno della realizzazione di scopi non lucrativi.

La conclusione, proprio per quest'ultimo evidenziato aspetto, sarebbe inaccettabile. Essa tradirebbe lo spirito della Carta fondamentale della Repubblica e, in presenza di una pari dignità e meritevolezza dei fini, suonerebbe assolutamente discriminatoria, anche ai sensi dell'art. 3 della stessa Carta²³.

La riflessione acquisisce maggior forza argomentativa nel richiamo alla sufficienza di uno scopo lecito e possibile per la costituzione degli enti di cui al I libro del codice civile, sufficienza conclamata dall'art. 1, comma 3, d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361²⁴.

Ed ancora, la riflessione acquisisce maggior forza argomentativa a seguito del riconoscimento da parte dell'ordinamento in ambito societario dei patrimoni destinati a uno specifico affare²⁵, i quali sono espressione di interessi certamente di natura patrimoniale, oltre che egoistici, e del perseguimento di finalità lucrative.

Per altro verso lo stesso legislatore del '42 ha mostrato in altri casi la propria indifferenza verso il tipo di interesse, economico o ideale, purché meritevole, che spinge il privato al rapporto giuridico²⁶.

Il legislatore ordinario può, sulla base dei richiamati artt. 41 e 42 cost., porre limiti, oneri e controlli in relazione alle attività economiche, in riferimento alle quali è dato ipotizzare limiti sia di ordine positivo che negativo, tanto mediante provvedimenti conformativi che tramite controlli, nonché una potestà di programmazione con finalità sociali e contenuto di indirizzo e/o coordinamento²⁷.

Le vicende degli ultimi decenni dimostrano che proprio il settore delle attività economiche, in relazione ai diversi interessi di volta in volta sottesi al relativo esercizio, è stato sottoposto dal legislatore ordinario a continue previsioni normative, che hanno dato luogo a un evidente particolarismo giuridico.

a cura di P. Rescigno, Padova, 1989, p. 131 s.

²² Sulla natura concessoria del riconoscimento degli enti di cui al libro primo del codice civile pure a seguito delle novità introdotte dal d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 v. M. Costanza, *I soggetti: gli enti non commerciali*, in *Tratt. dir. civ.* Perlingieri, Napoli, 2012, p. 18 s.

²³ V. G. Minervini, *I principi costituzionali e la disciplina dei "gruppi organizzati": alcune prospettive di un'auspicabile riforma*, in *Società associazioni gruppi organizzati*, Napoli, 1973, p. 785.

²⁴ Sulle novità introdotte dal richiamato decreto del Presidente della Repubblica v. Aa. Vv., *Il riconoscimento delle persone giuridiche D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361*, a cura di M.V. De Giorgi, G. Ponzanelli e A. Zoppini, Milano, 2001.

²⁵ V. artt. 2447 bis e ss. c.c.

²⁶ V. art. 1174 c.c.

²⁷ V. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, p. 181.

Sotto il profilo delle finalità il legislatore sembra invece assecondare la libertà di scelta delle “forme” e favorire l’assenza di un necessario collegamento, in mancanza di previsioni ragionevolmente limitative, tra finalità e modelli organizzativi. Basti al riguardo l’esempio rinvenibile nell’art. 3, comma 2, legge 11 agosto 1991, n. 266, sul volontariato, che esprime il senso della indipendenza del fine dalle strutture utilizzabili per la sua realizzazione²⁸.

È necessario allora valutare se quanto emerge pure dalla legislazione speciale²⁹ sia inquadrabile in chiave sistematica a livello di principio della materia, considerata la libertà in merito riconosciuta dalla Carta fondamentale.

La discussione si sposta sul piano dell’autonomia concessa ai privati e sulla possibilità di coordinarne le espressioni non solo con i valori e i principi fatti propri dall’ordinamento ma altresì con le regole civilistiche.

3. Precisato che la realizzazione di un interesse individuale potrebbe essere supportato da un valore basilare dell’ordinamento, che, allo stesso tempo, la solidarietà, considerata l’apertura al pluralismo sancita nella Carta fondamentale della Repubblica, la quale impone cautela nell’attribuire valore assoluto a ciò che potrebbe essere diversamente sentito già all’interno di una parte della stessa collettività, non può essere coniugata esclusivamente con la morale sociale³⁰, sembra ora necessario, prima di una verifica degli indici sulla base dei quali si tende a limitare l’esercizio dell’autonomia privata nella programmazione degli scopi perseguibili con la fondazione, valutare la possibilità di una concreta utilizzazione della libertà di scelta del tipo organizzativo.

È necessario valutare se l’evidenziata libertà, salvo espresse e ragionevoli previsioni limitative costituzionalmente fondate, possa essere in concreto utilizzata dal privato o, più semplicemente, esprima solo un programma sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria, ancora da attuare.

La consapevolezza del particolare collegamento tra forme organizzative e finalità, voluto dal legislatore del ’42, stimola particolarmente l’interprete, che, in tal modo, può esaminare se, pure su temi specifici, il diritto possessa meccanismi di adattamento alla mutevole realtà e sia in grado di mantenere comunque una, se pur diversa, coerenza.

L’ipotesi di una fondazione non allineata agli scopi per essa voluti dal legislatore del ’42 per essere affermata deve trovare riscontro anche a livello di qualificazione della fattispecie concreta. La fattispecie, prima di essere ulteriormente esaminata sul piano della

²⁸ V. N. Lipari, *Enunciare i principi guida*, in *Fondazioni e associazioni Proposte per una riforma del primo libro del codice civile*, a cura del Gruppo di studio Società e istituzioni, Rimini, 1995, p. 185. V. anche art. 1, d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (sull’impresa sociale), e art. 2 l. 11 novembre 2011, n. 180 (sulla tutela della libertà di impresa).

²⁹ V. M.V. De Giorgi, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 287 ss.

³⁰ Peraltro, data la richiamata apertura, è difficile determinare quale sia la morale sociale o comunque circoscriverne il contenuto con linee precise e assolutamente definite.

disciplina positiva, deve essere valutata, alla luce della dialettica causa – tipo³¹, in rapporto alla sua qualificazione.

Si deve valutare se, presupposta la legittimità di una destinazione di beni a scopi egoistici organizzata attraverso la richiamata “forma”, la relativa fattispecie possa in sede di interpretazione, considerata l’elasticità dei diversi modelli negoziali³², essere qualificata come negozio di fondazione o debba ritenersi assorbita in altro schema.

Ed allora, se si passa al procedimento interpretativo, se non ci si ferma a rilevare un unico dato ovvero l’unico dato reputato in tesi qualificante per poi rinvenirlo nella fattispecie concreta al fine di operare la sua sussunzione nel tipo normativo, se si effettua una valutazione complessiva di tutti i dati che emergono dallo strumento negoziale e si effettua una comparazione con lo schema legale, che pure deve essere valutato nel suo insieme, ci si accorge che difficilmente sarà possibile una diversa qualificazione della fattispecie ipotizzata.

In sintesi, la finalità (egoistica del fondatore) non conduce da sola a individuare la disciplina applicabile: l’affidamento al solo dato funzionale quale criterio di distinzione tipologica delle figure organizzative ha quali conseguenze o l’applicazione di una normativa inidonea a regolare l’ipotesi negoziale o, in alternativa, l’applicazione della disciplina propria della fattispecie che si va però a qualificare in termini diversi³³.

³¹ Sulla causa, tra i tanti scritti, v. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; U. Breccia, *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, a cura di G. Alpa, U. Breccia e A. Lisserre, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 5 ss. In giurisprudenza v. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 564, con nota di F. Rossi, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*; Cass., 12 novembre 2009, n. 23491, in *De jure*; Cass., 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. it.*, 2012, p. 1795 s.; Cass., 3 aprile 2013, n. 8100, in *De jure*; Cass., 29 maggio 2014, n. 12061, *ivi*.

³² Sul tipo v. G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; ed ancora v. F. Di Giovanni, *Il tipo e la forma (Aspetti dell’interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992.

³³ Con riferimento ad una fattispecie societaria la Suprema corte ha affermato che «è al contenuto dell’atto costitutivo e dello statuto che deve farsi esclusivo riferimento onde verificare la sussistenza ... dello scopo», per cui la «eventuale sussistenza di ... elementi di fatto esterni, antecedenti o successivi alla stipula dell’atto, da ritenere indici di una volontà dei soci difforme da quella manifestata negli atti pubblicati, sarebbe priva di rilevanza», e che è inammissibile, «una volta che l’iscrizione nel Registro sia avvenuta, il ricorso a criteri interpretativi dell’atto costitutivo basati sulla comune intenzione dei contraenti, dovendo piuttosto l’interpretazione dell’atto stesso basarsi su criteri obiettivi» (Cass., 16 giugno 2011, n. 13234, in *De jure*). In relazione ad una vicenda associativa in Cass., 8 marzo 2013, n. 5836, *ivi*, si legge: «ciò che caratterizza la società ... è che lo svolgimento in comune tra i soci di un’attività economica sia previsto a scopo di lucro, il quale consiste non solo nel perseguimento di un utile ma anche nella volontà di ripartirlo tra i soci ... Ne deriva che l’eventuale esercizio di un’attività economica da parte di un’associazione non riconosciuta non costituisce di per sè elemento sufficiente ad attribuire a tale organismo collettivo la natura giuridica di società, ai fini della applicazione delle norme di legge regolanti i rapporti tra i soci, ove non sia prevista la divisione dei relativi utili tra gli associati e quindi l’attività economica si ponga in funzione meramente accessoria o strumentale - e comunque non prevalente - rispetto al perseguimento degli scopi dell’associazione, nella specie contribuire alla pratica della educazione fisica e sportiva tra gli associati ... Di tali principi normativi la Corte di merito non ha fatto retta applicazione, là dove ha desunto lo scopo di dividersi gli utili (la cui esistenza è rimasta peraltro non accertata) della intera attività della associazione (e non quindi della sola attività non prevalente di vendita di abbigliamento sportivo e di bibite all’interno della palestra) dal

In entrambi i casi non potrebbe non sorgere il sospetto di una qualificazione dell'atto volta solo a dare sfogo a una necessità di ordine concettuale senza alcuna rilevanza sul piano degli effetti giuridici e della regolamentazione della situazione.

In realtà la strutturazione di un patrimonio destinato ad uno scopo non presuppone necessariamente, per una sua qualificazione in termini di fondazione, scopi con una particolare coloritura e, attuando un procedimento interpretativo che vede interpretazione, qualificazione e sussunzione del negozio come momenti logicamente e cronologicamente non susseguenti³⁴, ci si accorge che le finalità programmate dal privato, data la naturale elasticità dei tipi normativi, non concretano sempre l'elemento identificativo della fattispecie e non conducono per forza ad orientarne la qualificazione³⁵.

4. Preso atto che dovrebbe reputarsi ormai acquisito il dato della neutralità delle figure di esercizio, è necessario verificare se l'autonomia dei privati subisca nell'utilizzazione della fondazione delle limitazioni in relazione ad altre esigenze.

In più di uno scritto³⁶ è stato ribadito che dall'art. 699 c.c., se pur indirettamente, si evince la necessità per le fondazioni - di famiglia - di perseguire scopi di pubblica utilità³⁷. Tale norma, si sostiene, solo in ragione dei predetti fini permette una deroga al divieto di rendite successive contenuto nell'art. 698 c.c., per cui il negozio di fondazione, potendo realizzare le stesse situazioni, sarà valido solo se preordinato al perseguimento di scopi di tal fatta³⁸.

Si potrebbe, nello stesso senso, sia sulla base dell'art. 698 cit., sia con riferimento alle disposizioni che mirano a contenere entro determinati limiti di tempo la durata dell'usufrutto, come gli artt. 796 e 979 c.c., sia con riferimento alle norme che, al fine di assicurare la libera circolazione dei beni, tendono ad escludere la legittimità di vincoli di

fatto pacifico che i tre "fondatori", i quali avevano sborsato una somma iniziale per l'acquisto della attività già impiantata, ricevevano un compenso mensile per le prestazioni lavorative che essi svolgevano quotidianamente nella palestra. In tal modo, confondendo il rapporto associativo con quello di prestazione d'opera, e valorizzando un dato non decisivo come quello dell'apporto iniziale di danaro (che non costituisce elemento esclusivo della società), la verifica compiuta dalla Corte di merito si mostra del tutto insufficiente perchè basata su elementi di fatto difforni da quelli indicati dall'art. 2247 cod. civ., secondo l'interpretazione sopra esposta».

³⁴ V. P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. e giur.*, 1975, p. 826 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 341 ss. e 612 ss.

³⁵ Sia permesso di rinviare al mio scritto *Scopo di lucro e autonomia privata La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994.

³⁶ In particolare v. F. Galgano, *Fondazione I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Milano, 1989, p. 4 s.

³⁷ Sul punto per una sintesi delle posizioni v. D. Preite, *Lo scopo negli enti del primo libro del codice civile: nuovi sviluppi in dottrina e giurisprudenza*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 1994, p. 287 ss.

³⁸ F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 231. V. anche Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Vita not.*, 1979, p. 661, e in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 882 ss., con nota di M.V. De Giorgi, *Scopo della fondazione e fondazioni di famiglia*.

non breve durata sulla proprietà, come l'art. 1379 c.c.³⁹, sostenere la necessità di circoscrivere l'utilizzazione funzionale dell'istituto al perseguimento dei predetti scopi o, quanto meno, al perseguimento di fini di rilevante interesse generale.

Considerato, inoltre, che il negozio di fondazione può essere utilizzato in concreto per aggirare il divieto sancito in ordine alla sostituzione fedecommissaria dall'art. 692 c.c.⁴⁰, si potrebbe anche per tal via ritenere essenziale limitare al conseguimento di scopi predeterminati l'adozione della "forma".

Si potrebbe affermare infine che lo strumento esaminato si presta anche a facili elusioni sotto il profilo fiscale, permettendo «di evitare perfino l'imposta di successione»⁴¹.

Tutte le argomentazioni esposte non sono però decisive per sostenere la necessità di una limitazione degli scopi perseguibili attraverso il modello della fondazione e, precisamente, per sostenere la necessità di una limitazione di detti scopi alle sole finalità di natura pubblica o alle sole finalità comportanti la realizzazione di una utilità di carattere generale.

E così, la norma contenuta nell'art. 699 c.c., che peraltro concerne la dazione di somme di denaro, trova la sua *ratio* nel rendere legittime alcune attribuzioni *mortis causa* a favore di soggetti che altrimenti, ai sensi dell'art. 462 c.c., sarebbero incapaci di succedere al momento dell'apertura della successione⁴². Nella fondazione, poi, ciò che rileva, a differenza delle ipotesi di erogazione *ex art.* 699 c.c., le quali si riferiscono ad attribuzioni a soggetti, è la funzione assegnata al patrimonio, a fronte della quale potrebbe pure non scaturire alcun diritto in favore dei (potenziali) beneficiari.

E così, quanto all'art. 698 c.c. e a tutte le altre norme che tendono a limitare nel tempo una dissociazione tra usufrutto e nuda proprietà o comunque a limitare l'apposizione di vincoli perpetui alle ragioni proprietarie, non si tiene conto che la destinazione del patrimonio ad uno scopo non comporta alcuna separazione di facoltà del diritto proprietario e non produce per forza un cattivo sfruttamento del patrimonio stesso. Il cattivo sfruttamento delle risorse economiche e il pericolo di una disutile immobilizzazione di ricchezza possono, peraltro in dipendenza delle attività oggetto della fondazione, non sussistere affatto. Anzi la fondazione può essere uno strumento così efficiente sotto il profilo delle ragioni economiche da richiedere una accurata riflessione sul piano della tutela della concorrenza e della legislazione incentivante⁴³.

³⁹ In ordine alla immobilizzazione dei beni v. Cass., 28 giugno 2004, n. 11968, in *De jure* (in motivazione).

⁴⁰ V. R. Costi, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 11; F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 228 ss.

⁴¹ F. Galgano, *Fondazione I) Diritto civile*, cit., p. 4 s.

⁴² Cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 424.

⁴³ V. G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 314; A. Zoppini, *Le fondazioni Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, pp. 40 e 43 ss. Quanto all'esercizio di impresa da parte delle fondazioni si ricordano i due scritti dai quali ha con forza preso avvio il relativo dibattito: P. Rescigno, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 812 ss.; R. Costi, *Fondazione e impresa*, cit., p. 1 ss. V. anche A. Barba, *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, 1996.

Il divieto di usufrutto successivo (e di rendite successive) portato dall'art. 698 cit., considerati anche i simili effetti che dal punto di vista economico possono raggiungersi con la disposizione di (rendite o) usufrutti congiuntivi con diritto di accrescimento reciproco, trova poi giustificazione non già nell'esigenza di un migliore sfruttamento delle risorse ma nel voler evitare, come dimostra la collocazione della norma, effetti pratici simili a quelli della sostituzione fedecommissaria.

La limitazione degli scopi perseguibili con il negozio di fondazione non trova però valida giustificazione neppure alla luce del divieto posto dall'art. 692 c.c. Siffatto divieto, nella sua valenza generale, ha come *ratio* la necessità di colpire l'*ordo successivus*, l'obbligo di conservare e trasmettere, in cui si sostanzia la fattispecie vietata, che contrasta con il principio di libertà individuale in materia testamentaria⁴⁴. Sicuramente la fondazione potrebbe di fatto essere utilizzata per il raggiungimento del risultato vietato dalla richiamata norma codicistica, ma non si può affermare che ciò accade sempre ed in ogni caso. Sarà necessario procedere ad una valutazione concreta della fattispecie e solo in presenza di una frode alla legge si potrà ritenere sanzionabile la relativa ipotesi negoziale. Altrimenti ragionando si dovrebbe, ad esempio, ritenere comunque illecita la vendita con patto di riscatto perché utilizzabile in frode al divieto del patto commissorio portato dall'art. 2744 c.c.⁴⁵.

Le preoccupazioni di carattere tributario, infine, non sembrano poter costituire opportuna motivazione per limitare sul piano sostanziale l'esercizio di una libertà costituzionalmente garantita. Al limite, peraltro sempre se la vicenda interessata non dovesse risultare oggetto di detassazione o essere esente da tasse, ci sarà la necessità di prevedere ragionevoli soluzioni fiscali⁴⁶.

⁴⁴ V. L. Ricca, *Fedecompresso (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, p. 117 ss.

⁴⁵ Sulla vendita con patto di riscatto effettuata in frode al divieto del patto commissorio, tra le altre, v. Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Riv. not.*, 1989, p. 890 ss.; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262, in *De jure*; Cass., 21 maggio 2013, n. 12462, *ivi*.

⁴⁶ Con riferimento ad un atto costitutivo di *trust* la Suprema corte ha di recente rilevato che: «l'imposta sulla costituzione di vincolo di destinazione è un'imposta nuova, accomunata solo per assonanza alla gratuità delle attribuzioni liberali, altrimenti gratuite e successorie; essa riceve disciplina mediante un rinvio, di natura recettizio-materiale ... ma conserva connotati peculiari e disomogenei rispetto a quelli dell'imposta classica sulle successioni e sulle donazioni. ... Ciò in quanto nell'imposta in esame, a differenza che in quella tradizionale, il presupposto impositivo è correlato alla predisposizione del programma di funzionalizzazione del diritto al perseguimento degli obiettivi voluti; là dove l'oggetto consiste nel valore dell'utilità della quale il disponente, stabilendo che sia sottratta all'ordinario esercizio delle proprie facoltà proprietarie, finisce con l'impovertirsi. ... Se questa imposta abbisognasse del trasferimento e, quindi, dell'arricchimento, essa sarebbe del tutto superflua, risultando sufficiente quella classica sulle successioni e sulle donazioni, nelle quali il presupposto d'imposta è, giustappunto, il trasferimento, quantunque condizionato o a termine, dell'utilità economica ad un beneficiario: si prospetterebbe, in definitiva, l'*interpretatio abrogans* della disposizione in questione. ... Ciò posto, il legislatore, evocando soltanto l'effetto, ha inequivocabilmente attratto nell'area applicativa della norma tutti i regolamenti capaci di produrlo. ... Tra questi, vanno annoverati anche gli atti di destinazione contemplati dall'art. 2645 *ter* c.c., che, 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,

Non è dunque possibile giustificare una limitazione degli scopi perseguibili mediante l'impiego del modello organizzativo della fondazione con i principi relativi allo sfruttamento delle risorse e alla libera circolazione dei beni o con i divieti in tema di sostituzione fedecommissaria o con motivazioni di carattere fiscale.

È bene da ultimo precisare, per quanto ovvio, che la tendenziale neutralità delle figure di esercizio, in relazione alle finalità con esse perseguibili, non produce alcun fenomeno di astrazione negoziale, nè elimina la necessità di una valutazione concreta della fattispecie.

Siffatta valutazione può e deve, con riferimento alle attività economiche, quali situazioni dinamiche differenti dall'atto negoziale che le programma e funzionalizza⁴⁷, essere effettuata con le lenti dell'utilità sociale, della libertà, della sicurezza e dignità umana. Detta valutazione può, ancor più, essere mirata a rilevare profili di meritevolezza particolari, «che consistono nel perseguimento e nel raggiungimento di quei fini sociali ... di cui l'attività economica, non meno che quella pubblica, deve farsi portatrice», fini dunque che non rappresentano limiti da non superare ma mete da raggiungere⁴⁸.

Tale valutazione può e deve, in relazione agli interessi dei soggetti agenti, essere effettuata utilizzando il filtro dei valori costituzionali.

La necessità di una verifica concreta dell'intrapresa e in particolare delle richiamate valutazioni non comporta, però, per ciò stesso situazioni di incompatibilità tra (il perseguimento di) interessi individuali e (l'affermazione del) principio solidaristico o ancora tra (il perseguimento di) finalità egoistiche, (lo sviluppo e la) tutela della persona e (il conseguimento di) finalità sociali, come peraltro suggerisce l'art. 41 della Carta fondamentale della Repubblica, né, a maggior ragione, esclude di per sé la compatibilità tra (l'adozione della) "forma" e (la pianificazione di) interessi individuali.

Gli intrecci tra attività e scopi, tra finalità di diversa natura, tra vantaggi della collettività e vantaggi propri del fondatore possono essere infiniti. Interessi individuali e interes-

sia pure con contenuto atipico purchè rispondente ad interessi meritevoli di tutela, assurgendo per questo verso a norma sulla fattispecie. ... La norma risponde difatti all'esigenza di rendere tipica la volontà destinataria; se così non fosse, essa sarebbe inutile, essendo già consentito dal principio di libertà, proprietaria e negoziale, di fare l'uso che si crede dei propri beni e, quindi, anche di impiegarli per determinate finalità. ... E, questa, la situazione che ricorre nella fattispecie in esame, in cui non si è prodotto effetto traslativo alcuno, ma in cui il disponente, che risulta dagli atti essere il destinatario della pretesa impositiva, nel regolamentare i propri interessi nella maniera che ha ritenuto più consona all'esigenza di garanzia perseguita, ha impresso, come effetto immediato e diretto, vincoli temporanei al libero esercizio dei propri stessi diritti sui beni immobili in oggetto, al fine, appunto, di rafforzare la generica garanzia patrimoniale da lui prestata. ... L'effetto immediato e diretto della previsione del vincolo di destinazione si è prodotto nella sfera giuridica di C., che è rimasto proprietario dei beni ... Di qui la ricorrenza, oltre che del presupposto impositivo, anche della qualità di soggetto passivo in capo a C. ... In relazione all'aliquota applicabile, la misura dell'8% ... è imposta dalla sua natura residuale, non rientrando la figura del conferente, che seguita ad essere proprietario dei beni, in alcuna delle altre categorie previste dalla norma, che godono di aliquota inferiore» (Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735, in *De jure*; conf. Cass., 24 febbraio 2015, n. 3737, *ivi*, e Cass. 25 febbraio 2015, n. 3886, *ivi*).

⁴⁷ Cfr. G.B. Ferri, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 402 s.; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 147.

⁴⁸ G.B. Ferri, *Saggi di diritto civile*, cit., p. 403.

si generali possono non essere in contrasto tra loro. L'interesse individuale, *ex se*, può essere espressione e mezzo per la realizzazione, in aderenza ai valori fondanti, della persona.

5. L'utilizzazione polifunzionale della "forma" deve essere verificata anche sul piano della disciplina positiva dell'istituto.

Al riguardo si devono esaminare due gruppi di norme, uno relativo ai possibili momenti di emersione dell'intento del fondatore e uno non direttamente riferibile a detti momenti ma comunque rapportabile nell'ottica del legislatore codicistico alle finalità dell'ente.

Al secondo gruppo di norme appartiene l'art. 28, comma 1, c.c., che prevede la trasformazione dello scopo della fondazione qualora lo scopo stesso divenga nel tempo di «scarsa utilità». Riaffiora così, anche a livello codicistico, il riferimento all'utilità dei fini che l'ente deve perseguire, riferimento questo che, unitamente ad altri indici normativi, testimonia l'opinione del legislatore del '42 in merito alle fondazioni.

Sicuramente in ordine alla fattispecie concreta e in particolare all'attività e agli scopi programmati v'è, durante la vita dell'ente, la necessità di verificare se detta attività e tali scopi conservino, a seguito della dinamicità delle situazioni, ancora una valenza positiva, che giustifichi l'intrapresa. L'iniziativa deve continuare ad essere affidabile e seria in modo tale da legittimare il mantenimento della persona giuridica nel rispetto della volontà del fondatore, qualora questi non abbia considerato il venir meno di tali caratteri causa di estinzione dell'ente.

Appare però difficile con la richiamata disposizione motivare una limitazione degli scopi perseguibili ai soli fini di pubblica, generale o collettiva utilità. La "scarsa utilità" codicistica non deve per forza essere pubblica, generale o collettiva, potendovi essere anche una "scarsa utilità" privata.

Al secondo gruppo di norme appartiene pure la disciplina dei controlli dettata dall'art. 25 c.c. Anche tale normativa, però, non importa, sul piano della funzionalizzazione della struttura, una limitazione degli scopi perseguibili o l'esclusione di determinate finalità. Certo il regime previsto dal legislatore del '42, voluto sul presupposto del ruolo dallo stesso "mitico personaggio" attribuito agli enti di cui al primo libro del codice civile, esprime l'originario disfavore verso detti enti. Ma valutata la elasticità che di fatto possono assumere i controlli amministrativi e la naturale assenza di altre forme di controllo sull'attività degli amministratori della fondazione, la richiamata normativa può trovare una giustificazione adeguata a prescindere dagli scopi perseguiti⁴⁹.

Quanto al primo gruppo di norme, quanto in sostanza all'attribuzione di vantaggi economici, l'iniziale disposizione di riferimento è contenuta nel primo comma dell'art. 16 c.c.: l'atto costitutivo e lo statuto della fondazione devono fissare i criteri e le modalità di erogazione delle rendite. La norma, in cui si rinviene l'uso di espressioni che, ancora una volta, riflettono il pensiero del legislatore codicistico in materia, non esclude comun-

⁴⁹ Cfr. G. tamburrino, *Persone giuridiche Associazioni non riconosciute Comitati*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1980, p. 261; R. Costi, *Fondazione e impresa*, cit., p. 14.

que sia l'esistenza di fondazioni diverse da quelle di tipo erogativo, quindi di fondazioni non necessariamente dedite alla beneficenza, sia la destinazione delle rendite, per utilizzare il medesimo linguaggio, allo stesso fondatore.

L'argomento normativo piú utilizzato per negare l'ammissibilità di fondazioni volte al perseguimento di finalità egoistiche da parte dello stesso soggetto disponente è contenuto nell'art. 31 c.c. Il secondo comma di tale norma demanda all'autorità governativa il compito di attribuire i beni residui alla liquidazione della fondazione ad «altri enti che hanno fini analoghi»⁵⁰.

La soluzione favorevole a lasciare piú ampi margini all'autonomia privata può far leva invece sul primo comma del medesimo art. 31, che, assegnando allo statuto il ruolo di fonte primaria in merito alla devoluzione dei beni, configura come subordinato l'intervento dell'autorità amministrativa, nonchè sul secondo comma dell'art. 28 cc., che esclude la trasformazione dell'ente qualora i fatti che ad essa darebbero luogo siano considerati nel negozio di fondazione come causa di estinzione della persona giuridica e di «devoluzione dei beni a terze persone».

Proprio tale ultimo riferimento normativo, la «devoluzione dei beni a terze persone», conferma secondo una opinione, considerato «l'accentuato antropomorfismo che caratterizza, in questo titolo del codice civile, il linguaggio del legislatore», l'impossibilità di una devoluzione dei beni, a seguito della liquidazione dell'ente, a persone fisiche e, quindi, allo stesso fondatore⁵¹.

L'opinione, però, anche se suggestiva, non può essere condivisa. È la stessa Relazione al codice civile, infatti, a non precludere, pur influenzata sull'argomento da posizioni ispirate alla tradizione dell'istituto, una devoluzione interessata dei beni residui alla liquidazione dell'ente. Nella Relazione si legge: «Non è stata neppure accolta la proposta di consentire la trasformazione della fondazione anche quando vi siano clausole di reversibilità, le quali resterebbero così inefficaci. A prescindere dalla considerazione che in queste fondazioni, data la loro natura e la loro finalità, appare decisiva la volontà di chi le ha costituite, disponendo con quelle determinate condizioni dei propri beni, è da tenere presente soprattutto, dal lato politico-sociale, che una disposizione di carattere generale, la quale escludesse il rispetto della volontà in ordine alla destinazione ulteriore dei beni, potrebbe essere pericolosa e in ogni caso sarebbe poco conveniente, perché eserciterebbe una spinta contraria allo spirito di beneficenza, al quale va lasciato, quanto piú è possibile, libero campo di manifestarsi»⁵².

Nella Relazione dunque, pur presupponendosi una utilizzazione dell'istituto per il perseguimento di finalità altruistiche, in ordine alla devoluzione dei beni dell'ente si reputa sovrana la volontà del fondatore, rimarcandosi al contempo l'utilità di consentire al soggetto disponente di regolare liberamente la devoluzione del patrimonio della fondazione⁵³.

⁵⁰ In particolare v. F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 426 ss.

⁵¹ Così F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 428.

⁵² *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, Roma, 1943. passo n. 53, p. 55.

⁵³ V. art. 5, comma 4, l. 11 agosto 1991, n. 266, art. 10, comma 1, lett. f), d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, art. 3, lett. l), l. 7 dicembre 2000, n. 383, e art. 13, comma 3, d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

Anche la disciplina positiva dell'istituto non giustifica pertanto una utilizzazione del modulo organizzativo della fondazione necessariamente ancorata a determinate finalità o necessariamente volta al soddisfacimento di interessi pubblici, generali o collettivi.

Negozi *post mortem* ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette

di Vincenzo Barba

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'indagine. – 2. Destinazione. – 3. Possibili negozi post mortem produttivi di un effetto di destinazione. – 3.1. Negozio fiduciario. – 3.2. Trust. – 3.3. Il mandato post mortem. – 4. Negozi post mortem di destinazione e disciplina a tutela dei legittimari. – 4.1. L'attribuzione patrimoniale presupposta tra disponente e gerente. – 4.2. L'attribuzione patrimoniale tra gerente e beneficiario.

1. Il titolo della relazione che mi è stata affidata¹, per il tramite della congiunzione copulativa, lega i negozi *post mortem* agli effetti di destinazione, spingendo, inevitabilmente, la ricerca che voglia restarvi fedele, a indagare se e in che limiti si possano realizzare nel nostro ordinamento giuridico destinazioni patrimoniali per mezzo di atti *inter vivos* produttivi di effetti al tempo della morte del loro autore².

Con l'ovvio corollario che, in questo tipo d'indagine, il negozio *post mortem* deve assumersi a elemento condizionante, mentre la destinazione a elemento condizionato, ossia, per restare alla terminologia bettiana, il primo a fattispecie e il secondo a effetto giuridico. Ciascuno ponendo, in relazione a questa loro collocazione, nell'ambito dello schema normativo, scolasticamente riducibile nel «Se A, allora B», specifici problemi di interpretazione e disciplina, nonché peculiari interferenze con importanti principi del nostro ordinamento giuridico e, almeno, la delazione, l'autonomia patrimoniale e i mezzi di articolazione del patrimonio, la tutela dei legittimari.

La circostanza che in punto di fattispecie si abbia riguardo ai c.dd. negozi *post mortem* induce, subito, a escludere dal campo dell'indagine non soltanto le disposizioni testamentarie, ma anche gli atti di ultima volontà, ossia quegli atti che, pur

¹ Il lavoro nasce dalle suggestioni stimulate dalla lettura del volume *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2012. Queste pagine, con l'aggiunta di note bibliografiche minime ed essenziali, rappresentano la rielaborazione della relazione detta il 22 maggio 2015 all'Università degli Studi di Bari, in occasione del Convegno «Autonomia Privata e destinazione patrimoniale».

² Sul divieto di patti successori, sulla categoria dell'atto a causa di morte, sulla teoria dell'atto di ultima volontà e sui limiti di validità del negozio sotto modalità di morte, si rinvia a V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

non necessariamente destinati a essere accolti nel testamento, sono, nondimeno, capaci di regolare interessi patrimoniali ed esistenziali della persona per il tempo successivo alla sua morte, senza che, prima di questo momento possano produrre alcun effetto, ove pure siano conosciuti dal destinatario³.

Rimane, dunque, esclusa l'analisi non soltanto dell'atto di destinazione testamentario⁴, che rappresenta per la sua straordinaria importanza, anche sistematica, quello di più immediata e facile percezione, ma, altresì, l'analisi del *trust* testamentario⁵, della costituzione per testamento di una fondazione e, in specie, di una fondazione di famiglia, l'atto di dotazione della fondazione, la costituzione *mortis causa* del fondo patrimoniale, la sostituzione fedecommissoria, nonché, sebbene il loro profilo destinatorio potrebbe apparire, a una prima impressione, più flebile, la disposizione fiduciaria, il mandato *mortis causa* e la disposizione testamentaria costitutiva di un rapporto di mandato.

Il campo di analisi, in punto di fattispecie, si restringe, allora, ai negozi *inter vivos*, selezionando, al loro interno, soltanto quelli che, in ragione della loro vocazione a regolare interessi del soggetto per il tempo successivo alla sua morte, contemplino quest'ultima quale mero accadimento avente funzione di sospendere o, semplice-

³ G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 s.; Id., voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 232 s. Successivamente, R. Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 148, il quale ha distinto tra atti nei quali che la morte è evento incidente sugli effetti di una fattispecie acquisitiva radicata nell'atto *inter vivos*, e acquisto venato dal programma distributivo regolato dallo statuto successorio a causa di morte. In senso conforme, pur con qualche sfumatura di toni e di pensiero, la migliore dottrina successiva. M.V. De Giorgi, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 66; Id., voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 535; P. Rescigno, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Tratt. breve delle succ. e don.*, dir. da P. Rescigno, coord. da M. Ieva, 2 ed., Padova, 2010, p. 15; C. Caccavale, *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. breve delle succ. e don.*, cit., p. 28; F. Magliulo, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Vita not.*, 1992, p. 1414. Più di recente, D. Achille, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, p. 86 ss.; F.P. Traisci, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 68 ss. In senso parzialmente diverso, D.A. D'Aloia, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012, p. 3 ss., spec. p. 54, secondo cui il vero tratto caratterizzante un contratto successorio sta nella sua irretrattabilità e nella sua attitudine a disporre della successione.

⁴ E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 253 ss.; G. D'Amico, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 ss.; A. Azara, *La disposizione testamentaria di destinazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 86 ss.; R. Calvo, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 783; F. Spotti, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 384; Id., *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Le disposizioni testamentarie*, dir. da Bonilini e coord. da V. Barba, Torino, 2012, p. 163 ss.; A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 563 ss.; G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Il foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; V. Corriero, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2015. V. Barba, *Disposizioni testamentarie di destinazione*, in *Il foro nap.*, in corso di pubblicazione.

⁵ R. Calvo, *Il trust testamentario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 405 ss.

mente, di limitare nel tempo gli effetti del negozio⁶, o, più esattamente, quegli atti tra vivi che non importano una disposizione della delazione⁷. Quegli atti, cioè, che, secondo un autorevole insegnamento, si dicono sotto modalità di morte⁸, ma che, secondo l'espressione, oggi, più diffusa, si definiscono negozi *post mortem*.

Negozi il cui confine di validità è, davvero, assai incerto e insicuro, se soltanto si consideri, per un verso, la norma che pone la nullità dei patti successorî e, per altro verso, il principio in forza del quale l'eredità si devolve, soltanto, per legge o per testamento. Nondimeno indispensabile da tracciare, seppure soltanto per cenni e spunti, dando per acquisiti risultati dottrinari e giurisprudenziali controversi, in un'analisi che aspira a porre proprio il negozio *post mortem* a elemento condizionante dell'effetto di destinazione. In un discorso che vorrebbe, cioè, verificare entro quali limiti si possano dare effetti di destinazione per il tramite di negozi *inter vivos* destinati a produrre tale effetto alla morte del disponente.

Indagine difficile nella quale non basta, come a prima vista potrebbe pensarsi, affermare che il negozio, ancorché destinato a regolare interessi per il tempo successivo alla morte del soggetto, valuta la morte come accadimento al quale si riportano, soltanto, i motivi dell'agire o, semplicemente, gli effetti dell'atto; né, semplicemente, escludere che la morte è l'evento dal quale ha origine la stessa vicenda del rapporto giuridico prodotta dall'atto, in quanto essa stessa verrà a sussistere dopo la morte del soggetto, caratterizzando, così, l'atto stesso sotto un profilo oggettivo-funzionale⁹.

⁶ Avverte R. Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., p. 152, che l'interprete non può mai esimersi da un «esame penetrante della fattispecie», allo scopo di verificare se non vi sia un intento fraudatorio della legge.

⁷ L'idea che il divieto di patti successorî serva a impedire il compimento di atti tra vivi di disposizione della delazione e che esso sia il principio giustificativo della norma di divieto di patti successorî è la tesi svolta da V. Barba, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., p. 1 ss., spec. p. 178-184.

⁸ Vale la pena di osservare che Giampiccolo contrappone a quelli che, oggi, indichiamo come atti *post mortem* gli atti sotto modalità di morte. Secondo l'A., infatti, la formula linguistica «atto *post mortem*» costituirebbe una specie intermedia tra l'atto *mortis causa* e l'atto sotto modalità di morte. Scrive G. Giampiccolo, voce *Atto «mortis causa»*, cit., p. 236, «si tratta di atti che, pur non essendo qualificati dall'elemento oggettivo-funzionale *mortis causa* (esempio: confessione, dichiarazione di paternità, riconoscimento di figlio naturale, riconoscimento di debito, accettazione di eredità, ratifica, convalida, dichiarazione di scelta e simili), dove tuttavia si trovino a essere contenuti in un testamento, si adeguano alla speciale forma di emissione della dichiarazione testamentaria e vengono perciò ad acquistare rilevanza giuridica per la generalità soltanto con la morte del loro autore. Si distinguono dall'atto a causa di morte, per la diversa funzione; dall'atto sotto modalità di morte, per la diversa forma di emissione della dichiarazione; è infatti proprio quest'ultimo elemento di struttura, e non già una modalità (che come tale potrebbe anche risultare inapplicabile al singolo atto) che, spostando il momento di rilevanza esterna della dichiarazione, ne differisce anche l'effetto al tempo della morte del soggetto».

⁹ In giurisprudenza ciò si è tradotto in un gruppo di cinque regole, già fissate da Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, 1, c. 700 ss., e successivamente riprese più volte sia dalla giurisprudenza di merito sia di legittimità. In particolare, si dice che «per stabilire se una determinata pattuizione costituisca patto successorio il giudice di merito deve accertare: 1) se propria del *vinculum iuris* con essa creato sia stata la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non

«Tale concettualizzazione deve fungere soltanto da massima ordinante, la quale, però, attende di essere misurata sulla disciplina del singolo caso concreto, allo scopo di valutare se, indipendentemente dalla formale considerazione della morte quale mero accadimento al quale si riportano soltanto gli effetti dell'atto, le parti non abbiano, in realtà, considerato la morte non soltanto quale accadimento in grado di caratterizzare l'atto sotto il profilo oggettivo-funzionale, ma abbiano anche inteso disporre della delazione, ossia di diritti ereditari relativi a una successione non ancora aperta»¹⁰.

La valutazione demandata alla responsabilità dell'interprete¹¹, il quale è tenuto a conoscere il singolo e individuo atto giuridico, sia esso negoziale o no, nella sua inscindibile totalità e a ricercarne la disciplina, evitando ipostatizzazioni concettuali, votate alla logica del tipo includente e interpretazioni necessariamente sussuntive dentro una fattispecie, sol perché essa sia la più prossima¹².

Credo sia questo l'orizzonte nel quale il giurista debba muoversi e, limitandomi alla mia prospettiva, l'orizzonte nel quale è necessario indagare il confine di validità dell'atto *inter vivos* con effetti differiti al tempo della morte del disponente.

2. La destinazione, nella prospettiva indagata, è riguardata sul piano effettuale, ossia come impressione di un certo vincolo su un bene o un complesso di beni, senza che si assuma, almeno a stare all'interpretazione più classica, un suo indissolubile legame e una sua in-configurabilità logica in difetto della segregazione del bene che sia stato destinato.

ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi così dello *ius poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato».

¹⁰ Così, V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., p. 29.

¹¹ Per tutti, P. Perlingieri, *Strumenti e tecniche dell'insegnamento del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 499 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317. Ma già, U. Scarpelli, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 12; H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, (4 ed., 1987) che può leggersi nella trad. di Vattimo, Bompiani, 2001.

¹² In tema le convincenti considerazioni di G. Perlingieri, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 545 e 547, il quale avverte: «In definitiva, non è un problema di tipicità o atipicità ma di «giusto rimedio», ossia di controllo di congruità della *ratio* della disposizione e del rimedio in esame agli interessi coinvolti dal contratto». E, ancora, «è in sintesi, affermare che all'interno di un tipo esistono norme non necessariamente applicabili a tutte le fattispecie, sia pure riconducibili al medesimo tipo, e che le norme di un tipo si possono applicare a fattispecie atipiche significa prendere atto che affannarsi nel ricondurre un contratto ad un tipo o ad un altro è uno sforzo utile ma non esaustivo, dovendosi concentrare l'interprete piuttosto sul controllo di congruità e adeguatezza della singola norma (presente nel sistema generale del contratto e dei singoli contratti) agli interessi in concreto perseguiti dalle parti e alle peculiarità soprattutto funzionali del singolo atto di autonomia. Il che impone l'analisi non soltanto della causa ma del contenuto del contratto o dell'operazione complessa». P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 391 ss., 397.

Consapevole, infatti, che una destinazione senza separazione è esposta al rischio di essere sterilizzata, e che la segregazione si presta, tendenzialmente, a essere strumento di attuazione e realizzazione della stessa destinazione, reputerei doveroso continuare a distinguere l'una dall'altra, dacché si tratta di profili collocabili su piani distinti e valutabili in termini di vicende del rapporto giuridico in modo autonomo.

L'introduzione nel nostro sistema positivo della norma di cui all'art. 2645 *ter* Cod. civ., di là della sua vocazione generale o speciale, sulla quale non torno, esprimendomi a favore della prima e manifestando una certa contrarietà a considerarla, come autorevolmente è stato sostenuto, una mera norma sugli effetti, non soltanto non supera la distinzione tra destinazione, opponibilità e separazione, ma, addirittura, mi sembra capace di conservarla ed esaltarla. Confermando che la destinazione implica, soltanto, che un soggetto, indipendentemente dalla circostanza che sia il proprietario¹³, imprima un vincolo sul bene, in guisa di conformare il diritto sul bene stesso, mercé l'assunzione dell'impegno a non mutarne la destinazione marcata e dell'impegno a gestirlo in conformità al vincolo medesimo¹⁴.

Potrebbe dirsi, in via di estrema generalizzazione e con tutti i rischi propri di ogni esemplificazione astratta, che il vincolo di destinazione importa, almeno sui soggetti che siano parte della convenzione, che ha determinato la costituzione del vincolo, un'obbligazione negativa¹⁵ e una positiva: la prima avente a oggetto un *non facere*, consistente nel non mutare la destinazione impressa, la seconda avente a oggetto un *facere*, consistente nel gestire il bene in modo conforme al vincolo.

Ciò dimostra che la destinazione, fin quando rimanga mera destinazione, ha un contenuto tendenzialmente obbligatorio, che la espone, per un verso, al rischio dell'inadempimento da parte del suo o dei suoi autori, i quali, al costo del mero risarcimento del danno, potrebbero violare la destinazione medesima, e, per altro

¹³ Basti considerare che talune norme impongono il potere di imprimere una certa destinazione al bene anche al possessore, al detentore. Così, anche, M. Confortini, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionari del diritto privato*, I, *Diritto civile*, a cura di N. Irti, Milano, 1980, p. 885.

¹⁴ R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazioni di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 987 ss., spec. p. 990 s., precisa che sotto il profilo dell'effetto gli atti di destinazione presentano una caratteristica comune: «di incidere sul diritto oggettivo determinando le regole applicabili ad attività future. In chiave funzionale tali regole costituiscono l'organizzazione delle menzionate attività per il perseguimento di un interesse ([...]quello sintetizzato nella destinazione). Gli atti denominabili di organizzazione sembrano costituire per ciò stesso la categoria, sia pure estremamente articolata in ragione della varietà dei possibili contenuti funzionali, la quale nell'interpretazione dei fenomeni di iniziativa privata, consente di spiegare il rilievo di effetti non attributivi (né reali né obbligatori), bensì modificativi (dell'interesse posto ad epicentro della situazione giuridica considerata e, conseguentemente, delle regole applicabili ai rapporti futuri ad essa riferibili) [...] Attribuzione e destinazione si pongono infatti su piani differenti, l'una sul piano logico costruttivo, l'altra su quello teleologico: la prima rappresenta lo schema logico astratto che, volta per volta, è colorato da un concreto orientamento funzionale; la seconda rappresenta il contenuto funzionale concreto di uno schema logico astratto (diremmo, l'organizzazione)».

¹⁵ Sull'obbligazione negativa, almeno, il completo e condivisibile lavoro di S. Deplano, *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014.

verso, alla sua inopponibilità ai terzi, con la conseguenza che questi ultimi e, tra essi, anche i creditori, possono validamente ed efficacemente acquistare diritti, personali o reali, di godimento o di garanzia, sul bene o sui beni destinati.

Per superare l'uno e l'altro non è, tanto, necessario, passare dal piano obbligatorio al piano reale, il quale imporrebbe difficoltà concettuali legate, anche, al tema della tipicità dei diritti reali, quanto, e più semplicemente, riuscire a rendere opponibile, anche ai terzi, il vincolo di destinazione, in modo che il vincolo abbia effetto nei confronti dei terzi e che diritti dei terzi acquistati, successivamente, non possano avere effetto contro il vincolo.

Per fare ciò occorre che il titolo sia reso opponibile, ossia che si possano dare strumenti pubblicitari capaci di rendere il titolo costitutivo della destinazione legalmente conoscibile ai terzi, in guisa che gli ultimi, in caso di acquisto inefficace, non possano lamentare alcunché, se non una loro negligenza nel compimento dell'atto contro un vincolo conosciuto, o conoscibile.

Tutto ciò, però, da solo considerato, non basta a realizzare anche il risultato della segregazione patrimoniale. La quale reclama non soltanto l'opponibilità del vincolo, ma anche una scelta legislativa, la quale stabilisca, oltre all'inefficacia dei diritti dei terzi acquistati sul bene, o sui beni vincolati, anche la separazione di quello, o di quelli, dal patrimonio del suo titolare.

E si badi, a me pare che i due fenomeni meritino, ancora, di essere tenuti distinti, perché la mera inefficacia dell'atto del terzo, o del creditore sul bene vincolato, non significa, anche esclusione o sottrazione di quel bene, o complesso di beni, dalla garanzia patrimoniale del suo titolare.

Tale altro profilo disciplinare reclama una scelta legislativa, la quale consenta di rendere il bene o i beni, una volta che il vincolo risulti opponibile ai terzi, anche separato dal patrimonio del titolare. Costituente, cioè, un patrimonio autonomo, o, se si preferisce, una articolazione del patrimonio.

Risultato che, in considerazione del principio della responsabilità patrimoniale, per il quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni, con tutti i suoi beni presenti e futuri, postula una precisa scelta. Soltanto compiuta la quale il bene o i beni vincolati e i loro frutti diventano garanzia generica non già di tutti i creditori del titolare dei beni vincolati, bensì dei soli creditori il cui diritto sia sorto in conformità e in funzione dello scopo, ossia oggetto di esecuzione soltanto per debiti contratti per lo scopo.

Piuttosto dovrebbe discutersi sul cattare speciale o eccezionale di questa disciplina e valutare se la separazione patrimoniale, ossia la disciplina che aggiunge all'opponibilità del vincolo anche l'effetto di separazione del bene, o del complesso di beni, non debba considerarsi, oggi, diversamente da ciò che era necessario dire, avendo riguardo alle scelte originariamente compiute dal legislatore del 1942, una disciplina a vocazione speciale, ma non eccezionale.

Soluzione verso la quale mi sentirei incline, non soltanto riguardando i numerosi casi nei quali storicamente, a mano a mano, ciò è stato previsto, ma, soprattutto,

riferendomi alla non più recente disciplina sull'atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela¹⁶. La quale, in ragione della generalità dello strumento che essa appresta, mi pare capace di elevare la separazione a effetto generale di tutte le destinazioni opponibili ai terzi¹⁷, o da fungere essa stessa da paradigma di ogni possibile isotopo di destinazione per interessi meritevoli di tutela.

Senza, perciò, violare il principio generale della responsabilità patrimoniale, bensì fissando un generale principio di possibile plurima articolazione del patrimonio della persona. Il quale, peraltro, non può impaurire il giurista positivo, temendo di esporre –come sovente si ascolta– la circolazione giuridica al male oscuro dell'incertezza e i ceti creditori al rischio incalcolabile dell'insoddisfazione della loro pretesa.

Perché in ogni caso, l'effetto di destinazione, ancorché accompagnato dalla separazione, non soltanto non pregiudica la circolazione, ma, soprattutto, non mi pare in grado di rendere inattuabile la garanzia patrimoniale.

Al riguardo, basti considerare che il creditore anteriore alla costituzione della destinazione separata ha, sempre, a propria disposizione i consueti mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, che gli consentono di rendere, almeno nei suoi confronti, inefficace l'atto di separazione. Che costui ha, tra l'altro, la possibilità di agire con l'azione di meritevolezza, la quale, ben oltre i casi in cui sia possibile esperire gli ordinari mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, consente di sterilizzare una destinazione pregiudizievole delle sue ragioni, quando manchi, in tutto o in parte, la proporzionalità della destinazione¹⁸. Che, in ogni caso, costui, ove, *ad artem*, sia impossi-

¹⁶ A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 582 ss., «la natura eccezionale o regolare di una disposizione statuente la separazione patrimoniale deve essere proposta non tanto con riferimento all'art. 2740 c.c., né esclusivamente con riguardo al supposto principio di universalità della responsabilità patrimoniale, quanto sulla base di un confronto con il sistema giuridico nel suo complesso, e con specifica attenzione al tema in esame, ai principi generali coinvolti dai concreti interessi messi in evidenza dall'atto di destinazione».

¹⁷ Secondo R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazioni di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, cit., p. 948 ss., la predetta norma non avrebbe regolato la fattispecie di destinazione che, anzi, presuppone, ma semplicemente i requisiti in presenza dei quali questi atti possono essere trascritti e il loro effetto assistito dall'effetto reale.

¹⁸ Così, G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 65, il quale dopo aver precisato che il controllo di meritevolezza è formula capace di richiamare «in relazione alla singola fattispecie, principi e regole diverse», avverte che esso si risolve «in una pluralità di controlli che prescindono dal mero giudizio di liceità e di non futilità». Non soltanto un controllo in ordine al rapporto di congruità e di adeguatezza tra bene destinato e scopo perseguito, nonché un controllo sulla «proporzione» tra bene destinato e patrimonio residuo rispetto ai creditori del destinante, ma, altresì, il controllo sull'idoneità dell'atto di destinazione a perseguire uno *scopo specifico* e un *interesse altrui* e una *valutazione comparativa* tra l'interesse del beneficiario della destinazione e l'interesse tutelato dalla singola situazione creditoria. Non credo, inoltre, contrariamente a quanto affermato da G. D'Amico, *La proprietà «destinata»*, cit., p. 535, nt. 29, che G. Perlingieri intenda limitare il ricorso all'azione revocatoria ai soli casi in cui l'apposizione del vincolo si accompagni a una vicenda (anche) *traslativa* del bene. All'esatto contrario, la prospettiva dell'A. è ben diversa. Afferma, infatti, che ferma l'utilizzabilità dello strumento revocatorio, in tutti i casi in cui ne ricorrano i presupposti, e, dunque, quando possa darsi un atto di disposizione, indipendentemente dal rilievo che esso sia traslativo o no, v'ha, anche, l'azione di meritevolezza. Né G. Perlingieri, nello svolgere la propria tesi, cade in contraddizione, se soltan-

bilitato a esercitare gli ordinari mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, può, sempre, agitare l'abuso del diritto, che, in casi come questo, si potrebbe considerare strumento generale di tutela della pretesa creditoria: consente di vanificare l'effetto dell'atto, che si provi essere stato compiuto non già per la sua finalità propria, ma allo scopo, ancorché non esclusivo, di sottrarre il bene alla garanzia patrimoniale. D'altro canto, i creditori successivi alla costituzione della destinazione separata, in punto di stretto diritto, proprio perché successivi, e proprio perché consapevoli di quell'articolazione del patrimonio del loro debitore, non possono dirsi pregiudicati, né lamentare che l'in-esecuzione su quei beni e sui loro frutti, frustra le loro pretese¹⁹. Si direbbe, a voler indulgere a formule meramente descrittive che quei beni dovrebbero considerarsi non già presenti o futuri del loro debitore, bensì passati, ossia beni sui quali costoro non possono aver fatto affidamento al tempo del sorgere del loro credito nella valutazione giuridica della composizione quali-quantitativa del patrimonio del loro debitore.

Confermando, dunque, che la destinazione, ove pure si accompagni a una segregazione patrimoniale, e, dunque, quando diventi strumento di articolazione del patrimonio della persona, né espone al rischio di un'instabile circolazione, né al pregiudizio dei creditori del disponente. Con la conseguenza che diventa possibile affermarne il carattere speciale e, dunque, la contemporanea concomitante esistenza nel nostro ordine giuridico accanto al principio di responsabilità patrimoniale, della possibile articolazione del patrimonio della persona.

3. Segnati i criteri attraverso i quali è possibile affermare la validità dei negozi che si assumono a elementi condizionanti di questa analisi e individuato il tratto tipico dell'effetto di destinazione, reso, peraltro, compatibile nel nostro ordinamento giuridico anche quando questo, di là di una singola e specifica previsione normativa, si accompagni a una segregazione, si tratta di vedere attraverso quali strumenti l'uno e l'altro si possano combinare. Con intesa che non si tratta, soltanto, in questa prospettiva, di verificarne gli evidenti e possibili limiti di ammissibilità, sperimentando possibili tecniche negoziali attraverso le quali questo matrimonio s'ha da fare, ma anche e soprattutto di analizzare i problemi e i principi disciplinari che tali tecniche

to si considerino i diversi presupposti dell'azione revocatoria e dell'azione di meritevolezza e il diverso tipo di tutela che l'una e l'altra sono destinate a realizzare, indipendentemente dal fatto che il mezzo tecnico, consistente nell'inopponibilità relativa, possa essere coincidente. In una diversa prospettiva, si consideri l'interessante ricostruzione di A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 593 ss., secondo cui il requisito della meritevolezza, letteralmente riferito agli interessi, dovrebbe essere assunto a carattere e qualità della causa dell'atto di destinazione «con l'evidente corollario che meritevole di tutela va qualificato non l'interesse, ma la causa, in modo che in quest'ultima, e non nel primo, debba essere rinvenuto quel grado di apprezzabilità necessario ai fini del riconoscimento dell'atto di autonomia da parte dell'ordinamento giuridico». In questa prospettiva la meritevolezza non può considerarsi meramente rivolta ad assicurare l'opponibilità del vincolo, ossia limitata al profilo della trascrizione, ma nel tradizionale strumento di controllo dell'atto di autonomia negoziale.

¹⁹ Così, A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.

possono proporre, valutandone le interferenze con il sistema circolatorio e, vieppiù, con quello successorio.

Movendo dal primo, ossia dalla delimitazione d'ipotesi di negozi *post mortem* produttivi di effetti di destinazione, nel tentativo di esemplificazione, in via meramente stipulativa, chiamerò «*disponente*» il soggetto che intende realizzare la destinazione; «*beneficiario*» il soggetto avvantaggiato dalla destinazione; «*beneficiario finale*» il soggetto al quale, al termine della destinazione, deve essere trasferita la titolarità del bene, o del complesso dei beni destinati, con intesa che costui può coincidere, o no, con il beneficiario; «*gerente*» il soggetto al quale il disponente assegna il compito di attuare la destinazione.

3.1. La prima ipotesi alla quale è facile pensare è il negozio fiduciario²⁰, ossia lo schema della fiducia di antica tradizione e rinnovato interesse nella nostra più recente giurisprudenza di legittimità.

Il disponente (fiduciante) si accorda con il gerente (fiduciario), affinché l'ultimo, nell'interesse del primo e in base alle sue istruzioni, gerisca il bene, destinandolo, dopo la morte del primo, per un certo scopo e attribuendone la proprietà, alla fine della destinazione, al soggetto designato dal disponente medesimo.

L'ipotesi, ovviamente, si addensa di numerose variabili possibili. A seconda che il bene da vincolarsi sia già di proprietà del fiduciante (disponente), che lo trasferisce al fiduciario, incarnando lo schema di una fiducia dinamica, ovvero che il bene venga acquistato direttamente in capo al fiduciario, per mezzo di una tecnica di intestazione di bene sotto nome altrui, secondo uno schema che parrebbe di fiducia statica. Ancóra, a seconda che si preveda a carico del fiduciario un obbligo di trasferire il bene al beneficiario, al termine del vincolo, ovvero, in caso di vincolo per la durata della vita del beneficiario, agli eredi del beneficiario, ovvero, a favore di un terzo soggetto, ovvero che il bene rimanga acquisito nella titolarità del fiduciario.

Si tratta di un classico schema fiduciario, variamente articolato, il quale, nell'ipotesi in cui i beni da assoggettare a vincolo siano titoli di credito potrebbe realizzarsi non soltanto attraverso lo schema della fiducia romanistica, nella quale il fiduciante trasferisce la piena titolarità del bene al fiduciario, che amministra il bene nell'interesse del fiduciante e secondo le sue istruzioni, ma anche attraverso lo schema della fiducia germanica. In guisa che il fiduciante rimane il titolare dei diritti cartolari e al fiduciario viene trasferito il solo esercizio di tali diritti.

In ogni caso, lo schema del negozio fiduciario mi pare perfettamente idoneo a creare un effetto di destinazione *post mortem*, perché il fiduciante, di là delle singole variabili attraverso le quali il negozio può articolarsi, prevede che il vincolo di destinazione debba essere costituito dopo la morte del disponente.

Gli è, però, che tale modalità di realizzazione del vincolo di destinazione, come le altre che mi riservo di ipotizzare, impone di indagare non soltanto la validità del

²⁰ P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 35 ss.

negozio *post mortem*, ma anche le interferenze con la successione a causa di morte del disponente, anche allo scopo di valutare se non si tratti di uno strumento elusivo dei diritti dei legittimari.

Il tutto a tacere del fatto che si tratta di una complessa operazione economica, non priva di problemi, se consideriamo non soltanto il possibile inadempimento del fiduciario agli obblighi assunti²¹, non soltanto il rischio che il bene, prima che possa essere destinato, sia aggredito dai creditori del fiduciario, ma anche i problemi fiscali, soprattutto avuto riguardo al recente e criticabile orientamento della Corte di legittimità, riccamente fiorito nei primi mesi del 2015, il quale vorrebbe assoggettare la costituzione del vincolo, come la costituzione del *trust*, anche auto-destinato, all'imposta di successione (ossia a un'imposta dell'8%)²².

Tralasciando per il momento le questioni d'interferenza successoria, le quali, sembrandomi comuni anche a quelle degli altri negozi *post mortem* con effetti di destinazione, mi provo ad analizzare le prime, verificando possibili strumenti di tutela del disponente.

Se si prescinde dalla celebre posizione di Grassetti, secondo cui il negozio fiduciario è un unico negozio, avente causa di fiducia, la più diffusa ricostruzione concettuale propone di distinguere due negozi: quello obbligatorio, tra fiduciante e fiduciario, in forza del quale il secondo è obbligato a eseguire le istruzioni del primo, nell'amministrazione e gestione del bene, e quello traslativo, tra fiduciario e terzo, capace di realizzare l'attribuzione patrimoniale a favore del gratificato.

²¹ Il tema era già avvertito con limpidezza da L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, p. 3, il quale avverte che il rapporto reale non è limitato che mediamente da quello obbligatorio; «ecco, così delinarsi una particolare situazione di pericolo: il fiduciante in tanto la pone volontariamente in essere in quanto fa affidamento sulla *fedeltà* e sull'*onestà* del fiduciario. Nell'affidamento su tali qualità personali è l'essenza, l'anima dei negozi fiduciari, che sono stati, fin dalla loro origine, compresi e determinati, traendone l'*habitus*, la disciplina e anche il nome». Vale la pena di ricordare che l'A., movendo dal presupposto che il negozio fiduciario consta di un negozio astratto di trasferimento fondato su una causa *fiduciae* e di un negozio obbligatorio di mandato o garanzia, esclude che si possano dare nel nostro ordinamento negozi fiduciari e che in tale categoria possano ricomprendersi i casi di utilizzo di un negozio tipico per una finalità diversa da quella loro propria e corrispondente alla fiducia. Scrive a p. 137 ss., che i trasferimenti fiduciari differiscono dai negozi causali di trasferimento adattati ad altri scopi, per la natura del negozio reale e per la causa. «Mentre i primi trovano la loro giustificazione in una causa che, di per sé, si riflette nell'obbligo di retrotrasferire all'alienante, o di trasferire a un terzo il bene ricevuto, i secondi vengono a fondarsi su una causa che giustifica l'acquisto definitivo».

²² *Ex multis*, Cass. 18 marzo 2015, n. 5322, in *Fisco*, 2015, p. 1395, nella cui massima si legge: «va applicata l'imposta sulle successioni e donazioni, nella peculiare accezione concernente la costituzione di vincolo di destinazione, assunta come autonomo presupposto impositivo, sull'attribuzione di denaro, conferita in *trust* e destinata ad esse investita a beneficio di terzi». Nello stesso senso, Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735, in *Fisco*, 2015, p. 1203; Cass., 24 febbraio 2015, n. 3737, in *Fisco*, 2015, p. 1096; Cass., 25 febbraio 2015, n. 3866, in *Fisco*, 2015, p. 1097. In precedenza, in senso contrario, Comm. Trib. Emilia Romagna, 12 novembre 2013, n. 156, in *Trust*, 2014, p. 313, secondo la quale il *trust* auto-destinato (ossia il *trust* in cui disponente e beneficiario coincidono) sconta, soltanto, l'imposta di registro in misura fissa e non l'imposta di successione e donazione.

È caduta l'idea che l'accordo fiduciario debba, necessariamente, essere fatto per iscritto e che la dichiarazione scritta unilaterale con la quale il fiduciario si obblighi a eseguire il trasferimento non possa essere vincolante²³. La migliore dottrina, con argomenti convincenti e ampiamente condivisibili, ha dimostrato la necessità di superare l'idea di tipicità delle promesse unilaterali, affermandone il carattere vincolante, quando essa sia capace di creare un ragionevole affidamento nel promissario, da valutare nel singolo caso concreto, e nel presupposto che generi un'obbligazione di vantaggio per il promissario²⁴.

Tutto ciò consente di affermare la validità di un contratto fiduciario nuncupativo, nonché la validità ed efficacia della dichiarazione unilaterale del gerente, con la quale l'ultimo riconosce di essere proprietario fiduciario, obbligandosi a costituire il vincolo e, successivamente, a trasferire il bene o il complesso di beni vincolato al soggetto designato dal fiduciante. Serve, cioè, a tutelare il fiduciante dal rischio d'inadempimento del fiduciario, vieppiù se l'accordo preveda, altresì, una clausola risolutiva espressa in caso d'inadempimento di determinati obblighi assunti con il contratto fiduciario.

Vale, però, la pena di osservare che l'inadempimento, di là del caso in cui riguarda l'amministrazione del bene, rischia di realizzarsi quando il fiduciante sia mancato ai vivi. Movendo, infatti, dal presupposto che il fiduciario debba costituire il vincolo di destinazione dopo la morte del fiduciante, ossia a termine iniziale coincidente con il *dies mortis* dell'ultimo, non v'ha dubbio che l'inadempimento non possa, tecnicamente, realizzarsi prima di quell'istante. Ciò significa, sebbene ciò appaia in contrasto alla logica stessa del contratto fiduciario, che vi debba essere un soggetto che possa, eventualmente, agire per l'adempimento o la risoluzione del contratto fiduciario, mandando in emersione l'esistenza del contratto medesimo. Ove pure il

²³ Di recente, Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Foro it.*, 2014, p. 2860 e in *Contratti*, 2015, p. 12, con nota di M. Patrone, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*, nella cui massima si legge: «la dichiarazione unilaterale scritta, con cui un soggetto, in attuazione di un precedente accordo fiduciario stipulato oralmente, si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili, costituisce autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al ri-trasferimento, il quale è suscettibile di esecuzione in forma specifica, purché l'atto unilaterale individui con esattezza gli immobili, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali». Sul caso, le precise e condivisibili considerazioni di E. Camilleri, *L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae"*, in *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015.

²⁴ Così, E. Camilleri, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, *passim*, il quale ha dimostrato che una dichiarazione unilaterale impegnativa può essere reputata autonoma fonte di obbligazioni, ove soddisfi la direttiva causale alla base di ogni spostamento patrimoniale, sia coerente con i rigorosi margini di derogabilità del principio di intangibilità delle sfere giuridiche individuali (postulabile purché si abbia un negozio a effetti favorevoli e rifiutabili) e sia idonea di ingenerare ragionevole affidamento. Ma già, C. Donisi, *Il problema degli atti unilaterali*, Napoli, 1972, *passim*, il quale discorre di tipicità relativa soltanto allo schema, con la conseguenza che il promittente avrebbe l'autonomia di modellare il contenuto della promessa, nei limiti in cui lo schema non venga alterato e nei limiti in cui quel contenuto sia volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

fiduciante non volesse demandare questo compito ai propri eredi, ne potrebbe affidare la cura a un esecutore testamentario, il quale manderebbe, comunque, in emergenza, il rapporto fiduciario.

L'unica possibilità di evitare questo rischio è di anticipare il termine di adempimento dell'obbligo di costituire la destinazione. Ciò consente, senz'altro, di evitare il rischio di affidare la gestione di questo inadempimento agli eredi o a un esecutore testamentario; tuttavia, il negozio non sarebbe più capace di un effetto di destinazione *post mortem*, perché la destinazione si realizzerebbe prima della morte del fiduciante e, almeno sotto il profilo destinatario, perderebbe questa connotazione.

Inoltre, vale la pena di osservare che tutto ciò continua a non escludere il rischio che il bene o il complesso dei beni, di cui il fiduciario acquista la titolarità, seppure fiduciaria, possa essere aggredito dai creditori del fiduciario stesso, con la conseguenza che, in tal evenienza, si concluderebbe un inadempimento del fiduciario, che lascerebbe il fiduciante privo di tutela reale. L'esistenza del valido contratto fiduciario non è opponibile ai terzi e ai creditori, ma vale soltanto nei rapporti tra le parti. Né varrebbe o sarebbe proficua l'idea di pensare a una trascrizione del contratto fiduciario, non soltanto perché lo stesso schema fiduciario perderebbe quel tratto di segretezza e riservatezza che ne giustifica l'impiego, ma, soprattutto, perché, ove pure si potesse dare una trascrizione dell'atto, non si potrebbe, altresì, ipotizzare una segregazione del patrimonio.

Le considerazioni svolte non inficiano l'utilità dello strumento, né escludono la sua fruibilità; ma, soltanto, servono ad avvertire che il ricorso allo strumento fiduciario non consente, a mio credere, un sistema di garanzie verso l'esterno, in guisa che esso può essere fruito quando il fiduciante possa riporre pieno affidamento, non tanto sull'adempimento spontaneo del fiduciario, superabile in ragione della vincolatività dell'accordo e della possibilità di agire con l'esecuzione forzata dell'obbligo, bensì sulla solidità patrimoniale del fiduciario, onde si eviti che il bene, o il complesso dei beni, fiduciariamente trasferito, o fatto acquistare al fiduciario, venga esposto all'aggressione dei creditori dell'ultimo.

Infine, sulla validità del contratto e, dunque, sulla sua inidoneità a confliggere con la norma che fa divieto di stipulare patti successorî, ribadendo la necessità di svolgere un'analisi del singolo caso concreto, sulla base del criterio proposto, adeguatamente misurato in relazione agli interessi particolari e senza costruzioni basate sulla logica del tipo includente, può osservarsi, in via generale, che la validità sembra da escludere quando il trasferimento del bene dal disponente al fiduciario sia, sostanzialmente²⁵, differita al tempo della morte del disponente, nonché quando il fiduciante si riservi di nominare, fino all'ultimo istante della sua vita, il beneficiario del vincolo e il beneficiario finale dell'attribuzione. Quando, cioè, in ragione della composizione

²⁵ Dovrebbe, infatti, affermarsi la nullità del contratto anche quando, pur in presenza di un formale, immediato, trasferimento del diritto dal disponente al gerente, l'assetto concreto degli interessi lasci intendere che il primo abbia sostanzialmente conservato la titolarità del bene, soltanto fittiziamente trasferita al secondo.

degli interessi realizzata con il contratto, esso o diviene atto a causa di morte, perché realizza il trasferimento di un diritto che trova la sua causa nella morte del fiduciante, ovvero funge da strumento capace di riservare al fiduciante la possibilità di scegliere fino all'ultimo istante della vita chi debba essere il beneficiario del *quod supererit*²⁶.

3.2. Non dissimile dal modello del negozio fiduciario e, probabilmente, esposto a minori azzardi, sebbene il profilo della destinazione *post mortem* rischi di appannarsi, è il *trust*.

La dottrina distingue tra il *trust* di diritto interno e il *trust* esterno, ossia tra *trust* regolato da una legge straniera, anche in forza della nota Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata in Italia con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, e il *trust* interno, ossia regolato dalla legge italiana, ipotizzando che l'Italia, anche in seguito all'introduzione della disciplina di cui all'art. 2645-ter, debba considerarsi un paese-*trust*²⁷.

Senza entrare nel merito di questo complesso e difficile dibattito, nell'ambito del quale non si discute più, tanto, della validità di un *trust* di diritto interno, ma della sola ammissibilità e validità di un *trust* interno, non v'ha dubbio che questo possa assumere le vesti di efficace negozio *post mortem* capace di realizzare un effetto di destinazione.

Il disponente, *settlor*, trasferisce al gerente, *trustee*, un bene, o un complesso di beni, da destinare a un certo scopo, o nell'interesse di uno o più beneficiari, indicando, altresì, nel caso di destinazione a uno scopo, il guardiano e, in ogni caso, il criterio di distribuzione del bene, o del complesso dei beni, al termine del *trust*.

Anche qui, ovviamente, è possibile che numerose siano le variabili, potendosi dare: un *trust* di scopo, o un *trust* a favore di uno o più beneficiari; questi ultimi possono essere determinati, o soltanto determinabili; un guardiano, anche nel caso di *trust* a favore di un beneficiario; l'individuazione preventiva del soggetto al quale il bene, o il complesso dei beni, deve essere attribuito alla fine del *trust*, o mere regole sulla loro distribuzione; cause di estinzione anticipate; un diritto di recesso del *settlor*. E così, via discorrendo, conformando ogni singolo *trust* alle esigenze del caso concreto.

Diversamente dal negozio fiduciario è assai ridotto il rischio d'inattuazione, non soltanto perché, come nel negozio fiduciario, la vincolatività del *trust*, tra le parti, è presidiata da consueti e ordinari strumenti, che assicurano la realizzazione forzata, ma, soprattutto, perché il *trust* genera una separazione patrimoniale del bene, o del

²⁶ R. Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., p. 149, precisa che la caratteristica dell'atto a causa di morte sta nel suo oggetto: esso «deve essere un bene che “superest” cioè che rimane al momento della morte, e non determinato al momento in cui si opera l'attribuzione ma in quello successivo alla morte».

²⁷ In questo senso l'indagine di A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 612, il quale osserva che affermare la legittimità del *trust* di diritto interno, anche per il tramite dell'introduzione della disciplina degli atti di destinazione, consentirebbe un miglior controllo sugli stessi atti di destinazione, evitando il ricorso allo strumento quando si tratti di raggiungere risultati non compatibili con la disciplina, ossia quando la destinazione non sia sorretta da un'esigenza della funzionalizzazione della situazione giuridica soggettiva proprietaria e dalla specializzazione della responsabilità patrimoniale. Quando, cioè, la destinazione sia posta in essere per realizzare interessi suscettibili di essere soddisfatti direttamente dal proprietario anche senza destinazione.

complesso dei beni. In guisa che quelli, che pure sono acquistati dal *trustee*, rimangono separati dal suo patrimonio.

È noto, infatti, che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare o compiere azioni esecutive sui beni del *trust*; che i beni del *trust* non fanno parte del regime matrimoniale e della successione del *trustee*. Soprattutto, che la rivendicazione dei beni del *trust* è consentita qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal contratto, abbia confuso i beni del *trust* con i propri²⁸.

Lo strumento realizza, dunque, non soltanto una destinazione, ma, anche, una segregazione, con la singolare particolarità, che lo differenzia rispetto a tutti gli altri strumenti possibili, che i beni del *trust*, pur se appartenenti al patrimonio del *trustee*, non fanno parte della sua successione, risolvendo, in tal modo, una molteplicità d'interferenze con la disciplina successoria, che negli altri contratti possono assumere toni aspri.

Il vero ostacolo a questa ricostruzione sta nel fatto che se disponente e gerente stipulano un *trust*, l'effetto di destinazione è immediato, con la conseguenza che questo contratto, che pure potrebbe produrre importanti vicende di rapporto giuridico, successivamente alla morte del disponente, confermando, così, la possibilità di essere reputato un negozio *post mortem*, e, in ogni caso, un negozio idoneo a realizzare una vicenda para-successoria, non di meno, non potrebbe, propriamente, dirsi un negozio *post mortem* di destinazione, ossia un negozio capace di produrre l'effetto di destinazione nel tempo successivo alla morte del disponente.

Ove si volesse conseguire un tale risultato, sarebbe necessario riuscire a differire l'effetto destinatorio, verificando, ovviamente, i limiti in cui ciò sia possibile, senza confliggere, a prescindere da altre norme inderogabili del nostro ordinamento e, in specie, di quello successorio, con la norma che pone il divieto di patti successorî.

Altrimenti si è costretti ad arrestare l'indagine, denunziando l'inidoneità del *trust* a valere quale negozio produttivo di un effetto di destinazione *post mortem*. Affermando, cioè, che il *trust inter vivos* produce l'effetto di destinazione, immediatamente, sebbene non si possa escludere che, sotto taluni profili, rimanga un negozio con effetti *post mortem*, soprattutto se s'immagini che la destinazione debba cessare oltre il tempo della morte del disponente e che, alla cessazione della destinazione, il *trustee* debba attribuire i beni del *trust* a un certo beneficiario, preventivamente determinato da parte dello stesso disponente.

Sotto questo profilo, il *trust* realizzerebbe un'attribuzione patrimoniale a favore di un certo soggetto, nel tempo successivo alla morte del disponente. Vi sarebbe un evidente effetto *post mortem*, della validità del quale, escludendo l'arduo problema della tutela dei legittimarî, per il caso in cui vi fosse una lesione dei diritti loro rico-

²⁸ Di qui la preoccupazione di P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, cit., p. 58, che si possa dare una progressiva perdita di «competitività anche internazionale del sistema italiano dei contratti fiduciari; non vi è infatti alcun dubbio della maggior efficienza e funzionalità del *trust* rispetto alla fiducia, specie di modello romanistico».

nosciuti dalla legge in virtù della loro posizione familiare, non potrebbe dubitarsi, dacché l'effetto attributivo non trova causa nella morte del disponente, ancorché esso si verifichi successivamente a quel momento.

La possibilità che il *trust* venga considerato, rispetto all'effetto della destinazione, un negozio *post mortem*, in senso proprio e pieno, postula la necessità di differire questo effetto al tempo della morte del *settlor*.

Ciò, da un punto di vista schiettamente tecnico, potrebbe realizzarsi con la previsione di un termine, in forza del quale la produzione degli effetti venga differita al tempo della morte del disponente, non discutendosi che il *dies mortis* sia da considerare un termine e non già una condizione.

Sebbene sia, in astratto, possibile differire a termine iniziale, coincidente con la morte del disponente, l'effetto destinatorio, ciò profila, in concreto, una difficilissima interferenza con la disciplina sul divieto di patti successorî. Impone all'interprete di verificare, anche in ragione dell'assetto d'interessi concretamente voluto e realizzato dalle parti, quando l'apposizione di un tale termine debba indurre la conclusione che esso cessi di poter essere considerato mero negozio con effetti *post mortem*, assumendo il connotato di vero e proprio patto successorio e, dunque, di negozio nullo²⁹.

Non v'ha dubbio che la validità di un *trust* con termine iniziale al *dies mortis* del *settlor* debba essere ponderata, sulla base del criterio indicato in apertura, in relazione al singolo caso concreto, calcolando l'assetto di interessi realizzato dalle parti e indagando la loro intenzione; sicché non mi pare che si possano dare margini per affermarne o negarne, in via di principio e fuori di questa stima, la validità o invalidità.

Tuttavia, un profilo che mi pare importante, e sul quale una riflessione di carattere più generale credo debba porsi, riguarda l'ammissibilità di un potere di recesso attribuito al *settlor*.

Il prevedere un tale diritto potestativo in capo al disponente interferisce in modo significativo e, soprattutto, contrastante, con la validità dell'ipotesi. Infatti, sebbene non possa nascondersi che la conclusione del contratto a effetti differiti, pur non producendo, sin da subito, la vicenda di rapporto giuridico essenziale, vincola nondimeno le parti e produce, senz'altro, taluni effetti giuridici, v'ha da osservare che la morte, pur atteggiandosi a mera modalità cronologica dello svolgimento del rapporto giuridico, rischia di elevarsi a profilo causale del contratto quando sia, contestualmente, attribuito al *settlor* un diritto di recesso *ad nutum*.

Sotto un certo profilo, potrebbe dirsi che il negozio non soltanto è destinato a regolare un certo assetto d'interessi, per il tempo successivo alla morte del disponente, ma, altresì, che esso diviene liberamente revocabile dal disponente, fino all'ultimo istante della sua vita. Sembrerebbe, cioè, perdersi quel tratto di disciplina che,

²⁹ In questo senso, C. Caccavale, *Contratto e successioni*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 535, il quale dice: «in ogni caso, per non porsi in contrasto con il divisato divieto, mai il vincolo di destinazione potrà essere programmato per divenire efficace soltanto a far tempo dalla morte del disponente».

tendenzialmente, porta ad affermare la validità del contratto a effetti differiti al tempo della morte del disponente, ossia che il contratto, ancorché improduttivo degli effetti sostantivi al momento della sua conclusione, nondimeno vincola, sin da subito, le parti a quel certo assetto d'interessi, il quale è già programmato. Avvicinandolo, piuttosto, al testamento, perché assume la fisionomia di atto, liberamente revocabile, con il quale un soggetto dispone delle proprie sostanze per il tempo successivo alla sua morte.

Sotto un diverso profilo, però, si potrebbe dire che tale negozio parrebbe sfuggirebbe all'applicazione della norma che pone il divieto dei patti successorî, proprio perché, ove pure la morte del disponente si elevasse a rango causale del negozio, nondimeno la libera revocabilità da parte del disponente, escluderebbe quel profilo di vincolatività che, secondo taluni, sta a giustificazione del divieto di patto successorio istitutivo.

L'apparente contraddizione può, tuttavia, superarsi, non appena si consideri che la ragione a presidio del divieto del patto successorio istitutivo non sta sull'irrevocabilità negoziale dell'impegno, ossia sulla sottrazione del potere di revoca della decisione, o sulla spontaneità dell'atto, bensì, come è stato detto, in modo convincente, nell'inderogabile scelta normativa di voler riservare le decisioni inerenti alla vicenda successoria alla "sola" e "solitaria" volontà (e, dunque, alla dichiarazione unilaterale e non recettizia) del soggetto, creando, così, una sorta di «diritto di esclusiva» sulle decisioni della propria successione³⁰. Osservando, più precisamente, che il principio che giustifica, nella sua complessità, e di là delle singole *rationes* che spiegano, di volta in volta, la proibizione dei diversi tipi di patti, il divieto posto nella norma di cui all'art. 458 Cod. civ. è l'indisponibilità, tra vivi, della delazione³¹.

Così ragionando, si dovrebbe escludere, proprio per una necessaria incompatibilità disciplinare, la validità del *trust* con effetti differiti al *dies mortis* del *settlor* (darei *trust* con effetto di destinazione *post mortem*), quando sia previsto un diritto di recesso *ad nutum* in capo allo stesso *settlor*.

Resterebbe, invece, da valutare la validità del *trust* con effetti differiti al *dies mortis* del *settlor*, quando sia, espressamente, escluso il diritto di recesso in capo all'ultimo.

Tale ipotesi, nonostante una valutazione a carattere generale non mi sembri possibile, dovendosi, sempre, compiere una verifica del singolo caso concreto, non mi pare, nonostante le numerose chiusure della nostra letteratura³², che possa essere tacciata, a priori, d'invalidità, assumendo che, per definizione, l'ipotesi integri una violazione del divieto di patti successorî.

Quando disponente e *settlor* abbiano concluso il contratto, individuando, preventivamente, la durata del vincolo, i beneficiari o lo scopo del *trust*, i soggetti a favore dei quali debbono essere devoluti i beni alla scadenza, nonché il guardiano, senza attribuire ad alcuno il potere di recedere dal contratto, mi parrebbe possibile

³⁰ Così, C. Caccavale, *Contratto e successioni*, cit., p. 472 ss. spec. p. 474.

³¹ V. Barba, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, cit., pp. 178-184.

³² Per tutti, C. Caccavale, *Contratto e successioni*, cit., p. 535.

affermare una potenziale validità di questo *trust*. Se, infatti, movessimo, come credo si debba fare, e come, del resto si fa nei casi in cui si questiona, a esempio, sulla validità della donazione a effetti differiti al *dies mortis* del donante³³, dal presupposto che il soggetto si spoglia del bene sin da subito, indipendentemente dal rilievo che l'effetto è destinato a prodursi alla sua morte, una tale conclusione, in via puramente astratta, fatta salva ogni verifica da compiere in relazione al singolo caso concreto, non mi pare che debba escludersi per il *trust*.

Il *settlor*, con la stipulazione del *trust*, ha già validamente disposto del proprio diritto; l'attribuzione è compiuta ed essa non sembra integrare un atto tra vivi di disposizione della delazione. Né, in senso contrario, potrebbe obiettarsi che il *settlor* dispone di un diritto relativo alla sua successione, dal momento che quegli dispone di un diritto già esistente nel proprio patrimonio, rinviandone in un tempo futuro e certo il solo realizzarsi.

Questa considerazione non vuole aprire la strada a qualunque tipo di *trust* a effetti differiti al *dies mortis* del *settlor*, ma, soltanto, avvertire che una preventiva chiusura è, forse, una frattura da evitare.

Altro e diverso è, poi, il problema dei soliti legittimarî. Problema che in questa prospettiva, non è il medesimo di quello sollevato dal *trust* testamentario, in ordine al quale si discute se la disposizione istitutiva del *trust* debba considerarsi nulla o, più ragionevolmente, ridicibile; né il problema dell'individuazione dei soggetti contro i quali l'eventuale azione di riduzione deve essere proposta, ossia se debba considerarsi legittimato passivo il *trustee* ovvero, come mi parrebbe più ragionevole, il beneficiario, salvo che non si debba chiamare in causa anche il *trustee*, ma al solo fine di far valere la sentenza verso quegli, senza che l'azione sia considerata rivolta contro di lui.

Il problema è diverso e concerne la natura onerosa o gratuita del *trust*, o, più esattamente, la natura liberale del *trust* e dell'attribuzione che il *trustee* compie a vantaggio dei beneficiarî. Problema che, però, dal mio punto di vista, accomuna questa ipotesi agli altri negozi *post mortem* con effetti di destinazione, e ne suggerir-

³³ Figura della quale si ammette, tendenzialmente, la validità. B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. XII, 4, Torino, 1961, p. 520, osserva, per escludere la riconducibilità alla categoria degli atti *mortis causa*, che la donazione a termine «è già di per sé perfetta e irrevocabile». G. Iudica, *La donazione a termine*, in *La donazione*, a cura di G. Bonilini, Torino, 2001, p. 871, esclude la contiguità dall'atto *mortis causa* in ragione della «attualità dello spoglio del donante». A. Palazzo, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, p. 130, «il riferimento alla *donatio mortis causa* o a patti successori è escluso dal carattere *inter vivos* che discende dalla attualità dello spoglio del donante, anche se l'efficacia del negozio è ricollegata al termine segnato dalla morte». Sia consentito rinviare anche a V. Barba, *La donazione a termine*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. VI, *La donazione*, Milano, 2009, p. 873 ss. In giurisprudenza, Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *Leggi d'Italia*, «La donazione *si moriar* è valida e non costituisce patto successorio ove risulti che il contratto è perfetto e irrevocabile *ab initio* mentre solo il suo effetto è subordinato alla condizione della morte del donante: in tale fattispecie, infatti, il donante non dispone della propria successione, ma di un proprio bene, limitandosi a subordinare l'efficacia dell'atto dispositivo all'evento costituito dalla sua morte, mentre è invece invalida la donazione in cui l'evento-morte costituisce causa dell'attribuzione, nel qual caso la donazione diviene perfetta solo con la morte del donante».

sce, pertanto, delle considerazioni generali, a vocazione unitaria. Dovendosi stabilire quale sia la causa dell'attribuzione a favore del beneficiario finale e se essa debba considerarsi stringere l'atto del disponente o del gerente, ossia se dante causa del beneficiario sia il disponente o il gerente.

3.3. Da ultimo, non credo che si possa trascurare, nella prospettiva che voglia analizzare negozi *post mortem*, che si possano attecchire a fatti condizionanti dell'effetto di destinazione, la figura del mandato *post mortem*.

Controversa ipotesi, non rara nella prassi, all'attenzione della letteratura e della nostra giurisprudenza da molto tempo, attorno alla quale si agitano, ancora, sebbene in parte siano sopiti o considerati risolti, numerosi problemi di validità e disciplina, e si profilano, con tratto di novità e stimolante interesse, nuove applicazioni, spingendone le frontiere verso il fascinoso campo degli interessi di natura non patrimoniale³⁴.

I termini entro il quale si è svolto il dibattito sulla validità della figura è noto, né occorrerà, in questa sede, di ripercorrerne gli itinerari, se non allo scopo di acquisirne il risultato e, di lì, sperimentare la possibilità di combinarne le nozze con l'effetto di destinazione.

Il principale ostacolo all'ammissibilità di un contratto di mandato con effetti differiti al tempo della morte del mandante è, storicamente, nella regola, di antica tradizione, *mandatum morte finitur*, raccolta, nel nostro ordinamento giuridico nella disposizione di cui all'art. 1722, n. 4 Cod. civ. Regola che, sebbene, storicamente, abbia suggerito ad autorevole dottrina³⁵ di negare la validità della figura, oggi, con certa consentaneità, non si considera dirimente e impeditiva. Si dice, infatti, che tale regola, diversa per *ratio* e portata applicativa da quella, contenuta nella medesima disposizione, che statuisce l'estinzione del mandato in caso d'interdizione o inabilitazione del mandante³⁶, nonché da quella che prescrive l'estinzione del mandato in caso di morte del mandatario³⁷, ha natura derogabile. Essa ha, infatti, la funzione di

³⁴ Al riguardo, le convincenti considerazioni di V. Putorti, *Il mandato post mortem*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 378 ss.

³⁵ G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 556 ss., E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, Torino, 1960, p. 320; Navarra, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, p. 240 ss.; De Ruggiero Maroi, *Istituzioni di diritto civile*, Milano - Messina, 1965, p. 396

³⁶ L. Nanni, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, sub artt. 1722-1730, 1994, p. 23. Di recente V. Putorti, *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738, il quale scrive: «il mandato la cui esecuzione sia subordinata alla interdizione o inabilitazione del dominus non solo potrebbe non trovare esecuzione, ma anche che, là dove si verificano i suddetti eventi, si verrebbe a creare un'ineludibile interferenza tra l'attività gestoria che il mandatario deve svolgere e le funzioni affidate a coloro che sono investiti dell'esercizio tutelare. Si determinerebbe, cioè, una – seppur parziale – sovrapposizione di ruoli e di funzioni che limiterebbe i poteri-doveri spettanti al tutore o al curatore nell'amministrare e gestire il patrimonio dell'incapace nel suo personale interesse».

³⁷ Si dice che, in questo caso, la norma ha natura inderogabile, perché mira a tutelare interessi meta-individuali. Non soltanto l'interesse del mandante all'esecuzione dell'incarico, la quale potrebbe essere pregiudicata o impedita dalla indisponibilità o dalla incapacità tecnica degli eredi del mandatario, ma, soprattutto, l'inte-

evitare che gli eredi del mandante siano vincolati, nell'amministrazione del patrimonio ereditario, dalle scelte operate dal mandante e, dunque, è posta a tutela d'interessi individuali, ma non meta-individuali. A tacere del fatto che lo stesso legislatore ha previsto talune ipotesi nelle quali la morte del *dominus* non importa l'estinzione del mandato, il cui rapporto prosegue con gli eredi del mandante³⁸.

Affermata la derogabilità della regola *mandatum morte finitur*, la validità di un mandato *post mortem* si lega alla disciplina che pone il divieto di patti successorî, dovendosi stabilire quando questo assuma una conformazione *mortis causa* e, dunque, debba dirsi nullo e quando, invece, la morte sia soltanto una modalità cronologica dell'effetto.

Sul punto la dottrina³⁹, confortata anche dalla giurisprudenza, afferma la validità del mandato *post mortem*, quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto meramente esecutivo, avente a oggetto un bene, o un complesso di beni, di cui il mandante abbia già trasferito la titolarità al mandatario; mentre il contratto è invalido quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto giuridico, che importa il trasferimento di un diritto di cui il mandante abbia conservato la titolarità.

Si dice, infatti, che in quest'ultimo caso, il mandatario finirebbe con il disporre, ancorché in esecuzione del mandato, di un diritto successorio, perché il «mandante conserva la disponibilità del rapporto sostanziale affidato solo in gestione al mandatario, il quale non acquista la titolarità della situazione sostanziale e svolge, quindi, pur sempre la propria attività per conto altrui»⁴⁰. Con la conseguenza che i beni di cui il mandatario dispone, non essendo mai fuoriusciti dal patrimonio del mandante, sarebbero da considerare facenti parte della di lui eredità.

In conformità a questo criterio di massima, si dice, quindi, che è valido il mandato *post mortem exequendum*, mentre invalido il mandato *mortis causa*, ossia che è valido il mandato avente a oggetto un'attività esecutiva, relativa a un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi, e «invalido il mandato avente a oggetto un'attività che si concretizza nel trasferimento di determinati diritti a un terzo»⁴¹.

Posta la validità del mandato c.d. *post mortem exequendum* si pone, però, un ulteriore problema di carattere esecutivo, connesso al rischio dell'inattuazione dell'incarico a cagione del recesso da parte degli eredi.

Non v'ha dubbio, infatti, che il rapporto di mandato, che non si estingua per morte del mandante, deve considerarsi trasferito agli eredi del mandatario. I quali dovrebbero conservare, a norma dell'art. 1722, n. 1, Cod. civ., il diritto di revoca

resse degli eredi del mandatario, i quali debbono essere liberi di scegliere, in maniera autonoma, le attività da svolgere. Così, V. Putortì, *Il mandato post mortem*, cit., p. 356.

³⁸ Sono i casi di mandato conferito nell'interesse del mandatario o di terzi, di cui all'art. 1723 Cod. civ., di mandato collettivo, di cui all'art. 1726 Cod. civ. e di mandato avente a oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa, di cui all'art. 1722, n. 4, Cod. civ.

³⁹ P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, cit., p. 55.

⁴⁰ Le parole sono attinte da Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1613.

⁴¹ Così, V. Putortì, *Il mandato post mortem*, cit., p. 345.

(*rectius*: recesso), ove pure fosse convenuta l'irrevocabilità del mandato. Con la conseguenza che costoro potrebbero interdire al mandatario il compimento dell'incarico affidatogli dal mandante e, dunque, rendere lo strumento del tutto inservibile allo scopo per il quale il mandante stesso lo aveva costituito.

In tema, però, v'ha osservato che il mandato, con il quale il mandatario si obblighi a compiere un atto esecutivo, relativo a un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi, dovrebbe considerarsi un c.d. mandato *in rem propriam*, ossia un mandato conferito anche nell'interesse del terzo beneficiario, a vantaggio del quale l'atto esecutivo deve essere rivolto, sicché dovrebbe potersi applicare la disciplina di cui al secondo comma dell'art. 1723 Cod. civ. Secondo la quale, se non è diversamente stabilito, il mandato non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che ricorra una giusta causa di revoca.

A ragionare in questo modo, ne verrebbe che gli eredi del mandante non potrebbero efficacemente revocare il (*rectius*: recedere dal) mandato, se non ricorra una giusta causa, la quale presuppone, non già una valutazione degli eredi del mandante sull'opportunità che il mandatario compia l'atto giuridico, ovvero la sussistenza di un loro interesse, anche economico, a che il mandatario non compia l'atto giuridico, bensì l'esistenza di obiettive circostanze, che rendano pregiudizievole, per loro, la prosecuzione del rapporto. Con l'ulteriore precisazione che, in caso di recesso dal contratto, gli eredi del mandante non acquisterebbero il bene oggetto dell'attività esecutiva del mandatario, ma solo impedirebbero all'ultimo di compiere quell'atto, senza che, da tale impedimento, possa derivare un acquisto a loro favore, dal momento che, in tesi, si assume che il mandatario abbia già acquistata la titolarità di quel bene.

Così ragionando, per un verso, è possibile affermare la validità del mandato *post mortem exequendum* e, per altro verso, garantire che gli eredi del mandante non impediscano, con il loro recesso, salvo il limite della giusta causa, che il mandatario compia l'atto giuridico che l'ultimo si era obbligato di eseguire.

Ciò consente di ipotizzare la fruibilità del mandato *post mortem* per realizzare un effetto destinatario.

Occorre che disponente e gerente si accordino nel senso che l'ultimo si obblighi a costituire, al tempo della morte del primo, un vincolo di destinazione su un bene che il primo abbia già trasferito al secondo. Ipotizzando che il disponente abbia già trasferito la titolarità del bene, o del complesso dei beni, con intesa che il trasferimento potrebbe avere a oggetto, anche la sola nuda proprietà, in guisa che il mandante ne possa conservare l'usufrutto vitalizio, il mandato avrebbe a oggetto il compimento dell'atto giuridico consistente nella costituzione del vincolo di destinazione o, più genericamente, la destinazione del bene, o del complesso di beni.

Resta, ovviamente, come nei casi precedenti, tanto il problema dell'inadempimento del mandatario, quanto il problema della sorte del bene nel periodo intercorrente tra la stipulazione del mandato e la morte del mandante.

Sul primo problema, può osservarsi che a presidio dell'inadempimento del mandatario, il mandante e gli eredi del mandante, oltre all'azione di responsabilità contrattua-

le e, ove ne ricorrano le condizioni (ossia sia previsto un obbligo a compiere l'atto giuridico di destinazione), oltre all'azione di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a prestare il consenso, possono prevedere strumenti convenzionali di tutela, quali, a esempio, una clausola penale, o una condizione risolutiva espressa. Riducendo, pur non del tutto sterilizzando, il rischio della mancata realizzazione del risultato.

Rispetto al secondo problema, invece, si pongono questioni ben più complesse, se solo si consideri che non mi paiono utilizzabili, nel caso proposto, i risultati che la dottrina, movendo dalle norme sul mandato, ha elaborato in tema proprietà del mandatario, quando il mandato abbia a oggetto l'acquisto di un bene.

Secondo la migliore elaborazione dottrinale⁴², si dice, infatti, che il mandatario, indipendentemente dalla circostanza che la sua attività riguardi l'acquisto di un bene mobile o immobile, consegue immediatamente e direttamente il bene nel suo patrimonio⁴³, salvo l'obbligo di ritrasferire il bene al mandatario. Con intesa che la proprietà in capo al mandatario si considera destinata, proprio in ragione dell'esistenza della norma di cui all'art. 1707 Cod. civ., la quale stabilisce, a talune condizioni, che i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario abbia acquistato in nome proprio. In altri termini, nell'ipotesi, di mandato ad acquistare, l'ordinamento tutela la posizione del mandante, consentendo di configurare una proprietà destinata, non solo mercé l'attribuzione al mandante dell'azione di rivendica e dell'azione di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a prestare il consenso, non solo prevedendo che il mandante possa esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, ma prevedendo, altresì, che i creditori del mandatario non possano agire in esecuzione sui beni da lui acquistati, in forza dell'incarico gestorio.

Tali risultati, indubbiamente fecondi, non sono però utilizzabili nel caso che ho prefigurato, ossia di mandato *post mortem* a vincolare un bene che il mandante abbia già trasferito al mandatario.

A meno, ovviamente, di non voler ipotizzare un'operazione economica ben più complessa, che finisce con il prevedere l'intreccio di prestazioni del mandato e della fiducia, ossia l'ipotesi di contratto con il quale il disponente attribuisce al gerente l'incarico di acquistare un bene per conto del primo, l'incarico fiduciario di gestirlo, fino al tempo della morte del disponente, secondo le istruzioni dell'ultimo, nonché l'incarico di vincolare il bene, successivamente alla morte del disponente.

⁴² R. Calvo, *La proprietà del mandatario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 67 ss.; Id., *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996.

⁴³ R. Calvo, *La proprietà del mandatario*, cit., p. 72 ss., spec. p. 76, precisa che «l'azione di rivendica prevista nell'art. 1706, 1° co., c.c. –lungi dall'avvalorare la tesi del doppio trasferimento automatico o della c.d. proprietà "saltellante"– [... trae] la propria ragione d'essere dall'idea secondo cui il legislatore volle riconoscere al diritto di credito del mandante una tutela reale –la quale richiama alla mente la storica discussione sulle sempre più tenue frontiere separanti i diritti assoluti da quelli relativi– mirata a consentirgli d'opporre al terzo subacquirente (avente causa del mandatario) la propria pretesa all'esecuzione dell'atto traslativo interno, fatti salvi gli effetti del possesso vale titolo».

Tale ipotesi, ovviamente più complessa e maggiormente protetta dalla predetta disciplina sul mandato, espone però, al più alto rischio che l'intero contratto venga considerato in violazione della norma sul divieto di patto successorio. Se non altro perché il bene, che pure non sarebbe mai formalmente entrato nel patrimonio del disponente, non potrebbe considerarsi estraneo al suo patrimonio, dal momento che vi sarebbe, sempre, l'obbligo del mandatario di trasferire il bene al mandante.

La circostanza che detto obbligo sia, sostanzialmente, paralizzato dall'obbligo fiduciario, che impone al mandatario-fiduciario di amministrare il bene, finché sia in vita il disponente, secondo le sue istruzioni, non consente di dire che non si tratta di un bene giuridicamente proiettato a far parte del patrimonio del disponente, con l'ulteriore illazione che la destinazione costituita dopo la morte, soprattutto se si preveda che il mandatario debba, estinta la destinazione, trasferire il bene a un soggetto diverso da un erede, lascerebbe preludere a una sottrazione del bene dal patrimonio ereditario e, dunque, alla prefigurazione di questo complesso negozio giuridico come vero e proprio contratto *mortis causa*. Senza tacere che gli eredi del mandante subentrano, almeno, nelle posizioni contrattuali facenti capo al *de cuius* e, tra esse, nell'obbligo a pretendere il ri-trasferimento del bene, nonché nel rapporto di mandato.

Mi pare, allora, che questa più complessa ipotesi, che pure potrebbe non essere, necessariamente, tacciata di nullità, soprattutto se il mandante avesse stabilito che, estinta la destinazione, il mandatario fosse tenuto a trasferire il bene agli eredi dello stesso mandante, è certamente perigliosa ed esposta all'alto rischio che questo contratto venga considerato nullo, in quanto *mortis causa*.

Non resta, dunque, di fermarsi all'ipotesi più semplice, la quale, certamente non consente di sfruttare a pieno le potenzialità delle norme sul mandato e i risultati acquisiti in tema di proprietà del mandatario, dacché essa presuppone che il mandatario abbia già acquistato la proprietà del bene da parte del mandante e che l'incarico di mandato, sotto il termine della morte del disponente, preveda il solo obbligo del gerente di costituire un vincolo di destinazione.

Ipotesi plausibile e, a mio credere, ragionevolmente valida, la quale lascia aperto però, per l'impossibilità di sfruttare le potenzialità delle norme che fissano lo statuto della c.d. proprietà del mandatario, la sorte del bene nel periodo intercorrente tra il trasferimento del bene al mandatario e il momento in cui il mandatario deve costituire il vincolo di destinazione, oltre ai problemi, comuni a tutte le ipotesi delle loro interferenze con tutte le altre norme del diritto successorio e, in specie, di tutela dei legittimarî.

4. Le ipotesi prospettate di negozi *post mortem* di destinazione, di là della difficile interferenza con la disciplina del divieto di patti successorî, profilano ulteriori e complessi problemi interpretativi, nel caso in cui alla successione del disponente dovessero venire dei legittimarî. Se, infatti, il disponente mancasse ai vivi, senza lasciare, dietro di sé, alcun legittimario, il compimento di negozi *post mortem* di destinazione poco o nulla interferisce con la successione, in quanto rileva soltanto il *re-*

lictum, mentre resta indifferente l'eventuale *donatum*, sicché posta la validità del negozio, l'atto rimane congelato nella storia giuridica del disponente.

Diversamente, nel caso in cui alla successione del disponente dovessero venire dei legittimari, in ragione delle discipline sulla riunione fittizia, sull'imputazione e sulla collazione, diventa dirimente, e comporta conseguenze di non breve momento, se il negozio *post mortem* o l'atto connesso e preliminare al suo compimento costituisca una donazione o un atto di liberalità diverso dalla donazione, indipendentemente da chi sia stato il soggetto beneficiario.

In questa prospettiva, il negozio *post mortem* di destinazione diventa un privilegiato angolo di osservazione delle attribuzioni patrimoniali compiute dall'ereditando. Trattandosi di verificare: se esso debba considerarsi atto di liberalità; quale sia la causa dell'attribuzione patrimoniale compiuta dal gerente, su incarico del disponente, a favore del beneficiario finale; se il vantaggio conseguito dal beneficiario, indipendentemente dal profilo puramente formale, debba considerarsi ricevuto, direttamente, dal gerente, ovvero dal disponente.

Con intesa che potranno svolgersi, soltanto, delle considerazioni di massima, le quali potrebbero anche non cogliere l'essenza del singolo e concreto caso che, di volta in volta, possa accadere, dimostrando, dunque, che l'interprete è sempre chiamato alla valutazione di ogni singola ipotesi. La valutazione della quale impone, sempre, di proporre una contemporanea rilettura del diritto delle successioni a causa di morte, assumendo consapevolezza, anche avuto riguardo alle norme e ai principi espressi dalla Costituzione e nel diritto italo-europeo, che sull'interesse dei componenti della famiglia dovrebbe prevalere l'interesse del testatore, tecnicamente espresso nell'autonomia testamentaria⁴⁴.

Il diritto delle successioni a causa di morte, per quanto sia vero che, nella sua complessità, tuteli, anche, i soggetti legati al defunto da vincoli familiari, intensificando il grado di tutela quanto più stretto sia il vincolo, è pur sempre e, per eccellenza, quel settore del diritto nel quale primeggia e deve signoreggiare l'interesse del defunto a dare assetto alla propria successione. È il diritto dell'atto di ultima volontà, al quale l'ordinamento affida, con sacralità esclusiva, il compito di regolare gli interessi, anche non patrimoniali, *post mortem* della persona.

4.1. Il primo tema sembra quello di più facile intelligenza, se soltanto si muova dalla considerazione che nelle tre ipotesi considerate, pur nelle variabili che possono contraddistinguere, non v'ha dubbio che l'attribuzione patrimoniale compiuta dal disponente al gerente, la quale consente all'ultimo, successivamente alla morte del primo, di realizzare l'effetto di destinazione, debba considerarsi, tendenzialmente, a titolo liberale⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. V. Barba, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.

⁴⁵ L'ipotesi era inammissibile nella prospettiva di L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, cit., p. 165. La donazione tra disponente e bene-

L'intuizione è facile da intendere se si svolgano, insieme, queste due riflessioni: se il negozio *post mortem* avesse, non soltanto l'effetto di impegnare il gerente al compimento della destinazione, ma, altresì, la capacità di generare, al tempo della morte del disponente, il trasferimento del diritto sul bene, o sul complesso di beni, al gerente, il contratto dovrebbe, tendenzialmente, reputarsi dispositivo della delazione e, dunque, nullo, per violazione della norma di cui all'art. 458 Cod. civ.⁴⁶; se il trasferimento del diritto sul bene dal disponente al gerente fosse a titolo oneroso, ove pure l'ipotesi non potrebbe, astrattamente, essere esclusa a priori, riuscirebbe più difficile spiegare perché il gerente intenda destinare un proprio bene allo scopo voluto dal disponente e, in ogni caso, il problema si sposterebbe, inevitabilmente, con l'ovvio corollario che muterebbero i soggetti legittimari interessati, dalla successione del disponente a quella del gerente.

Queste considerazioni inducono, dunque, a ipotizzare che, nella generalità dei casi prospettati, debba darsi, quale atto prodromico e necessario al negozio *post mortem* in senso proprio, anche allo scopo di far salva la validità di quello, un preesistente atto di trasferimento del diritto sul bene dal disponente al gerente. Con intesa che non necessariamente deve trattarsi di trasferimento della piena proprietà, dacché potrebbe anche essere un'alienazione della nuda proprietà, con riserva dell'usufrutto in capo al disponente, ma, nondimeno, un atto capace di far acquistare nel patrimonio del gerente il bene sul quale l'ultimo, secondo le intese negoziali con il disponente, dovrà realizzare la destinazione al *dies mortis* del disponente.

La circostanza che, nei casi di contratto fiduciario e di mandato, l'attribuzione patrimoniale, dal disponente al gerente, avvenga attraverso un atto che importi, immediatamente e direttamente, il trasferimento del bene dal patrimonio del primo a quello del secondo, ovvero che importi l'acquisto nel patrimonio del secondo, per effetto di una tecnica d'intestazione del bene sotto nome altrui, poco cambia rispetto alla sostanza, tendenzialmente liberale dell'atto, ponendo, piuttosto, il problema di stabilire quale sia l'atto e quale sia il suo oggetto. Dacché in caso d'intestazione di bene sotto nome altrui, l'attribuzione può essere realizzata per mezzo di una donazione, oppure per mezzo di un atto di liberalità diverso dalla donazione ed entrambe potrebbero avere a oggetto il bene, ovvero il danaro necessario per l'acquisto, con tutte le conseguenze che ciò importa sul piano pratico e applicativo⁴⁷.

Nel caso di attribuzione diretta, essa può essere, indistintamente realizzata, per il tramite di una donazione, diretta o indiretta, presentandosi, eventualmente, nel

ficiario è, secondo l'A., radicalmente nulla, «in quanto la *causa donandi* solo apparentemente esiste; come tale, nessun passaggio dei beni può prodursi. E allora rimane tra loro soltanto un mandato, magari un mandato ad agire in nome proprio».

⁴⁶ Cfr. V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delegazione*, cit., p. 178 ss.

⁴⁷ In tema V. Barba, *Tecniche negoziali di intestazione di beni sotto nome altrui e problemi successori*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 344 ss.

caso in cui le parti abbiano mascherato l'atto liberale sotto le vesti di uno oneroso, l'esigenza, preventiva, di accertarne la natura simulata.

Non v'ha dubbio, allora, che, negli uni, come negli altri casi, debba assumersi, tendenzialmente, l'esistenza di un atto liberale, che consente al gerente di acquistare la titolarità del bene, o del complesso dei beni, sul quale, in forza dell'incarico fiduciario, o del mandato, l'ultimo è tenuto a realizzare l'effetto di destinazione.

Sotto questo profilo è, dunque, evidente che, quando alla successione del disponente vengano suoi legittimari, l'attribuzione patrimoniale compiuta a vantaggio del gerente diventa significativa e incide sul complessivo assetto successorio. Non soltanto perché sussiste un *donatum*, del quale i legittimari avranno interesse a tener conto, ai fini della riunione fittizia, ma, soprattutto, perché, ove si tratti di una donazione, diretta o indiretta, che eccede la quota di patrimonio di cui il *de cuius* poteva disporre, i legittimari potrebbero, ricorrendone i presupposti, agire in riduzione contro quella donazione, con la conseguenza che potrebbero, così, sterilizzare, in tutto o in parte, il programma architettato dal *de cuius*.

Senza tralasciare di osservare che queste considerazioni dovrebbero coordinarsi anche con la disciplina sull'imputazione ed, eventualmente, sulla collazione, ove risulti che il beneficiario o il beneficiario finale della destinazione sia proprio un legittimario del disponente. Problema che, però, presuppone, affinché possa essere risolto, di stabilire se l'attribuzione compiuta dal gerente al beneficiario debba considerarsi come attribuzione dello stesso disponente, ovvero come attribuzione del gerente. Perché, secondo la risposta - la quale costituisce quel terzo ordine di problemi generali che mi ero proposto di analizzare - è evidente che il legittimario beneficiario dalla destinazione potrebbe essere chiamato, o no, a imputare alla propria quota quanto ricevuto per effetto della destinazione.

Il medesimo problema, sulla natura liberale dell'atto, si pone anche rispetto al *trust*, sebbene con riferimento a questa ipotesi, assuma sfumature differenti, *massime*, dipendenti dalla stessa configurazione dell'istituto. Mentre nel caso di contratto fiduciario e di mandato, abbiamo ipotizzato che il trasferimento del diritto dal disponente al gerente abbia fonte in un preesistente atto, avente natura liberale, nel caso di *trust*, l'atto di attribuzione non può essere scisso o separato e, anzi, costituisce porzione dello stesso negozio. Con avvertimento che la proprietà del *trustee* è, certamente, destinata, dal momento che, almeno secondo la disciplina della Convenzione dell'Aja, i beni del *trust* non fanno parte della successione del *trustee*.

Tutto ciò starebbe a significare che il *trust* è sicuramente un atto avente natura liberale; il beneficiario della liberalità non è il *trustee*, per una espressa previsione normativa, ma direttamente il beneficiario. Sicché non mi pare si possa dubitare, nel caso in cui i beni del *trust* eccedano la quota disponibile di cui il *de cuius* poteva disporre, che i legittimari lesi possano agire in riduzione, contro i beneficiari e nei confronti del *trustee*, nella sua qualità, perché la sentenza possa spiegare effetti diretti nei confronti dell'ultimo. Dovendosi precisare, inoltre, che, diversamente dal caso di contratto fiduciario e di mandato, non si può dubitare che il beneficiario tragga

il proprio arricchimento, direttamente e immediatamente, dal disponente e non dal *trustee*, con le implicazioni che ciò importa in termini d'imputazione ed eventualmente di collazione.

4.2. Nei casi ipotizzati di negozi *post mortem* con effetti di destinazione accade che il beneficiario riceve un'attribuzione, direttamente e immediatamente, da parte del gerente. Il quale, indipendentemente dal rilievo che la esegua in forza del contratto fiduciario, del *trust* o del mandato, non può dirsi che compia un atto liberale.

Il concetto di liberalità, che costituisce una coordinata essenziale degli atti liberali e che ha da distinguersi dallo spirito di liberalità, che connota la sola donazione, collocandosi sul piano causale dello scopo obiettivo e obiettivato, implica, insieme, spontaneità e munificenza, ossia un atto compiuto *nullo iure cogente*, allo scopo di realizzare un disinteressato arricchimento del soggetto⁴⁸.

Nei casi di specie, l'uno e l'altro carattere difettano. Non soltanto perché il gerente non ha alcuna intenzione munifica all'indirizzo del beneficiario, ossia alcun intento disinteressato di compiere l'atto, avendovi un interesse specifico retto dall'incarico ricevuto dal disponente, ma, soprattutto, perché il gerente compie l'atto attributivo a favore del beneficiario *iure cogente*, ossia in forza dell'impegno negoziale assunto con il disponente.

Non v'ha dubbio, allora, che l'attribuzione patrimoniale compiuta dal gerente in favore del beneficiario debba considerarsi un atto avente funzione solutoria, ossia un atto, con il quale il gerente adempie l'obbligo assunto nei confronti del disponente; obbligo, per inciso, che potrebbe essere, anche, suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica.

Questa conclusione deve, peraltro, considerarsi coerente con la funzione dei negozi indagati, perché, a ragionare diversamente, si finirebbe anche per alterare la successione del gerente, assumendo che nella sua storia giuridica si debba ipotizzare l'esistenza di un *donatum*, sul quale i suoi legittimari potrebbero vantare le pretese connesse alla loro posizione giuridica. Con il risultato che la successione del gerente risulterebbe alterata dall'esistenza di un atto che, pur avendo natura liberale, non consente di affermare che l'ultimo ne sia anche il beneficiario. All'esatto opposto, il gerente è, addirittura, gravato da questo atto, dacché a lui è negozialmente imposto il compimento della destinazione in favore del beneficiario, nonché il successivo trasferimento del bene al beneficiario finale.

Affermare, però, che l'attribuzione patrimoniale tra gerente e beneficiario abbia natura solutoria, impone un necessario coordinamento con la conclusione raggiunta a proposito del carattere liberale dell'atto con il quale il disponente dota il gerente. Si assiste, infatti, a una singolare scissione, tra parti dell'atto liberale e soggetto

⁴⁸ Su questi concetti sia consentito rinviare, anche per richiami di letteratura e giurisprudenza, a V. Barba, *Commento all'art. 769 c.c. - La donazione*, in *Comm. del Cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Delle donazioni*, Artt. 769-809, a cura di G. Bonilini, Torino, 2014, p. 3 ss.

arricchito dalla liberalità: le parti dell'atto di liberalità sono, infatti, disponente e gerente; il reale avvantaggiato è il soggetto in favore del quale deve compiersi, al termine della destinazione, l'attribuzione del bene.

L'ipotesi, peraltro, a ben guardare, non è neppure isolata nel nostro ordinamento giuridico, se soltanto si pensi al caso della donazione modale a favore di soggetto determinato⁴⁹. Ipotesi rispetto alla quale, pur essendovi un vivo dibattito⁵⁰, si reputa che i legittimari del donante che volessero agire in riduzione devono, secondo taluni, esercitare l'azione nei confronti del solo donatario, per l'intero *donatum*, salvo il potere del donatario di ripetere dal beneficiario del modo il valore delle prestazioni eseguite a suo favore⁵¹, mentre, secondo altri, esercitare l'azione di riduzione sia nei confronti del donatario, sia nei confronti del beneficiario del modo, limitatamente all'arricchimento di ciascuno, con ovvia precisazione che in caso di modo non ancora adempiuto l'azione debba essere esercitata, esclusivamente, contro il donatario⁵².

A voler applicare questi risultati ai casi che ho posto in attenzione, dovrebbe dirsi che l'atto liberale è quello compiuto dal disponente nei confronti del gerente; che il soggetto arricchito dalla liberalità non è, però, il gerente, bensì il beneficiario, con precisazione che il suo vantaggio è a termine iniziale e consiste non solo di quanto conseguito per effetto della destinazione, le cui prestazioni, anzi, sarebbero ripetibili soltanto per il tempo successivo alla proposizione della domanda di riduzione (arg. ex art. 561, 2 co., Cod. civ.), ma anche del potenziale acquisto del bene, o del complesso dei beni, al termine della destinazione.

Ciò porta, come sicuro risultato, che il legittimario del disponente, il quale volesse agire in riduzione, dovrebbe imputare alla propria quota, quanto eventualmente ricevuto dal gerente per effetto dell'adempimento del contratto fiduciario, o del contratto di mandato, qualora quegli ne fosse beneficiario, o beneficiario finale.

Il legittimario che volesse agire con l'azione di cui all'art. 555 Cod. civ., dovrebbe chiedere la riduzione della liberalità e, in particolare, dovrebbe agire esclusivamente nei confronti del gerente, fin tanto che il bene, pur destinato, si trovi nel patrimonio

⁴⁹ Si discute in dottrina sulla stessa configurabilità di questa ipotesi. Secondo U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 48 ss.; Id., voce *Modo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 690, si tratta di una donazione a favore del terzo. Ma, in senso contrario, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 663, secondo il quale, nel contratto in favore del terzo, manca, in confronto del promittente, lo spirito di liberalità, né lo stipulante intende arricchire il patrimonio del contraente, che diventa debitore verso il terzo; U. La Porta, *Alcune questioni in materia di donazione modale e stipulazione a favore del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 17 ss., secondo il quale il beneficiario della prestazione modale non può considerarsi creditore, assumendo tale veste soltanto il donante, al quale soltanto, infatti, l'art. 793 Cod. civ. sembra riconoscere azione per l'adempimento della obbligazione modale.

⁵⁰ Secondo L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Roma – Bologna, 1981, p. 173, la donazione modale sarebbe riducibile nei limiti della liberalità conseguita dal donatario, mentre non sarebbe riducibile la prestazione modale.

⁵¹ Così, L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. XLIII, 2, Milano, 2000, IV ed., p. 107.

⁵² Così, U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., p. 45 s.

dell'ultimo; contro il beneficiario se, estinta la destinazione, il bene sia stato trasferito al beneficiario finale, il quale, per inciso, potrebbe anche essere diverso dal beneficiario della destinazione in senso proprio.

Questa soluzione mi pare ispirata a un criterio di ragionevolezza⁵³ e proporzionalità e soprattutto in grado di evitare che la successione del gerente possa essere viziata.

Mi pare, infatti, che si debba escludere la soluzione secondo cui l'azione di riduzione dovrebbe essere esperita, sempre e comunque, contro il gerente, precisando che, se il gerente, in esecuzione del mandato, o del contratto di fiducia, abbia trasferito il bene, o il complesso dei beni, al beneficiario finale, contro quest'ultimo dovrebbe esperirsi l'azione di restituzione, in quanto soggetto avente causa dal donatario.

A ragionare così, si finisce per aggravare, inutilmente e, forse, anche erroneamente, la posizione giuridica del gerente, essendo noto che l'azione di restituzione contro gli aventi causa del donatario può essere esperita soltanto dopo che il legittimario abbia, inutilmente, escusso i beni dell'ultimo. L'azione di restituzione è, infatti, molto diversa dall'azione di riduzione⁵⁴, in guisa che l'ultima non mi sembra, neppure, essenzialmente funzionale alla tutela del legittimario, ma meramente attributiva di una pretesa creditoria⁵⁵.

Ipotizzare, allora, che il legittimario del disponente debba agire, sempre e comunque, contro il gerente, significa aggravare, irragionevolmente, la sua posizione giuridica. Quest'ultimo sarebbe esposto all'azione di riduzione anche quando, in esecuzione dell'impegno assunto con il disponente, abbia già trasferito il bene al beneficiario finale, con l'ulteriore aggravio che, in questa ipotesi, il legittimario del disponente, prima di poter agire in restituzione contro l'avente causa dal gerente,

⁵³ Per tutti, G. Perlingieri, *Il ruolo de «Il foro napoletano» oggi*, in *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionale ed europei in tema di obbligazione e contratti*, a cura di G. Perlingieri, O. Clarizia, A. Lepore e A. Fachechi, Napoli, 2015, p. 16 s.; Id., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

⁵⁴ Per tutti, A. Cicu, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 129 ss., spec. p. 138, «a tutela del diritto del legittimario leso, vi è un'azione di riduzione (*stricto sensu*), che è diretta contro il gratificato: questa si scinde in due fasi: nella prima fase, l'azione ha carattere *personale*; nella seconda (azione di restituzione) ha carattere *reale*. Vi è, poi, una separata azione di restituzione, diretta contro il terzo acquirente; ma questa ha carattere *personale*. Si tratta, dunque, di azioni *connesse, ma distinte*». Là dove, a me pare, che nel pensiero dell'A. la connessione tra le due azioni non sta nella loro funzionalità rispetto alla tutela del legittimario, ossia nel loro essere unitariamente preordinate alla tutela della quota di riserva, bensì nella sola circostanza che la seconda azione è eventuale e dipende dall'infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario. Sarebbe a dire, cioè, che l'unica azione a tutela della quota di riserva è l'azione di riduzione che, infatti, mira non soltanto ad accertare la lesione (prima fase in cui l'azione ha carattere personale) ma anche ad ottenere la restituzione del bene donato (seconda fase in cui l'azione ha un carattere reale). Con ciò si arresta la tutela del legittimario, che è tutela a quota di patrimonio del *de cuius*. L'azione di restituzione sta oltre e dopo, ha carattere residuale e vale a riconoscere al legittimario leso, qualora ne ricorrano le condizioni e, dunque, quando sia stato anche escusso il patrimonio del donatario, un mero diritto di credito nei confronti del terzo.

⁵⁵ L'intuizione è in G. Perlingieri, *Il «Discorso preliminare» di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674, nota n. 6.

dovrebbe escutere il patrimonio personale del gerente stesso. Il quale, quindi, pur non avendo ricavato un reale vantaggio dall'atto attributivo del bene (*rectius*: essendo cessato il vantaggio consistito nell'aver avuto la titolarità del bene), dacché il soggetto avvantaggiato è, in realtà, il beneficiario, subirebbe l'azione di riduzione e l'escussione sui propri beni personali.

Diversamente, credo si debba ipotizzare che il legittimario del disponente debba agire in riduzione contro il gerente, finché il bene sia nella titolarità del patrimonio di questi, indipendentemente dalla circostanza che il bene, o il complesso di beni, sia stato destinato, mentre contro il beneficiario finale, quando, cessata la destinazione, il gerente abbia a quest'ultimo trasferito il bene, o il complesso dei beni.

Si tratterebbe, cioè, di considerare l'atto di liberalità con cui il disponente dota il gerente, alla stregua di un negozio a termine finale, ossia un atto di liberalità i cui effetti sono destinati a venir meno non appena, in esecuzione dell'obbligo nascente dal mandato, o dal contratto fiduciario, il gerente abbia trasferito il bene al beneficiario finale; l'atto con cui il gerente trasferisce il bene, o il complesso di beni, al beneficiario finale, in esecuzione dell'incarico ricevuto dal disponente, alla stregua di una liberalità indiretta a termine iniziale, coincidente con il termine finale della prima liberalità.

Tale soluzione non deve, peraltro, lasciare perplessi, né far ipotizzare che essa dimentichi il dato normativo, che assoggetta ad azione di riduzione soltanto l'atto di liberalità.

La tesi proposta, infatti, muove dall'ipotesi che i negozi esaminati sono capaci di realizzare una liberalità diretta e temporanea a vantaggio del gerente e una liberalità indiretta a termine iniziale a favore del beneficiario finale.

In altri termini, la previsione negoziale per la quale il gerente, estinta o cessata la destinazione, deve trasferire il bene o il complesso dei beni, al beneficiario finale non può essere paga del rilievo formale che l'attribuzione provenga all'ultimo formalmente dal primo e non dal disponente e che il gerente compia il trasferimento a favore del beneficiario finale *solutionis causa*, dacché non appena s'intenda nella sua complessità il negozio concluso, non può non avvertirsi che quell'attribuzione integra una liberalità indiretta del disponente, per il tramite dell'attività giuridica dal gerente.

Secondo la suesposta ricostruzione oggetto dell'azione di riduzione è, sempre e comunque, l'atto liberale, concretamente idoneo a ledere la quota che l'ordinamento riserva al legittimario, in ragione della sua posizione familiare.

Tale atto lesivo è, fino al momento in cui il bene si trovi nel patrimonio del gerente, l'atto di dotazione patrimoniale del gerente medesimo; in seguito, l'atto di attribuzione del bene, o del complesso dei beni, al beneficiario finale. Dacché quest'ultimo atto, avendo riguardo all'assetto complessivo d'interessi diviso dalle parti, è da considerare una liberalità del disponente a favore del beneficiario finale, ancorché si tratti di una liberalità indiretta, proprio perché realizzata mercé la mediazione dell'attività giuridica del gerente, cioè per mezzo dell'atto compiuto, *solutionis causa*, dall'ultimo.

Sotto un diverso profilo, la circostanza che il bene, fin quando sia nella titolarità del gerente, sia stato destinato, non mi pare di ostacolo o di pregiudizio alla posizione del legittimario del disponente, né che l'esistenza della destinazione possa incidere negativamente. Piuttosto è da osservarsi che, ove pure la destinazione importi una segregazione, e ove pure si abbia una destinazione per interessi meritevoli di tutela, a' sensi dell'art. 2645-ter, non mi pare che vi siano ostacoli a postulare l'applicazione della terribile regola contenuta all'art. 561 Cod. civ. A mente della quale gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il donatario può averli gravati. Norma che, sebbene non menzioni la destinazione, mi pare che possa trovare applicazione a quel caso, non soltanto perché la destinazione potrebbe genericamente dirsi un peso, ma, soprattutto, perché la destinazione ha una forza, obiettivamente, meno incisiva dell'ipoteca.

Infine, il rilievo che si postuli in questi casi l'esistenza di una liberalità indiretta, non mi pare che possa pregiudicare il risultato riguardo alla validità del negozio *post mortem*, o che ciò possa indurre il sospetto che si tratti di un vero e proprio atto con funzione *mortis causa*.

Osta che il disponente si spoglia del bene, ancorché a titolo liberale, in vita, e che l'effetto di destinazione, come l'effetto attributivo al beneficiario finale debbono considerarsi meri effetti sotto modalità di morte, il primo, e sotto modalità di estinzione della destinazione, il secondo.

La circostanza che il bene, sostanzialmente, fuoriesca dal patrimonio del disponente esclude che il contratto possa dirsi a causa di morte, salvo, ovviamente, che dalla valutazione del concreto assetto d'interessi, anche avuto riguardo ai poteri di amministrazione e controllo che il disponente abbia riservato a sé, non si ricavi che il disponente abbia, in realtà, conservato la titolarità del bene medesimo.

Piuttosto è da osservarsi che nell'ipotesi in cui il legittimario del disponente si trovi ad agire in riduzione contro il beneficiario finale, dacché la liberalità tra disponente e gerente deve considerarsi venuta meno, in ragione dell'esecuzione dell'incarico, i connotati dell'azione di riduzione sembrano destinati a modificare la loro fisionomia.

La circostanza che si discorra di una liberalità indiretta e che, da un punto di vista formale, il beneficiario finale sia arricchito per effetto dell'atto solutorio compiuto dal gerente, impedisce che l'azione di riduzione possa determinare l'effetto restitutorio del bene.

Se si muova dal presupposto che il titolo in forza del quale il legittimario acquista il bene non è la sentenza di riduzione, bensì la sua qualità di erede⁵⁶, in quanto la

⁵⁶ Non può, però, trascurarsi di considerare la posizione di V. Cantelmo, *Fondamento e natura dei diritti del legittimario*, Napoli, 1972, secondo il quale il legittimario preterito che agisce in riduzione non acquista la qualità di erede, ma soltanto il diritto a un credito corrispondente alla *pars bonorum* attribuita dalla legge. Si dice, infatti, che l'azione di riduzione non consente di considerare il legittimario esposto al pagamento dei debiti, né titolare di eventuali sopravvenienze (es. vincita di un biglietto della lotteria). Gli eredi rimarrebbero i soli soggetti vocati per testamento, mentre il legittimario non acquisterebbe, per effetto dell'azione

sentenza ha il solo effetto di accertare la lesione e rendere inefficace la liberalità, con la conseguenza di far ri-tornare il bene, oggetto di liberalità, nel patrimonio ereditario e, di lì, consentirne l'acquisto al legittimario, in forza della sua accertata qualità di erede, ne viene che questo meccanismo è destinato all'inoperatività quando l'azione abbia a oggetto una liberalità indiretta.

Ove si postulasse, infatti, l'inefficacia dell'atto, il bene tornerebbe non già nel patrimonio del disponente e, dunque, nella massa ereditaria, bensì nel patrimonio del gerente, senza con ciò apportare un utile risultato al legittimario⁵⁷, a meno di non voler ipotizzare, come autorevolmente è stato fatto, che debba considerarsi esistente un superiore accordo di liberalità tra disponente e beneficiario oggetto di riduzione⁵⁸, oppure che l'azione di riduzione faccia venire meno la causa dell'attribuzione a favore del beneficiario, con la conseguenza che l'ultimo sarebbe tenuto a ri-trasferire al legittimario il bene determinato⁵⁹.

Se si prescinde dalle ultime due ricostruzioni, le quali non mi pare che riescano a cogliere l'essenza del fenomeno, deve concludersi che l'azione di riduzione contro

il titolo di erede. Ciò consentirebbe di reputare l'azione di riduzione una mera azione creditoria, realizzata mediante l'attribuzione di beni ereditari, ove possibile.

⁵⁷ Così, G. Amadio, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima «per equivalente»*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 691, «l'ostacolo costruttivo è dato non tanto, o non solo, dalla non provenienza del bene, che il beneficiario acquista, dal patrimonio del *de cuius*, quanto dal fatto che tale circostanza preclude concettualmente e giuridicamente il suo acquisto *iure hereditatis* da parte del legittimario vittorioso in riduzione, in forza della vocazione necessaria. Se questa, come s'è detto, è il titolo che consente il recupero dei beni oggetto del le liberalità lesive, è ovvio che esso possa operare solo quando quei beni possano considerarsi, nei confronti del legittimario, come tuttora facenti parte del patrimonio ereditario».

⁵⁸ È la tesi sostenuta da L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 230 ss. Ma, anche, S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008, p. 113, «una volta tolta efficacia ad un tale accordo [l'accordo tra donante e donatario indiretto da cui risulta la *causa donandi*], ne deriverà il sorgere, in capo al donatario, di un'obbligazione *ex lege* relativa alla restituzione per equivalente dell'arricchimento ottenuto, in quanto oramai non più sorretto da alcuna giustificazione causale»; Id., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *Famiglia*, 2006, 684 ss.

⁵⁹ È la tesi di U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 143 s., «la sentenza di riduzione opera piuttosto una retrocessione del bene stesso dal donatario al legittimario, il quale di conseguenza può chiederne la restituzione. Il legittimario è un avente causa dal donatario, e non già un avente causa dal defunto; perciò egli è esposto a tutte le conseguenze che possono inficiare il titolo di acquisto del donatario indiretto. In altri termini, il diritto potestativo di ridurre le liberalità indirette attribuito al legittimario leso opera –per il tramite della sentenza costitutiva di riduzione– il trasferimento, totale o parziale del bene dal donatario al legittimario»; Id., *Donazione indirette e successione necessaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 729, secondo il quale «è necessario ritenere che per effetto del «rinvio» disposto dall'art. 809, 1° co., c.c. alle norme in tema di azione di riduzione la sentenza, oltre a dichiarare relativamente inefficace l'atto lesivo, costituisca un'obbligazione in capo al donatario di restituire al legittimario la liberalità indirettamente ricevuta». In senso contrario, può tuttavia osservarsi che ad ammettere che la sentenza di riduzione produca un trasferimento del bene dal donatario al legittimario non soltanto si attribuisce alla sentenza una capacità di effetto ben oltre di quella consentita dalla legge, ma soprattutto non si giustifica adeguatamente il titolo in forza del quale il legittimario acquista il bene. Detto titolo, infatti, non può più essere la sua vocazione ereditaria.

una liberalità indiretta, diversamente dall'azione di riduzione contro una donazione, pone una deroga alla regola sulla tutela della legittima in natura.

Quando il legittimario del disponente agisce in riduzione contro il beneficiario finale, ossia contro la liberalità indiretta, la sentenza che accoglie la domanda può limitarsi ad accertare la lesione e condannare il beneficiario finale al pagamento di un equivalente. In altri termini, occorre assumere consapevolezza che la tutela del legittimario contro una liberalità indiretta non può realizzarsi in natura, ma sempre per equivalente⁶⁰, anche fuori dal caso indicato dal secondo comma dell'art. 560 Cod. civ.

Si è detto che nella liberalità indiretta la dissociazione tra parte formale dell'atto e parte arricchita, o secondo altra prospettiva, la dissociazione, ancorché formale, tra depauperamento del disponente e arricchimento del beneficiario, non consente di reputare operante il meccanismo della tutela reale⁶¹.

⁶⁰ Così, di recente Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, p. 508, con nota di G. Iaccarino, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni sono sicuri*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, p. 1238, con nota di A. Todeschini Premuda, *Liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*; in *Fam. e dir.*, 2011, p. 348, con nota di A. Mari e G. Ridella, *Gli effetti dell'azione di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative, secondo la Corte di Cassazione*; in *Trust*, 2011, p. 128, con nota di M. Di Paolo, *La riduzione delle liberalità indirette*; in *Imm. e prop.*, 2012, p. 105, con nota di R. Scuccimarra, *L'azione di riduzione nelle donazioni indirette*; secondo la quale «alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 Cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 Cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano dalla circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito». Ha aderito a questa soluzione, Trib. Roma, 30 maggio 2011, n. 11645, in *Giur. merito*, 2012, p. 381, con nota di R. Cimmino, *Il commento*, nella cui motivazione si legge: «tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito».

⁶¹ G. Amadio, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima «per equivalente»*, cit., p. 709, all'esito di una convincente argomentazione, scrive: «quale che sia la ricostruzione dogmatica, dei suoi effetti "possibili" (cioè compatibili con il sistema della vocazione necessaria), la riduzione delle "donazioni indirette" non mette in discussione la titolarità del diritto sui beni donati, né in capo al diretto beneficiario, né in capo ai successivi acquirenti. Si descrivano quegli effetti come costituirsi di un credito, avente a oggetto il valore del bene acquistato dal beneficiario (per effetto della disapplicazione del principio della legittima in natura); li si costruisca come inopponibilità al legittimario dell'atto realizzativo dell'erogazione (e dunque, tornando all'antico, se ne limiti la pretesa al «recupero» del cespite uscito dal patrimonio del *de cuius*); li si intenda come inopponibilità dell'accordo configurativo di quella prestazione in termini di liberalità (con conseguente attivazione dei rimedi contro l'arricchimento ingiustificato), in ogni caso la riduzione non sarà in grado di incidere sul piano della circolazione».

In senso non dissimile, specie con riguardo ai casi di liberalità realizzati per il tramite di una tecnica d'instaurazione di bene sotto nome altrui, A.A. Carrabba, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, dir. da

A mio credere, ciò che impedisce la tutela reale del legittimario, surrogandovi, di necessità, quella obbligatoria, non è, come, spesso, è stato affermato, la scissione tra impoverimento del disponente e arricchimento del beneficiario⁶², bensì l'assenza di un atto tra disponente e beneficiario.

La non coincidenza tra impoverimento (bene di cui si è spogliato il disponente) e arricchimento (bene che ha accresciuto il patrimonio del beneficiario) è tema che attiene, prevalentemente, all'individuazione dell'oggetto della liberalità indiretta, ossia alla determinazione di quale sia il bene oggetto della liberalità. Connesso a questo tema è, ovviamente, quello della collazione e della imputazione, dacché il legittimario deve imputare alla propria quota ed, eventualmente, conferire in collazione ciò che ha costituito oggetto della liberalità indiretta ricevuta.

Tale tema, tuttavia ha, a mio credere, scarsa o, addirittura, nessuna rilevanza rispetto al problema dell'azione di riduzione, in ordine al quale occorre porsi un mero problema di titoli.

L'azione di riduzione serve per accertare la lesione del legittimario e per rendere inefficace l'atto compiuto dal disponente, che lede il diritto del legittimario. È stato chiarito, infatti, che il legittimario acquista il (diritto sul) bene oggetto della disposizione testamentaria o della donazione, non già in forza della sentenza, bensì in forza della propria vocazione ereditaria.

Se, però, si assiste a una scissione formale tra parte dell'atto liberale e parte del rapporto liberale, perché la liberalità è realizzata per il tramite dell'atto giuridico di un terzo, allora il meccanismo della riduzione, come strumento di tutela reale del legittimario, non può più funzionare⁶³.

Se il legittimario aggredisce la liberalità indiretta compiuta dal gerente verso il beneficiario, l'eventuale inefficacia di quell'atto non consentirebbe di considerare il (diritto sul) bene, oggetto dell'atto dispositivo lesivo, nel patrimonio del *de cuius*. Il bene rimarrebbe nel patrimonio del gerente e, di lì, non potrebbe tornare al patri-

P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 787, «tale titolo di acquisto [compravendita in forza della quale il gratificato acquista il bene dal terzo e non dal disponente] non può essere reso inefficace dalla sentenza che pronuncia l'azione di riduzione della liberalità per mancanza degli elementi che tanto permettono e quindi il bene indirettamente oggetto di liberalità viene a trovarsi giustificatamente nel possesso del "donatario"».

⁶² Così, U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., p. 133 ss., spec. p. 136, «poiché tale coincidenza non si verifica nella riduzione delle donazioni indirette –in cui l'oggetto della riduzione è ora il depauperamento del donante, ora l'arricchimento del donatario–, risulta difficile estendere anche alle liberalità indirette l'affermazione che l'azione di riduzione elimina il titolo di acquisto del donatario: titolo di acquisto che nei casi qui esaminati normalmente consiste in un negozio a titolo oneroso stipulato dal gratificato con un terzo (contratto di assicurazione sulla vita a favore altrui, contratto di compravendita e via dicendo), non escludendosi peraltro anche un acquisto a titolo originario (ad es. nel caso di costruzione con materiali propri sul fondo altrui)». S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 108 s.

⁶³ U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., p. 137, «nelle liberalità indirette non sussiste alcun rapporto negoziale diretto tra l'autore della liberalità e il gratificato».

monio del *de cuius* e, dunque, non potrebbe consentire al legittimario di acquistarne la titolarità⁶⁴.

In guisa che al legittimario non resta che una tutela meramente creditoria nei confronti del beneficiato.

In questa prospettiva, si avverte che il fattore impeditivo di una tutela reale del legittimario non si lega alla distonia tra impoverimento del disponente e arricchimento del beneficiato, bensì all'inesistenza di un titolo di acquisto tra disponente e beneficiato, che possa essere oggetto d'impugnazione.

Si vuole dire che, indipendentemente dall'individuazione dell'oggetto dell'atto liberale, la tutela del legittimario è destinata a trasformarsi in tutela meramente creditoria, ogni qual volta la liberalità sia realizzata mercé un atto che non importi un immediato trasferimento del (diritto sul) bene dal disponente al beneficiato, ovvero ogni qualvolta vi sia la mediazione di un atto giuridico del terzo. Il quale rende l'atto giuridico non più aggredibile, facendo retrocedere la tutela del legittimario da reale a personale; sol perché la tutela reale, a meno di non voler immaginare un obbligo del beneficiato di trasferire il (diritto sul) bene al legittimario⁶⁵, ovvero di ipotizzare l'esistenza di un superiore accordo di liberalità tra disponente e beneficiato⁶⁶, non è tecnicamente realizzabile, perché l'inefficacia dell'atto non consente che il (diritto sul) bene si consideri mai fuoriuscito dal patrimonio del *de cuius*.

Si tratta, dunque, di un'impossibilità logica, prima ancora che giuridica, la quale offre, peraltro, una soluzione che può considerarsi ragionevole e proporzionata, contemperando l'interesse del legittimario, l'interesse del *de cuius* e quello alla circolazione⁶⁷.

Non credo si possa obiettare che questa ricostruzione dimentichi l'azione di restituzione contro il terzo. All'esatto opposto, nella consapevolezza della sua distanza e della differenza rispetto all'azione di riduzione, si prova di coglierne l'inapplicabilità a questa ipotesi.

⁶⁴ Ciò spiega, perché una liberalità indiretta, realizzata con un contratto a favore di terzo, potrebbe consentire al legittimario una tutela reale. Nel caso di contratto a favore di terzo può dirsi, infatti, esistente un atto giuridico liberale tra disponente e gratificato. Esso consiste nella stipulazione a favore del terzo. La cui inefficacia può determinare l'acquisto nel patrimonio del disponente del bene, che, pur non essendo stato formalmente mai acquistato nel di lui patrimonio, nondimeno sarebbe destinata a confluirci, qualora divenisse inefficace proprio la stipulazione a favore del terzo.

⁶⁵ È la tesi di Ugo Carnevali.

⁶⁶ È la tesi di Luigi Mengoni.

⁶⁷ Si consideri che A.A. Carrabba, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, Napoli, 2009, p. 787, dopo aver affermato che in caso d'intestazione di bene sotto nome altrui, l'acquisto del gratificato non può essere reso inefficace dalla sentenza che pronunzia la riduzione della liberalità, aggiunge che «in questo caso la sentenza di riduzione potrà operare solo nel senso di una totale o parziale retrocessione di siffatto bene dal beneficiario della liberalità al legittimario leso, che per questo dovrà, se lo crede, chiedere la restituzione dello stesso e che per il medesimo motivo risulterà avente causa di detto beneficiario e non del *de cuius* con tutte le eventuali conseguenze in ordine ai vizi del titolo del "donatario" in grado di riflettersi sull'anzidetta retrocessione».

Nel caso di liberalità indiretta l'azione di restituzione non è concepibile, in quanto presuppone un atto con il quale il *de cuius* dispone a titolo liberale a vantaggio del beneficiato e, successivamente, un atto, a titolo oneroso o gratuito, con il quale l'ultimo dispone del medesimo diritto a vantaggio del terzo; presuppone, cioè, che sia proprio il beneficiato ad aver trasferito a terzi il (diritto sul) bene acquistato a titolo liberale dal *de cuius*.

Nelle liberalità indirette manca il presupposto perché si possa dare un'azione di restituzione contro il beneficiato, in quanto l'ultimo non dispone a vantaggio di alcuno; piuttosto è proprio il beneficiato ad acquistare il diritto dal terzo, ancorché l'acquisto abbia causa ultima nella liberalità voluta dal disponente. Il *de cuius* dispone, infatti, indirettamente, ma a vantaggio del beneficiato, in guisa che l'atto con il quale il gerente trasferisce il (diritto sul) bene al beneficiato è atto solutorio, che, però, realizza la liberalità a favore dell'ultimo da parte del disponente.

Incorrerebbe, dunque, in errore tecnico la soluzione che volesse ipotizzare la fruibilità dell'azione di riduzione contro il gerente e, all'esito, l'azione di restituzione contro il beneficiato.

La soluzione proposta non credo che possa, o debba impaurire se si considera che lo stesso legislatore ha previsto la possibilità che nell'azione di riduzione una tutela creditoria possa prendere il luogo di quella reale⁶⁸: non soltanto nel caso di cui al secondo comma dell'art. 560 Cod. civ., ma anche nei casi in cui il bene oggetto di liberalità sia perito.

Mi pare, dunque, che, senza temere un affievolimento della tutela, debba assumersi consapevolezza che l'unica azione a tutela del legittimario è l'azione di riduzione; che l'azione di restituzione non è funzionale alla tutela del legittimario, ma meramente strumentale alla realizzazione del diritto di credito, realizzato e concretizzato con la sola azione di riduzione; che l'azione di riduzione, tendenzialmente, reale, perde tale connotato, attrezzandosi come azione di credito, non solo nei casi espressamente previsti dal legislatore, non soltanto nel caso di perimento del bene, ma anche in presenza di tutte quelle liberalità indirette, in cui il beneficiato acquista da un soggetto diverso dal disponente.

Le considerazioni svolte mi sembrano, dunque, idonee a confermare non soltanto l'astratta validità di questi negozi *post mortem*, ma anche la loro fragilità rispetto

⁶⁸ Si considerino le osservazioni svolte da G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 177 ss., il quale dimostra che anche nel caso di patto di famiglia l'azione di riduzione che compete ai legittimari che non siano stati parte del patto di famiglia non può avere efficacia reale, ma meramente creditoria. «Invero, la particolare funzione del patto di famiglia e la necessità di garantire la stabilità del trasferimento negano ogni efficacia propriamente restitutoria dell'azione di riduzione ed attribuiscono all'assegnatario l'obbligo di liquidare in danaro, con la conseguenza di considerare il legittimario non partecipante al patto non come "erede necessario", ma come legittimario creditore con una "commutazione" della tutela da reale ad obbligatoria in base alla scelta unilaterale del beneficiario (cioè conformemente al modello tedesco e all'"idea", auspicata in dottrina, di un superamento della visione tradizionale di successione necessaria)».

all'aggressione dei legittimarî. Sicché lasciano, ancòra una volta, l'amara consapevolezza che, in presenza di legittimarî del disponente, sono negozi capaci di realizzare l'assetto di interessi voluto dal disponente medesimo, fin quando abbiano a oggetto beni di valore corrispondente alla quota disponibile.

Diversamente, rischiano il naufragio, esposti all'attacco dei legittimarî: titolari di una rendita da posizione familiare. Sebbene proprio il rispetto del principio dell'autonomia privata sull'interesse superiore della famiglia non deve lasciar dubitare, neppure in una prospettiva costituzionalmente orientata, che la tutela del legittimario debba essere tendenzialmente reale, ma destinata a trasformarsi in tutela meramente creditoria⁶⁹, laddove la prima non sia pienamente realizzabile⁷⁰. Dacché sull'interesse del legittimario, come titolare di un presunto interesse familiare superindividuale, deve considerarsi prevalente l'interesse del disponente a dare il miglior assetto possibile alla propria successione, anche mercé l'articolazione del proprio patrimonio, lasciando al legittimario la sola pretesa creditoria.

⁶⁹ Le mie considerazioni in *La dispensa dalla collazione*, in *Scritti in onore di Giorgio De Nova*, 2016, in corso di pubblicazione e in *Dir. succ. fam.*, 2016, in corso di pubblicazione.

⁷⁰ G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., p. 200 s., ammonisce sull'esigenza di «bilanciare l'interesse alla legittima con altri valori costituzionalmente e direttamente protetti come l'autonomia negoziale e la libertà di disporre, l'impresa (art. 41 cost.), il lavoro (art. 4 cost.), il risparmio dell'imprenditore (art. 47 cost.), la famiglia (art. 29 cost.), i quali non rilevano soltanto sul piano individuale, bensì su quello sociale. Tale prospettiva conferma che il diritto successorio è sempre più lontano dal modello codicistico per uniformarsi alla legalità costituzionale e comunitaria, nonché al modello suggerito dall'art. 42, comma 4, cost. Infatti mentre nel primo la vicenda successoria è ancorata allo *ius sanguinis* ed essenzialmente preordinata alla conservazione della ricchezza all'interno del gruppo familiare, nel secondo essa assume il rilievo di uno strumento di circolazione della ricchezza al fine di realizzare gli obiettivi e i valori segnati dal concetto costituzionale di proprietà».

Fiducia, situazioni gestorie e opponibilità. Contributo allo studio della proprietà destinata

di Roberto Calvo

SOMMARIO: 1. Il negozio fiduciario. – 2. Il trust di diritto interno. – 3. La proprietà sui generis del fiduciario. – 4. L'opponibilità del vincolo fiduciario. I mobili non registrati. – 5. I mobili registrati e gli immobili. – 6. La durata della segregazione.

1. Di massima si tende a distinguere due ipotesi di fiducia tramandateci dall'esperienza romanistica: *a)* la fiducia *cum creditore*, caratterizzata dalla specificità che il debitore trasferisce un bene in garanzia del debito sottostante. Tale fine viene raggiunto tramite la vendita elusiva del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.), che è quindi nulla *ex art.* 1344 c.c.; *b)* la fiducia *cum amico*, per mezzo della quale si trasferisce al fiduciario la posizione dominicale sul bene affinché lo alieni al terzo oppure lo utilizzi secondo le istruzioni impartite dal fiduciante.

Il vincolo fiduciario è attuato, nei rapporti tra vivi, attraverso il contratto di mandato senza procura. L'interposto acquista la proprietà piena verso i terzi; ma tale posizione di dominio, nei rapporti interni, è compressa dall'obbligazione verso il fiduciante di cui si è detto.

In buona sostanza, il negozio fiduciario si perfeziona mediante il collegamento di due negozi, l'uno reale ed esterno (opponibile *erga omnes*) comportante il trasferimento del diritto al fiduciario, l'altro obbligatorio ed interno (rilevante – si ritiene spesso con tono aprioristico – soltanto fra le parti) da cui nasce la promessa del fiduciario stesso di trasferire il diritto al fiduciante o al terzo oppure, ove preesista una situazione giuridica attiva in capo al fiduciario, di modificarla secondo le istruzioni del fiduciante.

A noi pare invece che se dal contratto traslativo di matrice fiduciaria tragga origine l'impegno di amministrare il patrimonio nell'interesse altrui, diventa allora logico accostare la situazione che ne deriva a quella nascente dal mandato a vendere. Orbene, quando esso abbia per oggetto immobili, non si ravvisano a nostro parere ostacoli particolari alla sua trascrivibilità, posto che al mandatario è assegnata la legittimazione a disporre del bene del mandante: gli effetti reali, conseguenti al negozio esterno, si perfezioneranno direttamente tra quest'ultimo e l'avente causa (sul piano degli effetti soltanto obbligatori) del mandatario.

Tale trascrizione implicherà l'opponibilità *erga omnes* del vincolo fiduciario obbligante l'interposto (titolare di una posizione soggettiva fiduciaria) a disporre del bene a favore della persona indicata nel contratto.

Il codice civile detta una disciplina particolare del negozio fiduciario nel campo dei rapporti a causa di morte. Si tratta della fiducia testamentaria di cui all'art. 627 c.c.

Per completezza conviene segnalare che la c.d. fiducia germanistica è presupposta dal § 185, I, *BGB*: essa implica l'attribuzione al fiduciario della legittimazione a disporre di uno specifico bene di proprietà del fiduciante. Tale atto di disposizione è posto in essere dal legittimato in nome proprio e nell'interesse dell'incaricante. Si evita così il rischio di uso abusivo delle facoltà dominicali per opera del fiduciario, siccome la sua legittimazione sottintende che l'atto di disposizione perfezionato con il terzo corrisponda all'autorizzazione ricevuta.

Orbene, una volta ammessa la trascrivibilità del mandato immobiliare a vendere, ne discende l'opponibilità *erga omnes* del diritto del terzo destinatario del bene a ottenere il trasferimento a suo favore da parte dell'interposto.

Nell'area dei beni svincolati da formalità speciali d'investitura, l'infedeltà del fiduciario, il quale eserciti il *ius disponendi* contro gli impegni assunti, importa la nascita di una pretesa risarcitoria del fiduciante, la quale – secondo un orientamento – non può essere fatta valere contro i terzi a prescindere dalla loro buona o mala fede¹.

2. La fiducia è altresì alla base del *trust*. A noi interessa capire se questo istituto possa trovare applicazione nel diritto italiano. La Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata con l. 16 ottobre 1989, n. 364, non entra in azione qualora la fonte individuata grazie agli artt. 6 ss. ignori tale istituto (art. 5 Conv.). L'art. 8 Conv. chiarisce quali sono i requisiti minimali che debbono essere regolati dalla legge di governo del *trust*. Dall'esame della citata disposizione balza agli occhi il nocciolo del problema: esso si esprime nel *rebus* se esista o no una disciplina di diritto interno capace di soddisfare gli accennati presupposti.

Oltrepassati i pregiudizi legati alla proprietà bifronte (*dual ownership*), spetta all'interprete scovare regole e principi forgiati dalla nostra tradizione giuridica capaci di conformarsi all'impalcatura concettuale del *trust*, in modo da soddisfare il catalogo di questioni sottese dal succitato art. 8.

Ad astrarre dalla diatriba se la disciplina internazionale serva soltanto a risolvere il conflitto di leggi oppure introduca autentiche norme di diritto materiale, bisogna rimarcare che spetta anzitutto alla giurisprudenza dommatica e pratica verificare se il diritto privato italiano consenta di dare una disciplina compiuta al patrimonio rientrante nella gestione del fiduciario, la cui proprietà è limitata dall'interesse altrui. Superato positivamente questo sbarramento preliminare, svanisce l'utilità del rinvio alla fonte uniforme.

Su queste tracce il sintagma «*trust* interno» diventa una formula riassuntiva, utile a individuare di cosa intendiamo parlare; ma si tratta pur sempre di una semplice allusione, di una sorta d'espedito verbale che non deve trarre in inganno quando

¹ Cass., 25 ottobre 2013, n. 24166, in *Dejure*. Le cose però cambiano qualora si ritenga di applicare l'art. 1706, 1° co., c.c. V. *infra*.

la fattispecie sia priva di collegamenti extrastatali. Beninteso, la ricerca di regole statuali non esclude l'utilità del raffronto con la disciplina straniera e con la fonte di diritto uniforme, la quale ultima non si limita a dettare criteri relativamente al diritto applicabile, ma individua i tratti tipologici del *trust* non solo con riguardo ai rapporti tra le parti interessate, ma anche per quel che attiene all'opponibilità *erga omnes* del vincolo di destinazione (artt. 8, 11 e 12 Conv.).

3. La segregazione del patrimonio amministrato dal gestore importa la nascita di un diritto di proprietà che mal si adegua al modello tradizionale racchiuso nell'art. 832 c.c., ancorato agli attributi di esclusività e assolutezza del dominio. La proprietà del *trustee* è programmaticamente destinata ai beneficiari ed è quindi temporaneamente esercitata nel loro interesse.

L'interesse dei beneficiari assieme alla fiducia nutrita dal disponente sulla probità del gestore costituiscono la spina dorsale della vicenda segregativa, la quale giustifica ma, nello stesso istante, limita la proprietà temporanea dell'amministratore. Ne discende che il fiduciario, nonostante il suo titolo formale d'appartenenza, non può godere a proprio vantaggio dei beni attribuitigli dal disponente, né di massima è legittimato a disporne mettendo a frutto il valore di scambio.

Dai superiori rilievi affiora la specificità della proprietà fiduciaria sul patrimonio segregato, che dà corpo allo «smembramento» del *ius in re*, essendo l'atto traslativo, che attribuisce la titolarità del «*trust fund*» in capo al gestore, preordinato alla realizzazione di un obiettivo ulteriore rappresentato dalla cura dell'interesse altrui². Se ne deduce che il vincolo obbligatorio, permeante d'attributi fiduciari la proprietà in esame, finisce con l'alterare il normale contenuto del diritto assoluto per eccellenza; da qui il rischio d'assistere alla formazione di situazioni d'appartenenza incrinanti il principio di tipicità dei diritti reali, rischio che si percepisce con particolare evidenza in ipotesi di perpetuità del vincolo segregativo. D'altronde, la medesima metamorfosi è ravvisabile con riguardo alla proprietà soggetta al vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*³.

Le parole spese aiutano a comprendere in qual modo l'isolamento patrimoniale della proprietà gravata di vincoli fiduciari concreti forme d'immobilizzazione della ricchezza simili a quelle che discendono dal divieto volontario di alienazione (art. 1379 c.c.). La perennità di tale immobilizzazione spianerebbe la strada all'intrusione nel nostro ordinamento di vincoli *sine die* al libero esercizio del *ius disponendi* spezzettanti il diritto di proprietà, come accadeva nei sistemi di antico regime. Non è senza

² L'accennato «smembramento» viene spesso descritto evocando lo sdoppiamento tra proprietà formale e proprietà sostanziale: cfr. A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Studi raccolti dal Consiglio nazionale del notariato*, Milano, 2003, 35; v. anche R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, 300 ss.

³ V. R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Bologna, 2012, 153 ss.

significato che il testo originario dell'art. 692, ult. co., c.c., sancisse espressamente la nullità del divieto testamentario di alienazione per atto tra vivi o di ultima volontà.

Dalla prospettiva che qui interessa l'istituzione del patrimonio fiduciario deve essere razionalizzata con il principio d'ordine pubblico espresso negli artt. 1379 e 2645 ter c.c., da cui apprendiamo nel complesso che le limitazioni (frutto dei poteri di autonomia privata) alle prerogative del proprietario non possono protrarsi in eterno.

4. Chiediamoci se dall'art. 1379 c.c. discenda l'efficacia meramente obbligatoria del predetto vincolo di segregazione patrimoniale. Affrontiamo la discussione muovendo dai beni mobili non registrati.

La proprietà del fiduciario è senz'altro avvicicabile a quella del mandatario all'acquisto; a séguito del compimento dell'incarico gestorio questi diventa titolare del diritto reale sul bene trasferitogli dal terzo. Nell'abbozzata cornice – che allude alla c.d. fiducia dinamica – il diritto assoluto è similmente astretto dall'obbligazione traslativa interna diramantesi dal mandato. Prova ne sia che la posizione dominicale in esame è strumentale al completamento del programma gestorio e, dunque, al soddisfacimento dell'interesse vantato dall'interponente nella cui sfera giuridica dovrà essere trasferito il bene. Succede allora che il mandato sia fonte dell'obbligazione di dare *solvendi causa* gravante l'interposto, la quale prescinde dalla natura mobiliare o immobiliare del bene oggetto dell'incarico.

In maniera analoga, la proprietà del *trustee* (*Treuhänder*) è vincolata dall'obbligazione gestoria scaturente dal negozio istitutivo del *trust*. L'interposto deve assolvere l'incarico fiduciario nell'interesse dei beneficiari; a tal fine è essenziale il trasferimento del patrimonio nella sua sfera giuridica. Se ne deduce che la proprietà del fiduciario – così come quella del mandatario all'acquisto – è preordinata all'esecuzione del sottostante programma negoziale. Tutto ciò rafforza l'idea che l'additato rapporto strumentale costituisca l'immanente limite alla proprietà fiduciaria.

I riferimenti compiuti sull'elaborazione del nostro tema rendono evidente che i beneficiari hanno piena legittimazione ad opporre il proprio *ius ad rem* al terzo acquirente in virtù della regola espressa nell'art. 1706, 1° co., c.c.⁴. Per corroborare la congettura serve considerare che attraverso questo precetto il legislatore ha concesso all'interponente un'azione reale a presidio del suo il diritto di credito, il quale ultimo sarebbe stato inevitabilmente indebolito allorché l'obbligazione di dare *solvendi causa* concernente mobili non registrati fosse stata protetta secondo il tradizionale modello del risarcimento per equivalente.

⁴ In stretto collegamento con quanto appena esposto si rammenti che l'art. 11, 2° co., lett. d), Conv., ammette la rivendicazione dei beni segregati qualora il *trustee*, violando gli obblighi assunti, abbia confuso tali beni con i propri. Occorre per giunta notare che il mandato a comprare (senza procura) non è trascrivibile, giacché non crea vincoli reali d'indisponibilità. Cfr., in particolare, R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano, 1973, 93.

Dalle coordinate appena tracciate emerge che la strada da noi percorsa scorra lungo la linea maestra simboleggiata dalla progressiva attenuazione della distanza separante i diritti reali da quelli di credito. Stando così le cose, l'attribuzione di taluni connotati reali a pretese soltanto obbligatorie è armonizzabile con un sistema, il quale non si accontenta di garantire l'integrità dell'interesse alla prestazione di dare attraverso il ristoro del danno sofferto là dove l'abuso del diritto di proprietà (nell'interesse altrui) sia particolarmente allarmante, perché mette a repentaglio il bene supremo alla sicurezza della circolazione giuridica, come accade quando il mandatario trasgredisca la parola data distraendo al terzo la *res* destinata al *dominus negotii*.

Del resto, l'azione d'esecuzione in forma specifica del contratto non concluso (art. 2932 c.c.) costituisce un indice sintomatico dell'evocato processo d'allargamento delle frontiere presidianti il diritto reale. Prova ne sia che il creditore della prestazione traslativa può ottenere il titolo d'investitura per sentenza; nello stesso tempo gli è concessa la facoltà d'opporre al terzo in mala fede l'aspettativa reale il cui antecedente causale affonda le radici nel vincolo di mandato.

Beninteso, il richiamo contenuto nell'art. 1706, 1° co., c.c., alla regola possesso vale titolo non significa che il terzo acquisti da chi non sia proprietario, avendo l'interposto perso la proprietà *scintilla iuris* nello stesso istante in cui concluse il contratto «esterno» nell'interesse dell'interponente, quasi che il diritto assoluto così negoziato fosse dotato di un'autonoma forza propulsiva accreditante l'immagine del dominio «saltellante», ma vuol piuttosto affermare la regola secondo cui la pretesa traslativa invocata dal mandante è opponibile *ultra partes* allorché il subacquirente sia stato a conoscenza dell'abuso perpetrato dal suo diretto dante causa al momento della consegna del bene mobile non registrato⁵. A nostro parere non si ravvisano particolari ostacoli a estendere la suddetta regola al mandato a trasferire. D'altra parte non si può escludere che la dinamicità del *trust* importi in capo al *trustee* potestà gestorie complesse.

Attraverso il sistema appena descritto il legislatore, facendo leva su un delicato gioco di pesi e contrappesi, è riuscito nel difficile proposito di bilanciare interessi antagonisti: per prima cosa sono state contemperate le istanze di sicurezza del traffico mobiliare all'esigenza di rafforzare l'affidamento del mandante rendendo opponibile – entro i limiti poco fa illustrati – l'aspettativa traslativa; nello stesso tempo è stata evitata la frattura del principio consensualistico, la cui forza espansiva trascende la natura mobiliare o immobiliare del bene oggetto di disposizione.

5. Ammessa l'estensione dell'art. 1706, 1° co., c.c., a vantaggio dei beneficiari del patrimonio fiduciario (ferma restando la legittimazione concorrente del *settlor*), resta da approfondire la questione legata agli immobili e ai mobili registrati.

⁵ Non si dimentichi che l'art. 1156 c.c. esclude dal perimetro delimitante la regola possesso vale titolo i mobili registrati e le universalità di mobili.

Per queste categorie di beni l'art. 12 Conv. riconosce la trascrivibilità del titolo costitutivo del *trust*. Ad avviso di alcuni Autori gli artt. 11 e 12 Conv. enunciano un complesso di regole «minimali» qualificanti l'essenza del *trust* tra vivi o di ultima volontà, in difetto delle quali l'istituto forgiato dal diritto straniero smarrirebbe la propria ragion d'essere, con l'inevitabile epilogo dell'impossibilità di produrre effetti entro l'ordinamento giuridico italiano. Esse costituirebbero lo statuto essenziale del *trust* interno, assumendo dunque i tratti distintivi di norme materiali. A chiarimento di questa posizione si afferma che la Convenzione, a séguito della sua ratifica, avrebbe introdotto in Italia le regole indispensabili per la ricezione del *trust* ove i criteri di collegamento individuino la legge nazionale quale fonte disciplinante l'istituto.

Sicché, i precitati articoli non costituirebbero una semplice linea-guida che dovrebbe condurre *pro futuro* il legislatore dell'attuazione nell'opera di regolazione del *trust* interno, ma conterrebbero i cardini (di diritto uniforme) della categoria giuridica in oggetto, i quali – grazie alla legge di ratifica – si distaccherebbero dalle esigenze di superare il conflitto, allo scopo d'identificare la normativa applicabile alle fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità all'ordinamento italiano attraverso il richiamo agli ordinamenti extrastatali con i quali essa presenta maggiori rapporti di connessione⁶.

Per realizzare questo disegno è da dire che i precitati artt. 11 e 12 se da un lato colmano le lacune del sistema difficilmente suscettibili d'essere sormontate mediante il ragionamento analogico, dall'altro offrono una disciplina essenziale per nulla esaustiva, ma pur sempre in grado di essere completata – come si è visto – facendo perno sull'argomento *a simili* gravitante attorno alla ricerca di un elemento di somiglianza (reso visibile dalla *ratio legis*) tra fattispecie regolata e ipotesi innominata.

Senonché – come anticipammo – il problema sollevato dalla discussione che precede sembra disperdere il proprio interesse qualora si ritenga che il nostro codice civile detti regole la cui estensione al *trust* permetta di raggiungere gli stessi effetti altrimenti ottenibili per mezzo dell'applicazione immediata degli artt. 11 e 12 Conv. intesi alla stregua di norme di diritto uniforme⁷.

⁶ *Contra* G. OBERTO, *Atti di destinazione (artt. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. e Imp./Europa*, 2007, 359 ss.

⁷ In senso grossomodo non dissimile v. M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, spec. 7 ss.; H. KÖTZ, *Trust und Treuhand*, Göttingen, 1963, 157 ss.; A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005, 84; G. PORCELLI, *Successioni e trust*, Napoli, 2005, spec. 106. Contro questo metodo d'indagine si muovono le riflessioni di G. FANTICINI, *L'art. 2645-ter del codice civile: «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»*, in M. MONTEFAMEGLIO (a cura di), *La protezione dei patrimoni. Dagli strumenti tradizionali ai nuovi modelli di segregazione patrimoniale*, Santarcangelo di Romagna, 2006, 347; nonché di Trib. Bologna, decr., 16 giugno 2003, in *La giurisprudenza italiana sui trust*, 2^a ed., Milano, 2006, 227 ss., spec. 229. L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 354, avverte invece che il diritto italiano «conosce, da tempi più o meno recenti, figure che, nella sostanza, sono idonee a realizzare finalità non dissimili da quelle perseguite in altri Paesi mediante l'adozione del *trust*»; conf. M. BUONINCONTRO, *Trust e civil law (Appunti di diritto comparato)*, *ivi*, 1959, I, spec. 685 s.

La separazione di masse patrimoniali prevista nell'art. 11, 2° co., lett. a), b) e c), Conv., pare sostanzialmente ammessa dall'art. 1707 c.c. Di conseguenza, il patrimonio fiduciario non può essere aggredito dai creditori personali del gestore, né è destinato a cadere sotto il regime della comunione legale (artt. 177 ss. c.c.). La «specializzazione» (o meglio, l'affinamento «finalistico») del patrimonio oggetto di segregazione preclude *ab imis* la sua attrazione nelle orbite normative disegnate dalla comunione dei coniugi o dalla garanzia generica *ex art. 2740 c.c.* Analogamente, non dovrebbero sussistere soverchi dubbi circa l'esclusione dal regime patrimoniale della famiglia dei diritti acquistati dai terzi in attuazione del mandato (senza procura) a comprare⁸.

Sostenere il contrario significa non soltanto cadere nel più retrivo dei formalismi, ma pure ignorare che l'interpretazione sistematica delle regole esige il ragionevole contemperamento tra istituti giuridici. Il lavoro di prudente armonizzazione consente alla fine d'affermare l'incompatibilità con la disciplina sulla comunione legale degli acquisti realizzati nell'interesse altrui. Dovremo pertanto riconoscere che l'art. 177, 1° co., lett. a), c.c., contenga un frammento normativo inespresso, che così suona: dagli acquisti compiuti durante il matrimonio sono esclusi quelli oggetto di proprietà fiduciaria⁹. Va da sé che una cosa è ammettere la separazione di masse patrimoniali *ex causa mandati*, altro è il sospetto della scissione fittizia o abilmente congegnata per eludere i diritti dei creditori. Stabilito che la patologia della vicenda è combattuta con gli strumenti di diritto comune (simulazione, nullità, e così via), essa non può dunque costituire un serio argomento per rovesciare le conclusioni qui difese.

Chiusa la parentesi aperta sul diritto di famiglia, dall'art. 1707 c.c. è possibile dedurre che nei casi in cui l'atto costitutivo del *trust* abbia data certa, i creditori personali del *trustee* non possano agire sui beni mobili non registrati che lo compongono, essendo loro opponibile il vincolo di destinazione impresso dal disponente¹⁰. Per gli immobili (e i mobili registrati) il menzionato vincolo è invocabile *erga omnes* grazie alla trascrizione dell'atto istitutivo.

In merito alla pubblicità di tale negozio nei registri immobiliari non possono esserci dubbi di sorta tenuto conto della sua vocazione traslativa. A differenza del mandato ad alienare, che – quantunque trascrivibile – è qualificato dall'attribuzione al mandatario della pura legittimazione a disporre (*Ermächtigung*) in nome proprio e nell'interesse del mandante, l'incarico conferito al *trustee* appare invece più articolato, sottintendendo esso l'obbligazione di amministrare a titolo provvisorio il patrimonio (immobiliare) segregato nell'interesse dei beneficiari all'unisono con le istruzioni impartite dal disponente, cui s'aggiunge il potere-dovere di alienare *nomine*

⁸ Conf. L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Tratt. Rescigno*, 3, 2ª ed., Torino, 1996, 452 s. *Contra* G. OBERTO, *Atti di destinazione (artt. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., 404 s.

⁹ Il punto è efficacemente colto da L. BARBIERA, *La comunione legale*, cit., 453.

¹⁰ Cfr. G. FANTICINI, *L'art. 2645 ter del codice civile*, cit., 334, testo e nota 16.

proprio i beni ai beneficiari stessi decorso il termine finale o verificatosi l'evento condizionale. Né si può escludere – come anticipammo – il potere del *trustee* di acquistare beni impiegando la provvista conferita nel «*trust fund*».

È per giunta possibile ipotizzare che il fiduciante (*settlor*) sia il destinatario dell'obbligazione di dare, a patto che la creazione del «*trust fund*» risponda a interessi meritevoli di tutela, come si può ad esempio scorgere quando il trasferimento al fiduciario sia preordinato a realizzare finalità di liquidazione nel rispetto della *par condicio creditorum*, fatte salve le cause di prelazione, senza che ciò importi l'elusione del divieto di patto commissorio (art. 2740 c.c.). Da qui la liceità dell'obbligazione di retrocessione al fiduciante del patrimonio che eventualmente residui dalla predetta liquidazione concorsuale. Nell'insieme, ciò che importa è che il distacco del patrimonio dalla sfera del fiduciante e il programmato riacquisto dello stesso a séguito dell'adempimento del vincolo di fiducia risponda al legittimo interesse di terzi, in maniera da evitare la creazione di negozi in frode al principio della responsabilità patrimoniale generica (art. 2740 c.c.).

Per queste ragioni, il *trustee* – diversamente del mandatario alla vendita – acquista la proprietà fiduciaria del «*trust fund*». L'effetto traslativo scaturente dall'atto istitutivo del *trust* tra vivi o a causa di morte giustifica per l'appunto la sua trascrivibilità ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2643, n. 1, e 2660 c.c. (benché, con riguardo al *trust* testamentario, l'acquisto del *trustee* non sia a causa di morte bensì *post mortem*)¹¹.

Si arriva così a toccare il nodo cruciale relativo all'opponibilità dei diritti dei beneficiari (sugli immobili o i mobili registrati) contro la generalità dei consociati. Ammessa la trascrizione dell'atto istitutivo del *trust* tra vivi o di ultima volontà a iniziativa del gestore, il vincolo fiduciario riverberantesi sul patrimonio segregato può essere fatto valere contro chiunque. Di riflesso, l'atto dispositivo perfezionato dall'amministratore in antitesi al programma gestorio legittimerà gli aventi titolo pregiudicati dall'infedeltà del fiduciario a promuovere la rivendica nei riguardi dei terzi indipendentemente dal loro stato soggettivo di buona o mala fede.

In conclusione, i beneficiari agiscono non già nella veste di proprietari, ma a difesa del diritto di credito i cui elementi tipizzanti sono simili all'analogo diritto fatto valere dal mandante all'acquisto, allorché la pretesa al ritrasferimento *solvendi causa* (art. 2652, n. 2, c.c.) sia stata trascritta anteriormente all'acquisto del terzo subacquirente.

6. È arrivato il momento di rinnovare l'attenzione sul quesito – lasciato provvisoriamente in sospenso – riguardante i limiti temporali della segregazione patrimoniale. Come avvertimmo, al fine d'impedire l'eccessiva disgregazione del diritto di proprietà l'art. 1379 c.c. ha serrato le maglie della libertà contrattuale, condizionando la validità dei divieti negoziali di alienazione alla sussistenza dei requisiti simbo-

¹¹ V., diffusamente, R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, cit., 211 ss.

leggiati dalla forza meramente obbligatoria del vincolo, dall'esistenza di un interesse meritevole di tutela e dalla previsione di un conveniente limite di tempo.

Quest'ultimo requisito illustra con particolare forza rappresentativa la ragion d'essere dell'art. 1379 c.c., posto che è per mezzo del «lasciapassare» offerto dai vincoli perpetui d'inalienabilità che s'alimenta il rischio della reintroduzione di forme dominicali plasmate dall'antico sistema feudale. Forse mai come in questa materia la proprietà gravata di vincoli obbligatori perenni, segreganti il *ius alienandi* dagli attributi classici della proprietà, implicherebbe la coniazione di diritti fondiari *sui generis*, i cui elementi di straordinarietà sono imputabili alla sostanziale «espropriazione» del valore di scambio dalla proprietà stessa.

I superiori rilievi corroborano viepiù la tesi che l'isolamento del patrimonio fiduciario nella sfera giuridica dell'interposto non possa durare all'infinito.

Nella misura in cui si accetti di argomentare secondo questa prospettiva, è allora evidente che spetta all'interprete risolvere il problema circa la durata ragionevole della segregazione.

Intanto conviene rimarcare l'utilità d'abbandonare proposte interpretative troppo rigide, siccome restringere smisuratamente il *perpetuity period* significherebbe bloccare sul nascere le occasioni d'utilizzo della segregazione fiduciaria regolata dal codice civile. Affiora un motivo di coerenza che si delinea attraverso la seguente scelta: o si afferma l'inammissibilità di tale fattispecie, oppure – volendo dar credito all'orientamento difeso in queste pagine – il principio di non contraddizione deve persuadere il giurista a scansare soluzioni miopi, che facciano rientrare dalla finestra quanto prima cacciato dalla porta, con l'esito d'inaridire la naturale fertilità del terreno d'espansione della fiducia.

L'art. 2645 ter c.c. aiuta a semplificare la questione. Siffatta disposizione, che pur attiene esclusivamente all'opponibilità dei vincoli di destinazione scollegati da trasferimenti dominicali *fiduciae causa*, prevede il termine *certus quando* pari a novant'anni d'efficacia del vincolo stesso. Non si deve perdere di vista che il vincolo di destinazione costituisce il minimo comun denominatore tra fattispecie tipica e vicenda non espressamente regolata. Prova ne sia che in ambedue le vicende la perpetuità del vincolo produrrebbe identici effetti disgreganti il dominio. È quindi realistico ravvisare i presupposti per estendere il frammento normativo positivamente sancito alla segregazione *fiduciae causa*.

All'esito di questo discorrere sembra fondato concludere che la proprietà fiduciaria non possa varcare il limite di novant'anni. L'additato limite (che deve pur sempre superare il vaglio della meritevolezza), rispondendo a esigenze d'ordine pubblico economico, non è suscettibile di deroga; la clausola contraria è sostituita di diritto dal termine legale.

Deposito fiduciario e funzione di garanzia

di Raffaele Lenzi

SOMMARIO: 1. Complessità del deposito fiduciario. – 2. Il deposito in funzione di garanzia. – 3. La distribuzione dei rischi tra depositante e terzo. – 4. Rischi connessi al depositario. – 5. Ulteriori note sul deposito fiduciario di denaro e di beni fungibili. – 6. Conclusioni.

1. Il contratto di deposito costituisce un interessante banco di prova nell'elaborazione teorica della destinazione contrattuale e, nelle brevi riflessioni che seguono, verrà riconsiderato il contributo che esso può offrire, come punto di osservazione privilegiato, al tentativo di pervenire ad una sistemazione organica della ancora disordinata materia della destinazione, di cui si avverte fortemente il bisogno nonostante il già ampio contributo dottrinario sul tema, che comincia ormai ad assumere una dimensione alluvionale¹.

La prospettiva più interessante è costituita, sotto il profilo strutturale, dal deposito di beni fungibili e, sotto il profilo funzionale, dal deposito con funzione solutoria o di garanzia; da questo punto di vista, il contratto di deposito di beni fungibili mette bene in luce come il criterio della titolarità delle situazioni giuridiche soggettive a rilevanza reale sia insufficiente a risolvere una pluralità di problemi che emergono dalla prassi².

All'interno di questa ampia tematica, inoltre, appare ancor più proficuo limitare la prospettiva di studio alla variante nota come "deposito fiduciario", così convenzionalmente definito in quanto integrante una fattispecie in cui l'affidamento indotto dalla figura del depositario assume particolare rilevanza in quanto allo stesso è demandato non soltanto un obbligo di conservare e restituire, ma anche, sulla base del verificarsi di determinate circostanze, di individuare il destinatario della restituzione che, solitamente, va ad integrare una prestazione dovuta dal depositante sulla base di un altro contratto, cui il deposito è funzionalmente collegato³.

¹ La letteratura sul tema è infatti così ampia da renderne impossibile, in questa sede, un'indicazione anche parziale. Si rinvia, per ulteriori riferimenti, al recente volume di R. Calvo e A. Ciatti (cur.), *I contratti di destinazione patrimoniale*, Milano, UTET, 2014.

² Per riflessioni più analitiche e un più ampio corredo bibliografico sul tema, sia consentito rinviare fin d'ora al mio R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito di beni fungibili*, Milano, 2007, *passim* (ma in particolare p. 134 ss.).

³ Nella più recente letteratura, cfr. A. Ciatti, *Il «deposito fiduciario»*, in R. Calvo e A. Ciatti (cur.), *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 87 ss., e G. Grisi, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 157 ss.

Il depositario è quindi soggetto terzo rispetto al contratto principale e viene scelto proprio per la fiducia che in esso le parti ripongono.

Il deposito fiduciario è figura “trans-tipica”, in quanto la sua funzione raramente si limita alla conservazione della *res deposita*, bensì investe il depositario di compiti che sopravanzano la mera custodia del bene, richiedendo lo svolgimento di una attività, in alcuni casi limitata alla selezione dell’aveute diritto alla restituzione, mediante una valutazione della fattispecie e della verifica dei fatti che della restituzione costituiscono il presupposto e lo strumento di identificazione del destinatario.

In questo caso il deposito fiduciario si contamina con elementi del contratto di mandato, ove il depositario è incaricato dello svolgimento di una attività dal depositante, anche nell’interesse del terzo, eventuale aveute diritto alla restituzione⁴.

Non può escludersi tuttavia che la funzione di conservazione sia assorbente, in quanto l’attività valutativa che conduce all’identificazione dell’aveute diritto alla restituzione non è affidata al depositario, che si limita a custodire, bensì è rimessa ad un terzo, cui le parti affidano tali compiti, scindendo il profilo conservativo da quello attuativo del rapporto⁵.

In alcuni casi al depositario sono affidati compiti più complessi, quale, frequentemente, quello di dismettere passività afferenti i beni oggetto di un collegato contratto traslativo o, in caso, di realizzare determinati risultati cui le parti sono interessate⁶.

In tal caso il profilo dell’attività propria del mandante sembra sopravanzare la funzione di conservazione che costituisce il fulcro del contratto di deposito e la custodia, come per molti altri tipi negoziali, costituisce un aspetto accessorio e strumentale al modello causale caratterizzante.

Ed ancora, in questi ultimi casi, laddove corroborato da finalità ulteriori che arricchiscono la mera funzione di conservazione, il deposito può ulteriormente distinguersi nell’ipotesi in cui è chiamato a svolgere funzione di mera garanzia ovvero ad esso è affidata una più incisiva finalità satisfattiva. Nel primo caso, al di là del *nomen*

⁴ È significativo che in ordinamenti affini al nostro per la comune appartenenza alla *civil law* si sia fatto ricorso, in origine, proprio ai tipi contrattuali del deposito e del mandato per spiegare il fenomeno fiduciario per eccellenza, ossia il *trust*: si vedano a tal proposito i cenni storici di M. Lupoi, *Trusts*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 450, con riferimento all’esperienza scozzese.

⁵ Che la funzione del deposito vada identificata essenzialmente nella conservazione si è già cercato di dimostrare in R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 31 ss., ed anche in *Il deposito*, in A. Flamini, M.V. Cozzi, R. Lenzi, *Trasporto, Spedizione, Deposito, Noleggio*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, 25, Napoli, ESI, 2008, p. 267 ss.

⁶ Cfr., ad esempio, il caso trattato da Cass. civ. sez. II, 20 giugno 2012, n. 10189 (testo tratto da *Pluris online*), riguardante il deposito preventivo del prezzo di una compravendita immobiliare presso il notaio rogante, delegato a pagare i creditori del promittente venditore affinché rilasciassero il consenso alla cancellazione dei pignoramenti sul bene compravenduto, così come preteso dal promissario acquirente in base agli accordi preliminari.

iuris, può apparire non facile, nella concreta fattispecie, distinguerlo dal pegno⁷; in ogni caso, ormai superate dall'interprete le anguste strettoie della sussunzione, mediante l'applicazione del metodo tipologico, si può ricomporre lo statuto normativo del singolo contratto attingendo alla disciplina dedicata alle figure tipiche che il contratto in questione evoca, né ciò sembra, nell'attuale sistema, operazione ermeneutica azzardata.

2. Sotto altra prospettiva, il deposito fiduciario è spesso accostato, se non sovrapposto, alla figura qualificata come "deposito in funzione di garanzia", frequente nella prassi e caratterizzato, pur nella possibile variabilità della sua struttura operativa, dall'impiego del deposito in funzione di una finalità definita, in senso lato, "assicurativa".

L'ipotesi più ricorrente è il deposito avente ad oggetto dei beni fungibili, in particolare il denaro, pur essendo comunque possibile che la *res deposita* su cui si appunta la garanzia sia cosa certa e determinata⁸.

Questa declinazione del contratto di deposito presenta delle affinità con le tecniche negoziali note come "garanzie atipiche", che si caratterizzano per la ricerca di una maggiore efficienza nella soddisfazione del credito piuttosto che per l'ampliamento dei patrimoni responsabili, confermando così la generale tendenza erosiva delle garanzie tradizionali a vantaggio di forme di tutela più affidabili e spedite⁹.

Il deposito in funzione di garanzia costituisce certamente, come si è affermato, un "fenomeno negoziale complesso e irriducibile ad un unico modello"¹⁰.

La suddetta qualificazione costituisce l'esito di una recente elaborazione dottrina secondo la quale il contratto di deposito costituisce una figura elastica, caratterizzata da un'intrinseca idoneità ad essere struttura polifunzionale - nel senso cioè di piegarsi a soddisfare esigenze diverse ed ulteriori rispetto a quelle che si ritiene caratterizzino solitamente il tipo - tale peraltro da rendere superflui i richiami alla nozione, già di per sé problematica, del negozio fiduciario¹¹.

La fattispecie connotata dallo scopo di garanzia assume infatti autonoma rilevanza proprio in considerazione del fatto che la situazione soggettiva imputabile al depositario non è più esclusivamente in funzione di esigenze di conservazione, ma a questa si aggiungono, pur senza sostituirsi, funzioni ulteriori, che assumono, nella considerazione dei contraenti, identica o addirittura preminente rilevanza.

⁷ Si rinvia ancora a R. Lenzi, *Il deposito*, cit., p. 369 ss.

⁸ Cfr. M. Gorgoni, voce "Deposito in funzione di garanzia", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007 (agg.), p. 7 ss., che ravvisa peraltro sensibili differenze nelle due ipotesi, tenuto conto della funzione prevalentemente solutoria del deposito di danaro.

⁹ Cfr. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 61 ss.; G. Grisi, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 7 ss.; Id., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 206 ss.

¹⁰ Così G. Grisi, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., pp. 135 e 217 ss.

¹¹ Cfr. G. Grisi, *op. cit.*, p. 56 ss. Nello stesso senso, M. Gorgoni, voce "Deposito in funzione di garanzia", cit., p. 4.

La figura in esame è costantemente caratterizzata da un collegamento funzionale tra il deposito ed un altro negozio, cui il primo, pur strutturalmente autonomo, accede, al fine di realizzare un rafforzamento del credito che sorge o potrà sorgere per effetto del negozio fondamentale¹².

Il collegamento è apprezzabile unicamente sul piano degli effetti finali, per cui l'adempimento dell'obbligo di restituzione da parte del depositario determina, nell'ipotesi più frequente, anche l'estinzione dell'obbligo nascente dal negozio principale.

Da tempo si discute se questa alterazione funzionale dello schema tipico determini uno sconfinamento dal tipo, per cui la fattispecie non sia più riconducibile al contratto di deposito, ovvero se il deposito possa assolvere in concreto a funzioni di garanzia senza esorbitare i confini del tipo; al riguardo sono state date varie ricostruzioni al fenomeno, talvolta concepito come sequestro convenzionale¹³, come negozio fiduciario¹⁴, ovvero come negozio indiretto¹⁵, mentre altri ancora l'hanno risolto in una *quaestio facti* sulla volontà dei contraenti, potenzialmente conducente verso figure differenti quali, oltre al deposito, il mandato o i contratti misti¹⁶.

Il problema sta quindi nel verificare quale ruolo assuma la funzione di garanzia nel processo di qualificazione di fattispecie strutturalmente conformate alla stregua del modello normativo del deposito, e come tali incentrate sulla funzione di conservazione, per accertare se esse possano anche assolvere in via diretta e tipica al raggiungimento di un obiettivo di garanzia, rimanendo tuttavia il rapporto oggettivamente inquadrabile nello schema tipizzato, di cui rimane applicabile la disciplina normativa propria¹⁷.

E' autorevolmente sostenuto che il deposito non è eccezionalmente asservito a finalità di garanzia, e con ciò snaturato rispetto alla fattispecie tipica, bensì lo sche-

¹² L'espressione è di R. Nicolò, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, nota a Cass., 15 gennaio 1937, n. 123, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476 ss.

¹³ In questo senso A. Ascoli, *Effetti dell'appropriazione del prezzo depositato da parte del depositario nella vendita*, *Note di giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, I, p. 298 ss., il quale ritiene che nel concetto di cosa controversa rientri anche la cosa di cui è incerta la sorte giuridica.

¹⁴ Si veda C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 348 ss., ma più specificamente *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, I, p. 97 ss.

¹⁵ T. Ascarelli, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 8 ss.; in questo caso tuttavia siamo in presenza di un contratto di deposito cui le parti ricorrono per realizzare finalità ulteriori rispetto a quelle proprie del modello tipizzato. Nello stesso senso il medesimo A. anche in *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, sempre in *Studi*, cit., p. 87 ss.

¹⁶ È questo, ad esempio, il percorso seguito da R. Voiello, *Depositi fiduciari*, in Aa.Vv., *Fiducia, Trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, pp. 89 ss.

¹⁷ G. Grisi, *loc. ult. cit.* e p. 226 ss.; M. Gorgoni, voce "*Deposito in funzione di garanzia*", cit., p. 6; F. Mastropaolo, *Il deposito*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 12, t. 4°, 2a ed., Torino, UTET, 2006, p. 218 ss.

ma tipico di deposito è intrinsecamente idoneo all'assolvimento di funzioni ulteriori e diverse, tra le quali può ricomprendersi quella di garanzia¹⁸.

Nel deposito in garanzia la funzione di conservazione non è obliterata dalla funzione di garanzia, ed anzi la prima, pur non costituendo qui il fine ultimo ed esclusivo che i contraenti perseguono, non ostacola la realizzazione della seconda ed è alla stessa strumentale, pur rimanendo oggetto della prestazione principale e conservando quindi tutta la sua centralità¹⁹.

In effetti uno dei profili della garanzia è proprio il fatto che il depositario offre maggiore sicurezza sul piano della conservazione, non solo materiale ma anche in termini di valore, della cosa depositata.

Non viene quindi meno, nella fattispecie, il nesso tra struttura formale, funzione tipica e risultato ultimo voluto dai contraenti²⁰.

Ma anche la restituzione della *res deposita*, altro elemento caratterizzante il profilo esecutivo del contratto di deposito, rimane elemento rilevante e decisivo

¹⁸ Oltre agli aa. cit. in nota precedente, si veda già C.A. Funajoli, *Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. civ.* diretto G. Grosso e F. Santoro Passarelli, vol. V, fasc. VI, Milano, Vallardi, 1961, p. 41, il quale rinvia peraltro al noto passo della Relazione del Guardasigilli (n. 727), che merita di essere qui richiamato: «Si è ricondotto alla disciplina del deposito (art. 1773), anche il caso in cui, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione o il ricupero di ciò che si intende prestare in adempimento dell'obbligazione medesima qualora questa venga meno, il debitore della prestazione procede al deposito dell'oggetto presso un terzo, e il creditore, ossia l'eventuale destinatario dello stesso, presta adesione alla misura presa dal debitore. L'ipotesi, conosciuta sotto la denominazione di deposito in funzione di garanzia, non presenta gli estremi del sequestro convenzionale, perché il deposito non è determinato da una controversia relativa alla cosa depositata; e la restituzione di questa dipende, non già dall'esito di una controversia ma dalla sorte dell'obbligazione alla quale il deposito è collegato». Queste frasi rivelano come il deposito in funzione di garanzia fosse, agli occhi del legislatore del 1942, una figura ben presente e come vi fosse piena consapevolezza che la struttura del deposito può validamente assolvere una finalità di garanzia. La fattispecie ivi descritta sembra, poi, assecondare fedelmente i tratti della figura solo pochi anni prima (nel 1937) sottoposta all'esame della Corte di Cassazione (trattasi dell'ormai noto *leading case* costituito dalla sentenza n. 123, per la quale v. *infra* nel testo). Il passo è valorizzato anche da G. Grisi, *op. cit.*, 257 ss.

¹⁹ Può rammentarsi, al riguardo — quale spunto di riflessione — quanto affermato, tempo addietro, da A. Asquini, *Del contratto di trasporto*, in *Cod. commercio comm.* coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, Torino, 1925, p. 88 ss.: solo «dove il trasporto cessa di essere la prestazione principale per divenire prestazione accessoria a prestazioni di tipo diverso si esce dal contratto di trasporto per entrare in tipi diversi di contratto». Inoltre, pure ammesso (e non concesso) possa aderirsi all'idea secondo la quale varia il « tipo » negoziale là dove venga meno il fine « tipico », non è chi non veda come l'applicazione di questa regola — alla luce degli esposti rilievi — non sarebbe consentita nel caso di specie. La sostanza del discorso non muta anche là dove, per ipotesi, si ritenga di poter accreditare, nella fattispecie, la distinzione (dai tratti alquanto incerti) tra funzione «mediata» e «immediata» del negozio.

²⁰ Viene in rilievo la distinzione tra i concetti di causa e funzione, che ci dà conferma della fine intuizione di un insigne studioso: «a norma dell'art. 1322 c.c., l'interesse realizzabile mediante il contratto non è soltanto (...) un interesse tipizzato», ben potendosi con esso «realizzare anche interessi nuovi e diversi» da attuarsi, a loro volta, «sia attraverso l'attribuzione di una nuova funzione alle strutture già tipiche, sia attraverso la creazione di nuove strutture» (G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 251).

per la realizzazione del programma negoziale in funzione di garanzia, e ciò anche se la consegna debba essere effettuata a soggetto diverso dal depositante.

La presenza di tutti gli elementi caratterizzanti il deposito esclude di per sé la fuoriuscita dallo schema tipico, costituendo la funzione di garanzia una alterazione che non snatura ma arricchisce il contenuto della fattispecie, non comportando alcuna “compromissione del legame con il suo referente causale”²¹.

Così risolto il problema della qualificazione, si impone ora di cercare di tracciare i lineamenti essenziali dei modelli di garanzia afferenti alla fattispecie in esame e, nel contempo, di individuare i meccanismi attraverso cui essi, sul piano operativo, trovano concreta realizzazione.

Ciò che caratterizza il deposito in funzione di garanzia è il fatto che, accanto agli interessi di depositante e depositario, assumono rilievo anche gli interessi di soggetti terzi.

Sotto il profilo strutturale tale fattispecie trova positiva regolamentazione all’art. 1773 c.c. (che trova il suo precedente nell’art. 608 del codice del 1865) che disciplina appunto ipotesi nelle quali il deposito non viene effettuato nell’interesse esclusivo del depositante, ma anche in quello di un terzo.

La disposizione richiamata impone pertanto al depositario di restituire la cosa solo previo consenso del terzo interessato; nel riferirsi alla cosa depositata anche nell’interesse di un terzo e da restituire con il suo consenso, non comprende però la diversa ipotesi in cui la cosa vada restituita al terzo²².

Il deposito *ex art. 1773 c.c.* consente infatti la restituzione solo al depositante, sia pure con il consenso del terzo, e in ciò si distingue dal *cd. deposito a favore del terzo*, ove l’avente diritto alla restituzione è soggetto diverso dal depositante²³.

Il punto merita di essere sottolineato poiché non ha sempre rappresentato un dato sufficientemente chiaro in letteratura, avendo trovato anzi ricostruzioni discordanti²⁴.

²¹ Così G. Grisi, *op. cit.*, p. 63 ss. La tesi in questione parte dall’assunto di una distinzione concettuale tra causa e funzione (p. 56 ss.).

²² In tal caso certamente il deposito assumerà la struttura del contratto a favore di terzi, accolta come categoria generale dal codice, sempreché lo stipulante (depositante) vi abbia interesse. Cfr. A. Fiorentino, *Art. 1773*, in *Libro IV, Delle obbligazioni, Art. 1754-1860*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1956, p. 79; V. Napoletano, E.M. Barbieri, M. Novità, *I contratti reali*, in *Giur. sist. dir. civ e comm.* diretta da W. Bigiavi, 2a ed., Torino, UTET, 1979, p. 225 ss.; più recentemente, M. Gorgoni, voce “*Deposito in funzione di garanzia*”, *cit.*, p. 6 ss.; F. Mastropaolo, *Il deposito*, *cit.*, p. 221 ss.; Id., voce “*Deposito – I) In generale*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, s.d., p. 13. In giurisprudenza, cfr. Cass., 13 gennaio 1964, n. 853; Cass., 20 febbraio 1962, n. 340; Cass., 20 luglio 1962, n. 1960, in *Banca Borsa Tit. cred.*, 1962, II, p. 330; Cass., 22 gennaio 1958, n. 132, in *Mass. Foro it.*, 1958, c. 25.

²³ Cfr. ampiamente G. Grisi, *op. cit.*, p. 259 ss., nonché gli aa. cit. in nota prec.

²⁴ Cfr. già M. Gaddi, F. Paolicelli, M. Gagliardi, *Del mandato – Del sequestro convenzionale – art. 1703-1802*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1971, p. 682 ss.; più recentemente, G. Manzo, *Art. 1773*, in G. Manzo e C. Mirabelli (cur.), *Libro IV – Delle obbligazioni*, in C. Ruperto (dir.), *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, t. IX, Milano, Giuffrè, 2005, p.

Una parte della dottrina, in passato, ha ritenuto di equiparare la figura in esame a quella del deposito a favore di terzo, eventualmente subordinato a condizione sospensiva o a termine: l'adesione del terzo, tuttavia, si sarebbe concretizzata nell'acquisto di un potere impeditivo della restituzione al depositante, come riflesso della irrevocabilità della stipulazione (art. 1411, comma 2, c.c.) ovvero della tutela della sua aspettativa, mentre l'avveramento della condizione gli avrebbe conferito il diritto alla consegna immediata della *res deposita*²⁵.

*Anche la giurisprudenza ha avuto occasione di esprimersi in tal senso*²⁶.

Occorre invece dissipare incertezze e sovrapposizioni concettuali tra diritto d'interpello e diritto alla restituzione della res con riferimento alla posizione assunta dal terzo: l'art. 1773 c.c. prevede solamente che se la cosa è stata depositata anche nell'interesse di un terzo e questi ha comunicato al depositante e al depositario la sua adesione, il depositario non può più liberarsi restituendo la cosa al depositante senza aver previamente acquisito il consenso del terzo stesso; non attribuisce però a detto consenso anche l'ulteriore ruolo di "dichiarazione di voler profittare" della stipulazione (art. 1411, comma 2, c.c.) in termini di pretesa restitutoria diretta nei confronti del depositario, almeno finché il contratto di deposito, o una sua successiva integrazione, non prevedano questo ulteriore "profitto" a vantaggio del terzo²⁷.

Si tratta, al contrario, di una singolare figura di deposito caratterizzata dal fatto che un soggetto estraneo al contratto è investito dal potere di paralizzare il diritto del depositante alla restituzione, ponendo quindi il problema, non supportato dalla norma positiva, di definire la portata dell'«interesse» del terzo e di ricostruire le regole di esercizio di tale potere.

Il deposito con funzione di garanzia identifica un rapporto in cui tipicamente si verifica questo concorso di interessi, del depositante e del terzo, ove l'uno o l'al-

5816 ss., e V. Ivone, *Art. 1773*, in D. Valentino (cur.), *Dei singoli contratti – artt. 1655-1802*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, p. 793 ss.

²⁵ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8a ed., vol. III-1, t. 1, Milano, Giuffrè, 1954, p. 267; U. Majello, *Il deposito nell'interesse del terzo*, in *Banca, borsa, Tit. cred.*, 1961, p. 324 ss.; A. Dalmartello e G.B. Portale, voce "*Deposito (diritto vigente)*", *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 266 ss. (in adesione alla tesi di Majello, cit.). Nonostante vengano ascritte a questa corrente di pensiero, appaiono in realtà ambigue le posizioni di C.A. Funajoli, *Deposito, cit.*, e di De Martini, voce *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, UTET, p. 500 ss.: il primo afferma che «la prestazione va compiuta al terzo» se questi, avendo aderito al contratto, non abbia prestato consenso alla restituzione (p. 40) mentre altrove (p. 84) ha cura di precisare che «la cosa dev'essere restituita al terzo, se così è convenuto (art. 1777)» (corsivo nostro); il secondo parla di contratto a favore di terzo e, allo stesso tempo, afferma la legittimazione del depositante - e non del terzo - alla restituzione.

²⁶ Cfr. Cass., 4 dicembre 1967, n. 2875, in *Foro it.*, 1968, I, c. 415 ss., ed in particolare la successiva Cass., 20 giugno 1968, n. 2041, *ivi*, c. 2786 ss.

²⁷ Il punto è chiarito da M. Gorgoni, voce "*Deposito in funzione di garanzia*", *cit.*, p. 8. Cfr. anche A. Galasso e G. Galasso, voce "*Deposito*", in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, vol. V, Torino, UTET, 1989, p. 266, per l'invito a tener conto delle pattuizioni specifiche del caso concreto, senza schematismi precostituiti.

tro possono essere alternativamente destinatari della prestazione di restituzione da parte del depositario: il deposito può essere così a favore del terzo, quando questi si rivela il destinatario finale della prestazione del depositario, ovvero solo nell'interesse del terzo in conformità alla previsione dell'art. 1773 c.c., quando la restituzione deve avvenire, una volta verificatesi determinate condizioni, a favore del depositante, con ciò realizzandosi, per effetto della restituzione, anche gli interessi del terzo.

In entrambi i casi tuttavia, sul piano strutturale, la fattispecie assume una dimensione più complessa rispetto alla figura tradizionale di deposito, in considerazione del concorso di interessi terzi.

Entrambe le figure possono assolvere ad una funzione di garanzia; più precisamente, il deposito può assolvere ad una serie di ulteriori finalità pratiche, tra cui, frequentemente, l'adempimento da parte del depositante di un obbligo verso il terzo destinatario della restituzione.

In tal caso, tuttavia, lo scopo di garanzia tende a sfumare poiché la consegna al terzo costituisce adempimento non solo dell'obbligazione restitutoria *ex deposito* del depositario, ma anche di un'ulteriore obbligazione che trova la propria fonte in altro titolo²⁸.

Il deposito in funzione di garanzia è quindi in grado di assolvere anche una funzione solutoria, consentendo l'adempimento di un diverso, preesistente rapporto obbligatorio tra terzo e depositante, sulla cui esecuzione è destinato ad incidere.

In tale ipotesi, tuttavia, è necessario individuare il momento esatto in cui si ha per adempiuta l'obbligazione del depositante verso il terzo: la rilevanza del deposito nei confronti di tale rapporto non risulta infatti dal deposito stesso, ma da separati accordi tra debitore-depositante e terzo-creditore, ove il deposito è considerato per il suo ruolo strumentale.

In questo contesto l'incidenza sul preesistente rapporto può essere determinata dall'avvenuta esecuzione dell'obbligo di restituzione *ex deposito* ovvero dal contratto di deposito in sé, essendo sufficiente la sua semplice conclusione per incidere sul rapporto base; le parti cioè possono alternativamente stabilire che l'obbligazione originaria sia adempiuta attraverso la restituzione ovvero attraverso l'avvenuto deposito, per cui dall'una o dall'altra consegue la liberazione del depositante-debitore.

3. Il profilo da ultimo menzionato assume particolare rilevanza al fine di stabilire a chi faccia carico, tra il depositante e il terzo, la sopportazione del rischio del perimento della *res deposita*.

²⁸ Cfr. F. Mastropaolo, *Il deposito*, cit., p. 223, per l'accostamento con gli istituti della *datio in solutum* o della cessione del credito *solvendī causa*.

Al riguardo è noto l'autorevole, seppur non recente, dibattito che si è sviluppato in dottrina a seguito di una risalente sentenza della Corte di Cassazione²⁹.

In conseguenza di tale dibattito furono delineati i contorni della figura, che tuttora influenzano la riflessione sul tema³⁰.

La fattispecie concreta dedotta in giudizio riguardava la compravendita di un immobile appartenente a minorenni, concluso sotto condizione dell'ottenimento dell'autorizzazione giudiziale e con deposito temporaneo del prezzo presso il notaio rogante, il quale, a seconda del buon fine o meno del procedimento, avrebbe dovuto rispettivamente versare la somma al venditore ovvero restituirla al compratore; se nonché, sopraggiunta l'autorizzazione, fu scoperto che il notaio si era appropriato del denaro a lui affidato, tradendo la fiducia accordatagli dalle parti, ed il venditore di conseguenza non ricevette il pagamento dovuto.

I primi commentatori della decisione affrontarono l'argomento secondo l'impostazione tradizionale, cioè andando ad identificare il titolare della *res deposita* al fine di individuare il soggetto a cui dovesse far carico la sopportazione del rischio del perimento della cosa, in conformità al principio *res perit domino*.

Il Codice dell'epoca non disciplinava il deposito irregolare, per cui, pur trattandosi di deposito di denaro, si poneva il problema di definire se il denaro consegnato al depositario dovesse ancora considerarsi o meno, all'atto del deposito, di proprietà del depositante-acquirente.

La stessa Corte risolse la controversia fondando la decisione sul citato criterio della titolarità, ritenendo che il denaro depositato non poteva considerarsi entrato a far parte del patrimonio degli alienanti fin dal giorno della stipulazione del deposito.

Si coglie tuttavia nelle riflessioni degli autorevoli commentatori l'intuizione che il criterio della titolarità non poteva essere efficacemente utilizzato per dare soluzione al problema³¹.

E' irrilevante la discussione in merito alla appartenenza o meno al deponente del denaro depositato, mentre assume rilievo decisivo l'intento pratico dei contraenti e quindi la destinazione funzionale del deposito alle finalità di garanzia; non la titolarità come criterio discriminante bensì la concreta funzione negoziale e quindi la destinazione della *res deposita* al soddisfacimento della funzione di garanzia³².

Tale riflessione, pur segnalando un metodo, non è tuttavia sufficiente ad individuare la soluzione in quanto sotto il generico termine di deposito in funzione di garanzia si cela un compendio di operazioni negoziali che, pur accomunate in senso

²⁹ Cass., 15 gennaio 1937, n. 123, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476 ss., con nota di R. Nicolò, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*.

³⁰ La sentenza e le sue reazioni in dottrina sono oggetto di ampia disamina in G. Grisi, *op. cit.*, p. 136 ss.

³¹ In questo senso R. Nicolò, *op. cit.*, c. 1479, quando afferma che, trattandosi di denaro, non si può parlare di perimento della cosa.

³² Per approfondimenti su questa impostazione di studio del fenomeno, sia consentito rinviare a R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione, cit., passim*, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

lato dalla funzione, si distinguono per le concrete modalità operative ed effettuali, in considerazione della diversità degli intenti pratici perseguiti dai contraenti.

Se il deposito prevede che la restituzione della *res deposita* possa avvenire, come di regola, solo a favore del depositante, adottando lo schema previsto dall'art. 1773 c.c., il contratto è chiamato ad assolvere, attraverso la ritenzione esercitata dal depositario fino all'ottenuto consenso del terzo, una funzione di coercizione indiretta all'adempimento³³; qui il deposito costituisce pertanto uno strumento di autotutela privata consensuale.

Tale funzione è analoga sia che la cosa ritenuta dal depositario sia quella dovuta dal depositante al terzo creditore, sia che si tratti di cosa diversa; come pure la stessa funzione non è alterata dalla natura regolare o irregolare del deposito: in caso di deposito regolare, il terzo creditore potrà agire esecutivamente anche sul bene depositato, mentre in caso di deposito irregolare, potrà pignorare il credito del depositante alla restituzione³⁴.

La funzione di garanzia in questione non elude le usuali procedure di ricorso al processo esecutivo da parte del creditore-terzo in caso di inadempimento da parte del debitore-depositante; al contrario, contribuisce al loro buon esito, poiché permette di conservare il bene fuori dalla disponibilità materiale del debitore, evitando rischi di dispersione o sottrazione all'azione esecutiva.

Si determina comunque un miglioramento nella posizione del creditore, agevolato nel ricorso all'esecuzione forzata per l'avvenuto isolamento della "*res deposita*" dal resto del patrimonio del debitore.

Siamo quindi in presenza di una ritenzione semplice, opponibile ai terzi, per alcuni Autori anche durante la fase di esecuzione³⁵.

L'effetto di ritenzione incide sulla consegna della *res deposita* nel caso di deposito regolare, mentre rende inesigibile il credito del depositante alla restituzione del *tantumdem* in caso di deposito irregolare.

Ovviamente, il terzo è tenuto a prestare il consenso quando si verifichino invece determinati eventi, in particolare l'adempimento del debitore: in caso contrario, infatti, il suo potere interdittivo della consegna non sarebbe giustificato e si risolverebbe in un illecito a danno del depositante, i cui beni rimarrebbero "bloccati" presso il depositario³⁶.

³³ Questo aspetto è efficacemente messo in risalto da V. Napoletano, E.M. Barbieri, M. Novità, *I contratti reali*, cit., pp. 226-227, attraverso esempi che chiariscono l'interesse del terzo ad una «immobilizzazione» delle cose oggetto di deposito. Si percepisce, al fondo, una funzione latamente cautelare ascrivibile alla figura di deposito in esame.

³⁴ G. Grisi, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 279 ss.

³⁵ In questo senso F. Semiana Bignardi, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, p. 322 ss. E, seppure più limitatamente G. Buongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 70 ss.

³⁶ Cfr. M. Gorgoni, voce "*Deposito in funzione di garanzia*", cit., p. 8, che parla di valutazione *ex fide bona* del veto opposto dal terzo. Questo rischio spiega il dissenso di A. Dalmartello e G.B. Portale, voce "*Deposito (diritto vigente)*", cit., p. 267 - e ancor prima di U. Majello, *Il deposito nell'interesse del terzo*, cit., p. 324 -

Diverse sono le modalità operative in caso di deposito a favore del terzo secondo la generale figura prevista dall'art. 1411 c.c.: a tal riguardo bisogna distinguere l'ipotesi in cui la cosa depositata costituisca l'oggetto dell'obbligazione assunta nel contratto collegato (caso *a*), da quella in cui la *res deposita* sia diversa dalla cosa dedotta in obbligazione principale (caso *b*).

a) Più frequente è la prima ipotesi, ove il deposito è sovente costituito da una somma corrispondente al prezzo di una compravendita condizionata, collegata al deposito, ove l'evento condizionante determina l'individuazione del soggetto avente diritto alla restituzione.

In tal caso quindi il depositario deve effettuare la restituzione a favore dell'avente diritto, determinato a seguito dell'evento condizionante.

Giova precisare che in questo caso solo la vendita è condizionata e non il deposito, poiché l'evento condizionante non incide sull'efficacia del deposito ma soltanto sulla identificazione dell'avente diritto alla restituzione: siamo in presenza di una obbligazione soggettivamente alternativa dal lato attivo³⁷.

Se il deposito è costituito da beni fungibili non individuati, una volta verificatasi la condizione, il creditore può rivolgersi al depositario, quale debitore *ex deposito*, ovvero al depositante, quale debitore *ex vendita*, con un effetto analogo a quello dell'accollo cumulativo, per cui al debitore del prezzo in forza della vendita si aggiunge il debitore della restituzione nascente dal deposito. In generale, quindi, può dirsi che nel deposito a favore di terzo della cosa dovuta la funzione di garanzia si sostanzia nella duplicazione delle posizioni debitorie³⁸.

Per effetto del collegamento negoziale l'adempimento di un obbligo di consegna estingue anche l'altro, quantomeno nei confronti del venditore.

Se l'atto di deposito è stato convenuto con il venditore come mezzo esclusivo attraverso il quale realizzare l'adempimento, il debitore *ex vendita* è liberato e non può essere chiamato a rispondere in caso di mancato adempimento del depositario all'obbligo di consegna al terzo-venditore: si ha allora un'ipotesi di accollo liberatorio della obbligazione di consegnare, fondato sulla volontà, condivisa ed accettata dal venditore-creditore, di attribuire al deposito funzione solutoria³⁹.

Quando invece la cosa dovuta depositata è un bene infungibile, con il verificarsi della condizione il debitore-acquirente è liberato, in quanto la controparte acquista,

dalla tesi qui accolta, poiché finirebbe per lasciare al terzo un "potere illimitato di paralizzare, eventualmente all'infinito, il diritto del depositante alla restituzione".

³⁷ U. Majello, *Il deposito nell'interesse del terzo*, cit., p. 325; V. Napoletano, E.M. Barbieri, M. Novità, *I contratti reali*, cit., p. 222 ss.

³⁸ Tuttavia non si può nascondere il fatto che la funzione di garanzia va poi ad assumere connotati diversificati in relazione alle caratteristiche della prestazione oggetto dell'obbligazione garantita. Sul punto si veda anche G. Grisi, *op. cit.*, pp. 341, 355, 377.

³⁹ G. Grisi, *op. cit.*, p. 341 ss.

in forza del contratto di scambio, la proprietà della *res deposita* ed il diritto di ottenerne la consegna dal depositario detentore.

Se l'avente diritto alla restituzione ha convenuto sul deposito, l'obbligo di consegna farà carico al solo depositario, altrimenti, qualora manchi il suo consenso, il terzo-venditore conserva il diritto di agire nei confronti del compratore-depositante, dando luogo ad una obbligazione soggettivamente complessa caratterizzata, allo stesso tempo, da solidarietà (art. 1292 c.c.) e da sussidiarietà, replicando così lo schema caratteristico della "*fideiussio indemnitis*"⁴⁰.

Il caso tipico è quello in cui al depositario venga consegnato il mezzo di pagamento convenuto, ad esempio un assegno bancario circolare determinato, intestato al venditore, da consegnare al medesimo una volta verificatosi l'evento dedotto in contratto.

In tal caso, *qualora depositante sia l'acquirente, con la verifica dell'evento l'assegno spetta al venditore e a lui farà carico l'eventuale inadempimento del depositario*, così come nel caso in cui il deposito sia effettuato dal venditore, in quanto l'assegno è già stato a lui consegnato dall'acquirente, in pagamento del prezzo convenuto; se invece la perdita dell'assegno si verifichi prima della verifica dell'evento convenuto, questa farà carico al depositante acquirente e il venditore rimarrà creditore del prezzo.

b) Tuttavia può accadere che il deposito a favore di terzo in funzione di garanzia abbia ad oggetto una cosa diversa da quella dovuta.

In questa ipotesi si può parlare di garanzia solo in senso lato laddove il deposito è in realtà preordinato ad una *datio in solutum*; in tal caso con la restituzione si estingue una obbligazione attraverso la dazione di cosa diversa da quella dedotta originariamente in obbligazione principale⁴¹. La fattispecie va valutata con attenzione per le possibili interferenze con il divieto del patto commissorio, soprattutto nel caso in cui la dazione in pagamento sia condizionata al mancato adempimento dell'obbligazione principale⁴².

Il deposito può invece essere costruito anche in tali casi come chiaramente preordinato alla garanzia, ma qui non assolve in via diretta tale funzione bensì svolge un ruolo strumentale alla costituzione di una garanzia tipica, essendo funzionale alla costituzione di un pegno⁴³.

Infatti, in caso di deposito regolare di cosa non dovuta, l'intenzione delle parti è normalmente quella di consentire che la cosa depositata venga costituita in pegno a

⁴⁰ G. Grisi, *op. cit.*, p. 375.

⁴¹ G. Grisi, *op. cit.*, p. 379 ss.

⁴² L'analisi di questa distinta problematica esorbita i limiti del presente lavoro, perciò sia sufficiente ricordare l'ampiezza con cui i giudici tendono ad applicare il divieto, facendo leva sulla sua natura materiale e sulla sua – peraltro sempre discussa – *ratio*, non trovando a ciò ostacolo di fronte a configurazioni negoziali di tipo indiretto, come potrebbe essere quella qui esaminata.

⁴³ G. Grisi, *op. cit.*, p. 380.

garanzia dell'adempimento della collegata obbligazione principale; il pegno nasce a seguito della restituzione della cosa depositata al creditore da parte del depositario.

Ma anche se il deposito è irregolare la ricostruzione più convincente è quella di un pegno sul credito alla restituzione; non siamo più in presenza di un deposito a favore del terzo ma di un normale deposito, ove è prevista la restituzione al depositante correlativa alla costituzione in pegno del credito di restituzione a favore del venditore.

In questi casi si può tuttalpiù parlare, come è stato affermato, di deposito con «funzione di garanzia (non del credito, ma) della garanzia», cioè del pegno⁴⁴.

Il deposito può essere anche qui un mezzo di autotutela convenzionale passiva, attuata attraverso un diritto di ritenzione del creditore in virtù della consegna, a lui effettuata, di cosa diversa da quella dovuta.

L'effetto restitutorio è quiescente fino all'avvenuto adempimento da parte del debitore e quindi, di fatto, esercita una induzione all'adempimento.

L'effetto è simile a quello, già evidenziato in precedenza, del deposito nell'interesse del terzo *ex art. 1773 c.c.*; qui tuttavia la ritenzione può essere effettuata dallo stesso creditore cui la cosa è stata consegnata.

Si tratta di un meccanismo anomalo di garanzia, ma che determina un oggettivo rafforzamento della posizione del creditore, in quanto il debitore è privato, fino all'adempimento, del potere di fatto sulla cosa⁴⁵.

La ritenzione può anche essere esercitata indirettamente per il tramite del depositario; in tal caso il creditore-terzo *ex art. 1411 c.c.* acquista il diritto alla consegna verso il depositario-promittente ed il diritto di ritenzione verso il debitore-stipulante.

La soddisfazione delle ragioni del creditore può ottenersi solo attraverso l'attivazione delle ordinarie azioni esecutive e in questo senso il deposito non offre particolare ausilio; tuttavia il creditore, detentore diretto o mediato della cosa, dispone di un efficace strumento di pressione sul debitore che voglia tornare in possesso della cosa stessa; l'effetto è quello della coercizione indiretta, propria del diritto di ritenzione.

4. Il limite di utilizzabilità della figura sta nell'assetto di tutela che l'ordinamento riconosce ai possibili destinatari della restituzione nel caso in cui il depositario venga meno alla fiducia in lui riposta, disponendo dei beni a lui affidati, ovvero i beni in questione vengano fatti oggetto di azioni esecutive da parte dei creditori personali del depositario.

⁴⁴ G. Grisi, *op. cit.*, p. 387.

⁴⁵ E ciò sia che la situazione del creditore sia configurabile come detenzione, sia che gli si voglia riconoscere il possesso della cosa, come prospettato da G. Grisi, *op. cit.*, p. 401 ss.

Si pone quindi il problema di verificare, nell'attuale assetto normativo, la rilevanza dell'interesse dei terzi, destinatari della restituzione, nei confronti di eventuali creditori o aventi causa del depositario.

In particolare, la prima questione rimane quella già esaminata nella più volte citata sentenza del 1937 e cioè l'individuazione del soggetto su cui grava il rischio di un eventuale inattuazione da parte del depositario dell'obbligo di restituzione, anche dovuto a causa a lui non imputabile.

Il principio generale *res perit domino* potrebbe indurre a ritenere che la questione vada risolta attraverso il criterio della titolarità, per cui il rischio grava sul proprietario della *res deposita*, con la conseguenza che se con il deposito si è realizzato anche l'effetto traslativo in capo al depositario, il rischio farà a lui carico, anche se l'inattuazione è dovuta a caso fortuito, mentre se il depositario non ha acquistato la proprietà sembrerebbe doversi far gravare il rischio sul depositante, in quanto proprietario, anche se esso non necessariamente coincide con l'avente diritto alla restituzione della *res deposita*.

Ma "titolare" è quindi il depositante o l'avente diritto alla restituzione?

Si tratta di una mera *quaestio facti*, da indagare in relazione al caso concreto, oppure è necessario tener conto – soprattutto nel caso, più frequente e problematico, di deposito di una somma di denaro – che su di essa si appuntano degli interessi concorrenti, per cui la stessa è temporaneamente sottratta, in funzione della sua destinazione, all'esercizio delle prerogative proprietarie e conseguentemente ai rischi connessi a tale titolarità?

Questa seconda prospettiva appare più rispondente all'effettiva volontà dei contraenti⁴⁶.

I creditori degli eventuali, alternativi, aventi diritto alla restituzione potranno quindi agire sul credito restitutorio vantato dal loro debitore, qualora si concretizzino i presupposti, ancora incerti, che sciolgono l'alternativa ed individuano con certezza l'avente diritto alla restituzione.

L'azione quindi potrà essere promossa ma potrà avere attuazione solo una volta rimossa l'incertezza soggettiva relativa all'avente diritto alla restituzione.

La *res deposita* resta quindi, finché perdura l'incertezza, indisponibile alle ragioni dei creditori⁴⁷; né i creditori particolari del depositario potranno agire sulla *res deposita*: non tanto perché lo stesso, salvo situazioni eccezionalmente previste dalla legge, è mero detentore dei beni depositati, ma anche perché, in ogni caso, si tratterebbe di una titolarità nell'interesse altrui, al pari di quella del mandatario, a cui quindi potrà applicarsi il disposto dell'art. 1707 c.c., secondo il quale i creditori personali

⁴⁶ Sia consentito rinviare ancora a R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione*, cit., p. 107 ss.

⁴⁷ Ciò, si ribadisce, nelle ipotesi di deposito con scopo di garanzia e, al contempo, a favore di terzo: l'attesa dei creditori degli aventi diritto alla restituzione sarebbe infatti mero riflesso dello stato di pendenza incidente anche sul piano della titolarità del diritto oggetto di azioni cautelari o esecutive.

del mandatario e quindi, nel nostro caso, del depositario, non possono far valere le loro ragioni sui beni del mandatario e quindi, nel nostro caso, sulla *res deposita*.

L'analogia con la situazione disciplinata dall'art. 1707 c.c. anzi induce a ritenere che le suddette considerazioni valgono pure e a maggior ragione nelle ipotesi di deposito traslativo, ove cioè, in presenza dei presupposti di legge, il depositario acquista la proprietà dei beni depositati, che tuttavia costituisce sempre una titolarità nell'interesse altrui, per cui i beni restano vincolati alla destinazione restitutoria ed al dovere di conservazione che costituisce requisito funzionale essenziale al contratto di deposito⁴⁸.

Sembrerebbe quindi crearsi una situazione analoga a quella conseguente alla costituzione di un *trust* ove i creditori del *trustee* non possono agire sul *trust fund*, in considerazione dell'altruità dell'interesse cui la proprietà del *trustee* è funzionalizzata, né possono farlo i creditori del *settlor* e dei beneficiari, potendo soltanto agire sul credito restitutorio degli aventi diritto, siano essi i beneficiari del trust o altri soggetti ivi individuati.

Il ricorso a figure tipicamente vocate alla segregazione patrimoniale potrebbe quindi apparire superfluo.

Né la natura fungibile dei beni giustifica una diversa soluzione.

Anche per quanto attiene infatti al regime della titolarità si deve rilevare che lo stesso non è influenzato dalla natura dei beni bensì dalla funzione negoziale su cui le parti convengono, ciò nonostante l'arretratezza, in termini di tutela, del regime circolatorio dei beni fungibili rispetto alle *res certae*, quantomeno sul piano del diritto comune⁴⁹.

Il regime di appartenenza infatti, nelle singole figure di deposito, è determinato dalla regola contrattuale fissata dai contraenti e non da regole legali indotte dalla natura dei beni.

È vero che, rispetto alla regola generale per cui il contratto di deposito attribuisce all'*accipiens* la mera detenzione, ciò vale incontrovertibilmente per i beni fungibili individuati, mentre, quando i beni fungibili vanno a confondersi con altri dello stesso genere già appartenenti al depositario, gli effetti negoziali debbono confrontarsi con la disciplina della confusione, così come prevista dall'art. 939 c.c.⁵⁰.

Il disposto dell'art. 939 c.c. può determinare una alterazione del regime di appartenenza, concomitante con il fenomeno oggettivo della confusione, ma la mescolan-

⁴⁸ Si apprezzino a tal proposito le argomentazioni svolte da Cass., sez. I, 21 maggio 1999, n. 4943, in *Le società*, 1999, p. 1330 ss., con nota di R. Rordorf, *Separazione patrimoniale ed azione di responsabilità nelle società fiduciarie*: il caso è particolare poiché riguarda una società fiduciaria, ma i principi espressi dalla sentenza con riferimento alla "proprietà del mandatario" ed alla opponibilità ai suoi creditori da parte degli effettivi titolari possono essere ben trasposti al caso del deposito fiduciario o con funzione di garanzia.

⁴⁹ R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione*, cit., p. 134 ss.

⁵⁰ Cfr. ancora R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione*, cit., p. 48 ss.

za separabile consente la conservazione di proprietà distinte su elementi non individuati né attualmente identificabili⁵¹.

La condizione di separabilità consente il mantenimento delle preesistenti situazioni di appartenenza, per cui il tutto costituisce una cosa, ma le sue parti costituiscono il bene in senso giuridico; né a diverse conclusioni deve giungersi se la confusione riguarda cose della stessa natura.

I creditori quindi potranno agire sui beni del loro debitore così come lo stesso debitore, in quanto proprietario, conserverà la piena legittimazione a disporne e ciò senza che la vigenza del rapporto conseguente al contratto di deposito ne influenzi la tradizionale operatività.

A ben vedere, tuttavia, nel concreto atteggiarsi della fattispecie tale rigorosa impostazione entra in crisi.

Il deposito in funzione di garanzia, infatti, anche laddove abbia ad oggetto denaro o altri beni fungibili, determina un effetto traslativo in capo al depositario solo ove allo stesso sia attribuita la facoltà d'uso, mentre l'eventuale confusione con altri beni della medesima specie già del depositario non determina, in mancanza di detta facoltà, la perdita della titolarità dei beni da parte del depositante⁵².

In questo senso orienta l'art. 939 c.c. secondo il quale l'unione o la commistione, cui si riconduce la confusione dei solidi, non determinano l'alterazione del regime di appartenenza quando i beni uniti o mescolati sono separabili senza notevole deterioramento, evidenziando come la proprietà distinta è un *prius* rispetto alla separazione; tant'è che vi è chi in questo caso ha ammesso la configurabilità di una proprietà distinta che si incardina su elementi non individuati né attualmente identificabili, arrivando a parlare di una "proprietà per quantità"⁵³.

Rileva quindi la regola contrattuale - la facoltà d'uso - più che la regola legale indotta dalla condizione dei beni - l'avvenuta confusione.

Non è qui possibile affrontare in senso critico, evidenziandone le incongruenze, la prospettata ricostruzione della disciplina fondata esclusivamente sul criterio della titolarità⁵⁴.

Basti tuttavia segnalare in questa sede come la recente introduzione dell'art. 2645-ter c.c., pur collocata nell'ambito della disciplina della trascrizione, ha riconosciuto la generale rilevanza, nel nostro ordinamento, dei vincoli di destinazione e la loro opponibilità, in presenza di determinate condizioni, nei confronti dei terzi, senza che tale effetto debba ritenersi limitato ai beni immobili⁵⁵.

⁵¹ Cfr. in particolare i rilievi di A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. VIII, t. 2, Milano, Giuffrè, 1995, p. 831 ss., con riguardo ai beni fungibili

⁵² R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione*, cit., p. 89 ss.

⁵³ R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione*, cit., p. 77 ss. Cfr. ancora A. Gambaro, *loc. ult. cit.*

⁵⁴ Si rinvia ancora a R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione*, cit., p. 134 ss.

⁵⁵ R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione*, cit., p. 120 ss.

La destinazione dei beni depositati ad un funzione di garanzia potrebbe quindi costituire il criterio di riferimento, alternativo alla titolarità, mediante il quale risolvere il problema della efficacia del deposito nei confronti dei terzi creditori o aventi causa.

Il deposito fiduciario assurge quindi a figura paradigmatica per misurare la rilevanza generale e l'opponibilità dei vincoli di destinazione, anche se riferiti a beni mobili e per evidenziare la vitalità del deposito in funzione di garanzia e le sue ampie possibilità di utilizzazione.

5. Nel deposito di beni fungibili è tendenzialmente ricompreso, pur con le sue specificità, anche il denaro, sia se considerato come cosa corporale sia se considerato in termini di ricchezza monetaria espressa in disponibilità costituite da crediti a vista o, come talvolta definiti, crediti disponibili; il denaro anzi sembra costituire il paradigma legislativo di cosa fungibile, secondo l'endiadi, frequentemente utilizzata, "il denaro ed altre cose fungibili"⁵⁶.

Il deposito di denaro nell'inclusivo senso sopra evidenziato, evidenzia come la regola proprietaria è misurata sul concetto di disponibilità che, per alcuni, qualifica e conforma lo statuto proprietario del denaro⁵⁷.

La riconduzione al paradigma proprietario dei beni fungibili e segnatamente del denaro, evidenzia alcune criticità nella definizione dei meccanismi di tutela, tant'è che, nell'ambito delle gestioni di valori mobiliari, la legislazione speciale tende a tutelare gli interessi dei soggetti coinvolti attraverso meccanismi di separazione patrimoniale⁵⁸ assegnando, significativamente, disciplina uniforme al denaro contante e alla moneta scritturale.

L'investitore viene riconosciuto titolare di un patrimonio distinto da quello del gestore che lo detiene e degli altri suoi clienti, espressamente escludendo che su tale patrimonio possano essere consentite azioni da parte dei creditori del gestore o di altri investitori né dell'eventuale depositario dei beni fungibili affidati⁵⁹.

I valori affidati sono sottratti alle pretese dei creditori del gestore e, se diverso, del depositario, mediante l'adozione di meccanismi volti a consentire la costante tracciabilità rispetto ai beni del detentore.

⁵⁶ In relazione al denaro in alcuni casi si perviene invece a soluzioni che sembrano negare la logica dell'appartenenza, escludendo la possibilità di una proprietà sul denaro, riducendosi essa al potere di disporre o all'inclusione in un determinato patrimonio; così, da ultimo, I.A. Caggiano, *Il denaro tra proprietà e credito: le logiche dell'appartenenza*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 509.

⁵⁷ Si pensi in questo senso all'accreditamento di una somma in un conto bancario, ormai considerata consegna, nell'ambito del contratto di mutuo, il giroconto, ormai considerato un mezzo normale di pagamento, l'atto di disposizione del correntista il cui oggetto non viene individuato nel credito ma direttamente nelle somme di denaro poste a disposizione.

⁵⁸ I.A. Caggiano, *cit.*, p. 518.

⁵⁹ V. ancora Cass., sez. I, 21 maggio 1999, n. 4943, *cit.*

Resta incerto, o forse irrilevante, se la separazione rilevi esclusivamente sul piano della limitazione della responsabilità patrimoniale e della mera opponibilità delle situazioni soggettive ovvero se consegua ad una previa definizione del regime di imputazione e titolarità⁶⁰.

La distinzione patrimoniale è affidata ad un idoneo sistema contabile, in cui l'annotazione scritturale costituisce sufficiente indice di individuazione e quindi di opponibilità.

Ciononostante, la giurisprudenza tende ad escludere l'esperibilità, in sede concorsuale, della tutela *rei persecutoria* ex art. 103 l.f., con riferimento ai beni fungibili individuati solo nel genere⁶¹.

La Corte sembra tuttavia obliterare il requisito della concessione della facoltà d'uso come elemento rilevante alla realizzazione dell'effetto traslativo, mentre sembra sopravvalutare il criterio della confusione, elevandolo a criterio sufficiente a determinare il regime proprietario.

La Corte tende infatti ad affermare che, qualora le regole di separazione dei patrimoni fissate dalla legislazione speciale non trovino rispondenza nella realtà, per avvenuta confusione tra il patrimonio affidato e quello dell'affidatario, è giocoforza ammettere che ai clienti altro non residua che un diritto di credito che, in quanto tale, è destinato a concorrere con gli altri crediti vantati da terzi verso il medesimo debitore.

In altri casi la Corte afferma che le cose fungibili che non siano individuate entrano nella disponibilità di chi le riceve, il quale acquista il diritto di servirsene e, appunto per questo, ne diventa proprietario, pur essendo tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità⁶².

I giudici richiamano espressamente la regola fissata dall'art. 1782 c.c., il quale precisa che il passaggio della proprietà dal depositante al depositario non costituisce una conseguenza indefettibile della fungibilità delle cose depositate, poiché tale ef-

⁶⁰ I.A. Caggiano, *cit.*, p. 520.

⁶¹ Cfr. ad es. Cass., sez. I, 28 febbraio 2011, n. 4813, in *Fallimento*, 2011, p. 1244 ss.; Cass., sez. I, 12 settembre 2008, n. 23560, *ivi*, 2009, p. 620 ss.; Cass., sez. I, 12 febbraio 2008, n. 3380 (testo tratto da *Pluris online*); Cass., sez. I, 11 marzo 2005, n. 5383, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2031 ss., con nota di F.S. Costantino, *Brevi note sui crediti dei clienti degli intermediari finanziari nelle procedure concorsuali*. Con specifico riguardo al denaro, cfr. poi Cass., sez. I, 18 ottobre 2001, n. 12718 (testo tratto da *Pluris online*).

⁶² Cass., sez. I, 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Foro it.*, 1998, I, c. 851 ss., con nota di M. Crisostomo e F. Macario, *Separazione e individuazione del patrimonio dei fiduciari nelle azioni reipersecutorie contro la società fiduciaria*, secondo la quale «[...] per l'acquisto della proprietà da parte di chi riceve in deposito una quantità di denaro o di altre cose fungibili, è pur sempre necessario che, alla semplice detenzione, si aggiunga (quantomeno implicitamente) la facoltà di servirsi di tale bene, non essendo la sua natura fungibile sufficiente, di per sé sola, a determinare il prodursi di tale effetto, mentre le società fiduciarie, non potendo disporre o, comunque, utilizzare nel proprio interesse i beni loro affidati, risultano, in concreto, mere depositarie di beni costituenti una massa patrimoniale distinta, a tutti gli effetti, dal loro personale patrimonio e, come tale, sottratta alle azioni esecutive degli eventuali creditori».

fetto si realizza solo se al depositario è concessa (anche) la facoltà di servirsi di tali beni nel proprio interesse, così che non può negarsi l'ammissibilità di un deposito regolare di beni fungibili che non siano stati individuati al momento della consegna.

In questo caso, tuttavia, la facoltà d'uso, pur considerata come elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva, viene, a causa della natura dei beni, presunta, con ciò quindi disinnescandone in concreto la valenza costitutiva della fattispecie che viene di fatto interamente affidata alla natura dei beni ed alla confusione patrimoniale che si determina.

Nella sentenza del 1997 la Corte fa propria l'affermazione che, a prescindere dalla legislazione speciale, già è possibile trarre dal nostro sistema normativo indicazioni sufficienti a giustificare la "separazione" dei valori mobiliari affidati al soggetto gestore anche in mancanza di una loro specifica individuazione; sempre che, s'intende, l'esistenza del rapporto fiduciario risulti da scrittura avente data certa anteriore al fallimento e sia inequivoca la riferibilità all'affidante dei valori affidati, sia pure in termini meramente quantitativi.

Nella ricorrenza di tali condizioni l'affidante può far valere anche nei confronti della curatela del fallimento dell'affidatario il diritto alla restituzione dei beni in precedenza affidati a tale società: a giustificare l'accoglimento delle domande proposte sulla base dell'art. 103 l. fall., è sufficiente, sostengono contraddittoriamente i giudici, la dimostrazione che si è determinata una situazione idonea ad impedire che la cosa della quale si reclami la restituzione si sia confusa nel patrimonio del fallito entrando a far parte dei beni oggetto di sua proprietà.

Non può infatti negarsi che, perché si realizzi una situazione siffatta rispetto alle cose fungibili, non rileva tanto che la cosa sia determinata nella sua specifica e precisa individualità, in quanto – scrivono i giudici - «per l'acquisto della proprietà da parte di chi riceve in deposito una quantità di danaro di altre cose fungibili, è necessario che a tale soggetto sia concessa (quanto meno implicitamente) la facoltà di servirsene, non essendo la natura fungibile del bene consegnato, di per sé sufficiente a determinare il prodursi» dell'effetto traslativo.

Appare evidente quindi, dalle numerose contraddizioni emergenti nelle stesse decisioni giurisprudenziali, come la definizione dei criteri attributivi della titolarità non sia sempre, quantomeno in fatto, coerente con il sistema.

Si pone quindi un duplice problema: in primo luogo verificare se esistono, nel nostro ordinamento, delle regole tali da configurare, senza alcuna ulteriore sovrastruttura, il contratto di deposito e la sua attuazione in maniera tale che la funzione di conservazione e le situazioni giuridiche soggettive dal contratto promananti possano essere opponibili ai terzi, in tal modo ponendo al riparo, o quantomeno rafforzando, la tutela del depositante e dell'avente diritto alla restituzione rispetto ad eventuali infedeltà del depositario ovvero nei confronti di eventuali azioni promosse dai creditori di quest'ultimo, ed al tempo stesso rendere la *res deposita* insensibile ad eventuali aggressioni da parte dei creditori del depositante o dell'eventuale terzo

avente titolo alla restituzione, almeno fino al momento in cui non sia definito il soggetto che ha diritto alla restituzione.

In secondo luogo, qualora la disciplina del deposito non consenta di pervenire a soluzioni convincenti, verificare se sia possibile collegare al deposito un vincolo di destinazione che consenta di rafforzare le suddette esigenze di opponibilità e di insensibilità della *res deposita* alle istanze dei creditori e degli aventi causa dei vari soggetti in gioco.

La regola contrattuale dovrebbe quindi, nel rispetto del dato legale, definire le regole di opponibilità e di conseguente responsabilità, prevalendo quindi sulla regola proprietaria.

Con particolare riguardo al secondo profilo della questione sopra evocata - e cioè l'ammissibilità di un vincolo di destinazione di fonte negoziale che, in aggiunta al contratto di deposito e strumentale ad esso, afferisca alla *res deposita* e consenta di farne, in virtù della specifica destinazione, un patrimonio separato sia nei confronti del depositante che nei confronti del depositario - basti qui segnalare, senza addentrarsi oltre nella discussa vicenda del *trust* interno, che non è condivisibile quell'orientamento dottrinario che insiste ad affidare ad un istituto necessariamente regolato da un diritto straniero, artificiosamente adottato, le sorti della propria volontà negoziale e degli interessi che si intendono realizzare: o il nostro ordinamento non attribuisce cittadinanza a tali interessi o, tra regola legale e regola di autonomia, tali interessi possono essere realizzati attraverso strumenti di diritto interno, da rinvenire nel sistema ordinamentale coniugato con un misurato uso dell'autonomia privata⁶³.

Escluso quindi che la prospettata esigenza di separazione funzionale possa essere soddisfatta attraverso l'uso del *trust*, il problema si circoscrive alla verifica della possibilità di associare al deposito un vincolo di destinazione di fonte negoziale che consenta di pervenire al risultato prefigurato.

Il riferimento al vincolo di destinazione evoca immediatamente il disposto dell'art. 2645-ter c.c. e la sua controversa portata.

Il richiamo può apparire immediatamente incongruo già sul piano meramente oggettivo in quanto tale disposizione disciplina la destinazione di beni immobili o

⁶³ Considerata la vastità e la complessità dell'argomento, sia qui consentito limitarmi a rinviare, per una più ampia riflessione sull'argomento, a R. Lenzi, voce "*Atto di destinazione*", in *Enc. dir.*, Annali vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 54 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti. A riprova che la tesi criticata nel testo sia insoddisfacente militano poi i segnali di insofferenza provenienti anche da parte dei giudici: cfr. la recentissima Trib. Monza, 13 ottobre 2015 (testo tratto da *Il caso.it*), che rifiuta di riconoscere un *trust* affermando testualmente che «[...] ragione ostativa al riconoscimento è che si tratta di un *trust* c.d. interno, dove l'unico elemento di internazionalità risiede nella legge applicabile: per il resto, i beni sono tutti situati in Italia, così come domicilio e residenza in Italia hanno il costituente, il *trustee* e il beneficiario. Vale allora l'art. 13 [della Convenzione dell'Aja 1 luglio 1985, ndr]: il *trust*, i cui elementi più importanti sono strettamente connessi con Stati che ignorano l'istituto, non può da questi venir riconosciuto».

mobili registrati, mentre il deposito è essenzialmente riferito ai beni mobili (art. 1766 c.c.).

Tuttavia, autorevole dottrina ha asserito che l'articolato assetto normativo formatosi intorno alla destinazione patrimoniale di fonte negoziale induce a ritenere che la destinazione costituisce espressione di un principio generale di idoneità dell'atto di autonomia a produrre il vincolo destinatorio, venendo così a profilarsi uno schema di negozio con effetti destinatori, suscettibile di impiego generalizzato⁶⁴.

L'art. 2645-ter c.c., nel fissare le regole di opponibilità del vincolo relativamente ai beni immobili e mobili registrati, costituisce espressione di tale principio e al tempo stesso conferma della sua sussistenza.

Sulla base di tali considerazioni non sembra quindi che vi siano ostacoli all'ammissibilità di un atto di autonomia che intenda imporre la destinazione a beni mobili, per i quali ovviamente dovranno individuarsi nell'ordinamento specifici indici di opponibilità del vincolo.

Recentemente la giurisprudenza di merito ha tuttavia ritenuto che la destinazione non può essere causa sufficiente di un atto di autonomia, bensì può soltanto accedere strumentalmente ad un altro negozio tipico o atipico, nei limiti di ammissibilità fissati dall'ordinamento⁶⁵.

Nel nostro caso sembra quindi consentito imporre alla *res deposita* un vincolo di destinazione coerente con la funzione negoziale adottata dai contraenti con il contratto di deposito, assicurandosi così l'opponibilità ai terzi della destinazione in questione.

I criteri di opponibilità relativi a beni mobili sono quelli tradizionali legati al possesso e all'atto avente data certa.

E' rimessa quindi all'autonomia privata la scelta tra l'adozione di una struttura a rilevanza meramente obbligatoria, ove l'attuazione degli interessi è rimessa alla prestazione del debitore, ovvero la costituzione di un vincolo gravante direttamente sui beni affidati ad soggetto attuatore.

In questo senso il deposito cd. fiduciario è particolarmente idoneo ad avvalersi del vincolo di destinazione, in quanto normalmente la sua funzione non si esaurisce nella custodia e conservazione ma si carica di profili gestori affidati al fiduciario depositario.

Sarebbe in questo senso da valutare, inoltre, l'operatività del criterio della surrogazione reale.

Il contratto di deposito appare quindi una interessante cartina di tornasole su cui misurare il superamento della tradizionale concezione statica del patrimonio, ipotizzato nel soggetto che ne è titolare, e muovere verso un ripensamento del concetto unitario di patrimonio, a fronte dell'emersione di nuove esigenze nell'utilizzazione dei beni.

⁶⁴ Cfr., da ultimo, G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 33 ss.

⁶⁵ Cfr. Trib. Trieste, Uff. Giudice Tav. (decr.), 22 aprile 2015 (testo tratto da *Il caso.it*)

6. La vicenda del deposito in funzione di garanzia offre un significativo banco di prova per avvalorare l'idea della polivalenza funzionale dei tipi legali, inalterata restando la loro identità.

Il connubio tra deposito e funzione di garanzia mette in luce l'operare di un fenomeno, sollecitato, all'interno degli spazi concessi all'autonomia privata, dai significativi mutamenti che investono il sistema delle garanzie e le strutture formali che quel sistema compongono, non più viste in una prospettiva statica fondata su schemi prefissati, ma pronte a soddisfare i nuovi interessi emergenti dalla realtà sociale attraverso un processo di adattamento dei modelli giuridici tipicamente predisposti dall'ordinamento⁶⁶.

Tale fenomeno è parte di un processo di sviluppo ed evoluzione dei tipi legali, diretto a produrre effetti tangibili sia all'esterno del sistema «per tipi», attraverso la proliferazione dei cosiddetti nuovi contratti, sia all'interno dello stesso, e non solo in direzione della trasformazione della disciplina legale del tipo o della creazione di nuovi sotto-tipi, ma anche in vista dell'approdo all'idea di polifunzionalità degli stessi tipi legali, inalterati nella loro identità: di questo dinamismo, il deposito in funzione di garanzia rappresenta una significativa, pur se non isolata, manifestazione⁶⁷.

E' inoltre figura paradigmatica per l'esame di altri due profili di grande attualità: la rilevanza generale e l'opponibilità dei vincoli di destinazione, anche se riferiti a beni mobili; lo spazio lasciato all'autonomia privata e quindi al contrattualista esperto, e la correlativa emersione di nuova responsabilità sotto il profilo della diligenza, nel costruire un articolato statuto normativo delle fattispecie negoziali per piegarle ad una più efficace ed incisiva realizzazione degli interessi in gioco, non solo attraverso la creazione di figure atipiche ma piuttosto attraverso una utilizzazione e quindi rivitalizzazione di figure tipiche arricchite di nuove funzioni.

Tanto basta per evidenziare la vitalità del deposito in funzione di garanzia e le sue ampie possibilità di utilizzazione, fra le quali merita ricordare la contrattazione in materia di immobili da costruire, in alternativa all'inadeguato modello legale di garanzia previsto dalla nuova normativa, rifacendosi invece a meccanismi già utilizzati con successo in ordinamenti a noi vicini, quale è quello francese⁶⁸.

⁶⁶ Sul punto si vada D. Messinetti, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783 ss.

⁶⁷ La letteratura che, da diversi versanti e con varie ottiche, si è proposta di indagare le linee di svolgimento di tale processo evolutivo, è ormai pressoché sterminata. Val bene, comunque, segnalare, per tutti, E. ROPPO, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 3 ss.; G. DE NOVA, *I nuovi contratti*, *ivi*, 1984, p. 653 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, *passim*; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, *passim*; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, Milano, 1923, p. 785 ss.

⁶⁸ Sul punto, cfr. Aa.Vv., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.Lgs. 122/2005 e prospettive*, Milano, *IlSole24Ore*, 2006, in particolare la relazione di G. Aricò, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire in Francia*, p. 160 ss.

Il credito bancario dal punto di vista della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

di Valerio Tavormina

SOMMARIO: 1. Il credito bancario in Italia. – 2. L'adesione italiana alla CEDU. – 3. Attività d'impresa e proprietà nella CEDU. – 4. CEDU e: a) usura. – 5. b) anatocismo. – 6. c) prescrizione

1. Qualsiasi attività umana, e quindi anche l'erogazione del credito bancario, può essere oggi considerata da tre punti di vista:

il primo punto di vista è quello del soggetto che la svolge ossia la banca;

il secondo punto di vista è quello degli altri soggetti che interagiscono con il primo e/o fra di loro, il cui insieme tutti chiamiamo società (anche se i più pensano di stare parlando di un mostro con tante teste, mentre solo alcuni - tra cui io - si rendono conto di stare parlando della semplice somma di individui e delle loro relazioni¹);

il terzo punto di vista è quello emerso a seguito di un plurisecolare degrado della società (purtroppo non rimediabile, almeno per i prossimi secoli) e cioè quello della (alfieriana²) pantarchia regolatoria del Governo, prima solo municipal-statale, ma ora anche europeo (e c'è chi sogna pure mondiale), che si è impadronito di tutte le chiavi della cella dell'uomo, lasciandolo libero in pratica soltanto di dire quello che pensa (ed anche qui, soltanto entro certi limiti) e lasciandogli solo una piccola parte delle ricchezze che ha imparato a produrre per sé e per gli altri.

Dal primo punto di vista, il credito bancario è un'attività come tante altre che, non essendo mirate alla lesione del patrimonio altrui (in senso lato, comprensivo cioè della persona), sono lecite e non andrebbero perciò ostacolate, nel loro svolgersi e nei loro risultati, in quanto manifestazioni di libertà e di accrescimento individuale.

Dal secondo punto di vista, si tratta di attività particolarmente meritoria perché convoglia risorse dal risparmio all'investimento ed al consumo sotto forma monetaria, ossia di massima fungibilità d'uso, moltiplicando con ciò stesso produzione e consumo per il numero di volte in cui sarebbe altrimenti necessario a tutti coloro

¹ Rothbard, *The Ethics of Liberty*, New York, 1998 (ristampa dell'originaria edizione del 1982, con nuova prefazione di Hoppe), 183 ss., 187.

² Pantarchia: "vocabolo recentemente adoperato da Vittorio Alfieri, per indicare il governo Francese all'epoca miseranda di Robespierre, di Marat, ec.", dice il *Dizionario etimologico di tutti i vocaboli usati nelle scienze, arti e mestieri che traggono origine dal greco compilato da Bonavilla Aquilino coll'assistenza del professore di lingua greca abate d. Marco Aurelio Marchi*, Milano, 1821. Io lo uso qui quale antònimio di anarchia in senso oggettivo ossia per designare una situazione nella quale l'intera lecita (ossia non lesiva del patrimonio altrui) attività umana è soggetta all'ingerenza regolatoria di terzi.

che richiedono prestiti rivolgersi ai singoli risparmiatori per raccogliere risorse. Anzi, nell'economia divenuta da un buon secolo della moneta di carta, "crea" addirittura risorse aggiuntive o, per meglio dire (dato che nulla si crea e nulla si distrugge), dirotta forzatamente all'investimento ed al consumo risorse aggiuntive rispetto al risparmio spontaneo.

Dal terzo punto di vista, basta dare un'occhiata alla nostra Costituzione del 1947, che tanta ispirazione ha tratto da quella sovietica del 1936, per rendersi conto che tra "doveri inderogabili di solidarietà... economica e sociale" (art. 2), presidiati dall'*obbligo* di tutti di "concorrere alle spese pubbliche" secondo "criteri di progressività" (art. 53) e trasformati dai giudici in arbitrario ed ondivago strumento di limitazione dei poteri e dei diritti dei privati³; "diritto al lavoro" per ciascuno (art. 4.1), con retribuzione "*in ogni caso sufficiente* ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36.1); "esame *di Stato* per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale" (art. 33.5); *diritto* al mantenimento per ogni cittadino, lavoratore o meno, che sia inabile al lavoro, malato, vecchio, disoccupato "involontariamente", inabile o minorato (art. 38.1-3); iniziativa economica libera, ma non "in contrasto con *l'utilità sociale*" ed anzi "indirizzata e coordinata a *fini sociali*" (art. 41.1,3); proprietà privata a "funzione sociale" (art. 42.2)⁴; possibilità di nazionalizzare "categorie di imprese" che erogano "servizi pubblici essenziali" (art. 43); è rimasto solo il fiato per "incoraggiare e tutelare" quel po' di risparmio che si riesce ancora a produrre e conservare, mentre il credito (e con esso il potenziamento degli investimenti e dei consumi che, nonostante ogni *wishful thinking* in contrario, ne dipendono) è oggetto solo di "disciplina, coordinamento e controllo" (art. 47).

Non che, a quest'ultimo proposito, le cose vadano meglio negli altri Paesi; ma almeno, se anche lì ci si serve del credito per ottenere risultati che nulla hanno a che vedere con il migliore impiego del denaro, resta meno sfacciata nella relativa attività la subordinazione della libertà di impresa e della proprietà privata a qualsiasi misura che venga proclamata di utilità sociale dai politici di turno, desiderosi di andare o restare al comando e perciò, se non già autonomamente propensi, allora costretti a cavalcare clientele che mistificano la realtà.

³ Per vari esempi di sovversione del quadro civilistico Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 47 ss., 106 ss. ecc.

⁴ Funzione e fini "sociali" dell'iniziativa economica e della proprietà private, in realtà, sono *in re ipsa*, trattandosi degli unici strumenti che potevano consentire e che hanno, in fatto, consentito il passaggio dell'essere umano, tramite la divisione del lavoro, dalle caverne ad internet. E quindi, "assicurare" la funzione sociale della proprietà (art. 42.2 cost.) potrebbe anche essere letto semplicemente come tutelarla contro chiunque ed in ogni modo.

Quando però si legge che l'iniziativa economica privata va "indirizzata e coordinata a fini sociali" dalla legge (art. 41.3 cost.), allora diventa chiaro il messaggio: "questa è una rapina".

2. È una fortuna perciò che l'Italia abbia a suo tempo sottoscritto la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Infatti, dopo un paio d'anni di ingiustificate perplessità teoriche e di preconizzabili resistenze⁵, nel relativo elenco fu inserita (tramite l'art. 1 del protocollo addizionale) la proprietà (ovviamente privata), che peraltro da sola (intesa in senso ampio, comprensivo della persona) esaurisce tutti gli altri diritti⁶, evitando con ciò una marcia indietro di qualche secolo rispetto alla Dichiarazione francese del 1789 (artt. 2 e 17), al V emendamento, del 1791, della costituzione americana⁷; e perfino rispetto alla timida formulazione dell'art. 17 della Dichiarazione Universale ONU dei Diritti Umani del 1948⁸ (imposta da quella stessa necessità di raccogliere il consenso di un'accozzaglia mondiale che poi ha condotto, nel 1966, all'espulsione della proprietà stessa da entrambi i Patti ONU relativi ai diritti civili e politici, l'uno, ed ai diritti economici, sociali e culturali, l'altro⁹).

E quello che è più importante è che quelli elencati nella Convenzione (e riassumibili, insisto, nel termine proprietà) sono veri e propri diritti, in quanto assistiti dalla tutela giurisdizionale di fronte alla Corte europea, contestualmente eretta a giudice di fronte al quale gli individui possono trarre i sempre più soffocanti apparati statali¹⁰, per ottenerne quelle condanne anche pecuniarie che hanno da noi posto termine alla sostanziale disapplicazione della Convenzione medesima, anche prima della riforma costituzionale del 2001 con la quale, certo inavvertitamente, i nostri politici si sono assoggettati ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117.1).

Si tratta di una tutela giurisdizionale particolarmente rilevante ed efficace per noi che viviamo in Italia, dato che quanto altrove rappresenta il peggio costituisce da noi

⁵ Condorelli, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 1970, 176 ss.; Magri, *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1405.

⁶ Locke, *Two Treatises of Government*, London, 1764 [ed. orig. 1689], II, § 87: "Man... hath by nature a power, not only to preserve *his property*, that is, his life, liberty and estate..."; ma anche §123. Ed è veramente singolare che, quasi ottant'anni dopo, uno studioso della statura di Beccaria abbia potuto parlare della proprietà come di un "terribile, e forse non necessario diritto" [*Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1809 (1764), 85], usando naturalmente cervello, mano e quant'altro di sua... proprietà (o comunque servizi e strumenti postigli a disposizione da chi ne disponeva).

⁷ Ma in realtà si può fare retroagire la relativa garanzia al diritto al perseguimento della felicità che chiudeva, dopo quelli alla vita ed alla libertà, l'esemplificazione dei diritti inalienabili dell'uomo offerta dal secondo capoverso della Dichiarazione d'Indipendenza del 4 luglio 1776.

⁸ "Ogni individuo ha il diritto ad avere una proprietà sua personale o in comune con altri. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà". Se ne confronti la formulazione con quella dell'art. 10 della costituzione sovietica del 1936: "The right of citizens to personal ownership of their incomes from work and of their savings, of their dwelling houses and subsidiary household economy, their household furniture and utensils and articles of personal use and convenience, as well as the right of inheritance of personal property of citizens, is protected by law".

⁹ Azzardata perciò l'affermazione di Magri, *op. cit.*, 1404, secondo cui "si è assistito ad un interesse sempre più crescente" per la proprietà nelle convenzioni internazionali.

¹⁰ Una sorta di restaurazione del *Reichskammergericht*, osservavo in *Banche e tassi usurari: il diritto rovesciato*, in *Contratti*, 2014, 95.

la regola. Infatti, soppressa la Commissione che faceva da filtro all'accesso alla Corte, i membri di questa, uno per ciascuna nazione aderente, devono essere scelti tra quelli proposti dalla stessa nazione fra persone in possesso dei requisiti richiesti per la nomina ai più alti uffici giudiziari o fra giuristi di riconosciuta competenza (art. 21.1); sicché da alcuni decenni possiamo dire anche noi, con il mugnaio di Potsdam, che c'è sempre un giudice, se non a Berlino, a Strasburgo e sentirci un po' meno impotenti di quei sudditi inglesi che, per un breve periodo sulla fine del '500, si trovarono ad essere giudicati dal Lord Cancelliere Christopher Hatton (amante di Elisabetta e dotato ballerino), di fronte al quale "*no case is safe and no case is desperate*"¹¹.

Vediamo dunque come sta funzionando, nel settore che interessa, questo strumento di più efficiente ed equa tutela giurisdizionale.

3. Dicevo appena sopra che la proprietà da sola (intesa in senso ampio, comprensivo della persona) esaurisce tutti gli altri diritti, perché vieta, per sua stessa definizione, a chiunque non ne sia titolare di invaderne l'oggetto e con ciò automaticamente garantisce a chi invece titolare ne sia di poterla utilizzare a suo piacimento: per vivere, pensare, parlare, scrivere, intrattenere rapporti di ogni genere con altri consenzienti e quindi anche per esercitare (sempre senza invadere la proprietà altrui) qualsiasi (altra) attività, quasi sempre definibile "economica"¹², venendo con ciò a coprire anche la libertà di impresa.

Pure la CEDU, tuttavia, è un prodotto dei rappresentanti dell'*our Enemy, the State* (per ricordare ed invitare a leggere l'omonimo volume di Nock¹³) e quindi segue il metodo classico dell'enumerazione dei diritti e libertà, la cui lunga lista serve a contrapporla a quel pretesamente poco che non c'è o viene escluso come "ragionevole" eccezione; e cioè il diritto di ciascuno a non essere rapinato di quanto lecitamente ha ottenuto o attende di ottenere. Ed è così che la CEDU non parla di libertà d'impresa ed "aggiunge" la proprietà al diritto alla vita, alla libertà personale, alla libertà di espressione, ecc. ecc., senza pregiudizio però del "diritto degli Stati" di impadronirsene "per causa di pubblica utilità" e per "il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende" e di imporre come usare i "beni in modo conforme all'interesse generale" (art. 1 del protocollo addizionale).

Una declamazione in più è stata poi introdotta nella c.d. costituzione europea, ossia nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea che, all'art. 16, ha riconosciuto anche "la libertà d'impresa", senza tuttavia alcuna apprezzabile conseguenza,

¹¹ Campbell, *Lives of the Lords Chancellors and Keepers of the Great Seal of England from the Earliest Times till the Reign of George IV*², Philadelphia, 1851 [ed. orig. 1845], II, 148.

Per l'attuale, analoga nostra situazione cfr. i miei *Contrasto dell'illecito per il mantenimento del mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 851 ss., 879 ss. ed *Eliminare dal processo civile gli ostacoli agli investimenti (privati)*, in www.judicium.it, 3.12.2014, 3 ss., 11 ss.

¹² In quanto inclusiva del consumo. Cfr. in argomento von Mises, *Human Action*⁴, San Francisco, 1996 [ed. orig. 1949], 101 s., 234 ss.

¹³ Caldwell, 1950 (rist. [ed. orig. 1935]).

dato che si aggiunge “conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”, che restano perciò i soli a fornire contenuto a quest’ennesima libertà.

La CEDU va comunque lodata per avere anche solo menzionato, tra i diritti dell’uomo (e, per evitare discussioni, anche delle persone giuridiche), la proprietà, conferendole una tutela addirittura un po’ meno simulacro rispetto a quella di altre carte internazionali¹⁴. Ma decisamente di più ha poi fatto la Corte¹⁵, per avere esteso questa tutela all’intero patrimonio già acquisito o nella cui acquisizione si possa riporre un ragionevole affidamento¹⁶, includendovi perciò, oltre agli altri diritti reali, anche le concessioni amministrative, i diritti di credito, purché certi, liquidi ed esigibili, i depositi bancari, l’avviamento di un’impresa, ecc.; escludendosi soltanto la mera aspettativa dell’acquisto di tali beni¹⁷.

4. Nonostante perciò la CEDU non copra la libertà d’impresa, essa fornisce un importante presidio alla relativa attività, perché investe un decente organo giurisdizionale (la Corte) del controllo del contenersi di ogni interferenza governativa nel patrimonio dell’imprenditore nei pur generici limiti posti dall’art. 1 del protocollo addizionale, oltre che dell’osservanza di altre garanzie procedurali e sostanziali quali l’equo processo (art. 6) e la legalità delle pene (art. 7).

Le possibili ricadute sull’erogazione e gestione del credito bancario sono importanti, a cominciare dal tormentato tema dei tassi usurari.

¹⁴ Non ci si accontenta ad esempio della “non arbitrarietà” delle sue sottrazioni e limitazioni (come fa l’art. 17 della Dichiarazione ONU), ma se ne delimitano le ragioni (“pubblica utilità”, “interesse generale” e tasse).

¹⁵ E già prima, almeno in una certa misura, la Commissione: Condorelli, *op. cit.*, 186 ss.

¹⁶ Cfr. Bartole-De Sena-Zagrebelsky, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, sub art. 1 prot. add., II; Magri, *op. cit.*, 1405.

¹⁷ Comba, *La salvaguardia del valore della moneta in relazione al primo protocollo addizionale della CEDU*, in *Liber Fausto Pocar*, a cura di Gabriella Venturini e Stefania Bariatti, Milano, 2009, I, 205 s., il quale sembra per ciò solo approvare l’orientamento della Corte secondo cui non è garantita “la stabilità monetaria concepita come diritto a mantenere inalterato il potere di acquisto di beni e servizi anche in futuro”: il che è invece chiaramente sbagliato, perché la moneta è di per sé un bene che incorpora tutti quelli con essa acquistabili ed è anche l’unico, l’aumento della cui quantità globale (che è il solo fenomeno definibile propriamente “inflazione”) determina espropriazione di questi altri beni in danno di alcuni ed in favore di altri [von Mises, *op. cit.*, 412 ss.; Rothbard, *Man, Economy and State* (1962) *with Power and Market* (1970), Auburn (Al.), 2009, 811 ss., 989 ss.].

D’altra parte, è altamente probabile che la maggior parte dei Governi non si rassegnerebbero a subire il potente freno alla loro interferenza nell’attività economica, pur immensamente benefico per i loro sudditi, che conseguirebbe ad un doveroso mutamento di giurisprudenza della Corte; e cercherebbero perciò di reagire, sia pure con mezzi meno drastici di quelli a suo tempo impiegati da Filippo III di Spagna che, nel 1610, mise in galera il settantatreenne gesuita Juan de Mariana per avere denunciato, con il suo *De mutatione monetae* (in *Tractatus septem*, Colonia, 1609, 189 ss.), i guasti indotti dalla svalutazione della moneta perseguita dal regio erario (Rothbard, *Economic Thought before Adam Smith: an Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, I, Northampton, Ma., 1995, 119 ss.).

Per diffusa ignoranza (tra i sudditi) e proterva pantarchia regolatoria¹⁸, molti Stati europei si prefiggono di tutelare i prenditori di credito con la fissazione di tetti (generalmente mobili) ai tassi d'interesse che le banche possono praticare ai consumatori ed alcuni anche ai tassi praticabili ai "professionisti"¹⁹, sanzionandone il superamento in vario modo.

In Italia, in particolare, il c.d. tasso-soglia dell'usura, che può essere descritto anche come il tasso-tetto dell'interesse lecito, è attualmente pari ad un quarto in più (con l'aggiunta di altri 4 punti percentuali) della media trimestrale dei tassi praticati dalle banche per varie categorie di operazioni di credito, rilevata dalla Banca d'Italia, pubblicata sulla G.U. e da applicarsi nel secondo trimestre successivo²⁰.

Se "in corrispettivo" del credito viene pattuito un tasso superiore, il cliente gode comunque dei fondi erogatigli per il periodo di tempo convenuto; la banca perde ogni diritto ad interessi che, se percepiti, sono confiscati a favore dell'erario salvo il diritto del cliente a farseli restituire; gli esponenti bancari che hanno disposto e/o pattuito quel tasso sono puniti con la reclusione da 2 anni e 8 mesi a 15 anni.

Questa, almeno, è la legge come si presenta ai giudici. Quella che esce invece dalle cattive digestioni della maggior parte di loro, di cui parlava Cesare Beccaria²¹, presenta le seguenti principali aggiunte:

- 1) che vanno inclusi nel "corrispettivo" del credito una serie di addendi (certe commissioni, spese ed oneri applicati dalle banche, nonché interessi di mora ecc.), sicché se, tenuto conto di questa addizione, il tasso di un finanziamento sfonda il tetto risultante dalle rilevazioni dalla Banca d'Italia (e pubblicato sulla G.U.) *senza la stessa addizione*, comunque il tasso è usurario, con tutte le conseguenze di cui sopra;
- 2) che se, dopo che è stato pattuito un tasso che rispetta il tetto, la media dei tassi praticati dalle banche (e rilevati dalla Banca d'Italia) scende, facendo con ciò abbassare il tetto, gli interessi pattuiti prima non sono più dovuti (e devono essere restituiti, se percepiti) per la sola misura che supera il tetto²².

Ora, abbiamo già visto che, secondo la Corte europea, l'art. 1 del protocollo addizionale non tutela, nonché la libertà d'impresa, neppure l'aspettativa di un acquisto

¹⁸ Perché ogni controllo dei prezzi, non solo del denaro, ma anche del latte, del pane ecc. non ha alcun senso: Rothbard, *Man*, cit., 892 ss. O meglio, può servire solo a deterrenere il venditore dal proporre un prezzo fuori mercato al disinformato acquirente: per il che esistono già i rimedi dell'informazione (che l'acquirente può procurarsi) e della circonvenzione d'incapace (se l'acquirente lo è), senza distorcere il mercato.

¹⁹ Cfr. il (poco affidabile) iff/ZEW (2010): *Study on interest rate restrictions in the EU, Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services*, Project No. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels/Hamburg/Mannheim, 62 s., http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/irr_report_en.pdf

²⁰ E' un sistema introdotto nel 1996, con la legge n. 108, copiandolo dai francesi che lo avevano adottato trent'anni prima: Tavormina, *Banche e tassi usurari*, cit., 85 ss.

²¹ Beccaria, *op. cit.*, 27.

²² *Amplius* Tavormina, *Banche e tassi usurari*, cit., 85-94.

di beni. E dunque ogni restrizione alla libertà contrattuale nel fissare i tassi d'interessi è lecita in quanto impedisca appunto soltanto di acquisire certi corrispettivi.

Però, sia le sanzioni penali (reclusione e confisca) per avere pattuito (e percepito, per quanto concerne la confisca) interessi oltre-tetto od oltre-soglia (come si preferisce), sia la perdita di ogni diritto a corrispettivo, in quanto misure in entrambi i casi indiscutibilmente afflittive e non meramente ripristinatorie/risarcitorie, sono soggette al principio di legalità ex art. 7 CEDU, per il quale nessuno può “essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”²³.

Ebbene, per quanto la Corte si ritenga vincolata ad accettare l'interpretazione del diritto nazionale fornita dai giudici dello Stato interessato, essa si riserva tuttavia di verificare che si tratti di un'interpretazione compatibile con il principio scaturente dallo stesso art. 7 per cui “solo la legge può definire un crimine e prescrivere una pena”, giacché “accordare un minor potere di revisione alla Corte priverebbe di scopo l'articolo 7”²⁴.

E nel nostro caso è proprio la Cassazione penale a dire che sbaglia la Banca d'Italia a rilevare trimestralmente i tassi praticati dalle banche non includendovi certi oneri; ma che, ciò nonostante, quegli stessi oneri vanno conteggiati per determinare il tasso del singolo finanziamento che, se supera il tasso-tetto *erroneamente calcolato dalla Banca d'Italia*, è usurario con tutte le conseguenze²⁵. Ossia, è la stessa Cassazione a dire che sta violando la legge, la quale, secondo la stessa Cassazione, esige che i due piatti della bilancia siano dello stesso peso: altrimenti non potrebbe dire che la Banca d'Italia sta sbagliando. E, per ciò stesso, si dà violazione dell'art. 7 CEDU (ma anche dell'art. 1 del protocollo addizionale²⁶) ogni volta che venga ritenuto usurario un tasso in concreto applicato e calcolato inserendovi addendi aggiuntivi rispetto a quelli presi in considerazione nelle rilevazioni trimestrali della Banca d'Italia²⁷.

Un ulteriore ed autonomo profilo di violazione della CEDU si pone comunque per la previsione (questa volta della legge – art. 1815.2 c.c. – e non degli umori

²³ Tra le più recenti, Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, § 51 (confisca di terreni lottizzati abusivamente); Corte EDU, Sez. III, 24 gennaio 2012, *Mihai Toma v. Romania*, § 21 (annullamento della patente di guida); Corte EDU, Sez. II, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, § 38 ss. (sanzione amministrativa dell'antitrust).

²⁴ Per esempio, Corte EDU, Grande Sezione, 27 gennaio 2015, *Rohlena v. The Czech Republic*, § 52-53; Corte EDU, Grande Sezione, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada v. Spain*, § 105; Corte EDU, Grande Sezione, 17 maggio 2010, *Kononov v. Latvia*, § 198-199.

²⁵ Cass. pen., Sez. II, 19 febbraio 2010, n. 12028, ripresa alla lettera da Cass. pen., Sez. II, 14 maggio 2010, n. 28743. Per il dettaglio delle argomentazioni cfr. il mio *Banche e tassi usurari*, cit., 93 s.

²⁶ Corte EDU, Sez. V, 10 maggio 2007, *Kushoglu v. Bulgaria*, § 50 afferma infatti che, “anche se ha solo un potere di verificare il rispetto del diritto interno, la Corte può trarre le conclusioni del caso ai sensi della Convenzione ove rilevi che, in un caso particolare, i tribunali nazionali hanno applicato la legge in modo manifestamente erroneo o tale da giungere a conclusioni arbitrarie”.

Amplius Bartole-De Sena-Zagrebelsky, *op. loc. cit.*, V.

²⁷ Già in tal senso il mio *Banche e tassi usurari*, cit., 96.

giudiziari) secondo cui l'usurarietà del tasso comporta la perdita di ogni diritto ad interessi, restando fermo – si sottintende – il godimento del capitale erogato per il periodo contrattualmente previsto²⁸.

Come si è visto, infatti, il credito della banca per restituzione del capitale erogato fa parte del patrimonio tutelato dall'art. 1 del protocollo addizionale (*supra*, § 3). E se è vero che lo stesso art. 1 prevede che componenti di detto patrimonio possono essere non solo espropriati “per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”, ma anche fatti oggetto di leggi “ritenute necessarie [dagli Stati] per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale”, non è men vero che detti poteri sono assoggettati dalla Corte ad un controllo di manifesta irragionevolezza, che viene ritenuta sussistente nel caso al proprietario sia lasciato solo un ricavo minimo²⁹, e di giusto equilibrio tra interferenza statale ed obiettivo suo tramite perseguito, che viene negato se un cospicuo sacrificio imposto a taluno si traduce in equivalente profitto riservato ad altri o comunque se l'interferenza eccede l'obiettivo perseguito³⁰.

Non risulta perciò compatibile con l'art. 1 del protocollo addizionale un regime come quello italiano, che non si limita a privare la banca degli interessi ultra tasso-tetto, come avviene per esempio in Francia³¹, ma che invece, da un lato espropria la banca di ogni remunerazione, lasciandola in aggiunta gravata del costo dei fondi, pur improduttivi per tutta la durata originaria del finanziamento più quella del suo rientro e, dall'altro lato, attribuisce gratuitamente al finanziato il godimento del denaro altrui per la stessa durata: essendo infatti l'obiettivo (peraltro inutilmente: *supra*, nota 18) perseguito quello di limitare il costo del denaro per il prenditore, le conseguenze non possono eccedere la riduzione del tasso entro i limiti *legalmente* fissati.

Ne consegue che, in caso di superamento del tasso-tetto rilevato dalla Banca d'Italia:

- se si tratta di *superamento originario*, può sempre denunciarsi l'incostituzionalità della perdita di ogni diritto agli interessi per manifesta sproporzione, ex art. 117.1 cost. in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale; ed in

²⁸ Ed anche per molto di più, se dobbiamo continuare a subire l'abuso giudiziario che vuole inclusi gli interessi moratori nella nozione di “corrispettivo” del credito. Giacché allora la perdita di ogni diritto agli interessi include quelli moratori ed il godimento gratuito del capitale si estende ai tempi biblici del suo recupero coattivo: cfr. ancora il mio *Banche e tassi usurari*, cit., 94 s.

Né dovrebbe aver cambiato le cose la recente introduzione del comma 4 dell'art. 1284 c.c., secondo cui “se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali”: la disposizione dà infatti per scontato che interessi siano dovuti, il che non si verifica nel nostro caso.

²⁹ Ad esempio, Corte EDU, Sez. V, 30 luglio 2015, *Zammit and Attard Cassar v. Malta*, § 62; Corte EDU, Sez. II, dec., 24 gennaio 2012, *Laura Torri and others and Bucciarelli against Italy*, § 45.

³⁰ Corte EDU, *Zammit and Attard Cassar v. Malta*, cit., § 65; Corte EDU, *Laura Torri and others and Bucciarelli against Italy*, cit., § 35; Corte EDU, Sez. II, 10 febbraio 2015, *Bélné Nagy v. Hungary*, § 55.

³¹ Art. L313-5-2 del codice monetario e finanziario e L313-4 del codice del consumo.

aggiunta anche della perdita che ecceda il tasso-tetto, ove questo sia stato fissato non tenendo conto di uno o più addendi invece inclusi nel calcolo del tasso in concreto applicato, per manifesta illegalità in relazione sia all'art. 7 della CEDU che al predetto art. 1;

- se si tratta di *superamento sopravvenuto*, la riduzione degli interessi al tasso-tetto risulterà incostituzionale, perché in contrasto con il citato art. 1, solo in caso di erronea determinazione del tasso-tetto nel senso già indicato.

Non c'è ovviamente da farsi illusioni sulla propensione dei nostri giudici a sollevare questioni di legittimità costituzionale del genere, né sulla propensione della nostra Corte costituzionale a risolverle correttamente: ma almeno, le banche di volta in volta colpite potranno chiedere, nel termine di 6 mesi³² da ciascuna decisione definitiva ed a condizione di avere esaurito “le vie di ricorso interno” (art. 35 § 1) facendo valere quanto meno la sostanza delle doglianze in questione³³, che sia accertata la violazione dei menzionati art. 7 CEDU ed 1 del protocollo addizionale e che lo Stato sia condannato ad indennizzarle dei danni, anche reputazionali, conseguiti all'adozione delle misure legislative e giudiziarie in oggetto.

5. Come è noto, dopo secoli di gestione dei conti da parte delle banche con capitalizzazione periodica infrannuale degli interessi³⁴, tuttora contrattualmente consentita in tutto il mondo³⁵, la nostra Cassazione scoprì nel 1999³⁶ che queste pattuizioni contrattuali non potevano reggere di fronte all'art. 1283 c.c. che limita l'anatocismo, nonostante l'espressa riserva “di usi contrari” con cui si apre la disposizione e nonostante da 200 anni suo “padre”, ossia l'art. 1154 del codice Napoleone (che non contiene neppure la predetta riserva), non sia mai stato ritenuto ostativo alla capitalizzazione periodica nei Paesi di sua applicazione e cioè Francia, Belgio e Lussemburgo.

Poco male per il dopo, perché la trovata avrebbe comportato per le banche “soltanto” dover cambiare i sistemi di contabilizzazione, aumentare di pochi centesimi di punto i tassi di interesse per tutti i debitori, toglierne qualcuno ai depositanti,

³² Che si ridurranno a 4 quando entrerà in vigore il protocollo n. 15.

³³ Cfr. Bartole-De Sena-Zagrebel'sky, *op. cit.*, sub art. 35, IX. Tuttavia, la (sola) censura relativa alla perdita di ogni diritto ad interessi corrispettivi per superamento di un tasso-tetto *correttamente determinato* potrebbe essere considerata ormai tardiva dalla Corte europea giacché, qualora la lesione sia determinata direttamente ed inequivocabilmente dalla legge, il termine di 6 mesi ex art. 35 § 1 CEDU decorre dall'entrata in vigore della legge stessa (Commissione EDU, 10 luglio 1981, *X v. the United Kingdom*; Corte EDU, Sez. I, 6 maggio 2004, *Miconi v. Italy*): Bartole-De Sena-Zagrebel'sky, *op. loc. ult. cit.*, XXI.

³⁴ Per riferimenti storici cfr. Boccardo, *Anatocismo*, in *Dizionario della economia politica e del commercio, così teorico come pratico*, Torino, 1857, 142; Cova, *Il banco di S. Ambrogio nell'economia milanese dei secoli XVII e XVIII*, Milano, 1972, 45 ss.; La Rocca, *Ancora su anatocismo, usi e contratti bancari*, in *Foro it.*, 2008, I, 2362 s.

³⁵ Cfr. ad esempio Corte cost., 12 ottobre 2007, n. 341, punto 2.6 della motivazione. Le supposte eccezioni riportate (o cui si allude) in *Study on interest rate restrictions*, cit., 97-100, per Belgio, Repubblica ceca, Estonia, Francia e Lussemburgo in realtà non esistono.

³⁶ Cass. civ. Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374.

penalizzare i debitori che pagano gli interessi alla scadenza e premiare invece (oppure liberarsi di) quelli che non li pagano (salva naturalmente la verifica di compatibilità di un'imposizione del genere con il diritto dell'UE, il che è un'altra storia).

Però, la dichiarazione di nullità delle clausole di capitalizzazione da parte della Cassazione comportava anche l'espropriazione, a carico delle stesse banche, di ingenti crediti, conseguenti a capitalizzazioni anche di vari decenni anteriori (stante l'assurdamente ritenuta imprescrittibilità del diritto alla rettifica del conto³⁷) e perfino di quanto avevano percepito per effetto della predetta capitalizzazione almeno nei 10 anni passati (dato che a tanto ascende la prescrizione della restituzione d'indebito) ed anche molto prima, se si considera che siamo l'unico Paese in cui il creditore può interrompere la prescrizione con una semplice lettera (anziché con l'avvio di un processo).

Nel reintrodurre tempestivamente per legge (demandandone al CICR la disciplina) la capitalizzazione degli interessi (art. 25.2 d.lgs. n. 342/1999, che aggiungeva un comma 2 all'art. 120 del TUB-Testo Unico Bancario), che non c'era alcuna ragione di alterare, il legislatore aveva perciò anche pensato di evitare il predetto esproprio, disponendo con l'art. 25.3 dello stesso decreto legislativo una sanatoria per il passato. Ma la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità della disposizione per eccesso di delega³⁸ e, pensando ai voti dei molti che potevano ottenere meno debiti o addirittura denaro dalle banche, mancò al legislatore – come si dice in questi casi – la “volontà politica” di riparare questo esproprio.

Ed è qui che le banche avrebbero potuto (e potrebbero tuttora, per quanto ancora resti di quell'ormai vecchio contenzioso) invocare davanti alla Corte europea la tutela fornita dall'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU, nei termini ed alle condizioni indicati alla fine del precedente § 4.

Infatti, anche i crediti acquisiti nel legittimo affidamento sulla validità di contratti stipulati, nonché *a fortiori* il denaro acquistato con il loro soddisfacimento, rientrano nel patrimonio tutelato dal predetto art. 1. Ed anche se non contravviene di per sé alla CEDU, ed in particolare al suo art. 6 che sancisce il diritto ad un equo processo, un improvviso mutamento di giurisprudenza nei Paesi di diritto scritto che non adottano la regola dello *stare decisis*³⁹, tuttavia un evento del genere può rappresentare pur sempre un'interferenza nei diritti di proprietà⁴⁰, nella specie certamente sproporzionata in quanto puramente ablativa di certi cespiti patrimoniali.

Pertanto la storia della capitalizzazione degli interessi non si è fermata qui. Sul finire del 2013 qualche nostalgico di un contenzioso che si stava ormai esaurendo, restando ormai solo da incassare i residui espropri per il periodo ante 2000, ha fatto firmare

³⁷ Cfr. in argomento *infra*, § 6.

³⁸ Corte cost., 17 ottobre 2000, n. 425, n. 3.3.2 della motivazione.

³⁹ E questa potrebbe rappresentare ragione ulteriore, rispetto all'ormai disperato bisogno di certezza del diritto (cfr. *supra*, nota 11), per introdurre una regola del genere.

⁴⁰ Ad esempio, Corte EDU, *Laura Torri and others and Bucciarelli against Italy*, cit., §§ 42-43.

da un gruppo di deputati della maggioranza un disegno di legge (C1661) che, raccontando il falso e cioè che le banche continuavano a capitalizzare gli interessi illegalmente (come se non ci fossero stati l'art. 120.2 TUB, la relativa delibera CICR 9.2.2000 e le decisioni n. 341/2007 e 254/2008 della Corte costituzionale, che ritenevano pienamente legittime quelle disposizioni), demandava anch'esso al CICR di stabilire "modalità e i criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria", ma dovendo esso CICR questa volta escludere che "gli interessi periodicamente capitalizzati... possano produrre interessi ulteriori".

Il disegno di legge non fu neppure discusso, ma l'art. 120.2 TUB fu modificato negli esatti termini di cui allo stesso d.d.l. dall'art. 1, comma 629 dell'annuale carrozzone legislativo, noto prima come legge finanziaria ed ora (per variare un po') come legge di stabilità per il 2014 (legge n. 147/2013).

Non una parola è dato ricavare in proposito dagli atti parlamentari (per quel nulla che valgono), ma è verosimile che questa silenziosa trasfusione sia avvenuta perché gli sherpa incaricati di controllare il carico del carrozzone hanno pensato che non costava nulla dimostrarsi compiacenti con i compagni di cordata, dato che gli effetti della disposizione erano rinviati *sine die* al futuro intervento del CICR.

Si trattava però di conti senza l'oste (giudiziario) che, nella persona dei componenti una sezione del Tribunale di Milano, già il successivo 6 febbraio (2014) facevano circolare loro originali riflessioni, secondo cui "il CICR stabilisce modalità e criteri..." significava in realtà che le previsioni del CICR non erano necessarie, almeno nella parte in cui avrebbero dovuto vietare che "gli interessi periodicamente capitalizzati... possano produrre interessi ulteriori".

Nessuna apprezzabile riflessione era tuttavia venuta in soccorso di un pronunciamento del genere, che non solo ignorava per tanti aspetti la legge, ma che non si era neanche posto la pregiudiziale questione di una compatibilità della stessa disposizione (sia pure ad effetti differiti alla delibera del CICR) con l'ordinamento dell'UE⁴¹; sicché all'estemporanea anticipazione di giudizio non si era attribuito peso.

Senonché, nella primavera del 2015, un'associazione di consumatori che non avrebbe dovuto aver titolo in materia, visto che si tratta di disposizione concernente tutti i clienti e non soltanto i consumatori, raccoglieva l'*assist* e promuoveva a Milano ricorsi cautelari ex art. 140.8 del codice del consumo, contro banche colà aventi sede, raccogliendo ivi successi poi ripetuti in altri Tribunali di provincia⁴² e finora contrastati (per lo più in termini di perplessità) solo dal Tribunale di Torino e da qualche altro⁴³.

⁴¹ Con lettera 2 giugno 2015 della Commissione all'ambasciatore italiano a Bruxelles, sono stati chiesti chiarimenti sul nuovo divieto di capitalizzazione che, rappresentando un *unicum* negli ordinamenti dei Paesi UE, potrebbe "tradursi in ostacoli ingiustificati alla prestazione di servizi bancari da parte di operatori stranieri che operano in Italia".

⁴² Trib. Milano, 25 marzo 2015, 3 aprile 2015 ecc.; Trib. Cuneo, 29 giugno 2015; Trib. Biella, 7 luglio 2015.

⁴³ Trib. Cosenza, 27 maggio 2015; Trib. Parma, 30 luglio 2015; Trib. Siena, 4 agosto 2015; Trib. Torino, 5 agosto 2015.

Ora, se l'esito finale di questo sconsiderato *revival* dell'anatocismo dovesse essere quello fatto proprio dagli àuguri milanesi, si riproporrebbe dal punto di vista della CEDU lo stesso problema dell'anatocismo ante 2000 e cioè l'ablazione di crediti e l'espropriazione di somme, rispettivamente maturati ed acquisite dalle banche, dall'1 gennaio 2014 alla futura data della ricaduta della polvere, nel legittimo affidamento o quanto meno in uno stato di incertezza sulla validità di contratti stipulati⁴⁴; e la soluzione non potrebbe perciò essere diversa.

La violazione dell'art. 1 del protocollo addizionale potrebbe dunque esser fatta valere davanti ai giudici nazionali per far escludere (anche tramite denuncia d'incostituzionalità ex art. 117.1 cost.) le suesposte conseguenze fino al momento in cui si sia fatta chiarezza, secondo un obiettivo ora prefissosi (con i suoi tempi, naturalmente) anche dalla Banca d'Italia, che il 25 agosto 2015 (dopo 1 anno ed 8 mesi, dunque) ha posto in consultazione una bozza di delibera del CICR che prevede tra l'altro un'entrata in vigore della nuova disciplina dal 1° gennaio 2016. Salvo ovviamente ricorso alla Corte europea per accertamento della violazione dell'art. 1 del protocollo addizionale e relativo indennizzo nel caso in cui la violazione non fosse evitata dai giudici nazionali.

6. Ho già avuto modo di accennare nel precedente § 5 ad un'altra peculiarità tutta italiana, rappresentata dal regime della prescrizione la quale, come si può immaginare, mentre dovrebbe per coerenza essere assolutamente bandita in un ordinamento naturale-libertario fondato sulla tutela illimitata della proprietà, diventa uno strumento fondamentale di conservazione dei suoi residui negli odierni ordinamenti statalisti, istituzionalmente volti ad una erosione della stessa proprietà che si arresta soltanto (come pochi decenni fa nell'USSR) di fronte al collasso dei sistemi che pretendono di farne (quasi) a meno⁴⁵.

Si comprende perciò la ragione per cui la Corte ha ritenuto che le varie soluzioni nazionali che consentono di invocare contro la persona ed il patrimonio altrui, senza limiti di tempo, pretesi diritti, contrastino non solo con la garanzia di un equo processo ex art. 6 CEDU⁴⁶, ma anche con l'art. 1 del protocollo addizionale⁴⁷.

Ora, in generale, quasi tutti i Paesi civili hanno abbreviato i termini di prescrizione: Inghilterra, Germania e Francia li hanno ridotti, anche per le azioni di nullità, a 3/5 anni ed il titolare del preteso diritto può interromperli solo agendo in giudizio. Quest'ultima regola vale anche per la Spagna (art. 944 c. comm.), che è il solo Paese

⁴⁴ Ad esempio, Corte EDU, Sez. I, 2 dicembre 2010, *Yuriy Lobanov v. Russia*, § 54.

⁴⁵ Come scriveva Bastiat già nel 1850, "guerra, schiavitù, impostura, tasse abusive, monopoli, privilegi, frodi commerciali, colonie, diritto al lavoro, diritto al credito, diritto all'assistenza, diritto all'istruzione, imposte progressive..., altrettanti arieti che colpiscono a colpi ripetuti la colonna traballante [la proprietà]": *Harmonies économiques, Oeuvres complètes*⁵, Paris, 1864 (1850), 261.

⁴⁶ Corte EDU, Sez. V, 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, §§ 136-140.

⁴⁷ Corte EDU, Sez. III, 4 novembre 2014, *Sociedad Anónima Del Ucieza c. Espagne*, §§ 80, 87 e 99; Corte EDU, Sez. IV, 3 marzo 2015, *Dimitrovi v. Bulgaria*, §§ 46 e 50.

ad avere un termine generale di prescrizione di 15 anni (art. 1964 c.c.), superiore al nostro (10 anni: art. 2946 c.c.).

Da noi invece l'azione di nullità non ha in generale limiti di tempo, anche se da ultimo si è previsto che perfino la nullità per impossibilità od illiceità dell'oggetto delle deliberazioni assembleari di società deve essere fatta valere giudizialmente entro tre anni (art. 2379, comma 2 c.c.)⁴⁸.

Tuttavia, se ciò giustifica la possibilità di agire in giudizio in ogni tempo "per far valere la nullità *del titolo su cui si basa*" un certo addebito in conto corrente, non giustifica invece la stessa conclusione in ordine all'agire "per ottenere una rettifica... delle risultanze del conto", che è azione diversa dalla prima, per quanto alla stessa conseguente⁴⁹, avendo ad oggetto un diritto diverso (il diritto, appunto, alla rettifica del conto)⁵⁰, e che perciò dovrebbe, per regola generale, essere soggetta a prescrizione come tutte le altre azioni.

Attualmente invece non si distingue tra nullità del titolo e diverso e conseguente diritto alla rettifica, con il risultato di rimettere in discussione le risultanze di un conto corrente (e perciò anche dei bilanci delle banche) pure dopo 20, 30 o 40 anni. E ciò non solo per vanificare crediti, ma anche per ottenere la restituzione di pagamenti indebiti dato che, pur valendo per questo genere di pretese la generale prescrizione decennale, come ho già detto, chi avanza pretese può interrompere, unilateralmente e con semplice richiesta scritta, questo già troppo lungo termine decennale (art. 1219.1 e 2943.4 c.c.).

Per ovviare solo in parte⁵¹ a questa stortura, nel 2010 il legislatore aveva disposto, con l'art. 2, comma 61 d.l. n. 225/2010, che "in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 c.c. s'interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa". La Corte costituzionale ha dichiarato però incostituzionale

⁴⁸ A maggior ragione lo Stato non si è fatta sfuggire l'occasione della riforma del processo amministrativo per sottoporre a decadenza di 180 giorni l'azione di nullità dell'atto amministrativo: art. 31.4 c.p.a., sul quale Sassani, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 269 ss.; Zingales, *Provvedimento amministrativo nullo e tutela dichiarativa*, Roma, 2014, 27 ss.

⁴⁹ Cass. civ., Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418, 10-11: "«sin dal momento dell'annotazione... il correntista (ma il discorso vale ovviamente anche per la banca) potrà naturalmente agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e, di conseguenza, per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto»".

⁵⁰ L'autonomia di questo diritto (e quindi della relativa azione) emerge, prima ancora che dalle surriportate parole delle Sezioni Unite, dall'art. 1832.2 c.c. (richiamato in tema di conto corrente bancario dal successivo art. 1857) che parla specificamente di un "diritto di impugnare il conto" per certe ragioni, rispetto alle quali la nullità del titolo dell'accredito o dell'addebito rappresenta *ragione diversa ed ulteriore* e non certo altro nome dello stesso diritto (allora imprescrittibile): cfr. il mio *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2012, II, 459 s.

⁵¹ Sarebbero infatti comunque rimaste la durata decennale e l'interruzione extragiudiziale della prescrizione.

detta previsione, in quanto interpretativa e perciò retroattiva⁵², senza accogliere la censura d'incostituzionalità per il passato ed invece rigettarla a decorrere dall'entrata in vigore della disposizione, come pure avrebbe potuto, dato che le norme risultanti dalle disposizioni sono certamente divisibili anche temporalmente; ed anche questa volta è mancata al legislatore la "volontà politica" (per così dire) di intervenire.

La situazione resta dunque cristallizzata nei termini esposti, certamente incompatibili con l'art. 6 della CEDU e l'art. 1 del protocollo addizionale.

Per quanto concerne infatti l'equo processo, vale l'osservazione della Corte seria, per cui "i termini di prescrizione servono a diversi scopi importanti, vale a dire garantire la certezza giuridica e la definitività, tutelare potenziali convenuti da remote pretese che potrebbe essere difficile contrastare e prevenire ogni ingiustizia che potrebbe scaturire dall'essere i tribunali chiamati a decidere su eventi che hanno avuto luogo in un lontano passato [si noti che nella specie la Corte parlava di 4/7 anni], sulla base di elementi di prova che potrebbero essere diventati inaffidabili e incompleti a causa del passare del tempo"⁵³.

Per quanto concerne il rispetto della proprietà, in un caso in cui un terzo aveva ottenuto dopo 16 anni un'iscrizione fondiaria in pregiudizio di altra a nome della ricorrente (nonostante un termine di soli 2 anni previsto dalla legge), la stessa Corte ha rilevato che le decisioni giudiziarie a favore del terzo avevano determinato disconoscimento del principio di sicurezza giuridica e lesione del diritto fondamentale (la proprietà) della ricorrente⁵⁴. Ed in un altro caso in cui, in mancanza di un termine di prescrizione fissato dalla legge, lo Stato aveva chiesto a due coniugi bulgari di giustificare loro ricavi e spese di "molti anni prima e senza una ragionevole limitazione di tempo" (si trattava nella specie di un periodo esteso fino ad 11 anni prima), la Corte ritenne che non si trattava di ingerenza "legale", né giustificabile in base ad alcun altro "interesse generale" in base all'art. 1 del protocollo addizionale⁵⁵.

Mi pare ce ne sia a sufficienza per far valere (sempre alle condizioni indicate alla fine del precedente § 4) l'inespropriabilità di crediti per contestazioni sollevabili senza limiti di tempo sulla validità dei titoli di addebiti bancari; ed anche l'inespropriabilità di denaro con l'azione di restituzione d'indebito, per la sostanziale mancanza anche qui di termini di prescrizione, dato che la stessa (già di per sé decennale) può essere prolungata *ad libitum* del preteso avente diritto.

⁵² Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, punti 11-13 della motivazione.

⁵³ Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, cit., § 137. E basti porre a raffronto queste frasi con la massima di Cass. civ., Sez. I, 2 agosto 2013, n. 18541: "nel... giudizio a cognizione piena - ove sia contestata per mancanza di requisiti di legge la pattuizione degli interessi legali - la banca è tenuta a produrre gli estratti conto a partire dall'apertura del conto anche oltre il decennio, perché non si può confondere l'obbligo di conservazione della documentazione contabile con l'onere di fornire prova in giudizio del proprio credito. La produzione di estratti conto per una frazione temporale unilateralmente individuata dalla banca è radicalmente inidonea ad assolvere l'onere probatorio che sta a suo carico".

⁵⁴ Corte EDU, *Sociedad Anónima del Ucieza c. Espagne*, cit., §§ 87 e 99.

⁵⁵ Corte EDU, *Dimitrovi v. Bulgaria*, cit., §§ 50 ss.

Il giusto processo di delibazione e le “nuove” sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale

di Nicola Colaianni

SOMMARIO: 1. La riforma del processo canonico per le nullità matrimoniali. – 2. Il matrimonio tra Codex e Concilio: stop and go sulla rilevanza della fede. – 3. Le presunzioni legali in tempo di secolarizzazione. – 4. I rimedi contro il fallimento del matrimonio. – 5. La via stretta del riconoscimento dello stato libero causato dal divorzio civile. – 6. La via larga della dichiarazione di nullità. – 7. Il processus brevior come volontaria giurisdizione. – 8. I riflessi sul procedimento di delibazione. – 9. Nuove dimensioni del diritto di difesa e dell'ordine pubblico – 10. Prospettive del giusto processo di delibazione.

1. Acceleramento dei processi di nullità matrimoniale e accompagnamento/discernimento dei divorziati e risposati civilmente (ma credenti): i due sinodi cattolici sulla famiglia hanno così reimpostato l'integrazione dei battezzati reduci da un matrimonio fallito nelle comunità cristiane. Una riforma tutta interna all'ordinamento canonico, senza ripercussioni sui rapporti con quello civile relativamente all'efficacia civile delle sentenze di nullità? Domanda non facile, meritevole di una risposta non disinvolta. Invero, gli effetti civili sono collegati a sentenze: sono tali quelle emanate a conclusione di un *processus brevior*? Non solo, ma si deve trattare di sentenze di nullità dell'atto: è tale quella per un vizio dedotto dallo svolgimento del rapporto o non è, con una sorta di truffa delle etichette, sostanzialmente uno scioglimento del rapporto, così da mettere in crisi il riparto di competenza tra giurisdizione ecclesiastica sull'atto e giurisdizione civile sul rapporto matrimoniale?

Non è la prima volta che il diritto della chiesa si interessa anche del concreto svolgimento del rapporto coniugale (basta pensare alla dispensa da matrimonio rato e non consumato), ma è la prima volta che dal concreto svolgimento del rapporto esso deduce a livello legislativo (e non solo interpretativo) indici sintomatici di nullità dell'atto. Anche, se non soprattutto, perciò la riforma del processo canonico per le cause di nullità matrimoniale¹, introdotta dal papa Francesco, è destinata a

¹ Il motu proprio *Mitis iudex dominus Iesus*, approvato il 15 agosto 2015, è entrato in vigore l'8 dicembre scorso. Qui lo si cita con l'abbreviazione m.p. e nella versione italiana ufficiale, reperibile in www.vatican.va. Scarse norme di dettaglio sono state aggiunte nel *rescritto del santo padre Francesco sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale* del 7 dicembre 2015, *ibid.*

diventare una pietra miliare nella storia dell'ordinamento canonico². A ragione è stata indicata l'abrogazione della *duplex sententia conformis*, che certo è importante³. Questa anomalia, dovuta al papa Benedetto XIV ed evidentemente giustificata dall'eccesso di compiacenza dei primi giudici, dal 1741 ha resistito per quasi tre secoli ai tentativi di riconduzione del processo matrimoniale nell'alveo del processo ordinario, in cui vige il principio generale della formazione del giudicato anche per mancanza di impugnazione in termini o per rinuncia alla stessa (can. 1641, ora ribadito *in parte qua* dal can. 1679).

Tuttavia, il m.p. si pone come un *landmark law* non solo per questo ritorno al diritto comune ma anche, e probabilmente più, per l'introduzione di un secondo procedimento sommario a fianco di quello documentale (la cui disciplina, contenuta nei can. 1686-1688 del codice vigente, ora 1688-1690, non è stata toccata dalla riforma). A differenza di questo, basato su documenti incontrovertibili e non abbisognevole perciò di istruzione, il nuovo procedimento sommario si basa anche su aspetti di merito ("circostanze di fatti e di persone") da istruire con "testimonianze o documenti", sol "che non richiedano una inchiesta o una istruzione più accurata e rendano manifesta la nullità". Si giustifica così la seconda condizione, che "la domanda sia proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi, col consenso dell'altro" (can. 1683): in assenza di tale accordo, invero, la cognizione del giudice non può non essere piena ed esauriente, quale solo il rito ordinario può garantire.

L'innovazione non è soltanto processuale giacché l'individuazione di alcune delle "circostanze di fatti e di persone" non è stata lasciata all'interpretazione della giurisprudenza ma, come è proprio di un ordinamento che non conosce la distinzione dei poteri, è stata fatta in via previa, e sia pure in modo non tassativo, dallo stesso m.p. nella *ratio procedendi* (una sorta di disposizioni di attuazione, si potrebbe dire con il nostro lessico processual-civilistico) che accompagna la riforma codicistica⁴.

Non sorprende, quindi, che il combinato disposto del nuovo *processus brevior* e della relativa *ratio procedendi* sia sembrato nei primi commenti apparsi sulla stampa quotidiana finalizzato ad un più agevole ottenimento della dichiarazione di nullità anche per circostanze di fatto, sommariamente accertate, emerse successivamente all'atto di matrimonio, cioè durante il rapporto coniugale, ed attinenti quindi non alla fase formativa ma a quella esecutiva del vincolo: una sorta di scioglimento del matrimonio sotto le mentite spoglie della nullità, quindi, giacché circostanze come

² Una "rivoluzione" secondo il vescovo segretario del Sinodo B. Forte, *Evangelica semplicità*, in "Il sole - 24 ore", 9 settembre 2015.

³ "La decisione è storica, sia per le evidenti semplificazioni di cui potranno godere i fedeli, sia perché rompe con un passato che va calcolato in secoli" (A. Paravicini Bagliani, *Da tribunale dei santi a giudice delle nozze. Decadenza e rinascita della Sacra Rota*, in "la Repubblica", 9 settembre 2015).

⁴ Dato questo spiccato carattere integrativo sul piano sostanziale si è parlato esattamente (da J. Llobell, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis iudex"*, registrazione audiovisiva in www.iuscanonicum.it, 2015) di un complesso normativo unitario, comprendente anche la relazione di accompagnamento, la quale costituisce il supporto magisteriale del m.p.

l'aborto procurato, la persistenza di una relazione extraconiugale o, emblematicamente, la brevità della convivenza attengono all'adempimento concreto degli impegni assunti con il consenso matrimoniale. Sensazionale poi è apparsa l'inclusione tra queste circostanze di fatto, che autorizzano il ricorso al processo breve, addirittura della "mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà"⁵. Per quanto indirettamente, quale causa di simulazione o di errore, è invero la prima volta che la fede entra nella disciplina codicistica del matrimonio, ancorchè per la "porta di servizio" della *Ratio procedendi*.

Basterebbe questa osservazione per cogliere lo spessore profondo della riforma, pur nell'avvertenza che i casi evidenziati non configurano, singolarmente presi, una rottura netta con la giurisprudenza canonica⁶ e con la dottrina della Chiesa sul matrimonio, formatasi nel secondo millennio e soprattutto con il concilio di Trento. Ma, pur addentellandosi ad isolati precedenti, presi nel loro insieme i casi codificati possiedono una notevole forza propulsiva, capace di definire la parte centrale e principale del complesso delle nullità matrimoniali (con caratteristiche la cui compatibilità con l'ordinamento italiano è meritevole di attenzione non disinvolta).

Il classico caso, allora, di «un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche vanno al macero»? Il celebre aforisma di Kirchmann è sicuramente anacronistico in uno Stato costituzionale di diritto, in cui molteplici, e non solo statuali, sono le fonti del diritto. Ma non lo è in un ordinamento come quello canonico, che assomiglia agli ordinamenti ottocenteschi con la loro retorica veteropositivistica del legislatore unico, al cui cospetto esso fu codificato: il papa gode della *plenitudo potestatis*, che nel m.p. ha avuto modo di spingersi fino alla tensione massima. Tuttavia, l'esito non è scontato perché già una volta la dottrina, teologica e canonistica, di impostazione curialistica ha opposto la barriera giuridicistica delle presunzioni legali alla rilevanza della fede, affermata dal Concilio, per la validità del matrimonio. A questa vicenda converrà accennare, pur nella limitatezza di un'ottica mirante alle ripercussioni del nuovo processo sulla delibazione civile delle sentenze, per cogliere la svolta impressa dalla riforma.

2. Per la verità il tratto di penna capace di mandare al macero intere biblioteche c'era stato ed era stato impresso dal legislatore conciliare con l'affermazione che i sacramenti, e quindi anche il matrimonio, "suppongono la fede (...); perciò vengono chiamati "sacramenti della fede"⁷. Pertanto, secondo il senso proprio fatto palese dalle parole, è sacramento non ogni matrimonio tra battezzati, ma solo quello tra

⁵ "Eclatante (...) dirompente" la causa di nullità motivata dalla mancanza di fede per F. Garelli, *Il papa e le ferite dei fedeli*, in "La stampa", 9 settembre 2015.

⁶ Tra le tante rassegne ci si limita a citare quelle di M. Mingardi, *L'esclusione della dignità sacramentale dal consenso matrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza recenti*, Roma, 1997, e del già decano della Rota A. Stankiewicz, *La giurisprudenza in tema di esclusione della sacramentalità del matrimonio*, in Aa. Vv., *Matrimonio e sacramento*, Città del Vaticano, 2004, pp. 93 ss.

⁷ Concilio Vaticano II, cost. *Sacrosanctum Concilium*, 1963, n. 59.

battezzati che non abbiano perso la fede. Avrebbe dovuto conseguirne, a rigore, la messa in soffitta della dottrina tradizionale, ufficializzata da Pio IX nel *Syllabus*⁸ e codificata nel can. 1012 del *codex* pio-benedettino allora vigente, secondo cui “*inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum*”. Questa inscindibilità tra contratto e sacramento, per cui chi – battezzato - vuole il primo si presume voglia automaticamente anche il secondo, non attribuisce, infatti, alcuna rilevanza alla fede attuale dei nubendi, cioè alla loro convinzione del valore sacramentale del matrimonio, valorizzata dal Concilio. Ed infatti l’elemento soggettivo rileva solo rispetto al matrimonio come istituto di diritto naturale, ancorchè innalzato dal signore Gesù alla dignità di sacramento quando contratto tra battezzati (can. 1055, § 1): una volta espresso validamente il consenso al matrimonio canonico questo si presume legalmente esteso al matrimonio-sacramento, cioè al progetto cristiano di unione proposto dalla Chiesa.

Questa concezione era coerente con la visione bellarminiana della Chiesa, per cui “la santità del singolo era ininfluyente sull’appartenenza ecclesiale”⁹. Sufficiente, quindi, *belonging without believing*: il matrimonio è un istituto di diritto pubblico da non lasciar cadere nel soggettivismo della coscienza individuale con il rischio – com’è stato evidenziato anche dopo il Sinodo del 2014 - di un indebolimento del matrimonio e della famiglia, della messa in discussione della “validità di molti matrimoni, che pure presentano una loro consistenza sul piano degli impegni umani e sociali”¹⁰.

Senonchè la novità del Concilio stava proprio nell’aver rimesso al centro della Chiesa la Parola di Dio e la fede, dando luogo così ad una serie di ricadute anche in materia di matrimonio. La generale rimozione del Concilio, attraverso la sua riduzione ad assemblea pastorale che non intaccava il “fondamentalismo teologico plasmato da un pensiero giuridico, che presenta i fondamenti biblici in un modo grossolanamente semplificato”¹¹, consentì di denervare il *dictum* grazie a bizantinismi dottrinali, come quello, autorevolmente formulato nel 1977 dalla Commissione teologica internazionale, secondo cui la fede è “causa dispositiva” della fruttuosità del matrimonio, non della sua validità. Se non c’è fede il matrimonio non sarà fruttuoso, ma valido sì, se c’è stata l’intenzione matrimoniale, di volere cioè il contratto. Certo –

⁸ Pio IX (G.M. Mastai Ferretti), enc. *Quanta cura*, 1864, n. 73, ove si colpisce con anatema l’affermazione che “è falso che, o il contratto di matrimonio tra cristiani è sempre sacramento, ovvero che il contratto è nullo se si esclude il sacramento”, nonché quella che “Il Sacramento del matrimonio non è che una cosa accessoria al contratto, e da questo separabile”, su cui subito dopo nel testo.

⁹ G. Ruggieri, *Ritrovare il Concilio*, Einaudi, Torino, 2012, p. 75, che così continua: “per cui un delinquente che riconosceva la gerarchia cattolica doveva essere considerato membro della chiesa a preferenza di un protestante di vita esemplare, ma che riteneva che la vera chiesa fosse solo quella invisibile, dei santi”: agevole la trasposizione dell’esempio nel matrimonio.

¹⁰ P. Moneta, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell’attuale dibattito sinodale*, in www.statoechiese.it, 2015, p. 7.

¹¹ P. Hünemann, *Matrimonio, sacramento e sessualità. Una discussione lunga 100 anni*, in “Il Regno. Attualità”, 2015, n. 8, p. 553.

non può non riconoscere la Commissione -, una “*intentio vera ultimatum fide viva nascitur et nutritur*” ma nondimeno solo “*sine ulla fide personali validitas sacramenti infirmaretur*”. A dispetto della novità conciliare, quindi, la presunzione di validità rimaneva in piedi, anche se *iuris tantum*, perché ammetteva la prova contraria: che cioè mancasse perfino un “*vestigium fidei (in sensu vocis “Gläubigkeit”, “croyance”, “disposición para creer”)*”, un sia pur minimo “*desiderium gratiae et salutis*”¹².

Tutto qui? Inevitabile, allora, che a fronte di questo sgonfiamento – contrastato dall’opposizione di altra parte della dottrina teologica, che argomentava diffusamente sulla “intenzione, come elemento integrante del loro consenso, di contrarre il loro matrimonio ‘nel Signore’”¹³ per la validità del matrimonio degli sposi – la questione tornasse ai vescovi, sia pure stavolta non come legislatori ma semplici consultori nell’ambito del Sinodo del 1980. Così, sulla spinta del relatore card. Ratzinger¹⁴, poi eletto papa Benedetto XVI, quell’organo affermava che “occorre esaminare più profondamente se l’affermazione, secondo cui un matrimonio valido fra battezzati è sempre un sacramento si applichi anche a coloro che hanno perso la fede. Si indichino quindi le conseguenze giuridiche e pastorali, indagando specialmente su quali siano i criteri pastorali per discernere la fede dei nubendi e in qual modo nell’intenzione di fare ciò che fa la chiesa si debba anche avere, in grado più o meno elevato, un’intenzione minima di credere con la chiesa”¹⁵.

Indicazione delle conseguenze giuridiche, e non solo pastorali, chiedevano i padri sinodali, ma ebbe il sopravvento la paura del salto nel buio, dei “gravi rischi” implicati da un’indagine sul grado di fede dei nubendi: “giudizi infondati e discriminatori, dubbi sulla validità di matrimoni già celebrati, in particolare da parte di battezzati non cattolici”. Per cui il papa ebbe modo di ribadire senz’altro la presunzione che, in forza del battesimo ricevuto, i nubendi, anche se “battezzati non credenti”, “almeno implicitamente, acconsentono ciò che la Chiesa intende fare quando celebra il matrimonio”, di modo che al fine della validità del matrimonio non l’intenzione minima si deve dimostrare, perché la si presume, bensì l’atto di “rifiutare in modo esplicito e formale ciò che la Chiesa intende”¹⁶. Si spianava così la strada alla riproduzione tal quale nel nuovo *codex iuris canonici* del 1983 (ca. 1055 §2) della presunzione del codice abrogato: “*inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum*”.

¹² Commissione teologica internazionale, *Propositiones. Theses de doctrina matrimonii christiani*, in *Documenta-Documenti (1969-1985)*, Città del Vaticano, 1988, n. 2.3, p. 218.

¹³ W. Kasper, *Teologia del matrimonio*, Queriniana, Brescia, 1979, p. 78. Analogamente K. Lehmann, *Sacramentalité*, in Aa. Vv., *Problèmes doctrinaux du mariage chrétien*, Diffusion Centre Cerfaux-Lefort, Louvain-la-Neuve, 1979, pp. 193 ss.; Ph. Delhay, *Sacramentalité*, *ibid.*, p. 74.

¹⁴ La relazione è riportata in *Il Sinodo dei Vescovi. Quinta assemblea generale ordinaria (26 settembre-25 ottobre 1980)*, a cura di G. Caprile, La civiltà cattolica, Roma, 1982, pp. 739 ss.

¹⁵ Si tratta della *Propositio* 12, n. 3, approvata dal Sinodo dei vescovi il 24 ottobre 1980, in *Enchiridion Vaticanum*, VII, p. 716, n. 681.

¹⁶ Giovanni Paolo II (K. Wojtila), *Familiaris Consortio*, 1981, n. 68, in www.vatican.va.

Tuttavia, il seme conciliare non cessava di portare qualche frutto nella giurisprudenza rotale, come s'è detto, per cui Giovanni Paolo II sul finire del suo lungo pontificato sentiva il bisogno di bloccare ogni accenno di apertura ai "requisiti intenzionali o di fede che andassero al di là di quello di sposarsi secondo il piano divino del 'principio'"¹⁷. Perciò "la Chiesa non rifiuta la celebrazione delle nozze a chi è *bene dispositus*, anche se imperfettamente preparato dal punto di vista soprannaturale, purchè abbia la retta intenzione di sposarsi secondo la realtà naturale della coniugalità"¹⁸: non escluda, vale a dire, uno dei *tria bona matrimonii* (unità, indissolubilità, prole) o il matrimonio stesso sul piano (non sacramentale, ma) "naturale"¹⁹.

La posizione non mutava con il successore Benedetto XVI, pur sulle prime, memore delle posizioni sostenute in passato, possibilista nel senso che il problema del "sacramento senza fede (...) è da approfondire"²⁰. Un obiettivo incoraggiamento dato a quella parte della dottrina che non aveva smesso di ricercare i casi in cui il fallimento del rapporto coniugale era da ascrivere alla mancanza di fede²¹. E non casualmente questi studi riprendevano vigore in chiave di secolarizzazione della società, che non giustifica le presunzioni legali in materia di matrimonio formulate in una società monoreligiosa di tipo cristiano²²: come presumere, in una società che opera come se Dio non ci fosse, che proprio nel caso del matrimonio i fedeli consentirebbero senza riserve a ciò che al riguardo intende e vuole la Chiesa? Peraltro, pur amato dalla parte conservatrice della Chiesa, sul punto Benedetto XVI non veniva recepito dalla dottrina canonistica che vi si riferisce, secondo cui, al contrario, è la fede che – nonostante il *dictum* conciliare, ritenuto evidentemente insufficiente

¹⁷ Id., *Discorso alla Rota romana*, 1 febbraio 2001, *ibid.*

¹⁸ Id., *Discorso alla Rota romana*, 30 gennaio 2003, *ibid.*

¹⁹ Sui modi in cui potrebbe atteggiarsi questa volontà contraria al matrimonio v. tra gli altri M.A. Ortiz, *L'esclusione della dignità sacramentale: la retta intenzione e la disposizione per credere*, in "Ius ecclesiae", 2010, n. 1, pp. 104 ss.

²⁰ Benedetto XVI (J. Ratzinger), *Al clero della Valle d'Aosta*, in "L'osservatore romano", supplemento del 25 luglio 2005, p. 25, in cui aggiungeva: "Se realmente si possa trovare qui un momento di invalidità perché al sacramento mancava una dimensione fondamentale non oso dire".

²¹ V. per esempio già E. Corecco, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici: osservazioni critiche*, in *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, a cura di S. Gherro, Cedam, Padova, 1988, ora in Id., *Ius et communio. Scritti di diritto canonico*, II, Piemme, Casale Monferrato, 1997, p. 606, e più recentemente gli scritti di P. Moneta, *Mentalità occidentale e diritto matrimoniale canonico*, in "Il diritto ecclesiastico", 2003, pp. 126 ss., e *L'esclusione del sacramento e l'autonomia della fattispecie*, in *Matrimonio e sacramento*, cit., pp. 75 ss., ora in Id., *Communitas vitae et amoris. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 97 ss. e 237 ss.

²² Esempiare lo studio di P.A. Bonnet, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un occidente scristianizzato*, Giuffrè, Milano, 2006. V. anche A. Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007; L. Musselli, *Riflessioni e ipotesi sulle prospettive evolutive in tema di nullità e scioglimento dei matrimoni canonici*, in www.statoechiese.it, 2014.

- “deve trovare una sua giustificazione teologica, prima ancora che giuridica, come ogni argomento che chiama in causa la grazia”²³.

3. Nonostante le timide aperture iniziali, il pontificato di Benedetto XVI – papa di grande pensiero ma di scarsa azione – si concludeva con la riaffermazione della dottrina preconciare: “il patto indissolubile tra uomo e donna non richiede, ai fini della sacramentalità, la fede personale dei nubendi”²⁴: solo della *intentio*, quindi, non della fede dei nubendi deve occuparsi il giudice ecclesiastico adito per la dichiarazione di nullità. Tutt’al contrario, per il suo successore Francesco, “il giudice, nel ponderare la validità del consenso espresso, deve tener conto del contesto di valori e di fede – o della loro carenza o assenza – in cui l’intenzione matrimoniale si è formata. Infatti, la non conoscenza dei contenuti della fede potrebbe portare a quello che il Codice chiama errore determinante la volontà (cfr can. 1099). Questa eventualità non va più ritenuta eccezionale come in passato, data appunto la frequente prevalenza del pensiero mondano sul magistero della Chiesa”²⁵.

La discontinuità tra i due atti di magistero non potrebbe essere più evidente. Se la non conoscenza della fede non è più eccezionale, la presunzione non si giustifica più. Al fine della validità del sacramento la fede rileva, non può essere assorbita dalla intenzione, che si presume conforme a quella della Chiesa, perché nel “contesto umano e culturale in cui si forma l’intenzione matrimoniale” ormai non più eccezionalmente “l’abbandono di una prospettiva di fede sfocia inesorabilmente in una falsa conoscenza del matrimonio, che non rimane priva di conseguenze nella maturazione della volontà nuziale”.

A rendere ancora più evidente la svolta militano altri due fattori: senza neppure accennare ai numerosi riferimenti dedicati al tema dai due immediati predecessori, Francesco si riallaccia direttamente – *omissis mediis* – al papa (della continuazione) del Concilio, a Paolo VI, che aveva denunciato il “relativismo sistematico che sostituisce all’impero della coscienza morale il capriccio della coscienza psicologica”²⁶. L’altro fattore di svolta consiste nella rivalutazione della principale proprietà del matrimonio, messa in luce dal Concilio e oscurata dal *codex* del 1983 dietro i classici *tria bona matrimonii*: “l’amore coniugale come «principio vitale» del consenso, la reciproca donazione per costituire il consorzio di tutta la vita”. È (anche e principalmente) questo bene ad essere minacciato dall’errore e dalla “riserva mentale circa la stessa permanenza dell’unione, o la sua esclusività, che verrebbero meno

²³ O. Fumagalli Carulli, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Vita e pensiero, Milano, 2008, p. 156. Con questa citazione apoditticamente attendista si conclude anche un più recente intervento nella “discussione lunga 100 anni” (per citare ancora Hünermann): A.P. Tavani, *Fede e consenso matrimoniale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 233.

²⁴ Benedetto XVI (J. Ratzinger), *Discorso alla Rota romana*, 26 gennaio 2013, in www.vatican.va

²⁵ Francesco (J.M. Bergoglio), *Discorso alla Rota romana*, 23 gennaio 2015, *ibid.*

²⁶ Paolo VI (G.B. Montini), *Discorso alla Rota romana*, 31 gennaio 1974, in www.vatican.va. Significativamente anche nelle scarse note del m.p., oltre al Concilio, dei predecessori viene citato solo Paolo VI.

qualora la persona amata non realizzasse più le proprie aspettative di benessere affettivo”.

Il breve, quasi lapidario, discorso di Francesco ai giudici rotali non era un fiore nel deserto. A monte della svolta stava in generale la sua fedeltà al Concilio, preso sul serio come novità, ma nell'immediato stavano due proposizioni approvate dal Sinodo del 2014 a maggioranza qualificata: con 143 voti a 35 la prima (n. 48), con 154 a 23 la seconda (n. 49). In entrambe si auspicava lo snellimento del processo matrimoniale, ma nella prima si andava oltre il processo e si entrava nel diritto sostanziale (il che spiega verosimilmente il maggior numero di voti contrari), introducendosi la categoria dei “casi di nullità notoria” e proponendosi la “possibilità di dare rilevanza al ruolo della fede dei nubendi in ordine alla validità del sacramento del matrimonio, tenendo fermo che tra battezzati tutti i matrimoni validi sono sacramento”.

A questa possibilità ha dato ora attuazione il papa, dapprima con istruzioni dirette ai giudici e poi con il m.p., grazie alla cui codificazione un indirizzo giurisprudenziale minoritario, superata la decisa opposizione di papa Wojtila, tornerà ad espandersi in direzione dell'innalzamento della soglia minima tradizionale per accedere validamente al matrimonio: dalla mera consapevolezza dell'istituto naturale a quella del sacramento. L'obsoleta presunzione legale, per cui “tra battezzati tutti i matrimoni validi sono sacramento”, formalmente rimane ma è il papa stesso che di fatto la smonta, abbandonando la pregressa *dissimulatio* della realtà secolarizzata e di fatto imponendo (se non proprio la presunzione opposta) l'indagine caso per caso, alla stregua però del contesto di valori e di fede in cui si forma l'intenzione coniugale, cioè della “loro carenza o assenza”: eventualità, questa, che “non va più ritenuta eccezionale come in passato”.

Ne consegue che non solo la presunzione legale, posta dal can. 1055 § 2, ma anche quella contenuta nel can. 1101 § 1, secondo cui “*internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis*”, non trova più fondamento nella società secolarizzata. A causa della prevalenza del pensiero mondano sul magistero ecclesiastico la “riserva mentale”, come nota il papa, non è più un'eccezione, è sempre in agguato e anzi è un tratto caratteristico della generale cultura della simulazione²⁷. L'impressione, alla luce della riforma come autenticamente interpretata dal papa, è che, pur rimaste in piedi e non abrogate²⁸, le presunzioni codicistiche siano ridotte ormai a simulacri o reperti archeologici. La presenza, o non, di una corretta *intentio*, anche sacramentale, la corrispondenza, o non, del consenso all'interno volere non si presumono ma, se contestate, devono essere provate caso per caso.

²⁷ Per le ricadute di questa cultura sul matrimonio si può vedere, volendo, N. Colaianni, *Consenso matrimoniale e simulazione tra realtà e virtualità*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, I, CEDAM, Padova, 2000, p. 576 ss.

²⁸ Come coerentemente auspicato da una parte della dottrina: cfr. Bonnet, *Le presunzioni legali*, cit., p. 163.

4. La superba architettura dell'istituto del matrimonio cristiano, poggiante sulle fragili fondamenta di mere presunzioni d'altri tempi smascherate ora dallo stesso pontefice, viene così erosa attraverso l'allargamento dello spazio della simulazione per esclusione della sacramentalità e dell'errore determinante circa la dignità sacramentale. Il timore, o in misura minore l'auspicio, che da decenni dividono dottrina e giurisprudenza²⁹, è che così si oltrepassino i ristretti confini delle tradizionali categorie di nullità previste dal codice, finendo per farvi rientrare, *sub specie* di mancanza di fede al momento della celebrazione, patologie e fallimenti manifestatisi nel corso del rapporto, di per sé e direttamente irrilevanti al fine dell'accertamento della validità dell'atto. Invero, la mancata esecuzione del progetto matrimoniale proprio della Chiesa nel corso del rapporto non attiene alla formazione di questo e, quindi, formalmente non incide sulla validità del matrimonio³⁰: attribuirvi, invece, rilevanza significherebbe dare ingresso sostanzialmente ad uno scioglimento del vincolo, con una operazione sostanziale di *camouflage*.

Emerge qui il problema del rapporto tra nullità e fallimento del matrimonio, rimasto irrisolto dacchè nel primo millennio il consenso *continuo* secondo il diritto romano classico, confermato per l'ultima volta da Giustiniano secondo cui *quidquid ligatur, solubile est*, venne gradualmente sostituito dal consenso *iniziale* della dottrina cristiana, cieca (salvo il privilegio della fede) di fronte al fallimento dei matrimoni. Già, tuttavia, con papa Ratzinger era stata tematizzata la situazione di sofferenza di coloro che "trovandosi in nuovo matrimonio non valido, si convertono, trovano la fede e si sentono esclusi dal Sacramento"³¹. Finora le proposte di soluzione avanzate e discusse nei due consecutivi sinodi episcopali sono state di due tipi: adozione di un "sistema penitenziale" per i divorziati risposati e/o allargamento dei casi di nullità attraverso un'interpretazione estensiva dei canoni.

Le due proposte non sono alternative, come si può dedurre dalla proposizione n. 82 del Sinodo 2015, secondo cui "per tanti fedeli che hanno vissuto un'esperienza matrimoniale infelice, la verifica dell'invalidità del matrimonio rappresenta *una* via da percorrere": non l'unica, quindi. Anzi le due proposte sono capaci di completarsi reciprocamente: nel senso che, esperita negativamente la procedura di nullità, il fallimento del matrimonio verrebbe affrontato sul piano pastorale, che non esclude quello giuridico *sub specie*, per esempio, di dispensa. Ma evidentemente, mentre la prima proposta di soluzione si muove nel solco canonistico tradizionale e non a caso è stata subito tradotta in legge dal m.p., l'altra è innovativa della tradizione e perciò stenta a trovare un'adequata traduzione, avendo incontrato il disfavore di una parte

²⁹ Per una esauriente sintesi si può vedere il recente contributo di A. Madera, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 142 ss.

³⁰ Principio pacifico: cfr. *ex multis* nella manualistica E. Vitali - S. Berlingò, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 86 s.; F. Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 86.

³¹ Benedetto XVI, *Al clero della Valle d'Aosta*, cit.

rilevante dei padri conciliari: più di un terzo nel primo sinodo, assottigliatosi a poco meno di un terzo nel secondo.

Il che ha qualcosa di paradossale agli occhi di chi prenda sul serio l'imperativo evangelico della misericordia, che si compenetra con la giustizia e la verità³², nonché la valorizzazione della fede, operata dal Concilio in poi e culminata nelle riportate disposizioni del m.p. date, come si precisa nel successivo rescritto cit., "per attuare la giustizia e la misericordia sulla verità del vincolo di quanti hanno sperimentato il fallimento matrimoniale". A tale stregua, infatti, le due proposte appaiono contrapposte: la via larga delle nullità, di massima, ne prescinde e anzi, specie quando si riconosca l'esclusione di una delle proprietà essenziali del matrimonio, sconta la (persistente) assenza di fede e quindi l'autoesclusione del battezzato non più credente; viceversa, la via stretta della penitenza presuppone la (persistente) fede del divorziato risposato, che chiede di essere riammesso all'eucarestia. Insomma, al fine di un recupero pastorale, la via larga delle nullità si presenta spesso impervia, laddove la via stretta della penitenza appare, con opportuno discernimento, assai più promettente di positività: sono fedeli che hanno sbagliato ma che sono disponibili alla reintegrazione ovvero, nel lessico evangelico, pecorelle smarrite che hanno solo bisogno di un pastore che ne vada alla ricerca.

5. La difficoltà nell'intraprendere (anche) quest'ultima via si spiega con il fatto che essa implica, almeno nella versione più radicale e coerente, un duplice impegnativo mutamento di paradigma dei rapporti con gli ordinamenti civili: sul piano giuridico interno ed esterno. Innanzitutto, si tratta, infatti, di riprendere – pur senza ammettere i divorziati risposati ad un secondo matrimonio-sacramento - una procedura conosciuta nella Chiesa primitiva³³ e tuttora praticata nelle chiese cristiane ortodosse orientali ma abbandonata dalla chiesa cattolica. Tornare sui propri passi ed ammettere che un'altra tradizione ecclesiale in materia è pastoralmente più conveniente non è facile per nessuna istituzione, tanto più se millenaria.

In secondo luogo, sul piano dei rapporti con gli stati, "l'apertura" ai divorziati risposati implica un riconoscimento, se non dell'avvenuto divorzio, quanto meno dello stato libero ad esso conseguito. Ciò significa consentire implicitamente che "siano giudicate dall'autorità giudiziarie civile" – come si esprimeva l'art. 34 del concordato lateranense del 1929 (quello vigente lo dà per scontato, neppure accennandovi) - non solo le cause di separazione personale ma anche quelle di divorzio. Infat-

³² "Nessuna contrapposizione allora tra misericordia, giustizia e verità perché in Dio, che è il legislatore, la misericordia viene prima della giustizia e quest'ultima non è mai punitiva, mai retributiva, mai meritocratica: è una giustizia non bendata perché guarda il volto di ciascuno e discerne la sofferenza, il desiderio dell'amore e, solo successivamente, il peccato": così E. Bianchi, *La misericordia viene prima della giustizia*, in "La stampa", 18 ottobre 2015.

³³ Fondamentale lo studio di G. Cereti, *Divorzio nuove nozze e penitenza nella Chiesa primitiva*, nuova edizione con prefazione di F. Zanchini di Castiglionchio, Aracne, Roma, 2013. *Adde* ora Id., *Matrimonio e misericordia*, EDB, Bologna, 2015.

ti, il percorso penitenziale, svolgentsi necessariamente in foro interno, ove giudicato satisfattivo, si concluderebbe con una riammissione dei divorziati risposati all'eucarestia e, quindi, con un'implicita presa d'atto dello stato libero riacquistato dai coniugi a seguito del divorzio intervenuto in sede civile. Questo, beninteso, continuerebbe a non essere riconosciuto come atto giuridico, perché altrimenti coerenza vorrebbe che si ammettesse al secondo matrimonio religioso il divorziato. Tuttavia, la Chiesa prenderebbe atto dell'effetto che ne è conseguito, cioè lo stato libero che ha consentito l'instaurarsi di un nuovo rapporto coniugale: rapporto oggettivamente "*in manifesto gravi peccato*" (can. 915 c.i.c.) ma non soggettivamente imputabile in alcuni casi, nei quali sarebbe emendabile, per dir così, attraverso la penitenza.

Un giudizio, pertanto, a due livelli: al primo livello non si riconosce il divorzio - in quanto, pur legalmente costituito secondo l'ordinamento civile, è contrario al diritto della chiesa -, al secondo si riconosce lo stato libero da quello originato e, dopo un fruttuoso cammino penitenziale, l'eventuale nuova unione, sia pure non sacramentale ma non ostativa all'accesso agli altri sacramenti. Si tratterebbe, in sostanza, di un'applicazione della "*zweistufige theorie*", che risponde ad una tecnica internazionalprivatistica molto utilizzata nel diritto di famiglia delle società multiculturali in quanto consente di trovare una mediazione tra valori in principio contrastanti³⁴ (come ad esempio il matrimonio poligamico celebrato all'estero, non riconoscibile, e i diritti di successione del figlio nato da quel matrimonio, riconoscibili³⁵). La dottrina della Chiesa sul matrimonio rimarrebbe immutata ma si terrebbe conto di alcune situazioni di fatto originate da una legislazione civile, che pur si continua a non condividere.

Del resto, questa accettazione del male minore *pro bono animarum*, senza mutare la propria dottrina in materia, è una costante del *ius publicum ecclesiasticum externum*: senza andare troppo lontani nel tempo e nello spazio, basterà ricordare che nello stesso Accordo del 1984 la Santa sede ha concordato una disciplina dell'efficacia civile delle sentenze di nullità notevolmente più restrittiva di quella precedente - e ancor più notevolmente erosa dalla giurisprudenza successiva - e, quindi, della giurisdizione ecclesiastica, benchè nient'affatto coerente con il can. 1671 c.i.c., secondo cui "*causae matrimoniales baptizatorum iure proprio ad iudicem ecclesiasticum spectant*". Si tratta di una mediazione al detto secondo livello, che non ha implicato un mutamento di dottrina, come dichiarato nel comma finale dell'art. 8: "Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la Santa Sede sente l'esigenza di riaffermare il valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio".

³⁴ V. anche per ampi richiami bibliografici E. Jayme, *Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1993, pp. 301ss.; di recente L. Mormile, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Familia*, 2004, p. 92.

³⁵ Cass. 2 maggio 1999, n. 1739.

Nonostante le difficoltà il secondo Sinodo, a maggioranza qualificata sia pure striminzita (un solo voto in più dei due terzi richiesti), s'è mosso in questa direzione: molto cautamente riconoscendo, nel solco di un magistero consolidato, che "in alcune circostanze «l'imputabilità e la responsabilità di un'azione possono essere smiuite o annullate» (CCC, 1735) a causa di diversi condizionamenti. Di conseguenza, il giudizio su una situazione oggettiva non deve portare ad un giudizio sulla «imputabilità soggettiva» (Pontificio Consiglio per i testi legislativi, Dichiarazione del 24 giugno 2000, 2a)". Ha quindi proposto nella "logica dell'integrazione" di "accompagnare le persone interessate sulla via del discernimento delle situazioni" - del resto prescritto nello stesso documento pontificio che ha ufficializzato la dottrina e la normativa preconiliari del matrimonio³⁶ - poiché "il colloquio col sacerdote, in foro interno, concorre alla formazione di un giudizio corretto su ciò che ostacola la possibilità di una più piena partecipazione alla vita della Chiesa e sui passi che possono favorirla e farla crescere"³⁷.

Naturalmente il giudizio resta sospeso in attesa della concreta articolazione normativa che potranno ricevere queste proposte.

6. Il secondo tipo di soluzione si muove tutta all'interno dell'ordinamento canonico ed è subito apparso, già nel sinodo del 2014, più agevolmente praticabile, tanto da aver dato luogo con relativa rapidità al m.p. Esso, infatti, punta ad una reinterpretazione delle classiche nullità, che le adegui alla realtà sacramentale del matrimonio, da un lato, e, dall'altro, a situazioni notorie di esclusione di questa realtà fin dal momento della celebrazione del matrimonio.

Sotto il primo profilo, una tesi radicale muove dalla premessa che "la celebrazione non solo esprima la natura sacramentale del patto coniugale, ma la costituisca", sì da integrarsi con la realtà naturale della coniugalità nell'oggetto della *intentio*³⁸. Essa si pone però in netto contrasto con l'apertura sinodale ad una rivisitazione delle nullità, condizionata, tuttavia, al mantener "fermo che tra battezzati tutti i matrimoni validi sono sacramento". La tesi, in effetti, si riallaccia, apprezzabilmente, piuttosto alla tradizione "lunga" della Chiesa in materia sacramentale. Il suo riferimento più immediato è evidentemente il Vaticano II, ancorché l'autore mostri di assumere come base anche la citata *Familiaris consortio*, n. 68: punto di partenza assai improbabile essendo arduo dare di un documento pacificamente interpretato

³⁶ Giovanni Paolo II, *Familiaris consortio*, cit., n. 84: «Sappiano i pastori che, per amore della verità, sono obbligati a ben discernere le situazioni. C'è infatti differenza tra quanti sinceramente si sono sforzati di salvare il primo matrimonio e sono stati abbandonati del tutto ingiustamente, e quanti per loro grave colpa hanno distrutto un matrimonio canonicamente valido. Ci sono infine coloro che hanno contratto una seconda unione in vista dell'educazione dei figli, e talvolta sono soggettivamente certi in coscienza che il precedente matrimonio, irrimediabilmente distrutto, non era mai stato valido».

³⁷ Le citazioni sono tratte dalle proposizioni 84, 85, 86, in www.vatican.va

³⁸ N. Reali, *Quale fede per sposarsi in chiesa? Riflessioni teologico-pastorali sul sacramento del matrimonio*, EDB, Bologna, 2014, pp. 34 s.

come restrittivo una lettura “progressista”, che il pensiero teologico ufficiale, come s’è visto, non ha attribuito neanche alla citata costituzione conciliare.

Proficuamente e immediatamente praticabile, siccome sostanzialmente aderente all’auspicio sinodale, era l’individuazione, oltre che dei casi indicati di rilevanza della fede, dei “casi di nullità notoria”³⁹. Alcuni esempi adottati nelle regole procedurali riguardano effettivamente vizi del consenso matrimoniale, come la “violenza fisica inferta per estorcere il consenso” (l’ipotesi sa un po’ di scuola, attese le garanzie che assistono la forma della celebrazione), la “mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici” (can. 1095 c.i.c.), la “causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna”, che integra un consenso viziato da *metus* (can. 1103 c.i.c.), l’errore sulla qualità della persona, che abbia dato causa al matrimonio (can. 1097 § 2 c.i.c.) causato dall’“occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione”.

Altri casi indicati nelle regole procedurali – e sono quelli che più rilevano ai fini della delibabilità delle relative sentenze - riguardano piuttosto il comportamento dei coniugi nel corso del rapporto, cioè l’adempimento concreto degli impegni matrimoniali. Si tratta in sostanza di casi *borderline* di “sconfinamento della nullità verso lo scioglimento”⁴⁰, in cui la nullità dell’atto istantaneo di celebrazione del matrimonio – l’unico che rilevi per la Chiesa - viene dedotta dalle vicende del rapporto di coniugio (giuridicamente irrilevante per la Chiesa), la serietà ed effettività della volontà dalla sua concreta attuazione nella vita coniugale. Emblematici sono i casi della “brevità della convivenza coniugale” o della “ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo”: sono casi evidenti di fallimento del rapporto, assunti tuttavia come indici rivelatori dell’incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, tra cui la stabilità dello stesso, o dell’intenzione simulatoria *contra bonum fidei*. Analogamente “l’aborto procurato per impedire la procreazione” avviene durante il rapporto ma viene assunto come indice rivelatore di una simulazione *contra bonum prolis*.

³⁹ Pertanto (art. 14), “si annoverano per esempio: quella mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l’errore che determina la volontà, la brevità della convivenza coniugale, l’aborto procurato per impedire la procreazione, l’ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo, l’occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione, la causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna, la violenza fisica inferta per estorcere il consenso, la mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici, ecc.”.

⁴⁰ Così P. Moneta, *Nullità e scioglimento del matrimonio*, in Id. *Communitas vitae et amor*, cit., p. 412, autore di diverse variazioni sul tema: cfr. Id., *Giudizio di nullità del matrimonio e vita coniugale*, in “Il diritto ecclesiastico”, 2008, pp. 93 ss., e *Spunti di riflessione sulla simulazione del consenso matrimoniale*, in “*Iustitia et iudicium*”. *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di J. Kowal e J. Llobell, Città del Vaticano, 2010, II, ora in Id. *Communitas vitae et amor*, cit., pp. 131 ss. e 259 ss.

Si tratta di *presumptions of fact*, già emerse nella giurisprudenza di alcuni tribunali ma sempre ridimensionate dalla Segnatura apostolica ad “*adminicula, indicia vel circumstantiae*”, da valutare secondo le usuali regole probatorie, non potendosene dedurre automaticamente la grave mancanza di discrezione di giudizio, oppure l’esclusione o il carattere determinante dell’errore, che provocano il difetto di consenso invalidante i matrimonio. Anzi in taluni casi esse contrastano apertamente con le previsioni codicistiche, come per esempio la presunzione generica che i giovani non hanno la sufficiente discrezione di giudizio (il che è in contraddizione con il can. 1083 § 1), e si reggono piuttosto sul sentire comune divorzistico.

Naturalmente, il m.p. non ritiene che in presenza di tali circostanze il matrimonio, quasi deterministicamente, debba ritenersi nullo, tant’è che il nuovo can. 1683 § 2 fa comunque salva la necessità di “un’inchiesta o una istruzione più accurata”, ma il fatto che il m.p. non abbia lasciato alla giurisprudenza il consolidamento di queste nullità manifeste ma le abbia espressamente nominate come tali depone nel senso di una loro elevazione a figure sintomatiche della nullità matrimoniale: manifestazioni tipiche della nullità, dalle quali possa desumersi in via di deduzione logica l’esistenza sia pure potenziale dell’incapacità o del vizio della volontà.

7. Con il m.p., in conclusione, il legislatore canonico, senza introdurre nuove figure di nullità, ratifica, per dir così, quelle figure sintomatiche che pur emerse nella giurisprudenza non erano assurte a *ius receptum* per l’oggettiva perplessità nascente dal fatto che esse impingono nel campo vietato del rapporto matrimoniale. Compie così una sorta di “operazione verità” poiché non rimuove il problema attuale della diffusione di una fede ormai “priva del suo valore orientativo e normativo” pur se dietro apparenze “persino di amore alla Chiesa”⁴¹, anzi ne rileva esplicitamente l’incompatibilità con la *recta intentio faciendi quod facit Ecclesia* in modo da riequilibrare la portata delle presunzioni legali. Si potrebbe dire, richiamando due istituti canonistici di origine medievale, che la chiesa di Francesco abbandoni il tradizionale atteggiamento di *dissimulatio* della realtà senza *tolerantia* per i coniugi che abbiano preso atto del fallimento del loro rapporto e adotti un atteggiamento di *tolerantia* senza *dissimulatio* della realtà di ogni giorno. Dal giustizialismo del *dura lex sed lex*, della giustizia retributiva, dalla giustizia cieca si passa alla giustizia “che è ad un tempo misericordia, perdono e solidarietà”⁴².

La vera novità sta non tanto nell’aver codificato, e reso così incontrovertibili, orientamenti giurisprudenziali non ancora consolidati, inclini alla considerazione delle vi-

⁴¹ Francesco, *Discorso alla Rota romana*, cit., ove si aggiunge che “L’esperienza pastorale ci insegna che vi è oggi un gran numero di fedeli in situazione irregolare, sulla cui storia ha avuto un forte influsso la diffusa mentalità mondana”.

⁴² Così E. Wiesnet, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, Giuffrè, Milano, p. 70 nell’ambito di un’acuta esegesi della pregnanza del concetto biblico di *tsedaqah*, che – “mentre nel pensiero giuridico occidentale i valori del diritto e dell’amore, per loro natura si escludono reciprocamente” – “può esprimersi nella formula breve: solo chi ha misericordia è veramente giusto” (p. 76).

cende concrete del rapporto, quanto nell'aver previsto in questi casi la corsia privilegiata del procedimento speciale direttamente davanti al vescovo, recuperato nella sua funzione di "giudice tra i fedeli a lui affidati", cioè di giudice naturale precostituito, si direbbe, per legge divina o, forse meglio, per carisma, che conseguentemente non lascia – si precisa nella relazione di accompagnamento - "completamente delegata agli uffici della curia la funzione giudiziaria in materia matrimoniale"⁴³. Solo la raccolta delle prove è affidata all'istruttore nominato dal vicario giudiziale (can. 1686) ma la decisione, sia pure dietro consultazione con l'istruttore e l'assessore dopo aver vagliato le osservazioni del difensore del vincolo e delle difese delle parti (se ci sono), è propria del vescovo (can. 1687 § 1) e, se non appellata, diventa esecutiva.

Lo snellimento della procedura, nell'esprimere "prossimità alle famiglie ferite"⁴⁴, è al limite della degiuridicizzazione. Del resto, si tratta di un compromesso tra chi nel Sinodo s'era dichiarato favorevole alla "possibilità di determinare una via amministrativa sotto la responsabilità del vescovo diocesano" e chi s'era dichiarato contrario perché questa ed altre proposte "non garantirebbero un giudizio affidabile"(proposizione n. 48). Come si precisa nella relazione di accompagnamento, infatti, la via giudiziaria è stata preferita "non perché lo imponga la natura della cosa, ma piuttosto lo esiga la necessità di tutelare in massimo grado la verità del sacro vincolo"⁴⁵. Si tratta dello stesso compromesso realizzato nella disciplina dell'altro procedimento speciale già vigente, quello documentale, che pure formalmente giudiziario rivela una "appartenenza, ma solo *sostanziale e non giuridica*, alla funzione *amministrativa*"⁴⁶. A monte di entrambi i procedimenti, accomunabili nello stesso genere, c'è l'evidenza della certezza, che entrambi riallaccia alla tradizionale⁴⁷ procedura canonistica *ex notorio*.

In effetti, l'accertamento in via amministrativa dei "casi di nullità più evidente", che come s'è detto sono al confine con quelli di scioglimento essendo provati dal comportamento dei coniugi nel corso del rapporto, li avrebbe accostati ai casi di scioglimento in favore della fede, oggetto di provvedimenti amministrativi di di-

⁴³ Per una puntuale descrizione, anche delle criticità, del nuovo ordinamento giudiziario e processuale v. M. del Pozzo, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m.p. "Mitis iudex"*, in www.statoe.chiese.it, 2015.

⁴⁴ Così il *Rescritto* cit., che dà anche un segnale concreto di questo spirito pastorale, stabilendo che "La Rota Romana giudichi le cause secondo la gratuità evangelica, cioè con patrocinio *ex officio*, salvo l'obbligo morale per i fedeli abbienti di versare un'oblazione di giustizia a favore delle cause dei poveri".

⁴⁵ Inspiegabilmente, al cospetto dell'inequivocabile dettato, sostiene invece che la "conservazione della via giudiziaria ben manifesta la consapevolezza dell'insopprimibile rispetto della natura della cosa" del Pozzo, *L'organizzazione giudiziaria*, cit., f. 3.

⁴⁶ P.A. Bonnet, *Brevi note sul processo documentale*, in Aa. Vv., *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 73 (i corsivi sono nel testo), che attribuisce la "veste giudiziaria" di questo rito alla "necessità di un controllo maggiormente sicuro e meno facilmente sviabile da distorcenti inquinamenti di parte, singolarmente gravi quando si deve giudicare della validità di un matrimonio": sono le stesse ragioni, a un di presso, invocate nel m.p. Già in precedenza v. Id., *Il processo documentale (can. 1686-1688 c.c.)*, in Aa. Vv., *Il processo matrimoniale*, Città del Vaticano, 1988, pp. 389 ss.

⁴⁷ Sempre istruttivo R. Bertolino, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Giappichelli, Torino, 1965.

spensa. Ma il fatto che il m.p. conservi, come in effetti conserva, la via giudiziale non esclude senz'altro che la sentenza non abbia, in sostanza, il valore piuttosto di una dispensa: una spia in questo senso può essere costituita dallo svolgimento dell'istruzione probatoria, affidata ad un "istruttore" (can. 1685 c.i.c.), cioè ad una figura processuale prevista proprio e, finora, solo nel processo per la dispensa da matrimonio rato e non consumato (can. 1704 c.i.c.). D'altronde che, per sua natura, la dichiarazione di nullità non necessita di un procedimento giudiziario è dimostrato dal fatto che il codice di diritto canonico preveda anche una via amministrativa proprio per i casi nullità matrimoniale evidente, concludentesi con un decreto del Tribunale della Segnatura apostolica⁴⁸.

La giudiziarietà del processo, non dipendendo, quindi, dalla "natura della cosa", risponde ad esigenze di tuziorismo sacramentale. Ma per soddisfare queste esigenze anche il processo finalizzato alla dispensa da matrimonio rato e non consumato, pur essendo – come s'è detto - di carattere sostanzialmente amministrativo (è segreto e senza contraddittorio, non sono ammessi avvocati, si conclude con un provvedimento di *gratia*: can. 1697 ss. c.i.c.), è assistito da garanzie giudiziarie "*quatenus fieri possit*" (can. 1702 c.i.c.). Per non parlare dell'altro procedimento speciale, quello documentale⁴⁹, che pur si conclude con sentenza, ma della cui natura – come s'è visto - sostanzialmente amministrativa non si dubita: infatti, il contraddittorio è puramente eventuale: "*praetermissis sollemnitatibus ordinarii processus*" (can. 1686 c.i.c.).

Anche il *processus brevior* non è assistito da tutte le formalità del procedimento contenzioso: infatti, si tratta di un procedimento giudiziale non contenzioso, ma sull'accordo delle parti che possono anche non essere assistite da difensori. Ciò trova giustificazione, evidentemente, nel fatto che non si tratta di accertare la lesione di una situazione soggettiva ma di attuare per ragioni di pubblico interesse ("la verità del sacro vincolo") la riconducibilità del fallimento matrimoniale ad una delle cause di nullità dell'atto. Questa, per vero, è la finalità di ogni procedimento matrimoniale, anche nella forma ordinaria, da praticare in caso di contrasto tra le parti (o, eccezionalmente, nel caso in cui, queste pur essendo d'accordo, la nullità non appaia evidente e se ne rimetta l'esame al procedimento ordinario).

Se già si dubita della natura giurisdizionale anche dello stesso processo ordinario, in cui vi è contrasto tra le parti⁵⁰, a maggior ragione si deve ritenere che la mancanza di conflitto d'interessi tra le parti e la conseguente mancanza di contraddittorio

⁴⁸ Si può vedere sinteticamente Vitali – Berlingò, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 201 s. ed ivi bibliografia.

⁴⁹ Non ne ravvisa differenza "sul piano della rispettiva qualificazione sistematica nel territorio della giurisdizione" F. Zanchini, *Processo "documentale" (can. 1686) e equo processo: giurisdizione volontaria o contenziosa? Il paradosso derivante da una cognizione documentale 'incontestabile'*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 177.

⁵⁰ Anche in questo rito, invero, il giudice ecclesiastico appare piuttosto un "giudice privato, sprovvisto di poteri giurisdizionali raccostabili a quelli che sono propri del giudice civile", cioè di quei "poteri di imperio coercitivamente realizzabili che sono tipici della giurisdizione": così P. Bellini, *Divorzio e nullità matrimoniale davanti al giudice costituzionale*, in "Il diritto ecclesiastico", 1974, p. 93.

sono tipiche dei processi di volontaria giurisdizione. Questa categoria non dipende dalla natura del processo, che ormai anche nella dottrina dello Stato è individuata come giurisdizionale⁵¹ e non semplicemente amministrativa. Dipende dal suo contenuto non contenzioso perché riguardante non la spettanza di diritti o di status bensì l'interesse generale che non venga posta a rischio, con la perpetuazione di un rapporto fallito e originato da un atto nullo, l'interesse generale alla *salus animarum*. Se sul piano delle forme e delle condizioni il *processus brevior* è analogo a quello speciale dinanzi alla Segnatura apostolica, solo trasferendolo dinanzi al Vescovo diocesano, sul piano della finalità esso si accosta alla dispensa per inconsumazione. Come è stato esattamente osservato, “la sua pronuncia quindi, più che una dichiarazione di nullità, avrà la natura di un provvedimento di dispensa, di un atto che sana una situazione, come dicevano gli antichi, *nutritiva peccati*”⁵².

8. Quali riflessi potrà avere la nuova disciplina canonica del processo matrimoniale sulla delibazione delle relative sentenze nell'ordinamento civile? *Prima facie*, era apparso, nessuno, giacché essa non derogava espressamente, come prescritto dal can 20 c.i.c.⁵³, al *motu proprio* speciale⁵⁴ che aveva istituito su base regionale i tribunali ecclesiastici italiani e che perciò impedirebbe, salvo dispensa, l'istituzione dei nuovi tribunali diocesani o interdiocesani da parte dei singoli vescovi. Tanto rumor per nulla, insomma.

In realtà, l'autorevole *Consilium* pontificio, che con il responso⁵⁵ aveva tentato di *quieta non movere* forse al fine di evitare ripercussioni sulle normative concordatarie di delibazione delle sentenze di nullità, aveva gettato il cuore oltre l'ostacolo, costituito – come ha precisato ufficialmente il decano della Rota romana, chiarendo “la *mens* del supremo legislatore della Chiesa”⁵⁶ - dal “diritto nativo e libero” del vescovo diocesano “di esercitare *personalmente* la funzione di giudice e di erigere il suo tribunale diocesano”. In ogni caso la deroga espressa ormai c'è, introdotta dal *Rescritto* cit., che ha fatto riferimento precisamente al “Motu Proprio Qua cura, dato dal mio Antecessore Pio XI in tempi ben diversi dai presenti”.

Accertata l'applicabilità della nuova disciplina, si potrebbe nondimeno ritenere che il *processus brevior* condotto personalmente dal solo vescovo non abbia conseguenze sulla disciplina neoconcordataria della delibazione delle “sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici” (art. 8.2.), trattandosi pur sempre di sentenze, di accertamento di nullità e di tribunali ecclesiastici, sia pure

⁵¹ Non se ne dubita più dacché Corte cost. 12 dicembre 1957, n. 129, ha ammesso la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità anche nel corso di procedimenti di volontaria giurisdizione.

⁵² P. Moneta, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell'attuale dibattito sinodale*, cit.

⁵³ “*Lex universalis minime derogat iuri particulari aut speciali, nisi aliud in iure expresse caveatur*”.

⁵⁴ Pio XI (A. Ratti), *Qua cura*, 8 dicembre 1938, in “Acta apostolicae sedis”, 1938, 30, pp. 410 ss.

⁵⁵ Pontificium Consilium de legum textibus, 13 ottobre 2015, n. 15157, in www.delegumtextibus.va

⁵⁶ La dichiarazione di mons. Pio Vito Pinto in “L'osservatore romano”, 8 novembre 2015, p. 8.

nella nuova composizione monocratica. Alla luce di quanto sopra evidenziato non può, tuttavia, non prospettarsi una serie di dubbi.

Innanzitutto, come detto, essi riguardano il vescovo come tribunale e *l'audientia episcopalis* come processo. Vero è che per norma generale (can. 1419 §1 c.i.c.) – che in fondo il m.p. (can. 1673, § 1) non fa che estendere anche alle cause matrimoniali, prima escluse – il vescovo nella sua diocesi è il giudice di prima istanza e può esercitare la sua potestà anche personalmente. Ma vero è anche che i tribunali ecclesiastici avuti presenti dalle Alte Parti in sede di Accordo sono quelli, per dir così, “ordinari”, costituiti con questa specifica funzione di terzietà dall’ora abrogato m.p. *Qua cura*, di composizione collegiale e presieduti dal vicario giudiziale, il quale non può essere lo stesso vicario generale: decentramento e distinzioni di funzioni, questi, invertiti dal m.p. – apprezzabilmente dal punto di vista ecclesiale ma non indifferentemente alla stregua della clausola *rebus sic stantibus* nei rapporti con lo Stato - in direzione dell’accentramento e della pienezza dell’esercizio della potestà personale del vescovo.

In secondo luogo, il provvedimento episcopale, pur qualificato come sentenza, appare, siccome emesso senza contraddittorio ma sull’accordo delle parti, piuttosto un atto di controllo che si inserisce nel procedimento di formazione della volontà dei coniugi ricorrenti. Il che è tipico – come detto - della *iurisdictio inter volentes* o *pro volentibus*, caratterizzata appunto dalla mancanza di contraddittorio. La questione sarebbe di opinabilità meramente teorica se in materia fosse applicabile la disciplina prevista dalla legge 218/1965, che all’art. 66 prevede il riconoscimento di provvedimenti stranieri anche di giurisdizione volontaria. Ma così non è, com’è noto, l’art. 8.2 dell’Accordo del 1984, e l’art. 797 c.p.c., facendo riferimento solo alle sentenze, cioè a provvedimenti che presuppongono un carattere almeno potenzialmente contenzioso e assunti quindi nel contraddittorio delle parti. D’altronde, la possibilità di dare efficacia civile anche alle dispense – cui come s’è visto pare assimilabile la sentenza per “nullità evidente” – è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (e coerentemente non è stata riprodotta nel nuovo Accordo) pur in un caso in cui le garanzie difensive grosso modo non mancavano e, tuttavia, non sono state ritenute bastevoli ad affermare il carattere giurisdizionale del procedimento⁵⁷.

9. Ma anche a voler ritenere insindacabili la composizione dell’organo giudiziario e la forma del provvedimento rimane che tali sentenze per ottenere efficacia civile devono sottostare alle condizioni previste dall’Accordo: in particolare, che sia

⁵⁷ Corte cost. 22 gennaio 1982, n. 18, secondo cui, “pur dando atto che il procedimento per ottenere la dispensa super rato è minuziosamente disciplinato da apposite norme, che l’istruttoria viene dall’Ordinario diocesano affidata ad un tribunale, con l’intervento del Defensor vinculi e con la possibilità per ambo le parti di farsi assistere da consulenti, che il “voto” viene espresso sulla base delle risultanze istruttorie, non può certo, sulla scorta anche delle testuali precisazioni fornite dalla richiamata normativa, riconoscersi carattere giurisdizionale, né al procedimento né al provvedimento concessivo che lo conclude.

stato assicurato il diritto di agire e resistere in giudizio e che le statuizioni non risultino contrarie all'ordine pubblico italiano.

Sotto il primo profilo rileva la mancanza di contraddittorio e finanche di difese, che sono del tutto eventuali (can. 1687 §1 c.i.c.). La partecipazione delle parti al procedimento non è idonea ad integrare il "più pregnante principio del «contraddittorio» processuale e del «giusto processo», che contraddistingue i procedimenti di natura giurisdizionale"⁵⁸. Vero è che se nel corso del nuovo processo emergesse un contrasto tra le parti, venendo meno la condizione del persistente consenso, il vescovo ha sempre la possibilità di rimettere la causa al processo ordinario. Ma perché si crei la possibilità effettiva di emersione di un contrasto, magari latente, specie quando la causa sia stata introdotta da uno solo dei coniugi, sia pure con il consenso dell'altro, occorre che a quest'ultimo sia data tempestiva informazione non soltanto dei contenuti della domanda giudiziale proposta nei suoi confronti, ma anche dei diritti di azione e difesa che l'ordinamento gli riconosce. Verrebbe altrimenti a riprodursi la stessa situazione che si verifica nell'altro, preesistente, processo speciale, quello documentale, che pur prevede una possibilità di contraddittorio e nondimeno è stato dichiarato in contrasto con la CEDU appunto perché, il giudice del processo canonico avrebbe dovuto preventivamente informare il convenuto interrogato del suo diritto a valersi dell'assistenza di un difensore tecnico, da lui opportunamente scelto⁵⁹.

Tale interpretazione è da ritenersi successivamente rafforzata dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si applica "agli stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51. 1), il quale ora comprende anche i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU (art. 6.3 del trattato di Lisbona). Di conseguenza, il diritto al "processo equo", garantito dall'art. 6 CEDU, va interpretato alla luce dell'art. 47 cit., che prevede il "diritto a un ricorso *effettivo* e a un giudice imparziale": e per essere effettivo il diritto di difesa deve comprendere quello all'informazione preventiva, *ante causam*, non soltanto sui contenuti della domanda giudiziale ma anche sui diritti di azione e difesa che l'ordinamento riconosce al convenuto⁶⁰: una lettura, questa convenzionalmente e quindi costituzionalmente⁶¹ orientata, del diritto di difesa estranea all'ordinamento processuale canonico.

Quale che sia, comunque, il processo azionato, ordinario o *brevior*, sulla riforma allunga la sua ombra minacciosa il penetrante sindacato di non contrasto con l'ordine pubblico. Entra qui in rilievo la considerazione, sopra svolta, che le "nuove" nullità debordano dall'atto al rapporto matrimoniale, sia pure utilizzandolo come cartina di tornasole dell'esistenza di un vizio del consenso all'atto del matrimonio.

⁵⁸ Così Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 247, relativamente al pur garantista «principio di partecipazione procedimentale» secondo modalità compatibili con le ragioni d'urgenza.

⁵⁹ Corte europea dei diritti umani, Pellegrini c. Italia, 20 luglio 2001.

⁶⁰ Sul punto v. L.P. Comoglio, *Diritto di difesa e condizioni di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche*, in www.olir.it, 2005.

⁶¹ Sulla Convenzione europea come fonte subcostituzionale v. Corte cost. 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

L'accostamento sostanziale alla categoria dei provvedimenti di scioglimento provocherebbe ovviamente un giudizio di comparazione, che evidenzierebbe una disparità di trattamento quanto all'efficacia: *ex nunc* il divorzio, *ex tunc* la nullità: che nel caso del *processus brevior* sarebbe ottenuta, per giunta, consensualmente come una separazione coniugale (art. 711 c.p.c.) e senza il contraddittorio previsto dall'art. 5 l. 898/1970.

Per un verso vale la considerazione che, a meno di non riconoscere la sopravvenuta difficoltà di interpretazione e applicazione ed attivare il conseguenziale procedimento di amichevole soluzione a livello governativo (art. 14 Acc.), al giudice non resta che prendere atto che, pur motivato anche o prevalentemente con elementi di prova dedotti dal rapporto coniugale, tuttavia il dispositivo del provvedimento contiene una dichiarazione di nullità, rientrante nell'art. 8 dell'Accordo.

Ma per altro verso pare assorbente la premessa che la valutazione del rapporto al fine della cessazione della sua efficacia civile – retroattiva o non, è irrilevante - appartiene alla giurisdizione del giudice italiano. L'evoluzione dei rapporti concordatari è andata nel senso di riservare esclusivamente al giudice italiano la giurisdizione sul rapporto matrimoniale: questa, invero, affermata con la legge sul divorzio, nella fase iniziale aveva subito il concorso con quella della Chiesa nel limitato settore del matrimonio rato e non consumato, ma dopo la sentenza 18/82 della Corte costituzionale era divenuta esclusivamente statale. Residuava la riserva alla giurisdizione ecclesiastica delle sole controversie sull'atto del matrimonio, per cui secondo la corte la deroga alla giurisdizione statale trovava "giustificazione razionale e politica" nel fatto che "il negozio cui si attribuiscono effetti civili nasce nell'ordinamento canonico e da questo è regolato nei suoi requisiti di validità". Caduta anche tale riserva con l'accordo del 1984, è la giurisdizione statale ad espandersi, in concorso, anche sull'atto, ferma la sua esclusività sul rapporto.

Ora, il giusto processo di delibazione implica - come ricordato da quella sentenza nella scia della giurisprudenza della Cassazione, ivi richiamata – "il riscontro degli adempimenti corrispondenti alle prime quattro condizioni previste dall'art. 797 del codice di procedura civile": la prima delle quali consiste nell'accertare "che il giudice dello Stato nel quale la sentenza è stata pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano". Nel caso di sentenze di nullità dell'atto per vizi non intrinseci ma indiretti, dedotti sostanzialmente da circostanze attinenti alle vicende del rapporto, il giudice della delibazione dovrebbe opporre la violazione del principio di esclusività della giurisdizione sul rapporto. Si tratta di un corollario della sovranità dello Stato, che costituisce, pertanto, un motivo di ordine pubblico, ostativo al riconoscimento di efficacia civile a sentenze in contrasto.

10. Il *processus brevior* e le "nuove" nullità pongono, pertanto, le premesse per un'ulteriore caratterizzazione dell'ormai speciale (dopo la legge 264/1995) procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche come "giusto processo". Il recente

riconoscimento della convivenza ultratriennale come motivo di ordine pubblico ostativo ma disponibile dalle parti, rilevabile perciò solo su “tempestiva eccezione” delle stesse, ha implicato l’ammissibilità di una istruzione probatoria sulla sua “complessità fattuale” nell’ambito di un procedimento di delibazione⁶². La riforma canonica induce ora a dare rilievo, sulla via di un processo di delibazione sempre più giusto, ad un accertamento, come quello previsto dall’art. 797 n. 1 c.p.c., dato finora per scontato.

Una via sempre più accidentata dopo il superamento, ad opera della Corte costituzionale con la sentenza 18/82, della “preclusione di qualsiasi sindacato che esorbiti dall’accertamento della propria competenza e dalla semplice constatazione che la sentenza di nullità sia anche accompagnata dal decreto del tribunale della Segnatura apostolica e sia stata pronunciata nei confronti di matrimonio canonico trascritto agli effetti civili”. Può darsi che le prevedibili incertezze della giurisprudenza spingano le parti (anche per gli interessi professionali degli avvocati abilitati a difendere dinanzi ai tribunali ecclesiastici, benchè ridotti per il tendenziale ricorso al patrocinio d’ufficio, già stabilito dal papa, come s’è visto, per la Rota romana) a non avvalersi della novità del *processus brevior* ricorrendo al più sicuro e collaudato processo ordinario. Ancorchè lasciando le cose come stanno – paradossalmente - verrebbe decretato nella prassi l’insuccesso della riforma, che non solo non avrebbe effetti immediati ma sarebbe privata anche della possibilità di “fare scuola” nell’ordinamento canonico: di creare cioè, attraverso un processo breve, gratuito, celebrato vicino ai fedeli dal vescovo della diocesi, una cultura pastorale più autenticamente evangelica⁶³.

Anche, comunque, ad azionare il processo ordinario, si evita Scilla ma si rischia di andare a sbattere contro Cariddi: cioè il test di non contrasto delle “nuove” nullità con l’ordine pubblico. *Cui prodest* questa agonia dello speciale procedimento di delibazione? Speculare all’efficacia civile dei matrimoni canonici, esso risente anche della crisi dell’istituto del matrimonio in sè, civile o religioso che sia. La stretta connessione tra matrimonio e famiglia - esemplarmente risultante dall’art. 29 della Costituzione, secondo cui la famiglia è “una società naturale fondata sul matrimonio” – è venuta meno nel comune sentire. La secolarizzazione avanza inesorabile e secondo le ultime statistiche, relative al 2014, diminuisce la propensione a sposarsi non solo religiosamente (il 57% del totale, ma al Nord (55%) e al Centro (51%) i matrimoni civili superano quelli religiosi) bensì a sposarsi *tout court*: 421 primi matrimoni per 1.000 uomini e 463 per 1.000 donne, valori inferiori rispettivamente del

⁶² Cass. Sez. Un., 17 luglio 2014, n. 16379 e 16380, peraltro opinabile nella sua ricerca di compromesso ad ogni costo, come ho cercato di argomentare in *Convivenza “come coniugi” e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in “Giurisprudenza italiana”, 2015, I, c. 2111 ss.

⁶³ Ancorchè questa via breve rischi, “se nel frattempo non si provvederà ad articolare adeguatamente una pastorale matrimoniale che si occupi delle famiglie ferite, (...) di persuadere l’intero corpo ecclesiale che un matrimonio difficile è un matrimonio semplicemente nullo (A. Grillo, *Semplicemente nullo: riforma del processo canonico e riforma della Chiesa*, in www.cittadellaeditrice.com/munera/andrea-grillo, 10 settembre 2015. Ma tutta da meditare è ora l’esortazione apostolica di papa Francesco, *Amoris laetitia*, specialmente il cap. VIII (§§ 293-312), in www.vatican.va, 2016.

18,7% e del 20,2% rispetto al 2008⁶⁴. Al contrario, le convivenze *more uxorio* sono più che raddoppiate dal 2008, superando il milione nel 2013-2014 (e oltre un nato su quattro nel 2014 ha genitori non coniugati).

Non sorprende, quindi, che anche sul piano giuridico il sintagma “diritto di sposarsi e di formare una famiglia”, di cui all’art. 10 CEDU, sia stato gradualmente interpretato non come un diritto unitario ma come due diritti distinti, e non necessariamente connessi: vale a dire, “il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia”, come definitivamente interpretato e sancito dalla Carta di Nizza⁶⁵. E di questi due diritti la legislazione e la giurisprudenza degli stati europei, Italia compresa anche se ancora priva di una legislazione sulle unioni civili, hanno finito per privilegiare il secondo: cioè il rapporto anziché l’atto, anche quando il rapporto nasceva dall’atto, come dimostra in Italia la preoccupazione dell’ordinamento per le conseguenze della fine della “comunione spirituale e materiale tra i coniugi”, quale che sia l’atto matrimoniale, civile o religioso (rispettivamente art. 1 e 2 l. 898/1970).

Una conquista non solo civile ma anche religiosa, questa riscoperta della ineliminabile dimensione personalistica del matrimonio. Dalle ceneri della funzione pubblicistica dell’istituzione, finalizzata primariamente alla generazione della prole, riemergeva infatti anche nel pensiero teologico, come s’è visto, la soggettività del fedele, che doveva essere oggetto di discernimento al fine di valutarne l’effettiva adesione, sia pure in un grado minimo, alla fede della Chiesa. Singolare la coincidenza, anche temporale, tra l’affermazione conciliare della “*intima communitas vitae et amoris coniugalis*”⁶⁶ e quella civilistica (un po’ paradossalmente, se si vuole, nella legge sul divorzio) della “comunione spirituale e materiale tra i coniugi”. Né la prima era contenuta nel codice di diritto canonico né la seconda nel codice civile: le definizioni vecchie di secoli di entrambe le codificazioni venivano così superate *d’emblée*, accedendosi appunto ad una dimensione, un po’ sprezzantemente definita, privatistica del matrimonio.

L’accostamento tra matrimonio civile e religioso si va confermando, peraltro, anche sul versante della secolarizzazione, perché, come ora rilevato anche dal magistero pontificio, esiste ormai “una sorta di mondanità spirituale, «che si nasconde dietro apparenze di religiosità e persino di amore alla Chiesa» (esort. ap. *Evangelii gaudium*, 93), (...) lasciando campo aperto ai compromessi con il proprio egoismo e con le pressioni della mentalità corrente, diventata dominante attraverso i mass media”⁶⁷. A fronte del riconoscimento della spinta all’omologazione del matrimonio religioso allo spirito mondano e alla mentalità corrente appare sempre meno giusti-

⁶⁴ Fonte Istat: <http://www.istat.it/it/archivio/173316>.

⁶⁵ Sul contributo della Carta all’interpretazione evolutiva della CEDU, con ricadute sulla giurisprudenza italiana (basta pensare a Cass. 15 marzo 2012, n. 4184 sull’intrascrivibilità dei matrimoni omosessuali), v. di recente C. Campiglio, *L’applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in materia familiare*, in “Diritti umani e diritto internazionale”, 2015, n. 2, pp. 292 ss.

⁶⁶ Concilio Vaticano II, cost. *Gaudium et spes*, 1965, n. 48.

⁶⁷ Francesco, *Discorso alla Rota romana*, cit.

ficata la preoccupazione dello Stato per l'atto matrimoniale religioso piuttosto che per il rapporto che ne è conseguito: cioè per la delibazione di una sentenza di nullità, che lascia il coniuge economicamente più debole senza la tutela accordatagli in sede di scioglimento del rapporto.

Ma a fronte del detto riconoscimento l'interesse per la delibazione appare ingiustificato anche per la Chiesa, ormai consapevole che proprio per il "campo aperto ai compromessi con il proprio egoismo", il ricorso ai tribunali ecclesiastici è frequentemente volto da parte del coniuge economicamente più forte proprio allo scopo di sottrarsi alle conseguenze patrimoniali dello scioglimento del rapporto. D'altro canto, il m.p. ha perso l'occasione di modificare il can 1689 (ora 1691) c.i.c., che stabilisce bensì che la sentenza ammonisca sull'adempimento delle obbligazioni civili reciproche ma genericamente: il che nell'ordinamento italiano significa sottostare alle obbligazioni previste per il matrimonio putativo (artt. 128-129 c.c.) e non a quelle previste per il divorzio.

Si situa qui, sul trattamento di fine rapporto coniugale, l'effettivo punto di crisi di quella sorta di "convergenze parallele" tra matrimonio civile e religioso, finora descritta, che non ha trovato soluzione ad opera né del legislatore ecclesiastico con il m.p. attuale né di quello statale, pur espressamente evocato sul punto dal giudice delle leggi⁶⁸. Ma non è da escludere che, come è auspicabile, con l'opera dell'interprete, che nell'ambito dell'odierno procedimento legislativo concorre con quella del legislatore⁶⁹, la spinta sempre più forte verso un giusto processo di delibazione valorizzi la capacità espansiva che anche nel m.p., come in tutte le riforme che smuovono le acque stagnanti, è maggiore della sua lettera.

⁶⁸ Corte cost. 24 settembre 2001, n. 329.

⁶⁹ Sull'espansione della giurisdizione in correlazione con quella dello stato di diritto v. **L. FERRAJOLI**, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 236 ss.



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2016	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2016	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili, commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

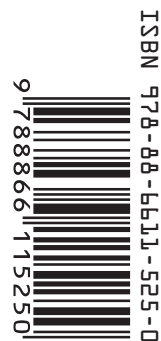
DATA

FIRMA

UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

UBI  **Banca Carime**