



L'ITALIA SI CONFERMA ORDINAMENTO NO TRUST (SPIGOLANDO OLTRE OGNI CONTAMINAZIONE)

GIOVANNI SCIANCALEPORE *

SOMMARIO: 1. Il trust c.d. liquidatorio: dal particolare al generale. – 2. Il trust di derivazione anglosassone. – 2.1. Gli elementi costitutivi. – 3. Trust e fiducia: vera endiadi? – 4. Il modello di trust nella Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. – 5. L'atto di destinazione: l'art. 2645-ter cod. civ. (e l'illusione del trust interno). – 6. La prospettiva applicativa, oltre il trust anglosassone.

1. La riflessione che segue ha preso le mosse da una sentenza della Cassazione, in tema di *trust* c.d. liquidatorio; questa ha rappresentato “il pretesto” per procedere ad una ricostruzione attuale del fenomeno, laddove non è stata pretermessa la traccia data dalla genesi del *trust* stesso. La ricognizione, non solo categoriale, ha imposto un viaggio a ritroso, alla ricerca delle pertinenti ragioni – anche storico-sociologiche.

L'intento, qui dichiarato, è consistito nell'evitare – già metodologicamente – due insidie concorrenti, provocatoriamente identificate con la “contaminazione” di cui all'intitolazione del presente contributo: l'una, ferma all'esercizio puramente accademico; l'ulteriore, chiusa in una sorta di sociologismo giuridico, entro cui la strada dell'esperienza conforma tutto a sé, in nome di un relativismo diuturno.

Il ragionamento seguito dalla Corte¹ ha rappresentato l'innesco, cui è succeduto un itinerario, scandito con logica propriamente induttiva.

I giudici intervenuti hanno affermato l'irriconoscibilità del *trust*, istituito nel contesto di una procedura fallimentare, al fine di procedere alla liquidazione del patrimonio aziendale a favore dei creditori². La non riconoscibilità, indotta dallo stato d'insolvenza preesistente

* Professore Straordinario di Diritto Privato Comparato – Università degli Studi di Salerno.

¹ Si tratta di Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, 4, p. 416.

² G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2004, p. 101, sottolinea la possibilità che il *trust* sia applicato ai crediti tributari in costanza di procedura fallimentare, ma che di fatto siano esigibili solo



all'istituzione del vincolo, ha – conseguentemente – determinato la nullità dell'atto di trasferimento al *trustee* per difetto di causa, a mente del comma 2 dell'art. 1418 cod. civ. Coerentemente, è stato ritenuto che all'indomani della dichiarazione di fallimento il curatore legittimamente avrebbe proceduto alla materiale apprensione dei menzionati beni.

Alcuna dignità ha avuto la condizione risolutiva apposta al *trust* in caso di fallimento della società proponente.

Si tratta della prima sentenza della Cassazione sul tema specifico, seppure precedenti fossero rinvenibili presso le Corti di merito.

La regola operativa adottata favorisce distinte prospettive d'analisi: nell'immediato, l'attenzione è rivolta alla valutazione e alla forza persuasiva, in punto di diritto positivo, della soluzione applicativa adottata; lueggiando oltre, va ponderata l'utilizzazione in sé del *trust*, quale rimedio a fronte della crisi d'impresa³.

In via di prima approssimazione, va rilevato che la tesi della nullità del *trust*, istituito dall'imprenditore o dalla società in stato d'insolvenza, costituisce l'orientamento prevalente della giurisprudenza (si considerino, Trib. Milano, 16 giugno 2009⁴; Corte App. Catania, 16 novembre 2012⁵; Trib. Milano, 27 maggio 2013⁶, Trib. Bolzano, 8 aprile 2013⁷, Trib.

all'indomani della chiusura del fallimento. Si tratterebbe, seguendo il ragionamento dell'A., di una sorta di vera e propria segregazione. Interessante appare il raffronto, nel rispetto delle peculiarità ontologiche delle fattispecie, con la cartolarizzazione, siccome condotto sempre da ID., *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla L. n. 130 del 1999*, Torino, 2002, pp. 61 e ss.

³ In tema v. C. D'Arrigo, *l'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, p. 452, e in *Trust. Viaggio nella prassi professionale tra interessi privati, fini pubblici e benefici*, Atti del Convegno di Reggio Calabria, 12 e 13 marzo 2010, a cura di A.C. Di Landro, Napoli, 2010, p. 200.

⁴ La ricostruzione, anche in punto di fatto, è in P. Pirruccio, *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust non consente il normale svolgimento della procedura concorsuale in danno alla massa dei creditori*, in *Giur. merito*, 2010, 6, pp. 1595-1599.

⁵ La sentenza è in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, I, pp. 2597 e ss., laddove è testualmente affermato: "E' inammissibile, in quanto la struttura dell'operazione evidenzia il perseguimento d'interessi propri della società proponente piuttosto che quelli dei creditori, la proposta di concordato preventivo con cessione dei beni il cui buon esito venga garantito dalla società proponente attraverso la costituzione di un trust liquidatorio autodichiarato nel cui atto istitutivo sia previsto che la liquidazione dei beni conferiti in trust venga demandata a soggetti (trustee e garanti) integralmente riconducibili alla compagine azionaria della stessa società".



Belluno, decr. 25 settembre 2002⁸, Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 14 luglio 1999⁹ e via enumerando¹⁰).

Il ragionamento, attento al profilo causale della fattispecie, s'incentra sull'ambiguità in sé dell'atto, potenzialmente funzionale sia a sottrarre beni alla garanzia patrimoniale (generica, a mente dell'art. 2740 cod. civ.), che a proteggere il patrimonio del debitore da iniziative di singoli creditori che potrebbero compromettere un progetto di composizione della crisi d'impresa. Il sostegno sarebbe rappresentato dall'art. 15, lett. e), della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, laddove la disposizione non ostacolerebbe l'applicazione delle disposizioni a tutela dei creditori, rimandando ad esse per la qualificazione dell'ipotesi di fatto e per l'individuazione dei pertinenti rimedi¹¹.

Tuttavia, in senso propriamente concreto, l'eventuale pregiudizio che il *trust* può porre in essere – nel contesto qui eletto – consiste nella sottrazione dei beni alla procedura concorsuale e, quindi, alla relativa liquidazione.

Osservando l'ipotesi scongiurata, con la necessaria obiettività, emerge chiaramente l'inclusione del pregiudizio tra quelli perpetrati da qualsivoglia ulteriore atto dispositivo, lesivo degli interessi ascrivibili al ceto creditorio. Laddove il creditore non sarà animato da una logica immediatamente declamatoria (dichiarazione di nullità), piuttosto ripristinatoria della consistenza patrimoniale violata – mercé l'avvio dell'azione revocatoria (*ex art 2901 e*

⁶ In *Trusts e attività finanziarie*, 2014, p. 46.

⁷ In *Trusts e attività finanziarie*, 2014, p. 49.

⁸ In *Trusts e attività finanziarie*, 2003, p. 255.

⁹ In *Trusts e attività finanziarie*, 2000, p. 251.

¹⁰ Merita di essere ricordata anche Trib. Napoli, 3 marzo 2014, commentata da C. Restivo, *Nullità del trust liquidatorio*, in *Dir. civ. contemporaneo (Rivista trimestrale di Diritto civile ad accesso libero)*, 2014, II, pp. 1-5.

¹¹ Cfr. F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2010, 6, p. 23-42, poi confluito, più di recente, in ID., *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, I, pp.76-92.



ss. cod. civ.), tesa alla conseguente inopponibilità al fallimento dell'iniziativa lesiva posta in essere¹².

Verrebbe da dire che la soluzione della nullità, esuberante e praticamente poco utile, rappresenta una sorta di cesura con una tradizione, non solo giudiziale, che sistematicamente ha reagito sollecitando costantemente la categoria dell'inopponibilità. Inoltre, l'idea in sé della nullità dell'atto che istituisce il *trust* veicola una certa confusione tra profili distanti, rappresentati dalla limitazione della responsabilità e dalla limitazione del patrimonio - notoriamente ascritte ai contesti della riserva legale e dell'autonomia negoziale, meritevolmente orientata. La differenziazione, non meramente astratta, implica conseguenze pratiche di non poco momento, in termini di tutela reale. Ne deriva che "... l'incremento del patrimonio non comporta un ampliamento della responsabilità, la sua riduzione non ne comporta una limitazione; occorre, dunque, tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono direttamente sulla responsabilità, causandone una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente hanno influenza sulla responsabilità"¹³.

Infatti, il *trust* è atto che incide sul patrimonio, attraverso l'intenzione segregativa, in ragione della forza dirimente assunta dalla clausola di salvaguardia contenuta nella Convenzione dell'Aja (*sic*, art. 15, lett. e). All'inverso, si giungerebbe al paradosso per cui tutti gli atti di disposizione sarebbero considerati limitativi della responsabilità patrimoniale e, ricadendo nel divieto sancito all'art. 2740, comma 2, cod. civ., sarebbero affetti da invalidità assoluta.

¹² Sono convincenti le osservazioni di A.C. Di Landro, *La destinazione patrimoniale nella gestione della crisi dell'impresa: il trust liquidatorio approda in Cassazione*, in *Dir. civ. contemporaneo (Rivista trimestrale di Diritto civile ad accesso libero)*, 2014, II, pp. 1-12.

¹³ A. Falzea, *Introduzione e considerazioni generali*, in *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale: Il lungo cammino di una idea*, a cura di M. Bianca, A. De Donato, Milano, 2013, p. 124.



Tuttavia, non va negletto che il *trust*, nel caso di specie, aveva una vocazione propriamente liquidatoria, nel senso che era deputato, appunto, alla liquidazione dei beni dell'impresa, durante l'acclarato stato di decozione¹⁴.

Sul punto specifico, la giurisprudenza¹⁵ ha evidenziato che “un trust liquidatorio che si ponga come dichiarato scopo quello di tutelare il patrimonio aziendale, quando l'impresa si trova già in stato di insolvenza (ed avrebbe potuto accedere agli istituti concorsuali), è incompatibile con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 15, lettera e) della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. Un *trust* attuato in tale situazione costituisce un atto privatistico che mira a sottrarre agli organi della procedura concorsuale la liquidazione dei beni in assenza del presupposto sul quale poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, ossia che l'impresa sia dotata di propri mezzi. Se così non fosse, a qualunque imprenditore insolvente che intende evitare il fallimento potrebbe essere consentito lo spossessamento di tutti i propri beni mediante conferimento in trust rendendoli non aggredibili dai creditori”. In altre parole, è avvertito che il pericolo possa consistere nell'utilizzazione del *trust* al solo fine di eludere la cogente disciplina concorsuale, quest'ultima caratterizzata da finalità più propriamente pubblicistiche¹⁶.

In un contesto temporalmente differente, comunque afferente ad una situazione di crisi imprenditoriale, altra giurisprudenza¹⁷ ha sottolineato che, nel corso dell'istruttoria pre-fallimentare, in ragione dei poteri creativi riconosciuti dall'art. 15, comma 8 della Legge fallimentare, il giudice potrebbe ordinare l'istituzione di un *trust* per conservare i beni alla massa o per preservarne la destinazione produttiva. In simile fattispecie, la fase della

¹⁴ Con riguardo al *trust* adoperato in tempi anteriori al fallimento, v. F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, p. 511; C. Cavellini, *trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1100. Cfr. E. Scoditti, *Trust e fallimento*, in *Trust*, 2010, 5, p. 472, L. Rovelli, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fallimento*, 2009, 9, p. 1029, ed anche E. Raganella – M. Regni, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts*, 2009, p. 608. Si considerino, inoltre, L. Panzani, *trust e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005, p. 553, e G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Fallimento*, 2007, p. 245.

¹⁵ Si tratta dell'ordinanza 18 aprile 2011 del Tribunale di Mantova, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2012, 1, p. 170.

¹⁶ Con l'ovvia conseguenza che non potrà realizzarsi l'effetto di segregazione pianificato nell'atto istitutivo.

¹⁷ Trib. Milano - sez. fall. -, 25 marzo 2010, in *Dir. Fall.*, 2010, 6, 2, p. 552.



liquidazione e della distribuzione non seguirebbero la legge, ma il regolamento negoziale dell'atto istitutivo¹⁸.

Osservando in filigrana il fenomeno specifico investigato non può essere taciuto – almeno in senso generale – che l'iniziativa privata *tout court* possa avere una sua virtù compositiva nell'ambito della crisi d'impresa. Ovviamente, la considerazione implica l'equilibrata valorizzazione dell'autonomia negoziale e, simmetricamente, un certo ridimensionamento del dogma rappresentato dalla *par condicio creditorum*. Lo stesso legislatore, vieppiù nel recentissimo passato, ha sistematicamente sostenuto i rimedi negoziali della crisi d'impresa, in luogo della “semplicitistica” declaratoria di fallimento¹⁹. Al riguardo, si ponga mente esemplificativamente (ma in senso emblematico): 1) ai piani attestati (art. 67, comma 3, lett. d), Legge Fallimentare), ai concordati o agli accordi di ristrutturazione (art. 67, comma 3, lett. e), Legge Fallimentare) e alla pertinente esclusione di taluni pagamenti dal novero di quelli revocabili; 2) alle proposte di concordato fallimentare e di concordato preventivo (artt. 120, comma 2, lett. b) e 160, comma 1, lett. c), Legge Fallimentare), attraverso cui è possibile organizzare trattamenti differenziati tra i creditori, con il sistema della classificazione; 3) all'ulteriore soluzione negoziata della crisi, eretta su rapporti di tipo fiduciario, di cui all'art. 7 della l. 27 gennaio 2012, n. 3²⁰. Si tratta dell'opportunità di elaborare un piano che contempli “l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato”.

Le osservazioni appena formulate permettono di considerare, unitamente alle ulteriori che seguiranno, l'eventuale coerenza del *trust* con il nostro ordinamento, nella consapevolezza

¹⁸ In ordine al *trust* endo-concorsuale, deputato alla velocizzazione della chiusura del fallimento ed alla pertinente liquidazione dell'attivo, v. F. Galluzzo, *validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 531. Merita considerazione Trib. Roma, 3 aprile 2003, in *Fallimento*, 2004, 1, p. 101, con commento di G. Fauceglia.

¹⁹ Seppure, in argomento, sarebbe utile una sorta d'indagine meramente statistica, tesa a verificare se la sensazione di diffidenza giudiziale riguardo ai rimedi negoziali della crisi d'impresa sia poi, nei fatti, sconsigliata.

²⁰ Si tratta di *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in G. U., 30 gennaio 2012, n. 24.



che – almeno in via di principio e con riguardo al regime di tutela - già il *totem* della *par condicio creditorum* sta cedendo il passo all'autonomia negoziale, meritevolmente organizzata, al fine univoco di risolvere la crisi d'impresa.

2. Ma la potenziale utilità pratica – siccome delineata nel paragrafo che precede, seppur carica di complessità – affonda coerentemente le sue radici nella *ratio*, storicamente consolidata, del *trust*?

In tema non può essere taciuto che l'uso tradizionale dell'istituto, specialmente in Gran Bretagna, è certamente a fini successori²¹. L'Inghilterra ha utilizzato il *trust* come strumento per il trasferimento dell'eredità quando ancora non conosceva neanche l'idea di testamento, anzi potremmo dire che il *trust*, per certi versi, e almeno fino ad un certo periodo storico, ha rappresentato l'antagonista del testamento di concezione e derivazione romanistica. Nei testamenti inglesi del Cinquecento a volte si trova scritto che il *trustee* nominato dal testatore riceve un "*commodum alterius*"²² ossia un diverso, ulteriore, vantaggio rispetto ai diritti successori. Ma il termine *commodum* è il termine impiegato nel diritto comune europeo per definire l'erede fiduciario, il quale "*haeres fiduciarius, qui non sentit commodum*". Esiste quindi nel

²¹ Interessante lettura sulla questione del trust a fini successori è data da P. Nodari, *L'istituto del trust. La successione necessaria: applicazioni pratiche, casistica*, Bologna, 2006, *passim*.

²² Sia consentita una breve riflessione, di carattere storico, sul punto specifico. Primo ad effettuare la più organica sistemazione del concetto di *minister ultimae voluntatis* fu Baldo degli Ubaldi (1327-1400). La costruzione della figura dell'erede fiduciario viene fatta da Baldo sia nel brano di Papiniano, con la figura di Pollidio, dove la disposizione è lecita ed espressa, sia nel brano di Africano, dove la disposizione è illecita e segreta. A parere di Baldo degli Ubaldi questi due casi eccezionali di fedecommissario fiduciario e di mandato a ricevere l'eredità per conto altrui rappresentano, con evidenza, i modi attraverso i quali si realizza il trasferimento dei patrimoni a mezzo di un intermediario di fiducia.

Nel primo caso, le regole ufficiali del fedecommissario sono alterate dall'accertamento che la concreta volontà del disponente era diretta ad avvantaggiare esclusivamente il fedecommissario. Nell'ulteriore ipotesi, la fattispecie è soggetta alla disciplina del contratto. In entrambi si doveva, comunque, provare che l'erede era stato istituito solo in favore di un altro, cioè *gratia alterius*. Muovendo dai due frammenti di Papiniano e di Africano, Baldo enuclea i connotati della figura dell'erede fiduciario, differenziandoli da quelli dell'erede gravato di fedecommissario. Formalmente, si tratta sempre di eredi ma, mentre il secondo lo è anche di fatto e perciò destinatario dei *commoda*, il primo lo è solo di nome, perché è istituito erede solo *gratia alterius* e, perciò, privo dei frutti e della quarta parte. Questi criteri stabiliti da Baldo saranno poi utilizzati da Giasone di Maino (1435-1519) per delimitare l'essenza dei negozi fiduciari a causa di morte.



diritto comune europeo un fedecommesso che non consente al fedecommissario di trarre alcun *commodum*²³, che di certo non è il *fideicommissum* del diritto romano, noto perché consentiva all'erede o legatario di trattenere un quarto dei beni. Oggi, il *trust*, per atto *mortis causa*, si caratterizza per la peculiare destinazioni di beni a qualcuno che però non ne diviene erede, almeno non nel senso pieno ed esclusivo dell'espressione per come la intendiamo noi, bensì erede a metà, in quanto l'amministrazione della massa ereditaria verrà attribuita ad un terzo soggetto.

Ma il civilista, ancor più di formazione romanistica, che voglia approcciarsi all'analisi del *trust*, dovrà cogliere la prodromica distinzione esistente tra *public* e *private trust*. Con il primo si suole fare riferimento ai *trusts* istituiti per pubblica utilità; questa è una definizione omnicomprensiva che potrà includere come beneficiari referenti una quantità eterogenea di soggetti.

I *trust* pubblici sono caratterizzati da finalità eminentemente altruistiche, laddove lo scopo istitutivo non deve essere necessariamente delineato in modo esaustivo, potendo rimanere espresso anche in forma generica, purché sia rintracciabile in esso una qualche finalità – appunto - di pubblica utilità.

Ne deriva che la *joint property*, realizzabile attraverso il *trust* (anglosassone!), si atteggia, non solo nei fatti, come una figura estranea alla cultura giuridica di *civil law* e da questa non mutuabile.

Verosimilmente, la disomogeneità delle nozioni stesse di proprietà, in *common law* e in *civil law*, rappresenta la ragione della problematicità appena evidenziata. A questa si aggiunga, poi, che solo nelle realtà a diritto non scritto, il *trust* può essere imposto per legge.

Tuttavia, il *trust* - cui di solito si suole fare riferimento - è, infatti, quello che si realizza per motivi privati e, in simili casi, potrà essere un *express trust*²⁴ - indicato in una chiara dichiarazione - o un *implied trust*, cioè un *trust* silente che vive senza alcuna dichiarazione

²³ Si consideri, al riguardo, G. Lepore, *Trust nel modello inglese e nel modello internazionale: cenni sulle origini storiche*, Torino, 2008, *passim*.

²⁴ *Trust* esplicito.



esterna (ovviamente, in questi casi la sua disciplina sarà, per la quasi totalità determinata dalla libera autonomia delle parti, fatta eccezione per alcuni aspetti che, di volta in volta, possano essere regolati dagli *states*). In ogni caso, anche quando la disciplina del *trust* privato sia dettata da norme di legge, queste non saranno mai di carattere imperativo quanto, piuttosto, eminentemente suppletivo: esse potranno soccorrere l'atto di autonomia privata, in caso di parziale o totale assenza di disciplina convenzionale. Normalmente il *trust* privato è costituito secondo lo schema classico del trasferimento del bene ad un soggetto per il vantaggio di un terzo; se il soggetto predisponente possa allo stesso tempo ricoprire anche la posizione di beneficiario dipenderà poi dalle previsioni normative del singolo Stato in cui il *trust* è stato costituito²⁵. I beni oggetto del *trust* dovranno essere esistenti ed individuabili concretamente al momento di costituzione dello stesso; questa circostanza, a ben vedere, non va considerata per il *trustee* - il quale potrà essere individuato anche in un momento successivo, eventualmente anche ad opera del giudice, qualora vi fossero impedimenti all'autonoma determinazione dei privati. Lo scopo concreto del *trust* sarà, ovviamente, ascritto alla volontà del predisponente al momento della sua costituzione ed il *trustee* dovrà uniformarsi a tutti gli obblighi connessi alla sua realizzazione: amplissimi poteri limitativi in ordine alla condotta del *trustee* saranno riconosciuti, parimenti, in capo al costituente. In ragione di tale autonomia decisionale, i vincoli ed i poteri che potranno essere imposti in capo al *trustee* saranno i più svariati, tanto da non sembrare azzardato, sotto questo aspetto, l'accostamento del *trust* all'istituto del contratto, inteso nella tradizione romanistica, e ciò proprio per la ricchezza di contenuti possibili²⁶.

Nell'ambito dei *private trusts*, la differenza più significativa è data dalla distinzione tra *ordinary trust* e *discretionary trust*; mentre il primo comporta la fissazione di un utile da assegnare al beneficiario e da ricavarsi direttamente dal bene conferito in *trust* senza alcun apporto in

²⁵ In alcune aree degli USA il predisponente può addirittura assumere contestualmente le vesti di beneficiario del *trust* e di *trustee*, purchè, però, egli non sia l'unico beneficiario del *trust*.

²⁶ Il *Trust* di origine anglosassone è caratterizzato da una "capacità di adattamento" alla complessità delle singole situazioni che si intendono tutelare, appunto, in *trust*. Nel senso indicato si rinvia a M. Lupoi, *Il trust*, Milano, 2001, *passim*.



termini discrezionali da parte del *trustee* nella determinazione del quanto e del *quomodo* dell'attribuzione, nell'ulteriore lo scenario cambia completamente: i beneficiari non avranno alcun diritto all'assegnazione di utili finché non sarà lo stesso *trustee* a determinarsi (liberamente e discrezionalmente) in tal senso.

In senso generale, comunque, una volta fissati i poteri del *trustee* nell'atto di costituzione del *trust*, questi avrà quasi sempre assoluta autonomia per quel che concerne l'amministrazione del bene; limiti ulteriori ai suoi poteri potranno derivare solo ed esclusivamente da eventuali previsioni normative che, ovviamente, varieranno sempre a seconda dello Stato nel quale l'atto viene realizzato e delle leggi in quest'ultimo vigenti.

In Gran Bretagna, ad esempio, il *Trustee Act* del 1925 disciplina molti aspetti inerenti i poteri del *trustee*, tra cui quello di delega delle sue funzioni ovvero l'assunzione di impiegati che possano coadiuvarlo nell'esercizio delle sue funzioni ovvero, ancora, l'ipotesi in cui *trustee* sia costituita una persona giuridica. In base al *New York Estate Powers & Trusts Law* invece, al *trustee*, salvo quanto espressamente previsto nell'atto di costituzione, è fatto divieto assoluto di assumere soggetti alle sue dipendenze, non può disporre il comodato sui bene né gli è consentito di mantenere quelli eventualmente disinvestiti, salva comunque la possibilità, da parte del trasferente, di ampliare o ridurre i suoi poteri. Nella specie, poi, va evidenziato che il *New York Estate Powers & Trusts Law* si applica, infatti, solo nel caso in cui il trasferente non abbia disposto in modo diverso²⁷. Altro singolare aspetto è dato dalla circostanza secondo la quale nei *trusts* privati, ma anche in quelli pubblici, il *trustee*, una volta accettato l'incarico sarà svincolato da qualsivoglia obbligo o rapporto con il disponente; unico punto di riferimento nello svolgimento delle sue funzioni sarà il giudice, qualora ve ne fosse la necessità. Tuttavia, in ragione della sua responsabilità amministrativa e gestoria rispetto al

²⁷ V. sul punto l'analisi condotta da D.J Hayton, P. Matthews, C. Mitchell, *Law of trusts and trustees*, 18^a Edizione, Londra, 2010, pp. 120-124. Si consideri anche M.C. Malaguti, *Il Trust*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato*, V ed., a cura di F. GALGANO, Bologna, 2015, pp. 202 – 212.



patrimonio conferito in *trust*, egli²⁸ sarà responsabile nei confronti del beneficiario, che avrà sempre garantita la possibilità di intentare contro di lui, in ipotesi di condotte infedeli, azione per ottenere il risarcimento del danno.

Nei sistemi anglo-americano la volontà del predisponente non è l'unico veicolo di costituzione del *trust*. Nei sistemi di *common law*, in presenza di alcune circostanze, saranno ravvisabili *trusts* autoritativi che non derivano dalla volontà dei costituenti, bensì dal giudice: si tratta dei *trusts ope legis*, che di solito vengono riconosciuti dai giudici di *equity* per rimediare ad una situazione di ingiustizia. Tali rimedi vengono utilizzati laddove non sia stato possibile trovare altri strumenti *at law* capaci di ristabilire una situazione di equità.

I *trust ope legis* sono essenzialmente tre: il *constructive trust*²⁹, il *resulting trust* e il già richiamato *implied trust*.

Per *constructive trusts* si suole fare riferimento a qualsiasi tipologia di *trust* che, invece di essere liberamente determinato dalla volontà delle parti, discende coattivamente dalla volontà del giudice per sanare situazioni in cui qualcuno, di prassi il *trustee*, abbia illegalmente disposto dei beni del fiduciario; in presenza pertanto di un obbligo alla restituzione, ma nella situazione di impossibilità che ciò avvenga, il giudice, tramite il *constructive trust*, disporrà la costituzione di un *trust* sugli utili ricavati dalla vendita³⁰. L'utilità pratica e la caratteristica peculiare del *constructive trust*, risiede proprio nel fatto che una simile finalità non sarebbe

²⁸ Nell'ipotesi, non improbabile, nella quale i *trustees* siano più di uno, questi risponderanno in solido dell'amministrazione nei confronti dei beneficiari.

²⁹ Sull'argomento si rinvia diffusamente a G.L. Gretton, *Constructive trusts and Insolvency*, in *Eur. Rev. of Priv. Law*, 2000, pp. 463- 476.

³⁰ In caso di trasferimenti illegali dei beni da parte del *trustee*, si potranno verificare due distinte situazioni: se l'acquirente avrà acquistato in buona fede ed il trasferimento sarà avvenuto a titolo oneroso, il beneficiario potrà soddisfarsi sul prezzo ricavato. Qualora, invece, l'acquirente avesse acquistato diritti in mala fede, il trasferimento sarà inopponibile al beneficiario che, pertanto, vedrà fatti salvi i suoi diritti sul bene. Vi è poi un'ulteriore opzione che, nel corso del tempo e sin dalle epoche più remote si è fatta strada nella giurisprudenza dell'*equity*: l'ipotesi del trasferimento infedele del bene in favore di soggetti in malafede ma a titolo gratuito. In siffatta ipotesi, la soluzione praticabile prevedrebbe la possibilità per il beneficiario di scegliere di soddisfarsi sul valore in danaro del bene nei confronti del *trustee*, ovvero di chiedere la surrogazione nei doveri del *trustee* del nuovo proprietario.



stata altrimenti realizzabile: non esiste, infatti, in nessuna delle aree di *common law* uno strumento che permetta al beneficiario defraudato di ristorarsi sugli utili del bene ingiustamente venduto dal *trustee*. Il *constructive trust* è, inoltre, adoperato quando il *trustee* abbia comunque abusato dei poteri conferitigli, anche senza arrivare alla conseguenza estrema dell'atto di disposizione dei beni.

Si parla di *resulting trust*, invece, tutte le volte in cui il giudice imponga la costituzione del *trust* sulla supposizione che il soggetto trasferente avesse solo l'intenzione di costituire un *trust*, poi non realizzato, ovvero – ancora - quando lo scopo del *trust* risulti illegale e quando, anche dopo la valida costituzione del *trust*, i beni rimangano nella disponibilità del *trustee* senza che questi sappia effettivamente come gestirli e secondo quali criteri. La differenza tra *constructive* e *resulting trust* deriva dalla circostanza che, mentre nel primo il giudice costituisce il *trust* indipendentemente dalla esistenza della effettiva volontà di un soggetto, nel secondo la predisposizione dello stesso avviene sulla base di una volontà di fatto esistente, ma erroneamente espressa o male interpretata.

Da ultimo, l'*implied trust* si realizza quando il giudice ravvisi in una situazione di fatto tutti gli elementi costitutivi di un *trust* sulla base di una serie di presunzioni (difficilmente “catalogabili” in quanto diverse da sistema a sistema)³¹.

Esistono poi gli *statutory trusts*, ovvero i *trusts* normativamente previsti; essi sono creati dalla legge per le più svariate finalità, sono molteplici e sono validi entro il solo ambito applicativo dei testi che li prevedono.

L'evoluzione avutasi nei modi d'uso del *trust*, nei sistemi anglo-americani e soprattutto nei tempi più recenti, è dipesa eminentemente da esigenze di carattere commerciale (lo scenario di maggiore impiego del *trust*). La prassi, stratificata nel tempo, conosce ulteriori applicazioni concrete di *trust*, indotte dalla necessità di un'affidabilità di tipo pratico. Tra queste, le più comuni sono l'*investment trust*, il *business trust* e il *trust for sale*.

³¹ Ad esempio, le Corti di New York presuppongono che, nell'ipotesi in cui un coniuge acquisti un bene e lo intesti all'altro coniuge, il primo voglia di fatto costituire un *trust* in favore dell'altro coniuge.



Partendo dall'analisi di quest'ultimo, va osservato che è caratterizzato dalla particolare circostanza nella quale si dispone che, ad un certo punto, i beni oggetto di *trust* debbano essere venduti dal *trustee*, con l'obbligo di costui di trasferire ai beneficiari il ricavato della vendita. Naturale contesto d'utilizzazione del tipo di *trust* in discorso è rappresentato dal caso di accettazione dell'azienda da parte degli eredi, subordinata l'intenzione di questi ultimi di venderla, nel momento economicamente più propizio, a terzi. In attesa che quel momento giunga, viene così nominato un *trustee* che avrà il compito di traghettare l'azienda fino, appunto, al trasferimento di proprietà –garantendo, comunque, gli utili ai beneficiari.

L'*investment trust* è, invece, strutturato sui depositi bancari; qui il depositante può limitarsi a nominare se stesso come *trustee* ed indicare una terza persona quale beneficiario. L'operazione diventa più significativa però quando il ruolo di *trustee* ricada su di una banca ed il *trust* venga costituito da più depositanti su di un unico conto: in simile evenienza la banca dovrà garantire il beneficio dei depositanti stessi e sarà tenuta al rispetto di una serie di obblighi in tal senso indirizzati. La medesima operazione può essere realizzata non con il denaro depositato, bensì con le polizze assicurative, prevedendo che gli interessi non vengano devoluti, ma investiti secondo modalità diverse e, comunque, a beneficio dell'assicurato o di un terzo da questi indicato (in questo caso si tratterà di *business trust*, caratterizzato dal doppio grado della sua aleatorietà: l'investimento a rischio ha infatti ad oggetto un capitale di cui non si conosce l'ammontare esatto nel momento in cui si dispone il *trust*)³².

³² Accanto a questi usi tipizzati, per dir così, del *trust*, ve ne sono moltissimi altri. In senso esemplificativo, si pensi che il *trust* viene utilizzato molto spesso per la realizzazione di fini commerciali, senza ricorrere alla costituzione di società. In questo caso, al *trustee* vengono assegnati poteri di amministrazione tipici di un consiglio di amministrazione, mentre i beneficiari conservano un controllo sull'amministrazione – simile a quello di cui dispone l'assemblea dei soci della s.p.a. Il vantaggio pratico dell'utilizzazione del *trust*, piuttosto che del modello societario, risiede nella maggiore flessibilità dei poteri garantiti da questo strumento, con tutte le pertinenti conseguenze operative. Da non sottovalutare, poi, la segregazione del fondo rispetto a tutti gli altri beni di proprietà del *trustee*. Cfr., C.G. Chesire, *Il concetto del trust secondo la Common Law inglese*, Torino, 1993, p. 142; nonché C. Corocher, G. Ornella e F. Sforza, *Trust: strumento di pianificazione per la gestione patrimoniale*, Rimini, 1997, *passim*.



2.1. La ricostruzione del *trust*, seguendo la tradizione nella quale esso è nato, impone di considerare i seguenti elementi costitutivi:

1) il **trasferimento** di un diritto dal disponente al *trustee* ovvero la dichiarazione unilaterale, emessa dal disponente medesimo, attraverso cui egli si fa *trustee* di un diritto che già gli appartiene; 2) la **segregazione** ovvero la non confusione fra il diritto trasferito sul bene e l'intero patrimonio personale del *trustee*; 3) l'**affidamento**, inteso come la perdita di ogni facoltà del disponente quale effetto naturale del trasferimento; 4) lo **scopo** del *trust*, che può o meno essere inerente ai soggetti beneficiari; 5) la **fiducia**, quale prerogativa qualificante, siccome impressa all'esercizio dei diritti spettanti al *trustee*.

Notoriamente, le posizioni giuridiche che ruotano attorno al *trust*, sono generalmente tre: una è quella del disponente o *settlor* o *grantor*³³, cioè colui che istituisce il *trust*; la seconda è data dalla figura dall'amministratore o gestore, il *trustee*, il quale, divenendo intestatario dei beni, mobili o immobili, oggetto di conferimento in *trust*, acquista il potere-dovere di gestione ed amministrazione di questi ultimi secondo le indicazioni ed entro i limiti rigorosamente ed insindacabilmente prefissate dal disponente. La terza, e più significativa posizione, è rappresentata dal *beneficiary*, che potrà essere tanto espressa quanto implicita: sarà infatti nei confronti ed in favore di questa (e degli interessi pertinenti) che verrà orientata l'intera attività di gestione ed amministrazione del *trust* (in ragione di ciò, la cura e la salvaguardia degli interessi del beneficiario caratterizzeranno lo scopo precipuo ed essenziale legittimante la stessa esistenza del *trust*³⁴).

Le soluzioni operative offerte dai sistemi *common law* permettono di evidenziare che "posizioni" e "soggetti" all'interno di un *trust* non sono necessariamente concetti coincidenti: lo stesso soggetto può infatti assumere più di una posizione giuridica. Simile

³³ La denominazione cambia a seconda dell'ordinamento di riferimento.

³⁴ Per completezza espositiva, va detto che potrebbe incontrarsi anche una quarta posizione, tuttavia solamente eventuale, che è quella del "guardiano", il *protector*, sul quale, se esistente, verterà l'obbligo di sorvegliare sull'esatta esecuzione delle volontà del disponente.



evenienza sarà ravvisabile, ad esempio, nell'ipotesi del *trust* con una pluralità di disponenti, di amministratori, ma - soprattutto - nel caso di *trust* "autodichiarato". In questa fattispecie, un unico soggetto assume, allo stesso tempo, il ruolo di disponente e di *trustee* dei suoi stessi beni, ascrivendo – in capo a se medesimo - i contrapposti ruoli caratterizzanti l'istituto³⁵. Con il *trust* autodichiarato, quindi, il disponente nomina se stesso quale *trustee*. Di conseguenza non si assisterà ad alcun trasferimento di beni dal disponente al *trustee*. Dichiarandosi *trustee* di se stesso, il disponente mira a realizzare, all'interno del suo patrimonio generale, una sorta di "isola felice", rappresentata dai beni in *trust*; questi, a causa della loro destinazione, saranno isolati dal contesto generale di singola pertinenza³⁶.

3. Si attergerebbe ricognizione parziale il tentativo di esaurire l'analisi del *trust* omettendo la pertinente correlazione col tema rappresentato dalla fiducia³⁷.

Nel contesto giuridico³⁸, poi, con il concetto di fiducia si suole indicare due fenomeni distinti, ma strettamente connessi l'uno all'altra e sviluppatasi – nel tempo – secondo la contiguità appena segnalata.

³⁵ Occorre considerare F. Cerio, *La trascrizione del trust interno auto-dichiarato su beni immobili o complessi di beni immobili*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, pag. 185.

³⁶ In Italia, il *trust* autodichiarato è stato, di recentissimo, oggetto di una significativa pronuncia da parte della Corte di Cassazione; con la sentenza n. 3886 del 25 febbraio 2015 infatti - la quale, unitamente alle sentenze n. 3735 e 3737 del 24 febbraio 2015, va a formare un gruppo di sentenze che rimarranno molto probabilmente annoverate negli annali della giurisprudenza tributaria italiana come sentenze "storiche" per essersi occupate per la prima volta di *trust* in sede di giudizio di legittimità e per avere oltretutto usato una "mano pesante" per tutti i *trust* diversi da quelli nei quali tra disponente e beneficiari non vi sia uno stretto rapporto familiare - la Suprema Corte statuisce in maniera definitiva che non può esservi *trust* se non c'è trasferimento di beni a un *trustee* che sia un soggetto fisicamente diverso dallo stesso disponente. In altre parole, la Cassazione, prendendo le mosse da una vicenda alquanto anomala ma tuttavia non rarissima, nella quale due coniugi si erano autodichiarati *trustee* di se stessi con l'intento di realizzare una destinazione dei beni vincolati in *trust* analoga a quella che si ottiene stipulando un fondo patrimoniale, definitivamente sconfessa la possibilità, all'interno del nostro ordinamento, di ritenere meritevoli di tutela i cosiddetti *trust* autodichiarati. Si tratta di una statuizione foriera di precise conseguenze, dalla quale emerge precisa diffidenza giudiziale rispetto ad atti d'iniziativa che spesso celano una simulazione e, perciò, nascondere una struttura fittizia o una costruzione artificiosa.

La questione specifica sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo dell'indagine.

³⁷ Sia consentita l'allusione retorica all'endiadi.



Ne deriva che la fiducia può, innanzitutto, essere intesa come quel particolare tipo di proprietà, la proprietà fiduciaria appunto, che si realizza tutte le volte in cui il proprietario si vede riconosciute le facoltà di godere e di disporre del bene non per soddisfare interessi suoi propri, bensì per la realizzazione di esigenze ascrivibili ad un terzo soggetto³⁹.

Con simmetrica coerenza, la fiducia sta anche ad indicare il *pactum fiduciae*, ovvero una ben precisa figura negoziale, talvolta identificata in un vero e proprio schema contrattuale fiduciario, in ragione del quale un soggetto (fiduciante) investe un altro soggetto (fiduciario) della proprietà di un bene, di altro diritto reale ovvero di una ulteriore situazione giuridica soggettiva di vantaggio. Tale titolarità (piena per quanto riguarda i terzi) è tuttavia destinata ad essere circoscritta, nell'ambito dei rapporti tra le parti, da pattuizioni di carattere obbligatorio (c.d. *pactum fiduciae*)⁴⁰.

Secondo quella che è la concezione classica ottocentesca, il contratto fiduciario si realizzerebbe ogni qual volta l'elemento causale del contratto eccede rispetto allo scopo tipico che le parti dovrebbero perseguire attraverso quel determinato schema negoziale. Tale esuberanza causale risulterà proprio da uno specifico patto, il *pactum fiduciae* di cui innanzi, che potrà tanto essere riversato nello stesso schema contrattuale attraverso l'inserzione di una specifica clausola, quanto, invece, risultare da una scrittura separata (classica ipotesi di fiducia *cum amico*).

L'ipotesi della fiducia *cum creditore* ricorre quando l'accordo fiduciario vada ad intercorrere tra due soggetti in posizione, per così dire, qualificata, ovvero sia tra debitore e creditore. In questo caso, il primo aliena al secondo un bene a garanzia della propria posizione debitoria con l'accordo che, all'atto del soddisfacimento del credito, il creditore ritrasferirà il bene al debitore. Entrambe queste due fattispecie – la fiducia *cum amico* e la fiducia *cum creditore* –

³⁸ V. sull'argomento S. Bartoli, *Prime riflessioni sulla modificabilità di un trust*, in *Trust e attività fiduciarie – Quaderni n. 6* a cura di B. De Guglielmi 2006, pp. 5 e ss. ; L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, *passim*; C. Castronovo, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1998, p. 446; U. La Porta, *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, *passim*.

³⁹ In senso meramente descrittivo potrebbe cogliersi una certa assonanza col *trust*, d'origine anglosassone

⁴⁰ Anche questo schema si trova, sovente, ripercorso e riportato nel *trust*.



rientrano nella così detta fiducia dinamica, mentre la fiducia statica si realizza quando il fiduciario è già di suo proprietario del bene ma si limita a goderne e disporne, al fine di un determinato scopo, in base a quelle che sono le direttive del predisponente.

In linea generale, il contratto fiduciario, e perciò il *pactum fidei* ad esso sotteso, sono quasi sempre validi.

Nell'esperienza tedesca, ad esempio, la fiducia *cum creditore* si considera nulla quando sia contraria al buon costume, ovvero all'ordine pubblico e ciò ricorrerà in due casi specifici: quando il debitore perda, nei confronti del creditore, la propria indipendenza economica; quando il contratto arrechi un grave danno agli altri creditori, ledendo – quindi – le posizioni dei terzi.

In Italia, a norma dell'art. 1344 cod. civ., il contratto fiduciario sarà illecito nel caso in cui sia organizzato in frode alla legge: si tratta della vendita con patto di riscatto e della vendita con patto di retrovendita, piegate alle finalità della mera vendita a scopo di garanzia (e in tal senso l'orientamento della Cassazione è univoco, atteso che – nei fatti – si tratta di atti dispositivi diretti ad aggirare il divieto del patto commissorio⁴¹, ex art. 2744 cod. civ.⁴²).

Va sottolineato che tra le due situazioni, appena ricordate, non sussiste un nesso di consequenzialità. La proprietà fiduciaria, infatti, nelle rare ipotesi in cui questa risulti ammissibile nei sistemi d'impianto romanistico appartenenti alla tradizione di *civil law*, non dovrà necessariamente essere originata da un contratto fiduciario e questo, da par suo, non è detto che debba necessariamente produrre l'effetto costitutivo di una proprietà fiduciaria. Ciò al contrario, avverrà - e si potrà quindi parlare effettivamente di proprietà fiduciaria - soltanto quando il "limite" dell'altrui interessi presenti le caratteristiche tipiche del vincolo reale, proprio come nel *trust* del *common law*.

⁴¹ In ordine all'attualità del divieto del patto commissorio, di cui all'art. 2744 cod. civ., in correlazione anche alla vitalità del patto marciano, si rinvia alle osservazioni formulate, in prosieguo, nel testo.

⁴² V. sul punto: M.C. Malaguti *Il Trust*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato*, V ed., a cura di F. Galgano, Bologna 2015, pp. 202 – 212.



Nei sistemi di tradizione romanistica⁴³, nei quali vige – in senso qualificante - il principio della tipicità dei diritti reali, la proprietà fiduciaria non potrà mai essere espressione della mera autonomia contrattuale.

Tuttavia, si ponga mente alle fondazioni, alle società fiduciarie ed alle società di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare⁴⁴.

Le considerazioni che precedono permettono di affermare che nel nostro ordinamento, al di fuori di contesti positivi ben precisi, il contratto con effetti reali attribuirà al presunto fiduciario una proprietà semplice, piena ed esclusiva, di diritto comune, rilevando,

⁴³ V. in tema F. Galgano, *La fiducia e il trust*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato*, V Ed., a cura di F. Galgano, Bologna, 2015, pp. 197-200 il quale, testualmente sul punto, aggiunge: “ il bene è sottratto all’azione esecutiva dei creditori personali del proprietario fiduciario, il vincolo di destinazione è opponibile ai terzi aventi causa del proprietario fiduciario e così via. A questo modo la proprietà fiduciaria dà vita ad una dualità di situazioni proprietarie su un medesimo bene: la proprietà di diritto comune ed una diversa proprietà di più ridotto contenuto. Non si può invece parlare di proprietà fiduciaria in senso tecnico quando il vincolo di destinazione del bene al servizio di un interesse altrui sia oggetto di un rapporto puramente obbligatorio fra il titolare dell’interesse e il proprietario del bene, come tale inopponibile ai terzi creditori del proprietario e ai suoi aventi causa.”

⁴⁴ Le fondazioni fiduciarie possono essere costituite tanto per atto tra vivi che *mortis causa* e si caratterizzano per il vincolo di destinazione che viene impresso dal costituente sui beni oggetto di trasferimento in favore della fondazione – e perciò dei soggetti che la compongono - : le facoltà di godimento e di disposizione verranno limitate agli atti indispensabili alla realizzazione dello scopo della fondazione. La figura ha origini assai remote nel tempo: nel nostro ordinamento il riferimento codicistico va colto negli artt. 32 e 699 del cod. civ. Le società mutuoano la loro disciplina da leggi speciali: si ponga mente al dec. legisl., 23 luglio 1996, n. 415, in tema di *Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all’adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi*, in G.U., 9 agosto 1996, n. 186 – suppl. ordinario n. 13; al decreto 13 agosto 2010, n. 141, rubricato *Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*, in G.U. n. 207 del 4 settembre 2010 - *Suppl. Ordinario n. 212*. Le società in discorso sorgono col precipuo scopo di ottenere l’affidamento di titoli al fine di amministrarli; in altre parole esse assumono l’amministrazione di titoli per conto di terzi soggetti, divenendone intestatarie senza che però l’affidante cessi di essere effettivo titolare degli stessi. Si realizza, insomma, una proprietà fiduciaria sui titoli, i quali non saranno così aggredibili né da parte dei creditori dell’affidante ma neanche da eventuali creditori della società affidataria, non essendo essa titolare esclusiva degli stessi. La peculiarità della situazione si giustifica nei particolari, serratissimi controlli cui le società fiduciarie sogliono essere sottoposte nonché nel fatto che le stesse società si presentino ai terzi proprio come fiduciarie. Per quanto concerne, in ultimo, le società di gestione di fondi comuni di investimento mobiliare, il fenomeno è davvero singolare. Qui i titoli che costituiscono il fondo comune appartengono collettivamente alla massa degli investitori, i quali sono proprietari “in comune”; tuttavia a tale titolo proprietario non corrisponde alcuna posizione attiva nei confronti dei titoli, gli investitori non avranno alcun potere né di disposizione né di amministrazione, spettando queste facoltà tutte alla società di gestione.



eventualmente, il *pactum fiduciae*, solo tra le parti, rimanendo, quindi, inopponibile ai terzi aventi causa. Ciò tuttavia ha comunque talune ripercussioni sul piano formale; nel caso in cui l'accordo fiduciario esistente tra le parti dovesse rimanere inadempito, si potrà proporre azione per l'inadempimento, anche in forma specifica.⁴⁵

Sotto l'aspetto più prettamente pratico, il negozio fiduciario va considerato come contratto atipico, mediante il quale un soggetto fiduciante trasferisce ad un altro fiduciario un diritto o la mera legittimazione al relativo esercizio, sulla base di un accordo che vincola le parti, stabilendo modalità, tempi, condizioni di esercizio del diritto e fissando, principalmente, lo scopo che il fiduciario si impegna a realizzare.

Da tanto consegue, che nella fiducia di tipo germanistico, si verifica una semplice scissione tra titolarità formale del diritto, che resta in capo al fiduciante, e legittimazione al relativo esercizio, che farà capo, invece, al fiduciario.

Nella fiducia di tipo romanistico, invece, si assiste ad un vero e proprio trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario, con ciò realizzandosi un effetto traslativo voluto dalle parti, anche se limitato, nei rapporti interni, dal contenuto del *pactum fiduciae*.

Osservando i fenomeni descritti emerge che la distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica non è priva di rilievo, viepiù in ordine al profilo propriamente fiscale.

Nell'esperienza italiana, il modello della fiducia germanistica trova applicazione nei casi di intestazione fiduciaria di titoli azionari e quote di partecipazione societaria. Tenuto conto della natura dei beni in esame, per la maggior parte azioni e valori mobiliari, e delle rispettive regole di circolazione, infatti, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento il principio della separazione, realizzata attraverso il negozio fiduciario, della titolarità del

⁴⁵ Perciò, tanto formalmente quanto teoricamente, chi acquista un bene con un contratto fiduciario al di fuori delle ipotesi precostituite per legge, ne acquisterà la piena proprietà, non una proprietà limitata, con la conseguenza che potrà, ovviamente, disporre validamente ed illimitatamente. Pertanto, qualora il fiduciario dovesse decidere di voler violare il patto di fiducia che lo lega al fiduciante ed in ragione del quale ha ottenuto la proprietà del bene e dovesse decidere di disporre dello stesso, magari alienandolo, nulla potrà essergli contestato, se non su di un piano meramente interno; il fiduciante avrà perduto il bene ed altro non potrà fare che agire nei confronti del fiduciario infedele al fine di ottenere la condanna al risarcimento del danno.



diritto di proprietà rispetto alla legittimazione al relativo esercizio. Al modello germanistico, in particolare, si è ispirato il nostro legislatore fin dal momento in cui ha dettato la disciplina delle "società fiduciarie", definendole, all'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, come "quelle che, comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa di assumere l'amministrazione dei beni per conto dei terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni".

Anche attraverso norme di legge successive, il legislatore ha confermato che nei casi d'intestazione fiduciaria di azioni e titoli, in genere, la proprietà del bene ascritta al fiduciante è separata dalla legittimazione all'esercizio in capo alla fiduciaria, imponendo alle società fiduciarie una serie di obblighi concernenti principalmente la comunicazione delle generalità degli effettivi proprietari dei titoli fiduciarmente intestati⁴⁶. Anche la giurisprudenza maggioritaria si è orientata in tal senso, ora richiamando il modello della fiducia germanistica nel caso delle intestazioni fiduciarie dei titoli, ora basandosi su quelle esplicite disposizioni di legge che riconoscono quale effettivo proprietario il fiduciante. Simile approccio ha favorito soluzioni giurisprudenziali delle nostre Corti ove è stato affermato che "la proprietà della società fiduciaria, pur non potendosi dire fittizia, viene ad assumere, pur tuttavia, connotazione meramente "formale" mentre il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria ne conserva la proprietà "sostanziale" ed è quindi in grado di disporre direttamente, senza necessità di alcun formale ritrasferimento dei titoli da parte delle società" o ancora che "nella società fiduciaria, i fiducianti vanno

⁴⁶ A mero titolo di esempio, si ricordano l'articolo 1, ultimo comma, del R.D. 29 marzo 1942, n. 239, in *G.U.* n. 74 del 31 marzo 1942, secondo il quale "le società fiduciarie che abbiano intestato a proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi" o, ancora, l'articolo 9, comma 1, della legge 29 dicembre 1962, n. 1745, in *G.U.* n. 5 del 7 gennaio 1963, ai sensi del quale "le società fiduciarie devono comunicare...i nomi degli effettivi proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi...".



identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alle società ed a queste strumentalmente intestati"⁴⁷.

Ben diverso invece è il caso del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili, in quanto, stante la natura peculiare dei beni e le relative regole di circolazione, non è configurabile la medesima scissione della proprietà "formale" rispetto alla proprietà "sostanziale", come ricostruita a proposito dell'intestazione fiduciaria di azioni e titoli. Al riguardo, infatti, occorre tenere conto delle regole che concernono tanto i requisiti di forma del contratto, prescritti dal codice civile, quanto soprattutto gli adempimenti pubblicitari connessi alla circolazione dei beni immobili. Va da sé, quindi, che in ragione dell'impossibilità di ricorrere alla cosiddetta fiducia germanistica, il modello di riferimento non può essere che quello della fiducia romanistica, nella quale si verifica un vero e proprio trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, seppur limitato, tra le parti, dal *pactum fiduciae*.

4. La ricognizione del tema investigato impone di considerare la fonte transnazionale rappresentata dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985⁴⁸, laddove il legislatore europeo non ha osato proponendo definizioni, bensì la mera descrizione del *trust*. Infatti, è chiarito che "per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora taluni beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

Le ragioni dell'intervento positivo convenzionale vanno ricercate nella crescente diffusione dei *trust* operanti su scala internazionale e, quindi, nell'esigenza di garantire l'efficacia ed il recepimento dell'istituto anche in ordinamenti diversi da quelli ove è costituito. Sullo sfondo, verosimilmente, s'intravede la necessità di assicurare lo sviluppo del settore

⁴⁷ V. Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031 in *Foro.it*, Vol. 121, No. 3, Marzo 1998/99, cc. 851-870 e Cass., SS.UU. , 21 maggio 1999, n. 4943, *ibidem*. Simile affermazione è ricorrente anche nella giurisprudenza di merito.

⁴⁸ Ratificata in Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364, in *G.U.* 8 novembre 1989, n. 261.



specifico mediante la fissazione di norme internazionali di diritto privato che possano introdurre, nei diversi sistemi, criteri univoci di riconoscimento.

Nonostante le differenti aspettative, indotte dalla “forza della tradizione”, la Convenzione non prende in considerazione, quale modello universale, il *trust* tipicamente inglese, ma si limita ad un modello di portata più generica, sovente denominato come vero e proprio “*trust* amorfo”.

Con tale qualificazione, si intende sottolineare che, nel disciplinare la materia, i compilatori della Convenzione non hanno voluto riferirsi all’istituto fiduciario, come conosciuto in questo o in quell’ordinamento quanto, piuttosto, hanno profuso energie con l’obiettivo di creare una disciplina comune. Una sorta di approccio “neutro”, flessibile, facilmente adattabile a contesti culturali difforni tra loro, rispettoso dell’identità – anche storico-sociologica – dei singoli sistemi giuridici interessati. Tuttavia, nello sforzo proteso all’individuazione di una traccia, di un minimo comune denominatore che rappresenti la “minima unità effettuale” del *trust* nella disciplina qui considerata, occorre posare l’attenzione sull’art. 2 della Convenzione. Colà si evince che la destinazione dei beni controllati dal *trustee* è finalizzata alla realizzazione dell’interesse del beneficiario o di un fine determinato. A ciò si aggiunga che i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un’altra persona per conto del *trustee*; quest’ultimo è investito del potere e onerato dell’obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge⁴⁹. Il negozio istitutivo deve, tra l’altro, essere provato per iscritto. Da tanto consegue che esso sarà sempre volontario, giammai imposto.

⁴⁹ Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l’esistenza di un *trust*, d’origine anglosassone.



E' interessante osservare come il modello scelto all'Aja sia stato quello "storico" del *trust* di lingua anglofona, ma non inglese. Tuttavia, la Convenzione non ha regolamentato forme di *trust* – espressione diretta dei sistemi di *common law*. Si pensi, a titolo esemplificativo, al *constructive trust*, ma anche agli *investment* e *statutory trust*. All'inverso, verosimilmente, si sarebbe favorito lo stravolgimento di taluni principi, in contesti giuridici dove l'alienazione forzosa non è disinvoltamente ammessa.

In termini di *policy*, va evidenziato che i compilatori hanno inteso consentire – in primo luogo - il riconoscimento dei *trust* validamente costituiti all'estero. Con l'intento, probabilmente, di favorire la veicolazione dell'istituto nei paesi di *civil law*, residuando taluni dubbi sull'ammissibilità di costituzione di *trust* meramente domestici.

L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge n. 364 del 16 ottobre 1989, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

All'interno della nostra realtà, le problematiche relative alla applicazione dell'istituto del *trust* derivano dalla constatazione che il nostro ordinamento non ha mai approvato una normativa nazionale che effettivamente ne disciplinasse il regime giuridico. Ciò ha favorito l'equivoco per cui il riconoscimento interno sarebbe affidato alle norme della Convenzione internazionale – in virtù del rinvio da questa operato alle discipline straniere⁵⁰.

La scelta del legislatore italiano si presenta diversa da quella verso cui si è mosso il legislatore francese, il quale ha recepito il *trust* nel diritto interno, probabilmente con l'obiettivo pratico di rendere gli operatori nazionali competitivi con quelli anglosassoni.

Questo vuoto normativo lascia a tutt'oggi tra le questioni più dibattute all'interno della nostra realtà proprio quella sulla configurabilità del *trust* interno. Questo va tenuto distinto dal *trust* propriamente straniero: con il primo si allude a quel *trust* che deduce in esso beni principalmente localizzati in Italia, mentre la scelta dell'ordinamento serve al solo fine dell'individuazione della disciplina. Il *trust* è, viceversa, straniero o esterno quando sia

⁵⁰ Questo vuoto normativo lascia a tutt'oggi tra le questioni più dibattute all'interno della nostra realtà proprio quella sulla configurabilità dei così detti "*trust* interni".



relativo ad una fattispecie dotata di elementi di internazionalità, ulteriori rispetto a quello della legge regolatrice, ovvero ogniqualevolta si verifichi una coincidenza tra l'ordinamento la cui legge viene scelta onde disciplinare il fenomeno ed il Paese al quale sono più strettamente connessi gli altri elementi qualificanti la fattispecie (cioè la sede, l'amministrazione e via enumerando).

Notevolmente problematico si pone il sindacato relativamente alla validità del *trust* interno⁵¹. La legge n° 364 del 1989, di ratifica della Convenzione dell'Aja, è stata ed è tuttora oggetto di vivaci discussioni in ragione di due contrapposti orientamenti dottrinali⁵²: il primo⁵³,

⁵¹ La letteratura sull'argomento è assai copiosa. Si considerino, *ex multis*: T. Arrigo, *Le obbligazioni fiduciarie dei trustee nei trust interni*, in *Trust e attività fiduciarie, Quaderni n. 6 Trust. Opinioni a confronto*, a cura di E. Barla De Guglielmi, 2006, *passim*; G. Aschieri e A. Righini, *Le prospettive per i trusts interni*, *Summa 201*, maggio 2004, *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIV legislatura – disegni di legge e relazioni, documenti d.d.l. 5736- A – Parere della II Commissione Permanente*; N. Borzi, *Scoppia la febbre del trust*, in *Il Sole 24 ore* del 23 luglio 2005, consultabile sul sito all'indirizzo

http://www.absolutenet.eu/admin/web/uploads/allegati/Plus%20Il%20Sole24Ore%2023.07.2005_Scoppia%20la%20febbre%20del%20trust%20inviato.pdf; F.D. Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, *passim*; R. Calvo, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Rass. Trust e Diritto Privato Co.*, 1998, pp. 33 e ss.; N. Canessa, *I trust interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano (con prefazione di M. Lupoi)*, Milano, 2002, *passim*; R. Corsello, *Il trust in Italia, uno strumento di ingegneria patrimoniale*, in *Hedge*, 2006, *passim*; G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, *passim*; A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 644; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile, (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. del Notariato*, 2001, p. 13.

⁵² Le opposte posizioni sono state efficacemente rappresentate nell'ormai famoso dibattito a distanza che ha visto coinvolti tre illustri giuristi; v. F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile cit.*, in *Riv. not.*, 2001, pag. 11; M. Lupoi, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1159; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, pag. 1247; A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee cit.*, p. 644; F. Gazzoni, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, pag. 1107.

⁵³ La tesi contraria ai *trust* interni è sostenuta, con argomentazioni incisive, da: L. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, 2001, pp. 123 e ss.; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato cit.*, pp. 11 e ss.; C. Castronovo, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1998, pp.441 e ss.



favorevole all'ammissibilità del solo *trust* straniero; l'ulteriore⁵⁴, maggiormente condiviso dalla giurisprudenza, (all'inverso) orientato alla valida configurabilità del *trust* interno.

La questione s'incentra sulla considerazione se, nonostante la ratifica della Convenzione, il *trust* costituito in Italia, destinando beni immobili siti nel nostro Paese ed il cui beneficiario sia un cittadino anch'egli ivi residente, possa essere caratterizzato dall'unica prerogativa, in termini di estraneità, rappresentata dalla legge "scelta" dalle parti per disciplinare il fenomeno specifico. In altre parole, occorre chiedersi se sia ammissibile, nell'ambito del nostro ordinamento, un *trust* in cui tutti gli "elementi soggettivi e oggettivi" siano "legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come *trust* (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione"⁵⁵.

Il primo orientamento dottrinale argomenta il suo sfavore nei confronti dei *trust* interni compiendo una valutazione del dato sistematico costituito dalla natura stessa della Convenzione. Essa, infatti, quale tipico strumento di risoluzione di problemi di diritto internazionale privato, è stata voluta per dissolvere i dubbi in merito all'operatività di *trust*, costituiti dove l'istituto è previsto e disciplinato, ed aventi efficacia nei contesti in cui il *trust* tradizionalmente non è conosciuto; ovvero di *trusts*, ovunque costituiti, purché aventi almeno un elemento di internazionalità che non sia la legge regolatrice. Tale inquadramento, pertanto, impedirebbe l'applicazione con riguardo al *trust* interno, in quanto fattispecie che non manifesta alcun profilo di internazionalità.

Tuttavia, la riflessione va spinta oltre. Infatti, i motivi di maggiore ostacolo all'ingresso nel nostro ordinamento di negozi di tal guisa sarebbero rinvenibili all'interno dello stesso codice civile, con specifico riguardo alla nozione insita nella frode alla legge⁵⁶. Da tanto

⁵⁴ Sostengono la tesi favorevole ai *trust* interni per tutti: M. Lupoi, *Il trust*, Milano, 2001, pp. 533 e ss.; L.F. RISSO – D. MURITANO, *Il Trust: diritto interno e Convenzione dell'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio, studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato*, in *CNN Notizie* del 22 febbraio 2006.

⁵⁵ V. M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 169 e ss. e in *Riv. not.*, 2006, p. 467 e ss.

⁵⁶ Art. 1344 cod. civ.



consegue che, ogni qualvolta il *trust* si ponesse quale strumento per eludere norme imperative, esso si trasformerebbe in uno strumento negoziale affetto da nullità radicale, ai sensi dell'art. 1325 c.c.. In via esemplificativa, si pensi all'istituzione di un *trust* con finalità di distribuzione dei beni ereditari, in modo tale da far venire sostanzialmente meno i diritti dei legittimari, oppure a quello costituito mediante il trasferimento di beni di una società in stato di insolvenza, allo scopo di addivenire al riparto delle attività difformemente rispetto agli istituti fallimentari⁵⁷.

Ancora una volta, non va taciuto che il nostro legislatore non ha adottato alcuna legge volta a disciplinare l'istituto in questione. Il *trust*, per sua natura, si scontrerebbe con alcuni principi cardine del nostro sistema, tra i quali quello della tipicità dei diritti reali, nonché quello rappresentato dal divieto di costituire patrimoni dedicati - al di fuori dai casi espressamente previsti dalla legge⁵⁸.

Va da sé, poi, che l'operatività del *trust* interno presupporrebbe, senza possibilità di successo, l'astrattezza causale dell'atto traslativo - dal disponente al *trustee*⁵⁹ - dei beni destinati ad entrare nel *trust fund*.

Nella nostra tradizione giuridica, il problema del fondamento causale dell'atto traslativo si è posto innanzitutto in relazione al negozio fiduciario, in termini più o meno analoghi al *trust*. Al riguardo, la dottrina⁶⁰ ha rifiutato di ricostruire il negozio fiduciario nel senso di un collegamento negoziale, osservando che “ se nel quadro dell'asserito collegamento negoziale si utilizza come negozio reale uno schema causale tipico con effetti reali, ad esempio la

⁵⁷ In tal senso, il Tribunale di Milano, ordinanza 16 giugno 2009, in P. Pirruccio, *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust cit.*, p. 1596.

⁵⁸ V. art. 2740 cod. civ.

⁵⁹ Sul punto, assai incisivo F. Galluzzo, *Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 264, secondo il quale l'astrattezza causale rappresenterebbe “ l'ostacolo principale alla piena ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento”. In tema si rinvia a V. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 7.

⁶⁰ Imprescindibile lo studio di C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345.



vendita, è agevole obiettare che la funzione cui è in concreto piegato codesto schema negoziale si mostra incompatibile con la causa propria di esso”⁶¹, ed ha dunque preferito ricostruire la vicenda fiduciaria in termini unitari. Sicché quello fiduciario è stato ritenuto un negozio legislativamente atipico, costituito da una pluralità di atti e fondato sulla “unificazione causale dell’effetto reale e dell’effetto obbligatorio”⁶². Tuttavia, simile ricostruzione⁶³ ha consentito, nel corso del tempo, una più corretta analisi dei rapporti tra atto istitutivo di *trust* e atto attributivo dei beni nel *trust fund*, evidenziando come, indipendentemente dalla nozione di causa cui si acceda, l’atto di attribuzione di beni in *trust* non possa mai essere ritenuto astratto⁶⁴. Superato ogni “preconcetto che identifica la causa con il tipo normativo”⁶⁵ è facile constatare, infatti, che tale atto ha un effetto attributivo, che di per sé, dal punto di vista causale, è sostanzialmente neutro, ed ha una causa che deve necessariamente ricercarsi nell’operazione di *trust*, alla cui piena realizzazione esso è finalizzato⁶⁶. In altre parole, la causa che regge l’attribuzione è rinvenibile nell’istituzione del *trust*, alla quale la stessa attribuzione è funzionale; essa, a seconda delle preferenze, può individuarsi, più precisamente, nel primo e necessario atto di esecuzione del programma di

⁶¹ Si consideri U. Carnevali, *Negoziio giuridico. III) Negoziio fiduciario*, voce *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XX, c. 3. Si rinvia all’insegnamento di F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Milano, 1980, pp. 180-181.

⁶² Sul tema si consideri C. Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negoziio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548., Milano, 1991, pp. 6-10. Imprescindibile è la riflessione di N. Lipari *Il negoziio fiduciario*, Milano, 1964, p. 278. Cfr. U. Morello, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA.VV., *Fiducia, mandato, trust e agency*, Milano, 1991, p. 18, nonché L. Santoro, *Il negoziio fiduciario*, Torino, 2002, p. 195.

⁶³ Si rinvia a F. Di Ciommo, *Struttura causale del negoziio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts*, 2003, p. 178.

⁶⁴ Cfr. A. Lener, *Expressio causae e astrazione processuale, Note preliminari ad uno studio sistematico sull’astrazione*, in *Studi in memoria di Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 30. Si considerino anche V. Scalisi, *Negoziio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978; pp. 52-119; B. Troisi, *Appunti sull’astrattezza negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 401 e ID., *Negoziio giuridico (negoziio astratto)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, c. 174., nonché R. Sacco, *Negoziio astratto*, in *Digesto delle Discipline Provatistiche – sez. civ. –*, Torino, 1995, vol. XII, p. 48.

⁶⁵ Così, E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 421; v. anche A. Di Majo, *Causa del negoziio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, c. 78. Cfr. A. Pellicano, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, *passim*.

⁶⁶ Si consideri F. Di Ciommo, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell’effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1296.



trust, consistente nel trasferimento dei beni dal disponente al *trustee*, ovvero nella causa unitaria del *trust* e cioè, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, nel passaggio di proprietà di alcuni beni o un certo patrimonio dal disponente al *trustee*, affinché quest'ultimo li gestisca per un determinato periodo, al fine di realizzare uno scopo indicato dal disponente; ferma restando la segregazione di tali beni e, dunque, la loro insensibilità alle vicende personali del *trustee*, dei beneficiari e del disponente stesso⁶⁷.

La normativa internazionale, tra l'altro, determinando, in presenza di alcuni presupposti, l'obbligo di riconoscere l'operatività del *trust*, afferma apertamente la meritevolezza dell'interesse e l'idoneità dello schema causale⁶⁸. E queste argomentazioni potranno essere mutate tanto per il *trust* internazionale quanto per il *trust* interno e a prescindere da ogni discorso relativo alla "copertura convenzionale" di quest'ultimo⁶⁹.

Seguendo un'ulteriore impostazione, potrebbe sostenersi che non esiste alcuna ragione per negare l'operatività in Italia del *trust* interno ritenendo non meritevoli di pregio quelle argomentazioni⁷⁰, a proposito degli atti attributivi dei beni nel *trust fund*, che discorrono di "arbitraria e non consentita astrazione parziale della causa" in negozi tipici. Ciò in quanto,

⁶⁷ Cfr. G. Tucci, *Trust, concorso di creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, pag. 24; F. Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1470; G. Palermo, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 133 e ID., *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 571.; G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trust e Attività fiduciarie*, 2000, pp. 162 e ss., il quale osserva: «la causa del trasferimento dei beni al *trustee*, [...] è l'attuazione dello scopo del *trust*. Non si tratta di rinvenire una causa esterna». Così anche U. La Porta, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Quaderni del notariato*, 2002, n. 7, secondo cui l'atto attributivo dei beni in *trust* va inserito tra gli atti ad effetto traslativo, operanti nel nostro ordinamento, in cui il trasferimento non avviene a titolo oneroso né gratuito, bensì risponde a schemi causali atipici, funzionali alla realizzazione degli interessi perseguiti attraverso il negozio.

⁶⁸ Particolarmente convincente è l'impostazione di A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999, p. 178. Cfr. N. Lipari, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 483; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Milano, 1995, VIII, t. 2, p. 641.

⁶⁹ Si rinvia a G. Palermo, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, Firenze-Pistoia-Prato, 2008, pp. 571 e ss.

⁷⁰ Si ponga mente alle osservazioni di F. Galluzzo, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione allo scopo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, c. 92., laddove sembra ragionare in termini di collegamento tra atto istitutivo di *trust* e atto attributivo.



gli atti attributivi in parola non sono tipici – “donazioni” o “disposizioni di ultima volontà”, “gravati da un vincolo di destinazione” e dunque “piegati [ad una] funzione [...] incompatibile con la causa propria di ciascuno di essi” –, bensì atti atipici, espressamente legittimati dalla Convenzione dell’Aja e dalla relativa legge nazionale di ratifica. Questi mutuano il loro fondamento causale nell’essere inevitabilmente funzionali, connessi alla realizzazione dell’operazione di *trust*⁷¹.

Quindi, seguitando sul punto specifico, può essere osservato che il *trust* oggetto della Convenzione dell’Aja non ammette una rigida separazione, sotto il profilo della struttura causale dell’operazione negoziale, tra atto istitutivo ed atto attributivo, in quanto – come tra l’altro evidenziato nello stesso art. 2 della Convenzione, che parla espressamente di “*legal relationship*” – esso non è un atto, bensì una situazione che si viene a creare in presenza di determinate condizioni. Più precisamente, dovrebbe evocarsi la nozione di rapporto giuridico⁷², sollecitata attraverso atti formalmente separati, ma inscindibilmente uniti sotto il profilo causale. Va da sé, quindi, che soltanto quando vi sia una dichiarazione giudiziale di invalidità *ex tunc* dell’atto istitutivo di *trust* può parlarsi, in riferimento al negozio attributivo, di mancanza di causa o di astrattezza causale, visto che, in assenza di un valido negozio istitutivo, il negozio attributivo perde la possibilità di perseguire la sua funzione originaria.

A questo punto, l’indagine va orientata alle argomentazioni in favore dell’ammissibilità dei *trusts* interni. Queste si poggiano, in primo luogo, sul disposto dell’art. 6 della Convenzione, che consentirebbe al costituente la più ampia libertà riguardo all’individuazione della disciplina regolatrice del *trust*, purché sia una legge che preveda l’istituto - siccome definito dall’art. 2 della Convenzione stessa. In argomento, va ricordato lo stesso art. 13 della Convenzione, laddove è affermato testualmente che «Nessuno Stato è tenuto a riconoscere

⁷¹ Così F. Di Ciommo, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell’effetto traslativo*, in *Foro It.*, 2004, I, c. 1296; V. anche lo studio di P. Schlesinger, *Il trust nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni del notariato*, 2002, n. 7.

⁷² M. LUPOI, *Il trust nell’ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985*, in *Riv. not.*, 1992, p. 966; D.J. Hayton, *The Law of Trusts*, Londra, 1993, *passim*; e G.T. Bogert, *Trusts*, St. Paul Minn., 1998, pp. 1 e ss.



un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione». La disposizione appena evocata, a ben vedere, si porrebbe come "norma di chiusura", consentendo al giudice di non riconoscere il *trust* regolato dalla legge straniera, soltanto nel caso in cui⁷³ egli lo ritenga non meritevole di tutela, e ciò per ragioni ben circostanziate⁷⁴.

5. La complessità del fenomeno si qui indagato non si è dissolta all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter⁷⁵. La novella, introdotta col d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, poi convertito con l 23 febbraio 2006, n. 51⁷⁶, consente – esplicitamente - di trascrivere gli atti pubblici con cui beni immobili o mobili registrati siano destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche, per un periodo di tempo ben determinato che non può superare i novanta anni o, comunque, la durata della vita della persona fisica beneficiaria. Oltre al limite temporale appena ricordato, la norma prevede, altresì, l'indicazione dei

⁷³ Pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia previste agli articoli 15, 16, 18 della Convenzione stessa.

⁷⁴ Quando ad esempio realizzi un abuso di diritto, venga utilizzato in frode alla legge o comunque ponga in essere degli effetti valutati dal giudice ripugnanti e confliggenti rispetto alle normative degli ordinamenti in cui dovrebbe essere riconosciuto.

⁷⁵ Testualmente, per maggiore chiarezza espositiva: "Gli atti in forma pubblica con cui i beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non inferiore a 90 anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferiti a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone giuridiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c., possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti ed i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, solo per i debiti contratti a tale scopo".

⁷⁶ in G.U. 28 febbraio 2006, n. 49, suppl. ord. n. 47.



soggetti che possono agire per la realizzazione degli interessi nonché i limiti e le condizioni di espropriabilità dei beni destinati e dei relativi frutti⁷⁷.

In senso meramente descrittivo, è innegabile che la disposizione attenga al regime della pubblicità, e che, dunque, sia animata da una logica orientata a comporre i possibili conflitti insorti nel regime circolatorio dei beni. Tuttavia, pare intollerabile illazione inferire da questo e, quindi, riconoscere un pertinente profilo sostanziale. Quasi come se l'art. 2645-ter permettesse il riconoscimento, *pleno iure*, del *trust* interno, quale conseguenza naturale della regolamentazione del profilo più propriamente effettuale.

In senso generale, non è stata taciuta⁷⁸ l'evidente assonanza tra il negozio di destinazione⁷⁹, già noto nel contesto positivo italiano, ed il *trust* anglosassone. Simile osservazione è costruita sulla base di un ben preciso presupposto: l'art. 2645-ter darebbe vita, all'interno del nostro sistema, alla disciplina generale del negozio di destinazione *tout court*, sulla base di una certa vicinanza concettuale con la nozione di *trust*, esaminata nei paragrafi che precedono⁸⁰.

⁷⁷ La trascrivibilità di cui discorre il legislatore permette di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione, consentendo che, oltre al conferente, qualsiasi interessato possa agire per la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela (di cui al menzionato vincolo). L'oggetto del conferimento, ed i pertinenti frutti, potranno essere impiegati solo per il fine di destinazione e potranno essere oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per lo scopo indicato (salvo quanto previsto dall'art. 2915, co. 2, c.c.).

⁷⁸ Sul punto occorre riferirsi a M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, pp. 169 e ss. e in *Riv. not.*, 2006, pp. 467 e ss.; A. Busani, *Differenze e analogie di due istituti che si intrecciano*, in *Il Sole24Ore del Lunedì* del 13 marzo 2006, pag. 30 e ID., *Il trust trova la regola base*, in *Il Sole24Ore* del 9 luglio 2005. Cfr. G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 161 e ss.

⁷⁹ È stato osservato da D. Muritano, *Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library*, come « Il termine "negozio di destinazione" viene qui utilizzato per designare la specifica ipotesi in cui, per volontà di un soggetto, uno o più beni vengono vincolati ad uno scopo (cioè soggiacciono ad un vincolo di destinazione di tipo "reale" e non meramente obbligatorio) e detto vincolo risulta rafforzato da un meccanismo di separazione patrimoniale. Tale specifica ipotesi si inserisce nel più ampio fenomeno del cosiddetto "atto di destinazione", il quale comprende gli atti giuridici (di natura negoziale o meno) per effetto dei quali dei beni subiscono un vincolo giuridico di tipo finalistico, accompagnato o meno da un meccanismo di separazione patrimoniale»

⁸⁰ Cfr. M. Lupoi, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c., quale frammento in trust*, in *Riv. Not.*, 2006, 2, p. 468, e in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 124. Più di recente, ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Mialno,



Ma il vero *punctum dolens* risiede nel rapporto esistente tra l'art. 2645-ter e la stessa Convenzione dell'Aja, laddove quest'ultima – com'è necessario ricordare – è una vera e propria convenzione di diritto internazionale privato, orientata a risolvere conflitti di legge e ad individuare il diritto applicabile per la relativa situazione antinomica. L'insidia, per la verità grossolana e semplicistica, consiste nel dedurre, dalla “combinazione” della disciplina convenzionale con la novella menzionata, che il *trust* sarebbe diventato, *hic et nunc*, un istituto di diritto interno⁸¹.

Probabilmente, è opportuno che l'analisi dell'innovazione codicistica si avvii considerando la portata sistematica della nuova disposizione. Si tratta, in concreto, di una sorta di schema generale degli atti di disposizione, attraverso cui – tuttavia – non si è incrementata la portata dell'autonomia contrattuale⁸². Infatti, alcuna esitazione può opporsi all'idea che, in tempi anteriori alla vigenza della novella, fosse consentito di dar vita, con efficacia *inter partes*, dunque obbligatoria, ad atti di destinazione, su beni mobili registrati o immobili, per la realizzazione d'interessi meritevoli di tutela ascrivibili a soggetti privati o collettivi⁸³.

Se l'osservazione si limitasse nei termini appena indicati, l'art. 2645-ter c.c. sarebbe norma sostanzialmente inutile. Tuttavia, la carica peculiare della disposizione positiva va colta con riguardo al divieto di alienazione, di cui all'art. 1379 c.c. Questo veicola un principio di ordine pubblico, delimitando la pertinente validità a limiti temporali ben precisi, ed alla realizzazione di “... un apprezzabile interesse di una delle parti”. Si tratta, com'è intuibile, di una restrizione incisiva del diritto di proprietà, spinta sino alla compressione (più o meno

2014, *passim*, laddove porta ad ulteriore compimento le osservazioni formulate in ID., *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010, *passim*.

⁸¹ Merita attenzione la rigorosa ricostruzione di F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 18.

⁸² Va condivisa l'opinione di A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2008, 5, p. 997.

⁸³ C. Castronovo, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 451. Cfr., più di recente, A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione* cit., p. 993.



eclatante) dell'utilità economica della cosa, estensibile, poi, alle “pattuizioni ... contenenti un vincolo di destinazione dato ad un bene”⁸⁴.

Ed allora, l'art. 2645-ter c.c., attribuendo la facoltà di trascrivere gli atti di destinazione sugli immobili e sui mobili registrati, estende il limite temporale d'operatività del vincolo (a non oltre novanta anni dalla sua costituzione ovvero alla durata della vita della persona beneficiaria), sancendo l'imprescindibile, pertinente legame eziologico con la “... realizzazione di interessi meritevoli di tutela” – soggettivamente ben orientati.

Ma il vero *quid pluris* va colto in prospettiva, per dir così, dinamica. Nel senso che dalla flessibilità dell'interesse apprezzabile di una delle parti (*sic*, art. 1379 c.c.) si è giunti – nel contesto della deroga al divieto di alienazione (art. 2645-ter) – alla qualificazione dell'interesse (cui è teleologicamente orientato l'atto d'iniziativa), riconducibile “... a persona con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”. Si tratta, quindi, di una specificazione di non poco momento, da “spendere” nel contesto dell'utilità sociale e/o della pubblica utilità. Coerentemente, va osservato che l'art. 2645-ter c.c. è norma attraverso cui trova adeguata espansione la c.d. autonomia della solidarietà⁸⁵.

La progressione appena segnalata legittima, in concreto, l'ulteriore passaggio dalla valenza meramente obbligatoria del valido divieto di alienazione, all'opponibilità *erga omnes* del valido atto di destinazione. Comunque, nulla impedisce che la trascrizione, con virtù dichiarativa – a mente dell'art. 2645-ter c.c. -, non atteggiandosi quale prerogativa indefettibile, possa essere omessa: conseguirà l'inopponibilità dell'atto e, quindi, del relativo effetto segregativo.

⁸⁴ In tal senso, si esprime Cass., 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2014. Cfr. A. Fusaro, *I vincoli contrattuali di destinazione degli immobili*, in AA.VV., *Trattato dei contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, III, Torino, 1995, pp. 2329 e ss.

⁸⁵ P. Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, in www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 124. Non dissimile è l'impostazione di G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione e separazione patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 324 e ss., il quel reputa sempre essenziale l'effetto separativo.



A questo punto, occorre evitare ogni ulteriore indugio e chiarire le ragioni positive a favore del disallineamento della menzionata disciplina interna con il *trust*, quale modello di *common law*.

La matrice comune è rappresentata dalla destinazione patrimoniale, orientata a modulare la responsabilità patrimoniale con una forma di titolarità di diritti nell'interesse altrui. Ne deriva che “il modello di atto di destinazione previsto dalla nuova norma costituisce un negozio (...) che lascia al disponente la proprietà *pleno iure* dei beni, vincolandoli allo scopo indicato nell'atto, e attribuisce al beneficiario la titolarità non di situazioni reali, ma di semplici pretese di natura personale”⁸⁶. A ciò si aggiunga, in senso decisivo, che l'ipotesi dell'art. 2645-ter c.c. non lega essenzialmente il vincolo ad un rapporto di tipo fiduciario tra il conferente (o altro soggetto) ed il beneficiario.

Da tanto consegue che, al di là di ragioni più o meno formali (chiusure nell'economia grammaticale della novella), l'art. 2645-ter c.c. non può essere elevato a disciplina degli atti di destinazione *tout court*⁸⁷. Piuttosto, la vera innovazione attiene alla trascrivibilità di un peculiare tipo di effetto, quello (appunto) di destinazione⁸⁸. Ciò consentirà – in definitiva – l'opponibilità del vincolo ai creditori ed aventi causa⁸⁹, determinando l'insensibilità del bene destinato ad iniziative espropriative. Non sono ravvisabili ragioni positive che possano

⁸⁶ A. Luminoso, *Contratto fiduciario* cit., p. 1000.

⁸⁷ Nel senso indicato nel testo, G. De Nova, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, in www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 1.

⁸⁸ A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 38 e ss. Cfr. A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 545 e ss.

⁸⁹ In argomento appare interessante la pronuncia di Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Italia Oggi* del 20 aprile 2006, pp. 52-53.⁸⁹, nonché in *Foro. it.*, 2006, I, c. 1936, con commento di F. Di Ciommo. Il tribunale adito ha sostenuto che, in realtà, l'art. 2645 ter non introduce affatto nel nostro ordinamento un nuovo tipo di negozio di destinazione, ma soltanto “ un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione [...] accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi?”. Secondo tale interpretazione, quindi, si ribadisce ancora una volta che la norma non conterrebbe alcun indice da cui desumere l'avvenuta creazione di una siffatta nuova figura negoziale, non essendone chiara né la natura unilaterale o bilaterale, né il carattere oneroso o gratuito.



impedire alle parti, in concreto, di adottare una struttura – anche atipica –, purché adeguata alla realizzazione della funzione *de qua*.

Tuttavia, sarebbe fuorviante asserire che la norma in discorso esaurisca il suo fine nella segregazione evocata. Questa, piuttosto, s'atteggia come il mezzo affinché la gestione del bene realizzi la funzione solidale, siccome emergente dall'atto istitutivo, e – quindi – sia resa pubblica e controllabile da parte di chi vi abbia un interesse⁹⁰.

Con simmetrica coerenza, l'interesse meritevole di tutela, da individuare nell'atto organizzativo di destinazione, non implica peculiari valutazioni problematiche⁹¹, nella misura in cui esso mutua la propria ragion d'essere dall'utilità sociale o dall'utilità pubblica, quindi dalla finalità, *lato sensu* solidaristica, che lo legittima⁹².

A tal punto, residuano due differenti prospettive d'indagine che – sul tema in questione – meritano d'essere investigate: a) l'una, tesa alla ponderazione dell'alienabilità del bene destinato a terzi, allorquando il vincolo sia trascritto; b) l'ulteriore, orientata alla considerazione del concorrente interesse creditorio, da tutelare nel caso in cui l'organizzazione dell'atto di destinazione sia orientata a decrementare artatamente la consistenza patrimoniale del debitore.

In merito al profilo *sub a)*, si tratta di una questione particolarmente problematica, indotta dall'incertezza della stessa novella. Tuttavia, occorre valutare la compatibilità in discorso, tratteggiando le prerogative qualificanti lo stesso atto di destinazione. Il legislatore all'art. 2645-*ter* cod. civ. ha stabilito che beni immobili o beni mobili, iscritti in pubblici registri, possono essere destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela (ascrivibili a soggetti ben definiti, cui in precedenza è stato fatto ampio riferimento). La norma termina

⁹⁰ G. Oppo, *Riflessioni preliminari*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, pp. 12 e ss., laddove il regime della pertinente trascrizione è inteso quale “pubblicità del fine per la cui realizzazione i beni devono essere impiegati (...)”.

⁹¹ Sulla complessità del giudizio di meritevolezza di tutela, da condurre in concreto, è imprescindibile l'insegnamento di G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pp. 345 e ss.

⁹² Si rinvia diffusamente ad A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee cit.*, p. 644.



con un'affermazione univoca: "I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione (...)". In via di prima approssimazione, seguendo la lettera della disposizione, la conclusione sarebbe a favore dell'inalienabilità conseguente alla trascrizione dell'atto, atteso che l'eventuale successiva circolazione del bene dissolverebbe quel legame funzionale che qualifica lo stesso atto di destinazione.

Qualora si optasse per la soluzione opposta, ci si affiderebbe – probabilmente – alla forza persuasiva del principio dato dall'elasticità, tipico del diritto di proprietà. Ad esso andrebbe parametrata la regola codificata nel 2645-*ter* cod. civ.: questa, infatti, stabilisce che gli atti di destinazione possono essere istituiti per un periodo non superiore ai novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria. Verosimilmente, ciò significa - in concreto - che l'eventuale acquirente soffrirà consapevolmente il vincolo trascritto e, se del caso (in quanto contrattualmente convenuto), potrà essere ascritto alla categoria del "qualsiasi interessato", legittimato ad agire per la realizzazione dell'interesse meritevole – qualificante l'iniziativa solidale. Tuttavia, non può essere pretermessa l'incidenza dell'eventuale vicenda circolatoria sul regime della responsabilità patrimoniale generica, di cui all'art. 2740 cod. civ. Nella consapevolezza che alla trascrizione del vincolo consegue, per espressa determinazione dell'art. 2645-*ter* cod. civ., l'inaggregabilità dei beni destinati (con i relativi frutti) da parte dei creditori, per debiti collegati alla finalità della destinazione.

Quindi, l'acquirente succederebbe al disponente nella proprietà *pleno iure* dei beni destinati, quello si sostituirebbe e/o aggiungerebbe a questo per la realizzazione dell'interesse dedotto nell'atto istitutivo; a favore del beneficiario persisterebbero pretese di natura strettamente personale, insensibili all'eventuale avvicendamento.

In senso strettamente pratico, non va taciuto che l'inalienabilità, temporalmente limitata, appare la soluzione più "lineare"⁹³.

⁹³ E' orientato all'inalienabilità *tout court* G. Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 179 e ss. Cfr., *contra*, M. Bianca, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *op. ult. cit.*, p. 38.



Con riguardo alla prospettiva *sub b)*, di cui in precedenza, va proposta una differenziazione tra pretese creditorie sorte in tempi anteriori al vincolo e quelle successive. In merito alle prime, la tutela va accordata attraverso il regime dell'azione revocatoria ordinaria, *ex art.* 2901 cod. civ. Le ulteriori, vedranno utilmente opposti a se medesime gli effetti segregativi, rispetto ai quali assume funzione dirimente il sistema della pubblicità adottata.

Da quanto sin qui osservato, emerge la notevole lontananza della novella, quale disciplina interna, dal *trust* espressione della tradizione di *common law*. Non solo, ma l'atto di destinazione è lontano anche dal negozio fiduciario⁹⁴. In altri termini, il *trust* - siccome consolidato nella tradizione dei sistemi di *common law* - non esiste nel nostro ordinamento⁹⁵. Né, tantomeno, è pensabile esista un *trust*, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. Questa – infatti – non ha creato un ponte, per dir così, tra i sistemi di *civil law* e i sistemi di *common law*. Lo *shapeless trust* (o amorfo, che dir si voglia) irrompe attraverso la disciplina convenzionale, con il precipuo intento di dirimere conflitti nella prospettiva applicativa, internazional-privatistica, del *trust* stesso.

In definitiva, non può essere taciuta la constatazione che l'esigenza indotta dai traffici sembra ambisca a travolgere inesorabilmente categorie e tradizioni, univocamente orientate,

⁹⁴ La “combinazione” dell'atto di destinazione col regime del negozio fiduciario sarà, se del caso, espressione dell'autonomia contrattuale delle parti. Si consideri, sul punto specifico, il ragionamento convincente di A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione* cit., p. 1001, è delineata la possibilità di “ (...) concludere un contratto fiduciario cui venga collegato un atto di destinazione (del fiduciante)”. Si tratta, a ben vedere, di una combinazione negoziale, prossima alla commistione, laddove vige la sintesi tra la destinazione patrimoniale e l'attribuzione fiduciaria; nella misura in cui quest'ultima farà capo ad un fiduciario, il quale provvederà alla gestione dei beni affinché si attui lo scopo solidale - di cui all'atto di destinazione. Secondo l'A. considerato l'eventualità tratteggiata “ (...) determina un rafforzamento della posizione del beneficiario verso l'esterno, nei confronti cioè dei terzi; (...) dando vita ad un modello (non legale) di “fiducia rinforzata”, indubbiamente nuovo per l'ordinamento italiano. Tuttavia, anche la “fiducia rinforzata” non permette accostamenti al *trust*.

⁹⁵ Non si dimentichi che il *trust*, d'origine anglosassone, può essere istituito per le finalità più disparate, spinte sino alla realizzazione d'interessi futuri e non riconducibili a persone fisiche. E' macroscopica l'eterogeneità tra una simile flessibilità e la qualificazione degli interessi meritevoli di tutela cui deve essere orientato il vincolo di destinazione, a mente dell'art. 2645 *ter* cod.civ.



in nome degli affari (*trust*) – mercé l'organizzazione di regolamenti negoziali e di tutele equivalenti a quelli già noti al nostro legislatore del 1942.

A simile osservazione si aggiunga un ostacolo positivo di non poco momento, rappresentato dall'art. 2740, comma 2, del nostro cod. civ., nella misura in cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore (*rectius*: dell'aggregabilità del suo patrimonio) “(...) non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”.

A ben vedere, non rappresenta la deroga *de qua* la Convenzione dell'Aja in sé (né il combinato disposto dei suoi artt. 2 ed 11), in quanto non si tratta di fonte del diritto interno italiano, piuttosto – come detto – di mera modalità per risolvere un contrasto tra norme appartenenti a diversi ordinamenti.

6. E' verosimile che il disagio del civilista di *civil law* non sia indotto da gretta chiusura municipale, piuttosto dalla seguente constatazione oggettiva: il *trust tout court*, qualora fosse riconoscibile *sic et simpliciter* nel nostro sistema, rappresenterebbe una sorta di “reazione”, siccome favorita dall'efficienza pratica all'utilizzazione (spesso invalsa) di negozi simulati, all'impiego abusivo dei negozi tipici, al proliferare di prestanomi e via enumerando. In ragione del principio della trasparenza, di derivazione anglosassone, dell'affermazione della regola aurea dell'affidamento incolposo delle parti e della coerenza tra ciò che appare e ciò che è, il *trust* rappresenterebbe modalità operativa affidabile e particolarmente utile⁹⁶.

⁹⁶ La constatazione è considerata molto criticamente da F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso* cit., p. 1252. Nella prospettiva criticata, anche nel testo, ha avuto un notevole successo la *Trusts Jersey Law* del 1984: si tratta di una legge tra le più permissive e flessibili. La legge del Jersey è stata successivamente emendata dalla: *Trusts Amendment Jersey Law* del 1989; *Trusts Amendment N. 2 Jersey Law* del 1991; *Trusts Amendment N. 3 Jersey Law* del 1996, *Trusts Amendment N. 4 Jersey Law* del 2006. L'isola di Jersey (*Bailiwick of jersey*) si trova nel canale della Manica ed è la più estesa tra le Isole del Canale, le quali non fanno parte del Regno Unito, ma sono una dipendenza della Corona Britannica. Ogni isola ha un proprio autonomo governo interno.

Il successo pratico, in prospettiva internazional-privatistica, del *trust* ha spinto la Repubblica di San Marino ad adottare la L. costituzionale, 26 gennaio 2012, in *Trusts e attività finanziarie*, 2012, p. 218, disponendo l'istituzione, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, della *Corte per il trust ed i rapporti fiduciari*.



Ma è proprio la ragione appena descritta ad indurre seri dubbi, non solo in termini di opportunità. Si tratterebbe di favorire sistemazioni patrimoniali, un tempo affidate ad elusioni, a frodi, a “teste di legno” e ad intenti simulatori. Il disvalore veicolato da tale prova indiretta non può consentire la separazione patrimoniale, cui anela – *ex se* – ogni atto istitutivo.

Senza esitazione, va riconosciuto che il nostro ordinamento, sfornito di una normativa speciale sul *trust*, non tollera pedissequa trasposizioni, sol perché praticamente utili. L’efficientismo non può essere spinto sino a pretermettere quella graduazione, quella progressione cogente qualificante il giudizio di meritevolezza di tutela (dell’interesse in concreto perseguito) ed il suo rapporto col vaglio di liceità. Le motivazioni⁹⁷, sullo sfondo dell’atto d’iniziativa privata – tipico o atipico che sia⁹⁸ –, devono cedere il passo alla preventiva valutazione dell’operazione concreta e della sua “(...) corrispondenza ai principi dell’ordine giuridico”⁹⁹.

Questo pare il vero momento di frattura del *trust* anglosassone con la nostra tradizione giuridica e con il nostro impianto normativo, a meno che non si favoriscano scelte metodologicamente opinabili.

In attesa che il legislatore italiano adotti la sua regola positiva, è convincente la sollecitazione di chi propone di “rimuovere arcaici divieti”¹⁰⁰, unitamente alla valorizzazione di opportunità foriere di un’adeguata e “moderna” organizzazione pratica degli affari: da un lato, si allude alla nullità del patto commissorio¹⁰¹ (teso a tutelare gli altri creditori, piuttosto che il debitore da illegittimi approfittamenti); dall’altro, alla validità del patto marciano.

⁹⁷ Nella prospettiva indicata nel testo, v. C. Grasseti, *Rilevanza dell’intento giuridico in caso di divergenza dall’intento empirico*, Milano, 1936, p. 3.

⁹⁸ E’ imprescindibile lo studio di G.B. Ferri, *Causa e tipo* cit., p. 357 e ss.

⁹⁹ Testualmente, G.B. Ferri, *op. ult. cit.*, pp. 358-359.

¹⁰⁰ F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso* cit., pp. 1252-1253.

¹⁰¹ Il patto commissorio merita adeguata considerazione in ragione del patto marciano e della tradizione ad esso pertinente. Quest’ultimo non è disciplinato dalla nostra legge positiva; tuttavia, vanta una millenaria storia dogmatica, risalendo ad una probabile interpolazione giustiniana di un testo del giurista Marciano, che permetteva al creditore insoddisfatto di appropriarsi della cosa ricevuta in garanzia, purché stimata al giusto



Tuttavia, va evidenziato che lo stesso divieto del patto commissorio sta vivendo una stagione molto poco felice: ne va segnalata la crisi che emerge dalla considerazione di taluna legislazione speciale. Nel dettaglio, il riferimento è all'art. 6, comma 2, del dec. lgs. 21 maggio 2004, n. 170¹⁰²: questo sancisce, in attuazione della direttiva 2002/47/CE (in materia di contratti di garanzia finanziaria), l'inoperatività del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. nei “contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine”¹⁰³.

Il superamento del divieto del patto commissorio è stato sollecitato, altresì, da forme creditizie importate dagli ordinamenti anglosassoni (ove il divieto medesimo è assolutamente ignoto). Così, il prestito vitalizio ipotecario, introdotto dall'art. 11 *quaterdecies*, comma 12, del dec. legge 30 settembre 2005, n. 203¹⁰⁴, convertito nella l. 2 dicembre 2005, n. 248¹⁰⁵, quale finanziamento riservato agli ultrasessantacinquenni come strumento di liquidazione *ante mortem* dell'immobile ipotecato, salva la restituzione dell'eccedenza agli eredi (gergalmente: *equity release* ovvero *lifetime mortgage* ovvero, ancora, *reverse mortgage*)¹⁰⁶.

Anche la nostra giurisprudenza si è allineata nel senso appena segnalato, favorendo l'utilizzazione del patto marciano¹⁰⁷ per le sue affidabili virtù pratiche. Ci si riferisce al caso

prezzo (*rem iusto pretio tunc aestimandam*: D.20.1.16.9). L'ipotesi della validità del patto marciano deve essere riguardata, oggi, nella prospettiva della crisi del divieto di patto commissorio.

Sul tema della relazione tra patto commissorio e patto marciano appare sintomatica la soluzione positiva adottata dall'ordinamento francese. Infatti, la riforma delle *sûretés* (ord. 23.3.2006, n. 346), abrogando l'univoca sanzione della nullità di cui era affetto patto commissorio (artt. 2078, 2088 *code civ.*), ha ammesso il patto marciano: così il creditore insoddisfatto diviene proprietario del bene in garanzia, corrispondendo l'eccedenza di valore al debitore o, se ve ne sono, agli altri creditori pignorati e ipotecari (artt. 2348, 2459, 2460 *code civ.*).

¹⁰² In *G.U.*, 15 luglio 2004, n. 164.

¹⁰³ Fermo restando che, a mente dell'art. 4, lettera b), del medesimo decreto legislativo, è possibile procedere “all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione;

¹⁰⁴ in *G.U.*, 3 ottobre 2005, n. 230.

¹⁰⁵ In *Suppl. ord.* della *G.U.*, 2 dicembre 1995, n. 281.

¹⁰⁶ Il prestito vitalizio ipotecario è una particolare tipologia di finanziamento senza rate, destinato a persone fisiche con più di 60 anni di età con un titolo di proprietà su un immobile residenziale.

¹⁰⁷ Si tratta di Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, pp. 719 e ss.



in cui la Cassazione ha ritenuto elusiva l'iniziativa tesa all'acquisizione della proprietà del bene in mancanza del pagamento del debito garantito, poiché la frode era costituita dalla sproporzione tra l'entità del debito ed il valore dato in garanzia. Detta sproporzione, è chiarito nella sentenza, non è stata ravvisata (anche in via di principio) nel patto marciano, a condizione che al termine del rapporto si procedesse alla stima del bene e il creditore, per acquisirlo, si obbligasse al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito.

Più di recente, ancora una volta la Cassazione ha sottolineato la funzione "redimente" del patto marciano nel contesto di determinate contrattazioni¹⁰⁸. Così, nella fattispecie richiamata, è stato chiarito che il contratto di *sale and lease back* è nullo, per illiceità della causa in concreto, ove violi il divieto di patto commissorio. A meno che le parti, con apposita clausola da identificare con il patto marciano (appunto), abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto - effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo - il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito.

Tale è apparsa la strada per ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e per evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia. Nulla potrà impedire che la previsione convenzionale stabilisca differenti modalità di stima del bene, per come emerse nella pratica degli affari, purché dalla struttura del patto marciano in ogni caso risulti, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore. Coerentemente, poi, è stato chiarito che non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia ancorato al suddetto pagamento, potendosi articolare la clausola marciana nel senso di vincolare il passaggio della proprietà sia al solo inadempimento, sia all'effettiva corresponsione della differenza di valore.

Nel senso appena indicato è orientata anche la progettata codificazione europea, nella

¹⁰⁸ Si tratta di Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento e le procedure concorsuali*, 2015, 4, p. 399.



misura in cui sembra aver individuato anch'essa nella legittimazione del patto marciano la strada adeguata per favorire l'avvicinamento tra gli ordinamenti che ignorano il divieto del patto commissorio e gli ordinamenti che ne continuano a professare la vigenza¹⁰⁹.

Ma al di là delle sollecitazioni che precedono, tese al ripensamento critico di opinabili e sedimentate opzioni positive, la vacanza normativa di cui innanzi deve favorire unicamente l'utilizzazione di strumenti contrattuali leciti (*de iure condito*). L'opzione eletta, verosimilmente - sia in prospettiva *inter vivos* che *mortis causa* - garantirà la regolamentazione degli interessi con la medesima affidabilità pratica del *trust* e con ottime potenzialità di successo (anche con riguardo al vaglio di meritevolezza e di liceità).

In senso esemplificativo, si ponga mente al fondo patrimoniale, alle fondazioni, patti parasociali, all'intestazione fiduciaria di azioni, al deposito a scopo di garanzia (correlato ad

¹⁰⁹ Nello specifico, poi, il *Draft of a Common Frame of Reference* ribadisce l'invalidità dell'accordo commissorio (*predefault agreement on appropriation of encumbered assets*), ma eccettua le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima, ipotesi nelle quali il creditore insoddisfatto ha titolo all'appropriazione dell'*asset* per il valore di mercato o di stima, con obbligo di restituzione dell'eccedenza (DCFR, IX, 7:105). Il DCFR si è rivelato di notevole interesse accademico. Il *Draft* derivante dal *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, pubblicato nel maggio 2011, è pertanto il risultato di un primo confronto con gli *stakeholders*, volto a divenire, nella versione definitiva, la base di un regolamento opzionale dedicato ai consumatori ed ai professionisti per la disciplina di operazioni economiche transnazionali. L'opera è tuttora in continua evoluzione; oggetto di studio e modifiche al Convegno di Lovanio del 3 giugno 2011, è giunto alla sua terza versione il 19 agosto dello stesso anno. Si tratta di un testo modulare, cui potranno essere apportate ulteriori aggiunte: ad oggi, si compone di una sezione sui principi generali in materia contrattuale, di una disciplina specifica in materia di vendita e servizi ad essa correlati, nonché di regole generali circa il risarcimento del danno, il ritardo nei pagamenti, le restituzioni, le prescrizioni e la tutela dei consumatori. Il Progetto, l'11 ottobre 2011, ha dato vita ad una proposta di regolamento, del Consiglio e del Parlamento Europeo, su un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law*) con l'obiettivo di facilitare il commercio intracomunitario, mettendo a disposizione degli operatori economici una normativa uniforme che le parti possano utilizzare per i contratti di vendita con le controparti di un altro paese dell'Unione. Si tratta di uno strumento utilizzato su base volontaria, compatibile con la persistenza di leggi nazionali in materia. Tutto ciò, secondo la Commissione, può favorire una maggiore integrazione dei mercati. Cfr. sul tema G. Alpa, *Il diritto contrattuale comunitario: un cantiere aperto*, in <http://www.consiglionazionaleforense.it>, - Naviga per temi - attività dei consiglieri - art. 6992. V. anche R. Torino, *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita*, in *La cittadinanza europea*, anno IX, 2/2012, Milano, pp.153-173.



un mandato a favore di terzo), al mandato senza rappresentanza (correttamente scansionato nel rapporto di provvista, nella causa della pertinente attribuzione e nell'obbligo di rendiconto)¹¹⁰.

Non solo, ma si consideri anche il contratto a favore di terzo¹¹¹ “(...) con prestazione *post mortem* e rinuncia al potere di revoca (art. 1412, comma 1, cod. civ.)¹¹².

In concreto, si tratta di modelli orientati a realizzare determinati interessi, animati non dalla pervasiva ambizione di separare i patrimoni, bensì spinti dall'esigenza di favorire soluzioni pratiche - non solo convenienti ma anche giuridicamente affidabili.

¹¹⁰ F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso* cit., p. 1253. *Contra*, F. Fimmanò, *Trust cit.*, pp. 34, 35 e 36, il quale sottolinea l'onnipotenza del *trust*.

Con specifico riferimento alle fondazioni non va taciuta la vicinanza dell'attività benefica in discorso con la funzione assolta dal *charitable trust*: i percorsi potranno seguire qualificazioni parzialmente difformi; queste si dissolveranno nell'identità funzionale e nell'identità delle forme di tutela.

Il fondo patrimoniale, da par suo, costituito ad opera di uno o di entrambi i coniugi per atto pubblico, oppure da un terzo (anche in ragione di una disposizione testamentaria), ai sensi dell'art. 167 cod. civ. permette l'effetto segregativo su taluni beni non dissimile da quello realizzato dal *trust*: così, Trib. Pisa, 27 dicembre 2001, in *Riv. not.*, 2002, p. 188.

Nel mandato senza rappresentanza, notoriamente, il mandatario si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto del *dominus*, ma in nome proprio. Quindi, il mandatario dovrà porre in essere un atto ulteriore, volto a far sì che l'effetto traslativo si produca nella sfera giuridica del mandante. Non v'è dubbio che le posizioni del *beneficiary* e del mandante sono analoghe, ancor più in merito agli acquisti di beni mobili. Per la differenziazione tra la *trust property* del *beneficiary* e la posizione del mandante - rispetto alla proprietà del bene immobile oggetto di mandato senza rappresentanza - v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 1688, con commento di A. Cacciatore, *Trust interno ed ammissibilità: una questione ancora controversa*. Seppure occorra considerare che le osservazioni dei giudici, in ordine all'inapplicabilità degli artt. 1703 e ss. cod. civ., pare siano mosse dalla mancata considerazione della peculiarità di una figura giuridica: il *trust* è nato in un determinato contesto storico-giuridico-culturale (laddove la *property* non è la nostra proprietà!), e non è trascicabile - *sic et simpliciter* - nel nostro contesto storico-giuridico-culturale.

¹¹¹ Nel contratto a favore di terzo, a mente degli artt. 1411-1413 cod. civ., lo stipulante, qualora vi abbia un interesse, si accorda con il promittente per attribuire il diritto ad un terzo. Il secondo comma dell'art. 1411 cod. civ. stabilisce che “salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione”. Lo stipulante potrà revocare la stipulazione (come il terzo può rinunziarvi) finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. *Contra*, F. Fimmanò, *Trust cit.*, p. 35.

¹¹² Il riferimento testuale è a F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 1253.