IL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

SEZIONE PRIMA CIVILE

riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

Dr.ssa Rosaria Savastano	**PRESIDENTE RELATORE**
Dr.ssa Luisa Poppi	**GIUDICE**
Dr. Giovanni Fanticini	**GIUDICE ESTENSORE**

nel procedimento per separazione consensuale N. 1780/2012 R.G. *ex* art. 711 c.p.c. promosso da **** e ****

esaminato il ricorso dei coniugi e il verbale dell'udienza del 22/5/2012,

- rilevato che i coniugi – premettendo di contribuire in maniera rilevante al mantenimento dei nipoti (in ragione della non autosufficienza economica del loro figlio) – hanno individuato, quale condizione della separazione, la destinazione di un immobile e dei frutti di questo al mantenimento dei nipoti minorenni: in particolare, nel ricorso si legge che i ricorrenti "*al fine di regolare compiutamente i propri rapporti economici per quanto concerne il mantenimento dei nipoti …, intendono destinare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-ter c.c., … gli immobili descritti infra al soddisfacimento delle esigenze abitative e/o economiche dei propri nipoti sino al compimento del ciclo di studi ed al raggiungimento dell'autosufficienza economica dei medesimi, e comunque non oltre il compimento da parte del più giovane di questi del trentacinquesimo anno di età … In sostanza, lo scopo della costituzione del presente vincolo di destinazione ex art. 2645-ter deve essere rintracciato nell'esigenza di entrambi i coniugi di definire, in sede di separazione consensuale, i loro rapporti economici anche in riferimento all'adempimento dell'obbligo alimentare degli ascendenti nei confronti dei nipoti, come previsto dall'articolo 433 c.c., … Non può quindi dubitarsi della liceità della causa (l'adempimento dell'obbligo alimentare nei confronti dei nipoti) che sorregge la costituzione del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. da parte dei coniugi in favore dei propri nipoti*";
- rilevato altresì che il vincolo di destinazione sopra citato è, nelle intenzioni dei ricorrenti, imposto sulla quota di proprietà di ciascuno riguardante l'immobile descritto in atti, senza in alcun modo operare alcun trasferimento della proprietà immobiliare; difatti, nell'atto introduttivo si legge che ***e*** "*destinano allo scopo citato in premessa … a favore dei nipoti … ciascuno per la proprietà di ½ i seguenti diritti sui beni immobili*";

osserva quanto segue:

La **possibilità per i coniugi di disciplinare tramite atti di autonomia (o libertà) contrattuale gli aspetti patrimoniali e personali della vita coniugale – e, in particolare, i profili della crisi della famiglia** – costituisce ormai un dato acquisito sia in dottrina, sia nella giurisprudenza di legittimità (Cass., 24.2.1993, n. 2270; Cass., 22.1.1994, n. 657) e di merito (anche di questo Tribunale: Trib. Reggio Emilia, decr. 23.3.2007 e Trib. Reggio Emilia, 26.5.2010).

Anche se nel nostro ordinamento non si rinviene alcuna disposizione positiva che espressamente attribuisce ai coniugi la facoltà di stipulare accordi, nella fase della cosiddetta crisi coniugale, alcune norme forniscono supporto alla tesi dell'ammissibilità di tali negozi: ad esempio, con riguardo alla separazione consensuale, l'art. 711, 3° co., c.p.c. prevede che nel processo verbale deve darsi atto delle "*condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole*" e il 5° co., della medesima disposizione menziona espressamente "*le condizioni della separazione*".

La lettura delle predette disposizioni alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte secondo la quale ciascun coniuge ha il diritto di condizionare il proprio assenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali (Cass., 5.7.1984, n. 3940; Cass., 15.3.1991, n. 2788; Cass., 24.2.1993, n. 2270; Cass., 22.1.1994, n. 657) porta ad attribuire al complemento di specificazione contenuto nell'art. 711, 5° co., c.p.c. – condizioni «*della separazione*» – un valore non soltanto soggettivo, bensì anche oggettivo: così, «*condizioni della separazione*» non sono soltanto quelle «regole di condotta» destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni per il periodo successivo alla separazione (o al divorzio), ma anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione i coniugi intendono comunque ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi coniugale; e tra queste ultime non può non rientrare l'assetto, il più possibile definitivo, dei propri rapporti economici, con la liquidazione di tutte le "pendenze" ancora eventualmente in atto (anche Cass., 14.3.2006, n. 5473, evidenzia lo "*spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale*", aggiungendo che "*il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto*").

In realtà, l'ammissibilità delle pattuizioni tra i coniugi in crisi trova il suo principale fondamento nella generale affermazione del **principio di autonomia privata (o negoziale**), piuttosto che in un preciso dato legislativo. Il richiamo all'autonomia negoziale (e alle sue regole) nel campo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in crisi si rinviene sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza di legittimità, la quale, in plurime decisioni (Cass., 25.10.1972, n. 3299; Cass., 5.7.1984, n. 3940; Cass.,

15.5.1997, n. 4306), ha – esplicitamente (nella motivazione della sentenza Cass., 24.2.1993, n. 2270, si legge: "***L'accordo di separazione ... è atto unitario ed essenzialmente negoziale****, soggetto a controllo ma innanzitutto espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.), tanto che in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia*") o implicitamente – riaffermato l'applicabilità nello specifico settore *de quo* del principio di libertà contrattuale, consacrato dall'art. 1322 c.c., anche con riguardo ai trasferimenti immobiliari e mobiliari in sede di separazione personale tra coniugi.

L'ordinamento italiano, dunque, si è progressivamente evoluto verso una "*irruzione della negozialità in tutti i campi riferibili ai rapporti patrimoniali all'interno del nucleo familiare*" (così si esprime una nota dottrina), riconoscendo la natura negoziale dell'accordo di separazione (che pure non rientra nella categoria dei contratti, sia perché coinvolge interessi soprattutto personali dei coniugi e della prole, sia perché lo Stato non rinunzia ad un controllo preventivo attraverso l'omologa del giudice) e, pacificamente, la natura contrattuale delle pattuizioni di carattere patrimoniale contenute nell'accordo medesimo; significativa è l'affermazione contenuta in una pionieristica sentenza di legittimità, secondo cui "*i rapporti patrimoniali tra i coniugi separati hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata*" (Cass., 23.7.1987, n. 6424).

A riprova delle suesposte affermazioni, si pensi che il carattere negoziale degli accordi tra i coniugi tesi a definire gli aspetti economici della crisi coniugale o quelli postmatrimoniali **(i cosiddetti "*contratti della crisi coniugale*"**, secondo una fortunata definizione dottrinale) ha trovato, nella giurisprudenza di legittimità, addirittura un inquadramento autonomo rispetto ai contratti innominati *ex* art. 1322 c.c., ai quali, tuttora, a volte si riconducono le pattuizioni tra i coniugi in crisi (ad una **"*tipicità propria*"** fanno riferimento Cass., 23.3.2004, n. 5741 e Cass., 14.3.2006, n. 5473).

In assenza di prole minorenne (come nel caso *de quo*) l'esame dell'autorità giudiziaria in sede di **omologa non riguarda la rispondenza delle pattuizioni all'interesse dei figli** (art. 158, 2° co., c.c.), ma si estende comunque **alla verifica di legalità del negozio** e, cioè, della sua non contrarietà ai principi di ordine pubblico e buon costume o alle norme imperative dell'ordinamento.

Difatti, la Corte di legittimità ha esplicitamente subordinato all'omologazione l'efficacia degli accordi della crisi coniugale (Cass., 9.4.2008, n. 9174: "*... l'art. 711*

c.p.c., comma 4 attribuisce all'omologazione l'effetto giuridico di rendere efficace la separazione consensuale, così rimarcando che l'accordo diventa parte costitutiva della separazione in quanto questa sia omologata e ribadendo il principio, già espresso sul piano sostanziale dall'art. 158 c.c., comma 1, in base al quale la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice"; v. anche Cass., 18.9.1997, n. 9287) e il provvedimento di omologa presuppone un controllo sulla legittimità degli accordi stessi.

Il Collegio non condivide, infatti, quell'orientamento della giurisprudenza di merito (Trib. Firenze, 20.12.2009) secondo cui "*il provvedimento di omologa influisce unicamente sulle intese appartenenti al contenuto necessario della separazione*", mentre "*ogni accordo tra i coniugi non inerente all'affidamento e al mantenimento dei figli è sottratto al vaglio dell'omologazione*": la tradizionale distinzione tra contenuto necessario (il consenso reciproco a vivere separati) ed eventuale (che – secondo Cass., 15.5.1997, n. 4306 – è "*costituito dalle pattuizioni necessarie ed opportune, in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, a seconda della situazione familiare: affidamento dei figli; assegni di mantenimento; statuizioni economiche connesse*") del verbale di separazione è finalizzata ad individuare un nucleo essenziale in assenza del quale il giudice dovrebbe senz'altro negare l'omologazione, ma non a stabilire i confini del provvedimento di omologa. Anzi, proprio perché i coniugi, nel confezionare l'accordo, dimostrano di ritenere coessenziali alla definizione non contenziosa della crisi coniugale tutte le clausole formalizzate nel verbale (tutte le condizioni sono da considerarsi come poste a fondamento dell'assenso alla separazione consensuale; in proposito, Cass., 5.7.1984, n. 3940), il giudice non può ragionevolmente esimersi dal controllo di una parte di ciò che nella convenzione è stato puntualmente inserito (avendo le parti così realizzato una inseparabile "commistione" tra contenuto necessario ed eventuale dell'accordo).

Poiché, dunque, l'intero accordo di separazione costituisce oggetto del controllo giudiziale, in presenza di pattuizioni nulle (perché contrastanti coi principi di ordine pubblico e buon costume o con norme inderogabili) il giudice deve rifiutare *in toto* l'omologazione, indipendentemente dalla eventuale (e successiva) verifica della conformità delle pattuizioni agli interessi della prole (nel caso *de quo* non occorre procedere a tale ultimo controllo, mentre il primo è ineludibile).

Dall'esame del ricorso per separazione presentato dai coniugi C. ed A. risulta che l'accordo tra i coniugi è essenzialmente un **"negozio destinatorio puro"**, col quale, cioè, le parti vogliono imporre su beni di loro proprietà un vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c.; tale vincolo non si accompagna ad un altro negozio (cessione,

trasferimento, ecc.) e, dunque, impropriamente viene richiamata la giurisprudenza di questo Tribunale (Trib. Reggio Emilia, decreto 23.3.2007) che riguardava il diverso caso in cui il vincolo era stato impresso su dei beni oggetto di trasferimento da un coniuge all'altro.

La questione assume rilievo perché occorre stabilire se l'art. 2645-*ter* c.c. ha introdotto nel nostro ordinamento il "**negozio di destinazione**" (nuova figura negoziale la cui causa si incentra sul vincolo e sulla meritevolezza degli interessi perseguiti con la destinazione dei cespiti) oppure se la norma riguarda esclusivamente gli effetti **di un altro negozio (tipico o atipico)** al quale – come contenuto eventuale – può essere accompagnato un vincolo di destinazione.

1) Secondo alcuni commentatori con l'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c. ha trovato ingresso nell'ordinamento una nuova tipologia di atto, un'inedita fattispecie caratterizzata dal vincolo di destinazione; i fautori di tale teoria si suddividono tra coloro che la configurano come un contratto a titolo gratuito e coloro che invece ritengono che possa trattarsi di un contratto oneroso o gratuito oppure di una promessa al pubblico o, ancora, di una disposizione testamentaria. La tesi, da un lato, fa rientrare la previsione normativa nel novero di quelle cause, ammesse dalla legge, idonee a derogare all'universalità della responsabilità patrimoniale, ma, dall'altro, svuota di contenuto il disposto dell'art. 2740, 1° co., c.c., dato che ammette la generalizzata possibilità di costituire autonome masse separate in forza della sola autonomia negoziale (con il solo argine – invero molto debole – fornito dalla meritevolezza degli interessi perseguiti).

2) Altra parte della dottrina ritiene, al contrario, che sia stato **disciplinato soltanto l'effetto, riferibile ad una pluralità di negozi tipici o atipici, caratterizzato da un vincolo di scopo** opponibile ai terzi e, in particolare, ai creditori "estranei". Secondo tale soluzione ermeneutica – che trova riscontro nella vaghezza dei contorni del presunto "atto di destinazione" (mancanza di qualsiasi elemento per individuare con certezza la struttura del negozio, bilaterale o unilaterale, la sua natura, a titolo oneroso o gratuito, i suoi effetti, traslativi o meramente obbligatori) e, inoltre, nella collocazione della disposizione tra le norme sulla pubblicità (in una parte del codice civile non attinente al diritto sostanziale e alle disposizioni sui negozi) – l'effetto "destinatorio" previsto dalla novella non fa altro che confermare la tendenza ordinamentale alla specializzazione della garanzia patrimoniale per effetto di atti di autonomia privata, purché dotati di autonoma causa, peraltro rispondente all'esigenza di tutela di interessi meritevoli (col rischio, comunque, di privare di

significato la riserva di legge prevista dall'art. 2740, 2° co., c.c., invero già abbondantemente erosa nell'ordinamento).

Ritiene il Collegio di aderire alla giurisprudenza sinora pronunciatasi sul vincolo di destinazione, secondo la quale l'art. 2645-*ter* c.c. è norma "sugli effetti" e non "sugli atti" (in questi termini si sono espressi **Trib. Trieste, 7.4.2006 e Trib. Reggio Emilia, 23.3.2007**); in particolare, la citata disposizione riguarda esclusivamente ***gli effetti, complementari rispetto a quelli traslativi ed obbligatori, delle singole figure negoziali a cui accede il vincolo di destinazione e non consente la configurazione di un "negozio destinatorio puro"***, cioè di una nuova figura negoziale atipica imperniata sulla causa destinatoria.

Già questo sarebbe sufficiente a respingere la condizione di separazione qui proposta; a ciò si aggiunge, inoltre, che nel caso di specie difetta un atto traslativo dell'immobile e che, quindi, il vincolo di destinazione dovrebbe reputarsi come **"autoimpresso**" sulla quota di proprietà di ciascuno.

Questo Collegio, infatti, non condivide **l'opinione dottrinale (anche se maggioritaria** e confermata dalla **Circolare n. 5 del 7.8.2006 dell'Agenzia del Territorio**, la quale, però, non fornisce alcun vincolo all'interpretazione di norme di rango primario richiesta all'Autorità Giudiziaria) che ammette il cosiddetto **"vincolo di destinazione autoimposto (o autodichiarato)**", cioè la riconduzione dell'effetto destinatorio ad un atto privo di effetti traslativi.

Sotto il profilo testuale, le parole ***"conferente" e "beni conferiti***" contenute nell'art. 2645-*ter* c.c. presuppongono un'alterità soggettiva (e, quindi, un **trasferimento**) dal conferente ad un altro individuo, fattispecie incompatibile con un atto unilaterale (al di fuori dell'ipotesi, diversa, del *trust*); infatti, il verbo *confero* deriva da *cum-ferre* e le espressioni sopra riportate richiedono, dunque, un atto traslativo (*ferre*) compiuto tra soggetti distinti. Del resto, quando la legge si riferisce ai "*conferimenti*" del diritto societario (artt. 2253, 2343 ss., 2440 c.c.) o al conferimento per la costituzione di fondi di garanzia (art. 2548 c.c.), al conferimento negli ammassi (art. 837 c.c.) o al verbo "*conferire*" impiegato dalle norme (artt. 737, 739, 740, 751 c.c.) in tema di collazione (termine che deriva, a sua volta, proprio dal verbo *conferre*) è sempre con riguardo a trasferimenti di beni tra soggetti diversi. Anche in giurisprudenza si rinviene il termine "conferimento", impiegato per indicare l'inserimento in comunione convenzionale tra coniugi di uno o più beni che, in assenza di convenzione, sarebbero da considerare personali *ex* art. 179 c.c.

L'art. 2645-*ter* c.c., inoltre, attribuisce al conferente il **potere di agire per l'adempimento dello scopo**; non potendosi ipotizzare che il conferente convenga in giudizio se stesso, si deve giocoforza concludere che la norma dà per scontato l'intervento di un soggetto diverso, a cui il diritto sul bene vincolato è (e deve essere) trasferito.

Nemmeno può ravvisarsi nelle condizioni sottoposte dai coniugi al Tribunale un *trust* autodichiarato, fattispecie alla quale non è possibile ricondurre, neanche con sforzo di riqualificazione, il negozio destinatorio *ex* art. 2645-*ter* c.c.

A proposito dell'art. 2645-*ter* c.c. un'attenta opinione dottrinale ha rilevato: "*Men che meno può quindi ritenersi essere venuto ad esistenza una sorta di trust all'italiana*".

Invero, si è da alcuni sostenuto che il legislatore del 2006 è riuscito a introdurre, con la fattispecie normativa in analisi, la disciplina italiana sul *trust*: "*a seguito del nuovo art. 2645-ter c.c. il nostro Stato non può più essere annoverato tra quelli che «non prevedono l'istituto del trust» e conseguentemente l'art. 13 della Convenzione dell'Aja non potrebbe più essere invocato per negare il riconoscimento ad un trust interno*"; tale irrealistica affermazione – che illusoriamente attribuisce all'art. 2645-*ter* c.c. la qualità (del tutto insussistente) di "concentrato" di intere biblioteche di *statutes* e di *precedents* di *common law* (peraltro formatisi nel corso di secoli) sull'istituto del *trust* – appare seguita soltanto dall'isolata pronuncia di Trib. Brindisi, 28.3.2011, in cui si legge: "*per il resto i due istituti tendono a coincidere quanto ai loro tratti salienti. … La qual cosa non consente (più) di affermare … che il trust interno non è disciplinato dall'ordinamento italiano*".

Le differenze tra il *trust* e il vincolo di destinazione sono molteplici:

– è diversa l' "essenza", perché nel *trust* la stessa risiede nell'affidamento al *trustee* mentre nel vincolo si trova nella destinazione dei beni, che costituisce il baricentro dell'art. 2645-*ter* c.c. (è significativo il caso affrontato da questo Tribunale nei decreti del 4.12.2006 e del 23.3.2007, in cui proprio la mancanza di fiducia – *trust* in inglese – nel coniuge destinatario delle attribuzioni patrimoniali aveva, dapprima, condotto a un rigetto della proposta di modifica avanzata dalle parti e, successivamente, portato all'apposizione sui beni trasferiti del vincolo di destinazione nell'interesse della prole);

– è diversa la disciplina, perché col vincolo *ex* art. 2645-*ter* c.c. il "conferitario" non assume necessariamente delle obbligazioni rispetto ai beneficiari (si tratta di una "figura statica" in cui il <u>soddisfacimento dei beneficiari deriva dai beni conferiti e non da attività gestorie</u>), né esiste una regolamentazione normativa dell'operato

del "conferitario" o possono applicarsi le disposizioni sul mandato, mentre nel *trust* il *trustee* deve adoperarsi per il raggiungimento della finalità o dello scopo non potendo restare inerte rispetto agli interessi dei beneficiari (anche per questo una nota dottrina individua nel vincolo di destinazione soltanto "*un frammento di trust*");

– è diversa la funzione delle norme perché, come già esposto, l'art. 2645-*ter* c.c. introduce "*nell'ordinamento* ***solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione ... accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico*** *cui può accompagnarsi ...* ***non si è voluto introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo di atto a effetti reali, un atto innominato****, che diventerebbe il varco per l'ingresso del tanto discusso negozio traslativo atipico...Non c'è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale*" (Trib. Trieste, 7.4.2006), mentre la Legge 364/1989 (di ratifica della Convenzione de L'Aja) ha dato ingresso al negozio di *trust*;

– sono diverse la causa (intesa come funzione economico-sociale) e la valutazione della medesima, perché "*Mentre la costituzione di un trust interno merita un giudizio positivo di liceità mercé il semplice rispetto della Convenzione e del limite dell'ordine pubblico, invece il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell'articolo 2645-ter Codice Civile dovrebbe sperare nell'esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell'interesse*" (Trib. Trieste, 7.4.2006),

– è diverso l'effetto del "conferimento", perché l'attribuzione al *trustee* non è mai definitiva ed è anzi meramente strumentale all'esercizio del compito affidato, mentre il conferimento disciplinato dall'art. 2645-*ter* c.c. determina un'assegnazione definitiva (tanto che nemmeno si profila, nella norma, la possibilità di sostituire il "conferitario" inadempiente, mentre è pacifica la revocabilità del *trustee* per fattispecie di *breach of trust*).

Nel caso di specie l'istituzione di un *trust* (con trasferimento dei beni a un *trustee* nell'interesse dei nipoti) costituirebbe, probabilmente, la soluzione alle esigenze manifestate dai ricorrenti; oltre a superare le obiezioni sopra formulate con riferimento al "negozio destinatorio puro" e all'assenza di atti traslativi della proprietà (il ***trust* autodichiarato** è pacificamente ammesso dalla giurisprudenza italiana: *ex plurimis*, Trib. Reggio Emilia, 27.8.2011), l'istituto offrirebbe anche maggiori vantaggi e garanzie per i beneficiari (ai quali sarebbero attribuiti i diritti proprietari equitativi – *equitable proprietary claims* – riconosciuti dalla legge regolatrice ai titolari della *equitable ownership*; inoltre, in caso di inadempienza del *trustee*, sarebbe possibile mantenere inalterata la destinazione impressa ai beni

mediante la revoca e sostituzione del *trustee* stesso, eventualmente anche ad opera di un "guardiano").

Tuttavia, è impedita al Tribunale la possibilità di apportare variazioni alle condizioni espresse dai coniugi nel ricorso per separazione consensuale, né comunque pare praticabile la via del *trust* di istituzione giudiziale (l'art. 20 della Convenzione de L'Aja esclude tali *trust* dal suo ambito di applicazione in assenza di espressa dichiarazione di estensione; inoltre, l'art. 2908 c.c. consente pronunce costitutive nei soli casi previsti dalla legge).

Ritiene, però, il Collegio che la disposizione contenuta nell'art. 158, 2° co., c.c. (riguardante il solo caso di pattuizioni non conformi all'interesse della prole) possa trovare applicazione analogica anche in relazione alla fattispecie ora in esame in cui – per le motivazioni esposte – non si reputano legittimi gli accordi tra i coniugi: così, si provvede di seguito a riconvocare i coniugi indicando ad essi le modificazioni eventualmente da adottare e, all'esito, in caso di inidonea soluzione, potrà rifiutarsi l'omologazione.

P.Q.M.

fissa l'udienza del 16/10/2012 alle ore 9.00 innanzi al Presidente Dr.ssa Rosaria Savastano.

Si comunichi alle parti e al P.M. via fax o p.e.c.

Così deciso il 7/6/2012 nella camera di consiglio della Sezione I del Tribunale di Reggio Emilia.

Il Presidente Relatore

Dr.ssa Rosaria Savastano

Il Giudice Estensore

Dr. Giovanni Fanticini