

IURISPRUDENTIA

RICERCHE

Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa
Collana diretta da Francesco M. De Sanctis e Franco Fichera

2



Lucilla Gatt

Dal *trust* al trust
Storia di una chimera

II edizione

editoriale scientifica

© copyright 2010 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-177-4

*a mio Padre, il suo esempio ed il suo ricordo
sempre in me vivranno*

Trust not a new friend nor an old enemy.

R. CHRISTY, comp. *Proverbs, Maxims and Phrases of All Ages*, NY, London;
G.P. Putman's Sons, 1887; Bartleby.com 2010

Tutto è follia in questo mondo fuorché il folleggiare.

Tutto è degno di riso fuorché il ridersi di tutto.

Tutto è vanità fuorché le belle illusioni e le dilettevoli frivolezze.

GIACOMO LEOPARDI, *Zibaldone* [3990, 17.dec.1823]

| | |
|-----|---|
| I | I. Il <i>trust</i> interno: una questione ancora aperta |
| | 1. Il <i>trust</i> “interno”? Problemi di identificazione della fattispecie e della disciplina ad essa applicabile 1 2. La molteplicità dei binari disciplinari emergente dalla Convenzione de L’Aja 10 3. <i>Segue</i> . Le difficoltà di identificazione della disciplina del <i>trust</i> interno ed i rischi di instabilità dell’atto 27 4. <i>Segue</i> . La molteplicità dei binari giurisdizionali in materia di <i>trust</i> , il difetto di giurisdizione del giudice italiano ed i rischi di responsabilità professionale incombenti sull’operatore del diritto 48 5. <i>Segue</i> . Tentativi di superamento del difetto di giurisdizione del giudice italiano riguardo al contenzioso generato da <i>trust</i> interno 67 |
| 73 | II. Il <i>trust</i> italiano |
| | 1. Il <i>trust</i> da contratto «alieno» a contratto “anomalo”: la lista delle clausole vietate 73 2. <i>Segue</i> . Dal <i>trust</i> (interno) al <i>trust</i> (di diritto interno) 79 3. Analisi critica di orientamenti diffusi 110 4. Configurazione del <i>trust</i> italiano 158 5. <i>Segue</i> . Il ruolo unificante sul piano concettuale e categoriale dell’art. 2645-ter c.c. 172 |
| 223 | III. La disciplina del <i>trust</i> italiano |
| | 1. Il problema disciplinare del <i>trust</i> italiano: la combinazione dei dettati normativi vigenti 223 2. <i>Segue</i> . Aspetti fiscali 249 3. <i>Segue</i> . Aspetti sostanziali e processuali 268 4. Proposte <i>de iure condendo</i> e l’art. 10 (poi 11) del disegno di ‘legge comunitaria 2010’: piove sul bagnato! 349 |
| 369 | <i>Nota bibliografica</i> |

Capitolo primo

Il *trust* interno: una questione ancora aperta

1. Il *trust* “interno”? Problemi di identificazione della fattispecie e della disciplina ad essa applicabile. – 2. La molteplicità dei binari disciplinari emergente dalla Convenzione de L’Aja. – 3. *Segue*. Le difficoltà di identificazione della disciplina del *trust* interno ed i rischi di instabilità dell’atto. – 4. *Segue*. La molteplicità dei binari giurisdizionali in materia di *trust*, il difetto di giurisdizione del giudice italiano ed i rischi di responsabilità professionale incombenti sull’operatore del diritto. – 5. *Segue*. Tentativi di superamento del difetto di giurisdizione del giudice italiano riguardo al contenzioso generato da *trust* interno.

1. *Il trust interno? Problemi di identificazione della fattispecie e della disciplina ad essa applicabile*

È opportuno prendere atto che in Italia, nel mondo delle professioni legali, notai e avvocati parlano e vogliono parlare di *trust* in riferimento, quasi del tutto esclusivo, al cosiddetto *trust* interno¹, vale a dire a

¹ È opinione consolidata nell’ambito delle categorie professionali (cfr. G. IACCARINO, *Donazioni indirette e “ars stipulatoria”*, Torino, 2008, p. 81 nota 139) che la locuzione «*trust* interno» sia stata coniata da M. LUPOI (*Il trust nell’ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L’Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, p. 976 e ID., *Trusts*², Milano, 2001, p. 546 s.), e che valga ad individuare il *trust* quale fonte di un rapporto giuridico i cui elementi significativi sono localizzati all’interno del nostro ordinamento. Nell’ambito di questa concezione per “elementi significativi” si intende: il luogo in cui i beni in *trust* sono ubicati e quello in cui lo scopo del *trust* deve essere perseguito; la cittadinanza e la residenza del disponente e del beneficiario. L’internazionalità rimane dunque confinata alla legge regolatrice del *trust* – considerata, per definizione, *straniera* – ed, eventualmente, al luogo di amministrazione del *trust* nonché al luogo di residenza abituale del *trustee* ma sul punto (v. *infra* nota seguente). È opportuno sottolineare in apertura che tale categoria, quella del

quel *trust* in cui tutti gli elementi «importanti»² sono italiani ad eccezione della legge (*straniera*) regolatrice. I *trust* interni vengono istituiti in Italia, hanno un disponente (o, più imprecisamente, *settlor*) italiano e un *trustee* con residenza abituale o centro di affari in Italia, riguardano beni siti in Italia e che in Italia sono amministrati per il perseguimento di obiettivi da realizzare sempre in Italia.

È intorno al *trust* interno che ruotano gli interessi più rilevanti dei privati, interessi che il ceto notarile e quello forense sono chiamati soddisfare. Non può, dunque, disconoscersi ed, anzi, è ragionevole procedere ad identificare con chiarezza il ruolo che la classe professionale ed, in particolare, il notariato ha assunto nella composizione dell'apparato disciplinare relativo al cosiddetto *trust* interno.

trust interno, di squisita matrice dottrinale non ha ad oggi ricevuto un riconoscimento ufficiale da parte della Suprema Corte come non manca di far rilevare Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce Meritoextra, n. 152, dove si legge: «non vi è stato, peraltro – a differenza di quanto assume parte ricorrente – un espresso pronunciamento della Suprema Corte in materia di ammissibilità del *trust* interno. Il precedente richiamato dal ricorrente (Cass., sez. I, 13 giugno 2008, n. 16022), non affronta *ex professo* la questione, benché – nel risolvere una controversia tra genitori *trustee* in tema di *trust* familiare – afferma la piena legittimità dell'incarico di *trustee*, quale incarico che non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico come nel mandato, bensì in una “attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza”. La Suprema Corte pone, peraltro, al centro del giudizio di validità e riconoscibilità del *trust* interno (effettuabile ai sensi del citato art. 13 Convenzione de L'Aja) la valutazione nel suo complesso del programma negoziale tracciato dal disponente».

² Questo il termine utilizzato nella traduzione italiana dell'art. 13 Convenzione de L'Aja. Nella versione inglese si parla di *significant elements*. Quali siano in concreto questi elementi importanti/significativi del *trust* è specificato solo in parte nel testo dell'articolo 13 là dove si rinviene il riferimento alla scelta della legge da applicare, al luogo di amministrazione e alla residenza abituale del *trustee*. Per rinvenire gli altri elementi *importanti* si può e deve fare riferimento non solo all'art. 2 ma anche all'art. 7, co. 2, lett. b), d), Convenzione de L'Aja, dove si menzionano: la situazione dei beni del *trust*; gli obiettivi del *trust* e dei luoghi dove dovranno essere realizzati (ma anche – aggiungiamo – la residenza ovvero la nazionalità delle persone coinvolte nella fattispecie *trust*: così si legge nell'*Introduction* ai HAYTON D. J., KROTMANN S.C.J.J., VERHAGEN H.L.E. (edited by), *Principles of European Trust Law*, Vol. I, The Hague, 1999, p. 9).

L'analisi dei testi elaborati da rappresentanti del ceto notarile sulla scia di contributi più specificamente dottrinali dimostra – ci pare – che oggi, in Italia, se si desidera conoscere la disciplina dettagliata (clausola per clausola) del *trust* interno, è a detti contributi che bisogna fare riferimento³. Ad essi si potrebbero – con molta cautela (v. *infra* nel testo) – affiancare alcune sentenze della giurisprudenza, prevalentemente di merito, che, in gran parte, avallano l'orientamento positivo sull'ammissibilità dei *trust* interni. È il caso, però, di sottolineare che tale orientamento giurisprudenziale⁴ trova la sua origine in una certa interpretazione della Convenzione de L'Aja (in particolare dell'art. 13), elaborata (solo) da una parte⁵ della dottrina più specificamente accademica e dalla quasi totalità

³ Da ultimo si segnala S. BARTOLI, M. GRAZIADEI, D. MURITANO, L.F. RISSO, *I trust interni e le loro clausole*, a cura di E. Q. Bassi, F. Tassinari, Consiglio nazionale del notariato, I edizione fuori commercio, Roma, 2007. Si veda anche lo Studio di L.F. RISSO e D. MURITANO, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, approvato dal CNN il 10 febbraio 2006, in CNN Notizie n. 37 del 22 febbraio 2006.

⁴ Cfr. a titolo esemplificativo: Pret. Roma, ord., 13 aprile 1999, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 1025; Trib. Roma, ord., 8 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2001, p. 959 (nota di Belloni). In entrambe le pronunce *non* si mette in discussione la validità del *trust* interno. Si veda anche Trib. Firenze 2 luglio 2005, in *TAF*, 2006, p. 89: con la ratifica della Convenzione de L'Aja il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento italiano il *trust*: pertanto, non è possibile escludere l'ammissibilità in astratto del *trust* interno, dovendosi al contrario procedere ad un accertamento caso per caso sia dell'eventuale violazione di norme imperative di legge non derogabili dall'autonomia privata, sia della meritevolezza dell'interesse perseguito; nello stesso senso Trib. Trieste, decr., 23 settembre 2005, in *Corr. merito*, 2005, p. 1277 e in *Notariato*, 2006, p. 12 (con nota di Briganti): può essere oggetto di pubblicità nei libri fondiari l'atto di trasferimento di un bene immobile dal disponente al *trustee* di un *trust* interno di scopo, sia perché l'art. 12 della Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento 1° luglio 1985, ratificata con l. 364/1989, ha introdotto una nuova fattispecie negoziale suscettibile di pubblicità, sia perché non vi osta alcuna previsione normativa del r.d. 28 marzo 1929 n. 499 (c.d. legge tavolare); v. anche Trib. Genova (decr.), 14 marzo 2006, in *TAF*, 2006, p. 415.

⁵ Appare importante ricordare che in ambito accademico molti autorevoli civiliisti e comparatisti hanno manifestato e continuano a manifestare, in significativi e ampiamente noti contributi, parere contrario all'ammissibilità nell'ordinamento italiano del *trust* interno in forza della ratifica della Convenzione de L'Aja, sebbene tale contrarietà

del notariato⁶. Sembra, quindi, verosimile affermare che i giudici seguono più che determinare l'indirizzo favorevole all'ammissibilità dei *trusts* interni, indirizzo che, in ogni caso, nell'economia della presente indagine non rappresenta il punto critico da affrontare, volendosi, al contrario, andare oltre questa sorta di *impasse* rappresentato dalla questione sull'ammissibilità/inammissibilità del *trust* interno. L'assunzione di una posizione favorevole al *trust* interno non risolve, infatti, i problemi disciplinari del medesimo che, al contrario, rimangono (abbondantemente) aperti e che, dunque, non appare inopportuno porre ad oggetto della presente indagine.

Tra i soggetti che hanno contribuito alla progressiva composizione della disciplina del *trust* interno deve, poi, menzionarsi anche l'Associazione "Il trust in Italia" che «si fa vanto di avere contribuito allo stabilimento di una *prassi italiana* in materia di trust che non ha l'equivalente in alcun altro paese di cultura giuridica civilistica e che ci viene invidiata da molti osservatori stranieri» come si legge in un recente documento pubblicato sul sito *web* dell'Associazione⁷. L'espressione *prassi*

sia variamente articolata: cfr. C. CASTRONOVO, D. CORAPI, F. GAZZONI, M. NUZZO, P. SCHLESINGER. Seguono questa impostazione, pur con alcune peculiarità di veduta, anche autori come R. QUADRI e A. M. PINELLI. Ritiene ammissibile il *trust* ma nella forma dell'atto di destinazione un'esperta dei patrimoni separati come M. BIANCA. C'è, poi, chi ha assunto una posizione a sé, considerando ammissibile il *trust* nell'ordinamento giuridico italiano sulla base dell'art. 1322 c.c. e non della Convenzione de L'Aja: si allude alla teoria elaborata da G. PALERMO e che si ritrova con sviluppi originali anche in S. MAZZAMUTO, L. SANTORO, A. GEMMA, L. NIVARRA. Per un'analisi dell'opinione espressa dagli autori menzionati si veda *infra* nel testo e in part. Cap. II.

⁶ È lo stesso Consiglio Nazionale del Notariato a prendere ufficialmente posizione in favore dell'ammissibilità dei *trusts* interni con l'approvazione il 10 febbraio 2006 del già menzionato Studio "Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio", in *TAF*, 2006, p. 459 e in CNN Notizie n. 37 del 22 febbraio 2006. Per una sintesi dei contributi della dottrina notarile sulla questione dell'ammissibilità/inammissibilità dei *trusts* interni si veda la nota 3 dell'articolo di D. MURITANO, *Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme* (Tra teoria e prassi), in S. Bartoli, M. Graziadei, D. Muritano, L.F. Rizzo, *I trust interni e le loro clausole*, cit., p. 2-3.

⁷ L'Associazione (www.il-trust-in-Italia.it), presieduta dal prof. M. Lupoi, racco-

italiana⁸ utilizzata nel documento dell'Associazione appare significativa⁹

glie oltre 600 professionisti, si occupa statutariamente dei *trusts* in Italia. Essa ha svolto e svolge un'incessante attività volta precisamente a non utilizzare strutture professionali o imprenditoriali straniere, fornendo ai professionisti italiani le nozioni e le esperienze necessarie per operare nel campo dei *trust*. L'Associazione ha rapporti con l'Agenzia delle Entrate, alla quale ha proposto soluzioni fiscali che poi hanno trovato riconoscimento nella circolare della stessa Agenzia sulla tassazione dei *trusts* interni (v. *infra* nelle note). Tra i membri dell'associazione si colloca anche l'avv. Saverio BARTOLI, autore del diffusissimo testo "Il trust" pubblicato per i tipi della Giuffrè nel 2001. Del pari rilevante è l'operato dell'Assotrusters (www.assotrusters.it) il cui presidente, avv. A. Moja, è molto attivo in ambito didattico (anche a livello universitario) nonché autore di alcune pubblicazioni di taglio "pratico" per i tipi della Maggioli. L'esigenza di segnalare questi fenomeni associativi è dettata dall'intento di dimostrare la presenza in Italia di un "favor trust" proveniente dai ceti professionali (forense e notarile) di dimensioni decisamente significative e superiori rispetto a quelle che possono aver caratterizzato il *favor* per altre fattispecie contrattuali di diritto straniero rispetto alle quali non risulta si siano costituite associazioni volte a promuoverne la diffusione. Forse l'associazionismo pro *trust* attesta l'esistenza di un conflitto tra ceto professionale da una parte e una parte dell'accademia, dall'altra, in merito all'ammissibilità del *trust* nel diritto italiano quantomeno con riguardo ad una certa configurazione del medesimo: v. *infra* nel testo.

⁸ L'espressione vale a denominare un'intera sezione della rivista *Trust e attività fiduciarie* fondata nel 2000 da M. Lupoi (v. *infra* nota 43). Si vedano poi: D. ZANCHI, *Diritto e pratica dei trusts. Profili civilistici*, Torino, 2008, dove proprio nel titolo emerge quanto si va dicendo sul legame tra prassi e disciplina della fattispecie del *trust*. Si pensi, poi, ai numerosi formulari in circolazione che propongono dettagliati modelli di *trust*: G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, vol. III, tomo 1, Milano, 2003, p. 897 ss.; F. ROTA, G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia. Manuale e applicazioni pratiche* con la recensione di G. Capozzi, Milano, 2007, che contiene alcuni schemi di clausole e atti istitutivi. Per la dottrina accademica si veda M. LUPOI, *Atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005, p. 28 in cui l'a. dichiara di essersi ispirato al modello proposto da J. KESSLER, *Drafting Trusts and Wills Trusts. A modern approach*, 6° ed., Londra, 2002. Da ultimo si segnalano il già menzionato S. BARTOLI, M. GRAZIADEI, D. MURITANO, L.F. RISSO, *I trust interni e le loro clausole*, a cura di E. Q. Bassi, F. Tassinari, cit., con specifico riguardo al contributo di S. BARTOLI e D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*. In questo articolo gli autori svolgono un'ampia ed approfondita analisi di molte delle clausole fondamentali presenti in un atto istitutivo di *trust* interno, tenendo, altresì, conto delle differenti tipologie di *trust*. Le riflessioni svolte in questo saggio sono state ampliate e approfondite nel testo monografico BARTOLI S., D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Collana *Atti e contratti nel diritto civile*

perché attrae l'attenzione su una domanda che ormai non può più essere elusa: l'Italia è ancora un cosiddetto paese “non *trust*” ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985? In altre parole si può ancora oggi ragionevolmente affermare che non esiste una disciplina del/dei *trust* interna all'ordinamento giuridico italiano? La dottrina accademica¹⁰ e quella notarile, la prassi negoziale e le pronunce giudiziali non hanno forse creato un complesso di regole sufficientemente articolato da costituire una vera e propria normativa di riferimento di fonte nazionale che aspetta solo di essere, per così dire, “ordinata”, vale a dire raccolta dal legislatore in un atto *ad hoc* che consacri la tipizzazione della fattispecie *trust* (come d'altra parte è avvenuto in altri paesi europei di *civil law* come in Francia¹¹

e commerciale, Torino, 2008, in cui gli autori analizzano in modo preciso e dettagliato le possibili clausole di un *trust* interno, valutandone la compatibilità con il nostro sistema di diritto privato e indicandone le possibili configurazioni. Ed è proprio sulla portata di questa operazione valutativa che intendiamo soffermare la nostra attenzione: v. *infra* parr. 2, 3.

⁹ Carica di significati e di implicazioni è anche e soprattutto la costituzione di un'Associazione che promuove l'operatività del *trust* nel nostro ordinamento, proponendo, altresì, nelle sedi competenti un modello di disciplina fiscale per l'istituto in esame: v. *infra*.

¹⁰ Primo fra tutti M. LUPOI con i suoi numerosi e ampiamente noti contributi sul *trust* o, meglio, sui *trusts* e sulla configurazione stessa delle clausole degli atti istitutivi di *trust*. Contributi che hanno l'indubbio ed indiscutibile merito di aver diffuso nella cultura giuridica italiana la conoscenza articolata e approfondita di un istituto straniero ma che – probabilmente – hanno anche determinato l'insorgere di un equivoco concettuale oggi radicato e difficile da estirpare sull'opportunità ed, eventualmente, sulle modalità di trapianto di questo istituto straniero nel nostro ordinamento. In particolare a M. Lupoi viene imputata – anche a livello internazionale – l'idea dell'ammissibilità dei *trust* “interni”, considerata in contrasto con quanto affermato nell'art. 13 della Convenzione de L'Aja (così HAYTON D. J., KROTMANN S.C.J.J., VERHAGEN H.L.E. (edited by), *Principles of European Trust Law*, cit., 10). Ma, a parte questo rilievo, ciò che qui conta sottolineare è il fatto della considerazione diffusa dei testi di M. Lupoi in termini che, a volte, appaiono dimenticare che essi, al pari di ogni lavoro scientifico, offrono una delle interpretazioni/ricostruzioni possibili della fattispecie esaminata che è e rimane fattispecie di diritto straniero anche (e soprattutto) se posta ad oggetto di un'analisi comparativa.

¹¹ La Francia ha sottoscritto ma non ratificato la Convenzione de L'Aja ed ha preferito costruire una figura tutta propria di *fiducie*. Più precisamente il legislatore francese

e – sebbene con qualche diversità – in Svizzera¹²) in modo da superare le difficoltà di configurazione e di disciplina (v. *infra* nel testo) legate al cosiddetto *trust* interno?

con la *loi* 2007-211 del 19 febbraio 2007 (in *JORF* n° 44 del 21 febbraio 2007, 3052, *texte* n° 3), successivamente modificata nell'agosto 2008 e, infine, nel gennaio 2009 (v. *infra* nota 28) non si è limitato ad introdurre una legge speciale regolatrice di una figura analoga al *trust* di *common law* ma ha novellato il *code civil* (Libro III, Titolo XIV, artt. 2011 – 2031) ed ha quindi collocato nel “cuore” del diritto privato francese un nuovo strumento legale idoneo a soddisfare interessi e a creare situazioni equivalenti (solo in parte, a ben vedere: v. *infra*) a quelle create in altri paesi ricorrendo ai *trust*. Le ragioni di questa scelta della Francia sono molteplici ma una su tutte ci appare determinante: la consapevolezza di una propria *autonomia* come presupposto indispensabile per non soccombere nel mercato internazionale dei capitali, governato dalla concorrenza tra gli ordinamenti. La medesima motivazione aveva sostenuto anche il legislatore lussemburghese quando, già, nel luglio dell'83 (due anni prima dell'approvazione della Convenzione de L'Aja sui *trust*), introdusse un tipo di contratto fiduciario, denominato *fiducie*, «con provvedimento esecutivo d'urgenza al fine esclusivo di salvaguardare la competitività del Granducato nei confronti della concorrenza delle banche svizzere e della City londinese». Unici soggetti abilitati a svolgere la funzione di fiduciario erano, infatti, gli istituti di credito. Il contratto fiduciario in oggetto ha conosciuto, nei suoi vent'anni di esistenza, molteplici applicazioni pratiche da parte delle istituzioni creditizie lussemburghesi; tali applicazioni spaziano dalla *fiducie-gestion* alla *fiducie-sureté*: questa l'interpretazione diffusa da alcuni esponenti del ceto forense come l'avv. A. MOJA, Presidente dell'*Assotrusters*, nel suo intervento *Il trust nell'esperienza di alcuni paesi di civil law ed il ruolo della legge di San Marino*, reperibile all'indirizzo internet http://www.assotrusters.it/Pagine/REL_SMarino_Moja_22.6.05.pdf; sul punto v. anche *infra* nota 14 e Cap. II, par. 1.

¹² Si allude al decreto federale del 20 dicembre 2006 (entrato in vigore il 1° luglio 2007) che, al contrario di quanto avvenuto in Francia, approva e traspone nel diritto svizzero la Convenzione de L'Aia relativa alla legge applicabile ai *trust* ed al loro riconoscimento, non mancando, tuttavia, di specificare con disposizione di diritto nazionale molti aspetti del *trust* e della sua disciplina. Il decreto, infatti, modifica la legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato, ponendo al centro del sistema normativo internazionale-privatistico svizzero in materia di *trust* la Convenzione de L'Aja ma non rinuncia a fornire una serie di definizioni (come quella di domicilio del *trust*) – ascrivibili alla categoria delle norme di diritto sostanziale nazionale – assenti nella Convenzione de L'Aja ma molto significative e rilevanti per l'individuazione della disciplina applicabile al *trust* e, ancor prima, per l'inquadramento della figura nelle categorie civilistiche di diritto interno (v. *infra* par. 3).

La risposta – apparentemente – potrebbe essere positiva. Ma segnali in senso contrario possono essere individuati non solo e non tanto nel fatto che tale atto legislativo con funzione ordinante tarda ad arrivare¹³ quanto, piuttosto, negli aspetti propri della disciplina del *trust* interno così come si è andata sviluppando in Italia¹⁴ a seguito dell'entrata

¹³ Non può certo identificarsi tale atto nella recente Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 22 gennaio 2008 n. 3/E in cui pure si prevede per la prima volta un trattamento tributario *ad hoc* per il *trust* che si cerca, altresì, di inquadrare sul piano del diritto civile quale soggetto di diritto a sé stante (il testo della circolare è pubblicato in *TAF*, 2008, p. 211 ss.): sul rapporto tra diritto fiscale e diritto sostanziale v. *infra* Cap. III, par. 2,3.

¹⁴ Fuori dall'Italia si può – forse – individuare nell'ordinamento belga un fenomeno analogo al *trust* interno, concepito come fattispecie priva di elementi di internazionalità al di fuori della legge regolatrice che deve essere di uno Stato che conosce l'istituzione del *trust*. Il Belgio ad oggi non risulta abbia ratificato la Convenzione de L'Aja sebbene il 16 luglio 2004 sia stata approvata la *Loi portant le Code de droit international privé* il cui Capitolo XII, dall'art. 122 all'art. 125, contiene regole dedicate al *trust* che ricalcano – ci pare – alcune di quelle contenute nella Convenzione de L'Aja (a partire dalla definizione di *trust* come *relation juridique* che è l'equivalente di *legal relationships*, espressione contenuta nell'art. 2 della Convenzione de L'Aja, versione inglese: in generale tutto l'art. 122 del *Code de droit international* belga riproduce il contenuto dell'art. 2 della Convenzione). Tali norme consentono l'operatività del *trust* nel territorio nazionale belga a determinate condizioni, sottraendo comunque alla legge regolatrice straniera numerose materie (art. 125, § 2) e ribadendo l'inefficacia della scelta della legge applicabile là dove tutti gli elementi significativi del *trust*, ad eccezione della scelta del diritto applicabile, sono localizzati in uno stato il cui diritto non conosce il *trust*: in tal caso il *trust* è regolato dalla legge del luogo in cui il *trustee* ha la sua residenza abituale al momento della costituzione del *trust* [soluzione quest'ultima che lascia intendere come il tentativo del legislatore belga sia quello di assoggettare il *trust* al diritto belga *n.d.r.*]. In ogni caso l'idea accolta e diffusa da alcuni operatori del ceto forense come l'avv. A. MOJA, (*Il trust nell'esperienza di alcuni paesi di civil law ed il ruolo della legge di San Marino*, cit.) è quella secondo cui dalle pronunce giurisprudenziali sul *trust* anteriori alla suddetta *loi* del 2004 è possibile dedurre con sufficiente chiarezza che il *trust* in quanto tale non è stato mai considerato contrario ai principi di ordine pubblico dell'ordinamento belga (cfr. Trib. Civile di Bruxelles 27 novembre 1947, in *TAF*, 2008, p. 292); inoltre le corti belghe sono favorevoli (cfr. Tribunale di Prima Istanza di Anversa, 4 marzo 1971, *ibidem*; Tribunale di Bruxelles, 31 maggio 1994) a che un soggetto possa validamente optare, ai fini della relativa pianificazione patrimoniale testamentaria, per un *trust* retto dalla legge di uno Stato che riconosce l'istituto del *trust*,

in vigore della Convenzione de L'Aja e delle interpretazioni e applicazioni che sono state date alla medesima.

Le diverse letture del testo della Convenzione de L'Aja, pur nella loro specificità, hanno in comune l'idea secondo cui i limiti, (che pure sono) contemplati nella Convenzione de L'Aja, alla scelta della legge regolatrice (della validità, degli effetti, dell'interpretazione nonché dell'amministrazione) del *trust* sono – in qualche modo¹⁵ – “superabili” senza che tale “superamento” vada ad incidere in maniera rilevante e significativa sulla legge prescelta la quale conserverebbe tutta la sua “integrità” di disciplina (straniera) applicabile al *trust* interno italiano¹⁶.

a condizione che lo stesso non urti contro le norme imperative e l'ordine pubblico locali: cfr. I. MEEUSSEN, *La figura del trust nel sistema giuridico belga*, in *TAF*, 2008, p. 271. Altri Stati europei come i Paesi Bassi e il Lussemburgo hanno, invece, preferito ratificare la Convenzione de L'Aja, rispettivamente con l. 4 ottobre 1995 e con l. 27 luglio 2003 (che ha abrogato il Regolamento granducale del 19 luglio 1983), affiancandovi, però, norme interne di diritto sostanziale (ma anche di diritto internazionale privato) che ammettono *esplicitamente* il riconoscimento del *trust* cosiddetto interno (così è avvenuto nei Paesi Bassi) e/o garantiscono la sopravvivenza nell'ordinamento nazionale di un istituto di diritto interno alternativo al *trust* (così è avvenuto in Lussemburgo con riguardo al contratto fiduciario previsto già dal 1983 con caratteristiche analoghe – ma non identiche – a quelle proprie del *trust*). Su una posizione a sé si colloca la Francia che ha firmato (il 26 novembre 1991) ma non ratificato la Convenzione de L'Aja ed ha preferito novellare il *code civil*, introducendo nel sistema un *Titre XIV* rubricato *De la fiducie* e dedicato all'*operation de fiducie* o *contrat de fiducie* (quale contratto fiduciario *sui generis*): v. *supra* nota 11 e sui significati di queste diverse posizioni cfr. *infra* nota 28 e più oltre nel testo.

¹⁵ Attraverso una serie di verifiche sulla compatibilità delle clausole dell'atto costitutivo con le norme inderogabili, di applicazione necessaria e di ordine pubblico del nostro ordinamento: v. *infra* par. 2.

¹⁶ Il problema segnalato nel testo emerge, in parte, nella prefazione di M. GRAZIADEI al volume di S. BARTOLI e D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., XXI, in cui l'a. fa notare che l'operatore del diritto che intenda ricorrere in modo consapevole all'istituto del *trust* dovrà conoscere il diritto straniero scelto *ex art. 6* della Convenzione, e dovrà pertanto, in primo luogo, appurare se il «contenuto dell'atto predisposto è in linea con i requisiti di validità previsti dalla legge straniera regolatrice del rapporto» e, in secondo luogo, dovrà verificare in quale misura «gli effetti dell'atto istitutivo di *trust* secondo il diritto straniero sono compatibili con le norme inderogabili del diritto interno

Ma sull'attendibilità di questa conclusione è lecito dubitare così come è lecito dubitare sulle domande sopra poste o quantomeno sui termini della loro formulazione.

2. *La molteplicità dei binari disciplinari emergente dalla Convenzione de L'Aja*

Il problema di base nell'individuazione della disciplina del *trust* interno è che tale disciplina non va semplicemente *individuata* (scegliendo appunto la legge straniera che dovrebbe prevedere una completa regolamentazione del *trust* che si intende costituire in Italia) bensì va *elaborata*, e tale elaborazione appare decisamente complessa. La complessità è, infatti, provocata proprio dalla Convenzione de L'Aja, il cui testo molto difficilmente può essere inquadrato "con serenità" nella cornice del diritto internazionale privato uniforme piuttosto che in quella del diritto sostanziale uniforme¹⁷.

(nel caso italiano) cui si riferisce l'art. 15 della Convenzione. Questo controllo dovrà normalmente essere fatto in sede di redazione dell'atto istitutivo...[...] benché la contrarietà del *trust* a norme imperative interne possa talvolta emergere solo *dopo* la creazione del rapporto». Alle condivisibili osservazioni dell'a. sembra necessario aggiungere che l'operazione valutativa svolta dal professionista del diritto sulla compatibilità degli effetti del *trust* con l'ordinamento interno si traduce in una modificazione della legge straniera prescelta, modificazione che ne intacca l'integrità e da cui derivano, a ben vedere, regole di diritto interno: v. sul punto *infra* nel testo.

¹⁷ La Convenzione specifica gli elementi costitutivi del *trust* (art. 2) di cui stabilisce anche il nucleo effettuale essenziale (art. 11), presentandolo come modello di riferimento (alias come *tipo negoziale di livello internazionale*) e atteggiandosi, così, almeno in alcune sue parti, a normativa di diritto sostanziale uniforme. Cfr. sull'ambiguità del testo della Convenzione de L'Aja cfr. S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 778, secondo il quale in riferimento alla Convenzione si può parlare di «effetti minimi di diritto sostanziale uniforme in essa previsti» pur restando essa una Convenzione di diritto internazionale privato uniforme. Ancora più chiaramente R. LUZZATTO, «Legge applicabile» e «riconoscimento» di trusts *secondo la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*,

Ma anche volendo accantonare questo “amletico” dilemma, non si può fare a meno di constatare come la Convenzione de L’Aja imponga due, se non addirittura tre piani disciplinari della fattispecie di *trust* in essa contemplata.

È proprio la Convenzione de L’Aja a sottrarre, in primo luogo, al proprio ambito di applicazione «le questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al *trustee*» (cfr. art. 4), inducendo così a ritenere che tali questioni e dunque gli atti *inter vivos* e *mortis causa* di trasferimento dei beni al *trustee* siano regolati dalla legge del foro ovvero da altra legge che in base alle regole di conflitto del foro possa risultare applicabile, e ciò indipendentemente dalla legge regolatrice del *trust*.

La Convenzione, inoltre, impone una netta *distinzione* tra legge re-

in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 7, là dove, pur ascrivendo la Convenzione de L’Aja alla categoria delle convenzioni di diritto internazionale privato, la definisce, tuttavia, un *unicum* nell’ambito di tale categoria in ragione delle caratteristiche peculiari del *trust*, tali da indurre i redattori a discostarsi in più punti dalla tecnica comunemente seguita. Più specificamente l’a. mette in luce la peculiarità degli art. 2 e 11 della Convenzione, contenenti, delle definizioni o descrizioni degli istituti giuridici che rientrano nel campo di applicazione della convenzione e ciò contrariamente a quanto accade in genere nelle convenzioni di diritto internazionale privato. Anche A. MALATESTA, *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, reperibile alla voce Studi e Ricerche del sito www.as-sotrusts.it, scrive che l’art. 12 è l’unica vera e propria norma di diritto materiale uniforme (Relazione presentata al convegno “Il *trust*: disciplina giuridica e profili applicativi” tenutosi presso l’Università di Castellanza il 23 giugno 2003, pagina 6). Si veda, altresì, A. PALAZZO, *Apparenza e pubblicità degli acquisti mortis causa e trans mortem*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, p. 737 ss., là dove fa riferimento all’art. 12 della Convenzione quale norma di diritto sostanziale che potrebbe fondare il meccanismo di opponibilità ai terzi dell’effetto segregativo del *trust*. Il ceto professionale, da parte sua, non ha esitazioni a sostenere che alcuni articoli della Convenzione, in particolare gli artt. 2, 11, 12, contengono norme di diritto sostanziale, fondando su tale affermazione anche passaggi importanti del ragionamento che porta ad ammettere i *trust* c.d. “interni”: cfr. di recente M. MONEGAT, *Trusts “interni” e trusts di diritto “interno”*, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007, p. 43; I. VALAS, *La Convenzione de L’Aja e la legge regolatrice straniera*, *ibidem*, p. 75 e nota 62. Sul punto v. *infra* par. 4, 5.

golatrice del *trust* (ma meglio sarebbe dire di alcuni aspetti del *trust* indicati negli artt. 6, 7 e, in particolare, nell'art. 8), *da una parte*, e, *dall'altra*: a) le disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro (cfr. art. 15), alle quali è devoluta la regolamentazione, *non derogabile dalla volontà delle parti*, di alcuni istituti con cui il *trust* interagisce, inducendo così a ritenere che un *trust*, istituito in violazione di tali regole «non sia di per sé *nullo* ma solo soggetto a quanto diversamente previsto dalla legge del foro»¹⁸; b) le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di legge (cfr. art. 16)¹⁹; c) le disposizioni di ordine pubblico (art. 18); d) le disposizioni in materia fiscale dell'ordinamento con cui il *trust* presenta il collegamento più stretto (art. 19)²⁰.

¹⁸ Così chiaramente di recente Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1909.pdf>. Aggiungiamo che l'entrata in gioco delle regole (di diritto sostanziale ma anche processuale: v. *infra* Cap. III, n. 3) inderogabili del foro può, ovviamente, comportare una mancata realizzazione degli interessi che si intendevano perseguire con il compimento del *trust*: basti pensare all'applicazione al medesimo delle norme a tutela dei creditori o dei legittimari. V. meglio oltre nel testo.

¹⁹ Vale a dire le norme di applicazione necessaria del foro o anche di altro Stato che abbia con l'oggetto della controversia un collegamento sufficientemente stretto (ai sensi dell'art. 7 Convenzione de L'Aja).

²⁰ Cfr. sul punto S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust* ecc., cit., p. 782; R. LUZZATTO, «Legge applicabile» e «riconoscimento» di trusts ecc., cit., p. 17, là dove ammette, sì, i *trusts* interni ma non manca di rilevare come dalla presenza nel testo della Convenzione degli artt. 15, 16, 18 e 19 sia facile dedurre che la libertà di organizzare *trusts* in base alle norme di conflitto poste dalla Convenzione medesima rimane pur sempre circondata da notevoli e consistenti cautele. In linea M. GRAZIADEI nella citata Prefazione al testo di S. Bartoli e D. Muritano, là dove scrive che la Convenzione de L'Aja consente di applicare in Italia la legge straniera entro determinati limiti, fissati, in primo luogo, da una serie di norme della Convenzione medesima, che chiamano direttamente o indirettamente in causa il diritto del foro o, talvolta, il diritto di un Paese terzo. Alle considerazioni dell'a. aggiungiamo che sempre dal testo della Convenzione de L'Aja si ricavano impressioni di moltiplicazione all'infinito dei binari disciplinari della fattispecie-*trust*: cfr., infatti l'art. 9, secondo cui nell'applicazione del presente capitolo aspetti del *trust* che possono essere trattati a parte, in particolare le questioni amministrative, po-

Particolare attenzione va rivolta all'art. 15 in cui si esclude che la Convenzione possa contrastare l'applicazione delle norme *imperative* dello Stato designato dalle regole di conflitto del foro quando tali norme regolano: a) la protezione di minori e di incapaci; b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima; d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali; e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.

È essenziale sottolineare in modo chiaro che l'elenco delle materie contenuto nell'art. 15 Convenzione de L'Aja non può essere *tassativo* né *esaustivo* ma solo *esemplificativo*²¹ e ciò in ragione degli interessi particolarmente rilevanti che sottendono alle suddette materie e, dunque, alle rispettive norme regolatrici. Appare, infatti, importante porre in luce come dall'art. 15, letto in combinato disposto con gli artt. 16 e 18, già menzionati, nonché con l'art. 13 della Convenzione medesima²², si possa dedurre, ra-

tranno essere regolati da una *legge diversa* [c.vo nostro]. Di grande importanza è anche l'art. 10 in base al quale la legge applicabile alla validità del *trust* stabilisce la possibilità di sostituire detta legge, o la legge applicabile ad un elemento del *trust* che può essere trattato a parte, con *un'altra legge* [c.vo nostro]. Le norme alludono al – non particolarmente apprezzabile – fenomeno del *dépeçage* volontario, favorendolo in tutti i modi. Ma sui limiti di questa impostazione v. *infra* nel testo e note 31, 32.

²¹ In tal senso anche R. LUZZATTO, «Legge applicabile» e «riconoscimento» di trusts ecc., cit., p. 17 nota 35, dove espressamente afferma che l'elencazione contenuta nell'art. 15 non è di carattere tassativo. Di recente in tal senso anche S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., p. 126, nota 10.

²² Secondo l'art. 13 nessuno Stato è tenuto a riconoscere 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. Non sono sfuggite le implicazioni di questa norma sul piano applicativo a Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 637: «Anche gli autori che accolgono la soluzione più favorevole al *trust* interno sono infatti costretti ad ammettere che il potere di rifiutare il riconoscimento è legittimamente esercitato quando sia i soggetti, sia i beni, sia lo scopo del *trust* siano localizzati in uno Stato che non conosce l'istituto. E tale situazione si verifica nella fattispecie concreta, dove l'unico elemento di estraneità è costituito dalla scelta del disponente di

gionevolmente, la possibilità di sottoporre un *trust* ad una determinata legge straniera purché tale sottoposizione non si traduca in una violazione di principi fondamentali ed inderogabili dell'ordinamento con cui il *trust* medesimo presenta il "collegamento più stretto", cioè dell'ordinamento in cui il *trust* va concretamente ad esplicare il nucleo essenziale dei propri effetti, essendo ad esso collegati i suoi «elementi importanti». Tali principi non riguardano e non possono riguardare *solo* le materie espressamente elencate nell'art. 15 Convenzione ma, più in generale, tutti gli aspetti non negoziabili degli istituti, in particolare privatistici, con cui il *trust* si trova ad interagire nell'esplicazione dei propri effetti (si pensi, in primo luogo, all'azione revocatoria ed a quella volta a far valere la simulazione)²³.

applicare la legge inglese, mentre i dati di fatto del *trust* non risultano collegati né con quello specifico ordinamento di *common law* né con altri ordinamenti stranieri. In totale assenza di qualsiasi ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto – certo non ravvisabili nella mera volontà del disponente di adempiere "obbligazioni naturali e di coscienza" – va dunque escluso il riconoscimento del *trust* cui si riferisce l'atto in esame».

²³ Questa interpretazione è apparsa coerente con la prescrizione presente in un'altra importante convenzione di diritto internazionale privato che regola le materie del contratto e delle obbligazioni, eccezion fatta per quelle derivanti da *trust* (sui limiti di tale esclusione v., però, G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 136 e anche A. MALATESTA, *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, cit., il quale vede nella Convenzione di Roma dell' '80 ed in quella di Bruxelles del 1968 testi normativi che precedono la Convenzione de L'Aja nel riconoscimento del *trust*, anche «in negativo»). Più precisamente si allude all'art. 3, co. 3, della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali (dal 17 giugno 2008: Regolamento UE Roma I) in cui espressamente si afferma che: «Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement». Dalla lettura della norma si evince – ragionevolmente – che il limite del rinvio alla legge straniera non è costituito dalla *materia* in sé considerata ma dall'inderogabilità della norma, indipendentemente dalla materia che essa regola. In ogni caso va rilevato che parte della dottrina fa leva proprio sull'art. 3, comma 3, della Convenzione di Roma/Regolamento UE Roma I per giustificare la clausola di scelta della legge straniera contenuta in una fattispecie negoziale di *trust* interno, la quale non presenta, in senso tec-

La scissione dei piani disciplinari del *trust* prodotta dalla stessa Convenzione L'Aja obbliga l'interprete e, soprattutto, l'operatore del diritto (che assiste la parte nella stesura dell'atto istitutivo di *trust*) ad adottare, perlomeno, una duplice prospettiva nella considerazione della fattispecie *trust* interno²⁴.

È necessario, in primo luogo, che l'operatore proceda ad accertare

nico, elementi di internazionalità: cfr. A. GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. IV*, Disc. priv., Sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 467; R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione de l'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 87, 117; da ultimo così R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p. 70 nota 20; sul punto cfr. anche B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, pp. 61-67. Critica questa impostazione fondata sull'art. 3 della Convenzione di Roma nonché la tesi che utilizza la Convenzione de L'Aja al fine di introdurre un *trust* interamente situato in Italia: in dottrina, ad esempio, A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005, pp. 83-84; in giurisprudenza Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, in *TAF*, 2005, p. 577, che opta per una – a nostro avviso corretta – lettura in combinato disposto degli artt. 1 e 3 della Convenzione Roma, facendo rilevare come il primo limiti il raggio di applicazione della Convenzione alle sole obbligazioni contrattuali che implicano un *conflitto di leggi nello spazio*, “smitizzando” così la portata del secondo sulla libertà della scelta della legge applicabile. Sul punto v. anche *infra* nota 30 e Cap. II par. 4.

²⁴ La prospettiva può diventare triplice ove si ponga attenzione anche all'art. 19 Convenzione de L'Aja che riserva alle norme nazionali l'aspetto fiscale. Tale norma genera di fatto il pericolo di concorso di pretese erariali che le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni non aiutano ad arginare in quanto, eccezion fatta per la convenzione Italia-USA, non vi sono in esse espliciti riferimenti al *trust*: così si legge in Agenzie delle Entrate Circolare 6 agosto 2007 n. 48/E, in *TAF*, 2007, p. 630: «è possibile che i *trusts* diano luogo a problematiche di tassazione transfrontaliera con eventuali fenomeni di doppia imposizione o, all'opposto, di elusione fiscale. Un *trust*, infatti, può realizzare il presupposto impositivo in più Stati, quando, ad esempio, il *trust fund* sia situato in uno Stato diverso da quello di residenza del *trustee* e da quello di residenza del disponente e dei beneficiari». Sulle ricadute di questa situazione riguardo all'“appetibilità” dell'ordinamento italiano per il *trust* v. *infra* Cap. II, par. 1. Fin da ora si segnala, però, che di questi effetti (negativi) non sembrano rendersi conto fino in fondo i professionisti: si veda, infatti, l'approccio “sereno” alla questione da parte di G. LEPORE, *Il regime fiscale del trust: imposizione diretta e imposizione indiretta*, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, II, Torino, 2008, p. 305.

che il contenuto dell'atto predisposto sia in linea con i requisiti di validità previsti dalla legge straniera regolatrice del rapporto²⁵.

In secondo luogo è necessario *valutare la compatibilità del contenuto* del *trust* interno – che si intende costituire – con le norme imperative che regolano le aree individuate dall'art. 15 della Convenzione e, più in generale, le aree di diritto privato italiano governate da norme imperative in una dimensione di prevenzione dei conflitti possibili.

Appare, inoltre, doveroso tenere presente che in caso di conflitto insorto nell'attuazione del *trust* interno e di conseguente intervento del *giudice italiano*, costui, proprio in applicazione della Convenzione²⁶, dovrà “vivisezionare” i vari aspetti della fattispecie *trust* interno, ascrivendoli all'istituto cui dovrebbero più correttamente appartenere (validità del *trust* piuttosto che capacità di agire dei soggetti coinvolti, amministrazione del *trust* piuttosto che tutela dei creditori, revoca del *trustee* piuttosto che trasferimento di beni al medesimo). Così facendo, il giudice determinerà a quale corpo normativo (legge regolatrice straniera scelta dal disponente; legge italiana determinata dalle regole italiane di conflitto ovvero legge terza – straniera – determinata dalle regole italiane di conflitto) tali aspetti vengono ad essere sottoposti²⁷ e, sulla base di ciò, procederà a *con-*

²⁵ V. *supra* nota 15. Su questa valutazione si tornerà più oltre nella parte finale del presente paragrafo.

²⁶ La Convenzione determina appunto la legge applicabile al *trust* mentre lascia alle norme di conflitto del foro la determinazione della legge applicabile alle materie individuate nell'art. 15 – e alle materie analoghe – nonché l'individuazione della legge applicabile alle «questioni preliminari» *ex art.* 4. Si vede dunque come l'operatore del diritto, e, in particolare, il giudice abbia di fronte una molteplicità di complessi normativi diversi, tutti rilevanti nell'individuazione della disciplina complessiva del *trust* interno posto in essere in Italia.

²⁷ In tal senso M.C. MALAGUTI, *Il trust*, in *Atlante di diritto privato comparato* a cura di F. Galgano, IV ed., rist. 2007, p. 203, la quale non manca di esemplificare il discorso riportato nel testo dicendo che il *trust* difficilmente si presenta “puro”: se viene istituito con atto *mortis causa*, esso si trova ad interagire con le norme concernenti le successioni, se istituito con un atto tra vivi a fini di garanzia, è strettamente connesso con la disciplina delle garanzie e del fallimento. Riguardo ai *trusts* liquidatori – sostitutivi della procedura

fermare ovvero *smentire* (cfr. art. 13) la (prima) *valutazione di compatibilità* posta in essere dall'operatore professionale che ha assistito la parte nella costituzione del *trust*, realizzando, nella sostanza, una *seconda* valutazione di compatibilità.

Riguardo alla *prima* delle valutazioni da porre in essere, quella che spetta all'operatore professionale nella fase di stesura dell'atto istitutivo di *trust* e che è volta a prevenire il conflitto e dunque a garantire la stabilità dell'atto di *trust*, deve dirsi che i «formanti» (nel senso sacchiano) sopra indicati (vale a dire: una buona parte dell'accademia ma anche del ceto notarile e del ceto forense, ossia della *prassi*) nell'elaborare l'apparato disciplinare del *trust* interno regolato da una legge straniera (la quale a sua volta, per essere applicata in Italia, deve prevedere un *trust* corrispondente al modello convenzionale²⁸), hanno dovuto (o, meglio, avreb-

fallimentare – estremamente rilevanti appaiono le due ordinanze del Trib. Milano, Sez. VIII civ., una del 16 giugno 2009 e l'altra del 17 luglio 2009 (quest'ultima in <http://www.il-caso.it/giurisprudenza/archivio/1795.pdf>). In esse i due giudici milanesi, applicando l'interpretazione dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja che esclude l'operatività del *trust* ove l'interesse perseguito sia in frode alla legge, esplicitamente affermano che il *trust* liquidatorio non è *compatibile* con l'ordinamento italiano, in quanto contrastante con le norme fallimentari quale norme inderogabili (*ex* art. 15 Convenzione de L'Aja) sulla segregazione *ex lege* del patrimonio del fallito in favore del curatore nell'interesse dei creditori. Tale *incompatibilità* è sopravvenuta ove si tratti di *trust* costituito prima della dichiarazione di fallimento e produce lo «scioglimento» di un atto originariamente lecito. È invece illecito *ab origine* e contrastante con il combinato disposto degli artt. 13 e 15 della Convenzione de L'Aja il *trust* liquidatorio che venga istituito nel momento in cui l'impresa era già insolvente: trattasi, in tal caso, di *trust* illecito fin dall'origine e dunque non riconoscibile *ex art. 11* Convenzione de L'Aja. Ma per un approccio parzialmente diverso cfr. *infra*.

²⁸ Quanto affermato nel testo non significa dire che la Convenzione (in particolare agli artt. 2 e 11) prevede una sorta di figura autonoma di *trust*, creata per astrazione dalle figure tipiche note ai vari ordinamenti. La regola convenzionale si limita ad individuare le note considerate essenziali nell'ottica della Convenzione; tali note devono potersi riscontrare negli istituti specificamente organizzati nei diversi sistemi come *trust*, non essendo sufficiente una generica analogia di funzione che possa essere individuata in altri istituti, tipicamente previsti dal diritto che li organizza per scopi diversi: così R. LUZZATTO, «Legge applicabile» e «riconoscimento» di trusts ecc., cit., p. 13, n. 21. Su una diversa

bero dovuto sempre) analizzare con riferimento agli elementi della fatti-

posizione R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 51, 54, che, invece, propone la configurabilità di *trust* sottoposti alle stesse norme contenute nella Convenzione, magari integrate con regole di diritto interno italiano in materia di istituti capaci di svolgere funzioni e di raggiungere finalità sostanzialmente analoghe a quelle svolte e perseguite mediante l'organizzazione di un *trust* (sul punto v. più ampiamente *infra* Cap. II, par. 1, 2). Accogliere l'una o l'altra impostazione porta a rispondere diversamente alla domanda se sia possibile scegliere quale legge regolatrice del *trust* interno (italiano) la legge di uno Stato (anche europeo) che preveda un istituto solo in parte corrispondente al "modello" convenzionale (anche detto *trust* amorfo, per usare l'espressione di M. Lupoi). Si pensi alla già citata legge francese sulla *fiducie*, alle norme sul *trust* del codice civile del Québec; alla stessa legge sul *trust* della Repubblica di San Marino o ancora al contratto fiduciario del Granducato di Lussemburgo: tutte queste leggi prevedono – al di là del *nomen iuris* – "modelli" di *trust* diversi da quello delineato dalla Convenzione de L'Aja. In Lussemburgo, ad esempio, si distingue chiaramente tra *trust* da una parte, e contratto fiduciario di diritto interno, dall'altra (cfr. P. PANICO, *Lussemburgo*, in *Trust: opinioni a confronto, Atti dei Congressi dell'Associazione "Il trust in Italia"*, a cura di E. Barla De Guglielmi, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, Torino, 2006, pp. 42, 53, là dove sottolinea come il fenomeno del *trust* interno, come sviluppatosi in Italia, è unico nel suo genere). Si tratta di modelli che presentano, tra l'altro, delle limitazioni riguardo ai soggetti legittimati a ricoprire i ruoli di *settlor* e/o di *trustee* (cfr. S. MAZZAMUTO, *Il trust*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. Castronovo e M. Mazzamuto, II, Milano, 2007, pp. 638-640) ovvero prevedono nullità in relazione al perseguimento mediante *trust* di determinati interessi che possono essere perseguiti con strumenti diversi ma sempre interni al sistema nazionale. In Francia, per esempio, l'art. 2013 *code civil*, introdotto dalla loi 211-2007, stabilisce che: «le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public». In merito alla portata negativa delle limitazioni contenute nella legge francese sulla *fiducie* cfr. F. BARRIÈRE, *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza*, in *TAF*, 2008 p. 124 ss. A nostro parere tali limitazioni devono comunque leggersi tenendo conto della riforma delle successioni e donazioni avvenuta con legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 e della conseguente novellazione del *code civil* in forza della quale il perseguimento di un interesse liberale mediante attribuzione fiduciaria è possibile ricorrendo alle figure della *liberalité graduelle* ovvero *résiduelle* – art. 1057-1061 *code civil*. Il discorso del rapporto tra le due novelle esula dai confini del presente lavoro ma si rivela essenziale per una reale comprensione dell'operatività dell'attribuzione fiduciaria in Francia. È utile, poi, rilevare che l'Italia non ha usufruito della riserva consentita dall'art. 21 Convenzione de L'Aja e dunque nel nostro ordinamento è possibile riconoscere *trust* sottoposti a leggi regolatrici di Stati non aderenti. Astrattamente par-

specie concreta di *trust* posta in essere in Italia, la compatibilità fra la legge straniera di *trust* prescelta dal costituente e: 1) le norme inderogabili di diritto italiano nelle materie indicate (a titolo di esempio) dall'art. 15 della Convenzione de L'Aja; 2) le norme di applicazione necessaria; 3) le norme di ordine pubblico (e, non da ultimo: 4) le norme fiscali italiane).

Questo lavoro di *verifica*²⁹ di ogni aspetto della fattispecie concreta di *trust* interno (vale a dire di ogni clausola contenuta nell'atto istitutivo) si sostanzia, altresì, in una verifica sull'ammissibilità in Italia di clausole generalmente ammesse nel paese della legge scelta quale legge regola-

lando, dunque, le diversità esistenti a livello normativo e tipologico non dovrebbero essere di ostacolo alla scelta delle leggi di *civil law* piuttosto che di quelle di *common law* (Inghilterra, Jersey, Isole Cayman ecc.) tanto che nella letteratura giuridica non si manca di far notare come l'ampiezza della formulazione del testo convenzionale sia giustificata dall'obiettivo di consentire il riconoscimento anche delle c.d. *trust-like institutions*, figure proprie di ordinamenti civilistici non corrispondenti al *trust* tradizionalmente inteso o di provenienza anglo-americana (così S. MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo*, in *Riv. dir. privato*, 2007, pp. 831-832). Secondo alcuni, però, il modello convenzionale ricalca il modello internazionale che si identifica nel *trust* dell'area anglosassone: in tal senso chiaramente D.J. HAYTON, S.C.J.J. KROTMANN, H.L.E. VERHAGEN (edited by), *Principles of European Trust Law*, cit., p. II. Nell'*Introduction* si legge che «the common law trust» è riconosciuto secondo l'opinione generale come il più sviluppato e come forma universale del concetto di *trust* ed, inoltre, quando si parla di elementi essenziali del *trust* sulla scena globale degli investimenti, delle garanzie e dell'organizzazione degli affari sono gli elementi del *common law trust* che gli *speakers* hanno in mente. Su una posizione diversa si trova, di recente, R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 216-217, il quale – ragionevolmente a parere di chi scrive – rileva tra i tre modelli di *trust* attualmente riconosciuti (anglo-americano; convenzionale; internazionale) divergenze molto ampie e soprattutto difficoltà di inquadramento in categorie precostituite, giungendo a considerare il *trust* convenzionale un «non-modello». Sul punto v. anche *infra* nota 38 e Cap. II, par. I.

²⁹ Un testo di riferimento su questo aspetto sono senz'altro i già citati lavori di S. BARTOLI, D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, cit., p. 93 e *Le clausole dei trusts interni*, cit., sebbene la loro utilità debba essere collocata in una dimensione diversa da quella che gli è stata finora attribuita: v. sul punto *infra* Cap. II, par. I.

trice del *trust*. Il *trust* non è un'operazione, per così dire, isolata (se mai possa esistere un'operazione di tal genere) ma un'operazione che – quasi sempre – coinvolge istituti menzionati nell'art. 15 della Convenzione e dunque interi settori dell'ordinamento italiano, per molti aspetti, incompatibili con interi settori dell'ordinamento straniero di *common law* dove si collocano clausole che non è possibile inserire in modo “indolore” in un *trust* interno.

Tutto quanto detto presuppone la scelta del foro italiano quale foro competente per le controversie relative al *trust* ma è bene sottolineare che il medesimo limite – quello delle disposizioni inderogabili – vale a maggior ragione nel caso in cui alla scelta della legge straniera si accompagni – come generalmente ammesso (cfr. art. 23, n. 3 del Regolamento CE n. 44/2001: v. *infra* parr. 4, 5) – la scelta del tribunale straniero perché anche tale tribunale dovrebbe rispettare le norme imperative dell'ordinamento con cui il *trust* presenta il suo collegamento più stretto: vale a dire l'Italia³⁰. Si vede, dunque, come il *trust* interno regolato da

³⁰ Riguardo ai *trust* interni regolati da una legge straniera e soggetti ad un giudice straniero *non può non* entrare in gioco – comunque – la legge italiana dato che in forza dell'art. 7 della Convenzione de L'Aja per determinare la legge con la quale un *trust* ha più stretti legami si tiene conto: a) del luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente ovvero della situazione dei beni del *trust*, b) della residenza o sede di affari del *trustee*, c) degli obiettivi del *trust* e dei luoghi dove dovranno essere realizzati. Sulla scelta del “criterio del collegamento più stretto” da parte della Convenzione vale la pena osservare con A. MALATESTA, *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, cit., pp. 5-6, che tale criterio è quello proprio dei contratti (cfr. il già menzionato art. 3, co. 3, nonché l'art. 4.1 della Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali – oggi Regolamento UE Roma I) e che la Convenzione de L'Aja – al contrario del Regolamento CE 44/2001 che parla di *domicilio* del *trust* (art. 5, n. 6; art. 60, n. 3) – assimila il *trust* più ad un contratto che ad un *ente*, con evidente anomalia, però, rispetto alle regole dei contratti, di dare effetto ad una scelta di carattere unilaterale del solo disponente. Da ciò l'a. deduce che l'approccio dei testi internazionali al *trust* è assai «pragmatico». Riservandoci di approfondire oltre la questione della natura giuridica del *trust*, fin da ora rileviamo che il *trust* viene considerato un rapporto obbligatorio anche nei manuali dei *common lawyers*: cfr., ad esempio, W. SWADLING, *Property Law*, in P. BIRKS (edited by), *English private law*, I, Oxford, 2000, p. 275, almeno con riguardo ai *personal rights* di cui si è titolari in *trust* nonché

legge straniera e sottoposto *anche* a giurisdizione straniera sarebbe comunque condizionato dal diritto italiano.

A questo punto non sfugge il carattere illusorio del fenomeno (cosiddetto) dello *shopping* del diritto. Al di là di considerazioni in senso lato ideologiche (che sono comunque di notevole interesse e in gran parte condivisibili³¹), per contestare, per così dire, la “legittimità” o, quantomeno, l’opportunità di tale fenomeno si potrebbe addurre che «il nodo da sciogliere, come sempre, è il seguente: fino a che punto l’autonomia privata può validamente sottrarre un rapporto alla disciplina, per così dire, naturale cui conducono gli elementi soggettivi e oggettivi della fattispecie?»³².

con riguardo alle obbligazioni del *trustee* nella gestione dei beni in *trust*. Sul punto cfr. anche Corte di Giustizia CE, *Webb v. Webb*, 17 maggio 1994, Causa C-294/92, Racc. (*European Court Reports*) p. I-01717, che, tra le altre cose, ha riconosciuto il carattere obbligatorio/personale delle pretese dei beneficiari nei confronti del *trustee*. Nel caso concreto la Corte, chiamata a pronunciarsi pregiudizialmente su l’interpretazione dell’art. 16 (1) della Convenzione di Bruxelles del 1968 e sulla competenza esclusiva del giudice del paese in cui il bene immobile si trova da essa stabilita per le cause concernenti diritti reali, ha negato che la pretesa del padre verso il figlio volta ad ottenere una «declaration that the son held the property as trustee and for an order that the son should execute such documents as should be required to vest legal ownership of the property in the father» fosse un’azione reale, inerente al bene immobile e che presupponeva la titolarità di un diritto reale sul bene immobile, e ciò perché «the father does not claim that he already enjoys rights directly relating to the property which are enforceable against the whole world, but seeks only to assert rights as against the son. Consequently, his action is not an action in rem within the meaning of Article 16(1) of the Convention but an action in personam»: v. sul punto M. LUPOLI, *Trusts*², cit., p. 305; S. MAZZAMUTO, *Il trust*, cit., pp. 622, 640 e *infra* Cap. II, par. 5, Cap. III, par. 1, 3.

³¹ In Europa, mediante lo strumento della concorrenza tra ordinamenti si può, di fatto, rendere dispositivo il diritto imperativo statale: in tal senso A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007, pp. 76 e anche 27-31, che inserisce il proprio discorso nel più ampio quadro di una valutazione critica del diritto comunitario e delle politiche comunitarie, volte, nella maggior parte dei casi a creare e preservare un «ordine, ordoliberal, adatto alla “nuova gerarchia del potere”». V. anche nota seguente.

³² Così S. MAZZAMUTO, *Il trust*, cit., p. 627; si veda anche F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, p. 95, là dove afferma che due contraenti italiani che concludono un contratto destinato ad essere eseguito in Italia (e dunque un contratto privo di

Ed anche ove si andasse oltre tale (cruciale) questione, resterebbe da chiedersi (anche) se il fenomeno dello *shopping*, che si manifesta, in genere, con riferimento ad istituti operanti esclusivamente in ambito economico-commerciale, possa riguardare con identiche modalità istituti che, come il *trust*, sono (quantomeno di frequente) di rilevanza, più propriamente, civilistica, spesso utilizzati per attuare interessi liberali, successori, di assistenza di soggetti deboli, di trasmissione della ricchezza familiare, di gestione delle pretese creditorie, vale a dire coinvolti con il funzionamento di complessi di regole fondate su *rationes* diverse e, spesso, inconciliabili con quelle che ispirano (pur) analoghi istituti di *common law*.

Con riferimento a questa tipologia di istituti non sembra possibile scegliere una disciplina straniera, considerandola *sic et simpliciter* applicabile nel nostro ordinamento. Di questo è consapevole anche il ceto nota-

criteri di collegamento con altri Stati), non possono sottrarre il contratto all'applicazione della legge italiana. Sul punto anche Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2009, cit., p. 577: «[...] nel sistema internazionalprivatistico non è possibile concedere alle parti l'opportunità di scegliere una legge regolatrice diversa da quella a cui tutti gli elementi della fattispecie fanno riferimento. Una simile scelta non può non ritenersi invalida nella misura in cui miri ad impedire l'applicazione di norme imperative della *lex fori*». Per un'ampia e approfondita riflessione sul potere di scelta della legge applicabile in chiave civilistica si veda F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, in part. pp. 169-184, là dove l'a. pone bene in risalto la natura negoziale dell'atto di scelta della legge applicabile e dunque la sua riconducibilità all'esercizio dell'autonomia privata *tout court* con la conseguente qualificazione dell'interesse alla scelta della legge applicabile come interesse privato (e non come interesse dell'ordinamento alla risoluzione di un conflitto di leggi), libero di manifestarsi solo entro i limiti, sia di meritevolezza sia di liceità, presenti nella legge del foro. Cfr. sulla questione del rapporto tra spazio, luogo e diritto e sulle relazioni tra diritto, economia e politica nell'ottica concorrenziale v. anche N. IRTI, *Norma e luoghi*. Problemi di geo-diritto, Roma-Bari, 2001, pp. 3, 82 s.: «Il diritto ha bisogno del 'dove' [...] di un dove preciso e determinato». Preziose anche le riflessioni svolte, nell'ambito del ciclo di lezioni magistrali su «La concorrenza tra gli ordinamenti», tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, da F. VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, 2008, in part. pp. 15-25, che pur rifacendosi ad Irti e condividendone la linea, accentua il ruolo della politica (rispetto a quello dell'economia) nella determinazione del diritto possibile.

rile. Non a caso, infatti, in una delle ultime pubblicazioni ufficiali del Consiglio Nazionale del Notariato si legge che: «non sono mancati naturalmente interventi sull'esigenza di rispetto, da parte del *trust* interno, delle norme imperative del foro ma l'impressione è che in tale contesto vi siano ancora molte questioni da affrontare o, comunque, da approfondire, anche perché il numero crescente delle decisioni favorevoli all'ammissibilità del *trust* interno e il diffondersi di veri e propri formulari hanno causato tra gli operatori del diritto una vera e propria corsa al *trust*, la quale non sempre appare improntata a quei criteri di avvedutezza e prudenza cui dovrebbe attenersi l'attività professionale»³³.

Tali affermazioni dimostrano come nel notariato o, almeno, in una parte di esso, ci si è accorti della difficoltà di redigere un atto di *trust* che, in primo luogo, possa considerarsi "riconoscibile" dal giudice italiano in quanto rispettoso del disposto dell'art. 15 della Convenzione e che, in secondo luogo, – aggiungiamo – possa effettivamente assicurare alle parti la realizzabilità dei loro interessi in ragione delle considerazioni sopra svolte (e che si andranno svolgendo) sul ruolo del giudice di *civil law*.

La redazione di un *trust* sottoposto ad una legge regolatrice straniera implica indubbiamente un'attenta disamina delle clausole da inserire nell'atto costitutivo. Tali clausole sono redatte sulla scorta della legge regolatrice straniera e, perciò, richiedono – ed è sempre il formante professionale (notaio e avvocato) ad evidenziarlo molto chiaramente – un approfondito esame «onde tentare di munirle (nella sostanziale assenza per la gran parte di esse – ad oggi – di contributi dottrinali in materia) di un qualche fondamento di diritto positivo»³⁴.

³³ Così S. BARTOLI, D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, in S. Bartoli, M. Graziadei, D. Muritano, L.F. Rizzo, *I trust interni e le loro clausole*, cit., p. 91; cfr. anche S. BARTOLI, *Trust interno e liberalità non donativa*, Atti del Convegno *Liberalità non donative e attività notarile*, Napoli 13 ottobre 2007, *IlSole24ore*, 2008, p. 60: «[...] Ben più trascurato risulta invece il tema del rispetto da parte di un *trust* interno delle norme imperative del foro, tema la cui disamina è palesemente imposta dall'art. 15, co. 1, della Convenzione de L'Aja».

³⁴ S. BARTOLI, D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, in S. Bartoli, M. Graziadei, D. Muritano, L.F. Rizzo, *I trust interni e le loro clausole*, cit., 93.

Ciò equivale a dire che è necessario verificare la *compatibilità* del contenuto dell'atto istitutivo di *trust* interno con le norme imperative dell'ordinamento italiano in cui il *trust* medesimo si costituisce ed esplica i propri effetti (indipendentemente dalla scelta del foro competente: v. *supra*).

Se l'affermarsi di tale prospettiva, può considerarsi il primo passo verso una chiarificazione dei tratti distintivi della disciplina del *trust* interno e, conseguentemente, verso il definitivo abbandono di "complessificanti" o, quantomeno, devianti approcci alla questione della cosiddetta ammissibilità del medesimo in base dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja³⁵, non può evitarsi di compiere anche un secondo – e decisivo –

³⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *La proprietà, Diritto civile VI*, Milano, 1999, p. 202: «che il *trust* posto in essere in Italia da cittadini italiani sia regolabile da una legge straniera, può anche ammettersi, salvi i limiti inderogabili posti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume». Ammettere il *trust* interno significa anche superare le obiezioni incentrate sulla possibile scomparsa di elementi di internazionalità per fattispecie di *trust* che ne siano dotate all'origine (e viceversa: la comparazione di tali elementi per fattispecie di *trust* che ne siano sprovviste all'origine). Che l'art. 13 non costituisca un reale ostacolo all'ammissibilità del cosiddetto *trust* interno – quale *trust* privo di elementi di internazionalità e sottoposto a legge straniera – è chiarito bene dalla dottrina internazionalprivatistica: per un'attenta disamina della questione cfr. G. CONTALDI, *Il trust nell'ordinamento internazionale privato*, Milano, 2001, pp. 123-169; v. anche B. UBERTAZZI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano e spagnolo*, in *TAF*, 2006, p. 534. Si veda S.M. CARBONE, *Trust interno e legge straniera*, in M. Dogliotti e A. Braun (a cura di), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, p. 28: la stessa previsione dell'art. 13 relativa alla facoltà concessa agli Stati di escludere il riconoscimento degli effetti dei c.d. *trusts* interni, sta proprio a significare che, almeno, in linea di principio, i *trust* interni sono compresi nell'ambito di applicazione della disciplina di cui alla Convenzione de L'Aja. Sempre S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust ecc.*, cit., pp. 778, 781, 783, ribadisce che è ormai consolidato in tutte le convenzioni uniformi di diritto internazionale privato il principio secondo cui la scelta della legge applicabile è normalmente consentita a prescindere dalla c.d. internazionalità del rapporto. L'a. adduce l'esempio dell'art. 3, co. 3, della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali e precisa, altresì, che dai lavori preparatori emerge chiaramente la volontà degli Stati contraenti di dare spazio addirittura al cosiddetto *dépeçage* volontario – v. *supra* nota 20 – al fine di consentire differenti scelte di leggi applicabili in funzione di specifiche caratteristiche di alcuni elementi del

passo che chiarisca le modalità di svolgimento della suddetta *valutazione*

trust suscettibili di essere isolati. L'a. afferma, inoltre, che, in ogni caso, la *ratio* dell'art. 13 Convenzione de L'Aja si fonda sulla volontà degli Stati stipulanti di impedire il riconoscimento soltanto di quei *trust* in riferimento ai quali la scelta della legge straniera risulta, da un'analisi attenta delle circostanze concrete, essere solo ed esclusivamente il frutto di un intento fraudolento dei soggetti coinvolti nell'operazione costitutiva e dunque priva di qualsiasi legittima giustificazione in quanto risultato di un abuso della regola normativa che permette la scelta della legge applicabile. Sulla stessa posizione "intermedia" si colloca anche A. MALATESTA, *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, cit., p. 7, il quale non manca di rilevare come il *favor* della nostra giurisprudenza per i *trust* interni non possa far considerare chiusa la questione sulla loro ammissibilità dato che in ambito giudiziario non mancano eccezioni di rilievo ed, inoltre, le esposizioni dottrinali pur dotte e raffinate non riescono a convincere definitivamente in un senso o nell'altro. Per queste ragioni l'a. opta per la soluzione intermedia che esclude l'ammissibilità caso per caso ove si accerti che la scelta della legge straniera si rilevi abusiva in quanto volta ad eludere i principi generali dell'ordinamento come la buona fede e la tutela di legittimi interessi (in linea e nel senso della non riconoscibilità del *trust* con conseguente mancanza di legittimazione attiva della parte resistente in qualità di *trustee* di recente le due ordinanze del Trib. Milano, Sez. VIII civ., del 16 giugno 2009 e del 17 luglio 2009, cit. *supra* nota 27; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, I, p. 469). Da parte sua R. LUZZATTO, «Legge applicabile» e «riconoscimento» di trusts ecc., cit., pp. 19-20: l'art. 13 non dà in alcun modo rilievo alle note di effettiva internazionalità di un *trust*, imponendo gli stessi obblighi agli Stati contraenti sia in presenza di trusts veramente internazionali sia di fronte a trusts puramente interni ma in quest'ultimo caso attribuisce a(i giudici de)gli Stati contraenti il potere di rifiutare di darvi effetto, qualora il diritto dello Stato al quale conducono gli *elementi più significativi* non conosce l'istituto del *trust* (o la particolare categoria di *trust* di cui si tratta). In questi casi l'eventuale disapplicazione delle disposizioni convenzionali da parte dei giudici non produce una responsabilità internazionale dello Stato cui essi appartengono e comunque – sottolinea l'a. – la discrezionalità consentita dalla Convenzione fa sì che il riconoscimento del *trust* interno potrà essere ragionevolmente negato soltanto in mancanza di qualsiasi ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto che compete al giudice di valutare. Cfr. anche M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione, "trusts" e istituti civilistici*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3393, il quale afferma che gli Stati per il solo fatto di aver firmato [meglio dire ratificato *n.d.r.*] la Convenzione ed essersi dunque obbligati a riconoscere i trusts ricadenti nelle previsioni convenzionali, hanno dimostrato di considerare l'istituto del *trust* non incompatibile con i rispettivi ordinamenti interni. Sul punto *infra* Cap. II.

di compatibilità, volta a prevenire possibili conflitti e a garantire una ragionevole stabilità³⁶ dell'atto costitutivo di *trust* interno.

In altri termini, una volta ammessa la configurabilità del *trust* interno, il problema si incentra, più precisamente (e più “drammaticamente”), sull'individuazione della sua *disciplina* dato che, ai fini della sopra menzionata “valutazione di compatibilità” spettante all'operatore nella fase di redazione dell'atto istitutivo di *trust*, non è in alcun modo sufficiente né il riferimento esclusivo ai *testi normativi* contenenti una disciplina *ad hoc* sul *trust* ed operanti nei vari ordinamenti, classificabili generalmente, come ordinamenti di *common law*³⁷ né – tanto meno! – il rife-

³⁶ Che questi due obiettivi rientrino primariamente tra i compiti della classe notarile non pare possa mettersi in dubbio. Parlando di stabilità dell'atto si vuole fare riferimento non solo all'opportunità di strutturare il medesimo in modo tale da evitare l'insorgenza di conflitti in relazione ad esso ma anche all'opportunità di prevedere ragionevolmente, in caso di insorgenza di conflitti, chi sarà il giudice competente a pronunciarsi ed in quali termini: sul tema v. *infra* par. 4, 5. Cfr. il contributo del notaio B. FRANCESCHINI, *Ruolo e responsabilità del notaio*, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007, p. 97: «La funzione notarile [...] è tesa a creare certezza nell'assetto, nella titolarità e nella circolazione dei diritti». V. anche il già citato studio CNN, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, approvato il 10 febbraio 2006, par. 7 sul ruolo e la responsabilità del notaio.

³⁷ Dato questo su cui appare opportuno riflettere in quanto la stesura della Convenzione de L'Aja ha avvantaggiato soprattutto Inghilterra e Stati Uniti (i quali ultimi, pur essendo tra i firmatari, non hanno ancora provveduto alla ratifica!) o, comunque, paesi di *common law*, anche non aderenti alla Convenzione, sortendo così un effetto opposto a quello avuto di mira da paesi che, come l'Italia, hanno aderito nella convinzione di evitare così una dispersione di capitali. L'adesione dell'Italia è stata, infatti, certamente dettata dalla volontà di non rimanere tagliata fuori da un certo tipo di circolazione di capitali mobiliari e immobiliari. A ben vedere, però, la diffusione della figura del *trust* interno disattende completamente queste aspettative. Se, infatti, la legge applicabile al *trust* e ai vari profili della sua esistenza è quella di un paese che già lo ammette e lo riconosce, è ragionevole attendersi che quel paese determini l'effettivo richiamo di ricchezza internazionale e, più in generale, sono proprio i paesi nei quali il *trust* è riconosciuto e disciplinato, a risentire positivamente del riconoscimento del medesimo da parte di paesi come l'Italia. La Francia, non a caso, ha firmato la Convenzione ma ha scelto di non ratificarla, costruendo

rimento al cosiddetto *trust* convenzionale o, ancora, a quello internazionale³⁸.

3. Segue. *Le difficoltà di identificazione della disciplina del trust interno ed i rischi di instabilità dell'atto*

Gli ordinamenti di *common law* sono caratterizzati dalla presenza, nella gerarchia delle fonti del diritto, della giurisprudenza. Sono ordinamenti di *case law* in cui i principi generali di una materia, di un istituto si deducono anche o, meglio, soprattutto dai *cases* o, più esattamente, dai *leading cases*³⁹.

invece una *fiducie* tutta propria, mostrandosi con ciò consapevole del fatto che solo l'autonomia della legislazione rende possibile la non uscita dei capitali finanziari, consentendo, altresì, di richiamare capitali stranieri: cfr. sul punto S. MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo*, cit., pp. 835-837.

³⁸ Lucidamente in tal senso R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., pp. 220-221, dove scrive che «se non c'è un modello britannico (ma semmai una tipologia) né un modello convenzionale (semmai un «non-modello», come dire, una sorta di struttura monca), la difficoltà vera si incontra quando si cerchi di inquadrare in categorie precostituite il trust *internazionale*. Al riguardo tentativo di parlare di modello diventa semplicemente *avventuroso* [corsivo nostro]».

³⁹ «The most important published case in a particular area of law is called the leading case. Such important cases are used as guidance by lawyers and judges who face similar issues later» («Lectric Law Library's Lexicon On»: <http://www.lectlaw.com/def/1059.htm>). Questa definizione – qui riportata per la sua semplicità – oltre a rendere l'idea dell'importante funzione orientante del precedente nei sistemi di *common law*, evidenzia come non tutti i precedenti svolgano la medesima funzione ma solo quelli *leading*. L'individuazione di questo genere di precedenti nonché la ricostruzione della storia del caso è un'operazione complessa che si affianca all'attività generale di reperimento dei precedenti (mediante la consultazione di banche dati specifiche come *Lexis Nexis*). Essa viene insegnata con appositi corsi nelle facoltà di legge delle università inglesi ed, in particolare, nelle *Law Schools* americane dove il sistema giudiziario è alquanto articolato in ragione della struttura statale federale. Per l'apprendimento della tecnica di rinvenimento del *leading case* è necessaria, altresì, la conoscenza dei metodi di citazione dei precedenti, utilizzati negli ambienti di *common law* ed accreditati sul piano internazionale al fine di di-

L'operatore del diritto italiano ed, in particolare, un notaio italiano non può dunque limitarsi a prendere in considerazione, ad esempio, il *Trustee Act* (come modificato dal 1925 ad oggi), in vigore in Inghilterra ovvero la *Jersey Trust Law* (come modificata dal 1984 ad oggi) in vigore a Jersey, al fine di individuare le regole del *trust* e dunque le clausole degli atti di *trust* nonché – soprattutto – gli effetti che esse esplicano nei sistemi giuridici di riferimento. Per capire, infatti, se una clausola sia o meno compatibile con l'ordinamento italiano ciò che conta valutare è la tipologia di effetti che ne deriva e il modo in cui questi sono stati gestiti, in caso di conflitti, dai giudici degli ordinamenti di appartenenza⁴⁰.

In sintesi, non appare del tutto inverosimile sostenere che un notaio italiano il quale si accinga a redigere un atto istitutivo di *trust* interno accogliendo l'indicazione del disponente sulla scelta della legge inglese ovvero di Jersey come legge regolatrice del *trust*, dovrebbe essere a conoscenza non solo degli atti legislativi inglesi ovvero di Jersey sul *trust* ma

stinguere tra *leading cases*, *cases* che seguono il caso *leading* e *cases* che se ne discostano, e che si pongono, quindi, a loro volta, come precedenti con funzione orientante (es.: *overruled, dismissed, considered, reversed cases*). In una ricerca giuridica il cosiddetto *citor* è un indice di citazione di *legal resources*. Il più conosciuto è negli Stati Uniti lo *Shepard's Citations*. Mediante l'uso (*shepardizing*) di questo *citor* è possibile, partendo da una decisione giudiziaria, trovare documenti più recenti che la citano ed inoltre ricostruire la storia giudiziaria del caso e/o di un provvedimento legislativo. Analoghe funzioni svolge in Inghilterra il *Digest*. Per uno squarcio sulla complessità delle ricerche delle fonti in Inghilterra si rinvia a J. KNOWLES, P.A. THOMAS, *Effective Legal Research*, London, 2006; per le fonti negli USA si rinvia a M.L. COHEN, K.C. OLSON, *Legal Research in a nutshell*, 9th ed., St. Paul-Minnesota, 2007.

⁴⁰ Gli operatori professionali si mostrano consapevoli della problematica sollevata nel testo: cfr. G. LEPORE, *Trust nel modello inglese e nel modello internazionale*, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust ecc.*, I, cit., p. 19, il quale, dopo aver elencato le principali leggi inglesi in materia di *trust*, scrive: «Nonostante tutte queste leggi la sostanza del diritto dei *trusts* si trova ancor oggi nella giurisprudenza», salvo, poi, tralasciare di accettarne le conseguenze che logicamente derivano da questa sua affermazione e su cui v. *infra* nel testo. Sul punto si vedano anche i recenti contributi del notaio cfr. B. FRANCESCHINI, *Ruolo e responsabilità del notaio*, cit., pp. 95-99; dell'avvocato M. MONEGAT, *L'approccio dei professionisti al trust*, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, II, Torino, 2008, pp. 3-13.

anche delle soluzioni giurisprudenziali adottate dalle corti locali, vale a dire dei rimedi da queste concessi in caso di conflitti sorti in merito all'applicazione di una clausola che pure, in astratto, possa considerarsi compatibile con il diritto italiano perché autorizzata dai testi legislativi stranieri prescelti. È indubbio, infatti, che nelle medesime circostanze previste dalla legge straniera applicabile, il giudice italiano (designato in atto quale giudice competente in caso di conflitto: v. *infra*) dovrebbe poter esercitare tutti i poteri e concedere tutti i rimedi previsti dalla medesima legge straniera così come applicata nello Stato di provenienza. L'applicazione della legge straniera in un processo italiano pone, infatti, un ulteriore grosso problema oltre a quello, già rilevato, della conoscenza da parte del giudice del diritto straniero: la possibilità di chiedere al giudice italiano gli stessi *rimedi* e gli stessi *interventi* invocabili davanti al giudice dell'ordinamento la cui legge regola il merito della controversia⁴¹.

⁴¹ Focalizza bene il punto M.A. LUPOLI, *Profili processuali del trust*, in *TAF*, 2009, pp. 164-166 v. anche *infra* nel testo e nota 60. A fini esplicativi di quanto si va dicendo nel testo può menzionarsi la pronuncia della Royal Court [Gran Bretagna] Jersey, 12 dicembre 2006, in *TAF*, 2007, p. 442, secondo cui i negozi per mezzo dei quali un *trustee*, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, trasferisce beni a un secondo *trust*, da lui stesso istituito, ma radicalmente nullo, sono annullabili in conseguenza dell'errato convincimento del *trustee* circa la validità del secondo *trust*. È palese che una tale regola sull'annullabilità dei trasferimenti dal *trustee* ad un altro *trust*, difficilmente potrebbe trovare asilo nel nostro ordinamento in cui l'annullabilità è una sanzione fondata su specifici presupposti, primo fra tutti quella della bilateralità dell'atto posto in essere, cioè della presenza di due parti. I vizi della volontà dell'una rilevano giuridicamente solo se c'è l'altra anche perché – normalmente – sono dall'altra prodotti ovvero riconoscibili. Se dunque un notaio italiano introducesse nell'atto costitutivo di *trust* interno la clausola che consente al *trustee* di costituire un altro *trust* e di trasferirvi i beni, dovrebbe sapere che in caso di nullità del nuovo *trust* di cui il *trustee* non fosse a conoscenza, l'ordinamento straniero prevede una sanzione di annullabilità degli atti di trasferimento diversa ed ulteriore rispetto alle ipotesi di annullabilità previste nell'ordinamento italiano. Questo dato induce, probabilmente, a considerare la clausola suddetta come *incompatibile*. Al contrario, la mancata considerazione di questo dato porta ad una conclusione diversa S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole nei trusts interni*, cit., pp. 64-65, i quali nell'analisi di tale clausola (*power of resettlement*)

Più in generale e più esattamente i notai italiani dovrebbero cono-

ment) fanno prevalentemente riferimento alla dottrina italiana, in particolare a Lupoi, e non esaminano la configurazione giurisprudenziale della clausola suddetta nell'ordinamento di origine (su questa clausola vedi anche quanto detto *infra* Cap. II, nota 29). Significativo è, poi, l'esempio contenuto nella pronuncia della Court of Appeal [Gran Bretagna], 19 marzo 1997, in *TAF*, 2007, p. 608, secondo cui una clausola che limiti la responsabilità del *trustee* ai soli casi di *actual fraud* può sollevare il *trustee* da responsabilità per le perdite e i danni patiti dai beni in *trust*, non importa quanto indolente, imprudente, poco diligente, negligente o caparbio egli sia stato nell'amministrazione del *trust*, purché non abbia agito in modo disonesto. Appare evidente che un notaio italiano debba essere a conoscenza del fatto che la clausola di limitazione della responsabilità del *trustee* ai soli casi di *actual fraud* viene interpretata nel senso suddetto dalla giurisprudenza inglese. Si vede come la clausola, così interpretata, sia decisamente *non compatibile* con le norme che regolano la responsabilità da inadempimento nel nostro sistema in cui è fatto divieto di esonero da responsabilità non solo per dolo ma anche per colpa grave ovvero per contrarietà a norme di ordine pubblico (art. 1229 c.c.). Sarebbe dunque molto facile per il giudice italiano ritenere nulla la clausola che limita la responsabilità del *trustee* solo ai casi di *actual fraud* che pure risulta valida ed ammessa nel diritto inglese. Ma l'*incompatibilità* può essere già presente nel testo della legge che si designa come legge regolatrice e, quindi, nell'interpretazione che alla medesima fornisce la giurisprudenza. Si veda, infatti, la Court of Appeal [Commonwealth] Cayman Islands, 17 luglio 2006, in *TAF*, 2007, p. 590, là dove statuisce che il termine di prescrizione (6 anni) dell'azione nei confronti del *trustee* per *breach of trust* previsto dalla Sect. 27(3) della *Limitation law (1996 Revision)* non trova applicazione nel caso di azione proposta da beneficiari discrezionali, dovendo tale periodo iniziare a decorrere dal momento in cui il beneficiario che intende agire abbia maturato un *interest in possession* sui beni in *trust*. In tal caso la sottoposizione del *trust* interno discrezionale alla legge sul *trust* delle *Cayman Islands*, e in particolare al *Limitation Act*, nella versione del 1996, significa ammettere l'introduzione nel sistema italiano di un termine di prescrizione per l'azione nascente dall'inadempimento dell'obbligazione diverso da quello decennale (art. 2946 c.c.). Infine può rilevarsi l'incompatibilità con il sistema italiano della stessa regola giurisprudenziale in sè considerata: cfr. State Jurisdictions [Usa] Massachusetts, 23 marzo 2001, in *TAF*, 2002, p. 620: il giudice ha il potere di modificare le disposizioni dell'atto istitutivo di un *trust* qualora risulti che la volontà del disponente non sia stata correttamente attuata dal legale che ha redatto l'atto così che ne risultino conseguenze fiscali che il disponente intendeva evitare. Si vede come una regola di tal genere non sia concepibile in un sistema come quello italiano dove, in linea di massima, al giudice non sono attribuiti poteri di modifica degli atti di autonomia privata, salvo casi eccezionali, espressamente previsti dal legislatore e che comunque si fondano, general-

scere⁴² non solo le norme della legge straniera (di fonte legislativa e giurisprudenziale) ma anche i criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo della medesima e tutto ciò per garantire, al momento della redazione dell'atto, un alto grado di prevedibilità sugli esiti di eventuali controversie generate a seguito dello svolgimento dei rapporti derivanti dall'atto medesimo.

A dire il vero, ci pare che nei formulari e, più in generale, nei testi, che si sono occupati di approntare modelli di atto istitutivo di *trust* interno, non solo *non* abbondano i riferimenti al *case law* inglese o di altro ordinamento dell'area di *common law*⁴³ né quelli ai criteri di interpretazio-

mente, su una ragione di riequilibrio delle posizioni delle parti, ragione assente nella sopra menzionata regola di *common law*. Anche qui significative le parole di M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., p. 166, là dove avverte che è necessario verificare la *compatibilità* [corsivo nostro] tra gli interventi “non contenziosi” del giudice previsti dalla legge applicabile al *trust* ed il numero chiuso dei nostri procedimenti di giurisdizione volontaria.

⁴² Cfr. art. 15 legge n. 218/1995, rubricato “Interpretazione e applicazione della legge straniera”, secondo cui: «la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo». Tale norma deve considerarsi rivolta a tutti gli operatori del diritto e non solo ai giudici.

⁴³ Solo di recente comincia a farsi strada tra i professionisti la consapevolezza dell'importanza dei precedenti stranieri nella materia del *trust*: si veda infatti il CD-rom allegato ai già citati due volumi sul *Trust* curati da M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS per i tipi della Giappichelli (2007-08), all'interno del quale si trovano diciotto pronunce inglesi, tre di Jersey, un paio di provvedimenti svizzeri e un provvedimento della Corte di Giustizia dell'UE. Si tratta, senza dubbio, di un segnale positivo con riguardo all'approccio metodologico dei ceti professionali che è stato finora ampiamente condizionato da testi dottrinali come quelli di M. Lupoi, che, pur dettagliatamente documentati, esprimono comunque (ed inevitabilmente) l'opinione e la ricostruzione degli istituti così come elaborata e concepita dall'autore. Va, però, detto che lo stesso M. Lupoi con la fondazione e la direzione, dal 2000, della rivista *Trust e attività fiduciarie* (una delle pochissime riviste giuridiche espressamente dedicate ad un unico istituto, come rileva anche L. DITTRICH, *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1193 nota 10) ha dato spazio alla giurisprudenza straniera che viene pubblicata e, a volte, anche commentata. Tuttavia, proprio utilizzando la rivista, permane un senso di “separatezza” tra la giurisprudenza straniera (e la legislazione straniera), da una parte, e la dottrina e la prassi italiana dei *trust* dall'altra; al contrario dovrebbe risultare una combinazione dei due elementi in ragione di quanto detto e si va dicendo nel testo.

ne e di applicazione del diritto inglese (che tra l'altro, si distinguono in criteri di *equity* e di *common law*), ma non abbondano neppure le citazioni di quei testi in lingua inglese concepiti da *common lawyers* per rendere il proprio sistema giuridico maggiormente accessibile ai *civil lawyers*⁴⁴. Tali riferimenti sarebbero, invece, sommamente utili – prima ancora della raccolta *Trust Laws of the world*⁴⁵ – per approntare una previsione sulla stabilità del *trust* interno in caso di conflitti insorgenti durante l'esplicazione del rapporto in quanto ci pare ragionevole affermare che *soltanto* la conoscenza del complesso dei «formanti» (in cui abbiamo incluso la *prassi*) di un ordinamento e del loro sinergico operare consente di porre in essere una *valutazione di compatibilità* – quantomeno – attendibile⁴⁶.

⁴⁴ Si pensi, ad esempio, per citare solo uno dei manuali più noti, al già menzionato *English private law*, edited by P. BIRKS, vol. I e II, Oxford, 2000 con l'appendice di aggiornamento. In particolare nel vol. I l'argomento del *trust* è trattato nella sezione di *Property law* dal *Brasenose College Oxford* Mr William Swadling. L'*incipit* (a p. 275 par. 4.225) è molto interessante in quanto così recita: «Rights, both personal and proprietary, may be held outright or under a trust», vale a dire *behind the curtain of a trust* che produce una «division between the bare title vested in the trustee – almost always the legal title to the thing in question – and the equitable interest in the beneficiary. Where a right is held outright, no equitable interest separate from the legal interest is said to exist». Cfr. sul tema anche la seconda edizione dell'*English Private Law*, edited by A. BURROWS, Oxford, 2007, p. 270 ss. par. 4.140 ss.: «Property rights, both real and personal, may be held in one of three ways: outright, on trust or as security for the performance of an obligation. [...] It is a difficult question whether trusts are properly seen as part of the law of property or as an aspect of the law of obligations. [...]»; utile, altresì, per un'informazione sullo stato della giurisprudenza e della dottrina inglesi in materia di *trust* la consultazione di D. J. HAYTON, C. MITCHELL, *Hayton & Marshall: Commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, 12^a ed., London, 2005; da non tralasciare il breve ma incisivo contributo di M. J. DE WAAL, *Trust law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* edited by J. M. Smits, Cheltenham (UK)- Northampton (MA, USA), 2006, p. 755 su cui *infra* Cap. II, nota 40.

⁴⁵ Si allude ai due volumi curati da M. LUPOI, *Trust laws of the world: a collection of original texts*, Roma, 2000, dove è contenuta un'ampia panoramica delle leggi che regolano il *trust* negli altri paesi. Utile per il reperimento delle legislazione straniera in materia di *trust* anche la consultazione del sito curato dall'a. citato: www.il-trust-in-Italia.it.

⁴⁶ Che al massimo si possa aspirare all'attendibilità e non ad altro lo conferma la

Ma anche a voler superare questo punto, vale a dire anche supponendo che le conoscenze suddette sussistano⁴⁷ e che dunque l'atto di *trust*

lettura degli autori che da tempo si occupano dei temi in esame. Si veda, ad esempio, l'avv. S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. ecc.*, cit., p. 1310, nota 162, là dove disente esplicitamente dal notaio G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 203, sull'interpretazione delle norme del *Trustee Act* (1925 e 2000) inglese relative al regime di responsabilità dei beni destinati rispetto alle obbligazioni insorte. Per Bartoli «è noto che, secondo il diritto inglese, il *trustee* risponde delle obbligazioni inerenti al *trust* anche con il proprio patrimonio personale, abbia egli o meno palesato al terzo la propria qualità di *trustee*». Ma tale affermazione è fondata dall'a. non solo sul *Trustee Act*, vale a dire sull'atto normativo, bensì sul precedente *Watling v. Lewis* [1911], 1 Ch. 414 at 424. Tale precedente non è invece menzionato da Petrelli che cita nella nota 101 del suo scritto un autore italiano per sostenere l'affermazione secondo cui la responsabilità illimitata del *trustee* sorge soltanto quando questi abbia contratto con un terzo senza far risultare la sua qualità di *trustee* ovvero nel caso di *breach of trust*. All'evidente contrasto tra gli autori citati si aggiungono i conflitti interpretativi tra notai e/o tra avvocati sulla configurazione dei modelli nazionali ma soprattutto del modello internazionale di *trust* cui è facile assistere in occasione di convegni, corsi o incontri di studio sul *trust*, in particolare si allude al contrasto di opinioni tra i notai Eliana Morandi e Andrea Vicari sui tratti distintivi e sulle modalità operative dei *trusts* internazionali, emerso chiaramente durante il Corso di alta formazione sul *trust*, organizzato da B. Ubertazzi, Feltre-Castel Brando, 13-15 marzo 2008 (<http://coursecommunity.iulm.it/>). Tali conflitti attestano esemplarmente – ci sembra – la difficoltà oggettiva che incontra il giurista italiano nell'individuazione ed interpretazione degli istituti e delle regole di diritto straniero e dunque nella ricostruzione di una figura di *trust* che sia quella effettivamente corrispondente all'ordinamento la cui legge si è scelta quale legge regolatrice. Quanto fin qui detto vale per il diritto inglese come per tutti gli altri sistemi giuridici (anche molto diversi da quello inglese) ascrivibili all'area di *common law* le cui leggi sul *trust* vengono di frequente scelte quali leggi regolatrici (e, comunque, varrebbe anche per sistemi giuridici di *civil law*, dotati di legge specifica sul *trust*, nell'eventualità in cui tale legge fosse scelta quale legge regolatrice – cfr. *supra* nota 28 – dato che anche per questi sistemi il formante giurisprudenziale è comunque essenziale per un'effettiva comprensione del funzionamento degli istituti). Sul punto v. anche *infra* nota 48 e parr. 4, 5 in fine e Cap. II, par. 1.

⁴⁷ Pare opportuno a questo punto porre in luce come la sussistenza delle conoscenze indicate nel testo non possa dirsi effettiva là dove essa sia fondata sulle consulenze, *alias* "affidavit", svolte da studi legali di nazionalità italiana e, più di frequente, straniera o, comunque, da un soggetto *altro* rispetto a colui che va a redigere l'atto istitutivo e che interagisce direttamente con l'autore dell'atto medesimo. Anzi, non sembra più possibile

interno sia “ben fatto” dal notaio o, più in generale, dal professionista italiano perché attenta, corretta e completa è stata la sua “valutazione di compatibilità” tra la clausola ammessa nel sistema di *common law* e le norme imperative del sistema giuridico nazionale, rimane, comunque, l’incognita della *seconda valutazione* sopra individuata, cioè quella posta in essere dal *giudice adito in caso di conflitto* insorgente nell’esplicazione del rapporto di *trust* interno.

Come già accennato, infatti, per risolvere la controversia il giudice italiano (ma anche quello straniero: v. *infra* par. 4, 5) deve “vivisezionare” la fattispecie *trust* interno, individuando tutti gli aspetti e gli istituti coinvolti, ed ascriverli ad una materia piuttosto che ad un’altra e dunque ad un complesso disciplinare piuttosto che ad un altro (legge straniera regolatrice; legge del foro o legge terza – straniera – individuata dalla legge di conflitto del foro; norme e principi inderogabili dell’ordinamento con cui il *trust* risulta strettamente collegato in base alla Convenzione de L’Aja ovvero alle regole di conflitto del foro).

Non è possibile negare che tale operazione presenta alti margini di rischio con riguardo alla stabilità dell’atto e ciò in considerazione della scarsa familiarità del giudice di *civil law* non solo con la fattispecie di *trust* anglo-americano ma, più in generale, con i sistemi di *common law*, con la lingua in cui essi si esprimono⁴⁸, con l’apparato

tacere il fatto che proprio l’invalsa prassi di consulenze di tal genere ha contribuito alla diffusione di erronee convinzioni sulla stabilità dell’atto di *trust* interno, distogliendo l’attenzione dal problema connesso della responsabilità professionale dell’operatore che assiste la parte nella redazione dell’atto: cfr. sul punto *infra* par. 4 ultima parte e cfr., a prova di quanto si va dicendo, la recente ordinanza del Trib. Milano, Sez. VIII civ., 17 luglio 2009, cit. *supra* nota 27, che non solo qualifica come non compatibile con il nostro ordinamento ai sensi degli artt. 1 e 13 Convenzione de L’Aja e dunque non riconoscibile ex art. 11 Convenzione de L’Aja l’atto di *trust* liquidatorio posto in essere a dichiarazione di fallimento già avvenuta ma parla anche di *incompatibilità sopravvenuta* con conseguente scioglimento del *trust* liquidatorio istituito prima della dichiarazione di fallimento.

⁴⁸ Il ceto professionale, infatti, pur considerando eccellente supporto alla conoscenza delle leggi straniere sul *trust* la traduzione delle medesime svolte da professionisti (così M. MONEGAT, *L’approccio del professionista al trust*, cit., p. 10 e ivi nota 20) non manca

concettuale che utilizzano e, da ultimo, con il loro stesso funzionamento⁴⁹.

di rilevare come non esista operazione più delicata e complessa di quella relativa alla traduzione di testi *giuridici*, soprattutto se in lingua inglese, vale a dire appartenenti a sistemi di *common law* ovvero misti, dato che, in questi casi, manca (quasi del tutto) una corrispondenza concettuale tra i termini da tradurre e quelli tradotti. Solo un'effettiva e ampia conoscenza del sistema di appartenenza del testo normativo (o giurisprudenziale o dottrinale) da tradurre e dunque l'accesso diretto al testo e alla lingua sua propria può garantire un'utilizzazione attendibile del medesimo: chiarificatrici sul punto le parole di M. ROTONDI nella *Prefazione* a R. Franceschelli, *Il "trust" del diritto inglese*, Padova, 1935, XII: «[...] le trattazioni inglesi – preziose e indispensabili per la conoscenza dell'istituto – sono per il loro metodo difficilmente utilizzabili dai giuristi continentali. Eppure anche le nostre Corti hanno avuto occasione di doversi addentrare nell'esame di questo istituto ma non deve essere eccessivamente severo [...] il nostro giudizio anche di fronte a decisioni e ad affermazioni contenute nei motivi di esse, *viziate da sicuri e ben gravi travisamenti e da veri e propri equivoci nella stessa traduzione dei termini e dei concetti inglesi in lingua italiana* [corsivo nostro]: v., ad esempio, Cass. Napoli 29 marzo 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 1, c. 649».

⁴⁹ Si veda, ad esempio, la sentenza della *Court of appeal* [Gran Bretagna], 8 marzo 2005, in *TAF*, 2006, p. 613, secondo cui la figlia che si obblighi con il proprio padre a vendergli un immobile ma poi deduca senza successo l'*undue influence* del genitore nei propri confronti, è *trustee* dello stesso bene in favore del padre. Si tratta di una classica ipotesi di *resulting trust* che appare (o, meglio, è apparsa per lungo tempo anche se adesso si mette in discussione questo assunto: v. la presente nota in fine) inconcepibile nel nostro ordinamento; cosa di cui il ceto professionale sta assumendo consapevolezza: cfr. sempre S. BARTOLI, D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, cit., p. 212 s., là dove si chiedono se la Convenzione si applica ai *resulting trust*. La domanda stessa evidenza come non vi sia chiarezza sui tratti costitutivi del *resulting trust* su cui si rinvia a W. SWADLING, *Property Law*, in P. BIRKS (edited by), *English private law*, I, cit., p. 281, e alle brevi ma incisive osservazioni di R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., p. 217 nota 6, quando pone efficacemente in risalto l'inconciliabilità della «tipologia» *trust* di diritto anglo-americano con i sistemi continentali, proprio in ragione delle articolazioni del medesimo in *express trust*, da una parte, ed *implied trust* e *resulting trust*, d'altra. Queste due ultime configurazioni, essendo «effetto dell'operatività» dei sistemi giuridici anglo-americani «attraverso l'intervento legislativo o attraverso la creazione giudiziale», non possono trovare cittadinanza in sistemi giuridici continentali, fondati su presupposti categoriali irriducibilmente differenti (ma per una «svolta» in senso opposto cfr. la recente posizione di M. LUPOI espressa in *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 215, esaminata *infra* Cap. II, par. 2-5 e v. anche Cap. III, par. 4).

A riprova di quanto si va affermando basta leggere le sentenze italiane che spesso si citano (forse con non troppa accortezza) a sostegno dell'ammissibilità del *trust* interno⁵⁰. Si tratta, a ben vedere, di sentenze che non si cimentano affatto nella complessa operazione di *valutazione di compatibilità* poc'anzi menzionata, consistente in una scomposizione della fattispecie, nell'individuazione degli istituti coinvolti e nella conseguente ascrizione di essi ad uno o all'altro dei diversi binari disciplinari menzionati dalla Convenzione de L'Aja⁵¹.

⁵⁰ Cfr. l'elenco di provvedimenti giurisdizionali contenuto nella nota 4 dell'articolo di S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1297. Per una disamina più approfondita di vari precedenti giurisprudenziali v. *infra* nel testo e nelle note seguenti.

⁵¹ A dimostrazione di quanto si va affermando nel testo si prendano in esame il maggior numero delle pronunce dei giudici italiani sul *trust* degli ultimi dieci anni. Eccezion fatta per Trib. Velletri (v. *infra* nota seguente), e alcune pronunce dotate di peculiarità che saranno a breve analizzate e che si concentrano, principalmente, nel biennio 2007-2009 (esemplare: Trib. Trieste, decr., Ufficio del Giudice Tavolare, 19 settembre 2007, in *Notariato*, 2008, p. 251, in cui il giudice tavolare entra nel merito dell'atto di *trust* ed esercita la valutazione di *compatibilità* dell'atto avendo riguardo ai principi inderogabili e del diritto italiano e del diritto inglese prescelto quale legge regolatrice), l'esame complessivo di questi provvedimenti (molti dei quali emessi in sede di volontaria giurisdizione e privi di motivazione) conduce a suddividerli in quattro grandi categorie: 1. quelli che discettano sulla trascrivibilità del *trust* ai sensi dell'art. 12 Convenzione de L'Aja, senza però entrare nel merito della sua disciplina; 2. altri che discettano sulla riconoscibilità del *trust* interno ai sensi dell'art. 13 Convenzione de L'Aja, giungendo, in alcuni casi, a negarla espressamente (Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit; per il *trust* auto-dichiarato e/o auto-destinato cfr. Trib. S.M. Capua Vetere, 14 luglio 1999, in *Riv. dir. impresa*, 2000, p. 117 nonché di recente Trib. Grosseto, sez. dist. Orbetello, 15 luglio 2008, in *Notariato*, 2009, p. 40; Trib. Reggio Emilia, 6 ottobre 2008, in *TAF*, 2009, p. 35; *contra* Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, I, p. 469 e App. Napoli, 27 maggio 2004, in *TAF*, 2004, p. 570); 3. altri ancora che, facendo leva sull'art. 1322 c.c. considerano il *trust* interno una fattispecie di diritto italiano, regolata dal diritto italiano; 4. quelli che, pur riconoscendo ammissibile il *trust* interno ex art. 13 Convenzione de L'Aja ed il suo assoggettamento alle norme della legge straniera prescelta nonché la sua trascrivibilità, formulano, poi, in concreto, per la sua disciplina delle regole che possono considerarsi di diritto italiano. Così, ad esempio, di recente, Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in *TAF*, 2007, p. 266, secondo cui i beni vincolati

Anzi, in alcuni casi il giudice “fugge” da questo *impasse* determinato dalle difficoltà di conoscenza, prima, e di applicazione, poi, del diritto straniero ad un *trust* interno e preferisce dichiarare espressamente l’inammissibilità *tout court* del *trust* interno o, in alternativa, che il *trust* interno regolato da legge straniera non è compatibile con la Convenzione de L’Aja mentre potrebbe operare nell’ordinamento un *trust* quale contratto atipico di diritto italiano in forza dell’art. 1322 c.c.⁵².

in un *trust* non possono costituire oggetto di sequestro conservativo da parte dei creditori del disponente; Trib. Milano, 10 luglio 2007, in *TAF*, 2007, p. 579: un beneficiario è legittimato ad agire contro l’atto con il quale il disponente revoca il guardiano inizialmente nominato e nomina altro guardiano. In un caso interessante, poi, si fissano delle condizioni di ammissibilità come nel decreto del Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, cit., che risolve il problema della *compatibilità* del *trust* con l’ordinamento italiano affermando che la costituzione di *trust* non dà luogo ad un contratto ma solo ad un fatto giuridico di separazione patrimoniale a condizione che il disponente non si identifichi con il *trustee*. Andrebbe menzionata anche Cass. 13 giugno 2008, n. 16022, in *TAF*, 2008, p. 522 e in *Foro it.*, 2009, I, c. 1555: sul punto v. più ampiamente *infra* Cap. II, par. 1. Raggruppa in modo simile ma non identico le pronunce sui *trusts* interni A. REALI, *La giurisprudenza italiana in materia di trust* interni, in A. MOJA (a cura di), *Il trust nel diritto civile e tributario*, Santarcangelo di Romagna, 2007, pp. 101-152; acute riflessioni anche in L. NIVARRA, *Il trust e l’ordinamento italiano*, in *Mandato Fiducia e Trust. Esperienze a confronto* a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003, p. 28.

⁵² Questo ha fatto, in tempi relativamente recenti, Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 785 (con nota di S. Mazzamuto), affermando che la Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985 consente esclusivamente il riconoscimento dei *trust* aventi un connotato di internazionalità mentre ne restano esclusi i c.d. *trust* interni. Ciò non significa che il *trust* non possa albergare nell’ordinamento italiano in quanto il suo riconoscimento può avvenire *non* in forza della Convenzione bensì in forza dell’art. 1322 c.c. La norma citata, legittimando la piena operatività dell’autonomia negoziale, sarebbe idonea ad autorizzare la conclusione di negozi in cui il trasferimento di un diritto sia funzionalizzato al perseguimento di interessi meritevoli di tutela, al pari di quel che avviene per fattispecie tipizzate quali le fondazioni familiari e il fondo patrimoniale. Cfr. anche il commento di F. GALLUZZO, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 695. L’a. non manca di rilevare la peculiarità della pronuncia in relazione al momento della sua emanazione, di poco anteriore all’introduzione nel nostro ordinamento dell’art. 2645-ter c.c. La pronuncia del giudice laziale trova un suo importante precedente

La situazione appena descritta non cambia nella sostanza se nell'atto istitutivo di *trust* interno si immette una clausola che devolve la risoluzione dei conflitti ad un collegio arbitrale ovvero ad un arbitro che si identifichi con un giurista di *civil law*. Le problematiche legate alla *valutazione di compatibilità* e di scomposizione della fattispecie *trust interno*, di conoscenza e di applicazione del diritto straniero secondo i criteri suoi propri⁵³ sussisterebbero comunque⁵⁴. Del pari sussisterebbero per gli ar-

in due pronunce del Trib. S.M. Capua Vetere. In quella già citata del 14 luglio 1999, in *Riv. dir. impresa*, 2000, p. 117 (con nota di F. Pascucci) e in *TAF*, 2000, p. 251, si afferma espressamente che, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja, non sono riconoscibili i *trust* privi di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico italiano; non è quindi possibile iscrivere un *trust* «interno» nel registro delle imprese, d'altronde soggetto al regime della tipicità. Nell'altra pronuncia – più importante ai fini del discorso che si val svolgendo – del 5 marzo 1999, in *Riv. dir. inter. priv. proc.*, 1999, p. 1019, secondo cui ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja non sussiste l'obbligo di riconoscere in Italia un *trust* i cui elementi principali sono tutti localizzati in Italia ed estranei alla legge straniera scelta dal *settlor*; un simile *trust* deve essere considerato un *trust* meramente *interno e assoggettabile alle norme dell'ordinamento italiano* [c.vo nostro]: sul punto *infra* Cap. II.

⁵³ In forza dell'art. 14, co. 1, l. n. 218/1995 l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. Sull'interpretazione della norma si veda il contributo di P. BENVENUTI, *Il diritto internazionale privato*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano 2007, 158-159: « [...] il giudice italiano dovrà comportarsi come il giudice straniero se a lui invece spettasse esprimersi sulla questione secondo il proprio diritto: l'applicazione delle singole disposizioni della legge straniera dovrà realizzarsi alla luce dell'intero sistema normativo straniero, comprensivo della sua eventuale dimensione consuetudinaria nonché delle soluzioni giurisprudenziali in esso consolidate». Cfr. sull'uso delle sentenze straniere da parte del giudice italiano G. ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006, in part. pp. 33-51.

⁵⁴ Si tenga, infatti, presente che i Regolamenti arbitrali (cfr., ad esempio, quello della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano in vigore dal 1° gennaio 2004) includono, generalmente, prescrizioni sulle norme applicabili al merito delle controversie, prevedendo che: a) il Tribunale Arbitrale decida il merito della controversia *secondo diritto* se le parti non hanno espressamente previsto che decida secondo equità; b) il Tribunale Arbitrale decida secondo le norme scelte dalle parti ma che, in difetto di concorde indicazione, il Tribunale Arbitrale scelga le norme con cui il rapporto è più stret-

bitri difficoltà di gestione delle regole di conflitto del foro ed, in particolare, dei rinvii in esse contenute alla legge del foro ovvero a legge terza straniera⁵⁵.

A corollario delle osservazioni fin qui espresse deve, poi, ribadirsi quanto già rilevato⁵⁶, vale a dire che, in forza dell'art. 13 Convenzione de L'Aja, ai giudici degli Stati aderenti è conferito un potere discrezionale di *disconoscimento* del *trust* interno qualora esso, sebbene sottoposto a legge regolatrice straniera per volontà delle parti, presenti collegamenti più stretti (ai sensi dell'art. 7) con uno Stato che non prevede l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione.

In ragione di tale potere, espressamente riconosciuto dalla Convenzione, il giudice *italiano*, davanti al quale la controversia relativa al *trust* fosse instaurata (v. *infra* parr. 4, 5), potrebbe vanificare completamente quanto svolto dall'operatore (in particolare dal notaio) nella costruzione dell'atto istitutivo di *trust* interno, dichiarando che, essendo l'Italia – come viene generalmente affermato – un paese *non-trust*, la fattispecie concreta di *trust* su cui è insorto contenzioso, essendo collegata

tamente collegato. In altre parole: i problemi di individuazione della legge applicabile ai rapporti derivanti dal *trust* permangono intatti.

⁵⁵ Sulla pluralità dei criteri di collegamento, sul loro concorso alternativo o successivo, sul rinvio *indietro* e sul rinvio *oltre* contenuti nelle norme di diritto internazionale privato cfr. P. BENVENUTI, *Il diritto internazionale privato*, cit., pp. 149-153. Quanto detto nel testo sulle difficoltà di individuazione e di applicazione della legge straniera varrebbe comunque anche qualora la legge scelta dalle parti quale legge regolatrice fosse quella di un paese di *civil law* (su questa possibilità v. quanto detto *supra* nota 28). Anche in tal caso, infatti, si riproporrebbero ostacoli linguistici e concettuali del tutto simili a quelli che si presentano con riferimento agli ordinamenti di *common law*. Che tali difficoltà sussistano è attestato, altresì – ci sembra –, dalla formulazione ad opera di un gruppo di studiosi dei sopra citati *Principles of European Trust Law*, la cui prima edizione risale al 1999, ed i cui obiettivi, enunciati nell'introduzione, sono quelli di «provide certain default rules that parties may wish to put into their contracts [...] serve as guidelines to practitioners for interpreting trust-like contracts or institutions» ma anche di soccorrere le *jurisdictions* che intendano introdurre *the core ideas of the trust in the local law*.

⁵⁶ V. *supra* nota 30.

molto strettamente con l'ordinamento italiano, non può essere *riconosciuta*⁵⁷, e ciò indipendentemente dalla rilevata incompatibilità delle clausole contenute nel *trust* con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano.

Qualora, invece, l'impossibilità di procedere al riconoscimento del *trust* derivasse dalla rilevata incompatibilità del contenuto dell'atto istitutivo con disposizioni imperative dell'ordinamento italiano, allora la Convenzione prevede che il giudice possa cercare di realizzare gli obiettivi del *trust* con «altri mezzi giuridici» (art. 15, ult. co.). Tale previsione, alquanto ambigua e di ardua interpretazione, potrebbe conferire al giudice un vero e proprio potere di *riqualificazione della fattispecie* sottoposta alla sua attenzione, nel senso di un *re-inquadramento* della medesima nell'ambito di fattispecie già tipizzate e operanti nell'ordinamento nel quale il *trust* interno vorrebbe operare senza, tuttavia, riuscirci perché la sua configurazione è in contrasto con norme imperative e principi inderogabili. Al giudice verrebbe, dunque, attribuito il potere di *re-inquadrare* il *trust* in fattispecie proprie dell'ordinamento con cui esso risulta più strettamente collegato. Ma, a ben vedere, un potere siffatto vanificherebbe, in concreto, anche il lavoro più meticoloso posto in essere dal notaio, e più in generale, dall'operatore professionale nell'accogliere e tradurre la volontà delle parti in una fattispecie di *trust* interno⁵⁸.

⁵⁷ Così chiaramente Cfr. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit.: posto che la Convenzione de L'Aja regola conflitti di legge e non ha assunto il carattere di convenzione di diritto sostanziale uniforme, il *trust* è riconosciuto nel nostro ordinamento nei limiti dettati dall'art. 13 della stessa e cioè solo quando si tratta di un *trust* costituito in uno stato che conosca e disciplini il tipo di *trust* in questione; ne consegue che il c.d. *trust* interno non trova riconoscimento in Italia e, per tale ragione, non può essere fatto oggetto di pubblicità (tavolare *n.d.r.*). Si veda anche quanto già detto *supra* nota 35.

⁵⁸ Cfr. Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, anche in *TAF*, 2004, p. 74: «[...] l'art. 2 della Convenzione de L'Aja richiede che sussistano almeno due soggetti per l'istituzione di un *trust*: il disponente e il *trustee*; non può quindi essere riconosciuto un *trust* nel quale i due soggetti coincidano, oltretutto mancando ragioni per ricorrere al *trust* quando, come nella specie, il disponente intende perseguire uno *scopo tipico del fondo patrimoniale di diritto italiano* [corsivo nostro]». Questa pronuncia, oltre a far rilevare come il margine di operati-

Fermo restando, quindi, che al giudice spetta sempre l'ultima parola sulla riconoscibilità o meno della fattispecie concreta di *trust* interno (indipendentemente dalla valutazione di compatibilità posta in essere dal professionista), cosa che – come è facilmente immaginabile – rende di per sé altamente *instabile* l'atto istitutivo, ciò che conta sottolineare con chiarezza è che il rischio di *instabilità* dell'atto rimarrebbe anche nell'ipotesi in cui il giudice riconoscesse la fattispecie concreta di *trust* interno, provvedendo, però, nel contempo, ad espungere dall'atto istitutivo una serie di clausole valutate *incompatibili* con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano. Anche in questo caso, infatti, la fattispecie, se non *riqualificata*, verrebbe comunque modificata al di là e senza la volontà dei soggetti in essa coinvolti ed, in particolare, del disponente.

Questa conclusione ne porta con sé, inevitabilmente, un'altra relativa alla *prima* delle valutazioni imposte all'operatore, indicata ad apertura della presente indagine⁵⁹ e consistente nell'accertamento sulla *compatibilità* tra il *trust* interno e i requisiti di validità del *trust* previsti dalla legge straniera scelta come legge regolatrice ai sensi dell'art. II, co. I, Convenzione de L'Aja.

Per comprendere appieno fin dove può condurre tale *accertamento*

vità del giudice nell'attività di interpretazione della nozione di *trust* emergente dal testo convenzionale sia piuttosto ampio, attesta, altresì, la possibilità per il giudice medesimo di *riqualificare* la fattispecie concreta. Non ci sembra, quindi, corretta l'impostazione di alcuni rappresentanti del ceto forense che come I. VALAS, *La Convenzione de L'Aja ecc.*, in M. MONEGAT, G. LEPORÉ, I. VALAS (a cura di), *Trust*, I, cit., p. 69, interpreta la norma convenzionale nel senso di un "*favor trust*" secondo cui il giudice nazionale dovrebbe sempre fare salvi gli effetti del *trust* che residuino una volta eliminati gli effetti in conflitto con norme imperative, e ciò in armonia con il principio generale di salvaguardia degli atti. Ma contro questa impostazione si può rilevare come l'applicazione delle norme imperative non sia di per sé motivo di *non* riconoscimento del *trust* il quale, anzi, ontologicamente, convive con questa problematica relativa all'applicazione delle regole inderogabili indicate dalle norme del foro sul conflitto di legge. Appare chiaro, quindi, che la sfera di applicazione della norma convenzionale sul disconoscimento da parte del giudice riguarda ipotesi diverse e più radicali di non sopravvivenza del *trust*.

⁵⁹ V. *supra* par. I e note 15, 25.

non può evitarsi di riconoscere che le cosiddette *valutazioni di compatibilità* di carattere contenutistico poste in essere dall'operatore, in particolare dal notaio, sulle singole clausole dell'atto istitutivo di *trust* interno al fine di evitare contrasti tra la legge straniera prescelta come legge regolatrice del *trust* e le norme imperative dell'ordinamento italiano, si traducono sostanzialmente nell'elaborazione di *regole diverse* da quelle contenute nella legge straniera, generando – di fatto – una *disciplina* della fattispecie concreta di *trust* interno non più identificabile *tout court* con quella derivante dalla legge straniera prescelta quale legge regolatrice. L'analisi sulle singole clausole porta, infatti, all'elaborazione di clausole “compatibili” che, a ben vedere, altro non sono se non regole *diverse* rispetto a quelle previste dalla legge straniera regolatrice⁶⁰.

Se ciò è vero (come ragionevolmente appare), sarà necessario ripetere l'accertamento suddetto, sulla compatibilità tra il *trust* interno e i requisiti di validità previsti dalla legge straniera scelta come legge regio-

⁶⁰ L'attendibilità di quanto affermato nel testo risulta – ci pare – dalla lettura del lavoro di S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., dove si analizzano accuratamente importanti clausole degli atti istitutivi di *trust* interni, verificandone la compatibilità con l'ordinamento italiano. Questo tipo di analisi conduce nella sostanza all'elaborazione di clausole “compatibili”, vale a dire di clausole (cioè di regole) *diverse* rispetto a quelle poste ad oggetto di analisi e ricavate dalle leggi e dalle sentenze straniere (sul punto v. anche *infra* Cap. II, par. 1). Solo a titolo esemplificativo si veda l'analisi svolta nel cap. XIII sulla clausola secondo la quale il diritto del beneficiario del *trust* sarà amministrato da un soggetto diverso da costui, indicato dal disponente; tale clausola introdurrebbe nel sistema italiano un'ipotesi di rappresentanza atipica diversa da quella legale e volontaria. A p. 127 gli aa. per salvare da nullità la clausola suddetta in relazione a soggetti capaci di agire, ne propongono un'interpretazione che loro stessi definiscono «forzata», considerandola attributiva di un diritto al beneficiario sotto condizione sospensiva ovvero *sub modo* (con previsione di «risoluzione della posizione beneficiaria») che egli conferisca al terzo (indicato dal *settlor*) un mandato con rappresentanza ad amministrare la posizione beneficiaria. Si vede come un tale percorso logico-ricostruttivo conduca, di fatto, all'elaborazione di una clausola-regola del tutto diversa da quella ammessa dalle leggi straniere sul *trust* e che – tra l'altro – può a sua volta risultare di difficile collocazione nel contesto sistematico del diritto privato italiano: come inquadrare, infatti, secondo le nostre categorie dogmatiche la «risoluzione» della *posizione* beneficiaria?

latrice, *successivamente* alla valutazione di compatibilità tra questa e le

⁶¹ Si pensi, per esemplificare, alla *Rule against perpetuities*, contenuta nel *Perpetuities and Accumulation Act 1964*, secondo cui i beneficiari del *trust* sono individuati entro un certo lasso di tempo (*perpetuity period*) pari a 21 anni dopo la morte di uno o più soggetti viventi o almeno concepiti all'epoca della costituzione del *trust* e indicati nell'atto istitutivo; in alternativa è consentito al *settlor* indicare una durata complessiva del *trust* in un certo numero di anni purché non superiore ad 80. Un *trust* interno istituito con testamento da un italiano che scelga la legge inglese come legge regolatrice potrà validamente ignorare la regola *against perpetuities* dell'ordinamento inglese? Di fronte ad un *trust* interno che ignori tale regola, stabilendo una durata maggiore per il *trust* (90 anni al massimo *ex art. 2645-ter - v. infra* Cap. II, par. 1), il giudice italiano dovrà considerare nullo il *trust* in base al diritto inglese o potrà considerarlo valido prescindendo da tale norma, valutandola estranea all'istituto in base alle regole di diritto italiano? Sul punto cfr. M.C. MALAGUTI, *Il trust*, cit., p. 203 e sempre S. BARTOLI, D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, in S. Bartoli, M. Graziadei, D. Muritano, L.F. Risso, *I trust interni e le loro clausole*, cit., p. 215 nota 608. Ancora: si pensi alla clausola secondo la quale il *trustee* potrà rivolgersi al giudice per ottenere direttive in ordine a questioni insorte nell'amministrazione del *trust* e ciò per evitare eventuali responsabilità a suo carico. Tale clausola è pacificamente ammessa dal diritto inglese ma nel diritto italiano appare contrastante non solo con il principio di tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione ma più in generale con le tipologie di intervento giudiziale ammesse nel nostro ordinamento né sarebbe possibile ovviare all'inconveniente prevedendo sul punto una clausola di deroga alla giurisdizione italiana, stante la regola di inderogabilità del foro in tema di volontaria giurisdizione: in tal senso sempre BARTOLI, D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, cit., p. 182, i quali assumono una posizione diversa e più rigorosa rispetto a quella di M. LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, cit., p. 234, che è invece favorevole alla clausola di deroga in favore della giurisdizione straniera (incurante dei carichi economici che da essa possono derivare sulle parti e tra l'altro scrivendo che: «tale clausola serve ad evitare che un soggetto interessato possa rivolgersi direttamente al giudice straniero; è vero che quest'ultimo, in materia di *trust*, solitamente non si ritiene vincolato dalle clausole sulla giurisdizione volontaria ma, trattandosi, di *trust* interno, ritengo altamente probabile [ma non certo! *n.d.r.*] che non pronunci alcun provvedimento qualora sia possibile che lo pronunci il giudice italiano [...]»). Dello stesso avviso di M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., pp. 163-164 note 5 e 6. L'a. è favorevole alla clausola di deroga di giurisdizione per ovviare all'inconveniente suddetto tanto da citare un precedente giudiziario avente ad oggetto un atto di *trust* che contempla tale genere di clausola per le direttive del *trustee* (Trib. Milano, 7 giugno 2006, in *TAF*, 2006, p. 575), salvo poi affermare poco oltre (p. 166) la necessità di verificare la compatibilità tra gli interventi “non contenziosi” del giudice previsti dalla

norme inderogabili dell'ordinamento italiano, in quanto si potrebbe senz'altro verificare il caso che la disciplina ricavata da quest'ultima *valutazione di compatibilità* si discosti ampiamente dalla disciplina derivante dalla legge straniera fino ad incidere sugli stessi criteri di validità del *trust* secondo quest'ultima legge.

In altri termini non sembra in alcun modo possibile negare che il “lavoro di cesello”, esercitato sulle clausole del *trust* interno per renderle *compatibili* con le norme inderogabili del nostro ordinamento, vada ad incidere direttamente e pesantemente sulla legge straniera scelta come legge regolatrice, intaccandone (fortemente) l'integrità (contenutistica) e l'effettiva valenza disciplinare⁶¹ (v. sul punto *infra* Cap. 2, par. 1).

In ragione di ciò *non* può darsi per certo che il *trust* interno, risultante dai processi interpretativo-valutativi suddetti, sia, alla fine, in linea con i requisiti non solo di validità ma anche e soprattutto di operatività

legge applicabile al *trust* e il numero chiuso dei nostri procedimenti di giurisdizione volontaria. Da parte nostra possiamo rilevare che questa finestra aperta sulla clausola sopra menzionata dà l'idea di quanto sia complessa la valutazione di compatibilità tra legge straniera regolatrice e norme inderogabili del nostro ordinamento e di quanto diversa rispetto alla disciplina straniera prescelta sia, a conclusione di questa valutazione, la disciplina effettiva del *trust* interno ed i rimedi ad esso connessi in caso di contenzioso. Va, tuttavia, fin da ora segnalato che riguardo alla possibilità per il *trustee* di rivolgersi al giudice per avere istruzioni sono in atto cambiamenti rilevanti: cfr. Trib. Modena, sez. dist. Sassuolo, 11 dicembre 2008, in www.il-trust-in-Italia.it, che autorizza l'istituzione di un *trust* su beni di un minore e, all'esito di una consulenza, prescrive le modificazioni da apportare alla bozza dell'atto istitutivo; v. anche Trib. Firenze, 17 novembre 2009, in www.il-trust-in-Italia.it, il quale, richiesto dal *trustee* di impartirgli direttive circa il comportamento da tenere in giudizio, enuncia i criteri che il *trustee* dovrà seguire. L'affermarsi di questo orientamento e di queste aperture deve, però, essere letto non nel senso della possibilità di applicare il rimedio di diritto processuale straniero nel nostro sistema, continuando così a legittimare l'assoggettamento del *trust* interno alla legge straniera, quanto piuttosto nel senso di una dimostrata elasticità del sistema italiano anche in ambito giurisdizionale oltre che sostanziale, tale da poter fornire adeguata tutela alle nuove fattispecie operanti nella prassi, le quali, dunque, ben possono essere assoggettate alla legge italiana: v. *infra* Cap. III, par. 3.

della fattispecie-*trust* richiesti dalla legge straniera che si è scelta come legge applicabile. Questo dato, di per sé, rappresenta per il giudice italiano (ma a bene vedere anche per il giudice straniero eventualmente designato per tutte o per alcune controversie relativa al *trust* interno⁶²) un importante elemento da tenere presente nella valutazione sulla *riconoscibilità* o meno della fattispecie concreta di *trust* interno dato che – come già rilevato – secondo quanto risulta dalla Convenzione de L'Aja, ai fini del riconoscimento, il *trust* deve essere costituito «in conformità» alla legge (straniera) scelta come legge regolatrice (art. 11, co. 1) ed, alla luce di quanto fin qui detto, tale «conformità» potrebbe senz'altro mancare⁶³.

Per concludere e per sintetizzare le riflessioni sin qui espresse deve rilevarsi come la soluzione ad oggi adottata da buona parte della dottrina accademica e praticata dai ceti professionali in relazione al *trust* interno, vale a dire l'assoggettamento del medesimo ad una legge straniera, scelta quale legge regolatrice ai sensi degli artt. 6-10 della Convenzione de L'Aja, comporta: 1) rilevanti problemi di individuazione, interpretazione e applicazione della disciplina straniera scelta come legge regolatrice in considerazione delle diverse componenti della medesima (*statute law; case law; equity law*), della diversità delle categorie giuridiche

⁶² V. *infra* par. 4, 5.

⁶³ Che ciò sia vero risulta chiaramente dalla lettura della pronuncia di Trib. Trieste, decr., 19 settembre 2007, cit.: il giudice tavolare deve «[...] qualificare la tipologia di *trust* concretamente adottata, al fine di apprezzarne il programma negoziale secondo il combinato disposto degli artt. 11 e 13 Convenzione de L'Aja [...] che consente al giudice di vagliare la *compatibilità* [corsivo nostro] del *trust* e degli atti collegati (nonché della *legge straniera* prescelta dalle parti) con l'ordinamento giuridico italiano». Conformemente a questa premessa il medesimo giudice dichiara illegittima la clausola sub 11 dell'atto di *trust* sottoposto al suo vaglio in quanto considera tale clausola in contrasto con un principio di ordine pubblico (*non* del diritto italiano *bensì*) del diritto inglese regolatore dell'atto, che vieta che il beneficiario sia la stessa persona del disponente (v. *infra* Cap. II). Cfr. anche Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit.: «la validità dell'atto di costituzione di beni in *trust* presuppone dunque la verifica dell'esistenza stessa del *trust*, quale elemento essenziale dell'atto, che può essere considerato giuridicamente esistente solo se risulti costituito secondo le norme dell'ordinamento *straniero* [corsivo nostro] individuato dalle disposizioni della Convenzione».

operanti nel diritto straniero prescelto e della differenza linguistica. L'eventuale superamento di questo primo ostacolo genera subito un altro ordine di problemi: 2) quelli di *compatibilità* tra la legge straniera prescelta e il complesso di norme inderogabili dell'ordinamento italiano quale ordinamento con cui il *trust* presenta il collegamento più stretto ai sensi dell'art. 7 della Convenzione dell'Aja e ciò indipendentemente dal foro (italiano o straniero) designato quale foro competente per le controversie relative al *trust* (v. *infra* parr. 4, 5).

Tali (complessi) problemi emergono già nella fase della stesura dell'atto istitutivo di *trust* e incombono sugli operatori professionali che, nel tentativo di risolverli, elaborano – di fatto – una serie di regole e dunque, complessivamente, una disciplina della fattispecie-*trust* diversa da quella derivante dalla legge straniera prescelta. Tale situazione produce: 3) problemi di *ricoscimento* della fattispecie-*trust* così costituita e regolata da parte del giudice italiano e/o del giudice straniero competente a decidere le controversie insorte relativamente al *trust*. Il mancato *ricoscimento* del *trust* può, poi, assumere articolazioni diverse e tradursi in una dichiarazione di radicale nullità della fattispecie ovvero in una *riqualificazione* della medesima ad opera del giudice (con modalità che saranno approfondite nei prossimi paragrafi) o, ancora, nell'eliminazione di alcune clausole considerate incompatibili.

Se poi, anche questa terza barriera venisse superata, e il *trust* fosse riconosciuto (in tutto o in parte), il giudice (italiano o straniero) adito e competente si troverebbe a dover applicare le norme di *almeno* due ordinamenti avendo riguardo alla molteplicità di rapporti (interni ed esterni) facenti capo al *trust*⁶⁴. Lasciando da parte, per economia di indagine, le difficoltà di applicazione della legge italiana in un processo straniero,

⁶⁴ La legge straniera prescelta si applica alle cosiddette *trust disputes*, cioè le controversie “interne” al *trust*, salvo le ipotesi di prevalenza del diritto del foro previste dalla Convenzione de L'Aja (ad es.: artt. 4, 15) mentre la legge italiana si applica alla validità degli atti istitutivi di *trust* anche rispetto al pregiudizio che essi possono arrecare ai creditori del disponente nonché ai rapporti cosiddetti “esterni” al *trust*, vale a dire alle transazioni tra *trustee* e terzi (cfr. M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., p. 164).

deve qui rilevarsi che l'applicazione della legge straniera in un processo italiano pone: 4) almeno due tipologie di problemi: a) la conoscenza da parte del giudice italiano della legge straniera⁶⁵; b) la concedibilità da parte del giudice italiano degli stessi rimedi invocabili davanti al giudice dell'ordinamento la cui legge regola il merito della controversia (v. *infra* Capitolo II).

Se a ciò si aggiunge che, secondo condivisi e diffusi orientamenti, fondati su alcuni dati normativi, la designazione del giudice italiano ben può non essere esclusiva⁶⁶, potendo concorrere con quella di giudici stranieri (e viceversa), avendo riguardo ai differenti aspetti del *trust*⁶⁷, si vede come il problema dell'individuazione della disciplina effettivamente applicabile al *trust* interno nonché quello della determinazione dei rimedi effettivamente concedibili in caso di contenzioso siano oggi, a dir poco, aperti. Prima ancora di affrontare direttamente tali scottanti questioni

⁶⁵ Esponenti della classe accademica tendono a minimizzare il problema, focalizzandolo solo con riguardo al giudice, mentre – come detto – esso si presenta ben prima in quanto incombe già sul notaio o sull'avvocato che supportano la parte nella redazione dell'atto istitutivo di *trust*: cfr. M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., pp. 164-165, là dove scrive che il compito ricostruttivo [leggi e *case law*] che incombe sul giudice non è eccessivamente oneroso perché la *trust law*, formatasi con la stratificazione delle decisioni giudiziali, è consolidata e perciò facilmente conoscibile e comunque un ruolo fondamentale potrà essere svolto dai difensori delle parti che potranno fornire testi normativi, provvedimenti giudiziari e quant'altro necessario ed utile al giudice per compiere la sua funzione decisoria [!]. È facile obiettare a tale impostazione che l'attuale livello di preparazione della magistratura italiana in materia di diritto comparato e di competenza linguistica rende ben poco accessibili le *trust laws* con le più varie provenienze e – soprattutto – concede uno spazio eccessivo ai difensori delle parti che, proprio in ragione del loro ruolo, non possono fornire in modo obiettivo materiale utile per la decisione. Quanto qui detto vale anche nel caso speculare in cui ad applicare la legge italiana sia il giudice straniero: v. *infra* nel testo.

⁶⁶ Cfr. M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., 164: «non esiste alcuna ragione perché sia conferita giurisdizione esclusiva ad una giurisdizione straniera». In realtà qualche ragione potrebbe esserci sebbene la pratica – come sottolinea lo stesso a. – l'abbia letteralmente travolta: v. *infra* parr. 4, 5 e nota 88.

⁶⁷ V. *supra* note 20 e 61.

emerge qui l'esigenza di verificare la possibilità stessa che il giudice italiano possa essere competente in materia di *trust* e ciò per chiarire se siano o meno valide la clausole di designazione del medesimo contenute negli atti istitutivi di *trust* interni⁶⁸.

4. Segue. *la molteplicità delle competenze giurisdizionali in materia di trust; il difetto di giurisdizione del giudice italiano ed i rischi di responsabilità professionale incombenti sull'operatore del diritto*

Il discorso fin qui svolto si fonda – per la gran parte – sul presupposto dell'attribuzione di competenza giurisdizionale al giudice italiano per tutti gli aspetti della fattispecie di *trust* interno su cui viene ad insorgere conflitto. Ma anche su questo punto non ci si può esimere dall'affermare con chiarezza che tale attribuzione di competenza è tutt'altro che scontata e che, seppure si verificasse, non necessariamente dovrebbe riguardare tutti gli aspetti della controversia proprio perché i criteri di individuazione della legge applicabile, previsti dalla Convenzione de L'Aja, di fatto consentono se non addirittura impongono o, comunque, determinano una competenza giurisdizionale diversificata in relazione ai diversi aspetti della fattispecie *trust*.

Anche in considerazione dell'atteggiamento del ceto professionale dedito al *trust*, che appare sostanzialmente volto a minimizzare e comunque a trascurare il problema della molteplicità dei binari e disciplinari e

⁶⁸ Percorrendo la via logico-interpretativa tracciata nel testo si arriva, sebbene sulla base di presupposti e di argomentazioni molto diverse, ad un risultato analogo a quello cui conduce l'interpretazione – qui esclusa: cfr. *supra* nota 35 – dell'art. 13 della Convenzione secondo cui paesi-*trust*, come ad esempio, l'Inghilterra, non sarebbero obbligati a riconoscere un *trust* che presenta stretti legami con ordinamenti *non-trust*, e tale viene – ad oggi – considerato l'ordinamento italiano. Per lo stesso motivo anche il giudice italiano non sarebbe obbligato a riconoscere il *trust* interno perché appunto collegato strettamente con l'Italia quale paese *non-trust*. per ulteriori sviluppi della problematica qui accennata v. *infra* nel testo e par 5.

di competenza giurisdizionale⁶⁹, risulta essenziale porre in risalto che eventuali conflittualità relative ad una fattispecie di *trust* interno non necessariamente potranno essere affrontate tutte dal giudice italiano, nel senso che non solo *non* è assolutamente certa la competenza del giudice italiano in applicazione delle norme convenzionali sul riparto di giurisdizione ma anche, ove lo fosse, potrebbe esserlo per una parte delle questioni da affrontare e non per altre.

Ciò emerge non solo dalla lettura – sopra svolta – del testo della Convenzione e dei (molteplici) binari disciplinari da essa contemplati ma si deduce, altresì, ancor più marcatamente, dal Regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, entrato in vigore il 1° marzo 2002⁷⁰. Dal testo del Regolamento CE deriva, in primo luogo, una distinzione tra rapporti *interni* e rapporti *esterni* al *trust*. I primi riguardano le relazioni intercorrenti tra disponente (o *settlor*), *trustee* e beneficiario ovvero i loro diritti od obblighi nell'ambito del *trust*; i secondi si riferiscono ai rapporti tra il *trustee* e i terzi.

La dottrina maggioritaria, anche facendo leva su alcun dati testuali (cfr. art. 23 n. 4 Regolamento CE⁷¹), tende a risolvere in modo diverso la

⁶⁹ Cenni tenui – e senz'altro non allarmanti – sulla questione si rinvengono nel contributo di I. VALAS, *La Convenzione de L'Aja e la legge regolatrice straniera*, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust ecc.*, I, cit., pp. 72-75. In generale il ceto notarile e quello forense tendono a non occuparsi del problema. Da parte sua M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 53-54, liquida la cosa in due battute sovrapponendo (o confondendo?) domicilio del *trust* e domicilio del *trustee* e affermando icasticamente che nei *trust* interni il domicilio del *trustee* è normalmente in Italia, cosa che – come si sta tentando di dimostrare nel testo – lascia aperta nel modo più ampio la questione del difetto di giurisdizione del giudice italiano (v. *infra* nel testo e nelle note 100, 110, 111).

⁷⁰ Il Regolamento non ha alterato le tre disposizioni in materia di *trust* contenute nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, aggiunte a seguito della convenzione di adesione di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca del 9 ottobre 1978 su richiesta dei primi due Stati aderenti. Le tre disposizioni sono state sostanzialmente riportate anche nella Convenzione di Lugano del 18 settembre 1988. Esse sono dunque opponibili anche di fronte ai giudici di Stati europei non membri dell'Unione.

⁷¹ Art. 23 Regolamento CE: « [...] Il giudice o i giudici di uno Stato membro ai

questione della competenza giurisdizionale, applicando la regola generale contenuta nell'art. 2 del Regolamento CE (domicilio del convenuto)⁷² ai rapporti *esterni* e riservando, invece, la – spinosa – *alternativa* tra la suddetta regola generale e la regola speciale dell'art. 5 n. 6 (domicilio del *trust*)⁷³ ai soli rapporti *interni* e ciò in ragione dell'idea secondo cui i rapporti tra *trustee* e terzi si configurano, sia da una parte sia dall'altra, come rapporti «per così dire comuni», vale a dire come rapporti nei quali i rimedi esperibili sono indipendenti dalla qualità di *trustee* di una delle parti⁷⁴.

A parte il fatto che tale impostazione è, appunto, solo maggioritaria e non unanime, essendo comunque rappresentata l'opinione che estende l'alternativa suddetta anche ai rapporti *esterni*⁷⁵ (con tutta una

quali l'atto costitutivo di un *trust* ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un *trustee* o un beneficiario di un *trust*, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del *trust*. [...].

⁷² Art. 2 Regolamento CE: «1. Salve le disposizioni del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro. [...].».

⁷³ Art. 5, n. 6 Regolamento CE: «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: [...] nella sua qualità di fondatore, *trustee* o beneficiario di un *trust* costituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto, davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il *trust* ha domicilio [...].».

⁷⁴ Nel senso che le azioni esperibili dal *trustee* verso il terzo e dal terzo verso il *trustee* sono le stesse che possono essere esperite ovvero subite da chi non abbia la qualità di *trustee* rispetto ai beni in *trust*. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario* n. 44/2001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 787-788, dove chiaramente afferma che nei rapporti esterni al *trust* vale il principio per il quale il *trustee* è, in generale, personalmente responsabile nei confronti dei terzi per le obbligazioni assunte nell'amministrazione del *trust* allo stesso modo in cui lo sarebbe ove fosse il titolare della *trust property* in assenza di *trust*. Del pari il *trustee* può agire verso il terzo con gli stessi rimedi giurisdizionali di cui disporrebbe ove fosse il titolare della *trust property* in assenza di *trust*.

⁷⁵ Non ritengono giustificabile un'interpretazione restrittiva dell'art. 5 n. 6 del Regolamento G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 305-306; M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., p. 163; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario euro-*

serie di conseguenze che si evidenzieranno da qui a breve), appare qui essenziale porre in luce che la previsione – contenuta nell'art. 5 n. 6 Regolamento CE – del criterio (alternativo) del domicilio del *trust* rispetto a quello generale del domicilio del convenuto-*trustee*, *settlor* o *beneficiary*, oltre ad introdurre un concetto di *trust* dotato di proprio domicilio (concetto del tutto estraneo alla stessa tradizione di *common law* da cui la figura del *trust* ha avuto origine⁷⁶), determina, letta in combinato disposto con la previsione contenuta nell'art. 60 n. 3 Regolamento⁷⁷, l'esclusione inevitabile della giurisdizione italiana riguardo alle controversie relative ai rapporti (quantomeno interni) relativi al *trust*.

Infatti, secondo una tendenza interpretativa accreditata e che, tra l'altro, ripercorre i passaggi relativi all'identificazione della nozione di *domicilio* del *trust* nell'ordinamento inglese⁷⁸, il *trust* «non ha un domicilio

peo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004, 5^a ed., Torino, 2006, p. 113, e, più di recente, M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., p. 163. Va menzionato anche A. MALATESTA, *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, cit., 4.

⁷⁶ Cfr. G. CONTALDI, *Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella giurisprudenza inglese*, in *TAF*, 2008, p. 470 nota 3.

⁷⁷ Art. 60 n. 3 « [...] 3. Per definire se un *trust* ha domicilio nel territorio di uno Stato membro i cui giudici siano stati aditi, il giudice applica le norme del proprio diritto internazionale privato [...]». In Italia mancano norme di diritto internazionale privato che contemplano esplicitamente il *trust*: da qui l'esigenza di colmare il vuoto in via interpretativa ricorrendo all'art. 7 della Convenzione de L'Aja ovvero all'art. 25 della legge n. 215 del 1998 con tutte le conseguenze che ne derivano: v. *infra* nel testo.

⁷⁸ Cfr. la recente High Court of Justice, Chancery Division, Morgan, J., 18 febbraio 2008 [*Gomez v. Gomez-Monche Vives*], in *TAF*, 2008, p. 543 ss., secondo cui il domicilio del *trust* (che non sia *constructive* ovvero *resulting*) ai sensi dell'art. 5 n. 6 del Regolamento comunitario si identifica con la legge del rapporto materiale. Per un commento, in parte, critico alla pronuncia v. G. CONTALDI, *Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella giurisprudenza inglese*, cit., p. 469 ss. Il percorso ermeneutico cui si allude nel testo si riferisce a M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario* n. 44/2001, cit., p. 792: il Regno Unito nell'adattare la nozione di domicilio di *trust* contenuta nella Convenzione di Bruxelles – e riproposta nel Regolamento *n.d.r.* –, ha adottato il *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1982, la cui *Section* 45, parr. 2 e 3, non ha introdotto una nozione materiale di domicilio del *trust* ma ha collegato la giurisdizione inglese al fatto che il *trust* oggetto della controversia sia regolato dalla

nel senso continentale del termine» e la connessione stabilita dal Regolamento comunitario tra domicilio del *trust* e giurisdizione si traduce nella fissazione del *domicilio* del *trust* nel paese la cui legge è stata scelta dal disponente come legge regolatrice del *trust* ovvero nel paese la cui legge si applica al *trust* in ragione del criterio del «collegamento più stretto» (art. 7 Convenzione de L'Aja)⁷⁹. Altrimenti detto: l'applicazione del criterio del domicilio del *trust* fa sì che la giurisdizione venga a dipendere dallo *ius* applicabile al *trust*, vale a dire, in primo luogo, dalla legge del *trust* scelta dal disponente ovvero dalla legge del luogo di amministrazione del *trust*.

In entrambi i casi la *legge* applicabile non potrà mai essere quella italiana, essendo l'Italia – secondo un'impostazione fino ad oggi indiscussa (ma vedi *infra* Cap. II) – un *non-trust State*, vale a dire un paese che «non prevede l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione» (art. 5 Convenzione de L'Aja). Ne consegue coerentemente sul piano logico-giuridico che la giurisdizione italiana in materia di *trust* sarà sempre da considerarsi necessariamente esclusa⁸⁰.

legge inglese, negando in sostanza la nozione di domicilio del *trust* e ciò in coerenza con la tradizione di *common law*. L'a., passando ad analizzare il problema della specificazione del *domicilio* del *trust* nell'ordinamento italiano, in assenza di previsioni analoghe a quelle contenute nell'Act del 1982, ritiene sia ragionevole allinearsi alla visione «inglese» di domicilio del *trust*, essendo il *trust* un istituto di *common law*. A tale sistema dunque non può evitarsi di fare riferimento quando si creano difficoltà interpretative sul funzionamento dell'istituto. Dello stesso avviso anche altri autori italiani e stranieri citati dal Frigessi di Rattalma a p. 796 nota 46: Contaldi, Mari, Gothot e Holleaux.

⁷⁹ Luogo generalmente coincidente con quello di amministrazione del rapporto fiduciario, vale a dire con il domicilio del *trustee*: da ultimo in tal senso G. CONTALDI, *Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella giurisprudenza inglese*, cit., p. 474.

⁸⁰ Questo punto di arrivo dell'interpretazione delle norme regolamentari e convenzionali è stato ribadito anche di recente da G. CONTALDI, *Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella giurisprudenza inglese*, cit., pp. 471-475; cfr. anche A. MALATESTA, *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, cit., p. 4. Entrambi gli aa. citati vedono nell'applicazione dell'art. 7 Convenzione de L'Aja la via d'uscita all'*impasse* ma che di *impasse* si tratti emerge chiaramente dalle parole del Contaldi, il quale, dopo aver concluso che l'unica disposizione che consente di assumere il rapporto fiduciario nel suo

Più precisamente può dirsi che: l'ipotesi dell'applicabilità al *trust* di una legge di un *non-trust State* oltre ad essere eccezionale e poco plausibile *ex art. 6, co. 2, Convenzione de L'Aja*, determinerebbe comunque l'entrata in gioco dell'art. 5 della stessa Convenzione che conduce alla disapplicazione delle norme di conflitto da essa stessa previste quando la legge individuata dalle norme medesime non preveda l'istituto del *trust*, con conseguente venir meno dell'obbligo pattizio di riconoscimento di un siffatto *trust*⁸¹.

I giudici di uno Stato che ignora l'istituto del *trust* non potranno mai giudicare *ex art. 5 n. 6 Regolamento CE dei rapporti relativi ad un trust*, quantomeno dei rapporti *interni*, perché in quello Stato non potrà mai collocarsi il *domicilio* del *trust*. Affermazione questa che, ben lungi dal costituire un paradosso, si fonda sulla *ratio* dell'art. 5 n. 6 Regolamento CE che – plausibilmente – mira a far coincidere legge sostanziale e legge processuale del *trust*, conferendo la giurisdizione in materia di *trust* a giu-

insieme e che conseguentemente permette, in Italia, di completare il disposto della norma regolamentare sul domicilio del *trust* è l'art. 7 della Convenzione de L'Aja, rivela l'aspetto forzato di questa affermazione quando scrive, a seguire, che: «la disapplicazione della Convenzione de L'Aja [ai sensi dell'art. 5 della medesima *n.d.r.*] ha senso al fine dell'individuazione della legge applicabile, non potendosi applicare una legge che non contempli l'istituto sul piano materiale. Simili cautele tendono, però, a perdere significato quando si tratta dell'individuazione del foro competente, non sussistendo alcun ostacolo, sul piano strettamente giuridico, alla proposizione di una questione concernente la gestione del *trust* davanti al giudice di un paese nel cui ordinamento non esiste il relativo istituto. Al limitato fine di individuare il domicilio del rapporto, l'art. 7 della Convenzione può, quindi, essere tenuto presente pur astraendolo dal sistema complessivo al quale appartiene»[!]. Con queste parole l'a. evidenzia inequivocabilmente l'incoerenza palese della soluzione adottata che utilizza in modo "opportunistico" sia l'art. 5 sia l'art. 7 della Convenzione de L'Aja, escludendone ovvero consentendone l'applicazione al fine di garantire ai giudici italiani la giurisdizione in materia di *trust* che sarebbe altrimenti esclusa quale conseguenza dell'esclusione dell'applicazione della legge italiana alla fattispecie *trust*. Ciò induce a riflettere sulla correttezza e sulla divisibilità di questa impostazione: v. *infra* nel testo.

⁸¹ In tal senso M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario n. 44/2001*, cit., p. 797.

dici particolarmente indicati per dirimere le controversie sorgenti dal *trust*, vale a dire a giudici dotati di *expertise* sull'istituto di cui sono, invece, privi i giudici continentali.

Il percorso ermeneutico appena esposto porta, dunque, a concludere che, in forza del combinato disposto degli artt. 2, 5 n. 6, 23 n. 4 e 60 n. 3 del Regolamento CE n. 44/2001, a meno che nell'atto costitutivo di *trust* non venga inserita una clausola che attribuisca esplicitamente ad un certo giudice la competenza a decidere la controversia attinente ai rapporti *interni* (art. 24 n. 3 Regolamento)⁸², l'individuazione del foro competente si determina secondo una *doppia regola* (domicilio del convenuto – art. 2; domicilio del *trust* – art. 5 n. 6) la cui applicazione può generare diverse competenze giurisdizionali e conseguentemente un *contrasto* di *giudicati*. L'attore può, infatti, scegliere se iniziare la causa davanti al giudice del luogo in cui abbiano domicilio il *settlor*, il *trustee* o il *beneficiary* (art. 2 Regolamento CE) oppure davanti al giudice del luogo in cui abbia domicilio il *trust* (art. 5 n. 6 del Regolamento CE)⁸³. Dato che, in quest'ultimo

⁸² Sul significato di tale norma cfr. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario* n. 44/2001, cit., p. 798, secondo cui al pari della Convenzione di Bruxelles anche il Regolamento 44/2001, con l'art. 23 n. 4, rinnega l'impostazione pubblicistica della giurisdizione per riconoscere importanza centrale alla volontà privata quanto all'individuazione del foro adatto a decidere la controversia transnazionale, consentendo di concentrare in un unico ed esclusivo foro tutte le controversie che dovessero sorgere tra i partecipanti al *trust*. Cfr. sul punto *infra* nel testo e quanto invece sostenuto da M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., p. 163, che ha una posizione molto più "tranquillizzante", in quanto dà per scontato che l'Italia possa essere «Stato in cui il *trust* abbia il domicilio», nonché "liberale" perché ammette con ampio margine la possibilità per le parti di inserire nell'atto di *trust* clausole di scelta del foro competente che attribuiscono giurisdizioni *non* esclusive in capo al giudice indicato. Tuttavia non può non notarsi l'uso di un "inquietante" condizionale quando l'a. glissa sulla problematica del domicilio del *trust* e scrive: «senza poter entrare in questa sede nell'analisi del *domicilio* del *trust*, si può, in generale, osservare che rispetto ad un *trust* interno il criterio speciale di collegamento posto dal regolamento europeo *dovrebbe* [corsivo nostro] essere sempre applicabile!»

⁸³ Non sarebbe di ostacolo all'applicazione dell'art. 5 n. 6 Regolamento CE da parte del giudice italiano il fatto che il convenuto-*settlor* o *trustee* o *beneficiary* sia domici-

caso il *domicilio* del *trust* viene allocato – in base all’interpretazione dominante⁸⁴ – nello Stato la cui legge è stata scelta dal disponente come legge regolatrice del *trust* ovvero nello Stato che presenta con il *trust* il collegamento più stretto ai sensi della Convenzione de L’Aja (artt. 5, 6 co. 2, 7), il giudice italiano non potrebbe mai vedere incardinata davanti a sé la controversia, presentando egli un’ontologica carenza di giurisdizione.

Tale carenza – contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina internazionalprivatistica e processualistica⁸⁵ – non potrebbe – a nostro avviso – essere evitata neppure con la scelta del giudice italiano espressa dal costituente nell’atto di *trust* mediante apposita clausola (ai sensi dell’art. 23 n. 4 Reg.) perché sull’ammissibilità di tale scelta è lecito dubitare in ragione della già rilevata *ratio* dell’art. 5 n. 6 del Regolamento CE⁸⁶ nonché del già menzionato art. 5 della Convenzione de L’Aja, senza contare l’alto livello di problematicità connesso, in generale, alla pratica cosiddetta del *forum shopping*⁸⁷.

liato in uno Stato non membro della Comunità europea, dato che l’art. 3, co. 2, l. 218/1995, ha esteso l’applicazione di alcune sezioni della convenzione in materia di giurisdizione anche quando il convenuto sia domiciliato in uno Stato terzo: cfr. sul punto M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario n. 44/2001*, cit., pp. 797-798.

⁸⁴ V. *supra* nota 78.

⁸⁵ M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario n. 44/2001*, cit., p. 798 nota 53: «il fatto che il convenuto-trustee, ovvero settlor ovvero beneficiary sia domiciliato in uno Stato terzo non impedisce l’applicazione dell’art. 5 n. 6 Regolamento da parte del giudice italiano. Tale applicazione determinerà l’ascertamento della carenza di giurisdizione dei giudici italiani, salvo il caso che il costituente abbia stabilito nell’atto di trust la competenza giurisdizionale di un giudice italiano (corsivo nostro)». Di recente in tal senso anche M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., *supra* nota 66.

⁸⁶ Ove tale scelta si ritenesse ammissibile è bene, comunque, evidenziare che – come esplicitato nello stesso art. 23 n. 4 Regolamento comunitario (già art. 17 Convenzione di Bruxelles) – essa non sarebbe opponibile al terzo che agisse nei confronti del settlor, del trustee ovvero del beneficiary, potendo avere effetto solo nei rapporti cosiddetti interni al trust.

⁸⁷ Sull’alto livello di problematicità connesso alla pratica del *forum shopping* si veda M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Policies, metodi, criteri di collegamento. Pa-*

La carenza di giurisdizione italiana riguarda senz'altro i rapporti *interni* al *trust* ma potrebbe coinvolgere – ove si seguisse l'indirizzo, sì, minoritario ma pur sempre esistente e, tra l'altro, in espansione⁸⁸ – anche i rapporti *esterni*⁸⁹ nonché comprendere le ipotesi in cui il convenuto-*trustee*, *settlor* o *beneficiary* sia domiciliato in Stati terzi, non costituendo questa circostanza ostacolo all'applicazione dell'art. 5 n. 6 da parte del giudice italiano (eventualmente adito⁹⁰).

rallé proceedings, I, Milano, 2002, parte I, capp. 1-3. Lo stesso a., nel più recente contributo, più volte citato, sui *Profili processuali del trust*, assume una posizione meno problematica ma – per ciò stesso – più criticabile. Si rinvia, altresì, alle riflessioni svolte *infra* nel Cap. II sulle conseguenze di queste diverse forme di *shopping* e del foro e della legge. Sul punto v. quanto già detto alle note 31 e 80 e fin da ora G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, pp. 83-95.

⁸⁸ I terzi potrebbero far valere le loro pretese verso il *trustee* innanzi al foro del domicilio del *trust*, costituendo questo il foro generale di domiciliazione del *trust*: così S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 93. Cfr. anche *supra* nota 57. Cfr. di recente G. CONTALDI, *Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella giurisprudenza inglese*, cit., che, nel commentare la pronuncia della High Court of Justice *Gomez v. Gomez-Monche Vives*, cit., ne critica le conclusioni, ammettendo per contro che nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 6 del Regolamento comunitario possano rientrare anche le controversie relative alle violazioni dell'atto istitutivo di *trust* operate dai soggetti partecipanti al rapporto attraverso un uso strumentale ed abusivo delle rispettive qualità.

⁸⁹ È contrario a quest'orientamento M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. ult. cit.*, p. 789, che ritiene rilevante per le controversie inerenti ai rapporti *esterni* al *trust* il domicilio del *trustee* (e non quello del *trust*). L'a. non manca, tuttavia, di sottolineare come sarebbe stato più razionale da parte del legislatore comunitario concentrare nel domicilio del *trust* il maggior numero di cause ad esso correlate, comprese quelle intentate da terzi nei confronti del *trustee*.

⁹⁰ Cfr. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario* n. 44/2001, cit., p. 798 e nota 53, secondo cui, coincidendo le disposizioni in materia di *trust* contenute nella Convenzione di Bruxelles con quelle contenute nel Regolamento, trova applicazione al Regolamento l'art. 3, co. 2, della l. 218/1995 con conseguente estensione dell'applicazione delle norme Regolamento in materia di giurisdizione anche alle ipotesi in cui il convenuto sia domiciliato in uno Stato non membro dell'UE (tale estensione vale anche per l'ipotesi di litisconsorzio necessario del *trustee* in caso di azione revocatoria contro il *settlor* da parte del creditore che si consideri danneggiato dalla costituzione del *trust*). Cfr. anche nota precedente.

In ogni caso, anche volendo seguire l'opinione di chi esclude l'applicazione dell'art. 5 n. 6 Regolamento CE ai rapporti *esterni*, identificando nel domicilio del *trustee* (individuato secondo la regola *actor sequitur forum rei*) il criterio determinante la giurisdizione sui rapporti suddetti, non si può fare a meno di constatare che i termini del problema non mutano, poi, di molto in quanto uno sdoppiamento della competenza giurisdizionale in relazione alla tipologia di rapporto oggetto della pretesa inerente alla fattispecie di *trust* non contribuisce certo a rendere stabile l'atto fonte del rapporto medesimo e comunque crea, anche in questo caso, i presupposti per un contrasto di giudicati.

Non trascurabili sono, poi, le questioni attinenti all'individuazione del giudice competente per le controversie inerenti a materie che possono gravitare attorno al *trust* ma che sono sottratte al raggio di applicazione del Regolamento CE n. 44/2001: si allude, in particolare, alle controversie in materia fallimentare. Deve, però, notarsi come tale esclusione abbia confini *incerti* in quanto condizionata dal tipo di *trust* (*for benefit of creditors* ovvero *bankruptcy*) e dalle disposizioni del Regolamento CE n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza (che regola soltanto i *bankruptcy trust*). Riguardo a quest'ultimo Regolamento prevale – ci pare – un'interpretazione restrittiva che lascia spazio ad un'applicazione del Regolamento CE n. 44/2001 ai procedimenti che, pur essendo connessi al fallimento possono, tuttavia, essere esperiti anche al di fuori della procedura fallimentare (es.: azione di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori).

La giurisdizione appare difficilmente determinabile anche in caso di *trust* immobiliari e ciò in ragione dell'applicazione del criterio della competenza esclusiva del giudice del *locus rei sitae* per le controversie in materia di diritti reali immobiliari (art. 22 n. 1 Regolamento CE n. 44/2001). In questo campo emergono dubbi sulla corrispondenza tra azioni reali immobiliari e azioni personali, da una parte, e diritti reali e diritti personali, dall'altra, con conseguente difficoltà di determinazione del giudice competente⁹¹.

⁹¹ Si vedano sul punto le riflessioni svolte da M. FRIGGESSI DI RATTALMA, *La com-*

Conta, altresì, sottolineare che *le clausole attributive di competenza* non sono valide se contrastano con le disposizioni del suddetto Regolamento relative a materie specifiche: assicurazione (art. 13); contratti conclusi con il consumatore (art. 17); contratti di lavoro (art. 21); diritti reali immobiliari, contratti d'affitto, validità, nullità o scioglimento di società, trascrizioni ed iscrizioni in pubblici registri, brevetti e marchi, esecuzione delle decisioni (art. 22)⁹².

In un quadro così articolato e complesso neanche l'art. 15 della Convenzione de L'Aja, che pure dovrebbe rappresentare un "appiglio" sicuro per stabilire la competenza del giudice italiano in determinate materie come quella successoria e di famiglia⁹³, riesce a cancellare la permanente instabilità dei rapporti inerenti al *trust* o, meglio, la strutturale conflittualità delle giurisdizioni che il contenzioso relativo ad un *trust* può generare⁹⁴.

petenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario n. 44/2001, cit., pp. 804-805. Cfr. anche D. CORAPI, Introduzione a Chevalier Cheshire, Il concetto di trust secondo la Common Law inglese, Torino, 1998 (rist. anastatica della 1a ed., Milano, 1933).

⁹² Così I. VALAS, *La Convenzione de L'Aja e la legge regolatrice straniera*, cit., p. 75.

⁹³ Sempre M. FRIGGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario n. 44/2001, cit., 807*, fa notare come le materie elencate nell'art. 15 Convenzione de L'Aja siano per gran parte sottratte all'ambito applicativo del Regolamento CE n. 44/2001. Ai fini dell'individuazione del giudice competente per questioni di diritto di famiglia entrerà in gioco il Regolamento CE n. 1347 del 29 maggio 2000 mentre per tematiche di diritto successorio i criteri di giurisdizione saranno sanciti dalla legge n. 218/1995.

⁹⁴ Cfr. ancora sul punto M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 553-608, dove affronta il problema della delocalizzazione della giurisdizione mediante le clausole di proroga tra forme e discrezione. In particolare l'a. pone a confronto l'area di *common law* e quella di *civil law*, evidenziando il carattere discrezionale della giurisdizione nella prima e, viceversa, il primato del diritto positivo e dunque la rigidità (salvo alcune eccezioni) della giurisdizione nella seconda. Sempre M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, cit., p. 163, pone bene in luce la difficoltà determinare, sul piano dei presupposti processuali, quando una controversia in materia di *trust* interno possa essere proposta davanti al giudice italiano. L'a. fa notare, sì, che nel contenzioso in materia di *trust* è possibile «(cercare di) risolvere preventivamente eventuali conflitti di giurisdizioni» facendo ricorso a clausole di scelta del foro competente ma pone, anche, in luce come la clausole di proroga siano sog-

A tutto ciò si aggiunga che anche ove si ottenesse una sentenza in Italia, non verrebbe meno la necessità di eseguirla in uno Stato straniero nei confronti del *trust* e/o del *trustee* ivi (eventualmente) localizzati (magari in una fase successiva all'istituzione del *trust* interno). Qualora lo Stato straniero non aderisse alla Convenzione de L'Aja e dunque non fosse tenuto a riconoscere la riserva di competenza a favore delle norme imperative della legge del rapporto sancita dall'art. 15, la sentenza del giudice italiano rimarrebbe quasi sicuramente ineseguita in ragione delle «leggi-scudo» adottate dagli Stati non aderenti per tutelare dalle norme

gette a determinati requisiti di validità e di efficacia diversi a seconda che si faccia riferimento al Regolamento CE n. 44/2001 ovvero alla legge italiana n. 218 del 1995. Non solo: le clausole di scelta del foro competente non devono attribuire giurisdizione esclusiva in capo al giudice indicato, potendo tale competenza porsi come alternativa a quella di altri ordinamenti [!]; esse, inoltre, possono prevedere ipotesi di competenza di diversi giudici nazionali in relazione al tipo di controversia e al suo oggetto [!]; tali clausole, infine, non vincolano i terzi estranei al rapporto di *trust*, sebbene il *trustee* possa validamente inserirle negli atti con essi conclusi nell'esecuzione dei suoi compiti [!]. L'a. conclude – come già rilevato – scrivendo che con riguardo al *trust* interno «non esiste alcuna ragione perché sia conferita giurisdizione esclusiva ad una giurisdizione straniera», essendo più pratico e conveniente fare riferimento alle nostre corti che ormai riconoscono la validità del rapporto di *trust* nel nostro ordinamento, salvo, però, specificare che sarebbe comunque prudente prevedere la giurisdizione subordinata delle corti di uno Stato straniero (che l'a. identifica in quello la cui legge regola il *trust*), e ciò in via *cautelativa* per l'ipotesi in cui il giudice italiano si trovi «per qualsiasi motivo»[!] a non poter provvedere su una domanda relativa al *trust*. È lecito dubitare sulla correttezza delle affermazioni dell'a. in ragione di quanto si va dicendo nel testo ma, anche a voler superare questa osservazione, va considerato che le conseguenze da esse derivanti e consistenti nell'onere per la parte di impiantare la lite o parte di essa presso giudici stranieri (di area anglosassone per lo più), possano generare inquietudine in un operatore del diritto che miri ad evitare al cliente contenziosi dai contorni quantomeno incerti soprattutto con riguardo all'ammontare dei costi per sostenerli (v. *infra* par. 5). La parte più attenta della dottrina pone bene in luce questo punto, arrivando a considerarlo una valida ragione per escludere l'ammissibilità del *trust* interno: per tutti cfr. M. BIANCA, *Gli atti di destinazione patrimoniale*, Lectio eccellente (testo sbobinato), Scuola di Specializzazione delle Professioni Legali, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Napoli Suor Orsola Benincasa, 15 maggio 2009, reperibile con chiave di accesso sul sito <http://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/postlauream/sspl.htm?vr=1>: «[...] Secondo il mio parere esistono altre ragioni per cui non può affermarsi la legittimità del *trust* interno,

sulla successione necessaria⁹⁵ i *trust* ivi localizzati o comunque strettamente collegati. Ma anche nell'ipotesi in cui l'esecuzione della sentenza dovesse avvenire in Italia, non va trascurata la possibilità che tale esecuzione sia ostacolata in quanto affiancata da questioni pregiudiziali connesse e fatte valere dinnanzi a giudici stranieri.

Al di là di ogni ulteriore esame della tematica esaminata qui affrontata deve ammettersi che continuare a considerare l'Italia un paese *non-trust* porta – inevitabilmente – ad attribuire la competenza giurisdizionale per rapporti attinenti al *trust* al giudice dello Stato la cui legge sia stata scelta quale legge regolatrice ovvero presenti con il *trust* il collegamento più stretto ai sensi di quanto stabilito dalla Convenzione de L'Aja⁹⁶. Anche la presenza di una clausola attributiva di competenza al giudice italiano non eliminerebbe il rischio di dover instaurare o comunque proseguire l'eventuale contenzioso su determinate materie connesse al *trust* di fronte ad un giudice straniero (cfr. art. 22 Regolamento CE e *infra* nel testo).

Se questo è l'(inevitabile) approdo di una visione coerente sul piano logico-giuridico dell'istituto del *trust* in generale e dunque – non essendoci ragioni per fare eccezioni – del cosiddetto *trust* interno, in par-

in primis i costi da sostenere per la giustizia, in termini di costi per la traduzione e la conoscenza della legge straniera applicabile, con indubbie incertezze per coloro che hanno scelto questo strumento».

⁹⁵ In fine, pur non desiderando amplificare oltre misura l'intricata articolazione della problematica relativa alla determinazione della competenza giurisdizionale sulle controversie inerenti al *trust* e al *trust* interno in particolare, appare corretto porre in risalto la non facile risolubilità delle questioni che in tale ambito si affollano in ragione della struttura “a scatola cinese” dei criteri di determinazione della giurisdizione, presenti nei testi comunitari, convenzionali e nelle leggi nazionali. Nell'insieme tutto appare alquanto caotico e di notevole complessità come è stato ben posto in luce da B. UBERTAZZI nella relazione svolta durante il Corso di Alta formazione sul *trust*, da lei stessa organizzato nell'ambito delle attività dello IULM, a Feltre-Castel Brando, 13-15 marzo 2008, ed alla quale va un particolare ringraziamento per aver occasionato, con il suo invito, le riflessioni da noi espresse nel presente lavoro. Anche la relazione del notaio E. MORANDI, *La scelta della legge regolatrice: le diverse opportunità*, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>, mette in risalto le problematiche evidenziate nel testo.

⁹⁶ Cfr. sul punto *supra* nota 80.

ticolare, e della collocazione del medesimo nella cornice dei testi normativi convenzionali e comunitari, non si può negare che ad esso siano connessi (potenziali) costi a dir poco elevati di avvio e sostegno del(l'eventuale) contenzioso da parte dei soggetti coinvolti nonché margini di incertezza estremamente ampi sui contenuti della decisione finale dell'autorità giudiziaria straniera. Quest'ultima opera, infatti, sulla base di meccanismi ragionativi, per la gran parte, ignoti al professionista (tanto più se notaio e, dunque, legato istituzionalmente alle specificità proprie dell'ordinamento di appartenenza) che ha assistito la parte/le parti nella redazione dell'atto di *trust* interno e che dunque, nella maggior parte dei casi, non può essere in grado di esporre tali ragionamenti con sufficiente chiarezza a coloro che si sono a lui rivolti e che sulle sue informazioni hanno fatto *affidamento*, ponendo così i presupposti per l'esperimento di un'azione di responsabilità professionale.

A ben vedere i rischi di responsabilità professionale degli operatori del diritto, tanto più se particolarmente qualificati, sono legati non solo alla conoscenza della legge straniera e alla sue modalità applicative ma anche – e soprattutto – all'*obbligo di informazione* riguardo alle possibili conseguenze sul piano della competenza giurisdizionale in materia di controversie relative al *trust* interno. L'*omissione* di tale *informazione* può ben essere fatta valere *in primis* da colui che pone in essere l'atto costitutivo di *trust* e, in generale, dai soggetti coinvolti nell'operazione di *trust*⁹⁷.

⁹⁷ A tale proposito si segnala che sul punto sono state espresse da G. SICCHIERO riflessioni acute e pertinenti durante il suo intervento al corso di Alta formazione sul *trust*, menzionato alla nota 95. L'a. ha posto in risalto i vari profili di responsabilità in cui potrebbe incorrere e verso le parti e verso i terzi il professionista (notaio o avvocato) coinvolto nella redazione di un atto di *trust* interno sottoposto a legge straniera. Si tratta di responsabilità contrattuale e/o di responsabilità extracontrattuale, in molte ipotesi, concorrenti, con conseguenti riflessi sull'ammontare del danno risarcibile da parte del professionista, in particolare, del notaio. In conclusione G. Sicchiero ha manifestato forti perplessità riguardo all'opportunità di ricorrere ad un atto – quale è quello di *trust* interno – che espone l'operatore a rischi decisamente elevati di responsabilità a vario titolo nei confronti di diversi soggetti. Su questa linea anche B. FRANCESCHINI, *Ruolo e responsabilità del notaio*, cit., p. 99. Da ultimo sul punto cfr. Cass., 28 ottobre 2009 n. 22800, in <http://www>.

Neanche l'eventuale intervento di consulenze professionali *ad hoc* (cosiddetti *affidavit*) potrebbe attenuare – ci sembra – i profili di responsabilità sussistenti a carico del professionista, ed, in special modo, del notaio che redige l'atto di *trust*, in quanto la prestazione cui egli è tenuto nei confronti del cliente impone massimi livelli di diligenza (*ex art. 1176, co. 2, e 2236 cod. civ.*) che fanno apparire (inevitabilmente) pretestuosi i tentativi – pur espressi da una parte del ceto notarile⁹⁸ – volti a giustificare eso-

personaedanno.it/cms/data/articoli/files/016378_resource1_orig.doc, che parla di responsabilità *contrattuale* del notaio nei confronti del cliente e di responsabilità *extracontrattuale* del medesimo verso i terzi purchè questi dimostrino di aver sofferto una perdita patrimoniale immediata e diretta nei limiti dell'art. 1223 c.c. Su questa linea anche F. GALLUZZO, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust*, cit., p. 698 nota 13, in cui fa rilevare che il rinvio a legge straniera per la disciplina del *trust* si traduce in un aggravio non solo del giudizio ma anche della certezza del traffico giuridico in quanto tutti coloro che dovessero entrare in contatto con il *trust* sarebbero obbligati – al fine di contrattare con fondato *affidamento* – a conoscere i principi e la prassi applicativa della normativa straniera richiamata; l'aggravio sembra ammissibile in caso di sussistenza di un collegamento transfrontaliero che giustifichi la scelta di una legge straniera mentre non lo è con riguardo a fattispecie interamente domestiche.

⁹⁸ Sempre durante il Corso di Alta formazione sul *trust*, già menzionato, sono stati espressi pareri favorevoli all'esonero di responsabilità del notaio non solo con riguardo alla responsabilità professionale per omessa o errata informazione sulle specificità del contenzioso potenziale ma anche in caso di nullità (!) dell'atto di *trust* (si allude, in particolare, alle non infrequenti ipotesi di *sham trust*). Ma anche orientamenti più miti come quello espresso dall'avv. S. BARTOLI, *Il trust*, cit., pp. 778-792, cedono comunque alla tentazione di esonerare il notaio da responsabilità per nullità dell'atto di *trust* non conforme alla normativa straniera qualora questi sia stato affiancato, nella redazione dell'atto, da un esperto di detta normativa designato dal cliente ovvero dal notaio stesso con l'approvazione del cliente. Colpisce, senza dubbio, che, a sostegno di queste sue affermazioni, Bartoli menzioni genericamente «la dottrina» salvo poi citare, sul punto, come esponente della medesima il notaio L.F. RISSO, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio-VI*, in *TAF*, 2001, p. 336. Effettivamente va rilevato che la dottrina più propriamente accademica si è poco occupata in maniera esplicita (con qualche eccezione: G. DE NOVA, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio-II*, in *TAF*, 2000, p. 475) con contributi scritti, di questo aspetto della responsabilità professionale del notaio o dell'avvocato nella redazione dell'atto di *trust* interno e ciò perché o si è schierata contro il *trust* interno ovvero, pur non schierandosi contro, ha preferito non affrontare direttamente il tema ma – è lecito ritenere – non perché

neri o “scarichi” di responsabilità sull’autore della consulenza, tanto più qualora al rapporto tra notaio e consulente sia totalmente estraneo colui che si è rivolto al notaio per la redazione dell’atto di *trust*⁹⁹.

Deve, dunque, rilevarsi come, in caso di insorgenza di ragioni di conflitto attinenti al *trust* interno, il rischio che incombe sui soggetti coinvolti nella costituzione del *trust* non deriva soltanto *a)* dagli esiti della valutazione di compatibilità del contenuto del *trust* interno con le norme imperative del nostro ordinamento e *b)* dagli esiti dell’applicazione della

questo sia privo di interesse bensì per ragioni facilmente immaginabili e che confermano la progressiva “alterazione” dei rapporti tra i «formanti» (su cui *infra* nel testo) a tutto discapito della possibilità di fare chiarezza sulla configurazione delle fattispecie negoziali e sul loro *modus operandi* nel nostro ordinamento. In ogni caso la questione è vivamente sentita dai ceti professionali, notarile in special modo, tanto che negli ultimi numeri delle riviste del settore compaiono contributi anche ben articolati ad essa dedicati: si allude, in particolare, al contributo di E. CALÒ, *La responsabilità del notaio per l'applicazione del diritto straniero*, in *Notariato*, 2009, p. 545ss., che, nonostante le intenzioni di obiettività, resta pur sempre ancorato ad una prospettiva, per così dire, “addolcente”.

⁹⁹ Il ceto notarile appare consapevole di tutto quanto espresso nel testo: cfr., infatti, i contributi dei notai C. CACCAVALE, *Il trust nella prospettiva notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 213 e B. FRANCESCHINI, *Ruolo e responsabilità del notaio*, cit., pp. 95-103, che insiste sul rapporto tra prestazione professionale e responsabilità del notaio e sul rapporto tra notaio e conoscenza della legge straniera, estendendo al notaio l’art. 14 della legge 31 maggio 1995 n. 218 nonché l’applicazione dell’art. 28 legge notarile nel caso in cui il notaio nella redazione dell’atto di *trust* *violi* norme imperative non solo dell’ordinamento italiano ma anche dell’ordinamento straniero la cui legge sul *trust* è stata dal notaio indicata come legge regolatrice (es.: errore del notaio sulla durata del *trust* consentita dalla legge straniera indicata); da ultimo sul punto con toni di allarme D. MURITANO, *La responsabilità del notaio nella redazione degli atti di trust*, in D. ZANCHI, *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, 2009, pp. 121-143. Altrettanto consapevole è il ceto forense: cfr. M. MONEGAT, *L'approccio dei professionisti al trust*, cit., pp. 3-13, là dove insiste, particolarmente, sul dovere di informazione nonché sul rapporto tra responsabilità professionale e norme deontologiche. L’a. considera responsabile il notaio anche nel caso in cui consigli le parti di scegliere una legge che non conosca la categoria di *trust* voluto dal cliente con conseguente applicazione degli artt. 5 e 7 Convenzione de L’Aja e altrettanto conseguenti ripercussioni non volute dal cliente, ad esempio in tema di residenza fiscale. È interessante, tuttavia, rilevare come nel cd-rom allegato al più volte citato II vo-

legge straniera, operazioni poste in essere entrambe dal giudice italiano che si dichiarasse (eventualmente e non si comprende bene – v. *supra* – in base a quali elementi) competente a decidere la controversia.

Il margine di aleatorietà riguarda prima ancora – e soprattutto – *l'esito della valutazione della propria giurisdizione* che il giudice italiano deve svolgere in via preliminare e che potrebbe o, meglio, dovrebbe ragionevolmente condurlo a dichiararsi carente di giurisdizione per tutti o per una gran parte degli aspetti della questione a lui sottoposta¹⁰⁰. Non solo:

lume sul *Trust*, i curatori alleghino atti in cui compaiono clausole di questo tenore: «Articolo [...] Estensore dell'atto; scelta della Legge regolatrice. A. Le clausole di quest'atto sono state predisposte dall'avv. [...] del Foro di [...], che ha ritenuto la legge di Jersey, Isole del Canale, legge idonea a regolare questo Trust. [...]». La clausola sembra strutturata per scindere la responsabilità tra estensore dell'atto e colui che ha consigliato la scelta della legge regolatrice. Il ruolo del notaio verrebbe così a degradare a quello di mero *certificatore* e ciò contrariamente alle indicazioni sul punto provenienti dalla parte del notariato più competente in materia di *trust*. Si allude, in particolare, alle opinioni dei notai F. TASSINARI e D. MURITANO più volte espresse in varie sedi e dirette a negare con decisione che il notaio sia un mero certificatore di scelte altrui. Ed, infatti, nel già citato Studio pubblicato in CNN Notizie 22 febbraio 2006, al par. 7, si legge che l'aver ammesso la legittimità del *trust* interno non esime certo il notaio dallo svolgere i compiti che istituzionalmente gli competono quale pubblico ufficiale che mira a fornire certezze non solo sulla titolarità dei diritti ma anche sul loro assetto [e, aggiungiamo, sulla loro effettiva tutelabilità *n. d. r.*].

¹⁰⁰ Molto significativa rispetto a quanto si va dicendo nel testo la clausola sulla scelta della giurisdizione contenuta nell'art. 4 dell'atto di *trust*, posto in essere da uno dei coniugi per far fronte al mantenimento della figlia, menzionato nell'ordinanza di omologazione della separazione consensuale, emessa dal Trib. Milano, 23 febbraio 2005, in *Riv. not.*, 2005, p. 851: «Art. 4. *Giurisdizione e competenza*. a) Ogni controversia sulla validità o gli effetti del Trust o sui diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo Strumento è sottoposta esclusivamente alla *magistratura italiana*, Foro di Milano. b) Ogni procedimento perché siano date direttive al *trust* è proposto *esclusivamente dinanzi alla magistratura italiana Foro di Milano; qualora essa declini di provvedere, alla magistratura inglese* [corsivo nostro]». Clausola pressoché identica si rinviene anche nell'art. 11 dell'atto di *trust* su cui si è pronunciato con ordinanza di omologazione sempre Trib. Milano, 7 giugno 2006, in *TAF*, 2006, p. 575 nonché nell'art. 16 dell'atto istitutivo di *trust* riportato nel decreto autorizzativo del Trib. Grosseto, sez. dist. Orbetello, 15 luglio 2008, cit.

la causa potrebbe essere incardinata sin dall'inizio davanti ad un giudice straniero in applicazione dei criteri previsti dal Regolamento CE n. 44/2001 ed, in particolare, del criterio del *domicilio* del *trust*¹⁰¹.

In conclusione i pronostici sull'esito delle controversie attinenti al *trust* non possono non essere – seguendo l'interpretazione fin qui espressa dei dati normativi vigenti – alquanto vaghi e sommamente rischiosi non solo per il costituente e gli altri soggetti coinvolti nella fattispecie *trust* interno ma anche e soprattutto per l'operatore del diritto (notaio, avvocato) sotto il profilo della sua responsabilità professionale¹⁰².

¹⁰¹ V. ancora *supra* note 78, 80 cui aggiungiamo che nella recente pronuncia della High Court of Justice, Chancery Division, Morgan, J., 18 febbraio 2008 [*Gomez v. Gomez-Monche Vives*], cit., è stato affermato con chiarezza che: « sempre ai fini del regolamento comunitario n. 44/2001, onde determinare se un *trust* possa essere considerato domiciliato in uno stato membro dell'Unione, e quindi sottoposto alla relativa giurisdizione, è necessario avere riguardo alle norme interne di diritto internazionale privato; ne consegue che un *trust* può essere considerato domiciliato in Inghilterra quando la legge regolatrice alla quale esso è sottoposto, richiamata nell'atto istitutivo, sia la legge inglese, e ciò a prescindere dalla rilevanza di un collegamento con un altro stato (nel caso di specie il Liechtenstein), dal quale il *trust* venga amministrato e la cui normativa disciplini alcuni aspetti particolari della vita del *trust*». Da una tale pronuncia si deduce incontrovertibilmente che la clausola che prevede la scelta della giurisdizione italiana non vale ad impedire la proposizione dell'azione per questioni attinenti al *trust* interno assoggettato alla legge inglese davanti al giudice inglese il quale, attenendosi a quanto affermato dalla High Court, potrà senz'altro provvedere. In altre parole continuando a ritenere necessaria la scelta di una legge straniera si continuano ad esporre i soggetti del *trust* a giurisdizioni straniere e ciò in coerente applicazione delle normative comunitarie.

¹⁰² Di nuovo deve rilevarsi come il ceto notarile sia ampiamente conscio di quanto si va dicendo nel testo sebbene non fino alle logiche conseguenze: cfr. le parole del notaio F. TASSINARI, espresse nella Prefazione al volume AA. VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, dove si legge: «[...] non convincendo mai del tutto l'idea di affidarsi ad un ordinamento spesso assai diverso dal nostro e non sempre adeguatamente padroneggiato da parte del professionista italiano, come nel caso degli ordinamenti di *common law*, in cui l'esito concreto di un'eventuale controversia sarebbe assai difficilmente prevedibile *ex ante*, con buona pace del ruolo di giustizia preventiva affidata dall'ordinamento alla figura del Notaio di tipo civile» [!].

Né, in contrario, varrebbe osservare che ad oggi nessun giudice italiano si è dichiarato privo di giurisdizione ovvero incompetente in materia di *trust*. A ben vedere, infatti, dinnanzi alla magistratura italiana sono state finora sollevate questioni per così dire “preliminari” sulla validità, trascrivibilità e/o riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento, vale a dire questioni, in senso lato, di interpretazione e applicazione della Convenzione de L’Aja e non vere e proprie questioni coinvolgenti i soggetti (*settlor*, *trustee* e *beneficiary*) del *trust* ovvero *terzi* con essi interagenti¹⁰³, questioni che avrebbero richiesto l’applicazione del diritto straniero scelto come diritto applicabile. L’affermazione della giurisdizione italiana sulle prime questioni non la implica necessariamente sulle seconde perché il riconoscimento di un *trust* da parte di un ordinamento non significa – in applicazione delle norme convenzionali e regolamentari sopra esaminate – che i suoi giudici siano anche investiti del potere di dirimere le controversie che il *trust* genera, potendosi ovvero dovendosi incardinare la controversia davanti ad un giudice straniero. In ogni caso, mettendo pure da parte queste ultime affermazioni che possono essere discutibili, va detto che il difetto di giurisdizione non è stato finora sollevato in ragione del fatto che il groviglio di norme internazionalprivatistiche sopra esposto non è, per lo più, chiaro alla maggioranza degli operatori ma soprattutto perché in Italia si è radicata e diffusa l’idea che il *trust* interno regolato da legge straniera e che contempla una clausola di deroga in favore della giurisdizione italiana sia “al riparo” da possibili attacchi su questo punto, cosa che – come si è tentato di dimostrare – è lontana dal vero.

Si aggiunga che, non solo la problematica del difetto di giurisdizione non è stata finora sollevata in sede giudiziale, ma è stata, altresì, avallata a vari livelli la credenza di un “naturale” incardinamento delle cause (sebbene del genere suddetto) relative al *trust* dinnanzi al giudice

¹⁰³ Significative a tale proposito le parole di L. DITTRICH, *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, cit., p. 1206, là dove scrive che «il vero banco di prova delle innovative soluzioni in materia di *trust* interno sarà, però, la *successiva* [corsivo nostro] stagione contenziosa che vedrà infine emergere i veri controinteressati all’applicazione dell’istituto in esame». In altre parole può dirsi che il bello deve ancora venire!

italiano. Al contrario, finché l'Italia sarà (considerata: v. *infra* Cap. II) un paese *non-trust* esiste la possibilità concreta, in forza dei dati normativi in vigore, che, pur in presenza di una clausola di proroga in favore del giudice italiano, non soltanto tale giudice legittimamente declini di provvedere ma anche che l'azione sia legittimamente proposta fin dall'inizio o in corso di causa presso un giudice straniero¹⁰⁴.

5. Segue. *Tentativi di superamento del difetto di giurisdizione del giudice italiano riguardo al contenzioso generato da trust interno*

È possibile “contrastare” o, meglio, andare oltre e superare il percorso interpretativo fin qui seguito secondo cui il domicilio del *trust* è determinato in base alle regole della legge *straniera* scelta come legge applicabile? Si è visto come tale percorso porti – logicamente – ad una negazione *tout court* della giurisdizione italiana in materia di *trust*, negazione non superabile in modo convincente e/o ragionevolmente certo neppure facendo ricorso alle clausole cosiddette di *forum shopping* né – tantomeno – appellandosi ad interpretazioni “opportunistiche” delle norme convenzionali, distinguendo tra procedimenti di individuazione del foro e quelli di individuazione della legge applicabile¹⁰⁵.

Restano dunque percorribili solo due strade: o si afferma che determinante per stabilire il domicilio del *trust* sia la *lex fori* propria dell'organo giurisdizionale adito¹⁰⁶ ovvero si nega radicalmente che l'Italia sia (ancora ovvero sia mai stato) un paese *non-trust*.

¹⁰⁴ Dalla formulazione delle clausole riferite *supra* nota 100 e che sono presenti nei formulari approntati dai ceti professionali, si evince indiscutibilmente che i professionisti sono consapevoli del fatto che il giudice italiano può legittimamente declinare di provvedere sul contenzioso generato dal *trust*, vale a dire può – anzi dovrebbe secondo quanto fin qui detto – dichiararsi privo di giurisdizione o comunque incompetente su determinati aspetti del *trust*.

¹⁰⁵ V. ancora *supra* nota 80 in cui si fa riferimento all'uso discutibile dell'art. 7 Convenzione de L'Aja.

¹⁰⁶ Cfr. sul punto la posizione espressa nella Relazione *Schlosser*, riferita alla Con-

Procedendo per ordine e partendo dalla prima ipotesi di soluzione prospettata, essa, sostanzialmente, consiste in un tentativo di colmare la lacuna presente nell'art. 5 n. 6 Regolamento n. 44/2001 sulla nozione di domicilio del *trust*, facendo riferimento *non* alla legge regolatrice del *trust* scelta dal costituente bensì alle norme di diritto internazionale privato del foro (ossia del giudice adito) e ciò secondo quanto prescrive lo stesso art. 60 n. 3 del Regolamento CE n. 44/2001.

A ben vedere, però, anche incamminandosi su questa via si incontra subito un bivio relativo all'identificazione delle norme di diritto internazionale privato del foro. Una parte della dottrina italiana, infatti, individua tali norme nella l. n. 218/1995 ed, in particolare, nell'art. 25 relativo alle persone giuridiche e agli enti; un'altra parte, invece, identifica nella Convenzione de L'Aja e nella sua legge di ratifica le norme di diritto internazionale privato pertinenti¹⁰⁷.

Se si applica l'art. 25 l. n. 218/1995, il domicilio del *trust* si identifica con il *domicilio* del *trustee*, vale a dire con il luogo in cui il *trust* è amministrato, con conseguente annullamento della rilevanza della competenza speciale di cui all'art. 5 n. 6 del Regolamento CE¹⁰⁸. Applicando, invece,

venzione di Bruxelles e all'adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito di Gran Bretagna Irlanda del Nord (in *GUCE* n. 59 del 5 marzo 1979), là dove al par. 119 enuncia che: «negli Stati continentali della Comunità non esiste al presente nessuna norma di diritto internazionale privato per determinare dove un “trust” abbia il suo “domicile”. La giurisprudenza di tali paesi deve elaborare siffatte norme per permettere l'applicazione della convenzione di esecuzione per quanto concerne la sua regolamentazione relativa ai “trust”. *A tale proposito si presentano due possibilità. Da un lato si potrebbe dire che a determinare dove un trust ha il suo “domicile” è l'ordinamento giuridico cui esso è assoggettato. Dall'altro si potrebbe però affermare che è determinante al riguardo la lex fori propria dell'organo giurisdizionale adito; nell'ambito di questa si dovrebbero poi elaborare criteri specifici* [corsivo nostro]».

¹⁰⁷ In generale sul rapporto tra le norme di conflitto contenute in convenzioni internazionali e le norme nazionali di diritto internazionale privato cfr. P. BENVENUTI, *Il diritto internazionale privato*, cit., pp. 136-138, che conclude per una prevalenza delle prime sulle seconde.

¹⁰⁸ Così M. FRIGGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario* n. 44/2001, cit., p. 794. L'applicazione dell'art. 25 della l. n. 218 del

le norme convenzionali e dunque il criterio della *lex causae* per determinare il domicilio del *trust*, si giunge ad una soluzione che sostanzialmente si presenta identica a quella proposta dagli inglesi¹⁰⁹, con conseguente localizzazione del domicilio nel paese la cui legge è la legge scelta quale regolatrice del *trust*¹¹⁰.

Sia l'una sia l'altra opzione appaiono, dunque, insoddisfacenti. Di fatto lasciano insoluto il problema connesso alla determinazione della nozione di domicilio di *trust* che non vada ad identificarsi con il paese della legge (straniera) regolatrice oppure con il domicilio del *trustee*, vanificando la distinzione tra le due tipologie di domicilio (del *trust* e del *trustee*) così come contemplata nel Regolamento CE n. 44/2001¹¹¹, senza

1995 porta, inoltre, ad una non convincente qualificazione del *trust* in termini nettamente societari o comunque di centro di interessi "entificato": così A. MALATESTA, *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, cit., p. 4.

¹⁰⁹ Cfr. *supra* nota 58.

¹¹⁰ Lo segnala lo stesso M. FRIGGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario n. 44/2001*, cit., p. 795 nota 44, là dove cita FUMAGALLI, *La Convenzione de L'Aja sul "trust" e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 565. Sul punto si veda l'opinione conforme del ceto forense espressa – nel lavoro collettaneo già menzionato – da I. VALAS, *La convenzione de L'Aja ecc.*, cit., p. 74 nota 59, secondo il quale per l'Italia, il rinvio dell'art. 60 del Regolamento n. 44/2001 alle norme di diritto internazionale privato del foro, deve intendersi fatto alla l. 16 ottobre 1989 n. 364 di ratifica della Convenzione de L'Aja, derivandone così in definitiva e in applicazione della stessa, che il domicilio del *trust* è individuato dalla legge regolatrice dello stesso.

¹¹¹ Appare, altresì, opportuno fin da ora affermare la necessità di non confondere il domicilio del *trust* ai fini della determinazione della giurisdizione con la residenza del *trust* a fini fiscali e ciò anche in forza dell'art. 19 della Convenzione de L'Aja. Di residenza del *trust* si parla in Italia a seguito della finanziaria del 2007 (l. 27 dicembre 2006 n. 296) che ha modificato l'art. 73, comma 1, d.p.r. aprile 1986 n. 917, lett. b, c, d. La Finanziaria 2007 non detta alcun criterio per l'individuazione della residenza fiscale del *trust*, ragion per cui continueranno ad applicarsi le norme generali dell'art. 73, comma 3, TUIR (così Agenzie delle Entrate. Circ. n. 48/E del 6 agosto 2007, p. 10), che considera residenti nel territorio dello Stato ai fini IRES gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato laddove tali criteri sono tra di loro alternativi e non concorrenti. Tale norma viene interpretata, preferibilmente, escludendo l'identificazione della residenza

contare le incongruenze prodotte dall'adozione delle soluzioni menzionate sulla qualificazione giuridica della fattispecie *trust* secondo le categorie di *civil law*¹¹².

Non resta, dunque, che percorrere – al fine di poter affermare in modo coerente sul piano logico-giuridico la competenza del giudice italiano a dirimere le controversie insorte tra i soggetti coinvolti in una fattispecie di *trust* interno – la seconda ipotesi poc'anzi prospettata, e quindi negare che l'Italia sia (da sempre ovvero allo stato attuale) un paese *non-trust*. È indubbio che tale negazione si accompagna necessariamente all'affermazione – finora quasi unanimemente respinta – secondo cui l'Italia ha una disciplina interna del *trust* che andrebbe, perciò, considerato quale fattispecie di diritto interno.

In altri termini, spronati dall'esigenza di verificare la superabilità di innegabili contraddizioni relative all'operatività nel nostro ordinamento giuridico del “*trust* interno” inteso quale negozio sottoposto ad una legge straniera ma in cui è contenuta una clausola – la cui validità suscita, come già detto, alcune gravi perplessità – di designazione del giudice italiano quale giudice competente a dirimere le controversie originate dal *trust*¹¹³, è giunto il momento di chiedersi se l'Italia sia un paese

del *trust* con la nozione di *sede legale* per evitare di considerare il *trust* come ente e facendo, dunque, riferimento alla sede dell'amministrazione del *trust*, che può identificarsi con il domicilio del *trustee* ovvero con il luogo dove costui svolge i compiti del suo ufficio (così G. LEPORE, *Il regime fiscale del trust*, cit., pp. 301 e 311, che considera questa soluzione quella comunemente accettata in altri ordinamenti tributari) anche concordemente alle previsioni dell'art. 4 del modello Ocse e all'ivi previsto criterio del *place of effective management*, che coincide con il luogo dove sono prese le decisioni chiave sulla gestione dell'ente. Sul rapporto tra configurazione in ambito fiscale e configurazione in ambito civilistico del *trust* v. *infra* Cap. III par. 2 e, fin da ora, cfr. G. FRANSONI, *La residenza del trust*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 2582 e ss.; N. FASANO e G. MALINCONICO, *La residenza del trust*, in *TAF*, 2008, p. 372.

¹¹² V. *supra* nota 108.

¹¹³ Le clausole di giurisdizione o di scelta del foro competente hanno, pressappoco, questo tenore che si evince dalla lettura dell'atto di istitutivo di “Trust per Asilo Nido”, Repertorio n. 88516, Raccolta n. 20552 contenuto nel cd-rom allegato a M. MONE-

non-trust, se lo sia mai stato¹¹⁴ o comunque se lo sia ancora dopo alcuni importanti interventi legislativi e dopo il lavoro fin ora svolto dai ceti professionali (notarile in particolare) e dalla giurisprudenza con riguardo alla fattispecie cosiddetta di *trust* interno.

GAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust*, II, Torino, 2008: «Articolo 28. Ogni controversia relativa all'istituzione, alla validità o agli effetti del Trust e alla sua amministrazione o ai diritti o obbligazioni di qualsiasi soggetto nominato in quest'atto, è obbligatoriamente ed esclusivamente sottoposta alla magistratura italiana, Foro esclusivo di [...]. B. Ogni procedimento finalizzato a far pronunciare al giudice la nomina del Trustee o ad impartire direttive e prescrizioni è proposto esclusivamente dinnanzi la magistratura italiana, Foro esclusivo di [...]».

¹¹⁴ È doveroso ricordare fin da ora che importanti studi monografici sul *trust* di diritto inglese compaiono in Italia fin dagli anni '30: si allude, in particolare, all'ampio e approfondito volume di R. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, Padova, 1935, che, pur presentando alcuni punti discutibili, attesta senza dubbio la presenza di studi di livello accademico (v. la recensione di C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548 ss.) su un istituto che – inspiegabilmente – alla fine degli anni '80 (vale a dire circa sessant'anni dopo la pubblicazione del volume citato) veniva presentato e considerato come “sconosciuto” dalla dottrina italiana (cfr. G. CASSONI, *Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, cc. 753, 756). Per non parlare poi del fatto che i giudici italiani già dalla fine del XIX sec. hanno affrontato l'istituto del *trust* come risulta da *La giurisprudenza italiana sui trusts. Dal 1899 al 2006*, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, 2^a ed., 2006.

Capitolo secondo

Il trust italiano

1. Il *trust* da contratto «alieno» a contratto “anomalo”: la lista delle clausole vietate. 2. *Segue*. Dal *trust* (interno) al trust (di diritto interno). – 3. Analisi critica di orientamenti diffusi. – 4. Configurazione del trust italiano. – 5. *Segue*. Il ruolo unificante sul piano concettuale e categoriale dell’art. 2645-ter c.c.

1. Il trust *da contratto «alieno» a contratto “anomalo”*: la lista delle clausole vietate

Esiste o non esiste nel nostro ordinamento una disciplina del *trust* come fattispecie negoziale *socialmente tipica*?

È stato scritto che di regola il tipo legale rappresenta la traduzione, sul piano normativo, di un dato *tipo sociale*, ossia di uno schema di operazione economica già affermatosi nella prassi¹. L’affermazione nella prassi di uno schema di operazione economica implica che tale schema sia sottoposto a regole che, sebbene non siano di fonte legislativa, siano, co-

¹ Così sinteticamente ma efficacemente A. ZACCARIA, *sub* art. 1322, in *Commentario breve al codice civile* a cura di G. Cian e A. Trabucchi, 8^a ed., 2007, p. 1351. Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*², *Diritto civile* III, Milano, 2000, p. 473: «Il tipo contrattuale è in ampio senso il modello di un’operazione economica ricorrente nella vita di relazione. [...] Il tipo contrattuale si distingue in legale o sociale. Il tipo contrattuale legale è un modello di operazione economica che si è tradotto in un modello normativo, cioè in un modello di contratto previsto e disciplinato dalla legge. Il tipo sociale è invece un modello affermatosi nella pratica degli affari ma non regolato specificamente dalla legge».

munque, più o meno facilmente, individuabili, operanti ed osservate in modo pressoché uniforme dagli operatori del mondo giuridico².

Riguardo al *trust* questo genere di regole sono attualmente presenti in Italia?

Nel tentativo di rispondere a questa domanda utili appaiono le riflessioni svolte da G. De Nova e raccolte in un volumetto dal titolo *Il contratto alieno*³, che – ci sembra – va a toccare alcuni punti focali del rapporto tra «autonomia privata e modelli [contrattuali *n. d. r.*] transnazionali».

Con il “*trust* interno” quale contratto scritto in lingua italiana, conforme (almeno parzialmente⁴) ad un modello straniero, regolato (per buona parte⁵) da legge straniera ma sottoposto a giurisdizione italiana, ci si trova davanti ad un fenomeno che si presenta, per alcuni tratti, *speculare* e, per altri versi, *analogo* rispetto a quello del «contratto alieno»⁶, in-

² Cfr. ancora C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 477: «Nella pratica degli affari si assiste al continuo fenomeno della tipizzazione sociale di contratti innominati, quali modelli che rispondono a nuove esigenze pratiche e che attraverso la contrattualistica tendono ad acquisire una specifica regolamentazione uniforme (es.: la sponsorizzazione)».

³ Torino, 2008.

⁴ Sul punto si veda quanto detto *supra* Cap. I, par. 2, 3 e *infra* nel testo.

⁵ Non del tutto però: v. *infra* nel testo e note seguenti.

⁶ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 47. L'a. individua accanto al noto fenomeno dei contratti *atipici* quello dei contratti *alieni*. Il «contratto alieno» si configura quando un soggetto non italiano (ovvero italiano ma controllato da un non italiano) stipula un contratto in Italia con un soggetto italiano che ha la forza contrattuale sufficiente per imporre come legge applicabile il diritto italiano. L'a. non manca di far rilevare come tra i contratti alieni si possano trovare contratti atipici che non corrispondono, cioè, ai tipi di contratto per i quali il diritto italiano prevede una disciplina particolare (es.: *leasing, factoring, franchising, engineering* ecc.). Questa sovrapposizione tra contratto alieno e contratto atipico non deve, tuttavia, distogliere l'attenzione dal fatto che la categoria del contratto alieno è più ampia di quella del contratto atipico, perché tra i contratti alieni si rinvengono fattispecie per le quali il diritto italiano detta una disciplina particolare. Può, infatti, essere ricondotto alla vendita lo *share purchase agreement*, che ha ad oggetto la cessione di partecipazioni sociali qualificate; può inquadarsi nella cessione di azienda, il *sale of business*; può ricondursi al patto di non concorrenza il *covenant not to compete*. Cfr. anche la seguente nota 121.

teso come contratto in lingua straniera (generalmente lingua inglese), conforme (pressoché totalmente⁷) al modello straniero (generalmente quello imposto dalla prassi nordamericana) ma in cui le parti espressamente scelgono⁸, come legge applicabile, il *diritto italiano* e, *conseguentemente*, rinviando la soluzione di eventuali controversie al giudice italiano (o ad arbitri italiani, più raramente internazionali).

Il “*trust* interno” – nella versione ad oggi più accreditata presso dottrina e giurisprudenza maggioritarie – si presenta, piuttosto, come contratto *anomalo*, dato che la sua configurazione prevede la scelta di una legge *straniera* e di un giudice *italiano*⁹.

Se volessimo generalizzare i suddetti tratti del *trust* interno, immaginando – in astratto – ipotesi ad esso simili, potremmo porre, accanto alla figura del contratto *alieno*, quella del contratto, per così dire, *anomalo*, anch’esso – alla luce dell’assetto normativo vigente in Italia (su cui *infra* par. 2) – non identificabile *tout court* con il contratto *atipico*¹⁰ ma neppure con il contratto *alieno* in quanto, a differenza di quest’ultimo, presenta un contenuto ispirato, sì, a modelli stranieri ma ampiamente

⁷ I contratti alieni *ignorano* la disciplina italiana di fattispecie analoghe, eventualmente presenti: così G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 49: i contratti *alieni*, pur avendo tipi di riferimento nel sistema italiano (cfr. *supra* nota 6), rimangono alieni in quanto «pensati, costruiti in funzione del diritto statunitense, ed ignorano il diritto italiano, anche quando esso prevede norme potenzialmente applicabili».

⁸ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 47, fa notare che è opportuno limitare il tema generale molto ampio del rapporto tra autonomia priva e modelli transnazionali aggiungendo il sottotitolo «The law which governs this Agreement is the Law of Republic of Italy» che riproduce il contenuto della clausola inserita nei contratti alieni sulla scelta della legge applicabile.

⁹ Sul contenuto della clausola sulla legge applicabile, vale a dire sui limiti entro i quali le parti possono scegliere la legge applicabile (se possono escludere o meno alcune parti di essa e con quali conseguenze) ed imporre al giudice di esercitare il suo ufficio entro i confini della legge da loro scelta cfr. sempre G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 88.

¹⁰ Inteso, restrittivamente, come contratto non ispirato a modelli stranieri ma, più semplicemente, stimolato dall’esigenza di soddisfare interessi nuovi – non legalmente tipizzati – provenienti dalla realtà sociale italiana. Ed, infatti, cfr. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., pp. 42-43.

“italianizzato”¹¹ (v. *infra*); inoltre, esso non è regolato (e comunque *non solo*) dalla legge italiana bensì anche (e soprattutto) dalla legge straniera (la cui scelta è – secondo l’opinione dominante in Italia – considerata irrinunciabile ai fini della riconoscibilità della fattispecie *trust*). L’unico elemento di comunanza tra contratto *alieno* e contratto *anomalo* resterebbe, quindi, la clausola con cui viene designata la giurisdizione italiana.

In entrambe le fattispecie, però, la designazione del giudice italiano “stride” in qualche modo perché così come riguardo al *trust*-interno/*contratto anomalo* difficile risulta giustificare in modo coerente (ma anche efficiente) sul piano logico-giuridico la scelta di un diritto sostanziale (*lex causae*) differente dal diritto processuale¹² (*lex fori*), ugualmente riguardo al contratto *alieno* risulta difficile giustificare la scelta di un diritto sostanziale e di un diritto processuale diversi dalla lingua, dalla struttura e dal contenuto del contratto concluso¹³. Non c’è dubbio, tuttavia, che il contratto *alieno* appaia, in un certo senso, “più coerente” in quanto tende a far coincidere legge applicabile e giurisdizione per rapporti giuridici derivanti da un contratto costruito su un modello straniero o internazionale ma che esplica i propri effetti prevalentemente nel territorio dello Stato italiano.

¹¹ Mentre i contratti *alieni* ignorano del tutto il diritto italiano, anche quando vi sia (v. *supra* note 6 e 7), il contratto *anomalo-trust* interno ha assunto una configurazione di cui (alcune) regole di diritto italiano hanno condizionato il contenuto (v. *supra* Cap. I, par. 2, 3 e *infra* nel testo).

¹² Né varrebbe invocare, per superare l’aporia, i fenomeni del forum *shopping* – su cui vedi *supra* Cap. I, par. 4 e 5 – e del *law shopping* su cui v. *infra* nel presente paragrafo.

¹³ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 48, trova questa giustificazione nella maggiore forza contrattuale della parte italiana ma che si tratti di un punto contraddittorio emerge da quanto lo stesso a. dice più avanti (p. 86), là dove non manca di osservare che le cose potrebbero cambiare in prospettiva se dovesse avere successo la propensione delle *law firms* ad imporre prescrizioni procedurali di *common law* (in particolare quanto alla produzione di documenti e all’assunzione di prove) anche in procedimenti arbitrali interni. Tale propensione attesta – ci sembra – la naturale tendenza a sottoporre una fattispecie contrattuale a procedure proprie dell’ordinamento dove essa è nata ed al quale ontologicamente appartiene.

In ogni caso, mettendo da parte quest'ultima indicazione, ciò che interessa qui sottolineare è come il fenomeno del contratto *alieno* sollevi – ci sembra – questioni analoghe a quelle sopra viste per il *trust* interno.

Anche per il contratto *alieno* il nodo problematico più consistente si concentra, oltre che sulla *struttura* e sull'*interpretazione* dell'atto¹⁴, sulla *compatibilità* delle *clausole* contenute nell'atto medesimo, plasmato interamente sul modello straniero, con i principi cardine e le norme imperative del nostro ordinamento¹⁵.

Secondo l'analisi del De Nova questo problema di *compatibilità* non può essere e, di fatto, non viene superato completamente mediante interventi legislativi (spesso superficiali) *ad hoc*¹⁶ ovvero con avalli giuri-

¹⁴ Sempre G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., pp. 50-56.

¹⁵ Cfr. ancora G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., in part. pp. 50-62, là dove prende in esame il problema della struttura, dell'interpretazione ma soprattutto quella della *compatibilità* delle clausole contenute nei contratti alieni con il diritto italiano che l'a., riprendendo S. PATTI (*Introduzione a H. Kötz, Diritto europeo dei contratti*, trad. it. a cura di S. Patti, Milano, 2006), definisce una «debole barriera» in quanto i contratti alieni, prima o poi, sono stati accettati ed, anzi, riconosciuti dal legislatore. Tra gli esempi menzionati (problemi di causa posti dai *performance bonds*; contrasto con divieto del patto commissorio posto dal *lease back*; problemi con il divieto di fornire garanzie per l'acquisto di azioni proprie posto dal *leveraged buyout*) De Nova include anche il *trust* e la questione della compatibilità della fattispecie con l'art. 2740 c.c.: sul punto v. *infra* nel testo.

¹⁶ Ancora G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., pp. 41-43, 44-46, 49. L'a. giudica gli interventi del legislatore italiano malriusciti in quanto non si traducono in un'effettiva disciplina speciale dei contratti considerati e questo accade ed è accaduto (es.: legge sul *franchising* o, ancor prima, legge sul *factoring* o ancor più evidentemente sul *leasing*) perché tali contratti non si prestano ad essere regolati secondo lo schema tradizionale del legislatore italiano: *norme dispositive-norme imperative*, questo modo di legiferare non è coerente con la materia da regolare perché il contratto di derivazione anglosassone non è fatto per essere integrato da norme dispositive bensì per essere autosufficiente, completo e, soprattutto, non è pensato in relazione al diritto italiano. Per i contratti *alieni* – che mirano a realizzare l'unità del diritto entro l'unità dei mercati come è stato scritto da F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 197 – non ha molto senso ipotizzare una disciplina *nazionale* perché, nota sempre De Nova, la materia da regolare è ostile; il nostro legislatore è abituato a considerare i singoli contratti come destinatari di una disciplina speciale rispetto a quella generale sul contratto ma la prassi

sprudenziali che, in assenza di una regola di vincolatività del precedente, non diminuiscono comunque i margini di incertezza sulla prevedibilità delle decisioni. Per risolvere *ab origine* il suddetto problema è necessaria, piuttosto, la creazione di una lista condivisa di *divieti* e di *clausole vietate* (vale a dire la creazione di *norme imperative uniformi*) che evitino «un'adozione cieca dei modelli contrattuali alieni» ed impongano al giurista italiano un «confronto critico, alla luce del diritto italiano, con i modelli contrattuali alieni»¹⁷ (e – può aggiungersi – *anomali* nel senso specificato sopra). E che questa indicazione sia da seguire risulta anche – *mutatis mutandis* – dalla constatazione che essa si è rivelata, finora, la più efficiente per risolvere problemi relativi a contratti non necessariamente informati a modelli stranieri ma che presentano, al pari di questi, problematiche di definizione dei contorni che li caratterizzano e di rispetto di principi inderogabili dei diversi sistemi giuridici nazionali in ragione della loro vocazione al coinvolgimento di soggetti di diversa nazionalità tale da indurre gli organi comunitari ad intervenire con una direttiva volta ad armonizzare sul punto le legislazioni statali. Si allude, in particolare ai cosiddetti *contratti del consumatore* che possono assumere configurazioni molteplici e che, in ragione di ciò, non sono individuati con precisione

contrattuale dei nuovi contratti non risponde a questo schema: costituisce un *corpus* non speciale bensì alieno. Non a caso la *Schuldrechtmodernisierungsgesetz* ha lasciato fuori dal suo raggio di interesse i nuovi contratti di origine anglosassone e non solo e non tanto per ossequio alla tradizione (cfr. sul punto S. PATTI, *Conclusioni: luci ed ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contr. Impr./Europa*, 2004, p. 963) quanto per la percezione della loro *alienità* rispetto al diritto nazionale.

¹⁷ Così sempre G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 49, 70-71. Dello stesso a. si veda anche il testo dell'intervento, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, distribuito a Roma, presso il Consiglio Nazionale Forense in occasione del Convegno sul *Draft of Common Frame of Reference*, 23-24 settembre 2008, dal quale emerge un'approvazione per il *Draft* che ha saputo cogliere l'importanza della norma imperativa in un contesto in cui la prassi contrattuale tende a predisporre contratti che ambiscono alla completezza, ma anche una critica al medesimo *Draft* per aver esagerato nella tecnica del rinvio anche per le norme imperative e nell'uso di clausole generali che producono inevitabilmente incertezza sull'esito del giudizio.

nell'art. 33 del nostro Codice del Consumo ma genericamente indicati come «contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista». Rispetto a tali contratti alcune clausole, elencate specificamente dal legislatore, sono appunto vietate a pena di nullità a causa della loro (presunta) vessatorietà (v. *infra* par. 2).

2. Segue. *Dal trust (interno) al trust (di diritto interno)*

Avendo riguardo ai contratti *alieni* (ed *anomali*) l'elaborazione di una *lista* di norme imperative uniformi cioè di un *elenco* condiviso (da tutti i «formanti» coinvolti nell'elaborazione della disciplina della fattispecie) di divieti e di clausole vietate perché in contrasto con i principi cardine dell'ordinamento giuridico in cui il contratto esplica i propri effetti principali appare una valida alternativa all'emanazione di una legge *ad hoc*¹⁸

¹⁸ Non è un caso che siano fino ad oggi naufragati in Italia i tentativi di elaborazione di una legge sul *trust* anche ove l'ambito di operatività di questa legge fosse ristretto. A parte la Proposta di legge n. 1318 del 7 luglio 2006, d'iniziativa di vari deputati, e relativa al cosiddetto *blind trust* su cui si veda I. VALAS, *Il blind trust*, in *Trust*, II, cit., p. 194, si allude qui, in particolare, alla Proposta di legge n. 1471 del 10 luglio 2008 di iniziativa del deputato della Camera, on. Migliori, intitolata "Disciplina dei *trusts* istituiti in favore di persone portatrici di *handicap*" (che ha un precedente nella proposta n. 2733 del 10 maggio 2002, presentata dall'on. Cima) ma, a ben vedere, non hanno trovato accoglimento anche precedenti disegni e/o proposte di legge che, a partire dal '99, sono stati sottoposti al vaglio delle Commissioni, alternativamente, da esponenti della Camera e del Senato. Questi progetti possono essere raggruppati in due categorie principali con riguardo alle analogie contenutistiche e strutturali che presentano. Simili sono il progetto di legge 11 novembre 1999 n. 6547, di iniziativa dell'on. Rabbito ed altri, intitolato "*Disciplina del trust*" e il disegno di legge 12 maggio 2008 n. 489, d'iniziativa dei senatori Barbolini e Pegorer, intitolato "Istituzione del *trust* di diritto italiano, in applicazione dell'art. 6 della Convenzione adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, ratificata ai sensi della legge 16 ottobre 1989 n. 364". Queste iniziative configurano la legge regolatrice del *trust* come legge attuativa della Convenzione dell'Aja del 1985, restringendo, però, l'ambito soggettivo del *trustee* al *trustee* professionale e dedicano alcune dettagliate disposizioni alla disciplina fiscale del *trust*. All'altro gruppo appartengono invece la proposta di legge n. 6320 del 1° febbraio 2006, di ini-

nonché una soluzione praticabile e ragionevole nell'ambito dell'intera

ziativa dell'on. Tabacci, intitolata “Disposizioni sull'affidamento fiduciario” e l'emendamento all'art. 9 del ddl n. 3256 (bozza della Legge Finanziaria 2008) elaborato, principalmente, dal prof. Michele Graziadei e comparso su *ILSole24 ore* del 30 novembre 2007 nonché ripreso interamente nel ddl n. 854 del 26 giugno 2008, d'iniziativa della senatrice Leddi, intitolato “Disciplina tributaria del *trust*”, che prevede all'art. 1 l'introduzione nel codice civile del capo *IX-bis*, artt. 1741-*bis*-1741*undecies* nonché la modifica dell'artt. 2645-*ter* c.c., l'introduzione dell'art. 2684-*bis* c.c. ed, infine, modifiche e novellazioni delle principali normative di diritto tributario: tutti e tre questi progetti configurano l'affidamento o la fiducia in termini negoziali e più precisamente contrattuali, non limitano l'ambito soggettivo del *trustee*, sono attenti al regime pubblicitario e fiscale della fattispecie. Uno sguardo complessivo a tutti i progetti menzionati, compreso quello sul *blind trust*, fa emergere comunque anche elementi di diversità già a partire dalla denominazione, per non parlare poi della tecnica adottata (legge speciale e/o novellazione del codice civile). Essi rivelano diversità nell'identificazione strutturale dell'istituto (contratto o atto unilaterale o affidamento), elemento questo che attesta non solo e non tanto le difficoltà di inquadramento della fattispecie-*trust* nell'ambito delle categorie civilistiche (di diritto italiano in *special* modo) quanto, piuttosto, la sua inevitabile “riduzione”, il suo “ridimensionamento” nel momento stesso in cui si tenta di regolarla dedicandovi norme *ad hoc* (v. *infra* nel testo). Ciò è confermato proprio da quanto accaduto di recente in Francia: dal 2007, anno di emanazione della legge (non sul *trust* ma) sulla *fiducie*, ben altri due provvedimenti normativi nel 2008 e nel 2009 (v. *supra* note 11 e 28) hanno tentato di “aggiustare il tiro”, estendendo i contorni della fattispecie fiduciaria che, nella legge del 2007, apparivano – e tutt'ora appaiono – alquanto limitati (A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *TAF*, 2008, p. 595 ss., dove l'a. sottolinea che la *loi* n. 2008-776 ha, sì, abrogato l'art. 2014 e modificato l'art. 2015 *code civil*, estendendo alle persone fisiche la facoltà di costituire patrimoni fiduciari nonché agli avvocati l'idoneità a ricoprire il ruolo di fiduciari, ma ha conservato altri limiti che inequivocabilmente mostrano le reticenze del legislatore francese nei confronti di un possibile ricorso alla *fiducie* anche fuori dai rapporti commerciali, ove il rischio di abuso e di violazione di norme di ordine pubblico viene considerato più forte). Considerazioni analoghe possono farsi sulla legge di altri Stati europei come quello della Repubblica di San Marino sui *trust* del 17 marzo 2005 n. 37, che – non a caso – prima ancora dell'Italia, ha sentito l'esigenza di regolare espressamente il fenomeno *trust* (cfr. P. MANES, *La legge della repubblica di San Marino sui trust: i beneficiari e la loro tutela*, in *Contr. Impr.*, 2007, p. 257); lo stesso può dirsi sulla legge lussemburghese del 27 luglio 2003 (v. *supra* Cap. I, note 11, 14 e 28 e *infra* nel testo). Le difficoltà di qualificazione e inquadramento emergono anche nel dibattito ad oggi in corso presso la *Scottish Law Commission* la cui ultima relazione *Discussion*

contrattualistica ispirata a modelli stranieri (o internazionali nel senso di risultanti dall'intrecciarsi di più modelli stranieri) operanti nel sistema nazionale.

Se ciò è vero, non si può fare a meno di constatare che proprio tale soluzione può essere considerata, in parte, raggiunta o comunque in fase di raggiungimento, in Italia, ove si abbia riguardo al *trust*. Per suffragare questa conclusione è opportuno andare per ordine e tornare al tema centrale della nostra indagine, focalizzata sul problema disciplinare del *trust*.

A tale proposito deve rilevarsi come, pur con le specificità sopra indicate, riguardo ai contratti *alieni non* vi sia stata e *non* vi sia grande difficoltà da parte del mondo giuridico (italiano) ad accettare l'idea che un contratto informato *completamente* a modelli stranieri/internazionali possa essere regolato dalla legge italiana (oltre ad essere sottoposto alla giuri-

Paper on the Nature and Constitution of Trusts – October 2006 Discussion Paper No 133, pubblicata in *TAF*, 2008, p. 72, denota, anche solo scorgendo l'indice, gravi incertezze sulla qualificazione della fattispecie con riguardo, ad esempio, all'opportunità di attribuire ai *trust* una *legal or juristic personality* (par. 2.39) e di registrarli (cfr. D. HAYTON, *The nature and the constitution of trusts: the scottish law commission's proposals*, in *TAF*, 2008, p. 135). D'altra parte c'è chi prosegue sulla strada della regolamentazione *ad hoc*: da non trascurare sono, infatti, le scelte che lo *Study Group* (www.sgecc.net) ha attuato nel *Draft of Common frame of reference* (DCFR), Outline edition, Monaco, 2009, dove nel X Libro la fattispecie *trust* è regolata con ben 10 *Chapters*, articolati ciascuno in varie *Sections* per un ammontare complessivo di numerosi articoli. Questa scelta dimostra – ci pare – un intento esaustivo decisamente poco realistico; non a caso una direzione diversa viene seguita dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei (www.eurcontrats.eu) che nell'elaborazione del *Code européen des contrats*, Livre II, T. 2, sta valutando (cfr. Atti del *Colloque de l'Académie* 27-28 juin 2009, in corso di pubblicazione) di predisporre norme generali applicabili a tutti i contratti cosiddetti di *cooperazione* ovvero di *collaborazione* in cui va compreso anche il *trust*; tali norme se non sostituiscono comunque si antepongono alle discipline particolari delle singole fattispecie contrattuali con tutta una serie di conseguenze sulla configurazione di quest'ultime (v. *infra*). In dottrina l'esigenza di dedicare apposite regole al *trust* è stata espressa con chiarezza oltre che da M. LUPOI, anche da P. SCHLESINGER, *Una «novella» per il trust*, in *Notariato*, 2001, p. 337 ed è condivisa dalla totalità del ceto professionale (forense e notarile); cfr. anche G. DE NOVA, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio-II*, cit., pp. 475-477 (sul punto *infra* nel testo e Cap. III, par. 4).

sdizione italiana)¹⁹ purché il suo contenuto (in senso ampio) non contrasti con norme imperative del diritto italiano.

Se questo è ammesso per i contratti *alieni*, non si vede perché non ammetterlo anche per il contratto che abbiamo definito *anomalo* ed, in particolare per il *trust* cosiddetto interno, tanto più che quest'ultimo, al contrario delle fattispecie di contratto *alieno* che risultano (quasi del tutto) aderenti al modello straniero, si è andato, per così dire, “emancipando” dal modello straniero (tra l'altro non facilmente identificabile: v. *infra*) proprio grazie al lavoro di verifica e *valutazione di compatibilità* con il diritto italiano delle *clausole* da inserire nell'atto istitutivo di *trust*²⁰, fino ad assumere una configurazione sempre più *di diritto italiano* rispetto alla

¹⁹ Ancora una volta è utile leggere le parole di G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 48: le parti concludono un contratto pensato e scritto sulla base di un modello diverso dal diritto italiano e cioè un modello di *common law*, in particolare un modello statunitense, pur indicando quale legge applicabile il diritto italiano.

²⁰ Tale lavoro è stato compiuto, sì, da esponenti della classe accademica (principalmente da M. LUPOI con *Atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005 e, continuativamente, con la rivista *Trust e attività fiduciarie* dove vengono pubblicati modelli di atto di *trust*) ma – come si è tentato di evidenziare nel Cap. I – anche ed incisivamente da alcuni esponenti del ceto notarile e forense che hanno pubblicato e continuano a pubblicare volumi in cui non solo analizzano l'atto di *trust* clausola per clausola, dandone per assunta la praticabilità nel nostro ordinamento, ma allegano, altresì, modelli redazionali. Oltre alle numerose pubblicazioni collegate direttamente con l'ordine dei notai (Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato; Quaderni del Notariato; Quaderni Federnotizie; Studi approvati o Studi raccolti dal CNN) già, almeno in parte, citate *supra*, vale menzionare, solo a titolo esemplificativo e dimostrativo di quanto si va dicendo nel testo, i volumi, a taglio eminentemente pratico, di F. ROTA e G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini*, Milano, 2006 che appartiene alla Collana “Manuale e Applicazioni Pratiche – Lezioni Capozzi” e di E. BARLA DE GUGLIELMI (a cura di), *Introduzione ai trusts e al loro impiego nella pratica professionale*, materiali del corso omonimo organizzato dal Consorzio Interuniversitario per l'aggiornamento professionale in campo giuridico a.a. 2008-09; avv. A. MOJA, *Commentario all'atto istitutivo di un trust*, in *Il trust nel diritto civile e tributario* a cura di A. Moja, cit., p. 347. Inoltre va qui segnalata l'ampia diffusione di corsi sul *trust* o, meglio, sui *trust* e sulle applicazioni possibili di queste versatili fattispecie contrattuali; tali corsi pullulano ovunque in Italia e vengono organizzati in ambito accademico ma più frequentemente professionale (dagli ordini notarili e forensi o, addirittura da singoli studi legali).

quale la scelta della legge straniera si riduce – oggi più che mai – ad una sorta di “*clausola di stile*”, di cui è auspicabile (se non addirittura necessaria) l’eliminazione (v. *infra*), tenendo anche conto dell’orientamento della giurisprudenza di legittimità che considera la clausola di stile improduttiva d’effetti giuridici²¹. Come risulta dall’analisi degli atti istitutivi di *trust* presenti nei formulari ovvero realmente circolanti²², la *clausola sulla*

²¹ Cass., sez. III, 27 gennaio 2009 n. 1950, in *Mass. Foro it.*, 2009, 106.

²² Si veda il già menzionato atto di Trust per Asilo Nido, Repertorio n. 88516, Raccolta n. 20552, dalla cui lettura emerge chiaramente quanto sia limitata la parte del contratto *effettivamente* regolata dalla legge straniera: «Articolo 27 **Legge regolatrice** A. Il Trust è regolato dalla legge di Jersey, Isole del Canale (“Trust Jersey Law 1984 as amended 1996 – Legge di Jersey sul Trust del 1984, come modificata nel 1996). B. Le obbligazioni e la responsabilità del Trustee sono disciplinate *cumulativamente dalla legge italiana e dalla Legge regolatrice* [corsivo nostro]. C. Qualsiasi provvedimento di natura cautelare, sommaria e speciale non cognitoria, dovesse essere intentato contro il Trustee deve essere *regolato dalla legge italiana* [corsivo nostro]. D. Per *l’applicazione della legge italiana* [corsivo nostro], il Trustee è considerato quale gestore di beni che sono in sua piena ed esclusiva proprietà dal punto di vista della titolarità del relativo diritto dominicale, sebbene l’esercizio di tale diritto sia destinato esclusivamente a soddisfare lo Scopo. E. La validità, l’efficacia e l’opponibilità degli atti del Trustee, riguardanti beni immobili siti in Italia, sono *regolati dalla legge italiana* [corsivo nostro]. F. Il Trustee e il Guardiano, congiuntamente, possono in qualsiasi momento *sostituire la legge regolatrice con altra legge rispetto alla quale siano validi sia il Trust sia le sue principali disposizioni* [corsivo nostro]. In tale circostanza il Trustee ha il potere di modificare le disposizioni di questo Trust che siano incompatibili o eccessivamente onerose rispetto alla nuova legge regolatrice». Cfr., poi, l’atto di trust, posto in essere da uno dei coniugi per far fronte al mantenimento della figlia, menzionato nell’ordinanza di omologazione della separazione consensuale, emessa dal Trib. Milano, 23 febbraio 2005. In particolare gli artt. 3 e 4 così recitano: **Art. 3. Legge regolatrice del Trust.** a) Il Trust è regolato dalla legge *inglese* [corsivo nostro]. Essa è la legge applicabile al Trust, alla sua validità, alla sua amministrazione e all’interpretazione di queste disposizioni. b) Peraltro, le obbligazioni e la responsabilità del Trust sono disciplinate *cumulativamente* dalla legge *inglese* e dalla legge *italiana*. c) Per l’applicazione della legge *italiana* [corsivo nostro] il Trust è considerato quale gestore di beni che, sebbene di sua proprietà, sono destinati a soddisfare esclusivamente interessi di terzi e a essere loro trasferiti al termine del Trust. d) La validità, l’efficacia e l’opponibilità degli atti del Trust e posti in essere in Italia o riguardanti beni immobili siti in Italia sono regolati dalla *legge italiana* [corsivo nostro]. **Art. 4. Giurisdizione e competenza.** a) Ogni controversia sulla

scelta della legge applicabile appare caratterizzata da “genericità e ripetitività” tale da far supporre che essa non rispecchi un’effettiva volontà negoziale delle parti ma sia stata inserita nel testo dell’atto per condizionamenti causati da una certa ricostruzione della fattispecie *trust*.

In altre parole e riepilogando, si assiste ad una vicenda per alcuni aspetti paradossale: per molti dei contratti *alieni* (diversi dal *trust*) si è accettato *tout court* l’assoggettamento alla legge italiana e, oggi, la difficoltà è quella di indurre l’avvio di un processo di valutazione della compatibilità delle clausole contenute in questi contratti, conformati per intero al modello straniero (e redatti anche in lingua straniera), con le norme imperative e i principi inderogabili di diritto italiano. Per il *trust*, invece, a causa della ratifica della Convenzione de L’Aja e di una certa interpretazione che ad essa è stata data da una parte della dottrina accademica²³ e

validità o gli effetti del Trust o sui diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo Strumento è sottoposta *esclusivamente* alla *magistratura italiana*, Foro di Milano. b) Ogni procedimento perché siano date direttive al Trust è proposto *esclusivamente* dinanzi alla *magistratura italiana* Foro di Milano; qualora essa *declini di provvedere*, alla magistratura *inglese* [corsivo nostro]. V. ancora l’atto di *trust* su cui si è pronunciato Trib. Milano 7 giugno 2006, cit., nonché l’atto istitutivo di *trust* autorizzato ai sensi dell’art. 320 c.c. con decreto dal Trib. Grosseto, sez. dist. Orbetello, 15 luglio 2008, cit., dove si legge all’art. 3. **Legge regolatrice del trust** che: «Il Trust “E. e T.” è regolato dalla Legge inglese. I diritti, le obbligazioni e la responsabilità del Trustee sono disciplinate *cumulativamente* [corsivo nostro] dalla Legge inglese e dalla Legge italiana. Per l’applicazione della Legge italiana il Trustee è considerato quale *gestore* di beni che, sebbene di sua proprietà, sono destinati a soddisfare esclusivamente interessi altrui e ad essere trasferiti ai beneficiari finali. La validità, l’efficacia e l’opponibilità degli atti del Trustee posti in essere in Italia e riguardanti beni immobili siti in Italia sono regolati dalla Legge italiana».

²³ A ben vedere, infatti, la tesi del *trust* interno (riferibile a M. LUPOI che la sintetizza di recente in *Istituzioni ecc.*, cit., 23, 333) si fonda su un’interpretazione della Convenzione de L’Aja incentrata su un certo tipo di lettura (crediamo: non l’unica possibile) degli artt. 5, 6, 11 e 13. Dalla formulazione letterale di questi articoli si deduce che l’applicazione della Convenzione è *esclusa* quando la legge scelta come legge applicabile è quella di uno Stato che «*non preveda*» l’istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione ovvero quando gli elementi importanti del *trust*, ad eccezione di alcuni espressamente elencati, siano strettamente connessi con uno Stato che «*non preveda*» l’istituto del *trust* o la cate-

dalla quasi totalità dei ceti professionali più interessati alla praticabilità dell'istituto, non si è accettato l'assoggettamento alla legge italiana del *trust* (v. *infra*), spingendo invece per la scelta, indefettibile, della legge

goria del *trust* in questione. Questa formulazione del testo convenzionale induce in primo luogo a chiedersi quando può dirsi che uno Stato preveda, cioè regoli, un *trust*: è necessaria una legge *ad hoc* sul *trust* oppure possono essere sufficienti delle regole formatesi a livello giurisprudenziale e di prassi contrattuale? Nella tesi del *trust* interno si opta per la legge *ad hoc* e si afferma, di conseguenza, che l'Italia è un paese non-*trust*. Dunque: senza il rinvio alla legge *ad hoc* straniera il *trust* non potrebbe operare in Italia né potrebbe essere riconosciuto dagli Stati contraenti la Convenzione e ciò creerebbe disparità di trattamento in favore di cittadini stranieri che invece potrebbero istituire *trust* in Italia regolati dalla legge straniera (così M LUPOI, *Trusts*², cit., p. 537). Ma la scelta dell'opzione "legge *ad hoc*" è appunto tale e lascia aperta la possibilità di ritenere che la «previsione», cioè la regolamentazione di un istituto in uno Stato possa anche fondarsi su regole non legislative o, più esattamente, non *solo* legislative (come si va appunto sostenendo nel testo: v. *infra*). In ogni caso, anche optando per la legge *ad hoc*, rimane da chiarire perché sia necessario, ai fini dell'operatività del *trust* in Italia, la necessità del suo assoggettamento a legge straniera. La mancata indicazione di quest'ultima, infatti, e la scelta del diritto italiano potrebbero determinare, sì, la non applicazione della Convenzione e, quindi, la non riconoscibilità del *trust* regolato dal diritto italiano da parte degli Stati contraenti diversi dall'Italia *ma* ciò non andrebbe ad incidere sull'operatività e sulla ammissibilità *in Italia* del *trust* tutto italiano: in questa prospettiva la scelta della legge straniera non ha alcuna ragion d'essere e dunque poteva sicuramente essere evitata fin dall'inizio così come, infatti, è stata evitata per tutti gli altri contratti *alieni*, vale a dire per quei contratti conformati ai modelli stranieri ma – pacificamente – assoggettati al diritto italiano (v. *supra* par. 1). Nella prospettiva delineata nel testo il *trust* interno appare dunque nient'altro se non un *escamotage* (apprezzabile nelle intenzioni ma non nei condizionamenti che ne sono derivati e che a tutt'oggi persistono) elaborato per fornire agli operatori del diritto un punto di riferimento normativo "certo" al fine di indurli a ricorrere al *trust*, quale negozio di destinazione-separazione patrimoniale, per la soddisfazione di certi interessi. In realtà, ben lungi da creare certezze questo rinvio alla legge straniera ha generato incertezze notevoli perché esso è indubbiamente una forzatura nel senso che forza il senso della Convenzione, facendola apparire un ostacolo al *trust* italiano, tacendo del fatto che una fattispecie giuridica per essere tale in un ordinamento non necessita del riconoscimento da parte di altri e che l'eventuale disapplicazione del testo convenzionale consente comunque il ricorso ad altre norme di diritto internazionale privato (del foro ovvero di fonte comunitaria): v. sul punto anche *infra* nel testo e nelle note.

straniera, pur redigendo l'atto in lingua italiana e optando per la giurisdizione italiana. Questa convinzione, diffondendosi e trovando consensi, ha isolato il *trust* dagli altri contratti *alieni*, rendendolo appunto *anomalo*, ma ha avviato, da subito, una *valutazione di compatibilità* delle clausole dell'atto istitutivo di *trust* con le norme imperative del diritto italiano.

In considerazione di quanto avvenuto, non appare adesso né opportuno né realistico continuare a procrastinare l'ammissione secondo cui la *valutazione di compatibilità* delle singole *clausole* da inserire nell'atto costitutivo di "trust interno", valutazione, tra l'altro, svolta in base ai dettami della Convenzione de L'Aja (artt. 15, 16, 18) e che, ormai da tempo, è stata focalizzata ed attuata da una determinata dottrina ma soprattutto dai ceti professionali nonché, entro certi limiti, dalla stessa giurisprudenza²⁴, si sia tradotta e si sostanzi oggi nell'elaborazione di *regole di diritto*

²⁴ Della necessità di effettuare questa *valutazione di compatibilità* la magistratura è – da tempo – pienamente consapevole arrivando a dichiarare nulli i *trusts* valutati incompatibili: cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 16 giugno 2009, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1763.htm>, che dichiara nullo per contrarietà a norme di ordine pubblico il *trust* istituito da una società in stato di insolvenza allo scopo di soddisfare i propri creditori; così anche Trib. Milano 17 luglio 2009, cit. nonché, da ultimo, Trib. Milano, 30 luglio 2009, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1810.pdf> che dichiara nullo il *trust* liquidatorio *ex artt.* 1325, n. 2, e 1418, art. 15 Convenzione de L'Aja; Trib. Trieste, decr., 19 settembre 2007, cit.: spetta al giudice mediante un'indagine attenta della *causa* dell'atto «verificare se l'atto istitutivo del *trust* o quelli ad esso geneticamente e funzionalmente collegati contengano pattuizioni che violino norme inderogabili specifiche o principi precettivi dell'ordinamento italiano o di quello estero prescelto dalle parti»; Trib. Trieste, decr. giudice tavolo 7 aprile 2006, in *Riv. not.*, 2007, II, p. 367 e *Foro it.*, 2006, I, c. 1935 (con nota di Di Ciommo): «[...]per quanto sia precisa convinzione di questo giudice che l'art. 12 della Convenzione de L'Aia del 1° luglio 1985 operi direttamente nel tessuto normativo interno, consentendo la trascrizione dell'atto di trasferimento della proprietà immobiliare ad un *trustee*, tuttavia questo risultato deve essere verificato *in concreto*, per saggiare il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico italiano: ciò sia con riguardo alla dimensione di tipicità del diritto di proprietà in capo al *trustee*, sia quanto alla trascrivibilità dell'acquisto. Quando tale indagine sia preclusa a causa della mancata produzione dell'atto istitutivo di *trust* nella domanda di intavolazione, si deve ne-

interno che disciplinano la fattispecie (negoziale) denominata *trust* (soprattutto ove tale valutazione sia condotta attraverso l'analisi – anche in termini comparativi – dei testi legislativi, giurisprudenziali, dottrinali nonché contrattuali stranieri).

L'attività posta in essere dai «formanti» – più volte menzionati e nei quali va, senz'altro, inclusa anche la *prassi* negoziale – nell'ambito del loro rispettivo raggio di azione, consiste, a ben vedere, nell'elaborazione di regole *altre* rispetto alla specifica legge straniera scelta ed indicata dal disponente (nell'apposita clausola dell'atto istitutivo) quale legge regolatrice del *trust*. Si tratta, infatti, di regole – indiscutibilmente – ispirate ai

gare pubblicità all'atto o al diritto trasferito». Molto chiaramente Trib. Firenze, 2 luglio 2005, cit.: «[...] con la ratifica della convenzione de L'Aja il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento italiano il *trust*: pertanto, non è possibile escludere l'ammissibilità in astratto del *trust* interno, dovendosi al contrario procedere ad un accertamento caso per caso sia dell'eventuale violazione di norme imperative di legge non derogabili dall'autonomia privata, sia della meritevolezza dell'interesse perseguito». Cfr. per un'impostazione a più ampio raggio Trib. Trieste, decr., 23 settembre 2005, cit.: «nel valutare la compatibilità di ogni singolo *trust* con il diritto italiano, devono formare oggetto di apprezzamento sia l'autonomia negoziale, espressione diretta di libertà fondamentale garantita dal Trattato sull'Unione Europea (tutelata a livello costituzionale solo indirettamente, in quanto l'art. 41, comma primo, Cost., protegge l'autonomia negoziale come mezzo di esplicazione della più ampia libertà di iniziativa economica, che si esercita normalmente in forma di impresa), la quale si concreti nell'istituzione del *trust*, sia il riconoscimento della legge straniera concretamente regolatrice del rapporto di *trust*. Questo giudizio deve essere caratterizzato da un "*favor validitatis* del *trust*", fondato anche sugli artt. 6.2 (validità della scelta del tipo di *trust*, qualora disciplinato dalla legge di rinvio) e 14 (applicabilità extraconvenzionale di leggi più favorevoli al riconoscimento di *trust*) della Convenzione de L'Aja». Sulla stessa linea già Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, cit. e sempre Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in *Nuovo dir.*, 2001, p. 793: «[...] deve trascriversi in via definitiva ai registri immobiliari la scrittura con firme autentiche dal notaio istitutiva di *trust* per l'affidamento al *trustee* di beni immobili e diritti, atteso che, con la cessione di essi dal *settlor* al *trustee*, si ha un trasferimento qualificato di beni in *trust*, da cui risulta un patrimonio separato; oltre le norme codicistiche, ai *trusts* interni si applica la convenzione de L'Aja, *salvo che il trust sia vietato o incompatibile con la legislazione italiana* [corsivo nostro]».

principi dell'ordinamento giuridico italiano e comunque *compatibili* con le (vaste) aree di diritto sostanziale inderogabile indicate dalla Convenzione de L'Aja.

Tali regole appaiono come il prodotto di una combinazione fra elementi normativi/giurisprudenziali/contrattuali stranieri ed elementi normativi/giurisprudenziali/contrattuali italiani; esse non si identificano più né con gli uni né con gli altri ma ciò non toglie che possono qualificarsi regole di diritto italiano in quanto ritenute *compatibili* con il nostro ordinamento nonché operanti, nel senso di applicate e osservate, al suo interno, rispettivamente, dai giudici e dai professionisti.

L'operazione denominata *valutazione di compatibilità* altro non è se non un'attività di adeguamento al diritto italiano del modello straniero e/o internazionale della fattispecie *trust*. Questa attività è condotta con riguardo al testo convenzionale, al diritto italiano e al diritto straniero prescelto nonché svolta sia *ex ante* sia *ex post* a seconda del «formante» che la pone in essere²⁵ e appare in questo momento di portata tale da indurre ragionevolmente ad affermare che essa ha determinato, in concreto, nell'ordinamento italiano una vera e propria transizione: si è passati dal *trust* (interno) al trust con la "u" (di diritto interno) mediante l'elaborazione di vere e proprie *regole* qualificabili come *regole di diritto*

²⁵ Di nuovo va menzionato il testo curato da A. MOJA, *Il trust nel diritto civile e tributario*, cit., perché nella sua struttura rivela chiaramente – ci sembra – quanto si va dicendo nel testo sul cammino che ha compiuto il *trust* in Italia dal punto di vista del ceto professionale. Infatti, i primi due capitoli del testo sono dedicati l'uno al *trust* di diritto inglese e l'altro alla Convenzione de L'Aja, il terzo e il quarto sono dedicati alla giurisprudenza italiana sui *trusts* interni e all'applicativa dei *trust* interni. E la ragione per la quale si cita questo testo non è il suo pregio scientifico (ovviamente assente) ma la sua capacità di testimoniare, con la semplice suddivisione dei capitoli dell'indice, la percezione del cammino suddetto da parte delle categorie professionali le quali, però, non sono state in grado, finora, di trarne tutte le conseguenze sulla configurazione del *trust* come contratto atipico operante nel sistema italiano e dunque come contratto già regolato da norme di diverse fonti. Cfr. sul punto *infra* nel testo e nelle note.

interno di fonte sia giurisprudenziale²⁶ (ovvero di altre pubbliche auto-

²⁶ Tali sono le regole contenute, ad esempio, nelle pronunce di: Trib. Genova, 17 giugno 2009, in www.il-trust-in-italia.it, che nomina un amministratore di sostegno e lo autorizza a istituire un *trust* con beni immobili del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno; Trib. Bologna, 1° aprile 2009, www.il-trust-in-italia.it, quando dispone che il marito divorziato nomini la ex moglie beneficiaria della metà di un immobile in *trust*, a titolo di assegno divorzile in unica soluzione. Particolarmente "forte" la decisione di App. Roma, 4 febbraio 2009, in *Vita not.*, 2009, p. 521, secondo cui il decreto di un giudice tutelare, che abbia ad oggetto l'indisponibilità di un bene immobile di proprietà dell'incapace sottoposto all'amministrazione di sostegno è idoneo ad essere trascritto ai sensi dell'art. 2645-ter e dunque a valere come atto costitutivo di *trust*; Trib. Trieste, decr., Ufficio del Giudice Tavolare, 19 settembre 2007, in *Notariato*, 2008, p. 251, in cui si ammette la costituzione di un *trust* per fornire tutela economica e assistenza ad una famiglia di fatto e si afferma, altresì, in conformità a quanto sostenuto da parte della dottrina accademica, la possibilità di costituire un *trust* per soddisfare interessi meritevoli di tutela in base alle norme costituzionali; ancora cfr. Trib. Milano, 10 luglio 2007, in *TAF*, 2007, p. 579: «[...] un beneficiario è legittimato ad agire contro l'atto con il quale il disponente revoca il guardiano inizialmente nominato e nomina altro guardiano; qualora un *trust* sia stato istituito dal disponente con beni facenti parte del patrimonio dei propri genitori, nominati guardiani onde stabilire un assetto permanente dell'amministrazione dei beni in *trust* per il mezzo dell'attribuzione loro di poteri di controllo, consultivi e di revoca del *trustee*, e ciò anche per la tutela dei beneficiari, deve essere inibito qualunque effetto dell'atto immotivato con il quale il disponente abbia sostituito i guardiani perché costituente un non consentito atto discrezionale di amministrazione indiretta del *trust*». Regole di diritto interno si rinveno anche in Trib. Milano, 7 giugno 2006, cit.: «[...] può essere omologato il verbale di separazione personale dei coniugi nel quale sia inserita l'istituzione di un *trust* auto-dichiarato dagli stessi coniugi *separandi*, in favore dei loro figli, con la finalità di segregare in *trust* i beni costituiti in fondo patrimoniale anche dopo la cessazione del vincolo coniugale» e nella recente Trib. Torino, 31 marzo 2009, in *TAF*, 2009, p. 413: «la sentenza che dichiara la cessazione degli effetti civili del matrimonio può contenere l'istituzione di un *trust* da parte dei coniugi divorzianti, avente ad oggetto beni di loro proprietà comune, che sia destinato a soddisfare le esigenze abitative dei figli». E ancora: Trib. Bologna, 20 marzo 2006, in *TAF*, 2006, p. 579: «i beni vincolati in *trust* non possono essere impiegati dal *trustee* per far fronte alle obbligazioni contratte personalmente dal genitore dei beneficiari del *trust* perché ciò esula dai poteri conferitigli dall'atto istitutivo del *trust*, e ciò sebbene il *trustee* possa aver ingenerato nel terzo l'erroneo convincimento che tali obbligazioni sarebbero state soddisfatte mediante i beni in *trust*». Importante pure Trib. Firenze, 8 aprile 2004, in *TAF*, 2004, p. 567: «i genitori di un minore disabile possono essere

rità²⁷) sia dottrinale²⁸ nonchè generate dal consolidarsi della *prassi nego-*

autorizzati dal giudice tutelare a vincolare in *trust*, del quale si fornisce la bozza dell'atto istitutivo, somme del minore, unitamente a somme dei genitori, per l'acquisto di un immobile». Cfr. anche Trib. Perugia, 16 aprile 2002, in *TAF*, 2002, p. 584: «il *trustee* che eserciti la potestà genitoriale sulla figlia minorenni può essere autorizzato dal giudice a stipulare in nome e per conto della minore l'atto di adesione al *trust* di cui è *trustee* e a disporre la vendita di determinati immobili, il cui ricavato sarà immesso nel *trust*». Riporta con precisione altre regole di fonte giurisprudenziale in materia di *trust* L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, Napoli, 2005, pp. 57-58 nota 92; ID., *Il trust in Italia: problemi ricostruttivi e profili applicativi*, in *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, Napoli, 2007, fasc. 12, pp. 22-30. Utile anche l'ampia rassegna giurisprudenziale di A. BRAUN, *Trust interni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 590 e P. MANES, *Il trust in Italia*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, p. 204.

²⁷ Si allude alle risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate o ai provvedimenti delle Commissioni Tributarie provinciali (soprattutto a partire dal 2007). Naturalmente a tali provvedimenti non può assegnarsi il medesimo ruolo delle decisioni giudiziali menzionate alla nota precedente ma esse, oltre ad attestare l'esistenza nel nostro ordinamento di una presupposizione di esistenza ed ammissibilità del *trust* (cosiddetto interno ma su cui *infra* par. successivi), contengono comunque regole di operatività del medesimo ottenute attraverso l'applicazione (e l'interpretazione) di norme di diritto italiano che spesso non contemplano esplicitamente il *trust* e che dunque vengono applicate in via estensiva ovvero analogica: per un elenco dei provvedimenti suddetti cfr. sempre il sito dell'Associazione "Il Trust in Italia" e precisamente il link: <http://www.il-trust-in-italia.it/php/document.php?nMenu=0&sMenu=0&IdSub=0&fStringa>. Sul problema del rapporto tra disciplina fiscale e disciplina sostanziale del *trust* si tornerà più avanti nel testo: Cap. III, par. 2.

²⁸ Per l'elaborazione di "regole di diritto interno" significative nel senso delineato nel testo, si vedano oltre alla gran parte dei contributi di M. Lupoi e, più specificamente, il già citato *Formulario* del 2005 ma anche il recente *Istituzioni ecc.*, cit. L'a. non appare, tuttavia, pienamente consapevole di aver contribuito alla formazione di regole di diritto interno del *trust* di cui continua a professare l'assoggettamento a diritto straniero. Rilevanti nell'ottica che si va delineando nel testo sono anche i numerosi e approfonditi contributi di M. BIANCA che saranno meglio analizzati oltre nel testo: fin da ora dell'a. si veda il recente *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, p. 557. Dell'a. va detto anche che più di altri o, comunque, con maggiore tempestività e frequenza di altri esponenti della dottrina, ha avuto e continua ad avere un significativo dialogo con il ceto professionale, notarile in particolare, e di ciò va reso merito in quanto l'assenza o l'attenuarsi di tale dialogo è spesso causa di conflitto o, peggio, di sostanziale allontanamento tra i «formanti», che rimangono così isolati in posizioni sempre più estreme come dimostra il caso

ziale, certamente indirizzata da alcuni (non tutti gli) esponenti dei ceti professionali²⁹. Regole interne, quindi, stimulate da una parte della dottrina italiana, prodotte dal *diritto vivente*³⁰ (giurisprudenza e prassi) e dotate – a quanto sembra – di un (non trascurabile) grado di *effettività*³¹.

dell'App. Roma 19 gennaio 2009, pronuncia annotata in senso critico da A. MORACE PINELLI, *Trascrizione degli atti negoziali di destinazione e amministrazione di sostegno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 495 ma su cui *infra*.

²⁹ S. BARTOLI, D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, cit., in part. p. 93. e cfr. degli stessi aa., *Le clausole dei trusts interni*, cit., dove con specifica attenzione si soffermano su molte clausole rilevanti per le fattispecie di *trust*, proponendone una configurazione compatibile con il diritto italiano e, nella maggior parte dei casi, *diversa* da quella originaria, vale a dire da quella che la clausola presenta in fattispecie di *trust* regolate da leggi straniere. Di D. MURITANO è da segnalare anche *Norme inderogabili dell'ordinamento interno: persone, famiglia, proprietà, garanzie*, in *Atti del Corso di alta formazione sul Trust*, Feltre-Castelbrando, 13-15 marzo 2008, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>. Anche in questo contributo l'a. non manca di far rilevare come in Italia per i *trust* liberali e testamentari «l'esercizio del *power of resettlement* sarà valido solo nei limiti in cui il disponente ha stabilito i criteri ai quali il *trustee* si deve attenere. Le clausole che si ritrovano negli atti istitutivi di *trusts* interni che, molto semplicemente, attribuiscono discrezionalmente questo potere al *trustee*, non sembrano corrette». Cfr. anche G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, cit.; M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS, *Trust*, cit., voll. I e II e il cd rom allegato. In particolare il volume II si apre con una parte intitolata *L'approccio dei professionisti al trust*; da tenere presente anche D. ZANCHI, *Diritto e pratica dei trusts. Profili civilistici*, Torino, 2008.

³⁰ Si veda la rassegna di pronunce sul *trust* contenuta in *La giurisprudenza italiana sui trusts. Dal 1899 al 2006*, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, 2ª ed., 2006; cfr. anche per un esame delle pronunce sul *trust* relative al biennio 2006-2008, le note del contributo riepilogativo sullo stato dell'arte di D. ROSSANO, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, nota a Trib. Trieste, decr., Ufficio Giudice tavolo, 19 settembre 2007, in *Notariato*, 2008, p. 258. Più in generale, sulla nozione di diritto vivente cfr. di recente G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *Il diritto giurisprudenziale* a.a. 2006-2007, Napoli, 2007.

³¹ Intendendo per *effettività* la tendenza all'osservanza di una regola (che si denomina vivente ove sia di fonte giurisprudenziale), può rilevarsi che nella materia dei *trust*, fin dall'inizio, i giudici – per la gran parte – si sono attenuti, con un certo scrupolo, ai loro precedenti (tranne casi in cui più che di eccezione può parlarsi – come si vedrà – di di-

Questo è accaduto nei fatti e questo non poteva non accadere in quanto l'assenza di elementi di internazionalità (in senso proprio) nella fattispecie «*trust* interno» è sul piano logico prima ancora che giuridico fattore che provoca la (progressiva ma inarrestabile³²) totale *penetrazione*

versa impostazione). Particolarmente significativi sono esempi recenti: in proposito da segnalare qui il rinvio contenuto espressamente in Trib. Trieste, decr., 19 settembre 2007, cit., al proprio precedente del 23 settembre 2005; lo stesso fa, ancora più di recente, la già menzionata ordinanza del Trib. Milano, Sez. VIII civ., 17 luglio 2009 rispetto a quella di Trib. Milano, 16 giugno 2009, cit., di cui sono riportati interi passi nel testo del provvedimento adottato; mette in risalto la tendenza suddetta A. REALI, *La giurisprudenza italiana in materia di trust interni*, in A. MOJA (a cura di), *Il trust nel diritto civile e tributario*, cit., pp. 101-151. In generale sulla nozione di effettività del diritto per tutti C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, Milano, 2002, p. 35 ss.; di recente anche N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su "*L'effettività*" a.a. 2008-2009, Napoli, 2009.

³² «Il diritto italiano è una debole barriera»: G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., pp. 56, 58. Cfr. anche R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., p. 228: «la verità è che nel valutare gli interessi bisogna assumere un atteggiamento realistico. Come si è fatto, per esempio, per il *leveraged buyout*, che, solo qualche tempo fa, in Italia, evocava il tintinnio di manette – mentre tutto il mondo faceva LBO, noi chiamavamo i carabinieri – e oggi ha diritto di cittadinanza perché sono stati meglio valutati gli interessi effettivamente fuori da ogni retorica e con piglio concreto». Parole queste che appaiono intrise di quella dose apprezzabile di “realismo giuridico” spesso mancante nell'approccio di alcuni autorevoli studiosi italiani, sostenitori “ad oltranza” dell'inammissibilità del *trust* nell'ordinamento italiano in forza di argomentazioni a carattere dogmatico difficilmente eccipienti sul piano formale ma lontane dal «diritto vivente» ed «effettivo»: cfr. sul punto Trib. Trieste 19 settembre 2007, decr., cit., nel cui testo, redatto dal giudice Picciotto, si legge con riguardo all'astratta compatibilità del *trust* con l'ordinamento civile e in particolare con quello tavolare che «si danno per risolti tutta una serie di problemi che, a giudizio dello scrivente, sono stati ampiamente superati dal diritto vivente»; già S. MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 804, dove, a commento di Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit., afferma che: «il dibattito dottrinario “trust sì o trust no” è ormai inattuale e privo di interesse [...] La *force de choses* ha stemperato la rigidità delle affermazioni di principio che mettevano in guardia il giurista rispetto all'imbarbarimento del diritto civile che il *trust* avrebbe recato».

della fattispecie nell'ordinamento con il quale risultano più strettamente collegati i suoi elementi essenziali, rendendo così non solo complicata ma, più propriamente, "innaturale" e, soprattutto, *non necessaria* (se non fuorviante – o persino illegittima – per il giudice italiano e ancor prima per l'operatore professionale) l'applicazione *del* ovvero il rinvio *al* diritto straniero³³.

Se ciò è vero, sembra potersi rispondere ragionevolmente in modo affermativo alla domanda posta all'inizio di questo paragrafo e sostenere dunque che il trust (pron.: trust con la "u") sia (senz'altro oggi ma probabilmente lo è sempre stato³⁴) un *negozio atipico* in senso lato o, in altre pa-

³³ Che l'applicazione del diritto straniero al *trust* interno sia un vero e proprio artificio oggi, certamente, non più sostenibile, è avvertito con chiarezza anche da chi ne è stato il principale sostenitore e teorizzatore: è recentissimo, infatti, il lavoro di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 200-201, con cui l'a. propone una visione inedita del negozio fiduciario, ridenominandolo negozio di affidamento fiduciario, quale fattispecie negoziale alternativa al *trust* interno, anche al fine di ovviare alle difficoltà determinate dal dover applicare una legge straniera per l'efficacia e la validità dei *trust* riconosciuti dalla Convenzione de L'Aja (!). È interessante notare come esponenti del ceto professionale (cfr. M. MONEGAT, *Trust e negozi di affidamento fiduciario*, in M. MONEGAT, G. LEPORÉ, I. VALAS (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, II, cit., pp. 281-288, menzionino questa proposta del Lupoi senza percepirne in alcun modo... "l'anomalia" (v. *infra* nel testo). Si segnala, inoltre, che l'affiancamento al *trust* del *negozio di affidamento fiduciario* è stato prontamente (!) recepito da alcune società che operano nella formazione di ambito legale. Infatti, nel periodo di marzo-luglio del 2009 l'Ipsos-Scuola di Formazione ha organizzato a Padova un ciclo di corsi intitolato "Il diritto dei trust". Le denominazioni dei cinque corsi componenti il ciclo sono esemplificative della tendenza in atto: il corso V è, appunto, denominato "I contratti di affidamento fiduciario" e chiude il ciclo incentrato sulla *triade*: *trust* inglese, *trust* internazionale, *trust* interno.

³⁴ A quanto già detto *supra* aggiungiamo che l'adesione dell'Italia alla Convenzione de L'Aja non le impone di riconoscere solo *trust* regolati da leggi dei soli Stati convenzionati ovvero da Stati che hanno una legge *ad hoc* sul *trust* (cfr. art. 21 e quanto detto *supra* alla nota 28). Infatti, le norme convenzionali dispongono, in caso di mancata *previsione* del *trust* da parte dello Stato collegato o la cui legge è stata scelta, una mera *disapplicazione* della convenzione medesima (art. 5, 13) e non un obbligo di irricognoscibilità del *trust* a carico dello Stato convenzionato (lo stesso M. LUPOI, *Trusts*², cit., p. 526, lo pone bene in luce). Anzi: l'art. 14 (poco valorizzato ed invece molto importante a fini di una cor-

role, *socialmente tipico di diritto italiano* rispetto al quale esiste (allo stato)

retta interpretazione del testo convenzionale) prevede che Convenzione non ostacolerà l'applicazione di norme di legge più favorevoli al riconoscimento di un *trust*, il che equivale a dire che è favorita l'applicazione extraconvenzionale di leggi più favorevoli al riconoscimento del *trust* (cfr. coglie il punto Trib. Trieste, decr., 23 settembre 2005, cit.). L'Italia, dunque, pur avendo aderito alla Convenzione, è sempre stata libera di ammettere al suo interno un *trust* con elementi importanti tutti italiani, assoggettato alla sola legge italiana, non ponendosi in tal caso un problema di riconoscimento del *trust* da parte del giudice italiano bensì, eventualmente, un problema di riconoscimento del medesimo da parte del giudice straniero qualora dinnanzi a lui venisse instaurato un giudizio relativo al *trust* italiano. Tuttavia, anche questo problema – a nostro avviso – non si pone e dunque la Convenzione può trovare comunque applicazione ove si interpreti il disposto convenzionale sulla *previsione* del *trust* in senso ampio, vale a dire con riferimento non solo a leggi *ad hoc* ma anche alle regole di fonte giurisprudenziale ed elaborate dalla prassi negoziale con riguardo specifico al *trust* (così facendo, l'Italia – come si sta tentando di dimostrare nel testo – non è ormai da tempo, e certamente non è più oggi, uno Stato non-*trust*, inteso nella sua configurazione convenzionale e non solo convenzionale). Ma, si noti bene, alla medesima conclusione sull'applicabilità della Convenzione de L'Aja si giunge anche prendendo atto che come non esiste una visione univoca del *trust* inglese, del pari non esiste una visione univoca del *trust* cosiddetto internazionale, vale a dire corrispondente al modello che risulta da una considerazione complessiva delle leggi sul *trust* diverse da quella inglese. Questo modello, al quale si è ispirata – come comunemente si afferma – la Convenzione de L'Aja, ha dei margini di configurazione molto ampi tanto da aver indotto lo stesso M. LUPOI a denominarlo *amorfo* nonché ad affermare in *Trusts*², cit., pp. 509-510, 536 nota 192 e ancora in *Istituzioni ecc.*, cit., p. 9, che di fatto non esistono ordinamenti che ai fini della Convenzione non conoscano il *trust*. Richiamando quanto sopra evidenziato in merito al *trust* amorfo della Convenzione e alla natura autoreferenziale della stessa, viene posto in luce come praticamente «tutti gli ordinamenti conoscono istituti che con ovvie peculiarità proprie si attagliano alla nozione fornita all'art. 2 della Convenzione pur senza chiamarli *trust* ovvero, *a contrariis*, che gli ordinamenti che non conoscono il *trust* sono quelli che non conoscono figure riconducibili all'art. 2». Proprio queste parole dell'a. inducono a chiedersi come verrebbe qualificato dal giudice inglese il fondo patrimoniale che due coniugi italiani volessero costituire su beni presenti in Inghilterra? Se la controversia venisse portata davanti al giudice inglese, egli dovrà riconoscere il fondo patrimoniale come *trust* ai sensi dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja? Seguendo il ragionamento di M. Lupoi poc'anzi riportato (e maggiormente seguendo quello che si va esprimendo nel corso della nostra indagine) la risposta non può che essere affermativa: ciò conferma l'irragionevolezza della tesi del *trust* interno assoggettato a legge

un elenco³⁵ – se non già definito, in fase di avanzata definizione – di clausole ammesse e clausole vietate nonché di regole non violabili, cioè di norme imperative (identificabili – come si vedrà – non solo e, forse, non tanto nell'art. 2645-ter c.c.³⁶) che, complessivamente considerate, valgono a regolare (con sufficiente grado di certezza) la fattispecie nelle sue concrete articolazioni che rimangono estremamente varie e ampie a tal punto da rendere il trust (pron.: trust) italiano fattispecie, in buona parte, appetibile anche per operatori stranieri in considerazione dell'estensione dei suoi contorni finora non congelati in una legge *speciale* (v. *infra* Cap. III, par. 1, 3, 4).

Il complesso di regole elaborate dai «formanti», pur con un certo grado di approssimazione e contraddizione dovuto ai condizionamenti ermeneutici, si va comunque a collocare in un contesto legislativo dinamico (come attesta, tra l'altro, la comparsa già nel 2005 – attraverso l'art. 39-*novies*, d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, conv., con modifiche, dalla l. 23 febbraio 2006 n. 51 – dell'art. 2645-ter c.c. e di cui fa parte, ancor prima, la stessa legge di ratifica della Convenzione de L'Aja). La presenza di tale complesso di regole elimina ogni dubbio sul fatto che l'Italia non sia più oggi uno Stato cosiddetto non-*trust*, sebbene – come già detto – tale qualificazione l'Italia non abbia – a nostro avviso – mai veramente avuto,

straniera (questa contraddizione è stata ben colta già tra il 2002-2003 da L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, pp. 115 e ss. dove scrive con chiarezza che una volta ammesso che il *trust* della Convenzione non si identifica con il *trust* inglese, rappresentando piuttosto un modello amorfo, non si comprende invero perché il costituente del *trust*, potendo realizzare ai sensi della Convenzione una fattispecie negoziale propria del suo ordinamento, riconducibile al modello amorfo, debba invece necessariamente optare per il diritto straniero; condivide questa impostazione L. NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano*, cit., p. 23. Sul punto v. *infra* nel testo e nelle note.

³⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, III, p. 1328 e ID., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 449: «[...] il *trust*, in quanto negozio socialmente tipico benché ignoto al nostro ordinamento [...]»: v. anche *infra* nota 277.

³⁶ Ed, infatti, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, cit., 2009, p. 789 nota 6, afferma che l'art. 2645-ter «amplia e non riduce le possibilità di costituzione di vincoli di destinazione, andando oltre i limiti posti dalla Convenzione sul *trust* interno»: v. sul punto *infra* nel testo.

fondandosi essa su una certa interpretazione della Convenzione dell'Aja che non appare l'unica possibile³⁷ e che, comunque, è giunto il momento di superare in forza dei dati normativi vigenti (v. *infra* par. 3-4) ma, soprattutto, nella duplice prospettiva della valorizzazione del ruolo dei «formanti»³⁸ e della parificazione dei modelli contrattuali di *common* e di *civil law* sul mercato internazionale.

³⁷ Cfr. L. SANTORO, *La fiducia nell'esperienza giuridica*, Palermo, 1999, pp. 53-55 e L. NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano*, cit., p. 24, che segue i risultati raggiunti dalla Santoro. Entrambi gli aa. concordano sul fatto che, ove si riconduca all'autonomia privata non solo e non tanto la creazione di un istituto *ex novo* cui dare il *nomen iuris* di *trust* ma di essere fonte di istituti già presenti nel nostro ordinamento dal contenuto assimilabile al *trust* della Convenzione, quale è il negozio fiduciario, si realizza la possibilità di applicare la Convenzione in presenza di negozi diversi riconducibili al *trust* delineato nella stessa: ciò comporta che la nozione di *legge* adoperata all'art. 5 della Convenzione venga tradotta in quella di ordinamento, così da ricomprendervi anche quegli ordinamenti che presentano una disciplina normativa del *trust* di fonte *non legislativa* [corsivo nostro].

³⁸ Sul tema appaiono incisive le riflessioni di P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, Milano, 2006, p. XVIII dell'Introduzione, dove scrive che il giurista è oggi chiamato ad un nuovo ruolo in ragione «dell'importanza formidabile che sta sempre più assumendo in questi anni, percorsi da un rapidissimo mutamento socio-economico-politico, la interpretazione/applicazione rispetto al comando immobile e immobilizzante della testualità legislativa». Che questa sia la direzione da seguire risulta anche dall'acceso dibattito che imperversa in Italia da qualche anno sulla formazione giuridica non circoscritta soltanto alle tradizionali figure del magistrato, dell'avvocato e del notaio ma estesa anche alle altre molteplici professionalità che operano nel complesso universo dell'amministrazione della giustizia. Sul tema si vedano gli interessanti testi contenuti in F. PALAZZO e O. ROSELLI (a cura di), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, 2007. Tutti i contributi, seppure da angolazioni differenti, sottolineano il mutamento di ruolo dei vari protagonisti del mondo giuridico, l'emersione della prassi, intesa in senso lato, quale fonte di regole cogenti, la globalizzazione del fenomeno giuridico e le conseguenti contaminazioni degli istituti di provenienza diversa (cfr. G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 867, in part. p. 882), la necessità di avviare una formazione universitaria e post universitaria dell'operatore del diritto che tenga conto delle trasformazioni in atto e che dunque accentui l'aspetto controversiale, problematico e casistico del diritto in contrasto con modalità di apprendimento della materia giuridica fondate su dogmatismo e su trasmissione di (spesso fallaci) certezze. In questo contesto il dato legislativo si affianca e non si sovrappone al dato giurisprudenziale, al

L'operatività di un modello (negoziale: cfr. *infra* par. 3) straniero in un ordinamento nazionale non è, infatti, subordinato, neppure in presenza di un testo convenzionale che lo riguardi (e che, infatti, nel caso in esame, non prevede tale obbligo)³⁹ all'assoggettamento del medesimo alla

dato dottrinale nonché a quello pragmatico, imponendo al giurista un'opera interpretativa complessa e reticolare volta alla ricerca della soluzione più ragionevole ma non certo l'unica possibile (cfr. sul punto M. VOGLIOTTI, *Dalla crisi delle fonti al primato dell'interpretazione*, in F. PALAZZO e O. ROSELLI (a cura di), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, 2007, p. 189; G. VETTORI, *Il problema della formazione permanente degli operatori del diritto – Un confronto a più voci tra Presidenti di Ordini professionali coordinato da G. Vettori*, *ibidem*, pp. 132-138). Va comunque tenuto presente il monito di chi, davanti al pericolo di un «primato della prassi» invita all'equilibrio per evitare alterazioni del principio di legalità e allontanamenti rischiosi dai valori costituzionali (così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, 3^a ed. del tutto rinnovata e corredata di note, Napoli, 2006, pp. 103-111) e di chi, tra le righe, bacchetta il *trend* dell'ermeneutica moderna verso la flessibilità e la modulabilità estreme, invitando a tenere sempre e a maggior ragione conto di tutti i soggetti coinvolti nelle operazioni negoziali, dei loro interessi e relative posizioni soggettive come richiesto dai principi generali del nostro sistema (così G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, in A.A.V.V., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno di Roma del 29 novembre 2009, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2010, p. 117).

³⁹ È ora di «ridimensionare» il ruolo della Convenzione de L'Aja con riguardo alla possibilità effettiva di operatività del *trust* nel nostro paese ed affermare che tale Convenzione trova la sua ragion d'essere principale – come sostenuto dallo stesso M. Lupoi – nella preoccupazione degli Stati di *common law* di non vedere riconosciuti i propri *trusts* da parte degli Stati di *civil law*, e ciò anche in considerazione della diversità delle fattispecie di *trust* operanti negli stessi paesi di *common law* (diversità che si è rivolta come un *boomerang* contro gli stessi Stati-*trust*.v. *infra*). Se questa è la ragion d'essere principale della Convenzione de L'Aja, non si vede perché estenderne a dismisura il ruolo nella definizione e nell'ammissione del *trust* in Italia. Come si è tentato di esporre nel testo, il *trust* è solo uno delle tante fattispecie negoziali di origine straniera operanti sul nostro territorio e la Convenzione offre una griglia di regole per stabilire o requisiti minimi della fattispecie *trust* e la legge ad essa applicabile senza vietare *a priori* l'applicazione della legge italiana o di qualsiasi altra legge di un paese che preveda il *trust* ovvero non preveda il *trust* (si allude in particolare all'art. 14 della Convenzione). In caso di mancata previsione del *trust* cade l'obbligo di riconoscimento e scatta la disapplicazione della Convenzione ma lo Stato coinvolto resta libero di riconoscere o meno una certa fattispecie come *trust*

legge del Paese di provenienza o di Paesi diversi. Anzi: proprio la sottoposizione alla legge dello Stato in cui la fattispecie negoziale si trova ad operare (e con il quale si presenta più strettamente se non esclusivamente collegata), ne consente l'osmosi con il sistema "ospite", il quale va ad arricchirsi di un nuovo modello contrattuale che è appunto la risultante di una fusione tra elementi indigeni ed elementi stranieri⁴⁰ e ciò sempre che

(nel senso dell'art. 2 della Convenzione o, addirittura, nel senso più ampio, *constructive e resulting trust*. cfr. M. GRAZIADEI, F. PENE VIDARI, "Constructive trust" e *intestazione di beni in nome altrui*, in *TAF*, 2001, 183ss.) e di ricorrere ad altre regole di diritto internazionale privato (non convenzionali).

⁴⁰ Ciò è già accaduto o, meglio, sta accadendo per numerose fattispecie come il *leasing*, il *factoring*, il *franchising*, il *project financing*, il *leverage by out* e molte altre più complesse per le quali ancora adesso, non a caso, il legislatore *non* ha approntato una legge speciale o novella codicistica esaustiva proprio per le ragioni espresse *supra* par. 1 (cfr. anche sul punto L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, cit., p. 58 nota 93). Queste fattispecie risultano dunque regolate in parte, a metà, maldestramente in alcuni casi ma comunque operanti sul territorio italiano: sul punto v. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., pp. 40-43. E che anche per il *trust* la "percezione" sia la stessa risulta – ci sembra – da una recente Cass., Sez. I civ., 13 giugno 2008, n. 16022, cit., che dovendo decidere, riguardo non ad un *trust* interno bensì ad un *trust* di diritto inglese [!] vero e proprio (costituito in Inghilterra su beni presenti sul territorio inglese), su un problema di revoca dei due coniugi *co-trustee* per *breach of trust* trova naturale applicare (analogicamente) gli artt. 184 (amministrazione dei beni in comunione legale) e 334 (amministrazione dei beni soggetti ad usufrutto legale) del nostro codice civile, uniformandosi a quanto già fatto dalla Corte di Appello (di Milano 7-20 luglio 2004, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 396) che aveva emesso il provvedimento impugnato. Sul caso esaminato dalla Suprema Corte varie osservazioni sarebbero da farsi anche in merito alla questione di difetto di giurisdizione che non è stata accolta ma che avrebbe potuto esserlo in forza di quanto sopra detto (Cap. I, par. 4). Il mancato accoglimento dimostra che i giudici italiani hanno ormai preso "confidenza" con il *trust* a tal punto da applicare (seppure in via analogica) regole di diritto italiano ai *trust* di diritto straniero. Ma ciò avviene – a nostro avviso – nello spirito più autentico della Convenzione de L'Aja che appunto mirava e mira ad evitare che l'istituto del *trust* per il solo fatto di essere ignoto *nominativamente* parlando ad un dato ordinamento, non venisse da questo riconosciuto, vale a dire ammesso ad operare. Questo timore di non ammissione e dunque di non regolamentazione dell'istituto con le norme interne dello Stato considerato, impropriamente, non-

non si voglia optare per la tesi dell'espansione applicativa e funzionale del/i modello/i già esistente/i nell'ordinamento nazionale.

Il contratto e, più propriamente – può dirsi –, l'atto negoziale (v. *infra* par. 3) concluso da italiani ed operante in Italia, non può sottrarsi al diritto italiano, valendo a suo riguardo l'indicazione di diritto straniero solo a determinare il contenuto del contratto a norma dell'art. 1322, co. 1, c.c.: rispetto ad esso il diritto straniero risulterà applicabile non come tale ma come contenuto convenzionale di un negozio retto dal diritto nazionale, valido solo nel rispetto delle norme imperative di quest'ultimo⁴¹.

trust spiega anche la *ratio* delle norme convenzionali sulla legge applicabile quale legge di uno Stato-*trust*. Critica la distinzione tra paesi-*trust* e non-*trust* nonchè l'idea secondo cui il *trust* sarebbe completamente estraneo alla tradizione continentale europea, considerandola una «oversimplification from an historical perspective» fondata sulla scissione del titolo proprietario in legale ed equitativo M.J. DE WAAL, *Trust law*, cit., pp. 757-758, che, tra l'altro, analizza la storia dell'introduzione del *trust* in alcune *mixed jurisdictions* come il Sud Africa, rilevando che in questo Stato il *trust* appare nella forma dell'*English trust*, introdotto da *British settlers* nel corso dell'800 ma molto rapidamente esso «was transformed into an institution that could be explained in civilian terms. This was done, again, by the extensive use of civilian concepts such as the *fideicommissum* (in the case of testamentary trust) and the *stipulatio alteri* (in the case of inter vivos trust)». L'a. sottolinea inoltre che in Sud Africa (così come in Scozia) «legislation played no role in the initial introduction of the trust»: sul punto v. *infra* nel testo.

⁴¹ Queste sono parole di F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, cit., pp. 95-96 che, tuttavia, le fa seguire da un'indicazione contrastante rispetto a quanto si va dicendo nel testo, perché l'a. considera – v. *infra* – il *trust* interno un negozio *tipico* previsto dalla Convenzione de L'Aja, considerata fonte di norme di diritto sostanziale incidenti sul tessuto normativo nazionale e dunque strumento per superare il limite dall'a. stesso individuato all'autonomia delle parti in fatto di scelta della legge applicabile, vale a dire il carattere *internazionale* del contratto; in mancanza di tale carattere le parti non possono fare *shopping* del diritto a meno che non ci sia un testo convenzionale *ad hoc* come, appunto, la Convenzione de L'Aja per il *trust*. A nostro avviso, invece, la Convenzione de L'Aja svolge precipuamente una funzione di abbassamento delle barriere nazionali verso fattispecie estere in un ottica di uniformazione del diritto, cosa che ha senz'altro contribuito alla circolazione del *trust* nel nostro ordinamento ma non ha reso la Convenzione la legge istitutiva e regolatrice del *trust* in Italia (in tal senso già A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., pp. 83-85) perché se così fosse sarebbe quantomeno illogico il rim-

Accogliere questo punto di arrivo dell'indagine che si va svolgendo significa non solo superare la visione negativa del *trust* quale negozio inammissibile nell'ordinamento italiano⁴² ma anche andare oltre le impostazioni attualmente più accreditate, vale a dire: 1) quella del *trust* interno quale *contratto tipico* ammesso e (in parte) regolato dalla Convenzione de

vio alla legge straniera quale legge regolatrice ed, infatti, in tal senso più coerentemente con la regola internazionalprivatistica, C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 203, là dove scrive che, essendo le materie dell'opponibilità del diritto del beneficiario ai creditori del *trustee* nonché della trascrizione dell'atto istitutivo di *trust* sottratte all'ambito dell'autonomia privata e rimesse alla competenza delle leggi nazionali, le norme convenzionali non possono valere come diritto interno senza una legge che stabilisca i presupposti di opponibilità degli atti sui beni e i modi della loro pubblicità; nello stesso senso R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, pp. 317-324. Cfr. anche P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999, pp. 75-76; G. BROGGINI, «Trust» e *fiducia* nel diritto internazionale privato, in *Europa dir. priv.*, 1998, I, p. 399 e ss. Sulla questione dei limiti al potere negoziale di scelta della legge applicabile cfr. ancora F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, cit., pp. 140-161.

⁴² Va chiarito una volta per tutte che fattispecie negoziale *ignota* (punto su cui si indagherà meglio *infra* parr. 3-5) ad un certo ordinamento non è sinonimo di fattispecie *inammissibile* nell'ordinamento medesimo (cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *opp. cit.*) e ciò indipendentemente dalla presenza di testi convenzionali che obblighino al riconoscimento della fattispecie medesima. Ciò è dimostrato dalla storia di molti contratti conformati al modello straniero, in particolare anglo-americano e, tuttavia, operanti sul nostro territorio: il *trust* è solo uno di questi per il quale sono stati posti problemi ulteriori a causa dell'ambiguità testuale della Convenzione de L'Aja. Appaiono, perciò, viziate da un difetto di pregiudizialità le tesi di F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, X ed. aggiornata, Napoli, 2003, p. 959 e s.; ID., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 165 nonché su www.judicium.it; ID., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 11; ID., *In Italia tutto è permesso anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247; G. BROGGINI, «Trust» e *fiducia* nel diritto internazionale privato, cit., p. 399; P. SCHLESINGER, *Una «novella» per il trust*, cit., p. 337; più articolata la posizione di C. CASTRONOVO, *Il trust e «sostiene Lupoi»*, cit., p. 449; di recente si mostra non favorevole all'ammissibilità del *trust* interno anche sulla base di una ben argomentata ricostruzione di carattere storico A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, pp. 118 e s., 121 e s. su cui anche *infra* parr. 3-5.

L'Aja⁴³ e 2) quella del «*trust* interno» *contratto* (*atipico* ?) regolato da legge straniera⁴⁴ nonché 3) la tesi – pure più ragionevole (ma non del tutto persuasiva: v. *infra* par. 3) – secondo cui il *trust* è entrato nel nostro sistema sotto la forma dell'atto di destinazione contemplato nell'art. 2645-ter⁴⁵.

⁴³ Che viene dunque ad essere considerata fonte di norme di diritto sostanziale uniforme: cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, cit., pp. 96 e 789 nota 6, là dove scrive che l'art. 2645-ter c.c. richiama per il giudizio di meritevolezza l'art. 1322, co. 2, c.c. ma non può sovrapporsi alla Convenzione de L'Aja con la pretesa di dettare anche le condizioni di validità del *trust* interno, costituito a norma della predetta Convenzione, giacché il legislatore nazionale trova limite alla propria potestà legislativa nel «rispetto dei vincoli derivanti da obblighi internazionali oltre che comunitari (art. 117 Cost. nel testo riformato del 2001)» e dunque resta fermo il *trust* interno come regolato dalla Convenzione de L'Aja e perciò stesso *tipico* e dunque insuscettibile d'essere valutato alla stregua dell'art. 1322, co. 2, c.c. (sul punto v. meglio *infra* par. 3). Conforme già Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Vita not.*, 2002, p. 727 (con nota di Siclari): «il *trust* che presenti quale unico elemento di estraneità rispetto al nostro ordinamento l'applicazione della legislazione inglese deve ritenersi valido in forza della convenzione de L'Aja del 1985».

⁴⁴ Il rinvio è agli scritti di M. LUPOI (per citare uno dei più recenti: *Istituzioni ecc.*, cit., p. 23 e ss.) che, a ben vedere e non a caso, non parla con riguardo al *trust* interno di negozio *tipico* o *atipico*. Ed effettivamente appare contraddittorio su un piano logico dire che un contratto è *atipico* se è espressamente regolato da una certa legge, seppure straniera senza contare, poi, che dai modelli di atto istitutivo elaborati da M. Lupoi risulta molto bene che la legge straniera non è la sola a regolare il *trust*: come già visto, infatti, nella clausola di scelta della legge applicabile è sempre contenuto il rinvio alla legge italiana. Pur sposando la tesi di Lupoi, procede a qualificare espressamente il *trust* come negozio atipico Trib. Trieste, decr., 19 settembre 2007, cit., ma mostrando di essere consapevole del fatto che il rinvio alla legge straniera non risolve i problemi di regolamentazione della fattispecie *trust* interno: «fino a quando al *trust* non verrà data disciplina sotto il profilo civilistico ma si continuerà solo a presupporre la sua esistenza con norme di settore o di ambito limitato (ad esempio, tributarie) il *trust* stesso rimarrà un negozio *atipico*. Le considerazioni sulla natura delle norme della Convenzione de L'Aja, la tipizzazione effettuata da altri ordinamenti nonché il rinvio a tali realtà da parte dell'ordinamento italiano, lungi dal conferire *tipicità* al *trust* rappresentano tappe del percorso logico-giuridico che deve compiere l'interprete per dare sistemazione e copertura a vicende economiche che, nel rispetto del principio di completezza dell'ordinamento giuridico, *devono trovare comunque regolamentazione* [corsivo nostro]».

⁴⁵ Si sta in questo momento semplificando, a fini espositivi, la posizione ben più

Tutte queste posizioni vengono attraversate per approdare ad una visione del trust (pron.:trust) italiano quale *fattispecie* – allo stato – qualificabile come *negoziale di diritto interno socialmente tipica*⁴⁶. Il problema della regolamentazione del “trust italiano” emerge dunque chiaramente in termini di individuazione della disciplina applicabile ai negozi socialmente tipici, ossia *atipici* operanti in Italia⁴⁷, tenendo conto che l’atipicità del

articolata di M. BIANCA che emerge anche da uno dei suoi più recenti lavori: *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 557 e ss. su cui meglio *infra* par. 3. L’a. nell’assunzione di tale posizione appare coerente con quanto da lei sostenuto nella monografia *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, pp. 29 e 252, in cui affermava la tipicità della separazione patrimoniale e considerava necessario l’intervento legislativo al fine di consentire la costituzione di patrimoni separati comportanti limitazioni di responsabilità in deroga alla tutela dei creditori.

⁴⁶ Tale inquadramento oltre ad essere rappresentato in giurisprudenza già una decina di anni fa nelle pronunce sul *trust* interno di Trib. di S.M. Capua Vetere, 14 luglio 1999, cit.; Trib. S. M. Capua Vetere, 5 marzo 1999, cit. e Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit., è stata proposta in dottrina (cfr. già F. M. GIULIANI, *Il trust “interno” (regolato da una “legge trust”)*, in *Contr. Impr.*, 2003, pp. 434; G. LENER e W. BISOGNI, *Omologa di prestito obbligazionario garantito da un trust*, in *Società*, 1997, p. 587) e affonda le sue radici in indagini risalenti agli anni ‘30 e ‘40 del secolo scorso (C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 345 e ss.; ID., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit.; A. BERTINI, *I negozi fiduciari di preparazione dell’adempimento*, Milano, 1940; G. MESSINA, *Negozi fiduciari. Introduzione e parte prima*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948) ed è stato (ri)proposto dalla dottrina italiana, sebbene sulla base di argomentazioni in parte diverse: si allude ai fondamentali contributi di G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell’assetto di interessi*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 73 e ss.; ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 391ss.; ID., *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civiliistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 133; ID., *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 339. Sul punto si veda *infra* par. 3.

⁴⁷ La tematica – oggetto di contributi classici come quello dello stesso G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974 e di M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981 – è stata oggetto di uno studio recente da parte di C. B.N. CIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l’individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008, in part. pp. 30-32, là dove afferma la necessità di procedere nel percorso di individuazione del diritto ap-

trust (al pari di quella degli altri negozi di provenienza estera operanti sul nostro territorio) presenta alcune peculiarità, già evidenziate sopra, nel senso dell'“alienità” che si caratterizza, in particolare, per la (forte) tendenza all'autoreferenzialità del regolamento negoziale, articolato in modo tale da escludere il ricorso a fonti di disciplina esterne a se stesso⁴⁸.

Appaiono, a questo punto, definitivamente fragili le opinioni di coloro che sostengono la (necessità della) scelta della legge straniera argomentando dall'assenza nell'ordinamento italiano di una legge *ad hoc* sul *trust* la quale non solo consenta di superare la barriera di principi inderogabili del nostro ordinamento (v. *infra* par. 3) incompatibili con il funzionamento del *trust*, ma, soprattutto, rappresenti una “completa” (!) disciplina del *trust*.

A parte le considerazioni sulla completezza disciplinare quale «mitologia giuridica della modernità»⁴⁹, si è visto, invero, che per con-

plicabile ai contratti atipici connettendo pensiero problematico e pensiero sistematico senza cadere nelle preclusioni proprie di un sistema assiomatico-deduttivo chiuso il cui fallimento impone di rivolgersi ad un sistema giuridico aperto, tenendo anche conto del fatto che i due prototipi dei sistemi menzionati (continentale l'uno, angloamericano l'altro) tendono da ultimo a convergere inevitabilmente.

⁴⁸ E tenendo conto di ciò può anticiparsi che la tecnica legislativa utilizzata nella stesura dell'art. 2645-ter c.c. ben lungi dall'essere criticabile è, al contrario, da lodare in quanto raccoglie l'indicazione della dottrina già esaminata (nel par. 1) contro regolamentazioni tradizionali delle fattispecie negoziali atipiche, costituite da norme in parte dispositive in parte imperative e rivolte a fattispecie facilmente definibili e nominabili perché indigene, e realizza, invece, una regolamentazione per divieti e/o precettiva per requisiti minimi, rivolta a fattispecie tracciabili solo nelle loro linee essenziali in quanto di provenienza estera e, per così dire, “affette” da ontologica *atipicità*, sfociante nella *alienità* come individuata nel testo (sul punto v. *infra* par. 3).

⁴⁹ Il riferimento è a P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 35 e ss, 58 e ss.; ID., *La proprietà e le proprietà, oggi*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Atti del X incontro nazionale a cura di G. Collura, Milano, 2009, p. 2 e ss. e in part. p. 17, dove l'a., a conferma della propria concezione degli istituti giuridici impregnata di storia e dunque orientata alla relatività, fa notare come il *Trust* altro non sia se non allocazione delle diverse utilità derivanti da un bene per uno o più soggetti. In tal caso – sempre secondo l'a. – si ha una «de-materializzazione della nozione di *Property*, e il com-

tratti o, meglio, fattispecie, in senso lato, negoziali derivanti da sistemi giuridici stranieri, denominati *aliene*, come è, per molti aspetti, il trust italiano, l'assenza di una disciplina speciale non è (stata) di ostacolo alla loro circolazione ed operatività nel nostro (come in altro) ordinamento e ciò anche a causa della loro tendenziale *autarchia*⁵⁰, tanto che si è indotti a condividere la posizione di chi suggerisce al legislatore italiano di non «mettere in agenda la voce: *proposta di disciplina legislativa*», invitando, altresì, il giurista italiano ad optare per la voce: «confronto critico, alla luce del diritto italiano» con il modello contrattuale *alieno*, mirando all'«elaborazione di una lista condivisa di divieti e clausole vietate»⁵¹.

E se queste indicazioni – come già rilevato – sono da seguire per il grado di realismo (giuridico) che esse presentano, può aggiungersi, ragionevolmente, che la stesura di una legge speciale sul trust potrebbe essere oggi non solo inutile ma, probabilmente, anche dannosa.

Il rapporto di *Trust* sembra consistere nel gioco vario delle prerogative che i singoli hanno sul *Trust Fund*. Per un'apertura ad ampio respiro sul tema del rapporto tra vecchie e nuove concezioni della proprietà cfr. anche F. DE SANCTIS, *Vita, Diritto, Proprietà: una contrapposizione tra antico e moderno*, Napoli, 2009, in part. pp. 86-94.

⁵⁰ Anche il trust [con la "u"] è un negozio ontologicamente autarchico perché troppo multiforme. Inevitabilmente richiede una disciplina di dettaglio per la realizzazione degli interessi perseguiti; tale disciplina non può che essere rinvenuta, in gran parte, nelle clausole stesse del contratto. Si vedano, infatti, i già citati formulari contenenti modelli di contratti di trust che si presentano generalmente molto articolati.

⁵¹ I brani tra virgolette sono tratti da G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 46, le cui affermazioni sono decontestualizzate ma non per questo private della loro valenza significativa. L'impostazione sostenuta nel testo ci pare confermata dal fatto che sono, fino ad oggi, naufragati i tentativi di elaborazione di una disciplina speciale del *trust* come già evidenziato *supra*. Come già detto *supra* par. 1, l'intervento eventuale del legislatore dovrebbe/potrebbe, più opportunamente, atteggiarsi in modo analogo a quanto avvenuto per i contratti del consumatore, vale a dire mediante l'elaborazione di una norma che contenga l'elenco di clausole considerate nulle ove introdotte in un atto istitutivo di trust italiano. Il De Nova, coerentemente con quanto da lui sostenuto, ha curato recentissimamente la pubblicazione del testo *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, mirando, evidentemente, a suggerire (non in particolare per il *trust* ma, in generale, per i contratti «alieni») l'adozione di un provvedimento normativo strutturato nel senso suddetto.

L'inutilità deriverebbe, per prima cosa, dalla struttura del sistema giuridico italiano che, al pari di altri sistemi giuridici continentali è dotato di un *codice civile*, cioè di un corpo di regole a carattere dispositivo ma anche e soprattutto (per quel che qui interessa) a carattere imperativo, suscettibili – tutte – di interpretazione evolutiva. Interagiscono con queste regole (di base) le regole contenute in numerose leggi speciali, presenti in vari (forse troppi) settori del nostro ordinamento privatistico. L'analisi e l'interpretazione di questo corpo di norme di fonte legislativa (v. *infra* par. 3, 4) sono già di per sé idonee a fornire una disciplina sufficientemente ampia e articolata di ogni possibile forma di trust che si intenda far operare in Italia. Se, poi, si aggiunge il complesso di regole derivato dalla giurisprudenza (o quantomeno di una parte di essa: v. *infra* par. 3) e, ad un medesimo livello di importanza, dalla *prassi* (focalizzata sulla necessità di “filtrare” le clausole dell’atto di *trust*, di provenienza estera, attraverso la griglia delle norme inderogabili di diritto italiano) non si fa fatica a riconoscere l’esistenza attuale di un impianto disciplinare abbastanza ricco ed articolato che spetta all’operatore del diritto individuare con la tecnica di cui è (o dovrebbe essere) dotato (v. *infra* Cap. III, par. 3).

La tendenza imperante ad invocare una regolamentazione speciale di qualsivoglia fattispecie giuridica emerga dallo svolgersi delle relazioni economiche (e non!) si accompagna alla tendenza – purtroppo – attualissima, volta a svalutare le fonti tradizionali e – si può dire – istituzionali dell’ordinamento privatistico italiano, considerate *a priori* – non si comprende bene perché – inadatte a regolare nuove fattispecie giuridiche che non vi siano espressamente menzionate (con tanto di “nome e cognome”!)⁵². Atteggiamento questo che tradisce gravemente lo spirito e il

⁵² In tal senso già nel 2001 G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, cit., p. 395 e s., là dove parla di «pericolosa decadenza» con riguardo all’atteggiamento di chi valuta il nostro ordinamento inidoneo a far fronte alla crescente varietà e complessità della prassi negoziale, sottolineando con chiarezza che al fine di configurare singoli atti posti in essere da soggetti interessati espressione di autonomia privata ai sensi dell’art. 1322 c.c. e delle norme costituzionali (artt. 2, 41) non occorre che essi trovino riscontro in un corrispondente *nomen iuris* né che si iden-

compito del giurista e, ancora, contribuisce al dilagare di un *modus legiferandi* che favorisce il frazionamento e il pullulare incontrollato di atti normativi sempre più mal redatti nonché tra loro scoordinati e dunque fondanti ulteriori incertezze sul piano dell'individuazione della disciplina applicabile ad una fattispecie emersa nella pratica degli affari e non solo.

Mentre a livello europeo si lavora per sintetizzare, per creare cioè un quadro comune di riferimento (come attestano il *Draft of Common Frame of Reference* e il *Code Européen des Contrats*) in cui far muovere tante fattispecie negoziali di diversa nazionalità⁵³, in Italia, dove – *mutatis mutandis* – questo quadro già esiste ed è appunto il codice civile (affiancato

tifichino con un «tipo sociale» o «giurisprudenziale» di negozio da rinvenire nella pratica delle contrattazioni così come consolidata in un dato momento storico. Al contrario, è necessario e sufficiente che essi individuino un assetto di interessi unitario e compiuto, tale, per i suoi caratteri, da poter essere convertito in esaustivo regolamento, «sussistendo tale condizione, ogni negozio si tipicizza da sé, neutro essendo l'intervento – di mera rilevazione formale – che sotto il profilo qualificatorio il nostro ordinamento, al riguardo, è chiamato ad operare, in totale assenza di legittimazione ad imporre *ex imperio* propri modelli».

⁵³ S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*², Milano, 2007. Si è già fatto riferimento al *Draft of common frame of reference* ma anche al Libro II del Progetto di *Code européen des contrats* che, in alcuni punti, più del *Draft*, appare modernamente impostato verso una regolamentazione che sappia cogliere le linee generali e comuni di più fattispecie contrattuali, senza rinunciare a fornire una disciplina di dettaglio. Nell'ultimo *Colloque pavésan* del 27-28 giugno 2009 è stato, appunto, proposto dal *Coordinateur*, prof. G. Gandolfi, l'elaborazione di un corpo di norme comuni a tutti i contratti denominati di *coopération* sulla scia di un suggerimento di F. Terré. Tale categoria comprende numerose fattispecie negoziali (mandato, commissione, spedizione, trasporto, appalto, contratto di servizi, contratto di agenzia, deposito ecc.) che presentano come dato comune il carattere dell'*intuitus personae* e la necessità di una collaborazione stretta tra le parti contrattuali per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato (cfr. *Rapport du Coordinateur. Note introductive*, p. 13 in corso di pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del *Colloque*). La proposta è stata accolta dai numerosi giuristi presenti e provenienti da vari Stati europei nonché dagli USA (come il prof. H. Shael, Tulane University of Louisiana) e l'elaborazione delle norme è attualmente in corso: per un resoconto dettagliato dei contenuti della Riunione dell'Accademia si veda il sito www.eurcontrats.eu.

dalle – già troppo – numerose leggi speciali) si procede, invece, inspiegabilmente, in controtendenza, adducendo argomentazioni che non possono condividersi là dove si continui a considerare compito indefettibile del giurista il rinvenimento della regola nella *complessità* del sistema⁵⁴.

⁵⁴ Insistiamo sul punto della *complessità* del sistema normativo per evitare che il richiamo espresso nel testo al *codice civile* venga frainteso. Infatti, ben lungi dal riproporre prospettive codicolatriche, che risultano ampiamente superate in Italia ormai da tempo (come attestano, tra l'altro, le celeberrime indagini di P. GROSSI e N. IRTI), tale riferimento mira, piuttosto, a collocare questa tipologia di fonte normativa – quella del codice civile, appunto – in una posizione, quantomeno, pari ordinata rispetto alle altre fonti, in senso tecnico e atecnico (è innegabile che nella vicenda del *trust* un ruolo, inconsueto per i tempi moderni, abbia assunto una spinta di provenienza dottrinale che è riuscita a trovare sostegni in buona parte dei ceti professionali), produttive di regole percepite come cogenti. Non è forse superfluo rilevare, infatti, che la decentralizzazione del codice civile nel quadro delle fonti *non* ne determina affatto la *scomparsa* dal quadro medesimo: il codice rimane in questo quadro e, opportunamente interpretato in senso *evolutivo*, può essere ancora (o diventare *ex abrupto*, a seconda dei punti di vista) un valido strumento per il giurista che si trovi a dover determinare la disciplina di un contratto atipico anche solo per il fatto che la stessa categoria giuridica dell'atipicità negoziale nel codice civile trova fondamento e riconoscimento. Viene, dunque, da chiedersi se i codici civili oggi, attornati da leggi speciali nazionali, sovrastati da testi comunitari ed internazionali nonché incisi da pronunce giurisprudenziali di vario genere e livello ed, infine, di frequente scavalcati dalla prassi negoziale, non conservino ovvero non assumano, paradossalmente, un ruolo guida quali contenitori di norme (divenute ormai – per ragioni legate alla struttura, alla formulazione e all'età – quasi-principi se non principi veri e propri) che per la loro *generalità* si prestano più di altre, legate indefettibilmente a plurime contingenze e condizionate dal particolare, ad essere riempite di contenuti più vicini alle (impreviste ed imprevedibili) esigenze emergenti. La limitatezza di una norma non sembra, infatti, inevitabilmente segnata dalla sua *nascita* né dalla sua *storia* (che senz'altro – come è stato rilevato nella bella lezione magistrale di P. GROSSI, *Storicità del diritto*, Napoli, 2006 – ne pone ben in risalto i confini concettuali ed ideologici originari; cfr. anche F. DE SANCTIS, *Oltre l'ipocrisia egualitaria. Il liberalismo ha radici antiche?*, Napoli, 2009) bensì dalla sua *interpretazione* (e qui il richiamo va a G. TARELLO ed a chi ne ha colto bene lo spirito: G.M. LABRIOLA, *La codificazione nell'interpretazione di Giovanni Tarello. Riflessioni a margine*, in *Materiali storia cult. giur. mod.*, 2005, p. 107 ss.). In altre parole, se formulata in modo sufficientemente ampio, una norma è, per così dire, "attualizzabile" qualora venga sottoposta ad un accurato processo interpretativo che consenta di superare anche "i difetti" che ne avevano accompagnato

L'emanazione di una legge speciale con pretese di esaustività in materia di trust italiano potrebbe, poi, presentarsi come dannosa in una prospettiva di politica del diritto, vale a dire avendo riguardo all'appetibilità dell'ordinamento giuridico italiano rispetto agli investimenti e, più in generale, agli interessi stranieri⁵⁵. Imbrigliare il *trust* in una legge speciale significa impedirgli di mutare o, comunque, di adattarsi molto velocemente (come – invece – ha fatto e sta facendo) alle esigenze concrete che emergono nelle relazioni tra privati (e non solo). Ciò risulta dalla let-

l'origine. Se così è, la vera questione pare essere quella dell'identificazione di elementi oggettivi caratterizzanti l'esercizio dell'*ars interpretandi*. In assenza di tali elementi l'interpretazione è puramente arbitraria e per un medesimo problema giuridico possono essere indicate soluzioni divergenti se non diametralmente opposte, facendo apparire impossibile appigliarsi ad un criterio credibile per scegliere tra l'una o l'altra. Il tema è troppo vasto per poter essere affrontato in questa sede ma, per quanto qui interessa, può dirsi ragionevolmente che il dogmatismo e l'assenza di consapevolezza della fluidità del materiale normativo in ragione della pluralità delle fonti (spesso in dialogo/conflitto tra loro) da cui esso deriva e delle molteplicità dei fattori da cui è inciso, costituiscono gravi ostacoli ad un esercizio proficuo dell'*ars interpretandi*, inducendo spesso ad affermazioni che, in un contesto permeato da fenomeni cosiddetti di «globalizzazione» a tutti i livelli immaginabili, appaiono quantomeno ingenui nella loro riproposizione di una visione dogmatica dei sistemi giuridici nazionali, percepiti come sistemi chiusi, governati da principi immutabili o mutabili solo tramite l'intervento di un *deus ex machina*, identificato nel legislatore il quale, invece, dal canto suo, è sempre più uno degli attori magari dei co-protagonisti dell'opera inscenata ma non certo il protagonista unico dotato di poteri taumaturgici contro le (supposte) anomalie del sistema: in tal senso, proprio sul tema in esame, già dalla fine degli anni '90 G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 339 e in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 571 e ss.; ID., *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, cit., p. 142, là dove parla del rapporto odierno tra ordinamenti in termini di relazione che rende gli ordinamenti medesimi – al di là e al di sopra di ogni forza contraria – fra loro uniformi.

⁵⁵ Coglie chiaramente questo aspetto R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., p. 221, quando evidenzia che: «il *trust* ha creato condizioni di concorrenza tra ordinamenti i quali che più che comunicare competono, per attrarre il *business* del *trust* nei propri confini, non contribuendo affatto a creare il cosiddetto modello internazionale». Sull'incidenza della questione fiscale sulla forza attrattiva del trust (pron.: trust) italiano si rinvia a quanto si dirà *infra* Cap. III, par. 2.

tura, anche non particolarmente approfondita, delle leggi speciali emanate in ordinamenti giuridici *continentali* o misti (Francia, Lussemburgo, Repubblica di San Marino, Liechtenstein, Malta)⁵⁶. Tutti questi ordinamenti hanno regolato una fattispecie che appare decisamente meno ampia sotto il profilo soggettivo e/o oggettivo di quella prevista nella Convenzione de L'Aja (ovvero nella prassi internazionale dei *trust*). I legislatori nazionali hanno determinato, così, nella maggior parte dei casi, una scissione tra *trust* convenzionale e *trust* nazionale, che, anzi, viene, in alcuni casi, denominato negozio fiduciario o altro proprio per distinguerlo dal *trust* convenzionale o straniero⁵⁷. Nell'ambito degli atti normativi facenti capo agli Stati che si sono dotati di una legge *ad hoc* il *trust* viene a configurarsi, pur con diverse articolazioni, o come ente autorizzato a svolgere soltanto certe attività⁵⁸ ovvero come un tipo di attività che può essere svolta soltanto da certi enti, registrati e/o autorizzati⁵⁹.

⁵⁶ Sempre R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., p. 221, scrive acutamente che la pretesa comunicabilità tra ordinamenti è interrotta, in realtà, dalla rigidità della riduzione a *statutory law*: «nel momento in cui il *trust* viene disciplinato da una o più leggi nazionali, si introduce un elemento di isteresi che rende impossibile, per definizione, la permeabilità del tipo alla grande matrice dell'*equity* e alle sue capacità di sviluppo». Ma per un visione più disincantata del rapporto attuale tra *equity* e materia dei *trust* v. P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit., p. 74, là dove scrive che il richiamo all'*equity* nella materia dei *trust* riflette, invero, aspetti di un'esperienza in larga misura superata dal moderno impianto del diritto inglese (ed americano) che vede, per un verso, assorbita l'*equity* nella *common law* e, per altro verso, la formazione di categorie giuridiche ampie, protese a cogliere principi generali. Sul punto anche *infra* par. 3.

⁵⁷ Cfr. *supra* Cap. I, par. 1; v. anche R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., p. 223, là dove rileva la sussistenza di leggi interne che ammettono, sì, a certe condizioni i *trust* internazionali ma che al contempo attuano il tentativo di arginare i *trust offshore* proteggendo e valorizzando i *trust onshore* (continentali).

⁵⁸ Anche negli USA di recente è emersa la tendenza di alcuni Stati (es.: Delaware) ad assimilare il *trust* ad una persona giuridica: lo segnala sempre M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 10, là dove rileva che è in corso di redazione un progetto di legge uniforme da proporre ai singoli Stati federati sotto il nome di "Uniform Statutory Trust Entity Act". Sul punto *infra* par. 3.

⁵⁹ Ed, infatti, questo genere di approccio è stato proposto (senza successo) anche

Legiferare sul *trust* porta, dunque, inevitabilmente a circoscriverne i contorni e il raggio di azione in senso limitativo ed una scelta del genere potrebbe giustificarsi in Italia solo sul presupposto della mancanza di norme vigenti ovvero regole circolanti idonee non solo a garantire l'operatività della fattispecie nel nostro ordinamento (che risulta dotato di idonei apparati rimediali) ma anche a fornire una regolamentazione sufficientemente completa dei tratti essenziali della fattispecie medesima. Tali mancanze, però, alla luce di quanto detto nei paragrafi precedenti e di quanto si dirà nei prossimi, non sembrano sussistere.

3. *Analisi critica di orientamenti diffusi*

Né potrebbe opporsi all'*iter* logico che si va svolgendo il rilievo secondo cui il nostro ordinamento è e rimane *non-trust* in quanto governato da regole e principi incompatibili con il (chimerico⁶⁰) *trust* di diritto stra-

in Italia: cfr. i già menzionati: progetto di legge n. 6547 dell'11 novembre 1999 (Camera) e disegno di legge n. 489 del 12 maggio 2008 (Senato). In entrambi i progetti si legge che l'atto costitutivo di *trust* deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione del *trustee*, da individuare esclusivamente tra i soggetti appartenenti alle categorie delle società fiduciarie autorizzate. Per questo ed altri limiti (temporali, oggettivi e soggettivi) all'operatività del *trust* in esso contenuti il progetto n. 6547 è definito «infausto» da G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust ecc.*, cit., p. 397 nota 10. L'a. riserva un giudizio altrettanto negativo in *Sulla riconducibilità ecc.*, cit., p. 153 nota 59 alla proposta di legge n. 5194 del 30 luglio 1998, intitolata «Per la riforma delle società fiduciarie e per la disciplina del trust» perché inadatta a cogliere in modo corretto il profilo della rilevanza esterna della separazione dei beni nella sfera del disponente: sul punto v. *infra* nel testo e nelle note.

⁶⁰ Si rinvia qui alle parole di R. Pardolesi già riportate *supra* e confermate nel panorama internazionale dalla difficoltà di definizione del *trust* espressa chiaramente ed intenzionalmente da M.J. DE WAAL nell'*Introduction* del suo contributo *Trust law*, cit., p. 755, il quale conclude per l'impossibilità di dare una precisa definizione dell'istituto, essendo esso «extremely adaptable and flexible» nonché utilizzabile per raggiungere «almost any lawful end». Sull'inafferrabilità del *trust* cfr. il titolo del contributo di A. PICCIOTTO, *Brevi note sull'art. 2645-ter: il trust e l'araba fenice, ovvero dell'inutile (e dannoso) "meritevole interesse"*, in *Contr. Impr.*, 2006, p. 1317. Che il *trust* abbia perso nitidezza di contorni (qualora l'abbia mai

niero e/o internazionale. Ostativi sarebbero in particolare i principi: a) della *non* opponibilità a terzi degli accordi cosiddetti fiduciari (cfr. artt. 627 e 1372 c.c.) in ragione del numero chiuso dei vincoli di indisponibilità opponibili ai terzi; b) della tipicità delle cause di attribuzione traslativa e della idoneità delle stesse a fondare solo l'attribuzione cosiddetta pura, vale a dire definitiva con esclusione di quella strumentale (v. *infra* nel testo); c) tipicità degli effetti reali (art. 1376 c.c.) o obbligatori (art. 1173 c.c.) derivanti dai negozi di attribuzione; d) della tipicità (intesa come numero chiuso) dei diritti reali e dei negozi atti a produrli; e) della tipicità della *destinazione* patrimoniale senza personalità giuridica e della connessa *separazione* (in forma segregativa, cioè bilaterale: v. *infra* par. 4), valutata am-

avuta!) a livello internazionale e, in particolare, nei medesimi ordinamenti di *common law* da cui esso stesso origina, è bene espresso dallo stesso “padre” del *trust* interno M. LUPOI, *Introduzione: Jersey e il modello internazionale*, in Panico P., Pighi F., Barla De Guglielmi E., *La legge di Jersey sul trust*, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, p. 10, là dove pone in risalto il tramonto dell'industria del *trust* sottolineando come ai tempi della Convenzione de L'Aja i delegati dei paesi di *common law* miravano a rendere difficile da parte di *settlor* di paesi di *civil law* l'accesso al *trust* e ciò senza immaginare che la successiva frammentazione esasperata venutasi a creare all'interno degli stessi paesi di *common law* mediante ricorso allo strumento legislativo avrebbe esposto questi ultimi all'operare di *trust* che ove sottoposti alla legge di tali paesi sarebbero risultati nulli; infatti, il Regno Unito ha eliminato dal proprio strumento di ratifica l'art. 13 della Convenzione de L'Aja. L'a. ribadisce queste osservazioni anche nel più recente *Istituzioni ecc.*, cit., p. 19, là dove parla di concorrenza fra i paesi del modello internazionale che ha generato una proliferazione di nuove leggi promulgate da parte dei paesi più attenti alla clientela straniera: «l'unità del modello del *trust* internazionale è stata posta in crisi». Se a ciò si aggiunge che in Inghilterra specifici aspetti del *trust* sono stati oggetto di previsione legislativa ma mai sono stati promulgati testi normativi sull'intera materia del *trust* (v. i precisi riferimenti ai numerosi testi normativi rilevanti contenuti in L. DI COSTANZO, *Il trust in Italia ecc.*, cit., p. 18 nota 24) e che negli USA il *trust* non è materia federale, esistendo quindi tanti diritti dei *trust* quanti sono gli Stati federati, ognuno con i suoi propri sviluppi (così sempre M. LUPOI, *op. ult. cit.*, pp. 16, 19), si vede come il riferimento ad una legge regolatrice straniera è ben lungi dall'apportare certezze sul piano identificativo e disciplinare della fattispecie *trust*. Non solo: l'inafferrabilità dei tratti univoci del *trust* lo rende altamente idoneo alla penetrazioni in contesti giuridici anche molto diversi tra loro: v. *infra* nel testo.

missibile solo per il perseguimento di interessi che il legislatore qualifica come superiori a quello della tutela paritaria dei creditori e dell'infrazionabilità del patrimonio (cfr. art. 2740 c.c.); f) della tipicità degli atti trascrivibili nonché degli effetti derivanti dalla trascrizione (cfr. artt. 2643-2645 c.c.); g) dell'inopponibilità della posizione del beneficiario della *destinazione* ai terzi creditori e aventi causa dal proprietario-gestore ovvero dal disponente; h) della insussistenza di efficaci rimedi esperibili dal disponente e/o dal beneficiario in caso di abusi, inadempimenti o omissioni del proprietario-gestore.

Le "tipicità" e le "inopponibilità" elencate oltre a ribadire la l'estraneità del *trust* al nostro ordinamento quale articolazione della sua più generale estraneità alla tradizione giuridica continentale, definirebbero i limiti (angusti) di ammissibilità ed operatività della fattispecie *trust* (ovvero *attributivo-destinatoria*) in Italia, rendendo il contesto giuridico in cui essa va ad operare poco chiaro o – addirittura – «silente»⁶¹ sotto il profilo della circolazione dei diritti e della soluzione dei conflitti tra disponente, proprietario-gestore, beneficiari, creditori e terzi aventi causa.

L'individuazione di questi limiti di ammissibilità o, comunque di operatività della fattispecie, in senso lato, di *trust* nell'ordinamento italiano fa emergere subito – vale la pena ripeterlo – l'intrinseca contraddittorietà sul piano logico delle posizioni di coloro⁶² che considerano l'as-

⁶¹ Così P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova 2003, p. 105.

⁶² Esse sono rappresentate ampiamente nei ceti professionali sia forense sia notarile, seguendo la scia tracciata da M. LUPOI (rinvenibile anche nel recente *Istituzioni ecc.*, cit., 333-334) sono, in gran parte, convinti della natura di norme di diritto sostanziale degli artt. 2, II, co. 2, e 12 della Convenzione de L'Aja e della necessità delle stesse per l'operatività del *trust* regolato da legge straniera nel nostro sistema giuridico: cfr. tra i rappresentanti del ceto forense M. MONEGAT, *Trust "interni" e trust di "diritto interno"*, cit., p. 43; I. VALAS, *La convenzione de L'Aja e la legge regolatrice straniera*, cit., p. 61 ss.; tra i rappresentanti del ceto notarile D. MURITANO, *Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme. (Tra teoria e prassi)*, in *I trust interni e le loro clausole*, cit., p. 3: «[...]il fondamento giuridico dei *trust* interni si ricava dalle norme della Convenzione sul "riconoscimento", che non pongono alcuna limitazione soggettiva e oggettiva; P. PICCOLI, *Presentazione*, in *I trust interni e le loro clausole*, cit., p. XI.

soggettamento del *trust* a legge straniera necessario e sufficiente per superare i principi inderogabili sopra esposti, salvo, poi, indicare nella Convenzione de L'Aja e, più specificamente, nella legge italiana di ratifica (l. n. 364 del 1989), il dato normativo su cui fondare la statuizione dell'eccezione ai principi suddetti e il superamento delle obiezioni all'ammissibilità del *trust* interno nel nostro ordinamento.

Ma delle due l'una: o si qualificano la legge di ratifica e la Convenzione come norme di diritto internazionale privato e perciò stesso *non idonee* a fondare l'eccezione normativa ai menzionati principi (contenuti e deducibili da norme di diritto sostanziale) ovvero si qualificano le stesse come norme di diritto sostanziale uniforme⁶³, idonee a legittimare *tout court* il *trust* (che allora andrebbe denominato sempre con la "u") di diritto italiano quale vera e propria fattispecie *tipica*, regolata a livello legislativo con una legge italiana *ad hoc* (quella di ratifica della Convenzione de L'Aja) e non, certo, il *trust* interno (*atipico?*)⁶⁴ regolato dal diritto straniero.

⁶³ Focalizza il punto Trib. Velletri, 29 giugno 2005, ord., cit., là dove rileva con lucidità che la considerazione della Convenzione de L'Aja quale disciplina di diritto sostanziale uniforme induce a chiedersi perché il *trust* debba essere assoggettato obbligatoriamente ad un'altra legge (quella di uno Stato che conosca il *trust*), potendo ben essere essa stessa la legge del *trust* all'interno degli ordinamenti firmatari. Focalizza l'alternativa indicata nel testo in riferimento all'art. 2740 c.c. L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 371 not 37. Attribuisce, invece, alla Convenzione carattere di diritto sostanziale uniforme e sostiene, coerentemente, che essa, a seguito della ratifica da parte del legislatore italiano, ha prodotto l'effetto dell'introduzione dell'istituto del *trust* nel nostro ordinamento R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel «trust» interno*, cit., 1998, p. 54 s.: «la legge di ratifica della Convenzione non è una legge delega né una pseudo direttiva; non necessita di alcuna legge di attuazione ed opera direttamente nei rapporti tra privati, avendo essa stessa tipizzato i principi cardine dello statuto *ad hoc* sul *trust*, sebbene mutandoli *recta via* dalla citata Convenzione. Il *trust* può essere regolato dalla legge italiana e dunque dalla Convenzione. Ciò che conta è tracciare le linee di demarcazione fra la disciplina ricavabile dalla Convenzione e i principi di ordine pubblico interno che, ove siano in contrasto, impongono la disapplicazione delle sue regole (art. 18 Convenzione)».

⁶⁴ La questione esiste ed è di difficile soluzione come attestato dal fatto che in dottrina, pur partendo da un medesimo presupposto, vale a dire da una medesima considerazione del ruolo della Convenzione de L'Aja e della legge di ratifica, si giunge, però,

Appare di indiscutibile evidenza, infatti, che il (mero) rinvio alla legge straniera – che pure, inspiegabilmente, si ritiene necessario nonostante il ruolo attribuito alla legge di ratifica della Convenzione – non potrebbe certo valere, di per sé, a colmare l'assenza (che, evidentemente, persiste) di un dato normativo interno che fondi – chiaramente – la deroga ai (quei) principi generali (che si ritengono operanti nel sistema italiano)⁶⁵ e soprattutto appronti una regolamentazione della fattispecie paragonabile a quella che si presume, invece, di trovare nella legge straniera la cui scelta continua ad essere ritenuta indefettibile⁶⁶.

a conclusioni opposte: cfr., infatti, R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., pp. 287-288 che propende per la *tipicità* determinata dalla legge straniera che rappresenta la «disciplina particolare» della fattispecie *trust*; cfr. C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., p. 1339, che qualifica, invece, il *trust* negozio atipico.

⁶⁵ In tal senso già da tempo G. PALERMO, *Sulla riconducibilità ecc.*, cit., pp. 137-142, là dove nega chiaramente che la Convenzione de L'Aja abbia voluto operare o favorire l'introduzione nel nostro ordinamento di schemi formali corrispondenti ai *nomina iuris* che altri ordinamenti conoscono ovvero consentire la riconduzioni a tali schemi di corrispondenti effetti ancorchè incompatibili con i principi sui quali il codice civile italiano, al termine di una lunga tradizione storica, è venuto a modellarsi. Ancora più chiare ai fini di quello che si va dicendo nel testo appaiono le parole di R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 385, la quale scrive che *de iure condito* [vale a dire ritenendo sussistenti tutti i principi indicati nel testo che fanno da sfondo alla tesi dell'a.] alla destinazione di determinati beni alla realizzazione di un fine non tipizzato dal legislatore non può corrispondere la costituzione di alcun vincolo reale e ciò nemmeno nel caso in cui il destinante dichiara applicabile un ordinamento straniero che conosca e regoli l'istituto del *trust*. Nel medesimo senso Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit.

⁶⁶ Richiede, infatti, l'intervento del legislatore italiano C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 204; anche R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 383 ss.. Non così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, cit., p. 96, il quale afferma che la legge di ratifica della Convenzione de L'Aja ha consentito di superare il «limite» all'autonomia privata nella scelta della legge applicabile ad una fattispecie negoziale priva di elementi di internazionalità, derogando a norme interne ostative all'ammissibilità del *trust* come quella contenuta nell'art. 2740 c.c. L'a., però, continua a ritenere necessaria la scelta della legge straniera [!]. Più coerenti A. DE DONATO, V. DE DONATO, M. D'ERRICO, *Trust convenzionale – Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, p. 41 e ss., secondo cui la Convenzione offre un proprio modello di *trust* e dunque la legge regolatrice [straniera *n.d.r.*] pre-

Per uscire da questo *impasse* logico (prima ancora che giuridico), una volta esclusa la necessità di restare nell'«attesa messianica di una legge» speciale⁶⁷ (di cui è contestabile, altresì, l'opportunità: v. *supra* par. 2 e *infra* Cap. III, parr. 1, 4), si è inevitabilmente indotti a dubitare decisamente sull'esistenza stessa dei principi sopra elencati nei termini che hanno circolato e continuano a circolare (più meno diffusamente e consapevolmente) nell'ambiente giuridico italiano (anche dopo importanti innovazioni normative ma, soprattutto, dopo che approfonditi studi sono comparsi e diffusi da tempo nel medesimo ambiente)⁶⁸. In altre parole è legittimo chiedersi se alcune concezioni/interpretazioni di determinati complessi regolamentari, soprattutto codicistici⁶⁹, non siano state finora espresse in chiave eccessivamente dogmatica, a tal punto da ingenerare la convinzione dell'inidoneità del nostro ordinamento «a far fronte alla crescente varietà e complessità della prassi negoziale»⁷⁰, sancendo, di conseguenza, «un giudizio di lacunosità incolmabile del medesimo che «contraddice in modo plateale la sua realtà»⁷¹.

scelta ha il più modesto ruolo di *predisposizione regolamentare*, subordinata alle regole convenzionali.

⁶⁷ L'espressione è di G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust ecc.*, cit., p. 415, che critica apertamente la scelta di una tale posizione di attesa, rilevando con toni di accentuata ironia, come, nel frattempo, «[...] la vita dell'ordinamento dovrebbe arrestarsi, la posizione dei soggetti interessati e contro interessati dovrebbe rimanere confusa e indistinta, gli interpreti, togati e non, dovrebbero astenersi dall'intervenire [...]».

⁶⁸ G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust* (art. 2645-ter c.c.), Padova, 2008, p. 293 e s.

⁶⁹ Per questa ragione si è accentuato il ruolo del codice civile nella disciplina del trust italiano; finora, infatti, se ne accentuato il ruolo in senso contrario, vale a dire attingendo al suo interno i principi ostativi all'operatività di fattispecie, in senso lato, di *trust*. Ma, come si sta tentando di dimostrare, appare percorribile un cammino diametralmente opposto: v. *infra* nel testo.

⁷⁰ Cfr. sul punto per l'incisività del titolo, che rende appunto l'idea di quanto si va dicendo nel testo, DI CIOMMO, *Per un teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 630 e ss.

⁷¹ Così già nel 2001 G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust ecc.*, cit., p. 395.

In effetti, molto banalmente potrebbe osservarsi, in primo luogo, come la semplice idea della sussistenza in Italia di una preclusione all'*autonomia privata* (categoria – anche valoriale – di rango non solo codicistico bensì costituzionale perché legata all'esplicazione della personalità individuale⁷²) di così ampio raggio quale è quella che scaturisce dalla sommatoria dei principi, sopra velocemente e superficialmente elencati, appare – *ictu oculi* – inverosimile (nonché gravida di pericolo sul piano internazionale per la supposizione – errata – di inferiorità e arretratezza che essa – di fatto – radica a carico del nostro ordinamento rispetto ad ordinamenti di area anglo-americana ovvero continentali dotati di una legge speciale sul *trust*)⁷³.

L'inverosimiglianza di limiti così estesi all'esplicazione dell'*autonomia privata* in Italia oltre ad essere attestata da quanto si è andato descrivendo fin qui (vale a dire dall'odierna indiscutibile affermazione di fattispecie, in senso lato, di *trust* – v. *infra* par. 5 – nella prassi negoziale italiana *prima di* o, comunque, *contemporaneamente a* modifiche dell'apparato normativo privatistico⁷⁴) emerge con chiarezza ove si abbia riguardo agli

⁷² Lo rileva sempre G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust* ecc., cit., pp. 392-393, con riguardo agli artt. 2 e 41 della Costituzione; ID., *Interesse a costituire il vincolo di destinazione*, cit., pp. 288-289. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, cit., p. 289 e ss.

⁷³ È proprio per superare questo limite generale – che in realtà non c'è mai stato: v. *infra* e fin da ora si pensi ad istituti come la vendita con riserva di proprietà e le regole sull'opponibilità della riserva ai creditori e ai terzi aventi causa del compratore (art. 1524 c.c.), alla cessione dei beni ai creditori (artt. 1980 e 2649 c.c.), al fondo patrimoniale (artt. 167 ss. e 2647); al mandato senza rappresentanza ad alienare (art. 1705-1707); alla prevalenza del vincolo di indisponibilità trascritto anteriormente sui creditori pignoranti (art. 2915 c.c.) – si è invocata la disparità di trattamento dei cittadini italiani rispetto agli stranieri e il contrasto con le norme della Costituzione ove non si fosse ammessa l'assoggettabilità del *trust* alla legge straniera.

⁷⁴ È bene ricordare che in Italia i giudici parlano esplicitamente di *trust* già agli inizi del secolo XX: Cass. Napoli, 29 marzo 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 1, p. 649, massimata anche come segue: « [...] La costituzione di un *trust* secondo le leggi inglesi non è un fedecomesso né dà vita ad un ente giuridico autonomo, organizzando semplicemente una amministrazione a scopo di conservazione del patrimonio nell'interesse dei successivi

studi di carattere storico-comparativo condotti (già a partire dalla prima metà degli anni '90 fino a tempi recentissimi) da *civil lawyers* sia italiani⁷⁵

chiamati a goderne [...]». Questa pronuncia vale, in un certo senso, ad attestare come anche ben prima della Convenzione de L'Aja fosse possibile “riconoscere” un *trust* nell'ordinamento italiano. Oggi si legge in Trib. Rimini, 21 aprile 2009, in *Fam. dir.*, 2009, p. 817 che l'istituto del *trust* c.d. interno è ormai *pacificamente ammissibile* nell'ordinamento italiano.

⁷⁵ Qui alludiamo, in particolare, agli studi di M. GRAZIADEI che, dopo aver esaminato il *trust* nel suo ambiente originario, ed averne evidenziato le differenze con altre figure come l'*agency* (cfr. *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996; ID., *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 1 e ss; ID. e B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 452 e ss; ID., *Agency e Trust*, in *I trusts in Italia oggi* a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, pp. 447-453), ha analizzato l'evoluzione del *trust* in relazione all'istituto della fiducia in *The Development of fiducia in Italian and French Law from the 14th century to the End of the Ancien Régime*, in *Itinera fiduciae. Trust and Treuband in Historical Perspective* a cura di R. Helmholz, R. Zimmermann, Berlin, 1998, p. 327 e ss. Negli stessi anni cfr. anche il testo di U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport CT-USA (Greenwood Press), 2000, lavoro con il quale l'a. fa emergere con chiarezza la pregiudizialità delle impostazioni volte ad accentuare le diversità degli istituti proprietari in Europa; A. GAMBARO, *Trusts in Continental Europe, Aequitas and equity: Equity in civil law and mixed Jurisdictions* edited by A.M. Rabello, Jerusalem, 1997, pp. 777-792; ampia l'analisi di M. BIANCA svolta in *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., dove ricostruisce attentamente la nascita e l'evoluzione della teoria dei patrimoni separati: dal patrimonio appartenente ad un soggetto persona fisica o ad uno scopo (che diviene centro di imputazione) alla persona giuridica che va a sostituirsi al patrimonio imputato allo scopo. L'a. non manca di dare risalto alle influenze negative che questa teoria, cosiddetta personalistica del patrimonio, di stampo pandettistico, elaborata tra la fine dell'800 e gli inizi del 900, ha avuto sul pensiero giuridico moderno, ostacolando lo sviluppo della destinazione patrimoniale quale categoria autonoma, e radicando l'idea secondo cui ogni qualvolta c'è una limitazione di responsabilità patrimoniale ci deve essere una persona giuridica (v. anche della stessa a. *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 197 e ss. e *infra* nel testo e nelle note). A partire dal 2004 si è dedicato a studi storico-comparativi anche M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, in part. 249; ID. (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, studi culminati, poi, in suggerimenti operativi espressi in *Istituzioni ecc.*, cit., p. 195 ss., dai quali non può non rilevarsi come l'a. sia giunto ad un sostanziale mutamento della posi-

sia stranieri⁷⁶. Tali studi hanno decisamente scalfito l'assunto dell'estraneità del *trust*, inteso in senso lato, alla tradizione giuridica continentale, dimostrando come il fenomeno della gestione patrimoniale cosiddetta fiduciaria o, più esattamente, nell'*interesse altrui*⁷⁷ (v. *infra*) affonda le sue

zione da lui maturata ed espressa in opere precedenti relative al rapporto tra *trust* anglosassone e negozi fiduciari di diritto italiano (v. *infra* nel testo). È, poi, ritornato sul tema con un importante saggio proprio di recente M. GRAZIADEI, *Trust, confidenza fiducia. Una sentenza di fine diciannovesimo secolo della Corte di Cassazione e il suo retroterra*, in *Relations between the ius commune and English law* a cura di R.H. Helmholz, V. Piergiovanni, Rubettino, 2009, p. 223 e ss., lavoro in cui l'a. pone molto bene in luce come la ricerca intorno alla storia del *trust* e della *fiducia* nell'ultimo decennio ha condotto ad importanti scoperte, legate all'esame di fonti continentali (dottrina e giurisprudenza) dell'epoca del diritto comune. L'indagine del Graziadei prende avvio dalla Cassazione di Roma 5 maggio 1897 (da lui stesso rinvenuta e concessa per la pubblicazione in *TAF*, 207, p. 456), e si incentra sull'analisi del fenomeno delle cosiddette *confidentiae*, fondazioni non riconosciute che non abbisognano del riconoscimento poiché si appoggiano su un ente già esistente; ad esse spetta la proprietà dei beni (fenomeno che trova oggi riconoscimento nell'art. 32 c.c.). L'a. sottolinea, altresì, come le correlazioni tra la *confidentia* italiana, i *charitable uses* dell'Inghilterra del XVII sec. nonché la nozione di *fiducia* sono state trascurate dagli storici inglesi; egli giunge a dimostrare inequivocabili comunanze tra *confidentia* e *charitable trust* (v. anche *infra*).

⁷⁶ In particolare: R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN (edited by), *Itinera fiduciae. Trust and Treuband in historical perspective*, Berlin, 1998, con speciale riguardo all'*Introduction* dove si legge che «If, as seems to be happening today, modern European law incorporates the trust, there is much to suggest that it will be building upon historical foundations» (p. 44); M. CANTIN CUMYN, *The trust in a civilian context: the Quebec case*, in *J. Inter. Trust Corp. Planning*, [1994] 3, pp. 69-77; H. P. GLENN, *The historical origins of the trust*, in *Aequitas and equity: Equity in civil law and mixed Jurisdictions* edited by A.M. Rabello, Jerusalem, 1997, pp. 749-776; R. ZIMMERMANN, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, in *ZEuP*, 1993, p. 4 e ss.; più di recente si segnala il lavoro di J. WOLFF, *Trust, Fiducia und fidejuziarische Treuband*, Frankfurt a.M., 2005, che analizza il *trust* inglese congiuntamente alla *Treuband* tedesca, al fidecommesso romano e austriaco e, soprattutto, al *trust* scozzese rispetto al quale l'a. si chiede se esso possa servire ai fini della costruzione di un «kontinentaleuropäischen trust».

⁷⁷ Cfr. A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *TAF*, 2007, p. 169, dove, con riferimento alla proprietà soggetta a vincolo di destinazione opponibile a terzi parla di «modo di essere della proprietà», la quale genera «utilità destinate non già al suo

radici nel diritto comune ed è dunque condivisa dalle aree di *civil* e *common law* fin dalle sue origini⁷⁸, salvo aver avuto, durante i secoli del primo millennio, sviluppi e accentuazioni diverse nelle due aree, producendo modelli, sì, differenti ma ampiamente circolanti e reciprocamente condizionati⁷⁹.

titolare ma ad un beneficiario» ma già negli anni '90 ID., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, VIII, t. 2, Milano, 1995, pp. 628 e ss.; cfr. anche A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999, p. 93 e ss. Sul tema v. M. GRAZIADEI, *Trust, confidenza fiduciarie ecc.*, cit., p. 225, là dove sottolinea come ben prima dell'epoca delle codificazioni la nozione di proprietà conoscesse ampiamente quei fenomeni di dissociazione tra *titolo* e *commodum* (utilità del diritto) che oggi vengono «presentati come emblema del *trust* [...] La distinzione tra questi elementi consente di far valere nei confronti del creditore del fiduciario il fatto che il diritto di cui egli è investito non è destinato a giovare loro poiché esso non giova nemmeno al proprio titolare [bensì ad un soggetto terzo *n.d.r.*]. Grazie a questa soluzione, la posizione del beneficiario della fiducia o del *trust* cessa di essere assimilabile a quella di un mero creditore del fiduciario o del *trustee*». Più in generale può dirsi che l'idea di una «proprietà nell'interesse altrui» è sempre stata presente nel nostro ordinamento ben prima dell'inserimento dell'art. 2645-ter c.c., essendo essa connessa alla figura del mandatario senza rappresentanza: cfr. già L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 73 e s. sulla nozione di rapporto fiduciario quale titolarità di un diritto da parte di un soggetto per conto altrui; e verso la fine degli anni '90 si veda G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, pp. 346-348 e ivi le note. Cfr. anche R. LENZI, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito dei beni fungibili*, Milano, 2007, p. 7 note 11-13.

⁷⁸ Pare che di ciò si sia resa conto proprio quella parte della dottrina cui è imputabile il merito della creazione della figura del (ma anche la responsabilità della – persistente – confusione sul) *trust* interno. Come spiegare, infatti, la proposta recente di affiancare al *trust* interno il cosiddetto «negozio di affidamento fiduciario», configurato come fattispecie negoziale di diritto italiano operante – da tempo immemorabile (?) – nel nostro ordinamento ed idonea a produrre effetti nonchè a realizzare interessi analoghi se non identici a quelli prodotti e realizzati dal *trust* [interno]? Si allude qui alla II Parte del testo monografico di M. LUPOLI, *Istituzioni*, cit., pp. 193-333.

⁷⁹ Sinteticamente ma efficacemente pone in risalto questo aspetto della «circolazione dei modelli» M.J. DE WAAL, *Trust law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, cit., 760-763; ID., *The core elements of the trust: aspect of the English, Scottish and South African trusts compared*, in *South African L. J.*, [2000] 117, pp. 548-571. Cfr. anche L. SALAMONE, *Gestione e se-*

Oltre al «mito» dell'estraneità del fenomeno-*trust* ad ordinamenti di *civil law* è stato, altresì, posto in luce il ruolo (negativo) che sulla consolidazione di questo mito ha avuto l'accentuazione della distinzione tra *property in equity* e *property in law*⁸⁰ dato che la scissione tra *title* e *use* del

parazione patrimoniale, cit., in part. p. 167 nota 102, dove riportando un'osservazione di M. Lupoi espressa nella voce *Trusts* dell'Enciclopedia del diritto, sulle modalità di segregare somme di denaro, intestando conti o libretti bancari al *trustee*, l'a. fa notare in modo chiarificante che: «l'invenzione del giurista anglosassone si rivela come la scoperta dell'uovo di Colombo, alla luce dell'esperienza tedesca di *Anderkonten* e *Treubandkonten*!». L'a., inoltre, sottolinea opportunamente come questa soluzione presente nel diritto tedesco non sia spiegabile facendo riferimento alla distinzione tra fiducia in senso romanistico e fiducia in senso germanistico, essendo tale distinzione respinta da buona parte della dottrina e della giurisprudenza tedesche (p. 163 note 85-87) sulla base della constatazione della neutralità sul punto delle norme del BGB, suscettibili per ciò stesso di orientare le argomentazioni in qualsiasi senso. Da parte nostra aggiungiamo che ai fini del presente lavoro la fiducia c.d. germanistica (considerata operante con riguardo alle intestazioni di titoli ed azioni alle società fiduciarie: l. 23 novembre 1939 n. 1966, art. 1, nel testo vigente) non interessa in quanto essa si identifica nello schema del mandato senza rappresentanza, inteso come schema in cui non avviene alcun trasferimento al mandatario della titolarità del diritto di proprietà sui beni del mandante che siano oggetto dell'attività del mandatario né, di conseguenza, alcun effetto segregativo con riguardo al patrimonio dell'uno o dell'altro. Ciò, d'altra parte, è chiaro agli operatori del diritto: cfr., ad esempio, E. ADDUCCI, A. DI ZILLO, *Donazioni, Atti di liberalità, Negozi a titolo gratuito*, Ravenna, 2008, p. 120, dove a proposito della fiducia germanistica parlano di «mandato fiduciario», evidenziandone le differenze con il negozio fiduciario (attributivo *alias* romanistico). La differenza tra fiducia germanistica e fiducia romanistica si percepisce ovviamente anche sul piano fiscale come pone in luce la Circolare Agenzia delle Entrate 27 marzo 2008 n. 28/E, pp. 9-10, in quanto la prima, che consiste in un mero sdoppiamento tra titolarità del diritto di proprietà e legittimazione all'esercizio del medesimo, è sottratta all'imposta sulle successioni e donazioni cui è, invece, sottoposta la seconda la quale realizza effetti traslativi del diritto di proprietà in capo al fiduciario: ma per la complessità della questione si v. *infra* par. 5, Cap. III, par. 3.

⁸⁰ Cfr. sempre M.J. DE WAAL, *Trust law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 756, là dove afferma chiaramente che una certa interpretazione della storia del *trust* ha determinato un'eccessiva valorizzazione dello sdoppiamento tra *legal ownership* e *equitable ownership*, alimentando inverosimilmente l'idea della distanza sul tema tra le aree di *civil law* e di *common law*; ID., *In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context*, in *Stellenbosch Law Review*, [2001] 12, p. 65 e ss.; R. FEENSTRA, *Foundations in Continental*

property right (cui corrisponde sul piano della tutela la scissione tra *common law* ed *equity law*) non è assolutamente una prerogativa del diritto inglese ma una concezione diffusa ampiamente in tutto il diritto comune e, per così dire, “offuscata” nelle codificazioni ottocentesche per dare spazio ad una «nozione teorica di proprietà» [assoluta *n.d.r.*] che fosse idonea a giustificare il recupero allo Stato e al commercio di ingenti patrimoni ecclesiastici⁸¹.

Law since the 12th Century: The Legal person Concept and the Trust-Like Devices, in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN (edited by), *Itinera fiduciae. Trust and Treuband in historical perspective*, cit., p. 305 ss.: «[t]his difference is not essential from an historical point of view: the exclusion of dual ownership has not always been a part of Continental Law». G. L. GRETTON, “*Trust without equity*”, in *Inter. Comp. Law Quarterly*, [2000] 49, pp. 599-620. Ha rilevato, di recente, questo problema di accentuazione fuorviante del rapporto tra *trust* ed *equity* lo stesso M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, pp. 20-21: «Costituisce un comune fraintendimento quello che ritiene i *trust* inscindibili dall’esistenza dello specifico ordinamento dell’*equity*». L’a. prosegue dicendo che è un dato di fatto che i *trust*, pur nati nell’ordinamento giuridico inglese di *equity*, possono operare in ordinamenti che non conoscono la distinzione fra diritto comune ed *equity* ed, infatti, nessuno dubita che siano *trust* in senso proprio quelli di cui alle leggi vigenti in Cina, Guernsey, India, Israele, Jersey, Liechtenstein, Malta, Mauritius, San Marino, Scozia, Seychelles: eppure nessun di questi ordinamenti ha mai avuto una giurisdizione di *equity*. Più avanti, sempre nello stesso testo l’a. imputa a “note ragioni storiche” l’avvenuta separazione e contrapposizione nel continente europeo tra foro interno e foro esterno, precetti morali e precetti giuridici, e ammonisce che, prestando ossequio a tali ragioni oggi non più rilevanti, si vive in un mondo di fantasmi (p. 201). Al culmine di questo orientamento si colloca, ci sembra, R. SACCO, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, a.a. 2009-2010, Napoli, 2010, in corso di pubblicazione, là dove, prendendo ad esempio proprio il tema della circolazione della proprietà dei beni mobili e immobili in Francia, Germania, Italia ed Inghilterra, pone in luce come la soluzione operativa coincide ma viene presentata in modo diverso nei vari sistemi giuridici, perciò «sul piano sostantivo la proprietà inglese è classificata come relativa e la proprietà francese è classificata come assoluta. E questa contrapposizione viene strombazzata come una cardinale differenza tra i due sistemi» mentre le regole operative (vale a dire sostanziali o procedurali) sono analoghe nei diversi paesi e ciò che differisce sono le tecniche, i concetti e gli apparati dogmatici completamente opposti che vengono utilizzati per spiegare i fenomeni giuridici.

⁸¹ Cfr. sul punto la preziosa analisi di P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’offi-*

La stessa fattispecie, in senso lato, fiduciaria, sottoposta all'analisi storico-comparativa, mostra nei suoi tratti originari e successivi, aspetti che inducono a ripensare alla nozione di *fiducia*, modificandone il raggio di operatività (v. meglio *infra*)⁸².

È pur vero che l'analisi storica al pari di qualsiasi altra analisi che si svolge attraverso l'intermediazione di un interprete appare modellabile in una direzione piuttosto che in un'altra ma è altrettanto vero che il suo contributo alla conoscenza di un istituto giuridico è irrinunciabile. Essa ha un peso rilevante⁸³ che aumenta proporzionalmente alla diminuzione

cina dello storico, Napoli, 2006, p. 11 e ss., e dello stesso a. già *Il dominio e le cose. Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, nonché, prima ancora, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1976; v. anche M. GRAZIADEI, *Trust, confidenza, fiducia ecc.*, cit., p. 225.

⁸² Si esprime, di recente, chiaramente in termini di revisione dell'ambito concettuale ed operativo della *fiducia* di diritto continentale ed italiano, con ampie citazioni proprio M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 197-200, là dove critica la nozione di negozio fiduciario affermatasi in Italia, scrivendo che essa è «ormai incrostata di polemiche dogmatiche dimentiche della storia giuridica e, soprattutto della complessità dei fenomeni reali». Più precisamente M. Lupoi lamenta, oltre al mancato aggiornamento delle ricostruzioni dottrinali in materia di negozio fiduciario, rimaste ancorate alla pandettistica e incapaci di cogliere il vento nuovo portato dai contributi di C. Grassetti, prima, e, poi, di N. Lipari e U. Carnevali, anche l'avvenuta degradazione della nozione di *fiducia* a quella di *interposizione* con conseguente tipizzazione della figura a livello dottrinale e giurisprudenziale in modo diverso dalla tipizzazione della medesima sul piano sociale; del parti criticabile appare a M. Lupoi l'accostamento tra *fiducia* e *segretezza* e la negazione della *fiducia* là dove essa si configuri come *fiducia legale*. Queste affermazioni dell'a. volte a valorizzare le potenzialità dell'ordinamento patrio, svecchiando le nozioni classiche e tratte di negozio fiduciario, ci appaiono tutte ragionevoli e condivisibili, oltre che ben documentate ma non per questo meno contrastanti con quanto da lui sostenuto in passato nella quasi totalità dei suoi contributi sul *trust* (cfr., ad esempio, *Trusts*², cit., pp. 5, 305 ss.) e in ragione di ciò idonee a suscitare quantomeno delle perplessità: v. *infra* nel testo e note.

⁸³ Come dimostrano alcune recenti indagini fondate su percorsi volti a valorizzare gli aspetti dell'evoluzione storica degli istituti: cfr. A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., pp. 1-97, che, significativamente, intitola il primo capitolo del suo testo monografico *Origini e declino della responsabilità patrimoniale del debitore*, cfr.

dell'apporto ideologico dell'interprete nella ricostruzione di dati oggettivamente rilevabili: in quanto interpretazione essa può comunque mutare nel senso di giungere a risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli raggiunti da analisi precedenti e contribuire così al mutamento della configurazione degli istituti giuridici odierni⁸⁴.

Acclarata l'importanza dell'approccio storico-comparativo e del contributo che esso dà all'interpretazione (anche evolutiva) degli istituti giuridici, da un'ottica strettamente di diritto positivo ciò che va sottolineato con riguardo alla tematica del *trust* è l'incongruità e quindi l'inaccettabilità di una visione del nostro ordinamento costellata da *divieti e tipicità* non espressamente indicati bensì dedotti in via interpretativa⁸⁵ o,

anche A. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 1805 e ss.

⁸⁴ Cfr. per tutti P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., pp. 17-18, là dove scrive, con la sua consueta incisività, che oggi è un momento di spartiacque in cui i giuristi di *civil law* sono portati – non da bizzarrie personali ma dal maturarsi di eventi rilevantissimi dinanzi a loro – a rivedere principi dommaticamente accolti, a discutere certezze che parevano intoccabili, ad incrinare edifici che sembravano costruiti sulla roccia, guardando con attenzione quella *officina delle cose* con orecchie ed occhi ben aperti [...] perché forse lo storico del diritto è colui che si sente più a suo agio in questa mobilità estrema, vedendovi lo svilupparsi di un itinerario che tende ad assecondare più che ad ostacolare, nella consapevolezza «che è fallace e illusorio continuare ad arrestare con sacchi di sabbia un grande fiume in piena».

⁸⁵ Si allude qui, in particolare, alle notissime posizioni di F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2000, p. 11 e ss.; ID., *In Italia tutto è permesso anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi su trust e altre bagatelle)*, in cit., p. 1247 e ss.; ID., *Osservazioni sull'art. 2645ter c.c.*, p. 165; G. MARCONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, 76 ss.; con qualche sfumatura in più si presenta la tesi di C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., p. 1328 e *Il trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 448, il quale ammette la validità dell'atto istitutivo di *trust*, escludendone la nullità per violazione di norma imperativa in quanto l'art. 2740 non contiene un espresso divieto [ammissione questa dell'a. che vale la pena sottolineare *n. d. r.*], ma considera inefficace la clausola relativa alla separazione patrimoniale in quanto caratterizzata da un difetto di potere dell'autonomia privata [viene spontaneo chiedersi: se non

più precisamente, ancorati ad interpretazioni, sì, consolidate ma non per questo meno tratlazioni dei dati normativi vigenti (anche e soprattutto anteriori all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c.)⁸⁶.

ci sono divieti, da dove deriva questo “difetto”?]. Rispetto a questo orientamento su una linea di ideale continuità si pongono i più recenti contributi di R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., p. 336; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., pp. 87-109; R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 367 e ss. in part. p. 374 e ss. In particolare quest'ultima a. distingue, sulla base dei dati normativi vigenti, due regimi di responsabilità patrimoniale, applicabili a seconda a) delle qualità soggettive rivestite dal destinante e b) dell'ambito cui attiene la finalità alla quale è rivolta la destinazione, rilevando un *favor* per le destinazioni per fini di impresa, ma, soprattutto, negando capacità espansive delle discipline individuate con conseguente dichiarazione di inammissibilità nell'ordinamento italiano del negozio di destinazione allo scopo e, viepiù, del *trust* interno in tutti i suoi effetti tipici. È facile rilevare come queste affermazioni, quantomeno con riguardo al negozio di destinazione allo scopo, siano state smentite (radicalmente), solo un anno dopo essere state pronunciate, a seguito dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. (v. *infra* par. 4) ma, anche a prescindere da ciò, si veda come già da tempo parte della dottrina abbia posto in risalto la necessità di abbandonare senza traumi istituti tradizionali, norme antiche regole auree là dove i valori e gli interessi che quelle norme avevano il compito di tutelare sono mutati: in tal senso – e condivisibilmente – proprio sul rapporto possibile fra *trust* (ma anche fondazioni di impresa, fiducia *post mortem*) e divieto dei patti successori cfr. G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 77 e ss., in part. pp. 80-82, dove opportunamente smitizza il valore sotteso al divieto dei patti successori nell'odierna prospettiva di un profilo meramente fiscale che impedisca a colui che stipula il patto non tanto di stipularlo quanto di sottrarsi ai connessi obblighi fiscali. Seguendo questa impostazione, può aggiungersi che anche rispetto al divieto dei patti successori (art. 458 c.c.), la compatibilità del *trust* non deve essere considerata *a priori* in senso negativo ma va valutata caso per caso e ciò tenendo conto anche della presenza nel nostro sistema di nuovi istituti come quelli del patto di famiglia che, già dall'interno, hanno notevolmente scalfito e ristretto la portata del divieto. Né – a nostro avviso potrebbe obiettarsi (come pure è stato fatto: C. CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, cit., p. 444) che l'eventuale presenza nel nostro sistema di figure in grado di svolgere medesima o analoga funzione del *trust* segnerebbe l'inutilità del *trust* perché – come detto – la diversità disciplinare delle figure (e dunque degli interessi che esse possono realizzare) è comunque tale da giustificarne a pieno la convivenza nel medesimo sistema.

⁸⁶ Sempre di recente è proprio M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 242 nota 494 a ci-

Tali interpretazioni appaiono in contrasto con l'elementare principio, desumibile anche dall'art. 12 delle Preleggi⁸⁷, e, in special modo, avallano una concezione illiberale dell'ordinamento giuridico privatistico (italiano) secondo cui ciò che si può fare deve essere espressamente ammesso con uno specifico *nomen iuris*. Così facendo, esse stravolgono non solo il principio generale (contrario) che governa l'esercizio dell'autonomia privata in Italia, desumibile dalla formulazione dell'art. 1322, co. 2, c.c., ma rinnegano, altresì, la struttura stessa dell'ordinamento che appare fondata su norme aperte, contenenti principi e clausole generali variamente interpretabili, mostrando, poi, di ignorare (intenzionalmente?) gli importanti risultati raggiunti, già da tempo, da parte della nostra dottrina di ambito civile e commerciale⁸⁸ sulla nozione di separazione e destinazione

tare R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Contr. Impr.*, 2007, p. 231, il quale scriveva nel 2007 che «ancor prima dell'art. 2645-ter c.c. nel nostro ordinamento non esistevano ostacoli se non pregiudizi dogmatici e concettuali all'ammissibilità di una destinazione volontaria di beni ad uno scopo». Ma già nel 2003 cfr. G. FURGIUELE, *La fiducia e il problema dei limiti del sistema*, in F. ALCARO, R. TOMMASINI (a cura di), *Mandato fiducia e trust*, Milano, 2003, pp. 17-18, il quale ammette la trascrivibilità del negozio fiduciario non esistendo a ciò ostacoli quando il trasferimento sia stato attuato in conformità a quanto previsto dalla normativa statale.

⁸⁷ L'invito, contenuto nell'art. 12 Preleggi, ad esaminare, in primo luogo, la lettera della norma, impone, nella sostanza, di non rinvenire divieti là dove non ve siano e – aggiungiamo – non ve ne possono essere tutte le volte che si volga attenzione alla relatività spazio-temporale delle norme nonché dei concetti e delle categorie giuridiche così come rinvenibile nelle evoluzioni della dottrina e nei *revirements* della giurisprudenza.

⁸⁸ Cfr. i significativi contributi monografici di P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, in part. pp. 365-366 e, più di recente, i due contributi di M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit. e, soprattutto, *La fiducia attributiva*, Torino 2002; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000 e *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994; nonché l'approfondita indagine di L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., in part. 368 e ss. Si vedano anche i contributi minori sempre di L. SALAMONE, *La Cassazione fa un passo avanti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, pp. 150-155, e già e già L. CARIOTA FERRARA, *Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 343.

patrimoniale (evoluzione seguita dalla parte più attenta e moderna della nostra giurisprudenza⁸⁹).

Nella selva (in gran parte, oscura) delle opinioni formulate sul fenomeno gestorio non personificato e non dedito a scopi di pubblica utilità⁹⁰, pare ragionevole adottare quale criterio utile a discernere l'una dall'altra quello dell'evitare rigidità dogmatiche che – pur non volendo – possono tradursi in posizioni inadeguate sul piano della ricostruzione delle categorie e degli istituti giuridici in un'ottica evolutiva, oltre che svantaggiose sul piano politico-economico (a livello internazionale).

L'assunzione di tale angolo prospettico porta a rilevare il carattere pregiudiziale e ripetitivo e dunque l'inadeguatezza dell'assunto secondo cui, se non si ricorre al diritto straniero, non si può ammettere in Italia, *in assenza di specifiche previsioni/autorizzazioni legislative*, l'attività di un gestore patrimoniale indipendente privo di personalità giuridica, non identificabile *tout court* nel mandatario⁹¹; del pari inadeguata appare l'idea del-

⁸⁹ Cfr. Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit., in particolare là dove si legge che, con riguardo ai creditori del *trustee*, bisogna mettere in luce la necessità di «garantire il loro legittimo affidamento. Se essi sono stati edotti della destinazione dei beni in favore dei beneficiari non si porrà un problema di violazione dell'art. 2740 c.c. poiché essi non avevano fatto *affidamento* su tali beni come garanzia dei propri diritti, dovendosi scindere il profilo della destinazione dei beni da quello attributivo [...]».

⁹⁰ La valorizzazione dello scopo della pubblica utilità e similari (spesso congiunto all'esistenza di controlli pubblici sulla gestione fiduciaria) rappresenta una tappa intermedia (si allude alle note elaborazioni di F. GALGANO sulle fondazioni fiduciarie e di R. RASCIO, sulle destinazioni di beni senza personalità giuridica; in linea più di recente M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., p. 91 nota 104; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., pp. 180-218) rispetto alle tesi che negano in senso assoluto la rilevanza del patto fiduciario e quelle che ne ammettono *tout court* l'opponibilità ai terzi. Sull'inaccettabilità di ogni limite all'opponibilità del patto fiduciario cfr. G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust ecc.*, cit., p. 403; ID. *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, p. 293; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., pp. 369-370. Sul punto v. anche *infra* nel testo.

⁹¹ Cosa che *non* ne esclude l'applicazione estensiva ovvero analogica nei limiti della compatibilità con i tratti specifici del *trust* quale mandato ontologicamente a favore di terzo (in part. entrano in gioco gli artt. 1705, 1706 e 1707 c.c.: v. *infra* nel testo e nelle note).

l'iscrizione della gestione patrimoniale nell'interesse altrui, come si è andata delineando nella prassi italiana del *trust* (e come è sempre stata in riferimento al *trust* negli ordinamenti di provenienza), alla figura "tradizionale" della gestione fiduciaria⁹² a meno che di non volere – come si sta facendo di recente da parte della dottrina più accreditata in materia di *trust*⁹³ ma, a ben vedere, come si è già fatto, molto bene, fin dall'inizio del 2000 da parte di altra autorevole dottrina⁹⁴ – rivedere questa

E sempre che le regole medesime, in part. l'art. 1707 c.c., si interpretino *ab origine* in modo tale da considerarle componenti di quello che è stato definito lo «statuto dell'atto di destinazione funzionale»: cfr. L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., p. 234; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, cit., p. 143 e prima ancora P. G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., p. 358 e ss.

⁹² Tale riconduzione si rileva – ci pare – nel contributo di R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., pp. 287 e ss., 374 e ss.

⁹³ Questo propone oggi M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 200-201, parlando di *negozi di affidamento fiduciario* nell'ottica di una concretizzazione delle potenzialità del diritto patrio e – soprattutto – allo scopo di «superare le difficoltà cagionate dal dover applicare una legge straniera» []. Si veda, invece, per una corretta impostazione del problema fin dall'origine del suo porsi G. PALERMO e, in particolare, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, cit., p. 339 e ss.

⁹⁴ Hanno proposto interpretazioni ampiamente originali della fattispecie *negozio fiduciario* e delle sue potenzialità effettuali nel sistema italiano soprattutto con riguardo al profilo *destinatorio*: G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, cit., p. 339 e ss.; ID., *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, cit., p. 133 e ss.; ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, cit., p. 391 e ss.; ID. *Il trust e i negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato, 2002, p. 89; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., in part. p. 369 e ss.; M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., in part. pp. 80-86; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, in part. pp. 195-236; EAD., *La fiducia nell'esperienza giuridica*, Palermo, 1999, in part. p. 53 e ss. e EAD., *Fiducia e trust*, in *Contr. Impr.*, 1995, pp. 976 e ss., 1003; A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, in part. pp. 159-239; pertinenti anche le più brevi ma comunque incisive considerazioni di L. NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano*, cit., pp. 23-24 e S. MAZZAMUTO, *Il trust*, cit., p. 638 e ss.; ID., *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione de L'Aja*, in *Vita not.*, 1998, p. 754, dove scrive che il *trust* angloamericano non offre nulla di più di quanto possa offrire la fiducia di tradizione romanistica. Tutti gli aa. qui citati, pur percorrendo diverse strade

stessa nozione di *fiducia* nel senso di *non* considerarla l'unica avente cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano.

In sintesi delle due l'una: o si distingue il *trust* dalla *fiducia* (continuando a considerare quest'ultima nel senso limitato e limitante e comunque, univoco in cui essa fino ad oggi è stata intesa in Italia e non solo in Italia) ovvero si reinterpreta la *fiducia*, estendendone la concezione e l'operatività (salvo capire, poi, fino a che punto una tale estensione non produca un'identificazione – sostanziale – della *fiducia* con il *trust* inteso, in senso ampio, in una prospettiva funzionale-rimediale⁹⁵: v. *infra*).

È chiaro che in Italia finora si sia andati nella prima direzione. Si è continuato, cioè, a ritenere che in *civil law* il fenomeno fiduciario e in particolare, la proprietà fiduciaria avente titolo in un atto negoziale ha determinati caratteri di *inopponibilità* (*alias* di “segretezza”, nel senso di limitata rilevanza giuridica *inter partes*) e che, in ragione di ciò, si distingue dalla proprietà cosiddetta in *trust* che invece è – negli ordinamenti di

giungono ad una complessiva revisione e, si potrebbe dire, attualizzazione del negozio fiduciario quale strumento di autonomia privata idoneo, seppure con gradi diversi in ragione della diversa ricostruzione da ciascuno proposta, a realizzare interessi destinatori e dunque effetti di separazione patrimoniale con rilevanza esterna verso terzi creditori e aventi causa dal fiduciante e dal fiduciario: v. *infra*.

⁹⁵ Per quanto si provi, infatti, non ci è dato rinvenire elementi differenziali giuridicamente rilevanti tra *trust* interno e «negozio di affidamento fiduciario», così come configurato da M. LUPOI nel più volte citato *Istituzioni ecc.*, cit., se non l'applicazione in un caso della legge straniera e nell'altro di quella italiana. Dato questo che – ove verosimile – porterebbe a considerare inutile la proposta ricostruttiva del negozio di affidamento fiduciario: v. *infra* nel testo. E che il *trust* interno e la *fiducia* siano fattispecie sovrapponibili è stato, già nel 2002, lucidamente percepito da M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., p. 166, là dove scrive che «il problema comune della opponibilità del vincolo attenua e in un certo senso relativizza la distinzione tra *trust* interno e *fiducia*, la quale sotto questo specifico angolo prospettico si riduce ad una distinzione nominale. La soluzione di questo comune problema taciterebbe, almeno in parte, quelle voci dottrinali per le quali, in palese forzatura del sistema, il problema della introduzione del *trust* sembra porsi come dato ineludibile della moderna civilistica italiana». E si vede come la situazione prospettata dall'a. nel 2002 si sia realizzata con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. (v. *infra* par. 4).

provenienza⁹⁶ e nel contesto convenzionale⁹⁷ – opponibile e palese (e, per

⁹⁶ In alcuni di questi ordinamenti, in particolare in quello inglese, la rilevanza esterna (*alias* opponibilità nel cui significato tecnico va risolta la *realità* ove riferita alla fattispecie) del *trust* non è connessa nel senso di subordinata a determinati sistemi pubblicitari (cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 8-9, 94, 101 e s.) ma ciò, contrariamente a quanto sembra evincersi dalla lettura di alcuni testi, non costituisce un tratto differenziale dell'ordinamento inglese rispetto a quello italiano là dove si accolgano le ricostruzioni (v. *supra* nota 94) che – a nostro avviso correttamente – considerano l'accordo fiduciario alla stregua di ogni altro accordo giuridicamente rilevante *erga omnes* nel nostro sistema quale espressione dell'autonomia privata ex art. 1322, co. 2, c.c.: rispetto a tale accordo il sistema pubblicitario italiano svolge la stessa funzione che in Inghilterra può svolgere il sistema pubblicitario previsto con riguardo trasferimento di un bene da un soggetto ad un altro indipendentemente dal titolo del trasferimento medesimo (cfr. M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., p. 235 ss. e L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare ecc.*, cit.), salve comunque le precisazioni che andiamo a fare *infra* nel testo e nelle note 105-III. E certamente non è di ostacolo a questa impostazione l'art. 1372 c.c. perché come è stato ben chiarito (cfr. L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., pp. 246 e *ivi* nota 32, 369 e *ivi* nota 34, 371) il limite di rilevanza, in esso contenuto, all'efficacia dell'accordo tra le parti riguarda l'efficacia *diretta* del medesimo (la quale può esplicarsi verso terzi solo nei limiti segnati dagli artt. 1333, 1411, 1478 c.c., cioè in positivo) e non certo l'efficacia *riflessa* che riguarda appunto la sfera dell'opponibilità (e dunque della prevalenza dell'accordo su altri accordi conclusi da una delle parti aventi ad oggetto i medesimi beni di cui ha già disposto), la quale è, invece, sempre possibile in quanto connessa alla circolazione giuridica ed in ragione di ciò espressamente regolata, in modo imperativo, dal legislatore in quanto incidente (in senso derogatorio) sul principio consensualistico (artt. 1367, 1153-1155, 2643-2645 c.c.) e su quello della responsabilità patrimoniale (artt. 2740, co. 2, 2915, 2914, 1705-1707 c.c.): v. sul punto meglio *infra* par. 4.

⁹⁷ Anche nella Convenzione de L'Aja (art. 12) l'accordo di *trust* si presuppone di per se stesso giuridicamente rilevante rispetto a terzi a prescindere da specifici regimi pubblicitari relativi agli atti di trasferimento dei beni al *trustee* cui si rinvia solo nell'eventualità in cui esistano, dando facoltà al *trustee* di utilizzarli ove, con il ricorso ad essi, si possa rivelare l'esistenza del *trust* e sempre che «ciò non si vietato o incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo»; espressione questa che conferma l'irrilevanza del regime pubblicitario ai fini della sussistenza (nel senso di validità e, soprattutto di opponibilità ai terzi) del *trust* (cfr. nota precedente). Infatti, dalla norma convenzionale non è dato dedurre che l'eventuale divieto di pubblicizzazione o l'incompatibilità determini l'irrilevanza (*alias* la non opponibilità) del *trust* ri-

ciò stesso, ritenuta da alcuni – ancora oggi – inammissibile nel nostro sistema giuridico⁹⁸).

A ben vedere, questa distinzione tra le due nozioni di proprietà,

spetto ai terzi. E ciò è perfettamente comprensibile assumendo una prospettiva che spesso si trascura vale a dire quella di un ordinamento angloamericano che debba riconoscere un *trust* continentale: si immagini un *trust* sammarinese che aspiri ad essere riconosciuto da un giudice inglese. In questo caso la mancata pubblicizzazione del *trust* sammarinese secondo il sistema pubblicitario inglese (che non è analogo a quello previsto dalla legge sammarinese sui *trust*: v. in part. art. 9 della legge 17 marzo 2005) non può certo impedirne il riconoscimento e la rilevanza nell'ordinamento inglese ove ricorrano gli altri presupposti di riconoscibilità richiesti dalla Convenzione (sempre supponendo che la Repubblica di San Marino sia tra gli Stati firmatari). Che questo punto relativo alla funzione dei regimi pubblicitari e al rapporto tra i regimi pubblicitari dei vari paesi che hanno sottoscritto la Convenzione non sia affatto chiaro alla nostra giurisprudenza risulta dalla lettura di Trib. Trieste, decr. giudice tavolo, 7 aprile 2006, cit.: «sebbene l'art. 12 convenzione de L'Aia del 1° luglio 1985 operi direttamente nel tessuto normativo italiano, consentendo la trascrizione dell'atto di trasferimento della proprietà immobiliare ad un trustee [...]; e ancora più chiaramente in Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *TAF*, 2007, p. 425 e in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 26, p. 50, con nota di Finocchiaro) dove si legge che: «l'art. 2645-ter c.c. non è norma che legittima la trascrivibilità del *trust* essendo questa già ampiamente ammessa dalla giurisprudenza precedente l'introduzione della norma: essa, quindi, è da considerarsi mera conferma di una prassi preesistente; la trascrivibilità del *trust* nei pubblici registri italiani, infatti, discende in primo luogo dall'art. 12 della ratificata convenzione de L'Aja sui *trust* e sul loro riconoscimento». Di quest'ultima pronuncia non condividiamo il riferimento all'art. 12 della Convenzione espresso nei termini riportati mentre per le altre indicazioni in essa contenute possono svolgersi considerazioni diverse: v. *infra* nel testo e par. 5.

⁹⁸ Tale inammissibilità è più o meno estesa in ragione della rilevanza che da alcuni autori si attribuisce alla tipologia di interesse perseguito con il *trust*: per l'inammissibilità *tout court* R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., pp. 303-340; per un'ammissibilità, sostanzialmente, condizionata alla tipologia di interesse perseguito cfr. M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., p. 104 nota 91, e più di recente EAD., *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 579, dove, distinguendo tra *trust* (angloamericano, da una parte, *convenzionale* e *interno* dall'altra) e atto di destinazione, si mostra un *favor* per quest'ultimo, configurandolo come fattispecie a sé, fondata normativamente anche sull'art. 2645-ter c.c.; su una posizione in buona parte analoga si trova A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 285 e ss. Ma per una critica di questo orientamento v. *infra* par. 4, 5.

“fiduciaria” o “in *trust*” (dizione quest’ultima che qui si impiega, semplicisticamente, come sinonimo di *proprietà fiduciaria opponibile erga omnes*), ha una sua ragion d’essere perché si pone in linea di continuità con una certa visione del fenomeno fiduciario affermatasi negli ordinamenti continentali, e in particolare in Italia, da un certo momento in poi, sia in ambito dottrinale⁹⁹ sia in ambito giurisprudenziale¹⁰⁰.

In altre parole, anche se l’analisi storica dimostra inequivocabilmente che la nozione di *proprietà fiduciaria inopponibile (erga omnes* ma – si badi badi bene – pur sempre *opponibile tra le parti*) è il frutto di una “evoluzione” possibile (opportunistica, quasi certamente) e non necessaria degli ordinamenti continentali dato che ad essi – storicamente – appartiene anche la nozione di *proprietà fiduciaria opponibile (erga omnes)*, ciò non vale ad eliminare il dato di fatto relativo all’esistenza di questa tipologia di sviluppo della figura della proprietà fiduciaria nell’ambito della *civil law* (italiana per quel che qui più interessa) e dunque il dato della permanenza della figura medesima la quale, tuttavia, pur trovando riconoscimento a livello dottrinale e giurisprudenziale, non è radicata nei dati normativi vigenti in Italia (prima e dopo la comparsa dell’art. 2645-ter c.c.) in modo da potersi considerare incontestabilmente come l’unica legittimata ad operare nel nostro sistema.

Tali dati, anzi, riflettono, senza ombra di dubbio, l’ambiguità della linea evolutiva di cui si è fatto fin qui cenno; essi si prestano – come d’altra parte ogni dato normativo che sopravviva nel tempo ovvero che compaia nel tentativo di dirimere pluridecennali dibattiti dottrinali o convogliare contrastanti orientamenti giurisprudenziali – ad interpretazioni diverse e, diametralmente, opposte (v. *infra* par. 4).

Così ragionando, appare possibile che le due nozioni di *fiducia* (c.d.

⁹⁹ L’assunto radicato nel pensiero giuridico italiano cui ci si riferisce nel testo è bene espresso da F. GALGANO, *La fiducia romanistica*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, p. 189: « nei sistemi di *civil law*, dominati dal principio di tipicità dei diritti reali, la proprietà fiduciaria [caratterizzata dalla peculiarità che le facoltà di godere e di disporre di un dato bene sono attribuite al proprietario non per soddisfare un interesse proprio bensì un interesse altrui] non può essere il prodotto dell’autonomia contrattuale».

“segreta”/c.d. “obbligatoria” ovvero “palese”/c.d. “reale” nel senso di opponibile *erga omnes*) possano senz’altro convivere in un medesimo ordinamento – quello italiano in particolare – rappresentando entrambe, con le loro diverse accezioni, sfaccettature e discipline, manifestazioni dell’autonomia privata nella configurazione più ampia che non si può non conferirle in un ordinamento di stampo, in senso lato, liberale e liberistico, anche in considerazione dell’ampiezza del dato normativo su cui essa si fonda: art. 1322, co. 2, c.c.¹⁰¹.

¹⁰⁰ Analizza con dovizia – in chiave critica – alcune interessanti pronunce dei giudici italiani condizionati dalla visione “tradizionale” della *fiducia* M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 201 ss. e ivi nelle note.

¹⁰¹ Soccorre qui la limpida chiarezza di G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust ecc.*, cit., pp. 406-407, là dove scrive che è «solo un’esigenza di *rispetto* verso l’autonomia privata condotta fino all’*estremo limite possibile* [corsivo nostro]» che può indurre al riconoscimento di intese aventi efficacia *esclusivamente* tra le parti (cioè segrete), essendo, invece, il riconoscimento della *rilevanza esterna o reale* di tali intese [ossia la loro opponibilità *erga omnes*, in particolare ai terzi, creditori e aventi causa *n.d.r.*] cardine essenziale del nostro sistema civilistico intorno al quale è doveroso svolgere sia il processo di qualificazione di ciascuna fattispecie in concreto tipizzabile e dall’altro ordinare strumenti della correlativa disciplina. Ciò significa – ci pare – che l’art. 627 c.c. ben lungi dall’essere un limite alla possibilità di creare proprietà fiduciaria *opponibile* è un riconoscimento legislativo alla possibilità di crearla anche *inopponibile*, o meglio, opponibile solo tra le parti (cioè segreta, per usare la terminologia corrente ma per significati più appropriati dell’espressione usata v. *infra*). Più esattamente: l’art. 627 c.c. potrebbe considerarsi un’ipotesi in cui il legislatore dà *eccezionalmente* rilevanza giuridica – seppure nei limiti della *soluti retentio* – ad una fiducia *non* rilevante sul piano giuridico: v. *infra* note 105-111. Di ciò pare stia acquistando consapevolezza anche il ceto notarile ed, infatti, nel suo intervento *Fonti e Soggetti. Il trust interno*, svolto durante il Corso di Alta Formazione sul *trust*, Castelbrando, 14-15 marzo 2008, il notaio L. F. RISSO ha proposto una lettura “in positivo” dell’art. 627 c.c., affermando che la ragione secondo cui il legislatore consente solo la *soluti retentio* in caso di fiducia testamentaria c.d. *segreta* (in realtà l’aggettivo è qui da noi usato impropriamente: v. note 105-111) va ricercata nella volontà del legislatore medesimo di *non* dare rilievo [giuridico] a disposizioni testamentarie espresse oralmente perché ciò vanificherebbe la rigida disciplina formale del negozio testamentario; di conseguenza, se questa è la *ratio* della norma codicistica, *non* è ricavabile da essa un disfavore del legislatore nei confronti della fiducia *espressa* [nel senso di opponibile *erga omnes n.d.r.*] che risulta dunque *non vie-*

Ne consegue – ci sembra – l’inopportunità del percorso, tracciato di recente, e volto a configurare il cosiddetto «negozio di affidamento fiduciario»¹⁰² accanto (e mai sovrapposto) al «*trust* interno sottoposto a legge straniera» perché la dizione coniata crea confusione concettuale e opta per la strada secondo la quale la “vera” nozione di *fiducia* da accogliere nel nostro ordinamento sia quella di fiducia *palese*, ossia opponibile *erga omnes* (e ciò in forza delle ragioni storico-comparative pur molto bene indagate e – ripetiamo – ampiamente condivisibili).

tata e per ciò stesso ammessa nel nostro ordinamento dove è, quindi, possibile una disposizione testamentaria fiduciaria espressa. Questa conclusione del notaio L. F. RISSO ci appare avvalorata da altri dati normativi come l’art. 699 c.c., rubricato *Premi di nuzialità, opere di assistenza e simili* nonché da alcuni precedenti giurisprudenziali come, ad esempio, Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3391 (m): «la disposizione con cui il testatore dichiara di “lasciare in eredità” al fiduciario, in proprietà assoluta, ogni suo avere, ma a beneficio della figlia, va interpretata non come una sostituzione fedecommissoria, ma come disposizione istitutiva di *trust*; la lesione delle aspettative del legittimario non determina la nullità del *trust*, ma la possibilità di applicare le disposizioni di diritto interno strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari». Aggiungiamo che, seguendo questa impostazione, a maggior ragione la manifestazione (intesa nel senso della rilevanza verso terzi) della fiducia è possibile per i negozi *inter vivos* non sussistendo riguardo ad essi alcun divieto o limite espresso: così sempre G. PALERMO, *op. ult. cit.*, p. 400. Sul punto cfr. anche A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., pp. 92-93, dove, ripercorrendo lo sviluppo delle intese fiduciarie, pone in luce come esse rispondessero ad un’esigenza precisa, quella di non manifestare il trasferimento fiduciario in ragione della «certezza morale del fiduciante in ordine all’adempimento della propria volontà, *indipendentemente* dall’adozione di una serie di precisazioni e cautele»; così anche M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 200 e ivi la nota, che menziona casi di fiducia segreta in cui la segretezza era un valore in quanto mirava a violare una legge che contrastava con i diritti umani o con valori sociali o religiosi: es., un ebreo trasferisce i suoi beni ad un ariano per sfuggire alle persecuzioni razziali. Da parte nostra aggiungiamo che quest’ultima situazione, ben descritta dall’a., è quella *fiduciaria* in senso *lato* (vale a dire: *non giuridico*), contrapposta alla situazione di *fiducia* in senso *stretto* (vale a dire: *giuridico*), cioè di *affidamento* che, invece, comporta l’adozione di numerose cautele: cfr. *infra* note III, 112.

¹⁰² L’espressione è coniata da M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 195 e ss., che provvede, altresì, ad indicare nei dettagli la disciplina della figura delineata: sul punto v. *infra* parr. 4, 5.

Al contrario, non è in alcun modo necessario scegliere tra l'una e l'altra configurazione del fenomeno fiduciario sia in base ad argomentazioni storiche e logico-giuridiche¹⁰³ sia tenendo conto del fatto che i dati normativi vigenti e gli eventi attuali già in buona parte descritti (e relativi alla prassi del *trust* interno e alla sua tipizzazione sociale in trust italiano con proprie peculiari caratteristiche: v. *infra* parr. 4, 5) dimostrano inequivocabilmente la reale possibilità di *convivenza* di entrambe le forme di *fiducia* nel nostro ordinamento perché entrambe rispondono a diverse esigenze dell'autonomia privata¹⁰⁴.

¹⁰³ Quest'ultime sono state convincentemente formulate G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» ecc.*, p. 142, dove insiste sulla qualificazione di autonomia privata come potere *ordinante* che organizza in via configurativa le strutture *più confacenti* alla realizzazione dei privati interessi; ID., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 73 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. sul punto già N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 170, il quale rileva come il convincimento delle parti di sottrarre il risultato pratico perseguito agli schemi legali non preclude l'intervento del diritto, seppure diversamente atteggiato in relazione alle varie ipotesi. Ha chiara l'importanza della *pluralità dei modelli giuridici* (e, di conseguenza, degli apparati rimediali) in quanto funzionale alla realizzazione di interessi *diversi* P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p. 86; cfr. anche M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, cit., p. 475 e ss. L'assunzione di una tale prospettiva arricchisce – ci sembra – il quadro che fino ad oggi emerge dalle analisi sul fenomeno fiduciario in quanto consente di prendere atto delle diversità di sviluppo degli istituti giuridici (in particolare della *fiducia*) nei diversi ordinamenti europei senza che ciò possa rappresentare un ostacolo all'operatività nei medesimi ordinamenti di strumenti giuridici analoghi. In quest'ottica conservano validità gli studi sulla fiducia c.d. *segreta* (salvo intendersi sul significato oggi possibile di questa "segretezza": v. *infra* nel testo), contrapposta a quella *legale*, considerata la negazione stessa della fiducia (proprio perché questa veniva concepita esclusivamente come "segreta"): in questo senso, *ex plurimis*, U. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, III) *Negozio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, ma così già C. GRASSETTI, *Donazione modale e donazione fiduciaria*, Milano, 1941, pp. 86-88, il quale ritiene che il legislatore abbia esteso il concetto di donazione modale sino a comprendervi anche la donazione fiduciaria che viene, quindi, a trovare nella legge la sua completa disciplina; trattandosi di fiducia legale, non è più annoverabile tra i negozi fiduciari: «se l'ordinamento giuridico apprestasse degli

In altre parole, sembra oggi irragionevole disconoscere che è rimesso all'insindacabile autonomia delle parti la scelta tra un accordo fiduciario palese (*alias* opponibile *erga omnes*) ovvero segreto (*alias* opponibile solo *inter partes*) con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano effettuale e rimediale (v. *infra* par. 5 e Cap. III, par. 1, 3).

Ciò che va chiarito è, piuttosto, il rapporto possibile tra queste due diverse tipologie di *fiducia* nel senso di fare luce su cosa si possa realmente intendere oggi nel nostro sistema per fiducia "palese"¹⁰⁵

strumenti tali da eliminare la potestà di abuso del fiduciario così come avviene nel *trust* anglosassone si avrebbe una *fiducia legale* che è la precisa negazione del negozio fiduciario». Cfr. sempre C. GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato* (Testo della relazione tenuta il 5 maggio 1984 in occasione del venticinquesimo anniversario della Scuola del Notariato di Genova) con prefazione di U. Carnevali, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 625; ID., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 e ss.; ID., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548 e ss. Nella medesima prospettiva della compresenza di modelli giuridici vengono ad essere preservati anche gli studi (nei quali sembra corretto collocare anche l'opera di N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., che invece pone le basi per un ampliamento della tipologia – statica o dinamica – delle posizioni fiduciarie) sull'inquadramento del fenomeno fiduciario nell'ambito del negozio c.d. *indiretto* (che comunque va considerato come ipotesi di fiducia *segreta* non simulata: v. *infra* nel testo e note seguenti) che, viceversa, andrebbero considerati del tutto superati ove si concepisse esclusivamente la *fiducia* c.d. palese. Del pari validità conservano le tesi tradizionali sulla configurazione obbligatoria del mandato, concepito come tipicamente improntato alla segretezza (nel senso della non opponibilità *erga omnes*) del rapporto tra mandante e mandatario: come sostenuto da A. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, p. 252 e ss. Ma su tutta questa tematica v. anche note seguenti ed *infra* par. 4, 5.

¹⁰⁵ Va sottolineato che alcuni (così G. PALERMO) considerano l'opponibilità *erga omnes* propria *di* e intrinseca *ad* ogni atto di autonomia privata e dunque anche del negozio fiduciario, indipendentemente dalla trascrizione del medesimo. Altri (come A. LUMINOSO), invece, considerano l'opponibilità *erga omnes* una conseguenza della trascrizione del negozio. Nella prima concezione di opponibilità la *fiducia segreta* è quella *eccezionalmente* (vale a dire per espressa previsione delle parti medesime – che dunque *dissimulano* l'accordo fiduciario – ovvero come conseguenza della mancata osservanza di oneri pubblicitari imposti dalla legge) *opponibile solo* tra le parti mentre, nella seconda concezione, la *fiducia segreta* è semplicemente quella non trascritta: tale concezione presuppone

ovvero “segreta”¹⁰⁶, soprattutto dopo l’entrata in vigore dell’art 2645-ter c.c.

Assumendo, infatti, una concezione di *fiducia* dal significato molto ampio, idoneo a ricomprendere qualsiasi fattispecie negoziale produttiva di vincoli di destinazione su beni di cui un soggetto è titolare nell’interesse altrui (v. *infra* nel testo), si vede come la presenza dell’art. 2645-ter c.c. imponga di *accantonare* le posizioni che, pur con diverse sfumature, tipicizzano il «negozio fiduciario» come fattispecie *non* inclusa né includibile nel suo ambito di applicazione¹⁰⁷ (e dunque come fattispecie irriducibilmente *diversa* dal c.d. *atto di destinazione* oltre che dal c.d. *trust* interno), inducendo, invece, a scegliere fra due possibili orientamenti: a) quello che subordina (in senso costitutivo) la rilevanza *erga*

la rilevanza solo *inter partes* dell’accordo fiduciario nella sua configurazione tipica. Invece, nella prima concezione, come chiarito da G. PALERMO, un atto negoziale può considerarsi opponibile *solo* tra le parti ma ciò rappresenta a livello sistematico l’eccezione e non la regola come dimostrano le norme codicistiche dettate in materia di accordo simulatorio. Ovviamente lo sdoppiamento della concezione di *fiducia segreta* conduce anche a diverse letture dell’art. 2645-ter c.c. che per i sostenitori della prima concezione è solo una conferma esplicita di quanto già previsto e consentito nel sistema (vale a dire la rilevanza, *alias* opponibilità *erga omnes*, indipendentemente dalla trascrizione, di ogni atto negoziale) mentre per i sostenitori della seconda concezione trattasi di un articolo di grande portata innovativa che cambia il modo di concepire la fiducia nel diritto italiano.

¹⁰⁶ In tal senso – ci sembra – A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, I, in part. p. 1001, che non manca di cogliere le novità del sistema e dunque di aggiornare le proprie opinioni precedentemente espresse, scrivendo, in riferimento all’art. 2645-ter c.c., che trattasi di ipotesi di «trascrizione non obbligatoria ma facoltativa che lascia libera scelta al destinante; sta a lui decidere se dare vita ad una destinazione di beni con effetti solo tra le parti oppure con efficacia *erga omnes*, utilizzando il congegno dell’opponibilità proprio della trascrizione». L’a. intende dunque la fiducia *segreta* nell’accezione di fiducia non trascritta e, in ragione di ciò, avente efficacia meramente obbligatoria *inter partes* o, meglio, opponibile solo tra le parti e non verso i terzi: cfr. nota precedente e note seguenti.

¹⁰⁷ Ammesso, infatti, che il negozio fiduciario (in tutte le sue possibili configurazioni) sia fonte di un vincolo destinatorio, ne consegue il suo inquadramento nell’ampia categoria dell’atto di destinazione e nel raggio applicativo della nuova norma.

omnes dell'accordo fiduciario (fonte di vincolo destinatorio) alla trascrizione; b) quello che attribuisce all'accordo fiduciario (fonte di vincolo destinatorio) rilevanza *erga omnes* indipendentemente dalla trascrizione. Da parte nostra ci schieriamo con i sostenitori della seconda concezione di *opponibilità* quale requisito intrinseco di ogni atto di autonomia privata. Tale concezione ci appare conforme al principio consensualistico (art. 1376 c.c.), come attesta la semplice constatazione che un atto di compravendita di bene immobile con atto di data certa anteriore (cfr. art. 2704 c.c.) *non trascritto* prevale sulle compravendite con medesimo oggetto, non trascritte, di data certa posteriore¹⁰⁸. E lo stesso deve dirsi, quindi, con riguardo al c.d. *pactum fiduciae*/negozio fiduciario¹⁰⁹ purchè

¹⁰⁸ Cfr. *supra* nota 105.

¹⁰⁹ La *trascrizione* dell'accordo fiduciario che produce vincoli di destinazione (oggi da imputare all'art. 2645-ter c.c.) rappresenta solo il punto di arrivo di un percorso volto a riconoscere la possibilità nel nostro ordinamento della rilevanza *erga omnes* dell'accordo "fiduciario" indipendentemente dalla trascrizione dello stesso, la quale ultima conserva efficacia meramente dichiarativa (ovvero «ordinaria» per usare l'espressione di U. LA PORTA, *Atti di destinazione*, Relazione, tenuta durante l'Incontro *Opinioni a confronto*, organizzato dai proff. Paolo Pollice e Biagio Grasso, 30 novembre 2009, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Federico II" (reperibile nella cartella "materiale didattico" della pagina web del prof. Paolo Pollice www.docenti.unina.it/paolo.pollice: v. *infra* nota 341). Spunti interessanti offre, ben prima dell'art. 2645-ter c.c., Cass. 18 ottobre 1991 n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1786, che si muove nell'ottica del riconoscimento di una fiducia c.d. "legale" [rilevante *erga omnes*] anche non trascritta, respingendo l'istanza di revocatoria di un atto (nel caso di specie una donazione) posto in essere dal debitore in esecuzione di un impegno assunto mediante accordo fiduciario [ovviamente non trascritto *n. d. r.*], valutato alla stregua di ogni altra obbligazione ai sensi dell'art. 2901, co. 3, c.c. Una delle massime ufficiali della sentenza citata così recita: «il negozio fiduciario, sia quando venga preceduto da un atto di trasferimento del diritto del fiduciante al fiduciario (cosiddetta fiducia dinamica) sia quando non lo sia, per essere il fiduciario già titolare del diritto che si obblighi a trasferire all'altro contraente o al terzo (cosiddetta fiducia statica), è sempre un atto realmente dovuto, con la conseguenza che ad esso non sono estensibili le norme che prevedono l'inopponibilità del negozio simulato ai creditori del titolare apparente». Cfr. sul punto A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 95 nota 95. È vero

ne siano rispettati i requisiti di validità, in primo luogo, riguardo alla forma¹¹⁰.

anche che la pronuncia citata rimane ancorata alla visione tradizionale della fiducia inopponibile a terzi quando afferma che «il negozio fiduciario, *nella parte contenente il pactum fiduciae* [corsivo nostro], non è trascrivibile, in considerazione della sua natura obbligatoria, e quindi nulla impedisce al fiduciario di trasferire, in sua violazione, il diritto cedutogli ad un terzo, il cui acquisto è pienamente valido ed efficace anche nei confronti del fiduciante». Al contrario, nella prospettiva che si va delineando nel testo questa “scissione”, già non concepibile – nei termini diffusi in dottrina – prima dell’entrata in vigore dell’art. 2645-ter c.c. (v. nota seguente), non lo è a maggior ragione dopo, dovendosi definitivamente propendere per una concezione unitaria del negozio fiduciario che, ove trascritto, in nulla differisce dal trust/atto di destinazione. Inconsapevole di aver accolto queste conclusioni è l’Agenzia Entrate 27 marzo 2008 n. 27/E, pp. 7-9, quando prevede per il negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili l’assoggettamento al tributo successorio in ogni caso in modo esattamente analogo a quanto previsto per il trust traslativo, e ciò pur continuando – illogicamente – ad affermare che le due figure sono diverse perché nel negozio fiduciario – che l’Agenzia stessa considera soggetto all’onere della forma scritta a pena di nullità nonché della trascrizione (sull’erroneo presupposto che in mancanza il contratto traslativo di diritti reali immobiliari non abbia effetto verso i terzi) – l’effetto reale sarebbe limitato da un patto valevole solo tra le parti! Sul punto v. *infra* Cap. III, par. 3.

¹¹⁰ Cfr. sul punto cfr. L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, Cap. IV, Sez. II, par. 3, p. 408 nota 193, in cui si opta per la necessità della forma scritta per la validità del c.d. *pactum fiduciae* vale a dire del negozio fiduciario nel suo complesso, ove abbia ad oggetto beni immobili, e ciò in ragione dell’unità della fattispecie negoziale fiduciaria non scindibile in più atti diversi in quanto nel nostro ordinamento non vige il principio dell’*Abstraktionssprinzip*: cfr. sul punto della visione unitaria della fattispecie destinataria anche *infra* par. 4, 5. *Contra*, non rendendosi conto di ciò e, quindi, scidendo tra atto attributivo e *pactum fiduciae* per il quale ultimo si ammette la forma orale A.M. BENEDETTI, M. GRONDONA, *Formalismo e rilevanza della parola data: resulting trust e pactum fiduciae a confronto*, in *TAF*, 2008, p. 620 e ss.; nel medesimo “errore” incorrono altresì nel 2001 M. GRAZIADEI, F. PENE VIDARI, “Constructive trust” e *intestazione di beni in nome altrui*, cit., p. 183 e ss., contributo interessante e pregevole nel quale individuano molte e frequenti fattispecie di patto, in senso lato, fiduciario concluso oralmente, lamentando la grave ingiustizia che deriva nel nostro sistema dal non riconoscerne la validità per vizio di forma (tenuto conto anche del rapporto – generalmente familiare – intercorrente tra le parti) mentre in Inghilterra ciò non accade in quanto opera l’istituto del c.d. *constructive trust*. Va ribadito, invece, che in

Dall'assunzione di questa prospettiva consegue che in Italia un patto fiduciario espresso in forme idonee (alla sua validità) rileva sempre sul piano giuridico *erga omnes*¹¹¹: esso è vincolante tra le parti e oppo-

Italia la scelta di apporre una barriera formale alla rilevanza di accordi aventi ad oggetto beni immobili trova fondamento in un insieme di dati normativi che non possono essere ignorati e che andrebbero mutati nel loro complesso là dove si volesse optare per la validità del patto fiduciario orale avente ad oggetto immobili (cfr. sul punto App. Genova, 4 agosto 2004, in *Immobili & dir.*, 2005, fasc. 4, p. 48). A maggior ragione a partire dal febbraio 2006, con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. e la possibilità di trascrivere il negozio fiduciario/atto di destinazione immobiliare, non ci sono valide ragioni per riconoscere rilevanza giuridica ad un patto fiduciario orale relativo a beni immobili proprio perché tale patto deve farsi certamente per iscritto in base alle norme generali (art. 1350 c.c.) e addirittura per atto pubblico ai fini della trascrizione. Ne consegue che la scelta dell'oralità da parte dei soggetti agenti ben potrebbe indurre a credere che essi vogliano *consapevolmente* escludere la *rilevanza in ambito giuridico del loro accordo fiduciario*, con le conseguenze che ne derivano sul piano dei rimedi esperibili (in questi casi potrebbe forse trovare applicazione l'*exceptio doli generalis* ma anche su questa soluzione si resta dubbiosi, potendo se mai questo rimedio esperirsi per i casi di patto fiduciario scritto ma non trascritto: v. Cap. III, par. 3). I medesimi soggetti, poi, potrebbero anche voler dissimulare l'accordo fiduciario: in questo caso la strada per tutelare il fiduciante potrebbe essere quella del vizio della volontà (dolo) che va ad incidere sul negozio esterno (e non su quello fiduciario) ovvero della simulazione negoziale che consente la rilevanza degli accordi simulatori tra le parti sebbene entro certi limiti. V. anche N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, pp. XXI-XXII, dove cita, approvandola, Cass. 29 maggio 1993, n. 6024 che estende al *pactum fiduciae*, riguardante beni immobili, il requisito della forma scritta, sebbene sulla base di un'argomentazione non condivisibile, consistente nell'assimilazione del patto fiduciario al contratto preliminare (cosa che fa anche Cass. 19 luglio 2000, n. 9489). Ciò che oggi possono avere in comune patto fiduciario e contratto preliminare è la possibilità di essere trascritti, cosa che, comunque, ne impedisce l'assimilazione sul piano causale e strutturale.

¹¹¹ Nell'ottica da noi assunta viene ad essere trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. anche il mandato senza rappresentanza ad alienare un bene immobile laddove comporti trasferimento del diritto da alienare in capo al mandatario (art. 1706, co. 2, c.c.), e sono da accantonarsi definitivamente i pregiudizi finora persistenti su questa intrascrivibilità: cfr. A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., p. 170 dove scrive che «l'art. 2645-ter c.c. rappresenta la prima inequivocabile emersione legislativa della proprietà fiduciaria nel diritto interno, ove sino a qui rinvenibile, ma non senza contrasti, in altre disposizioni di legge, prima fra tutte quella di cui all'art. 1706 c.c., anche se si deve

bile a creditori e terzi aventi causa sulla base della regola generale della prevalenza dell'atto di data certa anteriore, a meno che: a) il patto fiduciario non sia dissimulato¹¹² ovvero b) la legge incida su questa regola ge-

subito osservare come sia stata ampia l'esperienza accumulata a tutti i livelli in tema di *trust* regolati da un diritto straniero». Anche M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 220, considera il mandato senza rappresentanza ad alienare verso un certo prezzo, preceduto dal trasferimento del bene dal mandante al mandatario, un esempio "classico" di «negozio di affidamento», per così dire, semplice ma comunque opponibile ai terzi [*n.d.r.*] mentre il contratto di affidamento fiduciario implica l'attribuzione al fiduciario di poteri *gestori* che il mandante non avrebbe. In realtà, oltre alla criticabilità di questo assunto (assenza di poteri gestori) su cui l'a. basa la distinzione tra mandato/negozio di affidamento e negozio di affidamento fiduciario, ci sembra che senza ricorrere a queste ulteriori distinzioni terminologiche ideate dall'a. (*negozi di affidamento/negozi di affidamento fiduciario*) che ingenerano la (non divisibile) supposizione dell'esistenza di una pluralità di categorie giuridiche (in assenza di dati normativi a sostegno di tale pluralità), si possa insistere più propriamente sulla distinzione tra mandato/*fiducia segreta*, da una parte, e *fiducia palese/trust/atto di destinazione* dall'altra, distinzione che, tuttavia, è da ritenersi di tutt'altro genere rispetto a quella fin ora divulgata e fondata sull'intrascrivibilità e inopponibilità del mandato ovvero sull'assenza nel mandato di attività gestoria del mandatario quanto piuttosto sulla *diversa* regola di opponibilità (ai creditori del mandatario) del mandato senza rappresentanza avente ad oggetto beni immobili che, in caso di mandato non trascritto, *non* è incentrata sulla data certa del mandato ma sulla trascrizione (inevitabilmente successiva) dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo (art. 1707 c.c.): questa regola ci pare sia stata derogata dalla nuova norma contenuta nell'art. 2645-ter c.c. nel senso che oggi anche il mandato senza rappresentanza è opponibile ai creditori del mandatario se trascritto anteriormente alla trascrizione del pignoramento o degli atti di acquisto di terzi: v. *infra* nel testo e par. 5, Cap. III, par. 3, e di recente ci sembra orientato proprio in questa direzione G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, cit., pp. 115-116.

¹¹² In altri termini il negozio fiduciario *opponibile* solo tra le parti per volontà delle parti stesse si traduce, per lo più, in un negozio fiduciario dissimulato sotto le spoglie di un altro negozio (vendita, donazione ecc.). La limitazione *inter partes* degli effetti nel negozio fiduciario può invece discendere da un'espressa previsione normativa che, introducendo oneri pubblicitari, limita appunto *inter partes* la rilevanza dell'accordo fiduciario non pubblicizzato o, più esattamente, *deroga* alla regola della prevalenza dell'atto in base alla data certa anteriore (v. nota seguente), statuendo la regola della prevalenza dell'atto anteriormente trascritto. Nel caso della dissimulazione dell'accordo fiduciario, essa può assumere anche la configurazione dell'interposizione fittizia mentre nel caso di interpo-

nerale, derogandovi mediante la statuizione di oneri pubblicitari che vanno dunque a *condizionare* (ma non a determinare: v. *infra* parr. 4, 5) la rilevanza *erga omnes* del negozio fiduciario¹¹³, rendendo le parti libere di scegliere tra una fiducia trascritta opponibile e una fiducia *non di per sé inopponibile*¹¹⁴ bensì – più esattamente – *inopponibile ad altri atti che siano invece trascritti* (v. *infra* par. 5 e Cap. III, parr. 1, 3).

sizione reale, secondo la prospettiva assunta nel testo, vertiamo nell'ipotesi di *fiducia palese* rilevante *erga omnes* indipendentemente dalla trascrizione del negozio fiduciario che, tuttavia, ove non trascritto, *non* può essere opposto a creditori e aventi causa che abbiano trascritto anteriormente il pignoramento o l'atto di acquisto. Su questa mancata trascrizione del negozio fiduciario si fonda l'opponibilità dell'atto di acquisto del terzo al fiduciante e non certo sulle argomentazioni che invece si rinvegono in ragionamenti sia dottrinali sia giurisprudenziali ancorati ad una visione "tradizionale" del negozio fiduciario quale fattispecie intrascrivibile e di per sé inopponibile: cfr. E. BARLA DE GUGLIELMI, *Interposizione fiduciaria di persona. Spunti comparatistici*, in *TAF*, 2009, p. 262 ss., che commenta Cass. 28 giugno 2008 n. 17334, anch'essa chiusa nella visione dualistica (atto di trasferimento – *pactum fiduciae*) del negozio fiduciario che non è mai stata convincente e che alla luce dei nuovi dati normativi lo è meno che mai: non ci appare, infatti, corretto distinguere tra *trust* e negozio fiduciario facendo riferimento all'*equitable tracing* come rimedio più incisivo rispetto a quello che spetta al fiduciante in Italia dato che tale presunta maggiore incisività si fonda sull'idea – appunto infondata – della inopponibilità/intrascrivibilità del *pactum fiduciae*. v. *infra*.

¹¹³ A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. le tipologie astrattamente configurabili di fattispecie *fiduciaria* giuridicamente rilevante vengono dunque ad essere due: a) la fiducia rilevante in concreto solo *inter partes* perché non pubblicizzata *ovvero* perché così hanno voluto le parti (mediante un accordo simulatorio); b) la fiducia rilevante *erga omnes* pubblicizzata mediante trascrizione dell'atto: rispetto a tale fiducia la *trascrizione* (dell'atto che ne è fonte) ha la stessa valenza che essa ha rispetto ad ogni altro atto trascrivibile (vale a dire derogare alla regola generale di opponibilità degli atti, fondata sulla prevalenza temporale, stabilendo, invece, la regola della prevalenza della trascrizione) e non certo la valenza di rendere rilevante/opponibile *un atto che di per sé non lo sia già* (v. *infra* Cap. III, par. 3). Più in generale, sul rapporto tra principio consensualistico e *opponibilità* dell'atto a seguito di trascrizione cfr. *supra* e *infra* nel testo l'analisi svolta e più volte citata di L. SALAMONE.

¹¹⁴ Come continuano a ritenere coloro che rimangono ancorati ad una concezione tradizionale del negozio fiduciario (e del mandato) come l'unica possibile in un sistema

Problema ulteriore è, poi, quello di capire se tra le due tipologie di *fiducia* esistano delle differenze sul piano degli effetti che ne derivano (in particolare riguardo all'effetto separativo/segregativo) e dei rimedi esperibili a tutela delle posizioni dei soggetti coinvolti in caso di andamento patologico del rapporto (soprattutto in caso di inadempimento del fiduciario: v. meglio *infra* nel testo e par. 5, Cap. III, par. 3).

Si vede, dunque, come nella dimensione sopra delineata la proposta ermeneutica del «negozio di affidamento fiduciario» (che andrebbe ad identificarsi nell'ipotesi di fiducia *palese*, a sua volta identificabile – con quella del c.d. atto di destinazione ovvero del c.d. *trust* interno: v. sempre *infra* nel testo), potendo creare equivoci oltre che concettuali – come già detto – anche terminologici¹¹⁵, attua uno scompaginamento

come quello italiano che, invece, allo stato attuale, consente la scelta tra diverse forme di *fiducia* per la soddisfazione di diversi interessi. Il fiduciante ben potrebbe essere interessato a non trascrivere l'atto, esponendosi, sì, al rischio di prevalenza degli atti trascritti (nonché – forse – ad una minore tutela della sua posizione in caso di inadempimento del fiduciario: v. *infra* Cap. III, par. 3) ma mantenendo così un anonimato che potrebbe costituire per lui una priorità assoluta. Il discorso che si va svolgendo nel testo presuppone, ovviamente, una concezione unitaria di negozio fiduciario che dunque non può scindersi in atto di trasferimento e in *pactum fiduciae* come, invece, continuano a fare dottrina e giurisprudenza: v. sul punto le due note precedenti.

¹¹⁵ Tale proposta si fonda sull'affermazione di una differenza sostanziale tra *fiducia* e *affidamento* (cfr. anche P. POLLICE, *Introduzione ai diritti reali*, cit., pp. 73-74) mentre, secondo il percorso che si va tracciando nel testo, l'*affidamento* è la situazione propria del negozio fiduciario palese opponibile ai terzi (del *trust* interno volontario che di esso rappresenta una configurazione esemplare: v. *infra*). Esso si differenzia sia dalla fiducia c.d. *segreta*, intesa come fattispecie giuridicamente rilevante solo tra le parti, sia dalla *fiducia in senso lato* là dove si intenda riferirsi con tale accezione ad un rapporto tra soggetti improntato ai più ampi margini di discrezionalità dell'agire dell'uno (fiduciario) negli interessi dell'altro (fiduciante), talmente ampi da non richiedere (per intenzione precisa dei soggetti coinvolti) alcuna forma particolare per il conferimento dell'incarico fiduciario – che potrebbe avvenire oralmente – né la statuizione di specifiche regole di gestione: cfr. sul punto A. LUMINOSO, *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XII, t. IV, Torino, 2007, p. 363: «nella fiducia vera e propria la realizzazione dell'interesse del fiduciante [...] rimane affidata alla [mera *n.d.r.*] lealtà del fiduciario [...] la fiducia sembra

(senza una ragione plausibile) dei risultati che si sono oggi già concretamente ed condivisibilmente raggiunti in Italia sulla configurabilità delle destinazioni a rilevanza *erga omnes* di beni senza personalità giuridica nella forma (negoziale) del trust (*alias* negozio fiduciario palese o, più in generale, negozio di destinazione *trascritto*. v. *infra* par. 4, 5)¹¹⁶.

perciò svolgere una funzione tanto più penetrante nella vita di relazione quanto più distante dal dritto è la situazione da essa caratterizzata». Al contrario sia nell'«affidamento»/fiducia negoziata palese [/trust volontario/atto di destinazione: per questa visione unitaria v. *infra* par. 5] sia nella fiducia c.d. *segreta* [/atto di destinazione *non* trascritto ovvero dissimulato: v. *supra* nel testo], vale a dire ad efficacia meramente *inter partes*, tali margini di discrezionalità sono decisamente ridotti se non addirittura nulli perché il *fiduciario/trustee/gestore* (che è quasi sempre un professionista – spesso in forma societaria – della gestione per conto altrui) è *obbligato* in senso *giuridico*, in modo preciso e puntuale all'osservanza di un programma espresso per iscritto (anzi: in forma scritta se non addirittura solenne la cui violazione può comportare anche sanzioni di *inefficacia* dell'atto posto in essere dal fiduciario (cfr. *infra* Cap. III, par. 3). Del pari *non* può dirsi *fiduciario* in senso lato (nell'accezione sopra indicata) il rapporto tra *beneficiario* e *fiduciario/trustee/gestore*, essendo anche tale rapporto fondato su regole precise e formalizzate (cfr. *infra* Cap. III, par. 3), con apparati rimediali cui ricorrere in caso di violazione. In altre parole l'impiego del termine *fiducia* in senso lato nell'accezione suggerita da A. Luminoso significa sconfinare nel “non giuridico” (in una sorta di *gentlemen agreement*) ma è, bene sottolinearlo, in Italia questo sconfinamento non è concepibile nel senso che l'assenza di una giurisdizione di *Equity* fa sì che ogni accordo, che presenti i suoi elementi costitutivi essenziali, sia di per sé giuridicamente rilevante/opponibile *erga omnes* e soggetto all'unica giurisdizione comune, a meno che non si versi in ambito di rapporti c.d. di cortesia o in contesti idonei per se stessi ad escludere la giuridicità/vincolatività dell'atto negoziato posto in essere (es.: teatro, lezione universitaria e simili) ovvero sussistano espresse previsioni normative volte ad escludere la giuridicità di determinate manifestazioni di volontà, prevedendo per esse la tutela propria delle obbligazioni c.d. naturali come, ad esempio, la *soluti retentio* (cfr. art. 627 c.c.): cfr. sul punto cfr. M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 201.

¹¹⁶ Si allude, in particolare, al lavoro svolto dai ceti professionali e dalle corti con riguardo all'adeguamento del modello di origine straniera ai principi inderogabili di diritto italiano – su cui v. *supra* par. 1 e 2 – nonché a quanto la dottrina è andata elaborando con riguardo al c.d. atto di destinazione patrimoniale anche (ma *non* soltanto) in riferimento all'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter. Per il rapporto possibile tra questo “materiale” di carattere prevalentemente dottrinale e quello di carattere misto (dottrinale, giurisprudenziale, pragmatico) sul *trust* interno: cfr. *infra* par. 4.

Dal punto di vista di un'analisi *ex post* – quale è quella che si sta qui conducendo – appare innegabile, infatti, che il ricorso al *trust* di origine straniera (angloamericano, in prevalenza) abbia avuto in Italia carattere opportunistico e vada dunque considerato come (mero) riferimento posto in essere dagli operatori del diritto ad un modello che appariva – alla fine degli anni '90 – più sviluppato su vari piani (configurativo, disciplinare, rimediale), purché sia chiaro che tale maggiore sviluppo va considerato non tanto e comunque non solo in relazione ai dati normativi vigenti in Italia nel periodo indicato quanto piuttosto con riguardo allo stadio della riflessione dottrinale (e giurisprudenziale) di quel medesimo periodo sulla configurazione di alcuni istituti come il mandato, il negozio fiduciario, la responsabilità patrimoniale, la trascrizione, la titolarità e la gestione di beni nell'interesse altrui ecc. (v. *infra* nel testo e par. 4).

Più precisamente può dirsi che il modello straniero si presentava come maggiormente idoneo a fronteggiare un'esigenza – quella della gestione, quasi sempre lucrativa e non meramente conservativa, di beni mobili e immobili nell'interesse altrui [vale a dire di soggetti diversi dal titolare del diritto di proprietà sui beni] – (ri)emersa in tempi recenti¹¹⁷ in una certa area del mondo giuridico, quella di *civil law* dove, comunque, tale esigenza (sebbene prevalentemente in certe forme¹¹⁸), è sempre esi-

¹¹⁷ Tale “riemersione” consiste, in realtà, nell'affermazione o espansione di determinati fenomeni economici come gli investimenti mobiliari, la cartolarizzazione ecc. Si tratta, insomma, più che di una riemersione di vecchie esigenze della sopravvenienza di nuove esigenze: cfr. M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., p. 179, che già nel 2002 scriveva che «oggi lo schema fiduciario non viene più utilizzato prevalentemente, come avveniva in passato, al fine di trasferire temporaneamente un bene per poi riaverlo in un tempo successivo ma per realizzare attività dinamiche di investimento di beni o titoli che hanno come risultato finale quello della restituzione al fiduciante o a terzi beneficiari del profitto che il fiduciario ha realizzato con i beni oggetto della fiducia». Per una carrellata di tutti i possibili impieghi del *trust* v. anche L. Di COSTANZO, *Il trust in Italia: problemi ricostruttivi e profili applicativi*, cit., p. 22 e ss.

¹¹⁸ Forme che – come già detto – sono in questo momento oggetto di particolare attenzione e indagate nella loro evoluzione storica da studiosi dell'area comparatistica che, tra l'altro, hanno individuato come le attribuzioni fiduciarie avessero in molti casi

stata ed è stata soddisfatta in modo analogo (al *trust*¹¹⁹) ovvero diverso, vale a dire, per lo più da un certo momento storico, mediante la creazione di enti personificati (fondazioni, società) ma ciò non perché fosse giuridicamente impossibile fare altrimenti ma semplicemente perché era dominante (e lo è rimasta a lungo) una certa concezione personalistica del patrimonio¹²⁰ e una certa interpretazione dei dati normativi vigenti in materia di *proprietà* e *diritti reali*, dettata originariamente da determinate scelte politiche ed economiche dell'allora giovane Stato italiano¹²¹.

Che ciò sia attendibile è confermato dal fatto che da tempo in Italia si discute (dato questo che di per sé attesta l'esistenza stessa di un'esigenza da soddisfare) sulla possibilità di realizzare mediante atto di autonomia privata, e per la soddisfazione di interessi non (solo) di pubblica utilità, una «destinazione di beni senza personalità giuridica»¹²².

scopi di beneficenza (cfr. M. GRAZIADEI, *Trust, confidenza fiducia*, cit., p. 229 e ss.). Tale scoperta non deve tuttavia esercitare un'influenza condizionante sui confini odierni del fenomeno della gestione fiduciaria, vale a dire sulla tipologia di interessi che sono con essa realizzabili: v. *infra* par. 4.

¹¹⁹ Cfr. M. GRAZIADEI, *Trust, confidenza fiducia*, cit., p. 233 e ss., che incentra la sua analisi sull'istituto delle *confidenze*, M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 199-213. Cfr. già C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 378, dove in proposito della *causa fiduciae* scrive che un processo secolare, attuato in tre diversi ordinamenti giuridici, il romano, il germanico e l'anglosassone, è indice di una rispondenza di essa a somiglianti esigenze pratiche che in ogni ordinamento si ravvisano.

¹²⁰ Ricostruisce bene le influenze della Pandettistica sulla diffusione e sul consolidamento di questa concezione M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 246 ss.

¹²¹ Cfr. *supra* nota 82.

¹²² Questo il titolo della già menzionata monografia di R. RASCIO che rappresenta ancor oggi uno degli studi più interessanti ed innovativi, per l'epoca di redazione, sulla destinazione patrimoniale. Dello stesso a. si veda anche *Per uno studio sulle fondazioni in diritto-francese*, Napoli, 1977 e *Gli enti del primo libro. Dalla moltitudine dei modelli speciali ai tipi del codice*, in *Dir. Giur.*, 2003, I, pp. 1-16. Cfr. anche i noti studi di F. GALGANO sulla fondazione non riconosciuta: *ex multis* cfr. *Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 172 e ss.; ID., *Delle persone giuridiche (Art. 11-35)*, in *Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro primo, *Delle persone e della Famiglia*, sub art. 39,

I risultati raggiunti in questo dibattito *contro* l'ammissione di patrimoni separati di fonte negoziale per interessi privati, cioè contro la *proprietà fiduciaria* (leggi: nell'interesse altrui) *opponibile erga omnes quale prodotto dell'autonomia negoziale* trovano la loro ragion d'essere nell'accoglimento di una certa interpretazione del sistema codicistico oggi non più attuale, non solo e non tanto perché sono state introdotti nuovi elementi normativi ma, soprattutto, perché è cambiato il modo di leggere quelli vecchi a causa dei radicali mutamenti dell'assetto economico e politico dello Stato italiano.

Per questo motivo anche studi più risalenti nel tempo conservano oggi attualità e validità con riguardo ai passaggi logici relativi all'individuazione dei tratti specifici e caratterizzanti delle destinazioni patrimoniali senza personalità giuridica¹²³.

E proprio in linea di ideale continuità con questi percorsi di indagine si pongono alcuni dei contributi che compaiono, in particolare a partire dal 2000, sulla scena dottrinale italiana. Essi individuano dal punto di vista dinamico degli strumenti di tutela, vale a dire dalla prospettiva rimediale, la distinzione tra patrimonio autonomo e patrimonio separato¹²⁴ nonché il cammino dalla proprietà delegata al patrimonio *se-*

Bologna-Roma, 1967, 290ss.; v. anche A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995. Il percorso tracciato dall'a. è stato riesaminato con spunti interessanti di recente da M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 1147 e ss.

¹²³ Cfr. nota precedente e *infra* parr. 4, 5.

¹²⁴ L'essenza della distinzione presuppone l'idea del patrimonio riferito al soggetto-persona, fisica o giuridica: è patrimonio autonomo in senso stretto e proprio quello della persona giuridica. Tale patrimonio è ontologicamente subordinato a vincolo di destinazione che è stato appunto entificato. Si vedano sul punto le riflessioni di L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 365, dove scrive che le nozioni di patrimonio autonomo e di patrimonio separato in comune hanno di rappresentare situazioni di opponibilità ai creditori di un vincolo di destinazione (ex art. 2915 c.c.) mentre si differenziano con riguardo al *regime* sull'attività di ricerca del bene pignorabile, speciale nel caso del patrimonio autonomo rispetto al quale il vincolo di destinazione risulta entificato, ordinario nel caso del patrimonio separato, dove il vincolo di destinazione non è entificato

parato (quale effetto derivante da un titolo negoziale)¹²⁵. Lumezzano, altresì, la distinzione tra *proprietà (patrimonio)* e *responsabilità patrimoniale* e fanno emergere la possibilità di interpretare l'art. 2740 c.c. *non* correlando la responsabilità patrimoniale alla sfera della proprietà del debitore, fino a configurare, conseguentemente, la separazione rispetto ai principi dell'universalità della responsabilità patrimoniale e dell'indivisibilità del patrimonio quale effetto previsto e ammesso in via generale nel nostro ordinamento ove ricorrano certe condizioni così come sono ammesse e previste, a certe condizioni, le deroghe al principio consensualistico¹²⁶.

e informa l'area dell'«appartenenza indiziaria» in senso limitativo in base ad un criterio *qualitativo* (artt. 1707, se si tratta di *res certae*, 170, 1980 c.c.) ovvero *quantitativo* (art. 490 n. 2, c.c.; 1707 c.c. in caso di beni fungibili non individuati; art. 22 T.U.F.; art. 36, co. 6, T.U.F.). La differenza così delineata consente all'a. di segnalare come sia possibile creare patrimoni separati all'interno di patrimoni autonomi e come ciò risulti positivamente attestato dall'art. 43, co. 8, T.U.F. e dall'art. 3, co. 2, l. 30 aprile 1999 n. 30 in tema di cartolarizzazione dei crediti di impresa. A queste indicazioni dell'a., espresse nel 2001, vanno aggiunti i riferimenti agli articoli contenuti nella Sez. XI, Titolo V, Libro V del codice civile dedicata ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, la cui introduzione nella compagine codicistica nel 2003 e nel 2004, conferma – ci pare – l'impostazione espressa appunto da L. Salomone. Ma sull'uso ambiguo dell'espressione *patrimonio separato* nel nostro attuale tessuto normativo cfr. anche M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 257, che evidenzia come in leggi recenti (come quella in materia di cartolarizzazione – art. 32 l. n. 130/1999 – e art. 2447-*decies* c.c.) la locuzione sia utilizzata per indicare un patrimonio appartenente [economicamente] a terzi ovvero per indicare l'enucleazione di beni con una specifica destinazione all'interno del patrimonio di un soggetto (come nella legge sui fondi pensione art. 42 l. n. 252/2005). Ciò che qui conta rilevare è che il significato della locuzione *patrimonio separato* deve essere tratto dal contesto oggetto di analisi.

¹²⁵ Cfr. la ricostruzione presente nello studio di P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p. 78 e ss., là dove pone in luce che la problematica della dissociazione tra proprietà e controllo, oltre ad essere un tema centrale della teoria della “agenzia”, è indagata ampiamente a livello internazionale e in Italia con particolare riguardo all'ambito societario. L'a. schematizza poi, molto bene le tre diverse situazioni riconducibili alla *separazione patrimoniale* (p. 81), facendo emergere come la *confusione* dei patrimoni possa verificarsi solo là dove si ritenga *non* opponibile ai terzi (acquirenti) l'accordo fiduciario: v. *infra* nel testo.

¹²⁶ Cfr. già C. M. BIANCA, *Il contratto*², cit., pp. 713-714, il quale risolve il problema

Decisamente rilevanti appaiono, poi, le riflessioni che propongono uno spostamento del baricentro della disciplina di tutela dei creditori dal divieto dell'art. 2740, co. 2, c.c. (si badi: interpretato in modo tradizionale), al sistema revocatorio (artt. 2901-2903 c.c.; artt. 64 ss. l.f.)¹²⁷. Ed, infatti, non

della opponibilità rispetto ai terzi della causa fiduciaria da parte del fiduciante, in senso assolutamente negativo con riguardo al terzo acquirente, consapevole o no del vincolo fiduciario, ma in senso positivo con riguardo ai creditori del fiduciario rispetto ai quali il fiduciante può far valere il proprio diritto ove risulti da atto avente *data certa anteriore* in caso di *beni mobili* non registrati ovvero, se si tratta di immobili o mobili registrati, quando la domanda giudiziale di ritrasferimento risulti trascritta anteriormente al pignoramento, trovando in tal caso applicazione analogica l'art. 1707 c.c.; del pari i creditori del fiduciante possono far valere le loro ragioni sul bene trasferito al fiduciario quantomeno in termini di esperimento dell'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.). Cfr. sul punto l'indagine, focalizzata principalmente sui beni mobili (fungibili) non individuati, di L. SALOMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., in part. pp. 369-374 e *ivi* le note, dove traccia il percorso che dal divorzio tra responsabilità e proprietà porta ad una nuova prospettiva delle interrelazioni tra autonomia privata e limitazioni della responsabilità: il principio di tassatività di tali limitazioni che si usa leggere nell'art. 2740, co. 2, c.c. va osservato sotto una nuova luce perché se, da un lato, è certo che i privati non possono liberamente creare le condizioni di opponibilità di un titolo di disposizione, essendo esse previste dalla legge a tutela del credito, è altrettanto vero che la legge stessa facoltizza la creazione di nuovi titoli di disposizione *ex art.* 1322, co. 2, c.c.. Tale norma *non* limita la rilevanza del nuovo titolo e del corrispondente assetto di interessi alle sole parti (in tal senso solo l'art. 1372 ma v. *supra* nota 96) e ciò significa che tale titolo deve poter in qualche modo produrre effetto anche riguardo ai terzi sulla base di regole già predeterminate dalla legge e non disponibili. Il principio di tassatività contenuto nell'art. 2740, co. 2, c.c. va dunque letto in combinazione con altre regole cardine della responsabilità patrimoniale, espresse negli artt. 2914, 2915, 1707 c.c., le quali inducono a ipotizzare una complementarità tra il principio suddetto e l'autonomia privata. Ne deriva che la causa di destinazione [diremmo meglio: lo schema destinatorio] indica un assetto degli interessi delle parti di per sé idoneo a produrre l'effetto di distribuire in più classi le azioni esecutive, perché tale assetto deve passare non solo il vaglio dell'art. 1322, co. 2, c.c. ma deve, altresì, rispettare le sopra indicate regole di «formalismo estrinseco» coerenti con la ricezione limitata del principio consensualistico nel nostro ordinamento (cfr. su questo aspetto le pp. 1-10, 265-269, 407).

¹²⁷ Così G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia ecc.*, cit., p. 359 e s.; ID., *Sulla riconducibilità del «trust interno» ecc.*, cit., p. 152ss.; ID., *Contributo allo studio del trust ecc.*, cit., p. 400 e *ivi* nota 16. Nei contributi citati l'a. esclude il contrasto con l'art. 2740 c.c. e con prin-

solo e non tanto l'apertura di sempre maggiori spazi all'autonomia privata ma, più esattamente il riconoscimento del ruolo e della posizione che ad essa compete nel diritto privato italiano non può che condurre ad una valorizzazione della tutela *successiva* dei creditori a discapito di quella, per così dire, *preventiva* la cui estensione, a ben vedere, deve rimanere fortemente soggetta ad esplicite previsioni legislative dato che una diversa impostazione porta inevitabilmente ad ammettere limitazioni del tutto arbitrarie dell'autonomia privata così come configurata nel nostro sistema privatistico¹²⁸.

cipio dell'infrazionabilità del patrimonio, considerando l'attribuzione al fiduciario una mera fase del procedimento di graduale realizzazione del negozio dispositivo, rimesso alla volontà dell'autore in ossequio al fondamentale principio dell'autonomia privata, salvo l'esercizio dell'azione revocatoria; si allinea L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., p. 370. *Contra* R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., p. 324 e ss.

¹²⁸ Va, dunque, ribaltato il punto di vista assunto da chi, invece, sostiene l'inopponibilità dell'accordo fiduciario, e dunque del vincolo di destinazione sui beni (attribuiti al fiduciario) che eventualmente ne deriva, in quanto se ciò fosse possibile, si sarebbe in presenza di negozi con effetti pregiudizievoli verso i terzi, intesi come creditori che si vedono sottrarre la loro garanzia patrimoniale o comunque alterata la loro posizione di parità, e tale idoneità pregiudizievole non sarebbe ammessa nel nostro sistema in cui il negozio può produrre verso i terzi solo effetti favorevoli (M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., pp. 80, 83 e *ivi* le note; R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 381). Questo ragionamento appare non convincente sotto due punti di vista: 1) sono solo gli effetti *diretti* del negozio a non poter essere pregiudizievoli per il terzo che non ha concluso il negozio stesso e che tuttavia ne è destinatario (cfr. artt. 1411 e 1333 c.c.); per i terzi creditori gli effetti riflessi del negozio ben possono essere pregiudizievoli anzi, può dirsi, che normalmente lo sono; 2) ogni negozio che incide sul patrimonio del disponente in senso decurtante (alienazioni, in primo luogo) è sempre un negozio in pregiudizio dei terzi creditori ma ciò, nel nostro sistema, non ne limita in alcun modo la realizzabilità dato che, se un tal genere di limitazione fosse ammessa, inciderebbe in modo a dir poco soffocante sull'esercizio dell'autonomia privata, impedendo *ex ante* il compimento di qualsiasi atto in forza di una valutazione *astratta* del medesimo quale atto idoneo a pregiudicare i creditori. L'ordinamento appronta piuttosto sul piano generale rimedi *ex post*, successivi all'atto posto in essere, con l'esercizio dei quali dovrà essere valutata dal *giudice* la sussistenza dei requisiti di inefficacia dell'atto medesimo in ragione della lesione *concreta* (e non astratta) che esso comporta alle ragioni dei creditori: v. da ultimo Cass. 22 gen-

Del pari centrale sembra il risultato raggiunto da chi ha affermato che la *causa* della fattispecie negoziale fiduciaria non è «l'astratta *causa fiduciae* di grassettiana memoria bensì la causa che, in relazione alla diversa attività che il fiduciario è chiamato a svolgere nell'interesse del fiduciante, viene in concreto individuata volta a volta quale giustificazione di ogni singola operazione negoziale»¹²⁹.

Contigui sul piano concettuale e parimenti rilevanti sono gli studi incentrati sulla revisione della *nozione* di proprietà intesa come diritto

naio 2010 n. 1112, che esclude la possibilità per il curatore di acquisire al fallimento i beni immobili di proprietà del fallito costituiti in fondo patrimoniale, e ciò in ragione dell'applicazione anche al fondo patrimoniale dell'art. 46, n. 3, l.f., dettato nella vigenza del patrimonio familiare. Sul punto v. anche *infra* par. 4.

¹²⁹ M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., p. 74, che condivide l'idea espressa da C.M. BIANCA, *Il contratto*², cit., p. 713 sull'arbitrarietà di qualsiasi tipizzazione degli interessi a base di un'operazione fiduciaria. Conclusione questa, formulata dagli aa. citati, che assume un ruolo fondamentale non solo per individuare la giustificazione causale del trasferimento dal fiduciante al fiduciario (cfr. le obiezioni sul punto di C. CASTRONOVO, *Il trust e «sostiene Lupoi»*, cit., pp. 441 e ss., 448-449) ma anche per dirimere le problematiche relative alla qualificazione (in senso gratuito ovvero oneroso) degli atti posti in essere dal fiduciario [o dal *trustee*] nei confronti dei terzi beneficiari, qualificazione dalla quale dipendono gli oneri di forma dettati per la validità degli atti medesimi (v. *infra* par. 5 e fin da ora sia consentito rinviare a L. GATT, *La liberalità*, II, Torino, 2005, p. 63 e ss.). Seguendo questa indicazione relativa alla varietà della *causa fiduciae*, si superano anche le osservazioni sollevate, da parte della dottrina contro tesi di U. LA PORTA (*Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., pp. 39, 78-79, 173), il quale ha l'indubbio merito di aver favorito "l'attualizzazione" del negozio fiduciario, evidenziando la connessione tra *trasferimento* e *destinazione* dei beni trasferiti nell'ambito dell'operazione fiduciaria, sebbene questa connessione si sia tradotta, poi, dal punto di vista dell'a., in una assolutizzazione del profilo destinatorio in elemento causale di per sé sufficiente a giustificare il trasferimento dal fiduciante al fiduciario mentre più verosimile appare l'impostazione degli aa. sopra menzionati che considerano sia il trasferimento sia la destinazione dei beni trasferiti elementi strumentali alla realizzazione di altri e *non* tipizzabili interessi, questi, sì, di valenza causale, cioè giustificativa sia del trasferimento sia della destinazione. D'altra parte, però, gli stessi aa. suddetti non traggono – ci pare – fino in fondo le conseguenze della loro interpretazione sul piano del rapporto tra autonomia privata e responsabilità patrimoniale: v. *infra* par. 4.

unitario in cui titolarità e *commodum* sono inscindibili, essendo tale *unitarietà* già ampiamente incrinata prima ancora che dall'affermarsi del *trust* dalla diffusione della cosiddetta *multiproprietà*¹³⁰ ma non solo¹³¹. E su una linea di ideale continuità possono collocarsi – ci sembra – le riflessioni di chi accantona il piano della qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte e si concentra invece sugli aspetti della tutela dei soggetti coinvolti nel rapporto fiduciario, considerato nella sua dimensione dinamica di vicenda attributiva implicante un'attività gestoria (del fiduciario) su determinati beni¹³².

Tali percorsi interpretativi hanno condotto verso un superamento

¹³⁰ Cfr. lo studio di U. MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984 e si consideri anche che non è stato necessario modificare le norme codicistiche sulla proprietà per consentire l'operatività nel nostro ordinamento della cosiddetta multiproprietà avente titolo negoziale; v. anche lo studio di TRIMARCHI M., *Dalla proprietà al godimento*, Milano, 1992. Cfr., poi, M. GRAZIADEI, *Trust, confidenza fiducia*, cit., p. 225: la scelta di codificare un solo modello di proprietà veniva intesa come una dei pilastri necessari della codificazione civile del XIX secolo: «in realtà si trattava solo di una scelta tra le tante possibili, come dimostra la comparazione e l'evoluzione recente del diritto»; A. GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 57 e ss. V. ancora P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà ecc.*, cit., p. 103. Cfr. anche nella direzione espressa nel testo R. LENZI, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito dei beni fungibili*, cit., pp. 5-6 nota 9.

¹³¹ Si pensi a pronunce come quella qui di seguito riportata che sembrerebbero suggerire una sorta di scissione, interna al nostro stesso sistema, tra le nozioni di proprietà e titolarità in diritto civile e in diritto commerciale: cfr. Trib. Pisa, 21 aprile 1999, in *Foro tosc.*, 2000, c. 48: «il concetto di *appartenenza* di cui agli art. 2362 e 2497 c.c. è di portata più ampia di quello della *titolarità*, essendo sufficiente la effettiva e concreta disponibilità di tutto il pacchetto azionario o della totalità delle quote, quale si realizza, ad esempio, con l'intestazione in parte a proprio nome e in parte ad interposta persona, ovvero attraverso una intestazione fittizia di parte del capitale sociale a terzi, ovvero ancora attraverso una intestazione reale al terzo, la quale sottintenda un patto fiduciario».

¹³² Si allude alla posizione di M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., p. 82, dove scrive che nella fiducia attributiva l'opponibilità ai terzi dell'operazione fiduciaria opera attraverso l'applicazione di disposizioni normative vigenti nel sistema, le quali, apprestando validi rimedi al fiduciante, realizzano per ciò stesso l'opponibilità ai terzi del vincolo fiduciario.

delle obiezioni contrarie alla rilevanza *esterna* della proprietà fiduciaria, incentrate sul numero chiuso dei diritti reali, non solo perché il dogma menzionato è venuto a perdere esso stesso la propria centralità e credibilità in un mondo (giuridico globale), tendente all'uniformazione delle categorie (giuridiche prima di tutto)¹³³, ma soprattutto perché in riferimento alla separazione patrimoniale appare ormai superata la visione della «proprietà smembrata» o «modificata» in favore di una prospettiva focalizzata sull'aspetto rimediabile della posizione giuridica soggettiva del

¹³³ Cfr. L. NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano*, cit., p. 24, che definisce il numero chiuso dei diritti reali come vecchio assioma dal sapore traluzio; cfr. la posizione di G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., p. 339 e ss., e ID., *Sulla riconducibilità del «trust interno» ecc.*, cit., pp. 146 ss., 149, là dove ravvisa in capo al fiduciario un *ius in re* di carattere strumentale (paragonabile ai diritti reali su cosa altrui) e dunque nega che il fiduciario sia proprietario (*dominus*), facendo così cadere il problema del rapporto tra proprietà formale del fiduciario e proprietà sostanziale del beneficiario. Su una posizione che ci pare analoga si colloca L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., pp. 373-374, che auspica anch'egli il *non* inquadramento della situazione giuridica facente capo al gestore come situazione reale in quanto ciò sarebbe inutile. L'a. pone dettagliatamente in luce come l'attributo della «realità» possa avere una duplicità di significati e che ove riferito a situazioni soggettive destinate o funzionali ad uno scopo determinato [quali sono ad esempio la proprietà fiduciaria o in *trust n.d.r.*] perché riguardo ad esse la qualifica di diritto reale – che evoca l'idea di una tutela reipersecutoria tendenzialmente illimitata (art. 948 c.c.) – non appare né ragionevole (implicando l'incursione nel campo minato del numero chiuso dei diritti reali) né utile perché la disciplina della responsabilità patrimoniale *non* si basa né sulla proprietà né sulla titolarità del diritto soggettivo e «le deviazioni dal regime ordinario dell'universalità della garanzia patrimoniale si ottengono rendendo efficace in pregiudizio ai creditori l'atto di destinazione ad uno scopo determinato secondo i dettami dell'art. 1707». Cfr. anche G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 185 e ss., scrive che la contiguità tra principio del numerus clausus dei diritti reali e quello della tipicità dei patrimoni separati non intende sostenere che l'effetto separativo crea un diritto reale atipico; infatti, nel fenomeno della separazione patrimoniale il vincolo sui beni non si caratterizza quale elemento intrinseco al diritto di proprietà essendo invece un limite esterno al diritto medesimo, meramente funzionale alla soddisfazione dello scopo, che consente la piena riespansione dei poteri del titolare una volta venuto meno lo scopo stesso.

fiduciario (sia essa reale o di credito), con conseguente *non* incidenza della tematica in esame sul (supposto) principio del numero chiuso dei diritti reali¹³⁴.

Del pari oggetto di ripensamento sul piano dottrinale è stata la concezione monolitica dell'istituto della *trascrizione*, smentita nel 1997 con l'introduzione delle norme sulla trascrizione del contratto preliminare (art. 2645-*bis* c.c.) ma già di per sé suscettibile di estensioni solo facendo leva sulle potenzialità applicative degli artt. 2643, 2644, 2645 ma anche 2647 e 2649 c.c., letti nella prospettiva dell'ammissione di tutto ciò che non è espressamente vietato, vale a dire della trascrivibilità di tutti gli atti (negoziali e non negoziali¹³⁵) aventi ad oggetto vicende *effettuali* (traslative, costitutive e – perché no? – di destinazione, essendo quest'ultima vicenda nient'altro che una *conseguenza* delle prime due) su beni immobili e mobili registrati¹³⁶. Soprattutto, ciò che emerge da questa proposta interpretativa è la rilevanza in sé dell'accordo fiduciario e della destinazione impressa al bene o ai beni che ne sono oggetto, non subordinata in alcun modo alla trascrizione la quale, nella ricostruzione prospettata,

¹³⁴ Questa è la tesi di M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., p. 83 e ss., che sempre adottando l'ottica rimediabile, giunge anche a superare l'ostacolo concettuale posto dal numero chiuso dei vincoli di indisponibilità opponibili ai terzi (p. 55) e *infra* nel testo.

¹³⁵ Si allude qui a provvedimenti non negoziali (giudiziari o di volontaria giurisdizione) che sono contemplati nelle norme sulla trascrizione e su cui v. *infra*.

¹³⁶ Cfr. G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., pp. 354-357, che inquadra il negozio fiduciario al pari del preliminare e della vendita di cosa futura o altrui come struttura negoziale a carattere procedimentale idonea a realizzare un'attribuzione in favore di un soggetto e dunque incidente sulla circolazione giuridica e per ciò stesso trascrivibile seppure la posizione giuridica in capo al fiduciario non venga identificata nel diritto di proprietà (v. nota precedente); cfr. anche L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., in part. p. 236 e ss., là dove scrive che con un'interpretazione non restrittiva delle norme sulla trascrizione non si dovrebbe incontrare alcuna difficoltà a ad iscrivere nei registri immobiliari la figura della proprietà fiduciaria, caratterizzata dalla temporaneità, con finalità di pubblicità dichiarativa, conferendo in tal modo efficacia *erga omnes* al rapporto instaurato tra fiduciante e fiduciario; in linea A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., in part. pp. 93 e *ivi* nota 91, 321 e *ivi* nota 164.

continua a mantenere una funzione meramente *dichiarativa* (e non certo *costitutiva*) della vicenda patrimoniale destinataria prodotta dal negozio fiduciario quale atto di autonomia privata¹³⁷.

¹³⁷ Queste conclusioni sono comuni, nella sostanza, a G. Palermo, L. Santoro (e S. Mazzamuto, L. Nivarra, A. Gemma), L. Salamone. E che questo sia l'approdo più coerente sul piano logico-giuridico non c'è da dubitare ove lo si confronti con la tesi opposta della R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 380 e ss., la quale, invece, rimanendo ancorata alla concezione tradizionale dell'accordo fiduciario con rilevanza meramente obbligatoria, negava – nel 2004 – cittadinanza sia al negozio di destinazione allo scopo sia al *trust* interno (assimilato dall'a. al negozio fiduciario), affermando l'impossibilità di scindere tra titolarità e legittimazione dispositiva in assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso e ciò in forza della vigenza dell'art. 1379 c.c. Coerentemente con queste affermazioni l'a. scriveva che la conclusione di inammissibilità non muta «ove le limitazioni convenzionali del potere dispositivo siano rese conoscibili attraverso lo strumento della trascrizione poiché il carattere reale [meglio: di opponibilità *n.d.r.*] di un vincolo di indisponibilità – essendo il risultato di una valutazione legale – non può dipendere dalla sola circostanza che, in concreto, si sia data pubblicità all'atto da cui tale vicenda si origina». Ed, infatti, M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., pp. 55, 160-167, che è sostanzialmente della stessa idea riguardo all'inidoneità della trascrizione di rendere "reale" (meglio: opponibile) un vincolo di indisponibilità per cui non esiste un'espressa previsione normativa che ne preveda – appunto – l'opponibilità, cerca di superare le conseguenze negative che derivano da tale ammissione proponendo l'applicazione analogica delle disposizioni sulla separazione patrimoniale, queste, sì, – secondo l'a. – suscettibili di estensione al contrario delle norme sulla trascrizione. Ma della fragilità di questa impostazione ci sembra consapevole la stessa a. là dove sente la necessità di fare le precisazioni contenute nella nota 123 di p. 167, considerazioni cui devono affiancarsi oggi le ulteriori riflessioni da lei espresse nel recente contributo, successivo all'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., intitolato *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 577, dove ella nega esplicitamente che si possa individuare un vincolo di inalienabilità in ogni vincolo di destinazione tanto più ove si tratti di destinazioni dinamiche e dunque giunge – condivisibilmente – ad escludere una lettura dell'art. 1379 c.c. come norma attinente al fenomeno destinatorio tanto da affermare l'insuscettibilità di applicazioni analogiche a quest'ultimo delle regole di inalienabilità previste nella disciplina del fondo patrimoniale; in linea A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, nota a Trib. Reggio Emilia 23-26 marzo 2007, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 480 e s. e ivi le note, in cui l'a. afferma, opportunamente, che la pronuncia del giudice emiliano incorre in errore in quanto manca di rilevare come nell'art. 2645-ter c.c. l'inalienabilità dei beni

In conclusione, può constatarsi come in Italia contemporaneamente e parallelamente alla pratica del “*trust* interno soggetto a legge straniera” – fondato sull’idea del necessario assoggettamento a legge straniera per consentire l’operatività della separazione patrimoniale nel nostro ordinamento – ed a tutta la letteratura giuridica dottrinale che ha stimolato e accompagnato questa pratica¹³⁸, si sia andato sviluppando, nel periodo anteriore all’introduzione dell’art. 2645-ter c.c. (vale a dire tra il 2000 e il 2005), un consistente e autorevole orientamento dottrinale, che, anche prendendo spunto e occasione dalla pratica del “*trust* interno soggetto a legge straniera”, ha continuato a studiare la *separazione* patrimoniale (atipica)¹³⁹ in riferimento al negozio fiduciario di tradizione continentale, elaborando diverse configurazioni di quest’ultimo, tutte più moderne e dalle ampie potenzialità sul piano rimediabile ma, comunque, tra loro divergenti¹⁴⁰.

destinati non sia affatto contemplata, dovendosi, perciò, dedurre che l’inalienabilità non costituisce un effetto automatico della destinazione. Sul preteso carattere di indisponibilità dei beni oggetto di patrimonio separato, condivisibili sono anche le osservazioni di R. QUADRI, *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 10 e ss., dove ben pone in luce la circolabilità dei beni separati proprio in vista del raggiungimento dello scopo della destinazione. Sul punto v. anche *infra* nel testo.

¹³⁸ E accanto o, forse, in contrapposizione alle numerose opere di M. Lupoi va menzionata anche l’interessante monografia di A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit. (non a caso poco citata e su cui *infra* parr. 4, 5).

¹³⁹ In questi anni lo studio sulla *separazione atipica* è anche stimolato dalle sempre più numerose novità legislative, sia codicistiche sia extracodicistiche, che introducono ipotesi di separazione patrimoniale *tipica* (ad es.: i patrimoni societari destinati ad uno specifico affare – artt. 2447-*bis* ss. c.c.) le quali vanno ad affiancarsi a quelle già presenti (ad es.: fondo patrimoniale-art. 167 c.c., fondi sociali per previdenza e assistenza – art. 2117 c.c.). Importanti, poi, i provvedimenti in materia di cartolarizzazione mobiliare e immobiliare nonché quelli sulle società fiduciarie e, più in generale, sull’intermediazione finanziaria: per un’attenta ma sintetica panoramica dei casi di separazione patrimoniale tipica anteriori alla novella del 2006 sull’atto di destinazione cfr. A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 103 ss. e *ivi* nota 105.

¹⁴⁰ Differenza che permane anche dopo l’introduzione (a cavallo tra il 2002 e il 2004) della Sezione XI *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare* nel Capo V, Titolo V,

Proprio la persistente differenza delle ricostruzioni in tema di negozio fiduciario proposte da un'autorevole parte della nostra dottrina nonché il loro porsi – inopportuno, a nostro avviso: v. *infra* par. 4, 5 – in contrapposizione al *trust* (anglosassone e convenzionale) e al «*trust* interno»¹⁴¹ in particolare, sembra potersi considerare la ragione del loro

Libro V del codice civile (artt. 2447-*bis*-2447-*decies* c.c.). Tale introduzione ha, certamente, confermato le tendenze attualizzanti relative al negozio fiduciario in quanto le ulteriori ipotesi di separazione patrimoniale espressamente previste dalla legge sono state valutate come nuove forme di limitazione della responsabilità patrimoniale consentite dal legislatore e dunque come attestazioni di una tendenza ad ammettere eccezioni ai principi (sempre considerati inderogabili) espressi nell'art. 2740 c.c. Tuttavia, proprio l'ottica adottata – quella dell'eccezione alla regola –, ha permesso agli interpreti di conservare le loro rispettive posizioni sui margini (più o meno) ampi di operatività del negozio fiduciario nel sistema giuridico italiano. Per chi, poi, ha assimilato *trust* interno e negozio fiduciario in una ricostruzione in cui, senza espressa previsione legislativa che fissa gli interessi perseguibili, non è possibile destinare beni allo scopo con rilevanza reale (cioè opponibile ai creditori e terzi acquirenti), le ipotesi di destinazione patrimoniale di ambito societario hanno costituito motivo per affermare la soppressione in Italia di un diritto *comune* della responsabilità patrimoniale e l'introduzione di più regimi applicabili a seconda delle qualità soggettive rivestite dal destinante e dell'ambito cui attiene la finalità alla quale è rivolta la destinazione, con conseguente creazione di una diseguaglianza di trattamento giuridico tra i soggetti privati dato che tutta l'area degli atti di destinazione di complessi patrimoniali all'esercizio dell'impresa, ad opera di persone giuridiche costituite in società per azioni, è sottratta al principio della universalità della responsabilità patrimoniale: così nel 2004 R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., pp. 376-378, secondo la quale solo il legislatore può colmare tale diseguaglianza (e, sul punto, *infra* par. 4). Sempre *prima* dell'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c. si poneva su una linea di stretta tipicità con riguardo alla destinazione patrimoniale anche R. QUADRI, *Destinazione patrimoniale*, cit., p. 274 e ss.

¹⁴¹ La debolezza delle posizioni va a nostro avviso individuata nell'idea che fa da sfondo comune a queste ricostruzioni e che non è solo quella secondo cui il *trust* interno soggetto a legge straniera rimane atto *estraneo* all'ordinamento giuridico italiano pur esplicando effetti in tale ordinamento, vale a dire rimane negozio di diritto straniero, ma anche quella in base alla quale questa estraneità non viene in alcun modo superata neppure con le sopra descritte operazioni di verifica di compatibilità tra legge straniera e diritto italiano nonché quella secondo cui gli apparati rimediali previsti negli ordinamenti di provenienza per il *trust* non hanno equivalenti nel sistema italiano il quale, dunque, non po-

mancato accoglimento nell'ambiente professionale che, al contrario, è rimasto – fino ad oggi – legato alla figura (e all'idea della praticabilità) del “trust interno soggetto a legge straniera”.

Questa divergenza di percorsi ha generato anche una considerevole incomunicabilità fra la dottrina sostenitrice del *negozio fiduciario* o, meglio, dei *negozi fiduciari* per così dire, “attualizzati” e configurabili, più o meno chiaramente, come *negozi atipici di destinazione di beni ad uno scopo ovvero ad un beneficiario*, da una parte, e, dall'altra, il mondo professionale che ha continuato a “parteggiare” e praticare il «trust interno soggetto a legge straniera», supportato in questa posizione, da buona parte della dottrina comparativistica, a sua volta poco propensa a verificare i risultati, intanto raggiunti o in corso di raggiungimento, dalla dottrina civilistica e commercialistica (esse stesse scarsamente dialoganti¹⁴²), ed incline,

trebbe ospitare “fino in fondo” una fattispecie straniera. Questi assunti non convincono affatto così come non convince la tendenza all'accentuazione delle differenze tra una fattispecie e l'altra e tra un ricostruzione e l'altra: v. *infra* par. 4.

¹⁴² Tranne qualche eccezione: oltre al più volte citato L. SALAMONE, importanti le riflessioni di G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 11 e ss.; P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 837 e ss. e, dopo la novella del 2005, ID., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, p. 120 e ss. All'a. va il grande merito di aver posto in risalto l'evoluzione del sistema italiano verso una graduazione del livello di soggettivizzazione della destinazione patrimoniale che ha assunto diverse articolazioni con possibili e frequenti passaggi dall'una all'altra (cfr. anche l'intervento alla cerimonia di inaugurazione della Scuola notarile Fondazione Casale – a.a. 2008-2009, Napoli – 14 novembre 2008, in cui l'illustrazione di un caso di trasformazione di una comunione di azienda in società offre all'a. lo spunto per svolgere riflessioni sulla destinazione come elemento comune ad enti e ad articolazioni patrimoniali non identificabili in enti in cui annoverare anche il *trust*, giungendo a prospettare una «carrellata transtipica» di patrimoni destinati con diverse discipline applicabili). Cfr. anche R. LENZI, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito dei beni fungibili*, cit., *Introduzione e ivi le note*; v. anche G. GUIZZI, *Mala gestio dello specifico affare del patrimonio destinato e responsabilità degli amministratori. Profili sistematici*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 379 e ss.

invece, ad assicurarsi il favore incondizionato dei ceti professionali e della giurisprudenza¹⁴³.

4. Configurazione del trust italiano

L'occasione per una "riconciliazione" (nei termini che si sono sopra esposti e che si preciseranno *infra*) è stata offerta – a nostro avviso – dal legislatore con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. ma – ahimè – tale occasione è stata mancata perché ben lungi dall'attribuire a questo nuovo riferimento normativo il potere di sanare lo iato creatosi, si è preferito riproporre il dualismo suddetto in termini forse ancora più accentuati¹⁴⁴.

¹⁴³ Situazione questa ancor più accentuata dall'introduzione della cosiddetta formazione continua che, con il meccanismo dell'assegnazione di crediti ai membri degli ordini professionali, ha generato confusione di ruoli, di voci, nonché condizionamenti non sempre virtuosi tra il mondo accademico, il mondo giudiziario e il mondo delle professioni forense e notarile. Il problema del «trust interno» può considerarsi un momento esemplare di scontro tra i diversi formanti del diritto. Nell'agone ci sono vincitori e vinti. Attraverso il gioco perverso delle alleanze trasversali i formanti si combattono per difendere, più o meno esplicitamente, interessi che nulla hanno a che vedere con la coerenza del sistema del diritto privato italiano e con l'esplicazione di principi essenziali che ne costituiscono il fondamento bensì interessi di tutt'altro genere sui quali si preferisce lasciare a chi legge uno spazio – ahimè angusto! – di immaginazione.

¹⁴⁴ Questa contrapposizione è evidente in quasi tutti i contributi successivi all'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. anche già avendo riguardo al titolo adottato: cfr. lo studio del 2007 di A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., dove l'a., oltre a fondare con argomentazioni di carattere storico il principio – derogabile solo *ex lege* – della responsabilità patrimoniale illimitata, scinde l'atto di destinazione dal *trust*, ripercorrendo anche molto lucidamente le tappe del dibattito dottrinale italiano anteriore e successivo all'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. Nello stesso anno e sempre nell'ottica dualistica si pongono G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. Impr. Europa*, 2007, p. 351 e ss.; M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 187 e ss.; P. PIRRUCCIO, *Trust, effetto di segregazione e art. 2645-ter del codice civile*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 902 e ss. Nel 2008 cfr. il testo curato da G. VETTORI, intitolato, appunto, *Atti di de-*

Invece di abbattere una volta per tutte le barriere dogmatico-concettuali costruite intorno alla *responsabilità patrimoniale*, alla *proprietà fiduciaria* e alla *separazione patrimoniale non entificata*, riconoscendo e valorizzando le varie tappe raggiunte dalla riflessione dottrinale in Italia in concomitanza al percorso di ricerca storico-comparativistica, e considerare, quindi, il nuovo articolo del codice civile come riconoscimento normativo dell'avvenuta evoluzione (sul piano ermeneutico, prima di tutto, ed operativo, in secondo luogo) del sistema privatistico italiano¹⁴⁵, si è optato per il mantenimento ad oltranza delle proprie posizioni (accoglimento ovvero, più di frequente, rifiuto del c.d. *trust* interno, da una parte, configurandolo ancora come negozio di diritto straniero; diverse configurazioni del negozio fiduciario, dall'altra), salvo tentare di inquadrarle, in modo più o meno attendibile, nell'«atto di destinazione» (quale terza e nuova categoria giuridica) contemplato nell'art. 2645-ter c.c. ovvero di *affiancarle* al medesimo, elaborandone altre ulteriori e diverse configurazioni.

Tutto ciò è accaduto sebbene già prima della novella legislativa fosse stato affermato chiaramente e – a nostro avviso – opportunamente che i temi del *trust* («interno» in particolare) e del *negozio atipico di desti-*

stinazione e trust, ove si abbia riguardo alla maggioranza dei contributi ivi contenuti (fa eccezione quello di G. Palermo su cui *infra*); A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, cit.; nel 2009 mantiene vivo il concetto della distinzione A. C. DI LANDRO, *L'art. 2645ter c.c. e il trust: spunti per una comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, I, p. 584 e ss. Stessa ottica “separatista” hanno adottato da subito i ceti professionali: cfr. ad es.: M. ATELLI, *Art. 2645-ter c.c.: ma è vero trust?*, in *Obb. contr.*, 2006, p. 463 e ss. Infine, tiene molto a differenziare il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* dal vincolo del *trust* M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 7, salvo, poi, attenuare questa differenza nella seconda parte del libro: v. *infra* nel testo. Questa impostazione diffusa ampiamente in dottrina ha dei risvolti applicativi di notevole portata in quanto induce a credere che il *trust* e l'atto di destinazione siano diversi e dunque in concorrenza tra loro: cfr. *infra*.

¹⁴⁵ In primo luogo verso la *fiducia opponibile* quale figura generale, il che equivale a dire riconoscimento formale della praticabilità e opponibilità della dissociazione volontaria tra titolarità della proprietà ed interesse economico allo sfruttamento dei beni, a fronte del dettato dell'art. 2740 c.c. (cfr. M.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, cit., p. 588): v. *infra* nel testo.

nazione fossero contigui, se non sovrapponibili, tanto da meritare un'analisi congiunta da estendersi, altresì, al *negozio fiduciario*¹⁴⁶.

Al contrario l'atteggiamento incentrato sull'accentuazione delle differenze è stato tenuto, in eguale misura, dalla dottrina civilistica e da quella comparativistica la quale ultima – come già detto – di fronte alla novità normativa (l'art. 2645-ter c.c.), non certo trascurabile su piano delle conseguenze rispetto all'appetibilità del “*trust* interno regolato dal diritto straniero”, ha pensato appunto, recentemente, di affiancare a questo il “negozio di affidamento fiduciario regolato dal diritto italiano” (distinguendolo *da* ovvero identificandolo *con* – in modo più o meno comprensibile e utile – l'atto di destinazione *ex* art. 2645-ter c.c.) e ciò coerentemente con la sopra descritta visione fondata sull'inconciliabilità dell'una figura con l'altra, la quale inconciliabilità induce, tuttavia, a chiedersi come sia possibile che due figure¹⁴⁷ – inconciliabili, appunto – convivano e operino (serenamente) nello stesso sistema giuridico!

¹⁴⁶ Così lucidamente già nel 2004 R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., p. 303 e ss.; v. anche R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 375, dove scrive: «[...] notiamo fin da ora che tra le due questioni (ammissibilità di *trust* interno ed ammissibilità del *negozio di destinazione allo scopo*) vi è un rapporto di assoluta coincidenza [e qui l'a. rinvia al Cap. I della Parte II del suo libro *n.d.r.*]». L'a., inoltre, coerentemente, consente l'operatività nel sistema (nel senso di ammetterne la trascrivibilità e l'idoneità derogatoria all'art. 2740 c.c.), vale a dire l'opponibilità, solo del *trust* straniero (che ella costruisce, però, nel senso dell'attribuzione al fiduciario della legittimazione a disporre nell'interesse altrui e non della titolarità del diritto di proprietà che rimane in capo al *settlor*: v. *infra*) mentre quello *interno* viene identificato con il negozio atipico di destinazione allo scopo a sua volta identificato con il negozio fiduciario («il mero intento destinatorio, non sorretto da alcun fondamento normativo, non può non ricadere nella (controversa) categoria del negozio fiduciario»: p. 385) e dunque considerato inammissibile.

¹⁴⁷ È superfluo qui ribadire che si tratta di due figure di fiducia palese (vale a dire: opponibile) identificabili nel *trust* interno soggetto a legge straniera, da una parte, e nell'atto di destinazione *ex* art. 2645-ter c.c. *alias* negozio di affidamento fiduciario (anch'esso, nell'ottica dell'a., espressione di fiducia palese), dall'altra; e che tale inconciliabilità non ha nulla a che vedere con la convivenza o coesistenza delle due figure di fiducia (*palese* e *segreta*) che sono entrambe fattispecie regolate dal diritto interno (v. *supra* par. 3). Per questo non può accogliersi l'idea dei «negozi di affidamento fiduciario» perché la *fiducia* tra-

Ma c'è di più: la volontà di mantenere ferma la lontananza tra c.d. «*trust* interno»¹⁴⁸ e «negozio fiduciario» nella sue configurazioni più evolute (v. *supra* par. 3), nonché i (conseguenti) tentativi di inquadramento/accostamento delle diverse configurazioni – *solo* del secondo – nell'ambito dell'«atto di destinazione» contemplato nell'art. 2645-ter c.c., hanno indotto a leggere tale norma in modo abnorme¹⁴⁹, cioè sovrappo-
nendo ad essa le predette configurazioni o, addirittura, deducendone di altre da accostare alle precedenti verso una sorta di “gioco al rilancio” che ha generato una moltiplicazione (incontrollata) delle fattispecie in senso lato destinatorie (tipiche e atipiche) riconducibili ovvero *non* riconducibili all'articolo in esame¹⁵⁰ con il risultato ultimo e definitivo di

dizionale ha una sua tipizzazione precisa e comprende l'elemento della non visibilità come elemento necessario per soddisfare certi interessi mentre il *trust* implica visibilità. Non è dicendo che la fiducia è stata mal interpretata e trasformandola in qualcos'altro che si riesce a superare l'errore di aver detto che il *trust* (non internazionale) deve essere sottoposto a legge straniera per poter operare in Italia; e si badi che la sottoposizione alla legge italiana è possibile anche se il *trust* non internazionale al momento dell'istituzione lo diventasse in un momento successivo perché il diritto italiano continuerebbe a trovare applicazione senza particolari difficoltà come dimostra il caso sul *trust* internazionale soggetto a legge inglese affrontato da Cass. 13 giugno 2008 n. 16022, cit.

¹⁴⁸ *Trust* interno così come si è andato configurando nella prassi e come si è stato descritto *supra* parr. 1-2, e non *trust* straniero vero e proprio come esistente ed operante negli ordinamenti di origine e di appartenenza. Si è tentato di dimostrare, infatti, che la verifica di compatibilità posta in essere dagli operatori del diritto produce una trasformazione o, meglio, una “traduzione” del *trust* straniero (a qualunque ordinamento esso faccia riferimento) nei termini accettabili (non incompatibili) dal diritto interno.

¹⁴⁹ A tale proposito si riporta qui una delle epigrafi che E. KLUNZINGER ha apposto alla II. Auflage della sua *Einführung in das Bürgerliche Recht*, Monaco, 2002, dove cita JEAN GRIAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935, nella traduzione tedesca: “Die Phantasie trainiert man am besten durch juristischen Studien. Kein Dichter hat jemals die Natur so freie ausgelegt wie Juristen die Gesetze” [La fantasia si esercita al meglio attraverso lo studio del diritto. Nessun poeta ha mai interpretato la natura così liberamente come un giurista la legge].

¹⁵⁰ Ricostruisce con precisione i vari orientamenti dottrinali circolanti prima e dopo l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. A. MORACE PINELLI, *Atto di destinazione, trust e re-*

depotenziarne la portata innovativa¹⁵¹ e di rendere l'«atto di destinazione», in quanto strumento dai contorni strutturali e funzionali ampiamente indefiniti e – soprattutto – *non* coincidenti né con il negozio fiduciario né con il *trust*, decisamente poco appetibile a tutto favore del “*trust* interno soggetto a diritto straniero”. Quest’ultimo continua ad essere l’unico negozio produttivo di una separazione patrimoniale (bilaterale¹⁵²) non soggettivizzata volta a realizzare interessi meritevoli di tutela, effettivamente praticato e *riconosciuto* (in senso tecnico e non) dagli operatori professionali¹⁵³. E tutto ciò pur essendo trascorsi ormai quasi cinque anni

sponsabilità del debitore, cit, pp. 125-155, 156-160. L’a., a sua volta, prende posizione per una netta distinzione tra *trust* internazionale, *trust* interno e atto di destinazione, condividendo l’opinione secondo cui l’art. 2645-ter c.c. «non costituisce norma volta a regolare il *trust* che rimane dunque indisciplinato dal diritto italiano», e proponendo, altresì, di considerare l’art. 2645-ter c.c. come introduttivo di una «nuova fattispecie di separazione patrimoniale» per la realizzazione di «interessi rilevanti sul piano etico e di pubblica utilità», salvo, poi, ammettere la trascrivibilità in forza dell’articolo suddetto del *trust* internazionale, riconosciuto secondo la Convenzione de L’Aja, purchè esso abbia ad oggetto beni immobili e presenti le caratteristiche sostanziali indicate per gli atti di destinazione dalla nuova norma, cioè il perseguimento di uno scopo meritevole di tutela nel senso chiarito (e dunque principalmente *charitable*), la durata temporanea, la forma pubblica ecc. (pp. 288-289). L’opinione dell’a. mostra – ci pare – come il passaggio dall’una all’altra figura, vale a dire dall’atto di destinazione al *trust*, non sia poi così difficile e ciò conferma l’opportunità – che si va dichiarando nel testo – di superare le barriere dogmatiche che impediscono una visione unitaria della destinazione patrimoniale come regolata dall’art. 2645-ter c.c. anche e soprattutto al fine di garantire alla norma un ampio raggio di applicazione: v. *infra*.

¹⁵¹ Questa la sensazione che genera la lettura di F. GAZZONI, *Osservazioni sull’art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, pp. 164 e ss.

¹⁵² Tale bilateralità, detta anche segregazione, è fatta dipendere dall’applicazione della legge straniera (v. in tal senso Trib. Trieste, decr. giudice tavolo, 7 aprile 2006, cit.): per l’atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. si professa, invece – quasi all’unanimità –, una separazione *unilaterale* ma tutto ciò senza che siano rinvenibili elementi in tal senso nel dettato normativo: v. infatti sul punto *infra* nel testo e note.

¹⁵³ Esemplare ed esemplificativa di quanto si va dicendo nel testo (anche con riguardo al ruolo avuto da una specifica e ben riconoscibile parte della dottrina comparativistica nel consolidamento di determinate convinzioni e percorsi interpretativi), è la re-

dall'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. il quale, invece, secondo alcuni, avrebbe dovuto fondare – come già detto – una «nuova [rispetto al *trust* n.d.r.] fattispecie di separazione patrimoniale».

Va rilevato, tuttavia, che la percezione che la giurisprudenza ha della nuova norma è di tutt'altra portata: essa mostra nei confronti della disposizione in esame una sorta di “avversione” a causa di una *non* comprensione, generata – è lecito supporre – dal tumulto dottrinale¹⁵⁴, ov-

cente pronuncia di Trib. Milano, 16 giugno 2009, cit., che non fa *mai* riferimento all'art. 2645-ter c.c. e nel cui testo si legge, tra l'altro: «in virtù della Convenzione dell'Aja sono riconosciuti all'interno dell'ordinamento *non* solo i *trust* nazionali – che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano (residenza del disponente, del *trustee*, dei beni a segregarsi) – ma anche – l'opinione (grazie anche ad autorevole dottrina) appare ormai consolidata nella giurisprudenza di merito – i *trust* interni. Sono *trust* interni – da non confondere con il concetto di *trust* domestico – i *trust* che non presentino alcun elemento di estraneità con l'ordinamento italiano né di carattere oggettivo (avuto riguardo ai beni conferiti in *trust*), né di carattere soggettivo (in relazione alle persone del disponente ovvero a quella del *trustee*), ad eccezione della legge applicabile al *trust* quale unico elemento di estraneità tra il *trust* e l'ordinamento italiano (implicitamente Trib. Bologna, 19 settembre 2008; Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007; Trib. Napoli, 14 luglio 2004; Trib. Bologna 1° ottobre 2003; Trib. Bologna, 18 aprile 2000; Trib. Lucca, 23 settembre 1997). Tali atti di *trust* la giurisprudenza italiana ritiene trascrivibili nel caso in cui vengano conferiti beni immobili (Trib. Trieste, 23 settembre 2005; Trib. Bologna, 8 aprile 2003). L'interpretazione, ormai dominante, fa leva sul disposto dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985, secondo cui “il *trust* è regolato dalla legge scelta dal costituente”, che prevale sulla disposizione dell'art. 13 Conv. cit., secondo cui «nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti [...] sono più strettamente connessi a stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione», disposizione che abilita il giudice a non riconoscere *trust*, ancorché stipulati secondo una legge straniera ex art. 6 Convenzione, i quali non siano meritevoli di tutela stante la causa concreta perseguita dal disponente».

¹⁵⁴ Si vedano, infatti, le incongruenze cui va incontro Trib. Trieste, decr. giudice tavolo, 7 aprile 2006, cit., secondo cui l'art. 264-5ter viene ad introdurre nell'ordinamento *solo* un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione (che per i beni immobili e mobili registrati postula il veicolo formale dell'atto pubblico), accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi; con la nuova norma non si è voluto introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo di atto ad effetti reali, un atto innominato, che diventerebbe il varco per l'ingresso del tanto discusso negozio traslativo

vero una visione ampia, unitaria, comprensiva dell'atto negoziale «*trust* interno» (o, meglio, *trust* di diritto interno: v. *infra*), così come di atti *non* negoziali¹⁵⁵. Posizioni queste che non trovano corrispondenza, in termini

atipico la cui causa sarebbe quella finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Non c'è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale, di cui non si sa neanche se sia unilaterale o bilaterale, a titolo oneroso o gratuito, ad effetti traslativi od obbligatori. Essa rappresenta poi una chiara *anomalia nel sistema* [corsivo nostro], se è vero che mentre la costituzione di un *trust* interno merita un giudizio positivo di liceità mercé il semplice rispetto della Convenzione e del disposto dell'art. 16 l. n. 218/1995 (limite dell'ordine pubblico), invece il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. dovrebbe sperare nell'esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell'interesse. Anche il regime dell'opponibilità del vincolo di destinazione, ed in particolare la funzione della trascrizione o della iscrizione tavolare, appare del tutto ambiguo nel caso di specie: essa sarebbe, secondo la lettera della norma, quella di «rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione», ma, stante la collocazione della norma, «non è ad essa applicabile il disposto dell'art. 2644 c.c., il quale solo con riferimento agli atti enunciati nel precedente art. 2643 c.c. stabilisce che gli stessi non hanno effetto riguardo ai terzi che, a qualunque titolo, abbiano acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione». È facile rilevare come tale conclusione non sia in alcun modo sostenibile in quanto contraria ai principi elementari che regolano l'interpretazione delle norme presenti nella compagine codicistica e, più in generale, nella compagine di ogni testo normativo, principi che non prevedono di certo l'esclusione dal raggio di applicazione di alcune norme che regolano un certo istituto di fattispecie che quell'istituto riguardano e coinvolgono e che sono state introdotte successivamente mediante novellazione; ciò soprattutto là dove si tratti di norme generali che stabiliscono il funzionamento di un determinato istituto come è il caso dell'art. 2644 c.c. con riguardo alla trascrizione (eppure va nella stessa direzione di Trib. Trieste G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione ecc.*, cit., p. 324; bene, invece, sul punto U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1098 e s.).

¹⁵⁵ Anche su questo punto si rileva allo stato uno scontro tra ambiente accademico (cfr. le già citate note critiche di A. MORACE PINELLI ad App. Roma 19 gennaio 2009, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 495 e ss. e a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 451), tendente alla restrizione del raggio di operatività della nuova norma, ed ambiente giudiziario, orientato in modo opposto: cfr. App. Roma 4 febbraio 2009, anche in *Corr. merito*, 2009, p. 619: «il nuovo art. 2645-ter c.c. si riferisce ad una categoria generale di atti di

di totale identità, in nessuna delle tesi elaborate dagli autorevoli esponenti della dottrina che si sono occupati della materia¹⁵⁶. Questo dato di

destinazione in grado di imprimere sulla *res* un vincolo per il perseguimento di interessi meritevoli; lo stesso risulta applicabile *non* solo al *trust* ma a *qualsiasi atto innominato che persegua le finalità previste dalla nuova norma*; pertanto il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno [corsivo nostro], quale provvedimento in forma pubblica, che stabilisca l'indisponibilità di un bene immobile di proprietà dell'incapace con vincolo di destinazione a favore di quest'ultimo, è atto trascrivibile ai sensi del citato articolo». E ancora prima Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, cit.: «l'art. 2740 c.c. non costituisce più, da diverso tempo, principio supremo e inderogabile dell'ordinamento italiano stanti le eccezioni introdotte con diverse deroghe legislative e con la ratifica della convenzione de L'Aja sui trust e sul loro riconoscimento, con particolare riferimento all'art. 11; d'altronde, l'art. 2645-ter c.c. ha contribuito in maniera decisiva a svuotare di significato la norma in questione consentendo la trascrivibilità e opponibilità ai terzi di atti, anche *atipici*, che imprimano su un certo bene un vincolo di destinazione volto a realizzare interessi meritevoli di tutela»: sempre Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, anche in *TAF*, 2007, p. 419: «1. L'art. 2645-ter c.c. è norma che fa riferimento al *genus* dei negozi giuridici: pertanto, un vincolo di destinazione può essere impresso su un bene tanto per mezzo di un atto (pubblico) quanto per mezzo di un contratto stipulato in forma solenne, dovendosi intendere il richiamo effettuato dalla norma all'atto pubblico esclusivamente in termini di requisito formale necessario per la trascrivibilità del vincolo medesimo; ne consegue che un vincolo di destinazione può essere validamente contenuto anche in un *verbale di modifica delle condizioni della separazione coniugale, purché omologato* dal giudice [...]»; v. anche Trib. Milano, 8 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 2005, p. 667 con nota di Bartoli, e in *Fam. Pers. Succ.*, 2005, p. 302 con nota di Costanza; Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005, in *TAF*, 2006, p. 247 e Trib. Milano, 7 giugno 2006, in *TAF*, 2006, p. 575.

¹⁵⁶ Lo stesso G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, cit., p. 287 e ss., che pure ha dato una convincente interpretazione della norma in esame, trascura, però, di affrontare il problema del rapporto tra atto di destinazione e *trust* interno (v. *infra* nel testo), e ciò in base alla presupposizione dell'inutilità del ricorso a quest'ultimo, idea che, a sua volta, presuppone quella – da noi non condivisa – dell'autonomia e diversità delle due figure. Sembrano, invece, andare nella stessa direzione sostenuta nel testo R. LENZI, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito dei beni fungibili*, cit., p. 3 e ss. e *ivi* le note, che adotta una prospettiva ad ampio raggio, in una chiave revisionista dei principi tralattiziamente tramandati, in cui la riconosciuta ammissibilità del *trust*, anche quello c.d. interno, nel nostro sistema ha esteso e generalizzato, anche al di fuori, della struttura societaria, la possibilità di costituire patrimoni separati vincolati

fatto dimostra – ci pare – di per sé solo come la dottrina (accademica, in primo luogo), indebolendo i dati normativi che segnano l’(avvenuta) evoluzione o, comunque, l’avvenuto mutamento del sistema, possa mostrare il suo lato più oscuro, quello dell’attaccamento a dogmi inveterati e/o teorie personali, e – soprattutto – possa creare problemi, invece, di risolverli, generando una pericolosa lontananza di se stessa dal mondo della pratica e dell’applicazione del diritto, abdicando dal ruolo di referente che da sempre le compete¹⁵⁷ e lasciando così largo ed incontenibile spazio ad equivoci concettuali di cui è facile approfittare¹⁵⁸.

ad una destinazione; lo stesso può dirsi per A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 85 e ss. e in part. pp. 91-92, che, nel prospettare un accostamento tra *trust* interno e negozio fiduciario italiano in ragione dello schema analogo che essi presentano, opportunamente rileva che la diversità tra i due fenomeni può essere ricondotta al momento dell’avvenuto *riconoscimento* [vale a dire accettazione della loro rilevanza rispetto ai terzi n.d.r.] da parte del sistema delle obbligazioni assunte dal *trustee* con la trasformazione [del fenomeno fiduciario *segreto* n. d. r.: v. *supra*] in un fenomeno di fiducia legale.

¹⁵⁷ Cfr. sul punto di recente F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*⁸, Paris Cedex, 2009, (par. 197-200) pp. 164-168, dove lucidamente descrive l’importanza della dottrina in un sistema giuridico equilibrato e adeguato ai mutamenti socio-politico-economici; v. sul punto già N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, in part. pp. 103 e ss.

¹⁵⁸ Il riferimento non può non andare ancora una volta alla proposta di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., in part. p. 241 e ss., dove scrive che, mentre il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. non è competitivo rispetto ai *trusts*, i negozi di affidamento fiduciario possono esserlo. Ma nello stesso paragrafo (§ 211) l’a. scrive anche che i negozi di affidamento fiduciario si fondano proprio sull’art. 2645-ter c.c. e sui principi generali dell’ordinamento da lui rivisitati in chiave storico-comparativistica (come già detto *supra* par. 3). Proseguendo nella lettura della proposta configurativa e disciplinare dei negozi di affidamento fiduciario elaborata dall’a. si evince, poi, senza ombra di dubbio, che tali negozi non sono ragionevolmente distinguibili dai “trust interni” regolati dalla legge italiana. In altre parole la proposta di M. Lupoi, consistente nella creazione di una nuova fattispecie, quella del negozio di affidamento fiduciario, presuppone di continuare a credere che il trust non possa essere regolato dalla legge italiana, vale a dire si basa sull’equivoco concettuale che finora ha imperato nella civilistica italiana e nella prassi negoziale ma che non ha mai avuto e senz’altro non ha ora ragion d’essere: cfr. sul punto G. PALERMO, *Configurazione dello scopo ecc.*, cit., p. 86, il quale pone in luce un punto di vista speculare rispetto a quello da noi assunto nel testo, giungendo, comunque, alle medesime conclusioni. L’a. scrive, in-

Di fronte alla (non più così recente) introduzione nel sistema giuridico italiano del 2645-ter c.c. è dunque giunto il momento di “fare i conti”.

Non ci si può esimere dall’indagare, senza pregiudizi dogmatici e senza eccessivi attaccamenti alle proprie teorie interpretative, il rapporto possibile tra «*trust* interno» e *atto di destinazione* ovvero tra c.d. «*trust* interno» ed *effetto di destinazione*¹⁵⁹ ovvero *funzione di destinazione*¹⁶⁰. Sciogliere questo nodo significa individuare con sempre maggiore precisione la disciplina applicabile al “trust interno” quale *negozio socialmente tipico di diritto interno* che può concretamente operare nel nostro ordinamento e che, di fatto, opera al di là delle dichiarazioni di intenti e di principio fondate, da una parte, sull’art. 13 della Convenzione de L’Aja e, dall’altra, sui (presunti) contrasti della fattispecie con le linee fondamentali del nostro ordinamento.

fatti, che dopo l’entrata in vigore della novella non ha più senso continuare a discutere di *trust* interno in quanto il “conferente” dell’art. 2645-ter c.c., assunti i panni del *settlor*, potrebbe assoggettare il negozio di destinazione a legge straniera, ponendo in essere un *trust*, ma «la rilevanza interna dei rapporti a tale stregua costituiti e il regime di circolazione del bene, al quale deve rispondere l’attività del gestore (presente sulla scena come *trustee*), non possono che essere quelli riconosciuti e disciplinati dal nostro ordinamento, nel modo che oggi, in base all’art. 2645-ter c.c., formalmente risulta». Queste affermazioni dell’a. sono pur sempre viziate dall’idea che di *trust* si possa parlare solo ove si applichi una legge straniera ma sono appunto per questo chiarificanti in quanto mettono bene in risalto l’intercambiabilità delle figure (se, infatti, l’atto di destinazione può essere assoggettato a legge straniera perché mai il *trust* non può essere assoggettato a legge italiana?) ma soprattutto sottolineano con rigore che non è la sottoposizione al legge straniera a poter escludere l’applicazione di determinate norme italiane a fattispecie destinatorie. Ne consegue – per nostra opinione – l’inutilità (se non l’inopportunità) del rinvio a legge straniera senza che ciò escluda l’utilizzabilità del *trust* nel nostro ordinamento: v. *infra* nel testo.

¹⁵⁹ Cfr. P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. Impr.*, 2006, p. 630 e s. e ivi note 14-16 dove l’a. cita G. Sicchiero e G. Petrelli; in giurisprudenza v. la già citata Trib. Trieste, decr. giudice tavolo, 7 aprile 2006, cit. Cfr. sul punto *infra* nel testo e in part. nelle note.

¹⁶⁰ M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 561 e ss. che parla di omogeneità funzionale dei vari strumenti di articolazione del patrimonio, individuando l’elemento comune nella destinazione patrimoniale.

Molte delle proposte interpretative della nuova norma, elaborate da parte della dottrina (prevalentemente) accademica, seppure ottimamente e coerentemente argomentate, non appaiono convincenti perché: nella peggiore delle ipotesi, si mostrano pur sempre ostili non solo al c.d. «*trust* interno», comunque configurato, ma all'idea stessa della *rilevanza*, nel senso dell'opponibilità ai terzi (indipendentemente dalla trascrizione: v. *infra* parr. 5, 6), dell'accordo fiduciario, elaborando, per superare tale ostacolo, soluzioni operative prive di concreta praticabilità in quanto a dir poco farraginose¹⁶¹; nella migliore delle ipotesi, appaiono pur sempre viziate *ab origine* dalla pervicace convinzione secondo cui di *trust* non possa parlarsi in Italia se non in riferimento al *trust* angloamericano ovvero al *trust* della Convenzione de L'Aja e, dunque, alla disciplina di qualche ordinamento straniero¹⁶², il quale, tra l'altro, si considera – anche qui

¹⁶¹ F. GAZZONI, *Osservazioni*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 224 e ss.

¹⁶² Questo dualismo emerge chiaramente già nel titolo del più volte citato “manuale” di M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., o dello studio monografico di A. MORACE PINELLI, *Atto di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., che conferma la sua impostazione anche nel recente articolo *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. Impr.*, 2009, p. 448 e ss. Analoga impostazione si rileva in alcuni dei più recenti contributi sul tema: cfr. A. C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, cit., p. 598, là dove scrive che l'Italia, ratificando la Convenzione de L'Aja, non ha però emanato una disciplina interna dell'istituto; l'assenza di una espressa normativa impone di eleggere una legge straniera e perciò la posizione del *trust* rispetto al diritto interno italiano risulta più dubbia [!]. Più approfonditamente nonché coerentemente con i suoi numerosi scritti sull'argomento in esame M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., pp. 571-572, che, rilevando l'ideale vicinanza tra *trust* anglosassone e negozio fiduciario di tradizione romanistica, distingue, poi, tra quest'ultimo [e dunque il *trust n. d. r.*] e l'atto di destinazione, affermando che il modello destinatorio nasce dalle elaborazioni della teoria pandettistica dei patrimoni destinati ad uno specifico affare e, in genere, prescinde dal fenomeno attributivo il quale, anche quando c'è, resta esterno all'atto di destinazione. Da parte nostra, senza contestare la veridicità di questa impostazione, si resta dubbiosi sulla sua possibile utilizzazione nell'interpretazione dell'art. 2645-ter c.c.: v. *infra* nel testo. Cade in questo stesso *impasse* L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare*.

in modo *aprioristico* – dotato di strumenti rimediali, a tutela delle posizioni dei soggetti coinvolti nell'operazione *trust*, molto più incisivi di quelli presenti nel nostro ordinamento¹⁶³.

Prime note sull'art. 2645-ter c.c., in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 146.

¹⁶³ Questa idea, al pari di altre, avvalorata anche dagli studi di M. LUPOI, è diffusa nella dottrina accademica (cfr. sempre gli aa. citati alla nota precedente) e negli ambienti forensi che praticano il “*trust* interno soggetto a legge straniera”: cfr. E. BARLA DE GUGLIELMI, *Interposizione fiduciaria di persona? Spunti comparatistici*, cit., p. 265 e ss., dove si ripropone il dualismo tra Italia, da un lato, e giurisdizioni di *Equity* dall'altro, con riguardo ai rimedi previsti per violazione del *pactum fiduciae*. Ma questa idea della peculiarità rimediale del *trust* anglo-americano con specifico riferimento all'istituto del *tracing* e alla fattispecie del *constructive trust* deve essere rimeditata. Una corretta impostazione al problema dal quale si evince con chiarezza la difficoltà per il *civil lawyers* di inquadrare nella loro effettiva portata i rimedi di *common law* e di *equity law* ci sembra sia stata elaborata da A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 164, dove, dopo una lunga e attenta analisi sui testi normativi e giurisprudenziali di *common law*, conclude che il *tracing* non è un rimedio in sé bensì una tecnica di identificazione del diritto del beneficiario, rispondente ai principi di fondo della giurisdizione di *Equity* e dunque non può parlarsi rispetto ad esso di azione reale [nel senso continentale di: azione reipersecutoria *n.d.r.*], pur dovendosi riconoscere che il rimedio è connesso ad un diritto sui beni e non ad una semplice posizione creditoria. Più avanti, dopo aver esaminato le molteplici modalità operative del *tracing*, l'a. aggiunge che «i rimedi attraverso cui in concreto il diritto di un beneficiario potrà essere soddisfatto sono di diverso tipo e non sempre risultano del tutto evidenti i rapporti fra i meccanismi che operano nelle specifiche situazioni; anche la relazione tra *tracing* e *constructive trust* risulta talvolta piuttosto evanescente, pur dovendo in teoria essere netta la differenza fra una procedura con connotati essenzialmente istruttori e un rapporto giuridico di tipo sostanziale che ne costituisce soltanto l'esito; proprio questa pluralità di situazioni che possono nella pratica presentarsi, accompagnata dalla scarsa attitudine dei *common lawyers* a configurare categorie di tipo concettuale, rende estremamente difficile l'esatta comprensione dei fenomeni così descritti e, soprattutto, il tentativo di una definizione dei medesimi mediante le strutture appartenenti al nostro sistema». Queste riflessioni dell'a., siano esse o meno condivisibili, appaiono quantomeno ben documentate e, oltre a confermare i dubbi e i rilievi sollevati nel Cap. I di questo lavoro, inducono vieppiù a riflettere sull'utilità (ma, in verità, sulla stessa possibilità) del rinvio alla legge straniera come legge regolatrice del *trust* data la impraticabilità nel nostro ordinamento dei rimedi in essa previsti, la cui superiore incisività rispetto ai rimedi

Al contrario non ci sembra che tali convinzioni possano essere condivise e ciò in forza delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, incentrate sul tentativo di dimostrare che il problema dell'ammissibilità del c.d. «*trust* interno» nel nostro ordinamento ha senso sul piano logico-giuridico solo ed esclusivamente in termini di giudizio di compatibilità del medesimo – inteso quale *negozio atipico* – con le linee fondamentali del nostro sistema¹⁶⁴ e che dunque non esiste alcun ostacolo ed, anzi, è opportuno, se non necessario *assoggettare la fattispecie trust* (pron.: trust) – fin dalla sua prima comparsa ma a maggior ragione oggi nel modo in cui si è andata tipizzando nella prassi e, successivamente, nella giurisprudenza – *al diritto italiano*.

di diritto italiano resta, quindi, allo stato del tutto presunta e comunque indimostrabile data l'impossibilità per i rimedi stranieri di operare nel nostro sistema.

¹⁶⁴ C'è, infatti, chi si è accorto di ciò già nel 1998: C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 451: «[...] difronte alla possibilità che dei soggetti privati ugualmente costituiscano *trust* che, per la loro mancanza di criteri di collegamento con altri ordinamenti, dovrebbero ricevere disciplina dal diritto italiano, il problema applicativo vero è se tali a tali *trust* si possa in qualche modo dare disciplina, dopo aver accertato che la costituzione di essi non contrasti con norme imperative e non sia perciò *in limine* inficiata di nullità. Questo è il problema vero qui ed ora. Ed è un problema per i civilisti. Nei termini appena prospettati il *trust* non è altro che uno dei possibili contratti innominati in quanto non appartiene ai tipi che hanno una disciplina particolare e certo passa allora per il vaglio di meritevolezza dell'interesse perseguito alla stregua dell'art. 1322, co. 2, c.c.». Si veda, poi, nel 2005: A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 89, la quale precisa, inoltre, che quanto affermato nel testo vale anche nel caso in cui le parti scegliessero una legge straniera come legge applicabile perché, anche in tal caso, si tratterà comunque di un'operazione giuridico economica destinata ad essere valutata con riferimento alla normativa italiana; cfr. Trib. Velletri, 29 giugno 2005, ord., cit.: « la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata con l. n. 364 del 16 ottobre 1989, consente esclusivamente il riconoscimento dei *trust* aventi un connotato di internazionalità, mentre ne restano esclusi i c.d. *trust* interni [...] È valido, e *regolato dalla legge italiana* [corsivo nostro], il *trust* che il disponente abbia istituito trasferendo beni al *trustee* affinché questi li gestisca e provveda al sostegno economico dei nipoti del disponente e della loro madre». Simili considerazioni si rinvencono più di recente nel contributo della A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, cit., p. 616.

Da tale impostazione deriva come immediata conseguenza che le figure del “trust negozio atipico regolato dal diritto italiano” e quelle del *negozio fiduciario* “attualizzato” o “rinforzato”¹⁶⁵ e dell’*atto di destinazione* vengono ad essere trattate congiuntamente ove si abbia riguardo all’art. 2645-ter c.c. che ne racchiude il nucleo *effettuale* fondamentale e comune: la *destinazione* di determinati beni¹⁶⁶ ad un beneficiario ovvero ad uno scopo.

¹⁶⁵ Questa l’aggettivazione utilizzata da A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 1002 e ss. Ma vedi anche M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., pp. 581-582, dove rileva la possibilità di utilizzare il vincolo di destinazione e la sua trascrivibilità ai sensi dell’art. 2645-ter c.c. quale «strumento rafforzativo» di altre figure la cui tutela risulta debole e ciò al fine di creare una circolazione delle regole operative per cui anche per il negozio fiduciario di tradizione romanistica, la costituzione di un vincolo di destinazione con collegata trascrizione, potrebbe rafforzare la separazione patrimoniale dei beni fiduciari, rendendo sicura la separazione degli stessi dal patrimonio fiduciario. È facile rilevare come queste parole dell’a. confermino quanto si va dicendo nel testo in ordine al superamento della distinzione delle figure di *trust* interno e di negozio fiduciario “rinforzato” nonché di atto di destinazione che entrambe le racchiude sul piano concettuale e categoriale come d’altra parte risulta dalla lettura di M. BIANCA, M. D’ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *Atto notarile di destinazione. L’art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, Cap. IV dove gli aa. propongono *Schemi tecnici*, in part. lo Schema tecnico (3) – *Negozio bilaterale di destinazione con intervento in atto del conferente e dell’attuatore*, appare un atto che, avendo riguardo alla struttura e al contenuto, non risulta in alcun modo distinguibile da un atto di «*trust* interno».

¹⁶⁶ A ben vedere non c’è la necessità di estendere l’applicazione dell’art. 2645-ter c.c. ai beni *mobili* perché riguardo ad essi è già stato chiarito – da tempo – il meccanismo di rilevanza del vincolo di destinazione: cfr. lo studio monografico di L. SALAMONE più volte citato nelle note precedenti, e, a sostegno, cfr. le osservazioni di R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l’art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 234, che pone in luce, come già prima della nuova norma [v. *supra* par. 2 di questo Cap. e ivi le note], evoluta dottrina aveva già desunto, in via interpretativa dalle norme vigenti nel sistema, gli strumenti per rendere opponibili gli atti configurativi dei diritti sui beni mobili oggetto della destinazione. L’a. precisa che, se tale percorso interpretativo era senz’altro condivisibile riguardo ai mobili (cfr. artt. 1155, 1707, 2910 c.c.; artt. 513, 555, 547 c.p.c.), in riferimento agli immobili lasciava qualche perplessità che egli considera oggi definitivamente fugata dall’art. 2645-ter c.c., il quale «risolve espressamente il problema, consentendo l’opponibilità mediante trascrizione del vincolo di destinazione relativo a beni immobili». Ove, comunque, non si volesse seguire

5. Segue. *Il ruolo unificante sul piano concettuale e categoriale dell'art. 2645-ter c.c.*

Avendo riguardo alla *destinazione* contemplata nell'art. 2645-ter c.c. che di complesso *effettuale*¹⁶⁷ e non funzionale (in senso causale) si tratti,

questo suggerimento, proponiamo – ovviamente – di seguire l'orientamento che propende per un'inclusione nel raggio applicativo della norma degli atti di destinazione aventi ad oggetto beni mobili non registrati: in tal senso G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, cit., p. 291, dove precisa che tale inclusione si giustifica, tra l'altro, tenendo conto del regime di forma solenne imposto dalla novella, tale da assicurare, nel modo più ampio, l'esigenza di certezza, per tutto quanto concerne l'anteriorità della data [elemento su cui si basa, in generale, l'opponibilità ai terzi degli atti aventi ad oggetto beni mobili *non* registrati]: cfr. anche, condivisibilmente, sul punto M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 236. Né potrebbe, in contrario, osservarsi che nel nostro sistema è presente una disciplina dei patrimoni separati aventi ad oggetto beni *mobili non registrati* che *non* applica la regola della prevalenza (nel senso di opponibilità) dell'atto di data certa anteriore, richiedendo l'iscrizione nel registro delle imprese e altre formalità (artt. 2447-ter e 2447-*quater* c.c.). Trattasi, infatti, di norme dedicate ad un soggetto particolare, la s.p.a., la cui attività negoziale deve tenere conto degli interessi dei soci. Appare, perciò, corretto costruire il rapporto di genere/specie con l'art. 2645-ter c.c. nel senso di considerare ragionevolmente meno rigida la disciplina generale rispetto a quella speciale.

¹⁶⁷ Cfr. G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, cit., p. 288, dove scrive che con l'art. 2645-ter c.c. il legislatore ha conferito all'atto di autonomia privata – purchè meritevole di tutela – l'idoneità a produrre, in generale, non solo *effetti* obbligatori o reali (artt. 1173 e 1376 c.c.) ma anche un *ulteriore tipo di effetto* [corsivo nostro], caratterizzato dalla costituzione *dell'una e dell'altra specie di vincolo* [corsivo nostro a sostegno dell'idea sopra sostenuta dell'ammissibilità nel nostro sistema di fiducia “segreta” e “palese”], quale proiezione sul piano regolamentare, dell'intento perseguito dal disponente, donde un'evidente varietà di contenuti; in dottrina v. anche P. MANES, *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, cit., p. 630 e s.; cfr. sul punto Trib. Trieste, decr. giudice tavolo, 7 aprile 2006, cit. e, prima dell'entrata in vigore della novella, già Trib. Velletri, 29 giugno 2005, ord., cit. Da parte nostra, già nel 2002, avevamo qualificato la *destinazione patrimoniale*, rilevabile in fattispecie tipiche a causa gratuita non donativa come il fondo patrimoniale, quale *effetto* che di per sé, indipendentemente dalla connessione (eventuale) con un *effetto attributivo*, limita incisivamente il potere di disposizione del titolare dei beni ed è quindi capace di tradursi in una diminuzione patrimoniale a carico del disponente ed a vantaggio di altri soggetti: così in *La liberalità*, I,

sembra possa dedursi dalle già menzionate riflessioni, da tempo svolte da parte attenta della dottrina italiana la quale ha ammesso l'arbitrarietà di una tipizzazione causale delle ragioni che spingono all'accordo fiduciario, il quale, dunque, perde – al pari del *trust* e dell'atto di destinazione, vista la prospettiva unitaria da noi assunta – la sua configurazione in termini *causali* per apparire per quello che di fatto è: uno schema, un procedimento, un'operazione¹⁶⁸ che dir si voglia e, comunque, un *contenente* pronto ad ospitare i più vari contenuti (nel senso di *causae*)¹⁶⁹ con l'unico

cit., cap. IV, Sez. I, par. 2, pp. 321-334 e *ivi* le note, dove si rileva, tra l'altro, che l'effetto *vincolante-destinatorio* derivante *anche* da fattispecie atipiche a causa gratuita non liberale come il *trust* può senz'altro assumere una valenza liberale, nel senso di essere idoneo a ledere interessi di soggetti – terzi rispetto all'atto di destinazione – tutelati dalle norme sul risultato di liberalità (in particolare quelle sulla riduzione, collazione, imputazione *ex se*), che trovano dunque integrale applicazione.

¹⁶⁸ Cfr. da ultimo E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss.

¹⁶⁹ Cfr. gli aa. citati *supra* nota 235 e G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, cit., p. 113, dove scrive che nel negozio di destinazione la causa non può essere data dal “destinare per destinare” ed esclude, altresì, l'ammissibilità di un negozio di destinazione fine a se stesso; ID., *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, cit., pp. 288-293; P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, cit., p. 124. Che l'atipicità dell'*interesse* perseguito con l'operazione di destinazione sia e non possa che essere totale è dato che trova supporto in vari riferimenti normativi. In primo luogo nell'art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, che, esigendo per la costituzione degli enti del Libro I e in particolare per la fondazione solo la liceità e la possibilità dello scopo oltre che l'adeguatezza del patrimonio, ha spazzato via l'orientamento, fino a quel momento prevalente, secondo cui lo scopo della fondazione doveva consistere in finalità caritatevoli, assistenziali, culturali ovvero di rilevante e collettivo interesse. In secondo luogo, avendo riguardo alle numerose fattispecie di destinazione patrimoniale ammesse specificamente dalla legge, emerge chiaramente che gli interessi perseguibili con tali tipologie di destinazione sono o comunque possono essere di natura squisitamente economica ed egoistica. Mette in evidenza questi dati lo stesso G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 330 e s., salvo, poi, tentare di superarli adducendo altri dati e altre argomentazioni per dimostrare che, sebbene la norma contenuta nell'art. 2645-ter c.c., non lasci spazio alla deduzione di limitazioni funzionali alla tipologia di interessi perseguibili, questa limitazione c'è [!]. Posizione questa

limite¹⁷⁰ – a dir poco ontologico – della «meritevolezza» *alias* rilevanza giuridica (e, quindi, idoneità a vincolare) di tali contenuti, prevista per ogni atto negoziale di diritto italiano in una norma cardine del sistema quale è appunto l'art. 1322, co. 2, c.c..

che ci appare intrinsecamente debole in quanto “chi cerca, trova”, vale a dire se ci si convince che da qualche parte un limite funzionale ci debba essere, in un modo o nell'altro, lo si tira fuori! Analoghe osservazioni potrebbero farsi alla posizione di R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, cit., pp. 236-241. Ci sembra che il ragionamento di entrambi gli aa. sia viziato dall'idea per la cui critica v. *infra* nel testo e note seguenti.

¹⁷⁰ Ma, forse, più che di limite dovrebbe parlarsi, in riferimento alla *meritevolezza* dell'interesse perseguito con l'atto posto in essere, di unico pregio, unica qualità: così da ultimo – condivisibilmente – M. BIANCA, *Il controllo di meritevolezza sul contratto: il profilo dottrinale*, nel suo intervento al Convegno *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia privata*, Seconda Università degli Studi di Napoli, 27 ottobre 2009, nel corso del quale l'a. ha proposto una nozione unitaria e positiva di meritevolezza, valevole per tutti gli atti di autonomia privata e anche, quindi, per gli atti di destinazione contemplati nell'art. 2645-ter c.c. Di contrario avviso E. MINERVINI, *Il controllo di meritevolezza sul contratto: il profilo giurisprudenziale*, nel suo intervento al convegno sammaritano sopra citato. L'a., sulla scia di un'attenta e precisa analisi della giurisprudenza che porta a verificare l'impiego del criterio di meritevolezza negli ambiti più disparati, giunge ad affermare la sussistenza di una distinzione tra la meritevolezza contemplata nell'art. 1322 c.c. e quella cui fa riferimento l'art. 2645-ter c.c., supportando tale affermazione sulla base del suddetto atteggiamento giurisprudenziale. Ma, a nostro avviso, proprio l'impiego ad ampio raggio del concetto di meritevolezza da parte dei giudici italiani, impiego che si potrebbe definire abnorme e atecnico (in quanto confuso con le clausole generali della buona fede, dell'ordine pubblico e dell'abuso del diritto) per non dire – forse più esattamente – strumentale a certi interessi (quelli del mondo sportivo, ad esempio), induce piuttosto ad assumere un prudente distacco da queste posizioni giurisprudenziali qualora si debba procedere all'interpretazione delle norme codicistiche che alla meritevolezza fanno riferimento, in particolare gli artt. 1322, co. 2, c.c. e 2645-ter c.c. La lettura di queste norme in combinato disposto conduce ragionevolmente a formulare una nozione unica di meritevolezza. La posizione diversa, favorevole cioè alla pluralità delle nozioni, si fonda essenzialmente sull'idea – ben espressa da G. GABRIELLI e da R. LENZI nelle opere citate alla nota precedente ma già F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 169 e ss. e M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine ecc.*, cit., p. 190 – dell'impossibilità per il legislatore di lasciare così ampio spazio all'autonomia privata per atti che ledono gli interessi dei creditori e degli aventi causa. Ma sulla non attendibilità di tale assunto oltre quanto già detto *supra* par. 3, si veda anche *infra* nel testo e nelle note seguenti.

È veramente sorprendente come questo concetto di carattere istituzionale (la meritevolezza degli interessi perseguiti con un atto di autonomia privata) sia stato così irragionevolmente stravolto e inutilmente (o addirittura dolosamente?) complicato con riguardo agli *atti di destinazione* contemplati nell'art. 2645-ter c.c., a tal punto da considerarli meno appetibili del *trust* (sempre nella logica qui rifiutata della lontananza tra le due figure) in quanto i primi necessiterebbero di una valutazione di meritevolezza di cui il secondo avrebbe già goduto in termini positivi a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja¹⁷¹. Obiezione questa che potrebbe superarsi facilmente nell'ottica unitaria qui assunta in forza della quale, essendo l'atto di destinazione una categoria più ampia e comprensiva del *trust* (v. *infra* nel testo e nelle note), il giudizio positivo di meritevolezza di quest'ultimo non potrebbe non riguardare – logicamente – anche il primo.

Ma, a ben vedere, una volta usciti dalle secche della sovrapposizione concettuale e disciplinare tra meritevolezza (art. 1322, co. 2, c.c.) e liceità dell'atto (art. 1343 c.c.), anch'essa frutto di una mancata applicazione dell'art. 12 Preleggi sulla tecnica di interpretazione delle norme giuridiche (che, appunto, contemplano *distintamente* i due aspetti), non resta che porsi sul binario della semplicità e della linearità per risolvere un problema che in realtà non esiste, essendo stato già da tempo chiarito che il giudizio di meritevolezza non è altro che una *valutazione di* (mera) *rilevanza giuridica* degli interessi perseguiti dall'autore mediante un atto di autonomia privata (considerato in astratto come schema/modello) e dunque di *vincolatività* (cioè di giuridicità) dell'atto stesso¹⁷². Il giudizio di

¹⁷¹ Cfr. Trib. Trieste, decr. giudice tavolo, 7 aprile 2006, cit.: «[l'art. 2645-ter c.c.] rappresenta una chiara anomalia nel sistema, se è vero che mentre la costituzione di un *trust* interno merita un giudizio positivo di liceità mercé il semplice rispetto della convenzione e del disposto dell'art. 16 l. n. 218 del 1995 (limite dell'ordine pubblico), invece, il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. dovrebbe sperare nell'esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell'interesse».

¹⁷² Per tutti cfr. G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, in part. pp. 227-240, che, pur

meritevolezza è (in astratto) distinto e *anteriore* al giudizio/controllo sulla causa (concreta) dell'atto medesimo; la valutazione della causa *in concreto* di un atto negoziale *presuppone*, infatti, un giudizio di meritevolezza del medesimo (inteso come schema/modello) in senso positivo¹⁷³. Solo suc-

incentrando l'analisi sull'art. 1174 c.c., offre – a nostro avviso – spunti importanti per la comprensione dell'art. 1322, co. 2, c.c. e ciò in ragione dei rapporti esistenti tra le nozioni di causa del contratto e causa dell'obbligazione nella storia dello sviluppo della nozione di causa negoziale. Lucide sembrano, altresì, le affermazioni di V. BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003, in part. pp. 71-80, il quale propone di dare alla «clausola generale della meritevolezza» un contenuto che sia dotato di una certa oggettività al fine di consentire la stabilità dei rapporti economici e la calcolabilità delle reazioni dell'ordinamento; la formula non va dunque riempita con il ricorso al concetto di «utilità sociale» o ai «valori» perché ciò le attribuirebbe un significato così ampio e generico da renderla collettore di qualsiasi contenuto e/o strumento di disordine. Al contrario, «la meritevolezza è clausola generale che individua la soglia di rilevanza degli *schemi* contrattuali non previsti dal legislatore e consente che ad essi si possa attribuire «*rilievo giuridico*» nel senso – aggiungiamo – di riconoscerne la *vincolatività* e dunque la *sanzionabilità* (con il coinvolgimento dell'apparato giudiziario dell'ordinamento) in caso di inadempimento degli impegni assunti dai soggetti coinvolti. L'a. precisa che questo giudizio di meritevolezza può essere compiuto avendo riguardo al *mercato*, cioè alle esigenze commerciali ed economiche, e supporta tali affermazioni citando importanti scritti di N. IRTI sul tema (*Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289; ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 65 e ss.; ID., voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 1094 e ss.) nonché orientamenti giurisprudenziali sul contratto autonomo di garanzia ovvero sul contratto di *leasing*, quali fattispecie atipiche riconosciute meritevoli di tutela in ragione dell'idoneità delle stesse a soddisfare interessi diffusi sul mercato. A queste indicazioni dell'a., che ci appaiono condivisibili, può aggiungersi che la lettura della meritevolezza *come valutazione positiva di rispondenza degli interessi perseguiti con la fattispecie atipica all'esigenza dei mercati* non è l'unica possibile in quanto *non solo il mercato* è e può essere parametro di riferimento per la suddetta valutazione, ben potendo assurgere a questo ruolo anche il *comune sentire* su determinati temi da parte di una determinata comunità sociale. Gli *interessi* che possono sostenere l'*obbligo di eseguire una prestazione, rendendo meritevole di tutela l'atto che ne è fonte*, non devono essere necessariamente *patrimoniali* bensì anche *non patrimoniali* (art. 1174 c.c.) – si pensi, ad esempio, all'ipotesi di destinazione di beni in favore del gatto domestico: v. nota seguente e *infra* nel testo.

¹⁷³ Ciò è detto abbastanza chiaramente da Cass. 8 maggio 2005 n. 10490, in *Dir. giur.*, 2007, p. 332, nella cui massima si legge: «Causa del contratto è lo scopo pratico del ne-

cessivamente ad una valutazione positiva di meritevolezza del modello di atto sul piano sia *strutturale* sia *tipologico* (v. *infra*), potrà valutarsi la eventuale illiceità della causa concreta dell'atto posto in essere: il giudizio di nullità che può eventualmente colpirlo sul piano dell'illiceità della causa presuppone che esso sia stato considerato giuridicamente rilevante, cioè *tutelabile* (meritevole di tutela)¹⁷⁴.

gozio, la sintesi, cioè degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del *modello astratto utilizzato* [corsivo nostro]».

¹⁷⁴ La dichiarazione di nullità per illiceità della causa (in concreto) di un atto è, infatti, una forma di tutela di alcuni dei soggetti coinvolti nell'atto medesimo che è da ritenersi giuridicamente esistente (=rilevante). Diversa è l'ipotesi di nullità dell'atto per mancanza/assenza di causa o di altro elemento essenziale: qui la nullità si configura piuttosto come inesistenza giuridica dell'atto ovvero irrilevanza giuridica del medesimo. Ma il discorso sul punto esula dai confini del presente lavoro (cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*², cit., pp. 613-616 e ivi le note). Ciò che importa porre in luce è che proprio questa distinzione tra valutazione della meritevolezza del modello negoziale adottato e valutazione della *causa in concreto* del negozio posto in essere si rileva – seppure con l'impiego di espressioni atecniche e con inconsapevoli confusioni terminologiche – in numerose pronunce giurisprudenziali in materia di *trust*, le quali giungono a richiedere al giudice oltre al controllo sullo «scopo» anche quello sul «programma» che si è prefissato il disponente che ha istituito il *trust*. La contrarietà del «programma» a norme interne imperative produce una sanzione di nullità che presuppone, tuttavia, una valutazione positiva dello «scopo» di *trust* [cioè del *trust* come modello negoziale]: questi termini sono utilizzati da Trib. Cassino 8 gennaio 2009, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1815.htm>, ed, inoltre, le numerose pronunce in materia di “*trust* liquidatorio dei creditori dell'impresa”, costituito in presenza dell'insolvenza dell'impresa e considerato in astratto meritevole di tutela ma, in presenza di determinate circostanze concrete, contrastante con norme imperative della legge fallimentare ovvero in frode alla legge e, comunque, *nullo*: così da ultimo in tal senso Tribunale di Milano, 22 ottobre 2009, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1870.pdf> sulla scia di altri precedenti (Trib. Milano, 30 luglio 2009; Trib. Milano, 17 luglio 2009; Trib. Milano, 16 giugno 2009; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, cit., e v. anche *supra* nota 27) dalla cui analisi complessiva si ricava che il “*trust* con funzione liquidatoria” è meritevole di tutela nel senso che è giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c. (e quindi tale sarebbe anche l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter* c.c.) ma può incorrere in nullità ove *in concreto* contrasti con le norme fallimentari sulla *par condicio creditorum* ecc. Nella stessa ottica si muove già Trib. Trieste, decr. giu-

Ne consegue – ci pare – che il legislatore con l'art. 2645-*ter* c.c., oltre a riconoscere espressamente la – già, da tempo, riconosciuta nelle forme del negozio fiduciario¹⁷⁵ e/o del «*trust* interno» – meritevolezza (*alias* rilevanza giuridica) dello *schema/modello negoziale destinatorio di beni a beneficiari o a scopi*, abbia, altresì, imposto che tale schema venga utilizzato dal *disponente* per (suoi) *interessi* che siano *meritevoli di tutela*, cioè per ogni

dice tavolare, 7 aprile 2006, cit.:«[...] il giudice deve verificare in concreto se il programma negoziale rispetta i principi dell'ordinamento giuridico; quando tale indagine sia preclusa, a causa della mancata produzione dell'atto istitutivo di trust nella domanda di intavolazione, si deve negare pubblicità all'atto o al diritto trasferito». Questa pronuncia è stata a sproposito criticata senza tenere conto che essa va letta, considerando che si tratta di un decreto del giudice tavolare. Essa si colloca, cioè, in un sistema in cui il regime pubblicitario di intavolazione impone la produzione di due atti ai fini della valutazione della *causa* giustificativa dello spostamento patrimoniale previsto nell'atto da intavolare; ciò non accade nel sistema pubblicitario fondato sulla trascrizione in cui non sussiste questo sdoppiamento e dunque il giudizio di meritevolezza riguarda l'unico atto posto in essere e soggetto a trascrizione. Chiarito ciò si vede come siano del tutto fuorvianti i ragionamenti che emergono (perché instillati da parte della dottrina) in alcune pronunce giudiziali, secondo cui il rinvio alla legge straniera non è ammesso e non salva il *trust* dal giudizio di nullità ove tale rinvio sia stato posto in essere per eludere norme imperative. In realtà non è il rinvio – eventualmente fraudolento – a legge straniera che produce la nullità del *trust* ma la valutazione negativa della sua causa in concreto in relazione alle norme imperative dell'ordinamento italiano. Ne consegue che, indipendentemente, dalla legge applicabile (italiana o straniera), il *trust* è nullo in ragione della nullità della sua causa in concreto: così chiaramente già T. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit.:«il *trust* è un negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi degli art. 1322 e 1324 c.c.; pertanto, la sua validità deve essere di volta in volta accertata in concreto secondo le norme dell'ordinamento giuridico italiano».

¹⁷⁵ Cfr., ad esempio, Cass. 16 marzo 2004, n. 5333, in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 15, p. 60, con nota di SACCHETTINI; Cass. 5 febbraio 2000 n. 1289, in *Giur. it.*, 2000, II, p. 2258. In dottrina per tutti Cfr. anche SALV. ROMANO, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 66 e ss., che già negli anni '70 qualificava il contratto fiduciario come contratto traslativo di diritti reali a causa *atipica* meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*; cfr. anche U. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico III) Negozio fiduciario*, cit., p. 4, che esclude un contrasto tra negozio fiduciario e numero chiuso dei diritti reali.

interesse qualificabile come giuridicamente rilevante ai fini di una (eventuale) *tutela giudiziaria* e, dunque, quantomeno serio e apprezzabile (nel senso di: *dotato di una certa consistenza giuridica*)¹⁷⁶.

¹⁷⁶ E dunque non semplicemente *lecito* come ancora si sostiene con una certa superficialità da alcuni autori, ben potendo esistere interessi *leciti ma non meritevoli di tutela* in quanto futili, banali o assolutamente non apprezzabili, cioè inconsistenti dal punto di vista giuridico e dunque non tutelabili in via giudiziaria (es.: destinazione di beni in favore di un soggetto affinché mi si rivolga con un “buongiorno maestà” ogniqualvolta mi incontri per strada! O ancora: un atto di destinazione della villa, soggetta all’unico vincolo di consentire che nel giardino si celebri ogni anno la festa del santo patrono non saprebbe giustificare il sacrificio dei creditori del disponente: così G. DE NOVA, *Esegesi dell’art. 2645-ter c.c.*, in <http://www.scuoladidotariadellalombardia.org/Relazioni/de%20nova.doc>, p. 3) nonché – addirittura – interessi che potrebbero qualificarsi illeciti allo stato della legislazione ma che sarebbero meritevoli di tutela (es: destinazione di beni per finanziare la ricerca sulle tecniche di eutanasia, come suggerito da uno studente durante il nostro corso di diritto civile). Sul punto cfr. M. BIANCA, *Conclusioni*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione. L’art. 2645-ter c.c.*, Milano, 2007, p. 194. Aggiungiamo che quanto si va dicendo nel testo trova puntuale riscontro nello schema codicistico del *contratto a favore di terzi fondato sull’interesse dello stipulante* (art. 1411 c.c.): anche qui, pur in assenza di un espresso rinvio all’art. 1322, co. 2, c.c., deve senz’altro ritenersi di essere in presenza di una struttura (quella contrattuale con clausola che devia gli effetti in favore di un terzo), valutata astrattamente meritevole di tutela ma che come *tipo negoziale* (vale a dire per l’ammissibilità sul piano giuridico della deviazione effettuale in favore di terzo), deve essere sostenuta da un *interesse* meritevole di tutela dello stipulante, il quale va a giustificare lo spostamento degli effetti in favore del terzo (v. *infra*). In sintesi può dirsi che: la meritevolezza è un giudizio di elementare semplicità in quanto si fonda immediatamente e direttamente sull’evidenza, presente generalmente in *re ipsa*, di *tutelabilità* ovvero di *non tutelabilità* di un interesse privato (che non può in alcun modo essere funzionalizzato a fini superiori e predeterminati pena la scomparsa dell’autonomia privata nel nostro sistema: v. *infra*) con gli strumenti della giustizia ordinaria. È chiaro, quindi, che la paventata impossibilità per il notaio (o addirittura per il giudice!) di distinguere tra interessi meritevoli e interessi immeritevoli appare inverosimile (lucido sul punto il notaio G. CONDÒ, *L’art. 2645-ter c.c.*, Intervento al Corso di Alta Formazione sul Trust, Feltre-Castelbrando, 13-15 marzo 2008, consultabile, con chiave di accesso, all’indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>), tanto più qualora si tratti di valutare il superamento della soglia del giuridicamente rilevante di fattispecie – come le *varie tipologie di trust alias* atti di destinazione (v. *infra*) – già ampiamente diffuse nella prassi negoziale

L'impostazione qui proposta distingue tra a) controllo di merite-

nazionale e internazionale e, dunque, per ciò stesso, *rilevanti* sul piano giuridico, vale a dire meritevoli di tutela ex art. 1322, co. 2, c.c., cosa che *non* esclude – ripetiamo – un giudizio di nullità delle medesime ove in concreto la causa – «il programma» – sia contrastante con norme imperative nazionali (v. Trib. Trieste, decr. giudice tavolo, 7 aprile 2006, cit., che correttamente nega l'intervolazione di un atto istitutivo di *trust* dal quale non emergeva l'interesse perseguito con la struttura *trust* e dunque non emergeva il *tipo* in senso tecnico su cui esercitare *in concreto* il giudizio di meritevolezza). In altri termini, il giudizio di meritevolezza è da tempo esercitato riguardo al *trust* interno da parte dei nostri giudici che dunque continueranno ad esercitarlo nello stesso modo rispetto all'atto di destinazione il quale, inteso in senso lato, altro non è che una figura più ampia, idonea a ricomprendere il *trust* interno: appaiono, perciò, decisamente inverosimili le posizioni di chi distingue tra *trust* e atto di destinazione, affermando che quest'ultimo soltanto è da sottoporsi al giudizio di meritevolezza, essendo, al contrario, proprio il giudizio di meritevolezza, cui già da tempo sono sottoposti i *trust* interni, a consentire di chiarire e ben interpretare il disposto dell'art. 2645-ter c.c. sul giudizio di meritevolezza dell'atto di destinazione (v. Cap. III, par. 3, in cui si pone in luce la reciproca influenza disciplinare di *trust* e atto di destinazione). A maggior ragione va formulato un giudizio positivo di meritevolezza per gli atti atipici di destinazione che realizzano interessi simili o analoghi a quelli già previsti e riconosciuti meritevoli dal legislatore nelle fattispecie tipiche: cfr. Trib. Trieste 19 settembre 2007, decr., cit., che riconosce meritevole di tutela un *trust* istituito per soddisfare i bisogni di una famiglia di fatto per analogia con il fondo patrimoniale. Rispetto alle figure tipiche di separazione patrimoniale si pongono, però, questioni ulteriori: sul punto cfr. R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 244 e ss., che affronta, in generale, l'importante problema della valutazione del rapporto possibile tra schema tipico di negozio di destinazione di diritto italiano (es.: fondo patrimoniale) e schema atipico di *trust* ovvero di *atto di destinazione*, concludendo con l'individuazione nella fattispecie tipica di un limite alla configurabilità di quella atipica. Su una linea simile U. LA PORTA, *Atti di destinazione*, Relazione, cit., nel corso della quale l'a. ha sostenuto che l'esistenza di un atto tipico di destinazione come il fondo patrimoniale esclude la possibilità per i coniugi di avvalersi del negozio di destinazione ex art. 2645-ter c.c.; analogamente l'imprenditore individuale deve ricorrere necessariamente alla srl unipersonale; del pari non sarebbe possibile «trasformare il mandato in *trust*» e così via; cfr. M. FOCOSI, *Trust e diritto di famiglia: analisi di alcuni casi pratici*, in *TAF*, 2008, p. 585; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., p. 328 e s., giunge anche a prospettare questioni di incostituzionalità per disparità di trattamento della disciplina dell'art. 2645-ter c.c. in quanto con la sua applicazione sarebbero realizzabili destinazioni atipiche dotate di una tutela più forte di quella prevista per le de-

volezza sulla *struttura* (cioè sull'interesse in sé considerato ad adottare uno schema/modello di atto, in particolare lo schema destinatorio/atto di destinazione) e *b*) controllo di meritevolezza sul *tipo* in *astratto* (es: atto di destinazione *testamentario, liberale, liquidatorio, di garanzia* ecc.) il quale *tipo*, a sua volta, può, poi, essere assoggettato al *c*) controllo sulla propria *causa in concreto* che può risultare contraria a norme imperative ecc. e, quindi, produrre la nullità dell'atto (es.: atto di destinazione liquidatorio concluso dall'imprenditore già fallito).

L'art. 2645-ter c.c. risolve una volta per tutte in senso positivo il controllo *sub a*); impone di esercitare per il singolo atto di destinazione il controllo *sub b*); presuppone – come è normale che sia – la possibilità di esercizio del controllo *sub c*) in caso di contenzioso¹⁷⁷. Tutto ciò appare

stinazioni tipiche; nello stesso senso cfr. G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, cit., p. 185 e ss. Le posizioni degli aa. citati possono superarsi considerando che, come essi stessi pongono in luce, la scelta dell'uno o dell'altro strumento negoziale di destinazione (tipico o atipico), comporta l'applicazione di discipline nel complesso differenti, le quali non appaiono correttamente confrontabili nel senso di considerare l'una "migliore" dell'altra. Il rapporto possibile tra atto tipico e atipico di destinazione si fonda dunque sulla constatazione della *diversità* delle fattispecie anche e soprattutto sul piano *disciplinare* (cfr. sul punto Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, cit., che rileva come, *diversamente* da quanto previsto per il fondo patrimoniale – art. 170 c.c. – l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei e differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni e dei relativi frutti conferiti ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., è *assoluta*). Questa diversità disciplinare implica, di conseguenza, da parte del disponente, una valutazione sugli obiettivi da raggiungere con l'atto posto in essere anteriore al compimento dell'atto medesimo (cfr. sul punto V. MARIANI, *Il trust familiare: l'ontologica differenza con altri istituti*, in *TAF*, 2008, p. 282 e ss., che non manca di cogliere la specificità del *trust* rispetto ad istituti analoghi come il fondo patrimoniale; v. anche G. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia (parte prima)*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 201 e ss.; IDEM, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia (parte seconda)*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 310 e ss.). L'impostazione sopra citata è, poi, fortemente limitante perché, sostanzialmente, obbliga a ricorrere a determinati strumenti giuridici piuttosto che ad altri, cristallizzando valutazioni che sono, invece, da rimettersi esclusivamente all'agente in ossequio all'esercizio dell'autonomia privata: sul punto v. anche oltre nel testo.

¹⁷⁷ Così ragionando, vale a dire con l'individuazione di tre piani di giuridizio, ci sembra possa superarsi l'obiezione formulata da autorevole dottrina secondo la quale il

conforme a quanto già presente nel nostro sistema con riguardo a schemi negoziali come il contratto a favore di terzo (si pensi all'«interesse dello stipulante») o la cessione del credito o la delegazione ecc.; schemi tra i quali va senz'altro annoverato anche quello di destinazione dei beni ad un beneficiario o ad uno scopo che dunque non appare affatto anomalo se non per la sua collocazione nella compagine codicistica sebbene anche su questo punto l'anomalia potrebbe non esserci (v. *infra* Cap. III).

Si rileva, altresì, che il riferimento ai disabili e alle pubbliche amministrazioni, presente nella norma in esame, deve leggersi per quello che è: un richiamo esplicito ad interessi *non patrimoniali* del disponente in ragione della (tradizionale) maggiore difficoltà del sistema a riconoscere la rilevanza giuridica (meritevolezza) di questi rispetto agli interessi patrimoniali. Il riferimento, dunque, non è un *limite* alla tipologia dell'interesse perseguibile con la destinazione ma solo un'indicazione chiara nel senso della perseguibilità con l'atto di destinazione *anche* di interessi non patrimoniali oltre che, ovviamente, di interessi patrimoniali (anche meramente egoistici), la cui realizzazione è normalmente ammessa dal sistema senza necessità di alcuna esplicita previsione purchè – ripetiamo – si tratti interessi tutelabili nel senso sopra specificato.

controllo di meritevolezza riguarda il *tipo* (controllo sull'idoneità dello schema ad assumere a modello giuridico) e *non* il profilo causale (la ragione pratica del negozio) con la conseguenza che il rinvio all'art. 1322, comma 2°, c.c. operato dall'art. 2645-ter c.c., non avrebbe alcun senso posto che il controllo sul *tipo* sarebbe avvenuto a monte da parte del legislatore [con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c.] e il richiamo all'art. 1322, comma 2°, c.c. dovrebbe allora riferirsi necessariamente ad un controllo del profilo causale (cfr. F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 62 nella lettura che ne fa G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, cit., p. 185 e ss.). Va comunque sottolineato che la distinzione astratta tra i piani di giudizio può venir meno in concreto, portando ad un avvicinamento o addirittura ad una sovrapposizione delle (pur differenti) valutazioni: lo avverte, anche se non nitidamente, la giurisprudenza: v. note precedenti e Trib. Trieste, 19 settembre 2007, decr., cit., esprime un giudizio di meritevolezza di un *trust* istituito in favore della prole di una famiglia di fatto, affermando che: «il discorso sulla ricerca della causa viene a questo punto a fondersi con l'apprezzamento degli interessi perseguiti».

Deve, infine, sottolinearsi che il rinvio espresso dell'art. 2645-ter c.c., nella sua parte finale, all'art. 1322, co. 2., c.c. impone di accantonare le proposte esegetiche che inducono a scindere i concetti di meritevolezza, negando (inspiegabilmente) la rilevanza testuale del rinvio e affermando che la meritevolezza ex art. 2645-ter c.c., *al contrario* di quella ex art. 1322, co. 2, c.c., richiede un previo (vale a dire, per lo più posto in essere dal legislatore) contemperamento di interessi facenti capo al disponente, da una parte, e a creditori e aventi causa, dall'altra, dato che l'atto di destinazione (opponibile ai terzi, cioè rilevante *erga omnes*) lede gli interessi di costoro¹⁷⁸.

Tale idea appare del tutto “bizzarra” in un sistema giuridico quale è quello italiano (e quali sono tutti i sistemi giuridici della c.d. *West law tradition*) in cui è ammesso, tra l'altro, non semplicemente *alienare* ma, più precisamente, dare in *dotazione ad una fondazione* ovvero *donare*¹⁷⁹ tutti i

¹⁷⁸ Questo l'orientamento presente, in giurisprudenza, ad esempio in Trib Trieste 19 settembre 2007, decr., cit., che accoglie la lettura c.d. *costituzionalmente orientata* dell'art. 2645-ter c.c., in forza della quale vi sarà meritevolezza rilevante ai fini della separazione qualora l'interesse perseguito sia prevalente rispetto a quello dei creditori e degli aventi causa; bisogna rifarsi al sistema costituzionale per l'individuazione dei valori in nome dei quali operare la separazione: beni ed interessi non necessariamente collettivi, purché non meramente patrimoniali; corrispondenti, cioè, a valori della persona costituzionalmente garantiti. In questo senso, tra gli altri, G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., p. 329 e ss.; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 241.

¹⁷⁹ Sul punto brevemente ma incisivamente già nel '98 C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 449, dove afferma che «il *trust* non contrasta con l'art. 2740 c.c. ed è in grado di scagionarsi dalla nullità che altrimenti lo coglierebbe ex art. 1418, co. 1, c.c. dato che la sottrazione dei beni mediante destinazione alla garanzia patrimoniale generica non è certamente più rilevante di quella che consegue ad una donazione». A. GEMMA, *Il negozio di destinazione*, Relazione tenuta durante l'Incontro *Opinioni a confronto*, organizzato dai proff. Paolo Pollice e Biagio Grasso, 30 novembre 2009, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli “Federico II” (reperibile nella cartella “materiale didattico” della pagina web del prof. Paolo Pollice www.docenti.unina.it/paolo.pollice), il quale sostiene appunto che essendo la destinazione un *minus* dell'alienazione, l'esclusione per quest'ultima di una “meritevolezza rafforzata” vale *a fortiori* anche per la prima. A questa

propri beni per spirito di liberalità (anche solo meramente individualistico quale è senz'altro quello di arricchire un membro della propria famiglia: v. *infra*) e, dunque, ledere senz'altro gli interessi di (eventuali) creditori e/o (eventuali) legittimari del donante. Ciò non ha mai portato ad ipotizzare che la *fondazione* ovvero l'atto di *donazione*, in quanto *eventualmente* revocabili da parte dei creditori ovvero *eventualmente* riducibili da parte dei legittimari¹⁸⁰, non possano essere compiuti o debbano essere compiuti *solo* per interessi di pubblica utilità e simili (un discorso analogo potrebbe farsi anche per il fondo patrimoniale o per la comunione convenzionale in cui uno dei coniugi conferisce in comunione legale beni personali, ovvero per le c.d. fondazioni familiari).

Anche il fatto che il bene donato abbia, per così dire, problemi di circolazione, nel senso che la spada di Damocle dell'azione revocatoria

argomentazione è stato obiettato da parte di G. Guizzi, anch'egli relatore nell'incontro suddetto, che l'alienazione in senso oneroso (es.: vendita) fa entrare nel patrimonio dell'alienante una contropartita, assente in caso di destinazione ma questa osservazione può ribattersi che: 1. l'alienazione può appunto essere anche gratuita (es.: donazione); 2. la destinazione può a sua volta essere *onerosa* nel senso di comportare un vantaggio patrimoniale per il disponente a fronte della "decurtazione" patrimoniale subita con la destinazione medesima di alcuni beni; ciò accade ad esempio nei casi in cui i benefici della destinazione vanno a favore del disponente ma può accadere anche nel caso di patrimoni destinati alla soddisfazione dei creditori e dunque all'eliminazioni di poste passive dal patrimonio del disponente. Si rileva, infine, che la vendita lesiva degli interessi dei creditori dell'alienante al pari della donazione e dell'atto di destinazione, è soggetta non ad azione di nullità bensì ad azione revocatoria (così U. LA PORTA, *Atti di destinazione*, Relazione, p. 5, all'incontro sopra citato).

¹⁸⁰ Sul punto specifico dell'esperibilità delle azioni revocatoria e di riduzione verso l'atto di fondazione configurato quale atto unilaterale ad effetti tipicamente liberali in cui l'effetto traslativo è il necessario presupposto dell'effetto *destinatorio*: cfr. ancora il nostro *La liberalità*, I, cit., cap. V, par. 3 e in part. nota 80, dove si legge che sebbene il contratto rimanga lo strumento «ordinario» in grado di produrre effetti reali, un'affermazione di *eccezionalità* della fattispecie negoziale unilaterale traslativa non implica o, comunque, non implica necessariamente quella relativa alla *tipicità* della stessa: si pensi, appunto, al *trust* e ai rilievi svolti sempre in *La liberalità*, I, cit., cap. IV, sez. I, par. 2, p. 326, in part. nota 31, e par. 6: v. anche *infra* nel testo e nelle note.

(ordinaria o fallimentare) e/o di riduzione della donazione di cui è oggetto, ne rendono poco appetibile l'acquisto o altro, non potrebbe mai portare ad eliminare o limitare nel nostro sistema l'atto di *donazione* (cioè la disposizione di un diritto o l'assunzione di un obbligo in favore di un determinato soggetto senza alcun corrispettivo) in quanto esso realizza un *interesse* (quello di arricchire altri per spirito di liberalità) *ictu oculi* meritevole di tutela. Interesse che è stato valutato tale una volta per tutte dal legislatore con una formula così ampia (spirito di liberalità) da comprendere potenzialmente una vasta gamma di possibili colorazioni del medesimo (familiare, solidale ecc.).

Del pari, pur potendo ben essere oggetto di revocatoria o riduzione, non sembrano concepibili (e, soprattutto, non sembrano rinvenibili nei dati normativi vigenti), limitazioni per l'atto di *destinazione* (cioè per la costituzione di vincoli di disposizione su beni) in quanto esso è idoneo a realizzare un *interesse* (quello di avvantaggiare uno o più soggetti se non addirittura lo stesso disponente ovvero di realizzare un certo scopo attraverso un programma gestorio dei beni destinati) che in molti casi (quelli di patrimoni separati tipizzati dal legislatore), è già stato valutato meritevole di tutela e che, comunque, è stato ritenuto dal legislatore (cfr. art. 2645-ter c.c.) suscettibile di essere valutato, caso per caso, meritevole di tutela.

In particolare, poi, se l'*interesse verso il beneficiario* o lo *scopo* da attuare con la destinazione avessero carattere, in senso lato, *liberale*, l'atto di destinazione (in tutte le sue possibili configurazioni strutturali: v. *infra*) verrebbe attratto anche nella sfera disciplinare della *liberalità non donativa*¹⁸¹; se avesse, invece, carattere oneroso o solutorio o di protezione di

¹⁸¹ Liberalità *non donativa* ma, a ben vedere, anche liberalità donativa per quanto concerne la forma necessaria *ad substantiam actus*: fin da ora sia consentito rinviare su entrambi i punti toccati a quanto già detto nel nostro *La liberalità*, I, cit., cap. IV, Sez. I, par. 3, p. 330 e ivi nota 40; par. 6, p. 376 e ivi note 138 e 139, dove si fa rilevare in base a quali presupposti il *trust* liberale è soggetto all'azione di riduzione da parte dei legittimari lesi e chi sia il soggetto legittimato passivo all'azione medesima nonché in base a quali presupposti e percorsi interpretativi si può giungere a considerare il *trust* c.d. liberale soggetto agli

incapaci o lucrativo ecc., l'atto di destinazione (in tutte le sue possibili configurazioni strutturali: v. *infra*) sarà attratto anche nella sfera disciplinare degli atti onerosi, solutori, protettivi o con scopi di garanzia, lucrativi e così via.

Un conto è, infatti, interrogarsi sulla possibile *meritevolezza* e sulla *qualificazione* (onerosa, gratuita, liberale o altro) dell'*interesse* perseguito dal disponente con l'impiego della *destinazione*, e, dunque, sugli ulteriori (rispetto all'art. 2645-ter c.c.) complessi disciplinari che possono venire in considerazione nella regolamentazione dell'atto di destinazione a qualificazione (causale) avvenuta¹⁸²; un altro conto è interrogarsi sulla merite-

oneri di forma previsti per la donazione pur senza identificarsi con essa in quanto qualificabile come atto atipico a causa gratuita non liberale.

¹⁸² Il problema della qualificazione causale dell'atto di destinazione è male impostato quando si considera la destinazione di per sé *causa* dell'atto posto in essere mentre trattasi – come detto nel testo – di *effetto* che non solo può derivare da varie strutture (quella di *trust*, ad esempio) ma può, altresì, essere sostenuto da varie *causae* nel senso di *interessi* perseguiti mediante la struttura medesima (discorso identico vale per il negozio fiduciario e per la c.d. *causa fiduciae*). È sulla base di quest'ultimi – che identificano il rapporto intercorrente tra disponente e beneficiari dell'atto di destinazione – che un *atto (produttivo di effetti) di destinazione* può qualificarsi (in senso causale) come liberale, meramente gratuito ovvero oneroso, salvo specificare ulteriormente queste accezioni sempre in senso causale; tale qualificazione è necessaria per individuare la disciplina complessiva applicabile all'atto (produttivo di effetti) di destinazione concretamente posto in essere. Questo approccio è ormai ampiamente diffuso e consolidato in materia di *trust* e dunque non si vede perché parlando in generale di atto di destinazione, cioè di una categoria giuridica più ampia, che il *trust* inevitabilmente comprende, tale consolidamento, già avvenuto, debba essere rinnegato: cfr. Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, cit.: «[...] benchè dal punto di vista del disponente l'atto di trasferimento dei beni in *trust* abbia carattere gratuito, al fine di determinare la natura gratuita od onerosa di tale atto, occorre fare riferimento al *rapporto tra disponente e destinatari* [corsivo nostro], con la conseguenza che avrà natura liberale l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al *trust* con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre avrà natura onerosa l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione (nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che avesse natura solutoria *l'atto istitutivo e il relativo atto di dotazione* [ciò correttamente in ragione della natura unitaria della fattispecie: v. nel testo *n. d. r.*] di un *trust* finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un

volezza dell'*interesse* stesso ad utilizzare la *destinazione*, giungendo ad escludere tale meritevolezza *a priori* in quanto la destinazione (al contrario della disposizione di diritti e dell'assunzione di obblighi), viene valutata (aprioristicamente, appunto) quale operazione in sé lesiva degli interessi dei terzi (creditori o aventi causa del destinante), eccezion fatta per le ipotesi in cui essa sia volta a perseguire *interessi/scopi* espressamente previsti del legislatore, previsione questa che si presenta, a sua volta, quale frutto di un contemperamento (altrettanto aprioristico) di interessi facenti capo al disponente da una parte e ai terzi (creditori e aventi causa) dall'altra¹⁸³. Ma una tale conclusione contrasta in modo stridente con il

piano ai sensi dell'art. 67 lett d) legge fall.). Esiste, dunque un "trust liberale" (es: trust in favore dei propri cari nipoti) ovvero un "trust oneroso" (es: trust in favore dei creditori): al primo saranno applicabili le norme sulla liberalità non donativa (ad esempio le regole sulla riduzione per lesione di legittima: cfr. Trib. Lucca, 23 settembre 1997, cit.; Cass. Civ., 1^{re} Ch., 20 fevrier 1996, in *TAF*, 2005, p. 104); al secondo altri complessi disciplinari (ad esempio, le norme fallimentari). Cfr. sul problema della qualificazione causale Trib. Trieste, 19 settembre 2007, decr., cit., «la dotazione del *trust* non costituisce atto di liberalità ma schema di trasferimento causalmente e necessariamente informato al programma negoziale [...] difettando nell'atto di disposizione da parte del conferente qualsiasi intendimento di arricchire il *trustee*, soggetto che di quel bene non potrà liberamente godere ma che dovrà amministrare con precisi obblighi e responsabilità»). Sul punto cfr. Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, cit., secondo cui: «posto che la mancata previsione di un corrispettivo è indice di gratuità dell'atto di trasferimento di beni in *trust*, può essere accolta l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. di tale atto ove risulti provata, anche per presunzioni, la consapevolezza in capo al debitore disponente del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore». Sul punto v. anche le considerazioni svolte *infra* Cap. III, par. 1-3.

¹⁸³ Per giungere a sostenere la tesi qui contestata adotta una prospettiva di indagine giuseconomica G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, cit., p. 185 e ss. L'a. vede nella riserva di legge dell'art. 2740, co. 2, c.c. *non* l'esigenza di tutela del credito, dato che questa avviene in via preventiva e prescinde del tutto dalla meritevolezza dell'interesse perseguito, potendo riguardare anche atti di destinazione tipici (si pensi alla possibilità di agire in revocatoria del fondo patrimoniale), bensì l'emersione di una scelta implicita del legislatore italiano fondata sull'esigenza di tipizzare gli atti produttivi di un effetto separativo opponibile ai terzi (in questo senso: reale); tale esigenza è conforme a quella generale di tipizzazione dell'effetto reale e del rapporto reale, che a sua volta è opposta a quella fatta dal legisla-

semplice rilievo, in nuce già espresso, secondo cui ogni atto di esercizio

tore per l'effetto obbligatorio e il rapporto obbligatorio (di cui si ammette, invece, la *atipicità*). Sulla base di tale assunto l'a. sostiene che la realtà dell'effetto separativo fa sì che i soggetti beneficiari del vincolo, potendo agire, seppure entro certi limiti, per la declaratoria di inefficacia di un atto di disposizione del bene vincolato (v. *infra* par. 5), si pongano come veri e propri titolari di un diritto di veto sulla disponibilità dei beni separati (in questo senso la norma in esame si qualifica secondo lo schema classico di Calabresi e Melamed come una *property rule*). L'art. 2645-ter c.c., allora, qualora fosse interpretato quale forma generale a rilievo reale, rompendo la logica dell'esclusività della fonte legislativa nella valutazione dell'efficienza delle ipotesi separative, rischierebbe di creare allocazioni inefficienti di dimensioni patologiche (fenomeno c.d. dell'*bold-out*); il problema si coglie in modo particolare in quelle destinazioni statiche volte alla mera erogazione di rendite a favore dei beneficiari. Ma, a ben vedere, oltre a potersi obiettare che *tipici* non sono gli *atti* opponibili ai terzi ma i *procedimenti* che consentono tale opposizione (come ben posto in luce da L. SALAMONE, già ampiamente citato *supra*), i rilievi dell'a. sull'inefficienza giuridico-economica di una ipotesi separativa atipica con particolare riguardo alla destinazione statica incorrono nel banale rilievo che la frequente coincidenza tra destinante e beneficiario (es.: *trust* auto-destinati) non implica la moltiplicazione del numero dei soggetti dotati del suddetto potere di veto; nel caso, poi, di mancata sussistenza di tale coincidenza, deve dirsi che la presenza di beneficiari con potere di veto è controbilanciata da altri elementi positivi che la separazione produce, primo fra tutti, l'attuazione dell'interesse del disponente a realizzare in un certo modo i suoi scopi nonché la maggiore tutela dei creditori della destinazione che possono aggredire i beni vincolati senza subire il concorso dei creditori non titolari. Se, poi, si ha riguardo alla separazione dinamica (con programma gestorio che prevede alienazioni) deve dirsi, in primo luogo, che essa è uno dei modi possibili di circolazione dei beni. In quest'ottica il mancato rispetto di un programma gestorio ad effetti separativi con conseguente inefficacia degli atti posti in essere nella sua inosservanza (cfr. *infra* Cap. III, par. 3), non appare *ictu oculi* come una «esternalità» così negativa da dover implicare la funzionalizzazione all'interesse perseguito con il programma medesimo alla pubblica utilità ovvero alla «rilevanza costituzionale» e ciò anche ove sussista nel nostro sistema, al contrario di quanto accade in altri sistemi (come quello anglosassone), la possibilità di perseguire con altri istituti (fondazioni, società unipersonali, comitati, destinazioni a specifici affari) obiettivi analoghi (*ma non* identici) a quelli perseguibili con la separazione patrimoniale. L'esistenza di alternative (dagli effetti solo in parte equivalenti) per la realizzazione dei privati interessi (sempre nei limiti della meritevolezza degli stessi), non sembra, infatti, potersi atteggiare in alcun modo come disvalore o «esternalità negativa» di un sistema giuridico: v. sul punto già Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit., là dove faceva notare che i *trusts* presentano una causa di trasferi-

dell'autonomia privata, oltre ad avere spesso un contenuto composito (disposizione, obbligazione, destinazione), incide sempre sugli interessi dei terzi che rispetto al patrimonio dell'autore si trovano in posizioni giuridicamente tutelate o, meglio, tutelabili. La *lesione* (tutta da dimostrare in sede di contenzioso mediante esercizio di apposite azioni) dell'interesse dei terzi (creditori, aventi causa, legittimari e altro) non può rappresentare una ragione di ostacolo al compimento stesso di un atto negoziale, potendo ostacolare (eventualmente) solo la sua efficacia.

Sembra, infatti, irragionevole non ammettere che l'art. 2645-ter c.c. segna in modo inequivocabile il superamento delle obiezioni alla cosiddetta *destinazione patrimoniale negoziale atipica* fondate sull'art. 2740 c.c. e ciò non perché esso costituisca di tale articolo un'espressa *deroga*¹⁸⁴ e, forse, neppure perché si è ormai approdati ad un'interpretazione più moderna del medesimo¹⁸⁵, congiuntamente ad un'interpretazione più mo-

mento coincidente, almeno in gran parte, con quella dei negozi fiduciari, ammessi in Italia; inoltre, i tipici usi del *trust* nell'ordinamento inglese sono perfettamente compatibili con le funzioni di alcuni istituti di diritto interno e, dunque, non c'è ragione per ritenere privo di causa il *trust* interno, vale a dire un negozio che, in concreto, ha analoga giustificazione causale di figure giuridiche già previste nel nostro ordinamento cosa che, tuttavia, non implica l'identità tra queste ultime e il *trust*. Sul punto v. anche *infra* nel testo e Cap. III, par. 3.

¹⁸⁴ Così, invece, G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, cit., p. 290. Preferibile appare l'approccio esegetico – su cui già si è detto e su cui v. anche *infra* nel testo – che distingue le nozioni di patrimonio e di responsabilità, e così facendo ammette un diverso ambito concettuale e operativo del I e del II comma dell'art. 2740 c.c.: non tutto ciò che fa parte/appartiene del/al patrimonio di un soggetto è ciò con cui egli risponde di fronte ai suoi creditori e aventi causa: A. FALZEA, *Relazione*, in AA. VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Atti della Giornata di Studio, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 19 giugno 2003, Milano, 2003, in part. pp. 29-34; A. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, *ibidem*, p. 236 e nota 3 dove cita C. PILLA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 159. Attualmente si è andati ancora oltre, essendosi ormai fatta largo l'idea secondo cui è possibile diversificare il proprio patrimonio, o, meglio, la garanzia patrimoniale, destinando alcuni beni alla soddisfazione di determinati creditori e non di altri sulla base della *ragione* del credito: v. *infra*.

¹⁸⁵ V. nota precedente e *infra* nel testo e nelle note.

derna dell'art. 832 c.c.¹⁸⁶. Pare, piuttosto, che la nuova norma sancisca in

¹⁸⁶ Vale a dire della nozione di *proprietà* concepita anche *nell'interesse altrui* ovvero *proprietà fiduciaria* o, ancora, *proprietà in trust* [queste espressioni divengono equivalenti: v. *infra* nel testo]: cfr. A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., p. 170, cit.; M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 244, dove afferma che la *proprietà* dell'affidatario [*alias* nella interpretazione che si va proponendo nel testo: destinatario, trustee e simili n. d. r.] è «conformata in base al titolo e che il contenuto del diritto di proprietà risulta dalla fonte». Cfr. già M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, p.103; L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, II, p. 1313 nota 48; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., p. 298, là dove esclude che la titolarità di un patrimonio separato costituisca il contenuto di un diritto reale atipico, aderendo alla tesi di una proprietà conformata e diversa da quella individuale piena. Oggi si concepisce la possibilità per il *proprietario* di spogliarsi del potere di disporre di un bene per tutti i fini diversi da quello cui la cosa è destinata e, correlativamente, di sottrarre ai creditori il potere di soddisfarsi sul bene stesso in relazione ad obbligazioni sorte per fini estranei al perseguimento di quello di destinazione: rappresenta bene la consapevolezza di questo punto di arrivo G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., p. 327, anche se poi, nel corso della sua indagine, l'a. non riesce a mantenersi del tutto coerente con questa sua affermazione, cercando "a tutti i costi" di limitarne la portata. In ogni caso il progressivo consolidarsi negli ambienti giuridici italiani di questa concezione di *titolarità/proprietà* supera anche l'impostazione della R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 293ss., la quale per trasporre nel diritto italiano la posizione giuridica del *trustee* sceglie di non qualificarla in termini proprietari per evitare la sovrapposizione con la proprietà del fiduciario, la quale sovrapposizione avrebbe comportato l'applicazione al *trust* straniero di una disciplina analoga a quella concepita per il negozio fiduciario e ciò in contrasto con le disposizioni della Convenzione de L'Aja. Ma a tale proposta dell'a. si può facilmente obiettare che ammettere – come ella fa – la possibilità per il proprietario di limitare il proprio potere di disposizione in favore del *trustee* che rimane *non proprietario*, non esclude affatto che il *trustee* medesimo, diventando *proprietario*, non possa fare altrettanto, cioè limitare il proprio potere di disposizione nei confronti del *settlor*. Infatti, una volta aperta la porta alle autolimitazioni negoziali del (proprio) potere proprietario, non c'è ragione per non ammetterne la bilateralità. E questa stessa obiezione sembra potersi muovere anche alla recentissima affermazione di G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, cit., p. 116, che, pur all'interno di un contributo in cui evidenzia condivisibilmente l'inattendibilità soprattutto, dopo la comparsa dell'art. 2645-ter c.c., dell'idea di non trascrivibilità del contratto di mandato, riafferma l'irriducibilità del *trust* interno [soggetto a legge straniera] all'atto di destinazione della nuova norma perché in questo la proprietà del bene resta in capo al co-

modo difficilmente contestabile ciò che era già stato esplicitato da parte della nostra dottrina¹⁸⁷ e condiviso da una parte (avanzata ma – forse proprio per questo – minoritaria) della giurisprudenza prima dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c.¹⁸⁸: «la responsabilità patrimoniale altro non è che il reciproco dell'autonomia privata [...] per cui tutto si può fare salvo a sopportarne le conseguenze giuridiche»¹⁸⁹.

stituente e perché il *trust* contrasta con il principio dell'unità del dominio che esclude poteri di conformazione della proprietà con atti di autonomia privata! Per coerenza l'a. dovrebbe negare lo stesso atto di destinazione unilaterale (che, invece, ammette) dato che tradizionalmente il proprietario può limitare *cum negotio* il proprio diritto di proprietà (costituendo diritti reali o personali) solo in favore di terzi ma non a carico di se stesso! In proposito vola alto, come sempre, A. FALZEA, *Indirizzi di saluto*, in AA.VV., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno di Roma del 29 novembre 2009, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2010, p. 18, quando scrive che «oggi [con l'art. 2645-ter c.c. n. d. r.] l'atto di destinazione è opponibile a tutti (persino a se stessi)!»

¹⁸⁷ Dottrina che aveva assunto consapevolezza e dimostrato l'assenza di ostacoli normativi alla separazione patrimoniale atipica nel nostro ordinamento in quanto «le regole operative che disciplinano il conflitto con e tra i creditori non sono affatto desumibili dagli artt. 2740-2741 c.c. bensì dall'art. 2914 c.c. e per quanto riguarda più specificamente i vincoli di destinazione, dagli artt. 2915 e 1707 c.c.»: L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., pp. 138-139, dove (ribadendo sinteticamente quanto da lui ampiamente dimostrato in *Gestione e separazione patrimoniale*, cit.) scrive che prevale nel conflitto l'acquirente che provi di aver acquistato il proprio diritto attraverso un titolo prevalente in base a presupposti estrinseci. Per converso, soccomberà nel conflitto chi non riesca a sottrarre il proprio diritto all'altrui azione esecutiva in base a tali circostanze estrinseche, a dispetto della validità del suo acquisto.

¹⁸⁸ V., infatti, Trib. Velletri, 29 giugno 2005, ord., cit. in cui è scritto a chiare lettere che l'art. 2740 c.c. è espressione di un principio generale che impone la tutela delle regioni dei creditori contro gli atti fraudolenti dei debitori, ma non limita l'autonomia privata, essendo a questa complementare; bisogna distinguere tra atti che mirano esclusivamente a ridurre la responsabilità dell'individuo, sottraendo volutamente i beni alla garanzia dei creditori, ed atti che incidono sul patrimonio del singolo, dando una specifica destinazione ai beni, senza, però sottrarli ai creditori; nel primo caso si ha una violazione dell'art. 2740 c.c.; nel secondo caso l'atto è valido.

¹⁸⁹ Cfr. L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sull'art. 2645-ter*

Tale assunto chiarisce come tutti gli atti di autonomia privata ledano gli interessi dei creditori o dei terzi aventi causa. Tale lesione è *normalmente* consentita e solo eventualmente eliminabile in presenza di precisi presupposti (quelli previsti per la revocatoria ordinaria e fallimentare¹⁹⁰, la frode alla legge, la simulazione; in caso di liberalità, la riduzione¹⁹¹). Solo

c.c., cit., p. 139 e ciò appare coerente con quanto l'a. aveva già rilevato, in suoi precedenti lavori, sull'assenza di limiti funzionali ai «vincoli di indisponibilità» [*alias*, in senso lato, vincoli di destinazione] contemplati nell'art. 2915 c.c.; su una posizione analoga anche G. PALERMO in tutti gli scritti già citati.

¹⁹⁰ In materia di *trust* interni questa prospettiva è diffusa da tempo: v., infatti, Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in TAF, 2004, p. 256 e, più di recente, cfr. Trib. Cassino, 1° aprile 2009, www.il-trust-in-Italia.it, accoglie l'azione revocatoria proposta contro il trasferimento di tutti i beni immobili al *trustee* da parte di soggetto indebitato verso una banca, sussistendo l'*eventus damni* e il *consilium fraudis* (disponente, trustee, guardiano e beneficiari erano tutti legati da vincoli di parentela); Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1815.pdf>: «posto che la mancata previsione di un corrispettivo è indice di gratuità dell'atto di trasferimento di beni in trust, può essere accolta l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 cod. civ. di tale atto ove risulti provata, anche per presunzioni, la consapevolezza in capo al debitore disponente del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore»; v. già Trib. Firenze, 6 giugno 2002, secondo cui: «il trust non può sottrarsi alla legge italiana in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei suoi creditori; pertanto, qualora il debitore trasferisca la quasi totalità del proprio patrimonio in un *trust* a beneficio solo di alcuni creditori, privandosi in questo modo della garanzia patrimoniale che assiste tutti i creditori di uno stesso soggetto, può trovare applicazione l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c. e, conseguentemente, deve essere disposto il sequestro conservativo non solo di tutti i beni del debitore-disponente, ma anche delle azioni trasferite al trustee fino alla concorrenza del credito per la cui riscossione si agisce». Ma di recente Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, cit., che nega la revocabilità ai sensi dell'art. 2901 c.c. di un *trust*, sottoposto alla legge di Jersey, con natura solutoria in quanto lo qualifica atto oneroso per la cui revocabilità è necessario provare il *consilium fraudis* con il terzo [sebbene rimanga poco chiaro se con tale termine il Tribunale si riferisca al *trustee* o ad altri].

¹⁹¹ In materia di *trust* interni quanto si va dicendo è già stato affermato da tempo: Trib. Lucca, 23 settembre 1997, cit. In linea anche l'ordinamento francese: Cass. Civ., 1^{er} Ch., 20 febbraio 1996, cit.: «il trasferimento di beni dal disponente al trustee a seguito dell'istituzione di un trust, nel quale il beneficiario risulta definitivamente determinato solo alla morte del disponente, configura una donazione indiretta (art. 809 c.c.) che si perfe-

se è illecito, allora l'atto è nullo; negli altri casi, esso è di regola (relativamente) inefficace¹⁹².

Nella prospettiva delineata appare superata anche l'obiezione secondo cui la lesione dei terzi (creditori e aventi causa) sarebbe provocata nel caso di destinazione del bene dalla *mancata circolazione* del medesimo. A ben vedere, infatti, la destinazione si configura per la maggior parte dei casi come destinazione *dinamica*, implicando, poi, essa stessa, nel corso del suo svolgimento, l'alienazione del bene a terzi e il passaggio del vincolo di destinazione sul *ricavato* dell'alienazione, in ragione dell'operatività del meccanismo della *surrogazione reale*¹⁹³ che è da ritenersi

ziona all'evento morte; pertanto, se a causa delle donazioni compiute nel corso della propria vita, il disponente ha violato la quota di riserva degli eredi legittimi, sarà necessario procedere a ridurre tali donazioni a cominciare dall'ultima, ovvero da quella che è stata attuata per mezzo del *trust*.

¹⁹² Cfr. C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 159 e ss. In materia di *trusts* interni questo punto di vista è ormai consolidato ed anzi, ultimamente, si sono fatti degli ulteriori passi avanti: si vedano, infatti, le precisazioni contenute in Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, cit., dove si legge che qualora l'istituzione del *trust* comporti la violazione di norme inderogabili previste dalla *lex fori*, in base al secondo comma dell'art. 15 della convenzione dell'Aja, il giudice dovrà comunque cercare di attuarne gli scopi in modo *alternativo*; infatti, il *trust* istituito in violazione di norme inderogabili *non è di per sé nullo*, ma solo soggetto a quanto diversamente previsto dalla legge del foro; dall'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 15 della convenzione dell'Aja, consegue che qualora il *trust* leda gli interessi dei creditori la tutela a questi accordata sarà quella riconosciuta dalla *lex fori* in presenza di atti lesivi dei loro diritti, tutela che in Italia si realizza mediante *l'azione revocatoria ordinaria* [o *fallimentare* n.d.r.].

¹⁹³ Ammissione questa sulla *surrogazione reale* che, tra l'altro, comporta l'implicito riconoscimento dell'ammissibilità del negozio di destinazione avente ad oggetto beni mobili, cosa di cui si è accorto anche il ceto notarile: D. MURITANO, *Negozi di destinazione e trust interno*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust* (art. 2645-ter c.c.), Padova, 2008, p. 284. Sul punto v. M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 221 e s., 245 e s., con riguardo ai «negozi di affidamento fiduciario» parla di *surrogazione* quale meccanismo ontologicamente connesso alla destinazione al pari della separazione patrimoniale. *Surrogazione e separazione* sono infatti legate inscindibilmente con la gestione fiduciaria in senso lato e comprensiva di tutte le figure ad essa ascrivibili: negozio di destinazione e la sua articolazione principale, il *trust*. In quest'ottica vanno dunque superate le obiezioni sui limiti

connaturato alla fattispecie destinataria (al pari della separazione), pro-

della surrogazione nell'atto di destinazione rispetto al *trust* interno previsti da L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 155, ammettendo, quindi, anche per il negozio di destinazione la possibilità di concepire «come oggetto del vincolo di destinazione non i beni nella loro individualità ma i *relativi valori di scambio*»; sul punto cfr. anche I.A. CAGGIANO, *Il denaro tra proprietà e credito: le logiche dell'appartenenza*, in *Contr. Impr.*, 2009, pp. 517-519. Non appare, invece, condivisibile la tesi della ambulatorietà del vincolo di destinazione sul bene alienato a terzi: è necessario infatti distinguere tra *ambulatorietà* e *opponibilità* del vincolo. Quest'ultima comporta che l'acquirente sappia di acquistare un bene che era vincolato ad una certa destinazione senza che ciò significhi che tale destinazione lo riguardi: cfr. sul punto M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 578: «[...] portata generale deve attribuirsi al meccanismo della surrogazione reale che consente la conservazione del vincolo anche in caso di alienazione o distruzione dei beni oggetto della destinazione»; EAD. *Atto di destinazione: problemi applicativi*, Relazione presentata al Convegno «*Atti notarili di destinazione di beni: articolo 2645-ter c.c.*», organizzato a Milano dalla Scuola di Notariato della Lombardia il 19 giugno 2006, <http://www.scuoladinotariatodellalombardia.org/relazioni.htm>, ove si legge: «il problema della possibilità accordata all'autonomia negoziale di variare la regola della circolazione dei beni destinati non deve essere confuso con quello della opponibilità del vincolo ai terzi acquirenti. L'opponibilità del vincolo ai terzi acquirenti del bene non esclude anzi presuppone un regime di circolazione dei beni destinati. Il terzo, quindi, acquisterà un bene con la consapevolezza dell'esistenza del vincolo, ma ciò non significa che l'acquisto sia invalido o inefficace» nonchè – aggiungiamo – ciò non significa che egli acquisti un bene vincolato. In altre parole, ci sembra che la consapevolezza dell'esistenza del vincolo possa incidere sulla possibilità o meno di considerare inefficace l'atto posto in essere dal gestore in violazione del programma destinatorio ovvero sulla possibilità dell'acquirente di diventare un avente causa (o un creditore) legittimato ad aggredire i beni destinati qualora l'atto di disposizione del bene destinato sia conforme al programma destinatorio, ma non possa incidere su altro, vale a dire non si traduca nella consapevolezza di acquistare un bene vincolato che altro non sarebbe se non la consapevolezza di svolgere funzioni di *trustee* cosa che, invece, richiederebbe ben altra manifestazione di volontà in quanto nel nostro sistema di *civil law* non è pensabile – come già detto – un «trapianto» di *constructive trust*, dato che, in ambito privatistico, effetti modificativi *in peius*, nella sfera giuridica di un soggetto, che non ha compiuto illeciti contrattuali o extracontrattuali, sono ammessi solo con il suo *consenso* a meno che non si verifichino i presupposti di operatività di istituti come la *negotiorum gestio*. Sul punto v. anche *infra* Cap. III, nota 132. Per la contiguità di questa problematica con quella delle obbligazioni *propter rem* cfr. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., pp. 188-189, dalle cui riflessioni sembra

prio in ragione del suo essere fattispecie di intermediazione *gestoria* di patrimoni (v. *infra* Cap. III, parr. 1, 3). In altri termini: la formulazione letterale e concettuale dell'art. 2645-ter c.c. appare di così ampia portata¹⁹⁴ che ogni limitazione sul piano della *struttura* (unilaterale¹⁹⁵, bilaterale o

potersi dedurre non solo la differenza tra vincolo di destinazione e *obligatio propter rem* ma anche l'esclusione della configurabilità del vincolo di destinazione gravante su un bene come *obligatio propter rem* con la conseguente impossibilità per il medesimo di circolare *cum onere suo*. in merito v. anche più avanti nel testo e *infra*.

¹⁹⁴ Cfr. le espressioni G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, cit., p. 288; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., p. 327.

¹⁹⁵ È bene chiarire che l'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. assume, in senso proprio e tecnico, struttura *unilaterale* quando si è in presenza della c.d. *autodestinazione* o vincolo di destinazione autodichiarato o autodichiarazione di destinazione o, ancora, *destinazione statica* (per parafrasare N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit.) cui vanno – a nostro avviso ricondotte – tutte le ipotesi di destinazione unilaterale, cioè priva di trasferimento di beni da un soggetto all'altro. Queste ipotesi si identificano con le «dichiarazioni di fiducia» o «riconoscimenti di affidamento fiduciario» secondo quanto di recente affermato da M. LUPOI, *Istituzioni*, cit., pp. 213-215, che denomina con queste due nuove locuzioni le fattispecie che egli stesso dichiara identiche sul piano strutturale ai *trust*-autodichiarati. Del pari, nella prospettiva qui da noi assunta, il *trust*/atto di destinazione auto-dichiarato si ha quando conferente e destinatario/titolare/gestore dei beni destinati coincidono mentre il beneficiario della destinazione è un soggetto *diverso* (o, al limite, *un altro* soggetto *oltre* al conferente-gestore). Rispetto all'*autodestinazione* intesa come *autodichiarazione* (conferente=gestore) è stato detto che essa è senz'altro il vero punto dolente della nuova norma perché unica barriera insuperabile nel nostro ordinamento è costituita dalla «necessaria intersoggettività della vicenda destinataria» in quanto un vincolo di destinazione autodichiarato non soddisfa i presupposti di opponibilità degli artt. 1707 e 2915 c.c., e, quindi, lungi dall'essere invalido [*semplicemente* n.d.r.] non è opponibile ai terzi: così L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 144. Da notare, tuttavia, che l'a., nella prospettiva assunta, configura come eccezioni alla regola dell'intersoggettività della vicenda destinataria proprio il *trust* interno nella forma del «*trust* interno autodichiarato» (cfr. per la nozione M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 4-5, 29-30 ma anche pp. 213-215), il quale risulta per lo più ammesso in Italia dalla giurisprudenza (v. *infra* nella presente nota) nonché i patrimoni destinati a specifici affari ex art. 2447-bis c.c. Ma a ben vedere proprio queste ipotesi indicate dall'a. come eccezioni perdono tale carattere di eccezionalità nella prospettiva che si va delineando nel testo: ove, infatti, si

trilaterale¹⁹⁶) dell'operazione di destinazione così come degli *interessi*

consideri il *trust* interno al pari dei patrimoni destinati a specifici affari una delle possibili manifestazioni dell'*atto di destinazione*, le configurazioni già ammesse ed operanti del *trust* interno condizionano quelle possibili dell'atto di destinazione *ex art. 2645-ter*, inducendo ad affermare che il rinvio contenuto nell'art. 2645-ter c.c. all'art. 2915 c.c. ne determina un'estensione del raggio applicativo anche alle autodesinazioni intese come *autodichiarazioni di destinazione*. Va, tuttavia, notato che si parla di *autodesinazione* in un altro significato, alludendo cioè all'identità (non tra conferente e gestore bensì) tra *disponente* e *beneficiario* della destinazione pur in presenza di un destinatario/titolare/gestore *diverso* dai primi due: così P. SPADA, *Conclusioni*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 204, là dove scrive che in forza dell'art. 2645-ter c.c. *non* dovrebbero potersi configurare destinazioni equivalenti ai cc.dd. *trust autodesinati* [in cui conferente e beneficiario coincidono *n.d.r.*] dato che la norma riconosce la legittimazione ad agire per la realizzazione dell'interesse "oltre al conferente" a "qualsiasi interessato" e, dunque, se vi fosse coincidenza tra persona del conferente e del beneficiario, la legittimazione del conferente non avrebbe senso alcuno: l'a. aggiunge che la norma potrebbe leggersi anche in un senso che impone al destinante di avvalersi di un "fiduciario", affermando, così, implicitamente che l'art. 2645-ter c.c. non consentirebbe l'atto di destinazione auto-dichiarato (conferente=gestore). In realtà, sempre assumendo la prospettiva del rapporto tra *atto di destinazione* e *trust* come prospettiva di *contenente* (atto di destinazione) – *contenuto* (trust), si arriva ad ammettere sia l'atto di destinazione auto-destinato (conferente=beneficiario) sia quello auto-dichiarato (conferente=gestore). I "trusts auto-destinati", intesi come *trusts* in favore (anche) dello stesso *settlor*, sono previsti dalla Convenzione de L'Aja (art. 2, ult. co.) e dunque sono articolazioni ammesse del *trust*, oltre ad essere riconosciuti dalla nostra giurisprudenza: cfr. Trib. Grosseto, sez. dist. Orbetello, 15 luglio 2008, cit., sul caso di *trust* interno istituito da un incapace a favore di sé medesimo; Trib. Reggio Emilia, 6 ottobre 2008, cit., e v. *infra*. Ciò che la Convenzione *non* prevede sono i *trust* autodichiarati (lo rileva Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, cit.) sebbene tale posizione sia comunque discutibile in ragione dell'ampiezza della formulazione del testo convenzionale che parla non di beni «trasferiti» ma, più semplicemente, «posti sotto il controllo» del *trustee*. Ed, infatti, nel nostro sistema operano, come già detto, i «*trusts* interni auto-dichiarati», quali fattispecie diverse dai «*trust* internazionali autodichiarati» (anche detti: *asset protection trust* o *protective trust*, spesso contenuti in formulari standard e commercializzati ampiamente in quanto forzano lo schema naturale del *trust* consentendo operazioni ai limiti della illiceità: cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, pp. 29 e s., 116 e ss.) dato che, a fronte di una identità tra *settlor* e *trustee*, non ammettono come unico beneficiario il *settlor*. In Italia un *trust* interno autodichiarato non può essere anche *autodesinato* in via esclusiva (cioè non può avere come unico beneficiario il *settlor*). I «*trust* interni auto-di-

perseguibili con la struttura medesima (eccezion fatta per la «meritevo-

chiarati», aventi una propria fisionomia e compatibilità con le norme interne al nostro sistema, sono praticati dai notai e riconosciuti dai nostri giudici (cfr. la recentissima Trib. Bologna 2 marzo 2010, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2110.pdf> su cui anche *infra* Cap. III, nota 227; Pisa, 22 dicembre 2001, in *Notariato*, 2002, p. 383; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, cit., ammette il trust *autodichiarato* istituito dal socio accomandatario di una società in fase di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis l.fall. per la finalità di consentire ai creditori sociali, che abbiano accettato il piano di ristrutturazione, di ottenere la migliore soddisfazione delle rispettive pretese; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *TAF*, 2004, p. 73: «va trascritto nei registri immobiliari l'atto con cui un soggetto provvede a nominarsi trustee di un bene immobile di sua proprietà»). Il suddetto rapporto *contenente-contenuto* tra atto di destinazione e *trust* impone, dunque, di ritenere ammissibile un *atto di destinazione* autodichiarato pur in presenza del dato testuale segnalato da P. Spada che va dunque inteso nel modo più esteso possibile proprio perché vale a ricomprendere molteplici forme di destinazione (monadiche, binarie e triadiche). In sintesi, ripetiamo che, una volta esclusa la scissione tra *trust* e atto di destinazione e considerato il secondo figura comprensiva del primo, l'ammissione della operatività da parte della nostra giurisprudenza di *trust* interni auto-destinati ovvero di *trust* interni auto-dichiarati vale ad ammettere l'autodestinazione e l'autodichiarazione *tout court* nel nostro sistema giuridico (cfr. in tal senso G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, cit., pp. 12-13). I limiti a tale ammissione e soprattutto i limiti di un'eventuale combinazione dei due aspetti vanno rinvenuti direttamente e propriamente: a) nella prassi italiana dei *trust* interni rispetto a quelli c.d. internazionali (meglio sarebbe dire *stranieri*: v. *supra* cap. I, par. 1); b) nel diritto italiano: si pensi ai patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-bis c.c.). Questi limiti fanno propendere per l'idea secondo cui anche in Italia l'autodichiarazione e l'autodestinazione possono *combinarsi* tra loro (e dar vita ad un atto in cui *conferente, gestore e beneficiario* coincidono) solo ove l'atto posto in essere *non* sia volto a realizzare *meri intenti di protezione patrimoniale* e sia invece effettivamente volto alla realizzazione di un interesse specifico (un affare o altro) che comunque *non* si risolva – ripetiamo – nella *mera protezione patrimoniale* del soggetto *settlor*-conferente/*trustee*-gestore/*beneficiary*-beneficiario. Ammettere ciò equivarrebbe a dire che la destinazione di fonte negoziale trova la sua ragion d'essere anche nella *sola* «specializzazione della responsabilità patrimoniale» del disponente ma questo non è senz'altro vero, considerando il tenore dell'art. 2645-ter c.c., che impone il perseguimento di un *interesse meritevole di tutela* che *non* può che essere *diverso ed ulteriore* rispetto all'effetto principale della destinazione che è appunto quello della separazione, come bene rileva U. LA PORTA, *Gli atti di destinazione*, Relazione, cit., p. 5. Aggiungiamo, poi, che certamente un *trust* auto-dichiarato e/o auto-destinato solleva “problemi” sul piano fiscale perché la distinzione con l'atto di destinazione, come oggi inteso dall'opi-

lezza» degli stessi), risulta inevitabilmente arbitraria in quanto palese-

nione maggioritaria, non è più sostenibile, e genera una paradossale disparità di trattamento di fattispecie, invece, identiche: v. sul punto *infra* Cap. III, par. 2. Passando, poi, ad un ulteriore aspetto, deve dirsi che anche per il *trust* interno *autodestinato* – nelle due accezioni del termine sopra indicate – l'illiceità della causa o, comunque, l'eventuale lesione dei creditori trovano rilevanza giuridica solo in un giudizio *ex post*, vale a dire successivo al compimento dell'atto di autodestinazione che superi il giudizio (astratto) di meritevolezza sugli interessi perseguiti. Cfr. S. BARTOLI, D. MURITANO, *Note sul trust interno*, in *Notariato*, 2009, p. 43 e ss., i quali, annotando la sopra citata Trib. Grosseto, Sez. Orbetello, del 2008, fanno notare come il *trust* autodestinato in cui conferente e beneficiario coincidono, esponga il conferente/beneficiario al sequestro o al pignoramento da parte dei creditori del suo credito verso il *trustee*, vanificandosi così lo scopo protettivo del *trust*. All'osservazione degli aa. può obiettarsi che il *trust* autodestinato (così come, in generale, il negozio di auto-destinazione) non deve avere necessariamente funzione *protettiva* ma, più semplicemente, *gestoria*: in altre parole, ci possono essere casi, come quello esaminato da Trib. Grosseto, in cui, più che *proteggere* il patrimonio degli incapaci disponenti si voleva, probabilmente, garantirne una *fruttuosa gestione* da parte di un soggetto che, essendo il compagno del coniuge separato, non aveva alcun titolo formale per provvedere a tale gestione: istituendolo *trustee*, si è pensato di risolvere questo problema. Ma un'esigenza analoga può rinvenirsi anche per altri soggetti con diversi gradi di incapacità (amministrati di sostegno, ad esempio) ovvero per soggetti del tutto capaci ma impossibilitati o non semplicemente interessati a gestire tutti o parte dei propri beni. Riteniamo dunque che l'autodestinazione (anche di tutti i propri beni: *contra* G. Palermo che la limita solo ad alcuni) sia esposta al pari di ogni altra destinazione alla revocatoria (o alla simulazione o alla nullità per frode alla legge) ove se ne dimostri la lesività in concreto degli interessi dei terzi. Ma, a ben vedere, la possibilità stessa per i creditori di aggredire la posizione creditoria del (conferente-) beneficiario verso il gestore attesta che l'autodestinazione, non è di per sé lesiva dei creditori, i quali, appunto, continuano a poter soddisfare i propri interessi sul patrimonio del loro debitore nelle forme previste dalla legge; qualsiasi clausola contraria in Italia sarebbe da ritenersi nulla e ciò distingue la prassi del *trust* interno auto-dichiarato da quella dell'omologo modello internazionale (cfr. M. LUPOI, *Istituzioni*, cit., pp. 29-30). Il modello internazionale di *trust* autodichiarato e/o autodestinato tende ad eliminare il suddetto rischio della nullità, cercando di favorire il più possibile il disponente e ad indurlo a trasferire i propri beni nel paese dotato di questo genere di *trust* e dunque di una legislazione molto favorevole per il *settlor*: cfr. art. 9A della *Trusts (Jersey) Law 1984* – inserito da *The Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2006* – che conserva – al pari di discipline vigenti in altri ordinamenti quali Cook Islands, Bahamas, Cayman Islands – la validità del *trust* e l'impossibilità di comminarne una declaratoria di nullità o di *sham trust* anche nel

mente contraria ai dettami dell'art. 12 Preleggi nonché – cosa ancora peggiore – destinata ad essere travolta dalla *prassi*, anzi, più esattamente, essa è già (stata) travolta dalla prassi a tal punto che il raggio di applicazione di questa norma appare doversi più correttamente determinare con metodo *induttivo* e non *deduttivo* come, invece, finora – ci pare – sia stato, infruttuosamente, fatto, incorrendo in superflue moltiplicazioni concettuali e categoriali¹⁹⁷.

caso in cui il conferente si riservi numerosi poteri, ovvero li attribuisca a terzi e non li attribuisca al *trustee*.

¹⁹⁶ Il rapporto diventa trilaterale là dove l'atto istitutivo si configuri non solo tra disponente e trustee/gestore ma anche tra costoro ed un eventuale protector/guardiano ovvero qualora i beneficiari non siano *terzi* ma diventino parte dell'atto istitutivo del trust: cfr. *infra* nel testo e Cap. III note 28, 90.

¹⁹⁷ Ancora una volta si allude, in particolare, alla posizione di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 241s., che elabora la categoria dei «contratti di affidamento fiduciario» in contrapposizione all'interpretazione dell'art. 2645-ter c.c. incentrata sul vincolo di destinazione. Così facendo, l'a. giunge ad esprimersi nei seguenti termini: «è generalmente riconosciuto che il vincolo di destinazione non è competitivo rispetto ai *trusts*; i negozi di affidamento fiduciario possono esserlo!» Si vede come tali affermazioni mirino a circoscrivere la portata applicativa (e dunque il successo) di determinate correnti dottrinali, cioè di determinate interpretazioni dell'art. 2645-ter c.c., cosa che in sé appare del tutto legittima se non fosse che, a propria volta, l'a. ripropone una lettura del nuovo articolo che non solo fa permanere la contrapposizione tra *atto di destinazione* (presunto, non si sa ben in base a quale elemento testuale) *unilaterale* da una parte, e *contratti di affidamento fiduciario* dall'altra, ma a sua volta contrappone quest'ultimi ai *trust* interni soggetti al diritto straniero per la cui costruzione egli ha impiegato molto tempo ed energie, convincendo gran parte degli operatori professionali che ora, però, vorrebbe “convertire” alla pratica del *negozio di affidamento fiduciario* regolato da diritto italiano, vale a dire – da nostro punto di vista – al “trust interno regolato da legge italiana”. Al merito dell'a. di aver indicato nell'art. 2645-ter c.c. la norma di riferimento per la validità e operatività nel nostro sistema di atti di destinazione di diritto italiano, non solo (e non tanto) unilaterali, nonché al merito di averne individuato – nella seconda parte delle *Istituzioni* – una disciplina ampia e articolata (v. *infra* Cap. III, par. 3), si affianca, a nostro avviso, il demerito di voler continuare a distinguere tra *contratti di affidamento fiduciario* regolati dal diritto italiano e *trust* interni regolati dal diritto straniero: così facendo, l'a. non si allontana poi di molto dalle correnti dottrinali che pure combatte e che conservano la contrapposizione suddetta, mutandone solo uno dei termini

Tutto ciò anche tenendo conto dei tempi odierni in cui il legislatore generalmente “rincorre” e non certo “anticipa” le fattispecie (negoziali, in primo luogo): le “nuove” norme immesse nel sistema non configurano, ormai da parecchie stagioni, nuove fattispecie – quali frutti di riflessioni dottrinali più o meno mature – ma si limitano piuttosto a prendere atto e, in pochi casi, consapevolezza, dell’esistente (senza avere nè capacità né la volontà di classificarlo o distinguerlo in categorie dogmatiche precise).

Se si condividono questi rilievi, interpretazioni restrittive e tarpanti del 2645-ter c.c. (frutti di letture¹⁹⁸ che prendono le mosse e riman-

(contratto di affidamento fiduciario invece di atto unilaterale di destinazione). Scelta che non può giustificarsi razionalmente se non con la volontà dell’a. di conservare operatività ad una configurazione (quella del *trust* interno soggetto a legge straniera) la cui inattendibilità, invece, l’art. 2645-ter c.c. ha, a nostro avviso, definitivamente decretato. Su una posizione speculare alla nostra G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell’assetto di interessi*, cit., pp. 85-86, che avendo negato *ab origine* la necessità di ricorrere al *trust*, sostiene da sempre l’ammissibilità nel sistema italiano di negozi fiduciari identici al *trust*, se non per l’aspetto della titolarità dei beni che rimarrebbe in capo al fiduciante, cosa che, comunque, non vale a condizionare l’efficienza della fattispecie come configurata dall’a. in quanto essa risulta idonea a raggiungere i risultati raggiunti mediante ricorso al *trust*. Tuttavia, questa configurazione dell’a. presenta delle debolezze intrinseche (permanenza del diritto di proprietà in capo al disponente/settlor) che la rendono incapace di includere in se stessa le figure negoziali di destinazione patrimoniale già operanti nel nostro ordinamento (i *trust* interni, appunto). Si è, perciò, indotti a superarla, ammettendo la possibilità di *conformare il diritto di proprietà* ad opera dello stesso proprietario: v. oltre nel testo.

¹⁹⁸ Al pari delle proposte interpretative riportate nella nota precedente, non convincono le soluzioni esegetiche che vedono nell’«atto di destinazione» una figura negoziale unilaterale di destinazione non attributiva (assimilabile, in parte, al *trust* autodichiarato ma comunque non identificata con esso che rimane *trust* di *common law*), confinando la struttura bilaterale al fenomeno fiduciario non opponibile ovvero al *trust* convenzionale (opponibile ma non si sa bene perché). Anche questa dimensione interpretativa ci appare di tipo deduttivo: essa, infatti, prende le mosse da alcune teorie sull’atto di destinazione ovvero sul *trust* (teorie sulla cui validità non si intende discutere) e le applica alla fattispecie contemplata dalla norma codicistica senza tenere conto del fatto che: a) dai lavori preparatori emerge chiaramente che la formulazione della norma è considerata con significati diversi dai vari relatori intervenuti al dibattito, sussistendo quindi ampio spazio

gono appesantite da determinate ricostruzioni teoriche dell'atto – per lo più unilaterale – di destinazione) sono difficilmente condivisibili se non irragionevoli, soprattutto quando raggiungono il già evidenziato risultato di produrre la paralisi applicativa della norma¹⁹⁹, creando, altresì, i pre-

all'opera ricostruttiva dell'interpretete (cfr. sul punto R. LENZI, *Le destinazioni atipiche ecc.*, cit., p. 240); b) la ripartizione in senso strutturale tra le figure menzionate è da decenni superata (si pensi, solo per dirne una, alla fiducia statica di N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit.). Anche l'argomento dell'interpretazione sistematica che fa riferimento a fattispecie speciali di patrimoni destinati, le quali avrebbero per la maggior parte struttura unilaterale, non regge perché la formulazione della norma contenuta nell'art. 2645-ter c.c. è tale da consentire aperture non paragonabili a quelle di norme che disciplinano fattispecie speciali, le quali, tra l'altro, possono essere lette nel senso indicato – correttamente ci pare – da A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit, il quale afferma che l'art. 2645-ter c.c. «codifica un'ipotesi parzialmente diversa da quelle previste dalle molte leggi che hanno introdotto patrimoni separati; per questi ultimi lo scopo perseguito dal legislatore speciale è solo quello di assicurare una più pronta ed esatta calcolabilità del valore di un patrimonio al fine di incentivare l'erogazione del credito, oppure quello di impedire la distrazione di beni dalla destinazione ad essi impressa e specificamente approvata dal legislatore, dalla quale, solo indirettamente, si possono individuare i beneficiari; nel caso dell'art. 2645-ter c.c. è invece rimessa all'autonomia privata la possibilità di individuare sia lo scopo della destinazione sia i beneficiari della medesima». È evidente quindi – aggiungiamo – che la disciplina della nuova norma sia più ampia e meno restrittiva di quella prevista dalle norme speciali.

¹⁹⁹ La paralisi non è totale come dimostra l'intervento del notaio L.F. RISSO, *Atti di destinazione riconosciuti dall'art. 2645-ter c.c.: concorrenza vincente con il trust?*, Congresso dell'Associazione Trust in Italia, Ischia, 9 ottobre 2009 (reperibile sul sito www.il-trust-in-Italia.it). Già il titolo dell'intervento è molto significativo in quanto si conforma alla visione prevalente in dottrina che distingue tra atto di destinazione soggetto a legge italiana e *trust* interno soggetto a legge straniera e da tale visione fa discendere l'idea di una possibile «concorrenza» tra le due figure. Ciò emerge chiaramente dalla premessa n. 4 dell'atto di destinazione allegato all'intervento del notaio, dove si legge che i coniugi dichiarano di: «essere stati informati degli istituti del Fondo Patrimoniale di diritto italiano e del Trust regolato da legge straniera, ma di aver scelto l'atto di destinazione indicato all'art. 2645-ter c.c. in particolare perché consente che la destinazione prosegua anche oltre il matrimonio e venga escluso un coniuge nel caso di separazione o di divorzio». Dalla formulazione di questa clausola dell'atto si evince chiaramente che nella pratica le ricostruzioni dottrinali sopra esaminate hanno avuto l'effetto di radicare l'idea di una com-

supposti non solo per “divagazioni” più o meno accettabili del legislatore fiscale (v. *infra* Cap. III, par. 2) bensì per la diffusione e il radicamento di convinzioni (che, in forza di quanto si va cercando di dimostrare, non hanno alcuna ragione di essere) relative alla configurazione in due categorie autonome dell’atto di destinazione *atipico* (*alias* «negozio di affidamento fiduciario») regolato dalla legge italiana e del *trust* interno (tipico?) regolato dalla legge straniera²⁰⁰ (cui vengono affiancate altre categorie: quelle degli atti di destinazione *tipici* regolati dal codice civile italiano o dalle leggi speciali italiane; quella del negozio fiduciario atipico e del mandato tipico ad effetti meramente obbligatori regolati da legge italiana).

Contro questa proliferazione, di matrice prevalentemente se non esclusivamente dottrinale, di categorie le cui differenze disciplinari ed i cui contorni operativi sono decisamente opachi, si staglia la categoria concettuale e, soprattutto, disciplinare *unitaria* dell’atto di destinazione contemplato nell’art. 2645-ter c.c.. È proprio su questo dato testuale della

petizione non solo tra *atto di destinazione* e *trust* interno ma anche tra atto di destinazione e atti tipici già previsti nel sistema. Anche quest’ultimo punto è dolente nel senso che la considerazione del medesimo in un modo piuttosto che in un altro, allarga ovvero restringe le maglie dell’atto di destinazione e, quindi, il raggio di applicazione dell’art. 2645-ter c.c.: v. *infra* nel testo.

²⁰⁰ Questo il “traguardo” cui conduce l’ultimo M. LUPOI con l’elaborazione teorica espressa nel più volte citato *Istituzioni ecc.* Data l’influenza che le tesi dell’a. hanno avuto ed hanno sul mondo professionale, non c’è da meravigliarsi se nel suo intervento citato alla nota precedente, il notaio L.F. RISSO, usa in modo equivalente le locuzioni “*atto di destinazione regolato dalla legge italiana*” e “*negozio di affidamento fiduciario*”, mostrando, così, di aver condiviso le indicazioni di M. Lupoi. Ma la contraddittorietà intrinseca di questa posizione sta proprio nel fatto che quando si scende nel dettaglio e si vogliono individuare le regole dell’atto di destinazione, ad esempio quello relative alla successione dell’affidatario, «potranno essere mutate regole e prassi sulla successione del Trustee» [!]. Analogamente M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 231 e s., 237 e s., 259 e ss. che per delineare la disciplina dei negozi di affidamento fiduciario usa gran parte delle regole consolidatesi in materia di *trust* interni regolati da legge straniera. Viene spontaneo chiedersi: che bisogno c’è di denominare diversamente due atti (atto di destinazione e *trust*) disciplinati dalle stesse regole? Tutto ciò a conferma di quanto si va dicendo nel testo dall’inizio della presente indagine e v. anche *infra*.

unità categoriale emergente dalla nuova norma codicistica sembra opportuno e necessario insistere.

Nel complesso deve senz'altro dirsi che appare decisamente più lucida, almeno in alcuni casi, la posizione della giurisprudenza. Ove si volesse accogliere, ad esempio, la soluzione proposta dai giudici emiliani nel 2007 ovvero, ancor più di recente, dai giudici romani²⁰¹, si dovrebbe dire che l'art. 2645-ter c.c. è pronto a regolare una molteplicità di atti (tipici²⁰² o atipici) produttivi di vincoli di destinazione, senza che la loro struttura ovvero gli interessi – purchè meritevoli – con essi perseguiti possano rappresentare una barriera alla sua applicazione.

Ed, a ben vedere, solo una configurazione dell'atto di destinazione sufficientemente ampia da consentirgli di includere e dunque di regolare *unitariamente* una molteplicità di fattispecie produttive di vincoli di destina-

²⁰¹ App. Roma, 4 febbraio 2009, cit.: «[...] il nuovo art. 2645-ter c.c. si riferisce ad una *categoria generale di atti di destinazione* [corsivo nostro] in grado di imprimere sulla *res* un vincolo per il perseguimento di interessi meritevoli; lo stesso risulta applicabile *non solo* al trust ma a *qualsiasi atto innominato che persegua le finalità previste dalla nuova norma* [...]»; Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, cit.: «il vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c. può essere realizzato per mezzo tanto di *negozi atipici* quanto per mezzo di negozi aventi una causa normativamente disciplinata, purchè venga rispettato il requisito della realizzazione di un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.»; cfr. anche Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, cit.: «[...] l'art. 2645-ter c.c. ha contribuito in maniera decisiva a svuotare di significato la norma in questione consentendo la trascrivibilità e opponibilità ai terzi di atti, anche *atipici*, che imprimano su un certo bene un vincolo di destinazione volto a realizzare interessi meritevoli di tutela [...]». Questo orientamento giurisprudenziale affermatosi *dopo* la comparsa dell'art. 2645-ter c.c. trova corrispondenza con quanto *già* affermato da Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit. Questo precedente si rivela particolarmente prezioso per la costruzione del rapporto possibile tra *trust* (italiano) interno e atto di destinazione o, meglio, del rapporto possibile tra trust e atto di destinazione: v. *infra* nel testo.

²⁰² È indubbio, a nostro avviso, che l'art. 2645-ter c.c. si applica anche agli atti di destinazione tipici (vale a dire già previsti nel nostro ordinamento) nei limiti in cui la disciplina speciale per essi prevista non ne rappresenti una deroga ammissibile. In altre parole, le norme *ad hoc* relative agli atti di destinazione tipici altro non sono che integrazioni ovvero deroghe ammesse alla disciplina generale dell'atto di destinazione contenuta nell'art. 2645-ter c.c.

zione, finora “ideate” e/o praticate in Italia, appare quella maggiormente attendibile sulla base di un’interpretazione dei dati normativi conforme all’art. 12 Preleggi ma anche – come detto – sulla base di un’attenta considerazione della giurisprudenza e della prassi esistente (che appare ormai opportuno e consigliabile inquadrare in contesti normativi anch’essi già esistenti).

Dotata della suddetta ampiezza sembra soltanto la configurazione che delinea l’atto (forse non necessariamente negoziale²⁰³) di de-

²⁰³ Sul punto chiarificanti appaiono le parole di A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 5: «la legge utilizza per la qualificazione strutturale e sistematica della figura [...] la qualifica di “atto”. Non ricorre mai né la voce “negozio” né la voce “contratto”. Il riferimento è dunque alla voce più generale delle iniziative giuridiche del soggetto [corsivo nostro]. Questa scelta terminologica non è casuale. Essa esprime una precisa presa di posizione del legislatore in favore della più estesa libertà di scelta da parte del destinante della categoria giuridica di iniziativa da adottare, in relazione alle circostanze. Qualunque tipologia di atto giuridico adottata dal destinante e dagli eventuali altri soggetti [anche i giudici? n.d.r.] che con lui concorrono [corsivo nostro] alla stipulazione dell’atto di destinazione allo scopo è di per sé ammessa ed efficace». Probabilmente, estendendo questa prospettiva (oltre misura?), alcuni giudici romani hanno ammesso la trascrivibilità ai sensi dell’art. 2645-ter c.c. del verbale di modifica delle condizioni della separazione coniugale, purché omologato dal giudice, che contenga un vincolo di destinazione (Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, cit.) nonché del decreto del giudice tutelare che, nel dichiarare aperta una procedura di amministrazione di sostegno, abbia interdetto al soggetto sottoposto alla procedura, il compimento di atti di disposizione della proprietà di un immobile, adibito a sua abitazione: così App. Roma, 4 febbraio 2009, anche in *Foro it.*, 2009, I, c. 2511 (che riforma Trib. Roma, 8 settembre 2008), secondo cui il decreto di nomina dell’amministratore di sostegno, quale provvedimento in forma pubblica, che stabilisca l’indisponibilità di un bene immobile di proprietà dell’incapace con vincolo di destinazione a favore di quest’ultimo, è atto trascrivibile ai sensi dell’art. 2645-ter c.c. Pur riconoscendo la validità e serietà delle argomentazioni critiche adottate contro questa giurisprudenza (cfr., in particolare, A. MORACE PINELLI, *Trascrizione degli atti negoziali di destinazione e amministrazione di sostegno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 495 e ss.), non può disconoscersi che la formulazione della norma in esame si presta comunque ad interpretazioni (forse fin troppo) late. Con riguardo alla tipologia dell’atto trascrivibile ai sensi della nuova norma, deve, infatti, rilevarsi come, operando *deduttivamente* sui dati letterali, potrebbe giungersi ragionevolmente ad un inquadramento in ambito esclusivamente negoziale; non così ove si faccia ricorso al metodo induttivo. Il ricorso all’induzione potrebbe alla fin fine giovare purché non signi-

stinazione contemplato nell'art. 2645-ter c.c. come categoria generale di atto che, se volto a realizzare interessi meritevoli di tutela *inter vivos* e *mortis causa*²⁰⁴, è idoneo a produrre un effetto destinatorio di determinati beni con conseguente funzionalizzazione (alla destinazione) della posizione soggettiva insistente sui beni medesimi²⁰⁵ e, contem-

fichi limitarsi a registrare quanto avviene nella prassi bensì prendere atto che esistono esigenze di tutela di determinati soggetti (deboli) che il meccanismo di pubblicità previsto dall'art. 2645-ter c.c. potrebbe soddisfare. In questa prospettiva, al di là del rigore dogmatico-categoriale, il recente orientamento "estensivo" dei giudici romani potrebbe essere guardato se non con favore quantomeno con comprensione e comunque valutato avendo riguardo alle sue conseguenze piuttosto che ai suoi presupposti. D'altra parte, si tenga presente che l'art. 20 della Convenzione de L'Aja così statuisce: «ogni Stato contraente potrà, in qualsiasi momento, dichiarare che le disposizioni della Convenzione saranno estese ai *trusts* costituiti in base ad una decisione giudiziaria [...]», inducendo, così, a ritenere che trust (italiano) giudiziario e trust (italiano) volontario possono convivere in un medesimo sistema. Se, poi, si tiene conto che la previsione convenzionale riguarda, nella prospettiva da noi assunta, il riconoscimento di *trust* statuiti da un giudice straniero, cioè i *trust* di diritto straniero, a maggior ragione dovrebbe ammettersi la possibilità per il giudice italiano di statuire 'trust' di diritto italiano.

²⁰⁴ Bene coglie il punto G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645-ter codice civile*, cit., p. 1: «l'atto di destinazione può essere *inter vivos*, ma la destinazione può essere disposta anche in un testamento». Va tenuto conto che l'ampio raggio di operatività dell'atto di destinazione non lo sottrae alle norme imperative del nostro sistema e, l'atto di destinazione fatto per testamento ovvero fatto in un atto tra vivi ma avente efficacia dopo la morte del disponente e, perciò, comunque incidente in ambito successorio entra nella sfera operativa di regole come, ad esempio, quella sul divieto dei patti successori nonché di altre regole vigenti che disciplinano l'espressione della volontà negoziale a causa di morte. In altre parole, l'atto di destinazione *mortis causa* al pari di quello *inter vivos* trova la propria disciplina anche al di fuori dell'art. 2645-ter c.c. e l'individuazione di tutte le norme coinvolte deve essere fatta caso per caso in considerazione dell'atto concretamente posto in essere.

²⁰⁵ Cfr. R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.: destinazioni di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, IV, p. 952ss., che, tuttavia, pur cogliendo l'aspetto della funzionalizzazione della posizione soggettiva sui beni prodotto dalla destinazione, cioè la trasformazione dei poteri dispositivi sul patrimonio destinato da liberi a funzionali (alla realizzazione dello scopo), scinde, poi, questo aspetto dalla separazione. Ma tale soluzione esegetica spezza l'unità del complesso effettuale derivante dalla destinazione come, infatti, è stato colto anche da A. GEMMA (v. nota seguente).

poraneamente, un effetto di separazione²⁰⁶ (necessariamente bilate-

²⁰⁶ Tale effetto appare normativamente fondato ove si abbia riguardo alla dizione dell'ultima parte dell'art. 2645-ter c.c. che esplicitamente riserva la possibilità di esecuzione sui beni destinati solo ai debiti contratti nell'ambito della destinazione, salvo il disposto dell'art. 2915, co. 1, c.c. Tale previsione normativa esplicita e dissolve ogni dubbio (che già non sussisteva: cfr. artt. 1706-1707 c.c.) sull'assenza nel nostro sistema di limiti all'autonomia privata nella configurazione dell'atto di destinazione e sugli effetti separativi che da esso ontologicamente derivano e che dunque escludono i beni destinati dalle pretese dei creditori personali del gestore/titolare dei beni medesimi nonché, quale conseguenza ovvia, dalla comunione legale o dalla successione *mortis causa* di costui: infatti, anche il coniuge e/o gli eredi sono suoi creditori personali, non titolati ad aggredire i beni della destinazione. Il dato testuale, inoltre, non autorizza a limitare l'effetto separativo al patrimonio del destinante in quanto l'effetto risulta connaturato all'atto di destinazione senza ulteriori specificazioni. Ove, dunque, si opti per una concezione ampia di tale atto sul piano strutturale e causale, l'effetto separativo dovrà riguardare non solo il destinante ma anche il gestore/fiduciario cui il destinante abbia trasferito i beni destinati. E che questa sia la direzione da seguire ci sembra risulti anche dai dati normativi previgenti come l'art. 1707 che prevede la separazione patrimoniale con riguardo al patrimonio del mandatario (v. *infra* nel testo). Sul punto condivisibili i rilievi di A. GEMMA, *Il negozio di destinazione, Relazione*, cit., pp. 9-11, che vede nella *separazione* patrimoniale la naturale conseguenza che presiede alla realizzazione della *destinazione*: entrambe (*destinazione* e *separazione*), rientrano nella disponibilità dell'*autonomia privata* in quanto non ha senso affermare l'atipicità negoziale se non nella sua pienezza, vale a dire con riguardo alla causa e agli effetti del negozio atipico posto in essere. La causa atipica deve poter sostenere effetti parimenti atipici sia nel senso della conformazione della posizione soggettiva (che viene funzionalizzata al perseguimento dello scopo) sia nel senso della realizzazione dell'effetto separatorio che si accompagna alla funzionalizzazione (l'a. non precisa, però, che genere di separazione – unilaterale o bilaterale – scaturisca dall'atto di destinazione: v. sul punto la nota seguente). A ciò si aggiunga che il fatto stesso della riconosciuta (da parte dei giudici e dei pratici, incluse le conservatorie e i giudici tavolari) operatività del *trust* interno nel nostro ordinamento da ormai un decennio è, più di ogni altra considerazione di carattere dogmatico, prova inconfutabile della *compatibilità* dell'effetto separativo bilaterale di fonte negoziale (cfr. art. 2, co. 2, lett. a Convenzione de L'Aja) con i principi dell'ordinamento privatistico italiano che, come si è tentato di dimostrare, ove fossero stati ostativi a tale effetto non avrebbero potuto certo essere superati rifacendosi alla Convenzione de L'Aja (art. 11) ovvero con la finzione del rinvio alla legge straniera (fondato sulla Convenzione de L'Aja). La stessa sottoscrizione della Convenzione de L'Aja non sarebbe stata possibile da parte dell'Italia ove il *trust* fosse stato *a priori* incompatibile con il nostro sistema; del

rale²⁰⁷) dei medesimi dal patrimonio del soggetto che li gestisce (ossia:

pari, il rinvio alla legge straniera, per quanto ancor oggi praticato, deve intendersi come mera clausola di stile priva di rilevanza giuridica: v. *supra* par. 2 e *infra*.

²⁰⁷ Che la destinazione prevista dall'art. 2645-ter c.c. produca una «separazione unilaterale» (intesa, tra l'altro, in modo favorevole ai creditori della destinazione: v. *infra*) è un'altra convinzione diffusa in ambito dottrinale (tanto da essere presente nella manualistica accreditata: cfr., ad esempio, P. ZATTI, V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2009, pp. 363-364) che, tuttavia, non ci appare ragionevolmente fondata su precisi dati testuali e, in ragione di ciò, non dotata di valenza persuasiva assoluta. È, infatti, necessario avere chiaro che «il riconoscimento del carattere dell'*unidirezionalità* dell'effetto separativo patrimoniale [derivante dall'art. 2645-ter c.c. *n.d.r.*] è di fonte interpretativa» e risale precisamente alle opinioni espresse da G. Oppo, P. Spada e M. Nuzzo in occasione della Tavola rotonda tenutasi a Roma, 17 marzo 2006, organizzata da M. Bianca presso l'Università «La Sapienza» di Roma (così M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, p. 48 nota 5). Su questa linea anche P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, cit., p. 629, che argomenta la unilateralità della separazione patrimoniale dalla differenza esistente tra *trust* e atto di destinazione fondata sull'idea – anche in questo caso: interpretativa – dell'assenza nel secondo delle obbligazioni fiduciarie tra *gestore* e beneficiari. Ma, a ben vedere, proprio l'assenza di un dato testuale univoco lascia l'interprete libero di elaborare e *scegliere* un'interpretazione della norma il più possibile ampia e il più possibile equilibrata nel senso di «contemperante i contrapposti interessi» dei soggetti coinvolti nelle operazioni di destinazione. Tale non ci appare l'interpretazione che di fronte alla dizione normativa secondo cui «i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo», opta per la separazione unilaterale e che dunque lascia sensibile la parte residua/non destinata del patrimonio del titolare all'aggressione dei creditori per titolo collegato alla destinazione: essa è palesemente lesiva della posizione dei creditori non titolati (cioè generici) i quali rischiano di veder aggrediti i beni non destinati, sui quali soltanto possono soddisfare i loro crediti, da parte dei creditori titolati, insoddisfatti per incapacienza dei beni destinati e tutto ciò senza poter fare altrettanto (in questo senso, infatti, anche qui immotivatamente, viene intesa la unidirezionalità della separazione, cosa che, oltre a non trovare appigli testuali nell'art. 2645-ter, contrasta, altresì, con il dato testuale di altre norme codicistiche come, ad esempio, l'art. 1980 c.c.). Se, invece, si propende per un'interpretazione della norma che ammetta la separazione bilaterale (con riferimento ai creditori sia *contrattuali* sia *extracontrattuali*), si crea una condizione di parità di tutela fra i creditori titolati e quelli non titolati, sostenuta dall'affidamento ge-

che ne abbia il controllo, per usare l'espressione convenzionale) e che

nerato anche dalla pubblicità realizzata con la trascrizione del vincolo destinatorio ove esso insista su beni immobili (per i beni mobili vale la regola della prevalenza dell'atto di data certa anteriore salvo il principio possesso vale titolo: v. *infra* Cap. III, par. 3). La scissione concettuale e categoriale fra «*trust* interno» ed *atto di destinazione* ha generato una serie di difficoltà di inquadramento dell'*atto di destinazione* al quale si fatica, ancora da parte di alcuni (cfr. R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c. ecc.*, cit., p. 952 ss.), a riconoscere effetti separatori bilaterali del patrimonio dei soggetti coinvolti. Al contrario, un tale risultato si può, serenamente, raggiungere evitando le tendenze “scissioniste” ed utilizzando le ricostruzioni teoriche maturate e condivise in materia di *trust*, in particolare, *interno* come di fatto attivo nel nostro ordinamento. A tale proposito vale la pena precisare che, riguardo al *trust* interno operante in Italia e costruito sul piano teorico principalmente da M. LUPOI (*Trusts*², cit., p. 565ss., che lo distingue dal *trust* inglese ed internazionale, e, più in generale, dal *trust* straniero, cioè operante in altri ordinamenti: v. *Istituzioni ecc.*, cit., p. 30), è diffusa la convizione che esso produca nel patrimonio del titolare dei beni destinati una *separazione bilaterale* (segregazione patrimoniale) in ragione dell'applicazione al medesimo della legge straniera [!]. Ma, con riguardo a quest'ultimo aspetto, che di convinzione diffusa si tratti e non di dato certo è rilevabile tenendo conto degli studi di altri studiosi italiani in materia di *trust* che hanno evidenziato come proprio in Inghilterra il *trust* non dia luogo ad una separazione bilaterale (M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., p. 385 e ss.: S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 223) in quanto, non essendo il *trust* un soggetto di diritto (v. *infra* Cap. III), l'attività del *trustee* non è equiparabile a quella dell'organo di un ente; ne consegue che il *trustee* risponde delle obbligazioni inerenti al *trust* anche con il proprio patrimonio personale, abbia egli o meno paletrato al terzo la propria qualità di *trustee*, salvo poi rivalersi, con priorità rispetto ai beneficiari e ad altri creditori, sui beni in *trust* (cfr. Trustee Act 2000, Sec. 31 (1), come segnalato da S. BARTOLI, D. MURITANO, *Note sul trust interno*, cit., p. 46 nota 19; cfr. P. PANICO, *Il trust nel settore bancario e finanziario*, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS (a cura di), *Trust*, II, Torino, 2008, p. 125 e ss.; e già lo stesso M. LUPOI, *Trusts*², cit., p. 282 e s.). Propendere per una o per l'altra ricostruzione dell'effetto separativo derivante da *trust* inglese imporrebbe un'indagine *ad hoc* sul *trust* inglese che esula dai confini del presente lavoro e che, soprattutto, non sarebbe utile perché ciò che conta qui rilevare è che l'effetto separativo nella *prassi* italiana dei «*trust* interni» e, ancor prima, nella loro configurazione a livello dottrinale (e giurisprudenziale), risulta essere concepito come *bilaterale*. In altre parole, è necessario prendere atto che, indipendentemente da quanto accade in Inghilterra o altrove, i c.d. «*trust* interni» in Italia si sono (socialmente) tipizzati come atti idonei a produrre una separazione patrimoniale *bilaterale* (in conformità – è ragionevole pensare – a quanto previsto nel testo convenzionale – art. 2) la quale, tra l'altro, appare equilibrare, meglio della

ne è *titolare* nel senso di *proprietario*²⁰⁸, fermo restando che la posizione

separazione unilaterale, le posizioni dei creditori titolati e di quelli non titolati, potendosi gli uni e gli altri soddisfarsi su masse patrimoniali distinte senza interferenze dei primi sulla massa costituente la garanzia patrimoniale dei secondi. Appare, dunque, ragionevole fare riferimento ai «*trust* interni» anche per configurare in senso bilaterale l'effetto separativo derivante dall'*atto di destinazione* contemplato nell'art. 2645-ter c.c., essendo l'atto di destinazione *non* una categoria giuridica *diversa* dal «*trust* interno» ma una categoria giuridica più ampia nella quale il «*trust* interno» è compreso (v. sul punto anche *infra* Cap. III, par. 1, 3 sull'interazione dei piani disciplinari). Ma, è bene sottolinearlo con forza, ancor prima della configurazione che i *trust* interni hanno avuto ed hanno nella prassi italiana giocano un ruolo fondamentale nella concezione bilaterale della separazione patrimoniale derivante da atto di destinazione gli artt. 1706 e 1707 c.c., 2914 e 2915 c.c., così come letti e interpretati da L. SALAMONE nell'opera monografica più volte citata. Inoltre: l'art. 2447-*quinquies*, co. 3, c.c. con riguardo all'atto di (auto)destinazione che esso contempla, prevede una separazione patrimoniale bilaterale che, seppure, speciale, vale a dire riferita all'ipotesi tipica dei patrimoni destinati ad uno specifico affare nelle s.p.a., rappresenta pur sempre un supporto normativo nella direzione della bilateralità e non in quella dell'unilateralità in riguardo all'interpretazione da dare all'art. 2645-ter c.c. (e ciò quantomeno per le obbligazioni contrattuali, dato che per le obbligazioni derivanti da illecito la norma prevede la responsabilità illimitata della società e si potrebbe pensare di estendere la regola a tutte le destinazioni in ragione del rapporto di reciproca influenza disciplinare tra i corpi normativi su cui *infra* Cap. III, par. 1, 3 sebbene ci sembri più semplice e logica la diversa soluzione sopra prospettata a meno che non si voglia individuare quale *ratio* dell'altra il maggiore disvalore connesso all'insorgenza di un'obbligazione risarcitoria avente fonte in un illecito ma il discorso merita altri approfondimenti). Il problema si incentra, piuttosto, sulla compatibilità dell'effetto separativo bilaterale/segregativo con l'atto di destinazione non trascritto (c.d. fiducia segreta: v. *supra* note 105-111): fin da ora rileviamo che tale effetto, essendo connotato al fenomeno della destinazione patrimoniale, non può non prodursi anche in caso mancata trascrizione dell'atto di destinazione, salvo, però, a non potersi opporre ai terzi che, invece, abbiano trascritto atti con esso incompatibili: v. *infra* Cap. III, par. 3.

²⁰⁸ Questo punto è ormai acclarato, anche a seguito della Convenzione dell'Aja, ma la tematica dell'alternativa fra diritto di proprietà in capo al *trustee* ovvero in capo al *beneficiary* è risalente: in ambito giurisprudenziale cfr. rispettivamente Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1019 e Trib. Casale Monferrato, decr., 13 aprile 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, c. 574 con nota di Cassoni, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta al nostro ordinamento*. Va sottolineato, altresì, che il problema della *segregazione patrimoniale* viene generalmente posto riguardo al gestore dei beni destinati che ne sia anche *proprietario* (in tal

soggettiva consistente nella titolarità del diritto di proprietà sui beni destinati è – come appena detto – *funzionalizzata*, vale a dire limitata al raggiungimento dello scopo del programma destinatorio²⁰⁹, purchè sia

senso *titolare*) in quanto la destinazione viene attuata con modalità *traslativa* in favore del gestore quale soggetto diverso dal proprietario (ma il discorso *non* cambia in caso di auto-destinazione/fiducia statica/trust auto-dichiarato). In realtà, in concreto, il problema si pone anche nel caso in cui il gestore sia *semplicemente* tale perché il diritto di proprietà sui beni è rimasto in capo al disponente: si pensi alle ipotesi di c.d. fiducia germanistica alle quali vanno ricondotte le fattispecie nostrane del mandato senza rappresentanza o c.d. mandato fiduciario (v. *supra* nota 79 e *infra* note seguenti). In questo caso è ovvio rilevare che i beni destinati, non facendo parte del patrimonio del gestore (che appunto *non* ne è titolare/proprietario), siano distinti dal suo restante patrimonio ma, nei fatti, la situazione è più complessa di quello che sembra soprattutto ove si tratti di beni mobili che possono confondersi con e nel patrimonio del gestore. Le regole da applicare sono sempre quelle contenute negli artt. 1706 e 1707, 2914 e 2915 c.c., che sono, poi, le stesse che si applicano in caso di fattispecie fiduciaria/di destinazione non trascritte che, pure, sono idonee – in base al complesso di norme appena richiamate – a produrre effetti segregativi. L'applicazione di tali regole non risolve comunque i problemi sulla *effettiva recuperabilità* dei beni mobili (soprattutto del denaro) illegittimamente alienati dal gestore *che ne sia o meno proprietario*; i medesimi problemi si pongono anche nel caso di illegittima alienazione dei medesimi beni da parte del trustee/fiduciario: sul punto cfr. *infra* Cap. III, par. 3 ma fin da ora le riflessioni di I. A. CAGGIANO, *Il denaro tra proprietà e credito: le logiche dell'appartenenza*, cit., pp. 517-519, dove, spargendo fecondi spunti per future indagini (attualmente in corso di sviluppo), individua come nodo cruciale nella tematica della circolazione del denaro (e dunque di tutti i fungibili non individuati) il rapporto tra autonomia negoziale e vicende confusorie, tentando di superare le difficoltà nel preservare un interesse di tipo appropriativo con la proposta di una lettura dell'apparato rimediabile in chiave di tutela della proprietà intesa in senso quantitativo e dunque con riferimento al valore (e non al bene nella sua individualità).

²⁰⁹ Su questa concezione della *proprietà* del gestore/trustee/fiduciario che sia *attributario della destinazione* si è assestata parte della dottrina, sottolineando che la titolarità di un patrimonio separato non costituisce il contenuto di un diritto reale atipico ma, più semplicemente, una proprietà conformata e diversa da quella individuale piena: cfr. R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., p. 298. Sul punto v. *infra* Cap. III, par. 3 con riguardo alle conseguenze che sul piano rimediabile scaturiscono da questa funzionalizzazione della posizione soggettiva del destinatario/gestore-fiduciario/titolare dei beni. Fin da ora rileviamo che tra gli operatori l'introduzione dell'art. 2645-ter sia stata percepita

chiaro che tale limite non riguarda *solo il suo esercizio ma la sua stessa esistenza nel patrimonio del titolare*. Per tutto ciò che non attiene al programma destinatorio tale posizione resta, infatti, esclusa *dal*, vale a dire *non esiste nel patrimonio personale del trustee/gestore/fiduciario*, in quanto non investita dalle vicende (familiari, successorie, fallimentari) che lo riguardano.

Adottando questa nozione così ampia di *atto di destinazione* appare verosimile affermare che nel raggio applicativo dell'art. 2645-ter c.c. cada il «*trust interno*» o, meglio, il trust italiano, vale a dire quell'operazione negoziale atipica a struttura variabile e causa variabile, caratterizzata da *effetti di destinazione e di separazione patrimoniale bilaterale*, che opera ormai da più di un decennio nel nostro sistema giuridico e che non ha mai avuto e, a maggior ragione, non ha oggi motivo di essere sottoposta ad una legge straniera, in quanto la clausola che prevede tale sottoposizione potrebbe oggi senz'altro incorrere in quella *nullità* già paventata nel 2005 da un'accorta giurisprudenza²¹⁰ o, comunque, essere considerata *tamquam non esset*.

come una sorta di suggello della c.d. proprietà fiduciaria: F. BALDISSARA, *Il nuovo articolo 2645-ter c.c. e il negozio fiduciario*, in <http://www.bbassistenzalegale.it/publicazioni/upload/upload7538.pdf>, pp. 7-8: «non è più possibile allora barricarsi dietro il “paravento” del principio del *numerus clausus* dei diritti reali: deve ammettersi che è nata nel nostro ordinamento la proprietà fiduciaria. Quindi non sarà dato più parlare del collegamento tra due negozi, uno obbligatorio e ad efficacia interna (*pactum fiduciae*) ed uno traslativo ad efficacia esterna, ciascuno con una propria differente causa. Sarà rinvenibile un unico negozio fiduciario, con un unico effetto (esterno) e con un'unica causa *fiduciae*, la quale non connota più il solo *pactum fiduciae* (come sopra detto), bensì il negozio nel suo complesso, trasferimento compreso»; cfr. anche G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 186 e ss.

²¹⁰ Giurisprudenza che – come già rilevato – è stata ampiamente contrastata proprio perché si contrapponeva all'orientamento dominante (cfr. F. GALLUZZO, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust*, cit., p. 695 e ss.) e che, invece, è tempo – tenuto conto anche dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. – di rivalutare ampiamente al pari della dottrina (in particolare la già menzionata nota di S. MAZZAMUTO) che l'aveva commentata e sostenuta: si allude a Trib. Velletri, ord., 29 giugno, 2005, cit., dove si legge che «nella clausola del *trust interno*, che preveda l'applicazione di una legge straniera, tale legge viene richiamata solo per consentire l'applicazione della Convenzione ed è dunque ini-

Il *trust* interno, da denominare definitivamente: trust (con la “u”!), trova nella norma codicistica una conferma della sua esistenza ed operatività nel nostro sistema nonché un importante (ma non l’unico) riferimento disciplinare che, come già detto, va rinvenuto – in sede di applicazione analogica – anche in altre norme codicistiche²¹¹, extracodicisti-

donea a produrre alcun effetto giuridico in un ordinamento al quale non appartiene. In ragione di ciò la clausola che la prevede è nulla per impossibilità dell’oggetto, dovendo trovare applicazione la legge italiana quale *lex fori*». V. anche App. Napoli, 27 maggio 2004, cit., che sancisce l’illegittimità del rinvio alla legge straniera in forza dell’art. 6 Convenzione, in tutti i casi in cui manchi un elemento di connessione con l’ordinamento straniero che fondi l’applicazione della Convenzione; v. anche Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit. Aggiungiamo che, con l’entrata in vigore dell’art. 2645-ter c.c., la clausola di sottoposizione alla legge straniera potrebbe essere considerata nulla anche per contrarietà a norme imperative in quanto potrebbe manifestare un intento elusivo (in frode) di quella parte dell’articolo citato che non può essere derogata (v. *infra*), ponendosi, poi, l’ulteriore problema dell’estensione della (eventuale) nullità della clausola all’intero atto ai sensi dell’art. 1419 c.c., fermo restando che l’eventuale nullità dell’intero atto, ben potrebbe essere “sanata” mediante conversione dell’atto di ‘*trust*’ in un atto di ‘trust’ soggetto a legge italiana: trattasi di filone di indagine che ci riseviamo di approfondire in altri lavori. Cfr. anche sul punto le acute osservazioni – espresse già più di dieci anni fa – di C. CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, cit., p. 450, il quale rileva con chiarezza che parlare di primato della volontà a proposito della legge applicabile al *trust* interno, senza scontare la necessità del presupposto della internazionalità, significa passare sopra gratuitamente al principio primo di quello che non per nulla gli anglosassoni chiamano *conflict of laws*. Lì dove non ci può esserci conflitto di leggi, non c’è diritto internazionale privato e perciò manca il passaggio necessario alla questione della scelta della legge applicabile (al contrario, è squisitamente internazionalprivatistica la diversa questione se i *trusts* siano stipulabili da italiani anche in assenza di criteri di collegamento oggettivo con il nostro ordinamento: e qui condividiamo il rinvio dell’a. all’analisi di G. BROGGINI, «Trust» e *fiducia nel diritto internazionale privato*, cit., p. 405 e s.).

²¹¹ Di destinazione, con diverse funzioni e significati, si parla in tante norme del codice civile: cfr. artt. 32; 169-170; 178; 699; 819; 1193; 1705-1707; 1977; 1524; 2082; 2117; 2447-*bis*; 2647 e 2649; 2914-2915 c.c.; la recente legge del 9 aprile 2009 n. 33 sui contratti di rete (art. 4-ter); v. anche le fattispecie tipiche di trascrizione di vincoli di indisponibilità già presenti nel codice civile individuate da G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., pp. 182-183. Condivisibile appare l’impostazione di R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l’art. 2645-ter c.c.*, cit., pp. 234 e 246-247, che ricostruisce il rapporto tra atto di destinazione

che²¹², nonché – soprattutto – nelle regole giurisprudenziali e della prassi notarile oltre che delle conservatorie e dei registri tavolari²¹³. Ne discende che la configurazione più attendibile del rapporto tra *atto di destinazione* e trust italiano è quella che considera quest'ultimo come *uno* degli atti negoziali idonei a produrre un «vincolo di destinazione» (con la conseguente separazione patrimoniale bilaterale), vale a dire come *uno* dei possibili atti di destinazione ammessi nel nostro sistema²¹⁴.

Altri atti di destinazione inclusi nella sfera di applicazione dell'art. 2645-ter c.c. sono, infatti, il c.d. negozio fiduciario «attributivo» o «rinforzato» ovvero il «negozio di affidamento fiduciario», *con* o *senza* clausola a favore di terzo (che, dunque, si confondono o, meglio, si fondono, rispettivamente con il trust ovvero con il trust auto-destinato) nonché il mandato senza rappresentanza a compiere atti di gestione dei beni del mandante che implicino il trasferimento dei beni medesimi al mandatario²¹⁵

e fattispecie tipiche di destinazione in chiave di *genere/specie*, ed, in ragione di ciò, non manca di indicare nelle fattispecie legali degli utili punti di riferimento per la costruzione della disciplina complessiva dell'atto di destinazione atipico: v. *infra* Cap. III, par. 1-3.

²¹² Cfr. *supra* nota 139.

²¹³ Alludiamo ai numerosi decreti dei giudici tavolari: v. *supra* par. 1, 2.

²¹⁴ L'atto di destinazione non è dunque un «frammento di *trust*» (cfr. M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 467), ma, eventualmente una «cellula staminale» che può assumere la configurazione di trust o di altro negozio idoneo a produrre vincolo destinatorio (con conseguente effetto segregativo). In linea con l'indicazione da noi proposta ci sembra anche M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 1152 e ivi nota 16, quando parla in riferimento all'art. 2645-ter c.c. di norma che contiene la descrizione di un «segmento di fattispecie» o «frammento di disciplina» che per l'a. è sufficiente ad integrare [anche *n. d. r.*] il tipo della fondazione non riconosciuta: v. *infra*.

²¹⁵ Sia il negozio fiduciario sia il mandato senza rappresentanza (ammesso che le due fattispecie siano realmente distinguibili: cfr. Cass. 5 febbraio 2000, n. 1289, in *Giur. it.*, 2000, II, p. 2258 e la nota di A. FORCHINO, «*Pactum fiduciae*» e *mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto*) appaiono dunque senz'altro trascrivibili ai sensi dell'art. 2645-ter, ove abbiano ad oggetto beni immobili e mobili registrati (per i mobili non registrati: v. *supra* nota 208): in tal senso anche G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione del-*

(identificabile con il «negozio di affidamento» ovvero con il *trust* c.d. nudo²¹⁶).

Del pari incluso nel raggio di azione della nuova norma è l'atto di destinazione unilaterale che si identifica nel *trust*-auto dichiarato (*alias* fiducia c.d. statica), il quale può anche essere auto-destinato²¹⁷.

Si vede, dunque, come tutte le fattispecie menzionate, ove guardate dalla prospettiva segnata dalla novella, perdono le connotazioni che finora hanno avuto e che, da parte di alcuni, si cerca – irragionevolmente²¹⁸ – di conservare; connotazioni che, anche sul piano della denominazione stessa delle fattispecie, appaiono oggi per ciò che realmente sono: meri *nomina*²¹⁹.

l'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007, in part. pp. 82-83 e di recente ID., *Opponibilità del mandato*, cit., p. 116. Nel caso di mancata trascrizione, tuttavia, si incorre, come già detto (v. *supra* note 105-111), nell'ipotesi di fiducia *segreta* nel senso di non trascritta e per questo opponibile solo tra le parti e non ai terzi. In realtà, dal nostro punto di vista, come già detto *supra* par. 4, la fiducia *segreta* è più propriamente identificabile con il negozio fiduciario/mandato valido (dunque dotato dei requisiti formali necessari) che, pur essendo trascrivibile (in quanto di per sé opponibile *erga omnes* in forza dei principi generali già analizzati), o non è trascritto per scelta delle parti e dunque non è opponibile agli atti trascritti ovvero non è trascritto perché è dissimulato: v. *infra* nel testo.

²¹⁶ Entrambe le figure, molto simili se non identiche al mandato senza rappresentanza, sono state individuate da M. LUPOI. Per il «negozio di affidamento fiduciario» v. *supra*, per il *trust* nudo v. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 113, dove sottolinea la diversità di significati della locuzione *trust* nudo (*bare trust*). Tra questi si colloca quello secondo cui è nudo il *trust* nel quale il *trustee* stesso sia sostanzialmente privo di qualsivoglia discrezionalità nella gestione e amministrazione dei beni affidatigli.

²¹⁷ Lo stesso *trust* auto-dichiarato può configurarsi in forma dinamica o statica (usati qui in significato diverso, cioè con riguardo *non* alla titolarità del bene bensì alla gestione del medesimo) a seconda che sia o non sia presente un gestore dei beni che comunque non ne è il titolare (come, invece, accade nel *trust* a struttura bilaterale, che produce il trasferimento dei beni a soggetto diverso dal settlor/disponente).

²¹⁸ V. già nel 2007 G. PALERMO, *Configurazione dello scopo ecc.*, cit., p. 88, dove scrive: «Maturi sono i tempi, non forse le coscienze, se ancor oggi si gira intorno al tema, senza coglierne l'importanza e tanto meno il nucleo essenziale [...]» e le cui considerazioni appaiono ad oggi ancora attuali.

²¹⁹ «Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus»: U. ECO, *Il nome della rosa*, Milano, 1984, ultima pagina.

Ed, infatti, è ben possibile, assolvendo l'onere della trascrizione, transitare da una fattispecie all'altra e precisamente dal *negozio fiduciario/negozio di affidamento/mandato/atto di destinazione bilaterale* non trascritto al *negozio fiduciario attributivo/negozio di affidamento fiduciario/trust interno*²²⁰ (quali fattispecie trascritte); così come può transitarsi dall'*atto di destinazione unilaterale* (non trascritto) al *trust auto-dichiarato* (trascritto).

Tutte le sopra citate fattispecie sono oggi senz'altro trascrivibili ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. in quanto atti negoziali produttivi di un vincolo di destinazione su determinati beni. Tuttavia – va sottolineato – la mancata trascrizione *non* comporta affatto la *nullità* delle medesime ma semplicemente la loro soccombenza di fronte ad atti di terzi (creditori o aventi causa) che siano (stati) trascritti e ciò in conformità alle regole generali di circolazione dei beni che governano il nostro sistema. La scelta se trascrivere o meno l'atto di destinazione (nelle sue molteplici configurazioni) è rimessa ai soggetti agenti nell'ambito di valutazioni di interessi loro propri e sui cui non è dato sindacare²²¹ (v. *infra* Cap. III, par. 3).

²²⁰ Svela (inconsapevolmente) questa necessaria identità delle fattispecie menzionate nel testo lo stesso M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, p. 231, dove scrive che le «funzioni perseguibili per mezzo dei contratti di affidamento fiduciario sono, in via di principio, perseguibili anche per mezzo di un *trust*», è stata quest'ultima la strada seguita in Italia negli ultimi dieci anni, così colmando quella che *appariva* [corsivo nostro] essere una lacuna del nostro ordinamento». L'a. prosegue, sostenendo che per l'affermazione nella prassi dei contratti di affidamento fiduciario (vale a dire, nella nostra ottica, dei *trust* di diritto interno) occorre «rimuovere il nesso culturale tra fiducia e segretezza», ma come si è già visto e come si vedrà oltre nel Cap. III, tale nesso culturale altro non è che un equivoco fondato sull'erronea convinzione della non trascrivibilità nel nostro sistema dell'accordo fiduciario.

²²¹ Sulle possibilità di scelta tra *fiducia* segreta e fiducia palese, v. *supra* note 105-114 ed anche *infra* nel testo. E ci sembra che nella conclusione del suo recente saggio la stessa M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., pp. 581-582, prospetti quanto si va proponendo nel testo là dove prevede che anche il negozio fiduciario che produca un vincolo di destinazione possa essere trascritto ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. Si rileva, altresì, come la stessa Agenzia delle entrate con la Circolare 27 marzo 2008 n. 28/E mostri di percepire la vicinanza di tutte le fattispecie menzionate nel testo là dove accomuna a fini dell'imposta indiretta sulle successioni e donazioni, atti gratuiti, atti costitutivi di vin-

La mancata trascrizione dell'atto esclude l'applicazione delle regole di prevalenza previste nell'art. 2645-ter c.c.²²² ma non di altre regole di prevalenza che prescindono dalla trascrizione dell'atto come quella della data certa anteriore rispetto ad altri atti *non* trascritti di data certa posteriore; del pari si applica al negozio fiduciario/«negozio di affidamento»/mandato avente ad oggetto beni immobili *non trascritto* la regola contemplata nell'art. 1707 c.c. che prevede la possibilità di opporre il mandato ai creditori del mandatario *solo se l'atto di ritrasferimento del bene ovvero la domanda giudiziale volta a conseguirlo sono stati trascritti prima della trascrizione del pignoramento*²²³.

Questa possibilità di scelta tra – semplificando – l'atto che viene, in concreto²²⁴, ad essere *opponibile solo tra le parti* (mandato non trascritto/«negozio di affidamento»/negozio fiduciario/atto di destinazione unilaterale non trascritto) e l'atto opponibile *erga omnes* (trust/«negozio di affidamento fiduciario»/negozio fiduciario attributivo o rinforzato/atto di destinazione unilaterale trascritto) rende il nostro ordina-

coli di destinazione e negozi fiduciari (sui limiti di tale impostazione si veda tuttavia *infra* Cap. III, par. 6).

²²² «[...]la previa trascrizione [dell'atto di destinazione] ha l'effetto di rendere opponibile il vincolo ai successivi acquirenti e ai creditori del disponente, che non potranno procedere in via esecutiva nei confronti del bene, essendo tale diritto riconosciuto ai soli creditori per debiti assunti per la realizzazione dello scopo»: G. DE NOVA, *Esegesi ecc.*, cit., p. 3.

²²³ Se, invece, il (negozio fiduciario/«negozio di affidamento»/) mandato fosse trascritto, oltre a transitare nominativamente nelle figure dell'atto di destinazione/trust/«negozio di affidamento fiduciario», si applicherebbe la regola contenuta nell'art. 2645-ter c.c., che prevede la prevalenza sul pignoramento del *mandato stesso* (e non dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale) *dalla data di trascrizione del medesimo*. Per quanto riguarda gli atti di destinazione aventi ad oggetto *beni mobili non registrati* o si propende per l'inclusione nell'art. 2645-ter c.c., valendo perciò quanto appena detto nel testo, ovvero – come sembra preferibile – si continua ad applicare ad essi, rispetto ai creditori del mandatario, la regola della prevalenza dell'atto che risulti da scrittura di data certa anteriore al pignoramento (artt. 1707 c.c.): v. *supra* nota 208 e *infra* nel testo.

²²⁴ ...ragionando in astratto, nella prospettiva accolta nel testo, è, infatti, opponibile *erga omnes* agli atti di data certa posteriore non trascritti: v. *supra* note 105-114.

mento più avanzato degli stessi ordinamenti di *common law* in cui la mancata esistenza di sistemi pubblicitari analoghi alla trascrizione (o iscrizione) nei registri immobiliari (o tavolari), fa sì che riguardo ad essi non si possa parlare di *fiducia segreta* e di *fiducia palese* in quanto l'intestazione fiduciaria non è sottoposta – in genere – né a particolari regimi formali (quantomeno non a pena di nullità) né a particolari regimi pubblicitari²²⁵. Da ciò consegue che i soggetti agenti in *common law* possono venire a trovarsi in posizioni decisamente estranee alle loro intenzioni (si pensi al *constructive* e al *resulting trust*²²⁶) mentre nel nostro sistema è possibile, va-

²²⁵ V. *supra* nota 210 e semre L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, cit.

²²⁶ L'operatività di questi istituti secondo le regole dell'*Equity* porta, sostanzialmente, un soggetto a ritrovarsi *trustee* nell'interesse di un altro quando ciò oltre a non corrispondere affatto alle reali intenzioni di entrambi i soggetti coinvolti nell'operazione, potrebbe anche tutelare *ingiustamente* il soggetto che ha intestato segretamente beni ad un altro per ragioni non sempre *meritevoli* in senso lato (e non tecnico). Questo elemento, mai preso in considerazione finora negli studi in materia, non sembra, invece, da trascurare e comunque porta a respingere le proposte di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 215, volte a dare accesso al c.d. *affidamento fiduciario presunto* e, in generale, agli affidamenti fiduciari non verbalizzati che appaiono contrari alla scelta fatta dal nostro sistema contro l'esistenza di diritto onorario che, invece, essi presuppongono: v. anche *infra* Cap. III. Più in generale, sempre a conferma dell'impossibilità di estendere l'operatività del c.d. *trust* non volontario (*constructive* o *resulting*) nel nostro sistema giuridico deve rilevarsi come nei sistemi di *common law* il trasferimento del possesso di un bene da un soggetto ad un altro a titolo gratuito non è un *gift* né una *donation*: esso, infatti, si presume fatto in *trust* a favore del disponente e non *donandi causa* in favore del possessore, e ciò in armonia con i dettami della *consideration doctrine* (cfr. J. P. DAWSON, *Gifts and promises*, New Haven & London, 1980, p. 199 ss.; cfr. anche R. SACCO, *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 26). Particolarmente significativo sul punto è il famoso caso *Webb v. Webb* su cui si è pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel 1994 (citato *supra* Cap. I, nota 30) in cui viene esaminata una tipica fattispecie di *resulting trust*, quale è quella nascente dagli acquisti di beni intestati a persona diversa da quella che ne ha pagato il prezzo («[...]In English law, where a person finances the purchase of property in the name of another, that person is presumed, in the absence of clear intention to bestow a gift, to have retained the beneficial interest in the property and the nominal owner is presumed to be a trustee. In order

lutando i rischi, optare per una *segretezza* dell'intestazione fiduciaria che – difficilmente – potrà essere ribaltata dal giudice (v. *infra*).

In altre parole, al contrario di quanto avviene in *common law*, la mancata pubblicizzazione dell'atto di destinazione (in tutte le sue configurazioni possibili) determinerà la perdita per il disponente e per gli stessi beneficiari di strumenti di tutela previsti per gli atti di destinazione pubblicizzati ma ciò, ben lungi dall'essere un *deficit* del nostro sistema, ne rappresenta, a ben vedere, un *quid pluris*, perché – a conti infatti – incentiva a palesare le intestazioni, in senso lato, fiduciarie di beni (*alias*: i vincoli di destinazione patrimoniale, rendendo più trasparente la circolazione giuridica), ove si intenda avvalersi della regola di prevalenza della trascrizione e dei conseguenti mezzi di tutela (v. *infra* Cap. III, par. 3) che, invece, non competono in caso di mancata pubblicizzazione dell'accordo fiduciario.

Dalla mancata pubblicizzazione dell'atto di destinazione consegue una *diminuzione* di tutela del soggetto disponente (e/o del beneficiario) che, al contrario, nei sistemi di *common law* viene ad essere tutelato comunque (con il ricorso agli istituti del *constructive* e del *resulting trust*) ma non è detto che questa sia la soluzione migliore ove si pensi ai possibili usi distorti delle intestazioni, in senso lato, fiduciarie non palesate (*alias*

to rebut that presumption, the son, relying on the presumption of advancement, contended that the flat had been a gift to him. However, that argument did not convince the High Court which deduced from the fact that the flat was used by the father that he intended to keep the property for himself[...]»). Si vede come il caso oggetto della pronuncia *Webb v. Webb* configuri, dal punto di vista del diritto italiano, di una classica fattispecie di c.d. *intestazione di beni in nome altrui*, qualificata, di regola, nel nostro ordinamento, come *donazione indiretta* del bene (ma qualificabile anche come “donazione diretta” del denaro ovvero come adempimento del terzo: v. sul tema sempre *La liberalità*, II, cit., p. 205 e ss). La diversa qualificazione della fattispecie in Italia (indipendentemente dalle diverse possibili ricostruzioni che se ne possono offrire) e in Inghilterra attesta, ci sembra, la differenza di impostazione fra il nostro sistema e quello di *common law* sul piano degli strumenti di tutela approntati per riequilibrare le posizioni giuridiche ed economiche dei soggetti coinvolti in determinate operazioni, fermo restando che in entrambi i sistemi è avvertita l'esigenza di questo riequilibrio: v. *infra* Cap. III, nota 166.

vincoli di destinazione patrimoniale). Proprio per evitare queste derive ci sembra che le barriere della forma, in primo luogo²²⁷, e della trascrizione dell'atto, in seconda battuta, rappresentino un condivisibile filtro non alla rilevanza giuridica bensì, più precisamente, alla tutela degli accordi fiduciari nel nostro sistema giuridico. In ogni caso non è oggettivamente ravvisabile alcun elemento deficitario in un ordinamento come quello italiano in cui si è scelto di riconoscere alle intestazioni, in senso lato, fiduciarie poste in essere *senza* osservare gli *oneri* pubblicitari per esse previsti, una rilevanza giuridica *alias* opponibilità limitata ai rapporti *inter partes* o, più esattamente, una rilevanza comunque *erga omnes* (cfr. art. 1376 c.c.) che, però, soccombe di fronte ad atti di terzi *trascritti* (e rimane quindi circoscritta alle parti), consentendo, viceversa, una piena rilevanza/opponibilità e tutela in caso di trascrizione, vale a dire di emersione dell'atto e del programma che contiene e ciò in ragione della tutelabilità dell'affidamento che ne deriva (v. *infra* Cap. III).

Seguendo questi percorsi interpretativi *non* si pone neppure il dubbio sulla valenza *costitutiva*²²⁸ della trascrizione prevista dall'art. 2645-

²²⁷ Come già detto e come si vedrà *infra*, la validità dell'atto sul piano della forma sua propria, è presupposto dei discorsi che si vanno facendo sulla opponibilità del medesimo.

²²⁸ *Contra*, da ultimo, A. MORACE PINELLI, *Trascrizione degli atti negoziali di destinazione e amministrazione di sostegno*, cit., p. 499, che riprende e approfondisce le tesi di G. Gabrielli, G. Russo e P. Spada. La scelta dell'a. per la costitutività della trascrizione è comunque coerente con la sua visione dell'atto di destinazione a struttura prevalentemente unilaterale, diverso dal *trust*, ed utilizzabile solo per la realizzazione di interessi di pubblica utilità ben espressa e articolata nella monografia *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit. Cfr. anche G. PETRELLI, *La trascrizione dell'atto di destinazione*, cit., pp. 191-192, dove scinde l'efficacia della trascrizione *ex* art. 2645-*ter* c.c. in dichiarativa riguardo al vincolo di indisponibilità dei beni e costitutiva riguardo alla separazione dei beni. Contro questa impostazione può obiettarsi che l'unità dell'istituto della trascrizione ne impedisce *ab origine* una ricostruzione che ne scinda la tipologia di effetti prodotti con riguardo all'atto trascritto, cosa che, d'altra parte, renderebbe l'atto di destinazione un *unicum* tra gli atti trascrivibili. A supporto può addursi, altresì, l'unità della fattispecie destinataria su cui ci siamo già intrattenuti e che esclude, anche in tal caso, *a priori*, che essa possa essere pubblicizzata con effetti diversi riguardo alle sue diverse parti.

ter c.c., perché ciò significherebbe gettare nella giuridica irrilevanza tutti gli atti di destinazione (nelle varie configurazioni possibili) *non trascritti*, conclusione che oltre ad essere contraria alle previsioni normative²²⁹, non sarebbe certo una scelta opportuna perché eliminerebbe l'operatività nel nostro sistema della c.d. *fiducia segreta* (cioè del mandato/negozio fiduciario/negozio di affidamento/atto di destinazione *non trascritto*)²³⁰. Si tratta, invece, senz'altro di trascrizione *dichiarativa*, come, d'altra parte, è

²²⁹ L'atto di destinazione *non trascritto* – da identificarsi principalmente con il mandato – è espressamente previsto nel nostro codice civile con regole di rilevanza/opponibilità (in part. 1706-1707 c.c.) sue proprie di cui *supra* nel testo. A ciò si aggiunga il negozio fiduciario (che nel mandato non trascritto va sostanzialmente ad identificarsi come la giurisprudenza ha già detto: cfr., *ex multis*, Trib. Cagliari, 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. sarda*, 2001, p. 661; Trib. Como, 2 marzo 2005, in *Società*, 2006, p. 741 e da ultimo Trib. Milano 29 giugno 2005, in *Giur. mer.*, 2006, p. 612): questa figura opera da tempo nel nostro ordinamento. È evidente, dunque, come l'ingresso dell'art. 2645-*ter* c.c. non può abrogare figure normativamente previste né eliminare l'operatività di figure riconosciute in sede giurisprudenziale. La nuova norma va, piuttosto, ad ammettere la possibilità di trascrizione del mandato/negozio fiduciario e, in generale, di tutti gli accordi fiduciari/atti di destinazione *atipici*; ammissibilità che da parte nostra è da ritenersi operante ben prima dell'art. 2645-*ter* c.c. sulla base di una concezione *unitaria* dell'atto fiduciario/di destinazione c.d. dinamico, vale a dire traslativo, e dunque della sua trascrivibilità ai sensi degli artt. 2643 e ss. del codice civile, nonché degli articoli sempre del codice relativi alla trascrizione degli atti di destinazione *tipici*, applicabili in via analogica (discorso simile vale per l'atto fiduciario statico: cfr. art. 167 c.c.). Quando accaduto per il *trust*, ritenuto appunto trascrivibile dalla giurisprudenza ben prima dell'entrata in vigore della novella del 2006, conferma quanto si va dicendo nel testo.

²³⁰ A parte il dato letterale (l'art. 2645-*ter* c.c., così recita: « Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati [...] *possono* [corsivo nostro] essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione»), non c'è e non ci può essere spazio per la concezione costitutiva della trascrizione proprio per le ragioni già espresse di possibile convivenza nel nostro sistema giuridico di forme diverse di accordo fiduciario/negozio costitutivo di vincolo di destinazione. Il nostro sistema appare dunque molto articolato sul piano della realizzabilità degli interessi delle parti le quali non si trovano esposti ad ipotesi di *constructive* o *resulting trust*, potendo loro stesse (e non il giudice) scegliere se dare o meno una rilevanza *erga omnes* alle intestazioni, in senso lato, fiduciarie di beni: v. nota seguente.

stato già ampiamente dimostrato anche facendo leva su dati normativi previgenti²³¹.

Il problema potrebbe essere, piuttosto, quello di capire se le fattispecie di destinazione *non trascritte* producono comunque la *separazione patrimoniale* (ed, in particolare, quella *bilaterale*). In coerenza con quanto fin qui sostenuto riguardo all'unicità e compiutezza del negozio di destinazione atipico (e, dunque, del trust che ne rappresenta una delle principali manifestazioni: v. *infra*), la risposta alla domanda posta non può che essere positiva: i negozi di destinazione di per sé producono tutti gli effetti loro propri (vale a dire ontologicamente connessi alla loro stessa compagine strutturale e causale, da considerarsi, appunto, in senso unitario²³²), e, quindi, certamente producono la separazione bilaterale²³³.

²³¹ In linea di U. LA PORTA, *Atti di destinazione*, Relazione, cit., secondo cui: «la trascrizione prevista dall'art. 2645-ter c.c. non attribuisce carattere reale all'effetto prodotto dall'atto di destinazione, essendo piuttosto corretto affermare che detta trascrizione ordinaria presuppone il carattere reale [cioè di per sé opponibile: *n. d. r.*] degli effetti dell'atto suscettibile di trascrizione». Cfr. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., pp. 182-183, 190-191 e oltre nel testo.

²³² Come già rilevato, va accantonata definitivamente l'idea di un negozio fiduciario/di destinazione scisso in due negozi collegati di cui uno (il *pactum fiduciae*) ad efficacia obbligatoria (*alias* opponibile *inter partes*) ed un altro (l'atto traslativo o costitutivo della titolarità fiduciaria) ad efficacia reale (*alias* opponibile *erga omnes*): cfr. *supra* parr. 3, 4 e note 224 e 319 e *infra* par. 6.

²³³ Come risulta dalla lettura dell'art. 2 Convenzione de L'Aja con riguardo al *trust* nonché dalla lettura dall'art. 2447-*bis* c.c. e come si è già posto in risalto *supra* nel testo e nelle note 211, 371, 318. *Contra* G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 192, che attribuisce alla trascrizione dell'atto di destinazione una duplice valenza: dichiarativa per quanto concerne l'effetto destinatorio e costitutiva con riguardo all'effetto segregativo: si vede come tale scissione di efficacia della trascrizione non sia sostenibile né dal punto di vista della trascrizione né dal punto di vista dell'atto trascritto. Ancora più estrema la posizione di C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1331ss., il quale esclude la produzione di un effetto separativo anche per il *trust* trascritto [*alias* atto di destinazione trascritto *n.d.r.*] in quanto sottrae l'effetto di separazione alla disponibilità negoziale dei privati, giungendo così ad ammettere a tutela del disponente in caso di inadempimento del *trustee* solo l'*exceptio doli generalis*, ma si vede bene come tale visione, che risale al '98, risulti oggi datata: v. anche *infra* nel testo.

(quale effetto *inscindibilmente commesso* alla destinazione che consiste nel vincolare alla realizzazione dello scopo i beni destinati e i loro frutti): solo la legge può prevedere regole in tutto o in parte diverse e ciò deve fare in modo esplicito. Tuttavia, la mancata trascrizione dell'atto di destinazione²³⁴, impedendo l'opponibilità del medesimo e di tutti i suoi effetti ai terzi che pongono in essere atti (confliggenti) trascritti, impedisce, altresì, l'esplicazione dei suddetti effetti²³⁵, se non nei limiti previsti dall'art. 1707 c.c.²³⁶.

²³⁴ ... o, nel caso di destinazione di mobili, la mancanza di data certa anteriore nella scrittura.

²³⁵ ... i quali, invece, ben potrebbero farsi valere nei confronti di un soggetto che abbia posto in essere un atto *non* trascritto di data certa posteriore.

²³⁶ In altri termini se l'atto di destinazione avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati non è trascritto, la separazione patrimoniale bilaterale contro i creditori del mandatario potrà farsi valere solo ove sia trascritto anteriormente al pignoramento l'atto di ritrasferimento del bene oggetto dell'atto ovvero la domanda giudiziale volta ad ottenerlo: sul punto cfr. anche supra nota 223.

Capitolo terzo

La disciplina del trust italiano

1. Il problema disciplinare del trust italiano: la combinazione dei dettati normativi vigenti. – 2. *Segue*. Aspetti fiscali. – 3. *Segue*. Aspetti sostanziali e processuali. – 4. Proposte *de iure condendo* e l'art. 10 (poi 11) del disegno di 'legge comunitaria 2010': piove sul bagnato!

1. *Il problema disciplinare del trust italiano: la combinazione dei dettati normativi vigenti*

Di fronte ad una norma quale è l'art. 2645-ter c.c., di così ampia portata e dal ventaglio applicativo così vasto, i già menzionati conflitti tra le molteplici correnti dottrinali di differente matrice avrebbero dovuto essere accantonati con l'obiettivo di valorizzare il lavoro fin qui svolto da ciascun «formante» e di trovare un punto di incontro nella figura del trust (pron: trust) italiano, vale a dire del 'trust (di diritto) interno/negozio atipico soggetto al diritto italiano'.

Il lavoro dei «formanti» – come già detto – ha portato alla creazione di un modello di trust *altro* rispetto al referente straniero¹. E una volta abbattuto il “tabù” dell'applicabilità della legge italiana al 'trust interno', conseguente alla qualificazione del medesimo in termini di 'trust' [da pronunciarsi con la 'u'] quale negozio atipico di diritto italiano, non sembra sussistere alcuna autentica differenza tra l'atto di destina-

¹ Percepisce ciò, pur rimanendo legata ancora alla fittizia distinzione tra *trust* e atto di destinazione A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter e il trust ecc.*, cit., p. 616, dove scrive che il *trust* istituito in Italia da italiani non sarebbe comunque il *trust* inglese ove anche la legge eletta fosse quella inglese. V. sul punto anche *infra* nota seguente.

zione bilaterale/negozio fiduciario attributivo/negozio di affidamento fiduciario (trascritti) e il trust interno traslativo (trascritto) nonché tra l'atto di destinazione unilaterale (trascritto) e il trust interno auto-dichiarato *alias* non traslativo (trascritto).

Il termine 'trust' così come la locuzione 'atto di destinazione' sono idonei a ricomprendere in se stessi sia la struttura bilaterale (dinamica) sia quella unilaterale (statica) di destinazione (a sua volta statica o dinamica) dei beni². Non si vede, dunque, la ragione di ricorrere ad ulteriori locuzioni come quelle: a) del *negozio fiduciario attributivo, rinforzato o di affidamento fiduciario* ovvero b) di *dichiarazione di fiducia*³, le quali possono

² E che ciò fosse già stato chiaramente percepito negli ambienti professionali proprio all'indomani dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. rileva, esemplarmente, da quanto si legge il 3 aprile 2006, andando al seguente indirizzo de IlSole24ore: http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnline4/Speciali/2006/guida_professionisti/03aprile2006/guida_professionisti_03042006.shtml?uuid=376a8960-c005-11da-8450-00000e251029&DocRulesView=Liber0&fromSearch dove l'ingresso della nuova norma è annunciato con questo titolo: «La nuova disciplina dei trust» ed è, altresì, presente un trafiletto che così recita: «Con una modifica al Codice civile cadono le ultime barriere all'utilizzo del trust nel nostro ordinamento giuridico. Vengono così eliminate le ultime incertezze che ancora riguardavano l'istituto soprattutto sotto il profilo della trascrivibilità e dell'opponibilità a terzi. Lo sdoganamento del trust permetterà di utilizzare una soluzione flessibile per la gestione di patrimoni con loro restituzione ai beneficiari al verificarsi, per esempio, di un determinato evento; ma renderà più agevole anche il trasferimento d'azienda nei casi non contemplati dai patti di famiglia». Peccato rilevare che dal 2006 ad oggi, ben lungi dal giungere a questa evidente conclusione, si invochi ancora dai più un ulteriore intervento del legislatore! Sul punto in conclusione di paragrafo e par. 4. Va, comunque, precisato che il *trust* cui si riferisce l'annuncio riportato è pur sempre il *trust* interno soggetto a legge straniera come risulta dalla clausola della legge applicabile contenuta nel modello di atto costitutivo riportato al medesimo indirizzo web sopra citato. Dal nostro punto di vista, invece, ciò che ha prodotto l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. è il consentire l'operatività del trust di diritto italiano, ferma restando la possibilità di riconoscere *trust* di diritto straniero secondo le previsioni convenzionali: v. oltre.

³ Questa la locuzione utilizzata da M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, pp. 29, 214, per definire situazioni unilaterali identiche a quelle da noi denominate con le locuzioni trust auto-dichiarato o fiducia statica, come, d'altra parte, è ammesso dall'a. stesso: v. *supra* Cap. II, nota 219.

creare inutili confusioni come già posto in luce nel precedente capitolo. Ed, infatti, la molteplicità delle fattispecie richiamate è apparente e non reale dato che l'ampiezza concettuale della categoria giuridica 'atto di destinazione', *trascritto* o *non trascritto*, tutte le comprende (v. *infra*).

Dall'assunzione di tale prospettiva deriva che la distinzione attualmente in voga, incentrata sulle locuzioni 'trust interno' e 'atto di destinazione atipico' (entrambi concepiti come *trascritti*), non vale ad individuare fattispecie diverse, nel senso che l'una ha origine in un ordinamento straniero ed è regolata dalla legge straniera mentre l'altra è di origine e disciplina italiane, dato che, al contrario, entrambe le fattispecie sono originate e regolate in Italia.

Si tratta, a ben vedere, di una distinzione meramente terminologica la quale, però, se intesa in senso sostanziale, produce conseguenze negative sul piano concettuale e, quindi, su quello disciplinare, anche fiscale (v. *infra*); essa si dovrebbe senz'altro abbandonare o, almeno, precisare nella portata.

Fermo restando, infatti, che la locuzione *atto di destinazione atipico* è comprensiva sul piano concettuale e disciplinare di tutti gli atti negoziali *unilaterali* (che realizzano la destinazione di beni con modalità *non* traslativa/staticamente) ovvero *bilaterali* (che realizzano la destinazione dei beni con modalità traslativa/dinamicamente), tipici⁴ o atipici, produttivi di vincoli di destinazione (a sua volta:statica o dinamica)⁵, ed effetti se-

⁴ Già M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 580, dove scrive: «quanto all'atto di destinazione la legge esiste sia con riferimento a figure tipiche che alla figura generale».

⁵ Qui gli aggettivi «statica» e «dinamica» sono utilizzati in riferimento alla *destinazione* e non alla *fiducia* (statica o dinamica, appunto), vale a dire in riferimento all'effetto e non all'atto che ne è la fonte, assumendo così un significato diverso. Chiarificante M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 221, dove scrive che la destinazione, sotto il profilo oggettivo, si distingue in *statica* (quando il programma non prevede il mutamento dei beni affidati) e *dinamica* (quando il programma prevede il mutamento – ad opera dell'affidatario *n. d. r.* – o l'incremento dei beni affidati, quest'ultimo per opera dell'affidante o di terzi). Entrambe, cioè la destinazione statica e quella dinamica, possono poi essere *attive* o *passive* a seconda che sia o meno consentito compiere operazioni *sui* e *con* i beni affidati. La

parativi (bilaterali), si può scegliere di affiancare a questa *accezione estesa* a valenza categoriale, un'*accezione ristretta*, riferita esclusivamente agli atti di destinazione con una struttura *non* contrattuale, vale a dire unilaterale nel senso sopra specificato.

L'evidenza della prassi italiana già consolidata potrebbe, infatti, condurre a fare una scelta tra i diversi *nomina* (sopra elencati), optando per la parola 'trust' in riferimento agli 'atti di destinazione bilaterali *atipici* trascritti'⁶. Ne consegue che: per 'atto di destinazione bilaterale *atipico* trascritto' potrebbe intendersi il 'trust interno a struttura bilaterale (cioè *contratto*)⁷; per 'atto di destinazione unilaterale *atipico* trascritto' potrebbe

destinazione dinamica attiva implica l'operatività del meccanismo della surrogazione come già detto *supra*.

⁶ Ribadiamo, qui, che gli atti di destinazione atipici *non trascritti* (manifestazioni della c.d. fiducia segreta) si identificano nel negozio fiduciario attributivo o rinforzato non trascritto/negozio di affidamento/mandato senza rappresentanza. Anche qui si tratta di denominazioni assimilabili e che valgono ad identificare una sola fattispecie a struttura contrattuale (v. anche *infra* nel testo).

⁷ In *favore di terzo* (sui significati possibili dell'espressione v. *infra* nel testo) ovvero auto-destinato ma pur sempre bilaterale vale a dire implicante il *trasferimento* di proprietà dei beni da (un soggetto) disponente a (un altro soggetto-)gestore. La struttura contrattuale è quella che il trust ha assunto nel nostro ordinamento giuridico dove non ha alcun senso parlare di atto istitutivo di trust come negozio unilaterale collegato ad un atto traslativo, intendendo così dire che la destinazione *alias* istituzione del vincolo sul bene è atto del disponente che precede il trasferimento del bene in quanto può destinare solo il legittimato a disporre ma poi, dopo trasferimento, legittimato a destinare diviene l'avente causa! (così R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust* (art. 2645ter c.c.), Padova, 2008, p. 62; A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. Impr.*, 2009, p. 471s.). Si vede come tale impostazione si viziata *ab origine* da una concenzione dell'atto negoziale che non alberga in Italia dove vige il principio dell'unicità causale e strutturale dell'atto giuridico nel senso che il suo compimento non può essere scisso in momenti cronologicamente distinti in quanto l'operazione, la sua causa e i suoi effetti sono un tutt'uno. In altre parole: è a dir poco ovvio che in capo all'autore di ogni atto negoziale debba sussistere una legittimazione a porre in essere l'atto medesimo e dunque a disporre dei beni che ne sono oggetto nella direzione effettuale propria dell'atto compiuto. Ciò non significa, però, che, in una

intendersi il trust interno *auto-dichiarato*⁸ (v. per le implicazioni disciplinari di questa classificazione *infra* nel testo).

prospettiva di diritto civile italiano, questo momento valga a caratterizzare in senso unilaterale la struttura di un atto che è e rimane contrattuale ove per il raggiungimento dell'obiettivo dell'autore (cioè della realizzazione del complesso effettuale proprio dell'atto) sia necessario ed imprescindibile il coinvolgimento di un altro soggetto: pensare il contrario condurrebbe ad affermare che ogni contratto è in realtà un atto unilaterale (la vendita sarebbe un atto unilaterale in quanto è l'alienante che intende cedere il bene e solo successivamente al manifestazione di codesta volontà che equivale al compimento di un atto, egli procede a trasferire il bene all'acquirente!). Nel caso di trust con trasferimento della proprietà dei beni al trustee è quest'ultimo che, accettando il programma proposto dal *settlor*, funzionalizza il diritto di proprietà sui beni trasferitegli al programma medesimo il quale vale a supportare causalmente lo stesso trasferimento che, come già posto in luce (v. *supra* nota 224), non può essere *astratto*. L'atto istitutivo di trust si pone in essere sempre con la partecipazione del *trustee* cui vengono trasferiti i beni e che accetta l'incarico di gestirli nell'interesse del disponente e/o di terzi, vale a dire assume su di sé delle obbligazioni: sia il trasferimento sia l'assunzione di obbligazioni nel nostro sistema non sono consentiti se non tramite contratto (salvo le ipotesi di obbligazioni aventi fonte nella legge ovvero nell'atto illecito). Cfr. già C. CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, cit., p. 451, dove puntualizza che il *trust* è uno dei possibili contratti innominati per il necessario intrecciarsi al momento della costituzione, dell'atto istitutivo e del trasferimento dei beni al trustee, il quale ultimo, ove posto in essere *inter vivos*, non può che avere forma di contratto. Cfr. lo stesso M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, cit., p. 173, dove scrive che nulla impedisce che in un contesto civilistico l'equivalente funzionale dell'atto istitutivo di *trust* (atto, come si sa, unilaterale) sia un contratto. In tal senso anche Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit., e di recente A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, cit., p. 617, là dove, facendo anche leva sulla dizione ampia dell'art. 2 Convenzione, afferma che essa non è di ostacolo alla istituzione in Italia del *trust* tramite contratto, ferma restando la normalità della struttura unilaterale; l'adozione della struttura contrattuale consente di dare maggiore spazio al controllo del disponente sull'attività del *trustee*, in sostituzione o in aggiunta a quello giudiziale, e in coerenza con quanto stabiliscono l'art. 2, ult.co., Convenzione, e l'art. 2645-ter c.c.

⁸ Anch'esso *in favore di terzo* (sui significati possibili dell'espressione v. *infra* nel testo) ovvero auto-destinato, in quanto trattasi di negozio unilaterale da cui derivano il vincolo di destinazione dei beni ed il conseguente effetto separativo dei medesimi dal patrimonio del disponente/gestore. Tutto ciò non è nuovo ove si pensi ai celebri studi di G.

Entrambe le strutture di atto di destinazione/trust interno possono essere *a favore di terzi* ovvero *auto-destinate*, vale a dire poste in essere per avvantaggiare soggetti determinati ovvero lo stesso disponente; entrambe le strutture possono essere utilizzate per la realizzazione di uno *scopo*, potendo in questo caso configurarsi come *fondazioni di fatto* «dipendenti» ovvero «autonome»⁹.

BENEDETTI (*Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969) e C. DONISI (*Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972) sulla possibilità per un negozio unilaterale di produrre nel nostro sistema effetti – purchè vantaggiosi – direttamente nella sfera giuridica di un terzo, senza l'accettazione di costui e salva la possibilità di rifiutare nonché alla *fiducia statica* – locuzione questa che, oggi, conviene utilizzare limitatamente agli atti di destinazione unilaterali atipici non trascritti.

⁹ Così M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, cit., in part. p. 1161, secondo cui è *dipendente* la fondazione realizzata trasferendo i beni oggetto di dotazione a soggetti altri rispetto al fondatore; è *autonoma* quella in cui non ci sia trasferimento di beni ad altro o preesistente soggetto [potrebbero utilizzarsi anche qui gli aggettivi *dinamico* e *statico*]. L'a. giustifica la possibilità che il tipo della «fondazione non riconosciuta» appaia nella fattispecie di un atto di destinazione dato che, essendo stato abrogato l'art. 2, co. 2, disp. att. c.c., la denuncia al Prefetto ai sensi del 3 disp. att. c.c. non può più condurre al riconoscimento d'ufficio della fondazione e questa circostanza può essere vista come un ulteriore segnale legislativo di favore per la fondazione non riconosciuta al pari della regola contenuta nell'art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, che, ai fini del riconoscimento come persona giuridica della fondazione, richiede *solo* la possibilità e liceità dello scopo e *non* anche la sua pubblica utilità, legittimando quindi *l'atipicità totale* dell'interesse perseguibile mediante la costituzione di un ente senza scopo di lucro e dunque l'assenza di controlli pubblici sui patrimoni soggettivizzati (cfr. per la visione tradizionale D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, I, Padova, 1989, pp. 24 e ss., 59 e ss.). Cfr. sul punto già F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., pp. 170-172; e, poi, incisivamente G. PALERMO, *Destinazione di beni allo scopo, autonomia negoziale, tecniche normative*, in AA. V.V., *Valore della persona e giustizia contrattuale. Scritti in onore di A. De Cupis*, Milano, 2005, p. 215 ss.; ID., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., pp. 87-88, in cui l'a. significativamente si domanda se, in assenza di riconoscimento governativo, tutto quanto posto in essere dal fondatore resti privo di giuridica rilevanza e se davvero sia inconcepibile che una siffatta organizzazione possa essere guardata dall'ordinamento come una vera e propria *universitas iuris* di matrice negoziale suscettibile di assicurare – quantomeno entro i termini tempo-

La suddetta distinzione tra trust (interno) e atto di destinazione (atipico) assume dunque un significato preciso, diverso da quello attualmente diffuso: sempre di ‘trust (interno)’ o, viceversa, sempre di ‘atto di destinazione (atipico)’ si tratta, solo che *convenzionalmente* e per comodità potrebbe adottarsi l’impiego della prima denominazione, quella di ‘trust’ in riferimento alla *struttura* bilaterale e l’impiego della seconda, quella di ‘atto di destinazione’, in riferimento alla *struttura* unilaterale di *destinazione* dei beni (sebbene avvertiamo che, da parte nostra, abbiamo utilizzato ed utilizzeremo di frequente, nel corso della presente indagine, le due denominazioni in modo del tutto interscambiabile, essendo esse sinonimi nonchè idonee a designare e comprendere tutte le tipologie di destinazione).

La prima struttura (il ‘trust’) prevede che la destinazione dei beni si attui mediante il trasferimento dei medesimi dal titolare dei beni ad un altro soggetto che ne diventa titolare egli stesso nella qualità di trustee cioè assumendo l’obbligo di rispettare il programma destinatorio; la seconda struttura (‘l’atto di destinazione’) prevede, invece, che la destina-

rali fissati dall’art. 2645-ter c.c. – la realizzazione del programma perseguito dall’autore e, infine, se non sia giunto il momento di ritenere che il ricorso alla tecnica classica – involgente la creazione dell’ente morale” per la realizzazione della finalità perseguita – costituisca solo una facoltà esercitabile dal disponente, il quale voglia assumere il ruolo di fondatore, per andare al di là del novantennio o per affidarsi alle garanzie offerte dall’ordinamento statale o per avvalersi di agevolazioni particolari sul piano fiscale o contributivo; cfr. G. DE NOVA, *Esegesi dell’art. 2645-ter codice civile*, in cit., p. 1: «l’atto di destinazione può certamente essere un atto unilaterale, con cui il proprietario di beni immobili o mobili registrati destina tali beni ad uno scopo, quello di realizzare determinati interessi, che devono essere meritevoli di tutela, beni che tuttavia rimangono di proprietà del disponente, sia pure soggetti al vincolo così creato. A mio parere lo scopo deve essere espressamente indicato nell’atto di destinazione, che non può essere atto astratto (potremmo parlare di *expressio finis*)»; cfr. anche R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l’art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 234. In giurisprudenza il riferimento è sempre a Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit., che, ancora prima dell’entrata in vigore dell’art. 2645-ter c.c., ammetteva il trust [anche auto-dichiarato *n.d.r.*] in ragione del fatto che nel nostro sistema operavano già patrimoni destinati di fonte negoziale come le fondazioni familiari.

zione si attui con un'auto-dichiarazione del titolare dei beni da cui deriva un'auto-limitazione/auto-funzionalizzazione della titolarità sui beni medesimi¹⁰. È lo stesso titolare dei beni che assume l'obbligo di rispettare il programma destinatorio, vale a dire: è assente il trasferimento ad altri del diritto di proprietà sui beni destinati¹¹.

¹⁰ Cfr. G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione*, cit., p. 327, che espressamente imputa all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. la possibilità per il proprietario di spogliarsi del potere di disporre di un bene per tutti i fini diversi da quello cui la cosa è stata destinata e, correlativamente, sottrarre ai creditori il potere di soddisfarsi sul bene stesso in relazione ad obbligazioni sorte per fini estranei al perseguimento di quello di destinazione; cfr. anche M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione ecc.*, cit., p. 1159: «effetto dell'atto di destinazione [unilaterale *n.d.r.*] è quello di limitare le facoltà proprietarie del disponente [...]».

¹¹ Nel trust auto-dichiarato *alias* atto di destinazione unilaterale atipico la destinazione si attua unilateralmente perché si verifica una coincidenza di ruoli (disponente=trustee) mentre nel caso del trust contrattuale la mancata accettazione del trustee impedisce il realizzarsi della stessa destinazione dei beni. Se nel trust-autodichiarato il disponente-trustee incarica un terzo di compiere uno o più atti funzionali alla realizzazione del programma destinatorio, non siamo in presenza di collegamento negoziale in senso tecnico (tra atto di destinazione unilaterale e mandato ad amministrare) ovvero di un mutamento di struttura del trust auto-dichiarato, il quale è e resta unilaterale. I modi di attuazione del programma gestorio sono rimessi al disponente-trustee appunto, e nulla esclude che nello stesso atto auto-istitutivo del trust sia prevista la possibilità per il disponente-trustee di attribuire alcuni compiti ad un terzo mandatario che tale rimane e con il quale non è concepibile la stipulazione di un *pactum fiduciae* in senso tecnico (richiedente, cioè, il trasferimento dei beni al fiduciario ovvero il coinvolgimento del medesimo nella fattispecie fiduciaria) con riguardo al programma destinatorio, perché, altrimenti, questo terzo diventerebbe egli stesso il trustee obbligato alla realizzazione del programma destinatorio mentre è semplicemente un incaricato, magari solo per singoli atti, che risponde verso il disponente-trustee secondo le regole del mandato (cfr. artt. 2, co. 2, lett. b); 8, co. 2, lett. c) Convenzione de L'Aja in cui si prevede espressamente la possibilità per il trustee di delegare dei compiti a terzi che agiscono per suo conto). Obbligato alla realizzazione del programma destinatorio è sempre e solo il disponente-trustee del trust auto-dichiarato e tale obbligo, una volta *trascritto* l'atto di trust auto-dichiarato, sorge verso chiunque abbia interesse alla realizzazione del programma destinatorio come chiaramente stabilisce l'art. 2645-ter c.c. (v. *infra*). L'eventuale contestualità dell'istituzione del vincolo mediante auto-dichiarazione e dell'incarico da parte del disponente-trustee a soggetto diverso di compiere alcuni atti funzionali alla realizzazione del programma de-

Va ribadita l'*unità* assoluta sul piano giuridico di entrambe le fattispecie di destinazione nel senso che riguardo ad esse non può parlarsi di doppio negozio (atto istitutivo e atto dispositivo o di dotazione) ovvero di negozi collegati o altro ancora. Come si è tentato di porre in luce, le tesi dello sdoppiamento delle fattispecie negoziali, che tanti equivoci hanno generato e generano¹², non possono non essere respinte in un sistema come quello italiano che relega in ristrettissimi ambiti di azione l'astrazione negoziale sul piano causale e che concepisce la struttura di un atto secondo una logica binaria, come bi- (pluri) laterale ovvero unilaterale, esclusivamente in ragione della necessità o meno dell'accettazione di un altro soggetto, diverso dall'autore dell'atto, per la produzione degli effetti propri dell'atto medesimo in conformità alla volontà del suo autore.

Né in contrario può addursi che la scissione dell'atto in più atti diversamente regolati riguardo al trust emerge proprio dal testo convenzionale (cfr. art. 4 Convenzione de L'Aja) perché è solo il contesto internazionale-privatistico a consentire valutazioni dell'atto da diversi punti di vista. Tali valutazioni non hanno, invece, ragion d'essere in un contesto di diritto sostanziale (nazionale), il quale impone di guardare ad un atto negoziale in ossequio ai principi fondamentali che regolano il contesto medesimo e, tra questi in Italia vige quello dell'unità della fattispecie ne-

stinatorio, non incide sulla struttura unilaterale dell'atto di destinazione/trust auto-dichiarato. L'atto di auto-destinazione è pur sempre unilaterale e ciò che viene contrattualizzata è una parte dell'attività gestoria dei beni vincolati ad opera del disponente-trustee mentre nel trust bilaterale è la stessa imposizione del vincolo di destinazione ad essere inserita in una struttura contrattuale. Altro e ulteriore problema è quello dell'intervento nell'atto istitutivo del vincolo di destinazione dei beneficiari: v. *infra*.

¹² Si pensi alla scissione tra *pactum fiduciae* e atto di trasferimento che ha caratterizzato la concezione del negozio fiduciario, generando la convinzione che l'uno potesse essere a forma libera e l'altro, invece, necessitasse della forma scritta per la validità in caso di disposizione di beni immobili. Ma la scissione di un atto negoziale in due o più atti diversi genera anche problemi sul piano dell'identificazione della sua *causa* e dunque della giustificazione degli effetti che da esso si fanno derivare nonché problemi sul piano della struttura e dunque fiscali ove dall'atto derivino effetti traslativi: v. anche *infra* nel testo.

goziale sul piano causale¹³ e strutturale. Fermo restando, dunque, che trattasi di realtà negoziali unitarie¹⁴, esclusivamente i due elementi, strutturale e causale, possono giustificare (eventuali) differenze disciplinari fra ‘trust’, da una parte, e ‘atto di destinazione unilaterale’ (*alias* trust auto-dichiarato), dall’altra¹⁵; ovvero tra i diversi tipi di ‘trust’ e tra i diversi tipi di ‘atti di destinazione’¹⁶.

Sul piano causale, infatti, il fenomeno destinatorio di fonte negoziale è diversamente inquadrabile: non a caso al termine ‘trust’ si accompagna sempre un aggettivo, il quale vale a specificarne la *causa* vera e propria (es.: trust familiare, fallimentare, testamentario, solutorio, liquidatorio, di garanzia ecc.).

Gli ‘atti di destinazione’ atipici *alias* ‘trust interni’, possono, dunque, distinguersi da un punto di vista strutturale nel senso che il vincolo

¹³ Sia consentito rinviare sul punto a quanto detto in *La liberalità*, I, cit., Cap. II, Sez. II, par. 2 e 3, dove si tenta di porre in luce la differenza tra fattispecie neutra e fattispecie astratta e il diverso ruolo della *causa* nell’una e nell’altra nonché i limiti di operatività di quest’ultima nel nostro ordinamento.

¹⁴ V. già in tema di negozio fiduciario. Cfr. U. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, III) *Negozio fiduciario*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XX, p. 3.

¹⁵ Vicino, anche se non troppo, all’impostazione qui proposta ci sembra il già citato lavoro di U. LA PORTA, *Atto di destinazione dei beni allo scopo ecc.*, loc. cit., che appunto bene tratteggiava già nel 2007 le differenze disciplinari tra l’atto di destinazione traslativo e quello non traslativo, individuando nell’uno e nell’altro le situazioni soggettive facenti capo alle parti ed ai beneficiari e giungendo ad indicare i complessi normativi di riferimento per la loro regolamentazione. L’impostazione dell’analisi dell’a. è, in buona parte, da noi condivisa tranne che per alcune conclusioni relative alla qualificazione delle posizioni soggettive coinvolte nelle fattispecie destinatorie nonché per la premessa di fondo secondo cui atto di destinazione e trust sono fattispecie diverse. Al contrario, superata questa visione, ciò che l’a. ben focalizza riguardo alle due tipologie di atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* e alla loro disciplina vale senz’altro anche per il trust contrattuale e il trust auto-dichiarato che sono solo nomi diversi per indicare le medesime fattispecie destinatorie (v. anche *infra* nel testo).

¹⁶ In altre parole le differenze disciplinari sono dettate dalla struttura ma anche se questa è identica possono derivare dalla diversa causa degli atti posti in essere: cfr. oltre nel testo.

può essere istituito con o senza trasferimento (contrattualmente o unilateralmente)¹⁷ dei beni destinati; essi possono, altresì, distinguersi da un punto di vista causale. È *causale* quell'*interesse* che anima il disponente nei confronti dei *beneficiari* della destinazione ovvero dello scopo da attuare con la destinazione e che vale, appunto, a giustificare l'apposizione del vincolo destinatorio su determinati beni, sostenendone anche il trasferimento a soggetto diverso, ovvero l'autolimitazione di potere dispositivo sui medesimi da parte del loro stesso titolare¹⁸. L'*interesse* verso il/i bene-

¹⁷ Cfr. U. LA PORTA, *Atto di destinazione dei beni allo scopo ecc.*, cit., pp. 1096-1113, che ben focalizza l'irrelevanza del trasferimento del diritto conformato per l'identificazione della fattispecie contemplata nell'art. 2645-ter c.c., idonea a ricomprendere sia ipotesi di *autodestinazione* sia ipotesi di *destinazione traslativa*. Da parte nostra aggiungiamo che appare utile tenere conto delle potenzialità esplicative del trust italiano a struttura contrattuale: nel trust contrattuale il disponente può conservare un ruolo importante e decisivo nella attuazione del programma destinatorio in contrasto con il modello originario di *trust* inglese ma non con quello di trust convenzionale (cfr. art. 2, co.3 Convenzione de L'Aja: « Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative [...] non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust») che appare, tra l'altro, conforme al disposto dell'art. 2645-ter c.c. il quale consente al conferente di agire per la realizzazione del programma gestorio al pari di qualsiasi altro interessato: v. *infra*.

¹⁸ Sembrano, dunque, da accantonare definitivamente le concezioni che vedono nella destinazione in sé (M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, p. 219 e U. LA PORTA, *Gli atti di destinazione*, Relazione, cit.) la *causa* dell'atto di destinazione atipico/trust perché ciò è contro il dato evidente dell'applicazione alle suddette fattispecie, nella loro concreta configurazione, di norme che presuppongono *cause* diverse in relazione all'interesse effettivamente perseguito dal disponente avendo riguardo ai beneficiari ovvero allo scopo da attuare con il programma destinatorio (es.: azione di riduzione contro i beneficiari del trust che abbia leso i diritti dei legittimari del disponente; azione revocatoria fallimentare del trust che abbia leso i diritti dei creditori del costituente fallito; azione di nullità del trust testamentario che abbia violato il divieto dei patti successori e così via). In alcuni casi può assurgere a livello causale l'interesse gestorio dei beni destinati (non quello di destinazione mera), dato che la costituzione di un trust auto-destinato con la nomina di un *trustee* che diviene titolare dei beni ovvero nel caso di trust auto-dichiarato con incarico di gestione ad un terzo dei beni di cui si resta titolari, la gestione fruttuosa dei beni è senz'altro la ragione principale che induce il disponente a porre in essere l'atto istitutivo di trust auto-destinato. Esso, tuttavia, rimane in sé considerato uno schema di destinazione dei beni

ficiario/i ovvero verso lo scopo della destinazione vale a qualificare lo schema destinatorio *alias* l'atto di destinazione/il trust sul piano *tipologico-causale*, in tale qualificazione sono inclusi i *profili di onerosità* ovvero di *gratuità della destinazione* i quali, dunque, vanno identificati sempre e solo avendo riguardo al/ai destinatario/i dei benefici finali della destinazione¹⁹.

idoneo a soddisfare molti altri interessi in via principale, rispetto ai quali quello di gestione rimane confinato all'aspetto strutturale dell'atto come accade, d'altra parte, per l'interesse ad *attribuire*, in senso generico, presente in un classico schema *attributivo* del nostro ordinamento: quello del contratto a favore di terzo (v. *infra*).

¹⁹ Va sottolineato che nel caso in cui la destinazione venga attuata mediante struttura contrattuale, cioè con trasferimento dei beni al *trustee*, si impone una *doppia valutazione* del trust/atto di destinazione sul piano causale: è necessario, infatti, valutare la *causa della destinazione* che comprende il perché del trasferimento dei beni dal disponente al trustee e il perché del trasferimento dei beni, oggetto della gestione del trustee, a soggetti diversi (i beneficiari). Questi "perché" [*causae*] si individuano avendo riguardo al rapporto disponente-beneficiari; ma è necessario, altresì, valutare la *causa dell'assunzione dell'obbligo di gestione da parte del trustee*, avendo riguardo al rapporto disponente-trustee. Questo rapporto va, anch'esso, qualificato in termini di onerosità ovvero di gratuità, in quanto il trustee può o non può percepire un compenso per l'attività svolta (esattamente come nel mandato che si presume oneroso ma ben può essere gratuito: art. 1709 c.c.). Si vede, dunque, come nel trust contrattuale/atto di destinazione bilaterale sussistano due piani causali, vale a dire giustificativi di spostamenti patrimoniali da un soggetto ad un altro: il primo attiene al rapporto disponente-beneficiari e incide sulla qualificazione stessa del trust come liquidatorio piuttosto che donativo in quanto riguarda il "perché della destinazione" dei beni; il secondo attiene, invece, al rapporto disponente-trustee e incide sulla qualificazione in senso oneroso o gratuito della gestione a carico del trustee in quanto riguarda il perché un soggetto (il trustee), divenuto proprietario di certi beni, assume contestualmente l'obbligo di autolimitare il proprio potere di esercizio del diritto di proprietà di cui è diventato titolare e di gestire quei beni per conto di altri: nella maggior parte dei casi, questo "perché" consiste in una lauta retribuzione per l'attività svolta e dunque, così come stabilito per il mandato, si potrebbe affermare esistente nel nostro sistema per il trust contrattuale una presunzione di onerosità deducibile sempre dalla configurazione che la fattispecie ha assunto nella prassi, fermo restando che per i trust familiari ben possono rinvenirsi esempi di trust gratuiti. La presenza del doppio profilo causale sussiste ogniqualvolta ci si trovi in presenza di rapporti trilaterali *alias* di fenomeni di intermediazione patrimoniale (v. oltre nel testo). Ed, infatti, nel caso di atto di destinazione/

Interpretazioni diverse, fondate su – inevitabilmente arbitrari – tentativi di riempire di contenuto limitante la locuzione ampia e generica di *atto di destinazione* contenuta nell'art. 2645-ter c.c., conferendogli una struttura piuttosto che un'altra, inquadrandolo solo negli atti auto-dispositivi piuttosto che negli atti traslativi, esasperando oltre ogni limite ragionevole il criterio/requisito della meritevolezza dell'interesse perseguito²⁰ e, infine, circoscrivendo l'area degli scopi con esso perseguibili, appaiono intrinsecamente deboli e destinate ad essere superate non solo e non tanto dall'autonomia negoziale quale entità astratta ma, soprattutto, dalla concretezza delle fattispecie (di trust interno) che già operano nel nostro ordinamento, tipizzate in diverso grado, e comunque tutte ascrivi-

trust auto-dichiarato questo sdoppiamento del profilo causale non sussiste in quanto il disponente rimane proprietario e gestore dei beni (salvo mandato collegato all'atto di destinazione ma che appunto per questo ne rimane fuori) e ciò su cui è necessario focalizzare l'attenzione è il perché dell'auto-destinazione e dunque la qualificazione tipologica del trust (donativo, testamentario, di garanzia, solutorio, liquidatorio ecc.). Cfr. anche oltre nel testo e nelle note.

²⁰ Oltre a quanto detto supra nel testo, si vedano i condivisibili rilievi di G. DE NOVA, *Esegesi ecc.*, cit., pp. 2-3, dove ammette la rilevanza giuridica degli interessi dei beneficiari e del disponente, sia pure non meramente egoistici. Pensiamo all'interesse alla conservazione nel tempo della casa avita; interesse a conservare nel tempo l'integrità di un bene: si pensi ad una collezione, o ad una biblioteca. Qui l'interesse non si appunta su persone, ma sul bene stesso oggetto di destinazione. L'a. sovrappone, poi, i piani da noi sopra individuati distintamente quando scrive che non è sufficiente una valutazione della meritevolezza dell'interesse come tale, dovendosi piuttosto procedere ad una valutazione dell'interesse in relazione alla specifica situazione del disponente, giungendo ad affermare che è nullo per difetto di meritevolezza l'atto di destinazione il cui scopo espresso è meritevole di per sé, ma è posto in essere da un disponente che così facendo sottrae alla garanzia generale dei creditori quanto necessario per il loro soddisfacimento. L'a., inoltre, sottolinea come il giudizio di meritevolezza debba avere riguardo alla congruità rispetto allo scopo, sia quanto alla durata, sia quanto al valore dei beni destinati, posizione che ci appare conforme alle norme vigenti sulle fondazioni; cfr. anche M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, cit., pp. 188-189; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1 e ss. in part. § 5.1; F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, p. 988.

bili all'ampia categoria dell'atto di destinazione come sopra individuata²¹. Tutto ciò con forza inarrestabile. Appare, infatti, inverosimile ipotizzare, a seguito dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., un disconoscimento di fattispecie (di trust interno) già attive da tempo nel nostro sistema. Ma per arrivare a questa conclusione non c'è alcuna necessità di affermare un'inesistente lontananza tra trust interno e atto di destinazione atipico ex art. 2645-ter c.c.²². Si tratta semplicemente di fattispecie *contigue* (in

²¹ Si vede, dunque, come non ci sia affatto bisogno di escludere dalla fattispecie codicistica dell'atto di destinazione, il trust e ciò anche qualora si voglia considerare la prima limitata agli atti di destinazione con scopi rilevanti sul piano etico o di pubblica utilità (vale a dire analoghi a quelli perseguiti con il fondo patrimoniale, le fondazioni anche familiari, i patrimoni separati della società di capitali, le società fiduciarie, i fondi di investimento ma direi anche il patto di famiglia per citare solo alcune delle fattispecie legislativamente tipizzate). Anche se fosse così, i trust con scopi analoghi a quelli dei suddetti atti di destinazione tipici sarebbero soggetti alle norme contenute nell'art. 2645-ter c.c., come, infatti, non può non riconoscersi anche da parte di chi sostiene la diversità tra atto di destinazione e trust (cfr. A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 288). Altra questione sarebbe, poi, quella di verificare se la (eventuale) limitazione degli scopi perseguibili con la destinazione patrimoniale introdotta dall'art. 2645-ter c.c. non si sia tradotta in una limitazione delle tipologie di trust ammesse nel nostro ordinamento (cfr. A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter e il trust ecc.*, cit., p. 614). Anche qui è necessario rispondere sulla base di ciò che è già accaduto, vale a dire in senso negativo. Non c'è bisogno di sottrarre il trust all'art. 2645-ter c.c. al fine di evitare che il primo si trovi "impigliato" nelle (eventuali) maglie del secondo. Infatti, il trust in settori diversi (come quello creditizio, fallimentare, societario), ha già operato nel sistema italiano e opera adesso, con l'avallo della giurisprudenza e nulla può o potrebbe contro tale operatività l'art. 2645-ter c.c. che, anzi, proprio perché già operano trust di quel genere deve essere interpretato in senso ampio, vale a dire come idoneo a ricomprendere in se stesso quei medesimi trust/atti di destinazione.

²² Non condivisibile appare, perciò, la posizione di chi come G. DE NOVA, *Esegesi ecc.*, cit., p. 6, prima scrive che «non vi è ragione per escludere che l'art 2645-ter c.c. possa applicarsi anche ad un atto con cui il disponente trasferisce la proprietà dei beni al persona che li amministri a favore di terzi beneficiari, e così ad un negozio bilaterale [*alias* contratto *n.d.r.*]» e, poi, aggiunge che «l'art 2645-ter c.c. non è norma volta a disciplinare il trust (che dunque rimane non disciplinato dal diritto italiano). Si può al più dire che la trascrivibilità dell'atto di destinazione vale a fugare eventuali residui dubbi che qualcuno

quanto l'una, l'atto di destinazione, *contiene* l'altra, il trust o, meglio, quest'ultima rappresenta una possibile manifestazione della prima), quasi sempre *sovrapponibili*, e le cui *discipline* possono *integrarsi* a vicenda.

Si deve, infatti, considerare che, in Italia, la disciplina dei trust interni, formatasi grazie all'azione congiunta dei già più volte menzionati formanti (dottrina accademica, prassi negoziale e giurisprudenza), è cronologicamente *anteriore* a quella dell'«atto di destinazione» inteso in senso ampio, quale categoria generale di negozio ad effetti destinatari e separativi, normativamente prevista, la cui introduzione definitiva nel nostro sistema risale al 2006.

È proprio questa *anteriorità* della disciplina italiana dei trust interni che, oltre a sancirne l'esistenza indipendentemente dall'art. 2645-*ter* c.c.²³, impone il ricorso ad essa per completare il quadro disciplinare del-

avesse sulla trascrivibilità del trust nel nostro ordinamento!»! Tale affermazione appare *ictu oculi* contraddittoria sul piano logico: come si può affermare che l'art. 2645-*ter* c.c. non contempla il trust se poi il medesimo articolo dovrebbe giustificarne e dunque regolare la trascrivibilità di quest'ultimo?! È evidente, a nostro avviso, che l'a. è animato dal timore di una circoscrizione eccessiva del *trust* ove questo fosse stato assimilato all'atto di destinazione. Ma – come si sta cercando di dimostrare – tale timore è ingiustificato perché l'atto di destinazione non ha i limiti che si tende ad attribuirgli e dunque il trust non ha nulla da “temere”!

²³ I trust interni hanno una disciplina loro propria di diritto italiano, creata dalla prassi, dalla giurisprudenza e da una buona parte della riflessione dottrinale anche non specificamente accademica (come si è fin qui tentato di dimostrare). Tale disciplina in gran parte può coincidere con quella dell'atto di destinazione contemplato nell'art. 2645-*ter* c.c. (si pensi, ad esempio, alla prescrizione di forma e all'effetto della trascrizione), in parte può invece essere diversa da quella dell'atto di destinazione perché appunto si è venuta a comporre nel corso del tempo sulla base di una serie di convinzioni – più o meno corrette – del rapporto tra legge straniera regolatrice e legge del foro, come dettato dall'art. 13 Convenzione de L'Aja. Proprio in forza delle correnti dottrinali sopra analizzate (cfr. Cap. I e Cap. II, par. 1, 2) tale Convenzione e la relativa legge di ratifica hanno avuto un ruolo significativo nella progressiva composizione della disciplina del trust interno italiano ma non può essere considerata in senso tecnico una fonte di regole del trust interno in quanto essa riguarda propriamente e si applica ai *trust* ‘non interni’, cioè dotati di elementi di internazionalità. Allo stesso modo non costituiscono fonti di regole del trust in-

L'atto di destinazione, così come oggi è ovvio ricorrere alla disciplina dell'atto di destinazione contenuta nell'art. 2645-ter c.c. per completare (e/o modificare a partire dal 2006) la disciplina dei trust interni²⁴. Più in generale, sembra senz'altro potersi affermare che i risultati interpretativi raggiunti in materia di 'trust interno' vadano senz'altro estesi all'atto di destinazione come categoria generale: si pensi, ad esempio, al già affrontato tema della meritevolezza dell'interesse perseguito con l'atto di destinazione ma anche alla natura giuridica della posizione dei beneficiari²⁵

terno le leggi straniere cui – ancor oggi! – si rinvia negli atti di trust, se non nel senso che lo studio delle medesime ha determinato il formarsi e favorito il consolidarsi, nella prassi notarile nostrana, di regole sul trust interno (italiano): v. *infra* nel testo.

²⁴ In quest'ottica non appare, perciò, in alcun modo traumatica la circoscrizione – conseguente all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. – nel nostro sistema della validità di soli trust interni di durata novantennale. Si tratta, evidentemente, di una modifica della disciplina che si era venuta formando nei modi già detti e che non prevedeva questo limite temporale ovvero ne prevedeva di più ristretti (a seconda della legge straniera considerata applicabile!). Altre modifiche attengono: 1) alla modalità di trascrizione nel senso che la modalità di trascrizione prevista per il trust auto-dichiarato deve essere modificata ed uniformata alla modalità di trascrizione prevista per l'atto di destinazione nella sua forma unilaterale; del pari la modalità di trascrizione prevista per il trust bilaterale può essere estesa ed applicata all'atto di destinazione bilaterale, dato che le fattispecie menzionate si sovrappongono l'un l'altra (cfr. per la modalità di trascrizione dell'atto di destinazione unilaterale/trust auto-dichiarato cfr. Agenzia del Territorio 7 agosto 2006 n. 5/2006 prot. 58373, p. 4, in cui si esplicita ciò che va inserito nei quadranti A, C, D della nota di trascrizione in formato digitale; per la modalità di trascrizione dell'atto di destinazione bilaterale/trust contratto cfr. *infra* nota III; 2) alla forma, ove si ritenga imposta a pena di nullità ma v. sul punto *infra* nel testo; 3) del pari una modifica della disciplina dei trust rappresenta la possibilità per qualsiasi interessato, «conferente» *in primis*, di agire per la realizzazione del programma destinatorio mentre prima dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. si tendeva a circoscrivere questa legittimazione rifacendosi alle leggi straniere considerate applicabili alla fattispecie *trust* interno: sul punto v. anche nota seguente.

²⁵ La posizione giuridica dei beneficiari va qualificata tenendo conto dell'inquadramento sistematico qui proposto (v. oltre nel testo) dell'atto di destinazione non traslativo e traslativo, rispettivamente nella fattispecie dell'art. 1333 e 1411 c.c. nonché di quanto sedimentatosi in materia di trust e, dunque, certamente *non* come posizione di «mero in-

della destinazione o all'impiego dei beni destinati per finalità diverse dalla destinazione, alle conseguenze dell'attività dispositiva sui beni destinati in violazione della destinazione e a molto altro (v. *infra*).

Ulteriori complessi normativi di riferimento per la configurazione disciplinare sia dei trust interni sia dell'atto di destinazione (inteso nell'accezione ampia e in quella ristretta) sono le regole riguardanti le fattispecie *tipiche* di destinazione previste nel codice e/o in leggi extracodificistiche (dal fondo patrimoniale, la cessione dei beni ai creditori, il contratto estimatorio, alla cartolarizzazione, ai fondi pensione, alle società fiduciarie, all'ultimo fenomeno dei contratti c.d. di rete, per fare un elenco solo sommario) e le relative norme in materia di trascrizione (artt. 2647, 2649). Anche queste regole, infatti, sono, per gran parte, *anteriori* all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. e rappresentano, quindi, un bacino cui attingere in via analogica ovvero estensiva ma ciò non toglie che le fattispecie da esse contemplate siano, a loro volta, soggette alla disciplina generale dell'atto di destinazione, contenuta nell'art. 2645-ter c.c.²⁶ per la parte non espressamente regolata dalle norme speciali ad esse dedicate.

teresse legittimo al corretto svolgimento dell'azione (amministrativa) altrui»: così U. LA PORTA, *Atto di destinazione dei beni ecc.*, cit., p. 1100 e s., il quale, sulla base dell'accostamento tra atto di destinazione e donazione modale, giunge a negare natura di diritto di credito alla posizione del beneficiario nei confronti del titolare dei beni vincolati. Ci pare che nella formulazione di questa conclusione all'a. sfugga proprio la reciproca influenza disciplinare tra trust e atto di destinazione: v. sul punto oltre nel testo. Indubbiamente c'è oggi ed è auspicabile che ci sia una tendenza alla convergenza della disciplina del trust interno su quella dell'atto di destinazione (inteso come categoria generale di atto atipico di destinazione) e viceversa, fermo restando che essendo il trust interno una articolazione possibile dell'atto di destinazione nel senso suddetto, nulla vieta il futuro affermarsi nel nostro sistema di altri atti di destinazione atipici non ascrivibili al modello/tipologia del trust: sul punto v. *infra* nel presente paragrafo e par. 3.

²⁶ Cfr. R. LENZI, *op. loc. ult. cit.*; sulla valutazione *aprioristica* della natura speciale o generale delle norme sulla destinazione patrimoniale cfr. anche M. BIANCA, *Atti di destinazione ed attuazione del vincolo*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio, Milano, 2008, p. 199 e ss. V. anche A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2654-ter c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1257.

Il rapporto esistente tra tutti questi complessi disciplinari è di genere/specie nel senso che le norme generali possono essere derogate, specificate, integrate da quelle speciali, senza che ciò vada a scalfire il ruolo di vertice dell'art. 2645-ter c.c. rispetto a tutte le fattispecie tipiche e atipiche di destinazione già operanti o potenzialmente operanti nel nostro sistema²⁷.

Ma, prima ancora e, comunque, contestualmente a tutte le norme appena richiamate e, certamente a fianco dell'art. 2645-ter c.c., un ruolo prioritario nella individuazione della disciplina italiana della destinazione negoziale (*alias* del trust italiano), svolgono gli articoli del codice civile dedicati al *contratto di mandato* (nonché, per la destinazione non trascritta, le regole giurisprudenziali sul negozio fiduciario: v. *infra* par. 3). Anzi: proprio la previsione normativa della trascrivibilità della destinazione di beni immobili, induce a guardare con occhi nuovi – come si è tentato fin qui di fare – il contratto di mandato, sottraendolo alle maglie che fin ad oggi lo hanno imbrigliato (velandone la vocazione destinataria e gestoria²⁸ e decretandone la non trascrivibilità: v. *supra* Cap. II, par. 3),

²⁷ La successione temporale delle discipline menzionate è stata forse una delle cause che ha indotto gli interpreti ad affermare differenziazioni tra le fattispecie: trust, atto di destinazione, atti tipici di destinazione. Tali differenze, invece, non sussistono o quantomeno non nei termini percepiti e diffusi da buona parte della dottrina. Sarebbe come dire che la disciplina delle convenzioni matrimoniali in quanto successiva a quella della fattispecie patrimonio familiare (denominato fondo patrimoniale con la riforma del '75), non si applica ad esso ovvero sussiste diversità tra la convenzione matrimoniale e il fondo patrimoniale. Si vede, invece, come le norme sulla convenzione matrimoniale sono generali mentre quelle del fondo patrimoniale sono speciali. Un rapporto analogo sussiste tra l'atto di destinazione inteso come categoria generale *ex* art. 2645-ter c.c. e atti di destinazione tipici o atipici (es.: trust di diritto interno). L'analogia è forte ove si tenga conto che anche le convenzioni matrimoniali ben possono essere atipiche: sia consentito rinviare sul punto alle brevi considerazioni da noi espresse in *Convenzioni matrimoniali: verso il superamento dell'orientamento dominante della Cassazione*, in *Pers. Fam. Succ.*, 2009, p. 907 e ss.

²⁸ Gran parte della dottrina comparativistica, *in primis* M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 204, continua a fondare la distinzione tra mandato e *trust* interno [e, quindi, tra mandato e negozio di affidamento fiduciario] sulla base della mancanza nel primo di poteri gestori ma da dove ciò venga dedotto, avendo riguardo alle norme codicistiche sul

per andare verso la scoperta delle ampie potenzialità applicative della sua disciplina, delle sue ampie potenzialità operative nel nostro ordinamento nonché della sua trascrivibilità ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. (che, ripetiamo, è previsione generale, che riguarda anche le fattispecie destinatorie presenti nel nostro sistema anteriormente alla sua comparsa)²⁹.

Su un piano assolutamente pari ordinato con riguardo al ruolo svolto nel processo di individuazione della disciplina della singola fatti-

mandato, resta ad oggi un mistero, soprattutto ove si abbia riguardo ai dettati degli artt. 1711 e 1712 c.c. che prevedono un raggio di operatività del mandatario molto ampio, potendosi egli, in presenza di certi presupposti, discostarsi dalle istruzioni del mandante che tuttavia non potrà disconoscerne l'operato. In ogni caso, anche ove si volesse accogliere l'impostazione tradizionale, non c'è ragione per escludere un'interpretazione evolutiva delle stesse anche alla luce della comparsa della nuova figura del trust/atto di destinazione e del suo apparato disciplinare, in buona parte di provenienza straniera, ma le cui regole ben possono leggersi, almeno in parte, anche nelle norme sul mandato.

²⁹ Tra le fattispecie destinatorie va senz'altro incluso il contratto di mandato le cui norme fondano, come da tempo individuato da parte della dottrina italiana (cfr. L. Salmone, ampiamente citato nel Cap. II), i principi generali di opponibilità della destinazione funzionale di fonte negoziale nel nostro ordinamento. Il mandato senza rappresentanza, infatti, è figura che può assumere diverse configurazioni e può o meno realizzare il trasferimento del diritto di proprietà sui beni del mandante in favore del mandatario. I rapporti tra mandato e atto di destinazione sono già stati analizzati *supra* Cap. II, in part. par. 5 e *ivi* le note ed emergeranno ancora *infra* par. 3, dove si analizzeranno le conseguenze dalla mancata trascrizione dell'atto di destinazione immobiliare redatto per iscritto nonché i trust/atti di destinazione mobiliari. V. anche *infra* nota 121. Sinteticamente, può dirsi che, per convenzione, può denominarsi mandato l'atto di destinazione non trascritto (negozio fiduciario) ovvero il negozio con cui si trasferisce solo la legittimazione a disporre e non anche il diritto di proprietà sul bene (fiducia germanistica). In ogni caso, ribadiamo trattarsi di questione meramente terminologica perché nulla vieta di considerare annesso al mandato un contratto di trasferimento del bene (mandato senza rappresentanza ad alienare bene immobile) che "trasforma" così il mandato in atto di destinazione immobiliare trascrivibile. Il transito da una fattispecie all'altra è possibile in quanto la contiguità è molto ampia: sul tema v. il recente contributo di G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, cit., p. 113 e ss. e già le riflessioni di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 612, il quale scrive con chiarezza che, sebbene la riflessione dottrinale sia impegnata in un'opera di distinzione tra negozio fiduciario e altre figure negoziali, tra cui il mandato senza rappresentanza, la disciplina della titolarità per conto altrui è la stessa, derivi essa dal negozio fiduciario ovvero dal mandato.

specie destinataria ed, in particolare, per quel che qui più interessa, del singolo trust (di diritto) interno/atto di destinazione (atipico), si pongono i gruppi di norme codicistiche relative al contratto in generale e all'atto unilaterale patrimoniale tra vivi (artt. 1321-1469-*bis* c.c. con speciale attenzione agli artt. 1322 e 1323; in part. artt. 1324, 1334 c.c.); i complessi di regole relative all'atto e, più in generale, alle vicende patrimoniali *mortis causa* (art. 456-768 c.c.) ovvero *familiari* (159-230-*bis* c.c.)³⁰ o, ancora, *imprenditoriali* (norme codicistiche ed extracodicistiche in materia societaria, legge fallimentare ecc.) così come tutte le norme relative alle singole fattispecie negoziali la cui *causa* (nel senso di interesse qualificante l'operazione negoziale posta in essere), rappresenta l'interesse che giustifica e sorregge il ricorso al trust ed ai suoi effetti essenziali di destinazione e separazione patrimoniale³¹.

Entrano, altresì, in gioco, *combinati* tra loro, gli articoli sull'obbligazione in generale (artt. 1173-1320 c.c.), essendo l'atto di destinazione fonte di obblighi a carico dei soggetti coinvolti, in particolare a carico del gestore dei beni destinati³² ma anche le regole in materia di fondazione

³⁰ Lo rileva in modo chiaro, anche se non del tutto consapevolmente, R. MONTINARO, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, p. 19, che opta per la tesi della atipicità delle convenzioni matrimoniali per includere nel loro raggio di operatività anche il *trust* interno soggetto a legge straniera, sottoponendolo alle norme indelegabili che regolano appunto le convenzioni matrimoniali (in part. artt. 161, 162 c.c.), ove esso sia concluso per disciplinare l'acquisto dei beni e dei redditi tra i coniugi. Ma a questo risultato ben si giunge anche con riguardo al 'trust (di diritto) interno sulla base di quanto già affermato e si va affermando riguardo alla qualificazione *causale* del medesimo. V. anche nota seguente.

³¹ La caratteristica del trust (di diritto) interno è, infatti, come già detto (v. *supra* Cap. II, par. 5 ed inizio presente par.), quella di colorarsi in modo diverso sul piano strettamente causale in relazione agli scopi perseguiti con la destinazione patrimoniale (*alias* interesse meritevole di tutela). La colorazione causale (di garanzia, liberale, solutoria, liquidatoria, familiare, societaria ecc.) chiama a sé tutte le norme che nel nostro ordinamento e, in particolare, nel codice civile regolano quella *causa*, vale a dire quella fattispecie causale astrattamente considerata, e che troveranno dunque applicazione, analogica ovvero estensiva, alla singola fattispecie di trust interno.

³² Ma gli obblighi possono incombere anche su altri soggetti coinvolti nella fatti-

sono di utile consultazione nella determinazione della disciplina dei trust interni/atti di destinazione auto-dichiarata così come quelle dell'usu-frutto in ragione della necessaria temporaneità dell'attribuzione patrimoniale³³. Centrali sono, infine, le disposizioni, in primo luogo codicistiche, sulla circolazione dei beni, relative, in particolare, alla *forma* dell'atto, all'*opponibilità* del medesimo ed alla *legittimazione* ad agire (v. *infra*).

Non condividiamo, quindi, le grida di allarme lanciate da molti esponenti della dottrina e dei ceti professionali sull'incompletezza disciplinare dell'atto di destinazione atipico, imputata a lacune dell'art. 2645-ter c.c. e che, dal punto di vista adottato nel testo, riguarderebbe anche il 'trust interno' dato che quest'ultimo del primo costituisce un'articolazione possibile (e che comunque, nell'ottica degli "allarmisti" riguarda, in particolare, il *trust* interno, tanto da doverlo continuare a sottoporre a legge straniera). Al contrario, ci sembra che l'operatore abbia a disposizione una molteplicità di complessi disciplinari ai quali attingere per poter configurare un quadro regolamentare il più possibile completo³⁴

specie destinataria sia essa contrattuale o unilaterale con riguardo alla costituzione del vincolo destinatorio. In Italia, infatti, nulla impedisce di inserire la vicenda destinataria (costituita con o senza trasferimento dei beni al terzo-gestore/trustee) in una vicenda contrattuale più ampia in cui sono coinvolti anche i *terzi beneficiari* che perdono, dunque, questa qualifica (di *terzi in favore*) per assumere quella di vere e proprie *parti* del contratto cui sono imposte obbligazioni in favore del disponente e/o del gestore/trustee e che, a loro volta, sono creditori contrattuali dell'uno e dell'altro; non ci sono, altresì, ostacoli alla nomina di c.d. guardiani o *protector* che assumano anch'essi contrattualmente impegni nei confronti del disponente e/o dei beneficiari. Ciò andrebbe ad incidere sulla disciplina della posizione giuridica dei beneficiari che comunque anche nella posizione di *terzi in favore* ricevono nel nostro ordinamento una forte tutela, sostanzialmente assimilabile a quella del creditore contrattuale: v. *infra* nel testo.

³³ U. La PORTA, *L'atto di destinazione di beni ecc.*, cit., pp. 1103, 1105.

³⁴ La completezza disciplinare è intesa, soprattutto, in riferimento ad alcuni aspetti del *trust* menzionati nell'art. 8, co. 2, Convenzione de L'Aja che così recita: «la legge specificata agli articoli 6 o 7 regola la validità del trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e l'amministrazione del trust [corsivo nostro]. In particolare, la legge dovrà regolamentare: a) la nomina, le dimissioni e la revoca del *trustee*, la capacità particolare di esercitare le mansioni di trustee e la trasmissione delle funzioni di *trustee*; b) i diritti e gli obblighi dei *tru-*

del *concreto* atto di destinazione atipico *alias* trust (di diritto) interno posto in essere, avendo riguardo a tutti i suoi aspetti³⁵.

stees tra di loro; c) il diritto del *trustee* di delegare, in tutto o in parte, l'esecuzione dei suoi obblighi o l'esercizio dei suoi poteri; d) i poteri del *trustee* di amministrare o disporre dei beni del *trust*, di darli in garanzia e di acquisire nuovi beni; e) i poteri del *trustee* di effettuare investimenti; f) le restrizioni relative alla durata del *trust* ed ai poteri di accantonare gli introiti del *trust*; g) i rapporti tra il *trustee* ed i beneficiari, ivi compresa la responsabilità personale del *trustee* verso i beneficiari; h) la modifica o la cessazione del *trust*; i) la ripartizione dei beni del *trust*; j) l'obbligo del *trustee* di render conto della sua gestione». Sul punto v. nota seguente ed oltre par. 3.

³⁵ Così ragionando, cade l'argomento principale dei sostenitori del «*trust* interno regolato da legge straniera», cioè quello dell'assenza di una normativa «completa» sul *trust* nel nostro ordinamento. Cfr. quanto detto dal notaio D. MURITANO, *Negozio di destinazione e trust interno*, cit., pp. 275-277, là dove fa leva sulla mancanza nell'art. 2645-ter c.c. della regolamentazione di tutti gli aspetti elencati nell'art. 8, co. 2, lett. da a) a j), Convenzione de L'Aja. È facile obiettare all'a. che tali aspetti non devono essere necessariamente regolati nell'art. 2645-ter c.c., ben potendosi rinvenire le regole dei medesimi in altri complessi codicistici ed extracodicistici di diritto italiano. Ed, infatti, sempre di fonti legislative si tratta, come richiesto dalla Convenzione (artt. 6, 7), sebbene – come si è tentato di porre in luce – questa indicazione contenuta nella Convenzione appare oggi alquanto obsoleta, ove si tenga conto dell'importanza assunta dal formante giurisprudenziale e da quello della prassi negoziale nella effettiva regolamentazione di una fattispecie (e, in particolare, della fattispecie destinataria). A questa nostra obiezione l'a. ha, tuttavia, già contro obiettato nel suo contributo che il ricorso all'interpretazione per colmare le lacune della norma rende il costo di utilizzazione della medesima (e, quindi, della figura che contempla) molto alto in punto di certezza dei diritti e delle situazioni giuridiche in considerazione dell'assenza di regole di default applicabili. Ma, a nostra volta, possiamo ribattere, facendo rilevare come tale costo sia infinitamente maggiore con riguardo ai medesimi punti indicati dall'a. qualora si ricorra all'applicazione della legge straniera per la disciplina della fattispecie destinataria (denominata *trust*) perché anche in tal caso la disciplina va ricostruita mediante un'operazione interpretativa – che, d'altra parte, ha svolto lo stesso a. in numerosi suoi contributi qui citati – i cui rischi ed i cui esiti sono a dir poco imprevedibili (v. *supra* Cap. I, par. 3-5). Cfr. anche A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter e il trust ecc.*, cit., pp. 614-616, che, erroneamente, lamenta con riguardo all'atto di destinazione la mancanza di norme che regolano l'utilizzo dei beni destinati per finalità diverse dalla destinazione e le conseguenze sugli atti compiuti in violazione della destinazione stessa, e dalla cui lettura emergono alcune contraddizioni logiche, evincendosi che il dualismo tra *trust* interno regolato da legge straniera (ma che la stessa a. non può fare a meno di rile-

La considerazione simultanea dei corpi normativi fin qui indicati è tanto più necessaria nella redazione stessa dell'atto di trust (di diritto interno ove si tenga conto del fatto – già evidenziato *supra* par. 2 – che questa fattispecie negoziale, in ossequio alle sue derivazioni di origine straniera e, più in generale, ai modelli di contrattazione internazionale, tende all'autarchia³⁶, vale a dire all'autoreferenzialità sul piano disciplinare. Tale tendenza non deve essere combattuta ma semplicemente collocata nei limiti del nostro ordinamento dove è, comunque, ammessa (art. 1322, co. 1, .c.c.) ed ammissibile (art. 1323 c.c.) nonché da incentivare, riguardo a questa specifica figura negoziale, quella destinataria, soprattutto con riguardo ai suoi aspetti c.d. gestionali³⁷. Quel che conta veramente

vare essere diverso dal *trust* inglese anche ove sottoposto a legge inglese!) e atto di destinazione è conservato per timore di vedere ristretta la possibilità di riconoscimento dei *trusts* stranieri in Italia: sul punto v. *infra* par. 3 e inizio par. 4.

³⁶ L'autarchia disciplinare è tanto più accentuata in ambito commerciale dove si tende a fare riferimento al complesso delle tradizioni mercantili (c.d. *lex mercatoria*) o, più precisamente, alle diverse *leges mercatoriae* che governano i diversi campi dell'economia e che sono conosciute dagli esperti del settore e praticate da chi professionalmente vi opera (di recente sul punto G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, cit., pp. 883-885 e *ivi* le note). Questo elemento va, al pari di altri, tenuto in considerazione là dove si tratta di prendere posizione sui già menzionati orientamenti favorevoli ad interventi legislativi in materia di trust: v. sul punto *infra* par. 4.

³⁷ Si allude, specificamente, al programma gestorio che accompagna ogni destinazione e che non può che essere particolare, legato alla singola fattispecie concreta e dunque non può non richiedere norme *ad hoc*, ideate e pensate dalle parti ma che nulla vieta di dedurre anche dalle norme codicistiche sul mandato interpretate in maniera analogico-evolutiva e nel contesto della affermata prassi dei trust interni. Cfr. di recente M. BIANCA, *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, in AA.VV., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p. 109, dove pone bene in luce l'importanza del profilo *gestorio* e della sua regolamentazione – inevitabilmente rimessa all'autonomia delle parti – nell'atto di destinazione (per noi: trust interno), giungendo ad affermare che la ricomprensione del profilo gestorio nell'atto di destinazione e la sua opponibilità ai terzi consentono di colmare alcune delle lacune che separano il modello italiano rispetto a quello angloamericano del *trust*. L'a. mostra così, a nostro avviso, di orientarsi per una assimilazione delle due figure (*trust* angloamericano, da una parte, e atto di destinazione italiano, dall'altra) che ci appare in linea con quanto si va qui sostenendo.

fare non tanto per evitare che i trust interni siano sottratti ai principi fondamentali sostanziali del nostro sistema (cosa che non è e non può essere³⁸) bensì, più propriamente, per garantire loro un'operatività realmente *affidabile* (v. *infra*), è ammettere che, al di là delle formule e degli equilibrismi ermeneutici, essi sono *negozi atipici di diritto italiano*, inquadrabili nell'ampia figura dell'*atto di destinazione atipico (trascritto)*, per ciò stesso soggetti in tutto e per tutto alle norme italiane di cui alcune molte già elaborate dai diversi «formanti», considerati su un piano di paritaria importanza, ed altre in corso di elaborazione.

Solo partendo da questo presupposto si può affrontare in modo trasparente e sicuro per il traffico giuridico³⁹, il problema della configurazione dell'atto istitutivo di un trust interno/*atto di destinazione atipico*, del rapporto tra settlor/conferente, da una parte, e trustee/gestore⁴⁰, dall'altra; della *revoca* del trustee/gestore e dell'estinzione del trust nonché della tutela dei beneficiari del trust sia esso uni- o bilaterale per citare solo alcune delle questioni che sorgono dalla redazione di un *atto di trust/atto di destinazione* e dai rapporti che ne discendono.

Riprendendo, a questo punto, le fila di quanto già poc'anzi sostenuto riguardo alla duplice configurazione dell'atto di destinazione atipico/trust interno quale *contratto (trust)* ovvero quale *atto unilaterale (trust auto-dichiarato)*, configurazione che si è andata forgiando nella prassi negoziale e negli orientamenti giurisprudenziali, emerge limpidamente

³⁸ Si è tentato di porre in luce nei capitoli precedenti che l'ingresso del trust nel nostro sistema non rappresenta un'innovazione se non nel senso di un mutamento di visione di determinati istituti e di un riconoscimento di potenzialità da sempre presenti nel nostro sistema ma finora accantonate per ragioni storiche ed economiche.

³⁹ La sicurezza deve riguardare sia gli operatori del diritto sia i soggetti coinvolti nell'operazione sia i terzi che vi entrano in contatto: cfr. sul punto *supra* Cap. I, nota 97.

⁴⁰ Anche tutti questi termini (settlor, disponente, affidante, affidante; trustee, gestore, affidatario, fiduciario, mandatario; beneficiario, destinatario) indicanti la diversa posizione dei soggetti coinvolti nella fattispecie della destinazione patrimoniale, sono utilizzati nel testo in modo ampio perché valgono appunto a ricomprendere le posizioni che vengono assegnate al fattispecie che si ritengono diverse e che, invece, nella prospettiva del testo si identificano.

la natura giuridica dell'atto di destinazione/trust interno di diritto italiano quale atto di *natura negoziale*, idoneo ad operare nel nostro ordinamento ed a realizzare a *titolo oneroso o gratuito*⁴¹, *inter vivos* o *mortis causa*⁴²,

⁴¹ È necessario qui rinviare alle precisazioni espressa *supra* nota 19 e *infra* par. 3.

⁴² Non si rinvergono nell'art. 2645-ter c.c. né, più in generale, nel sistema privatistico italiano divieti sulla destinazione patrimoniale realizzata mediante testamento, in quanto le norme sul fedecommesso hanno una specificità e specialità tali da non poter costituire riferimento per dedurre divieti di portata generale, ed, anzi, l'art. 627 c.c. costituisce una conferma nel senso dell'ammissibilità della disposizione fiduciaria, dato che tale norma, come già detto, consente la rilevanza giuridica (seppure entro i limiti di tutela offerti dall'art. 2034 c.c.) anche di una disposizione fiduciaria *non esplicitata* (segreta) e dunque, a maggior ragione non preclude la possibilità di una *disposizione fiduciaria esplicita* (nella forma della *confidenza* ovvero della *fiducia testamentaria*: sulla differenza tra le due ipotesi v. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 257 ivi nota 519 dove cita M. Graziadei) che, infatti, risulta ampiamente praticata già nei testamenti redatti sotto la vigenza del codice civile del 1865 (come risulta dal lavoro di tesi di laurea sull'analisi del testamento pubblico redatto dal Notaio Tavassi, a Napoli, il 14 febbraio 1911, svolta dallo studente G. Iandolo della Facoltà di Giurisprudenza del Suor Orsola Benincasa) nonché contemplata nel nostro codice vigente: si pensi al già più volte citato art. 699 c.c. rubricato premi di nuzialità, opere di assistenza e simili (sulla cui applicazione cfr. testamento olografo pubblicato dal Notaio Paolo Salvelli, il 4 ottobre 1977, a Cremona). Nulla osta, poi, all'apposizione di un *modus* ad una disposizione fiduciaria testamentaria (ma anche *inter vivos* nel caso in cui sia sostenuta da un interesse liberale del disponente). Più in generale anche per la fiducia testamentaria valgono le considerazioni sopra espresse sulla differenza tra fiducia palese e fiducia segreta in senso : v. *supra* nota 215 e note 219-229. Cfr. anche G. PETRELLI, *La trascrizione ecc.*, cit., p. 203 e ss., in cui afferma la validità di un negozio di destinazione contenuto in un testamento sia esso olografo, segreto o pubblico ma, secondo l'a., solo quello contenuto in un testamento pubblico potrebbe essere trascritto e, quindi, opposto ai terzi. In realtà ci sembra che, data la pubblicità che accompagna ogni forma di testamento (olografo o segreto), la destinazione *mortis causa* sia sempre opponibile ai terzi e non debba, dunque, essere limitata al testamento pubblico, se non facendo leva sulla lettera dell'art. 2645-ter c.c., interpretato in senso restrittivo (ma sul punto v. oltre nel testo). Per l'ammissibilità della destinazione testamentaria da trasciversi contro l'erede o il legatario fiduciario qualsiasi forma abbia il testamento è anche M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, anche in *TAF*, 2006, p. 170; ID., *Istituzioni ecc.*, cit., p. 255. Nella nostra giurisprudenza già da tempo in questo senso App. Firenze, 9 agosto 2001: «è valido il testamento che nomina un trustee erede di tutto il patrimonio del

la separazione patrimoniale bilaterale senza il ricorso allo schermo della *personalità giuridica*⁴³.

testatore affinché questi lo gestisca e attribuisca rendite periodiche e discrezionali ai beneficiari indicati dal de cuius perché ciò non configura una sostituzione fedecommissaria». Anche il ceto notarile e forense nei testi dedicati al trust contempla sempre il trust testamentario come strumento operativo e operante nel nostro sistema: v. ad esempio, A. PARADISO, *Il trust testamentario*, in M. MONEGAT, G. LEPORÉ, I. VALAS (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007, pp. 361 e ss.

⁴³ Cfr. U. LA PORTA, *Atti di destinazione*, Relazione, cit., rileva che con l'art. 2645-ter c.c. è definitivamente spezzato il legame tra persona e patrimonio nel senso dell'unicità dell'una e dell'altro, ammettendosi la specializzazione patrimoniale vale a dire la pluralità di patrimoni facenti capo ad un solo soggetto (persona fisica o giuridica) purché tale specializzazione non sia fine a sé stessa ma sostenuta da ragioni meritevoli di tutela giuridica. L'a. fa notare, altresì, che tale scelta legislativa è innovativa rispetto a quella fatta dal legislatore nazionale quando ha introdotto la s.r.l. unipersonale di fronte all'opzione dell'impresa individuale a responsabilità limitata, offertagli dall'ordinamento comunitario. Da parte nostra, aggiungiamo che la diversità rispetto alle precedenti scelte del nostro legislatore è evidente ma che tale diversità presenta, pur sempre, una linea di continuità con il sistema precedente in cui, appunto, la specializzazione della responsabilità patrimoniale era pur sempre concepita anche se, prevalentemente, nella forma della soggettivizzazione del patrimonio destinato. Da allora molta strada è stata fatta e che l'atto di destinazione dell'art. 2645-ter c.c. non solo arriva dopo una serie di provvedimenti speciali favorevoli alla separazione patrimoniale non personificata ma inaugura, a sua volta, una tendenza come dimostra la già citata legge 9 aprile 2009 n. 33, art. 4-ter, relativa al contratto di rete con cui due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato, istituendo a tale scopo un *fondo patrimoniale comune*, in relazione al quale sono stabiliti i criteri di valutazione dei conferimenti che ciascun contraente si obbliga ad eseguire per la sua costituzione e le relative modalità di gestione, ovvero mediante ricorso alla costituzione da parte di ciascun contraente di un patrimonio destinato all'affare, ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile. Si vede, perciò, come con il contratto di rete le parti si autoregolano con riguardo alle modalità di co-operazione economica e lo fanno costituendo un patrimonio separato a tale scopo senza costituire una nuova persona giuridica: indubbiamente la logica contrattuale prevale su quella societaria. Forse la disciplina delle società è risultata meno flessibile di fronte ad esigenze o processi di collaborazione tra le imprese, soprattutto medio-piccole, le quali, tra l'altro, rappresentano la fetta più grande del sistema produttivo italiano.

2. Segue. *Aspetti fiscali*

Proprio l'individuato rapporto di contenente-contenuto tra 'atto di destinazione' e 'trust', nell'assunta prospettiva di diritto italiano, conduce inevitabilmente a negare al 'trust' la natura di *ente*. Il trust è un atto negoziale puro e semplice da cui scaturisce la *creazione* di un patrimonio separato intestato ad un soggetto giuridico *già* esistente, e *non* certo la *costituzione* di un nuovo soggetto giuridico titolare di un patrimonio. Del patrimonio entificato il trust – al pari di ogni altro atto di destinazione – costituisce l'antitesi nel senso che si presenta come strumento dell'autonomia privata per la costituzione di un *patrimonio*, non entificato nè organizzato in senso tecnico-giuridico⁴⁴, *vincolato/destinato alla realizzazione di una molteplicità di interessi*.

Né a conclusioni diverse può portare il fatto sia stata attribuita al trust una soggettività passiva ai fini IRES (cfr. art. 73, co. 1, TUIR, come modificato dalla l. 27 dicembre 2006 n. 296, art 1, co. 74)⁴⁵: ciò non tanto

⁴⁴ Cioè quell'organizzazione propria degli enti o dell'attività di impresa richiesta quale presupposto per l'applicazione di alcune imposte come l'IVA o l'IRAP: cfr. E. DELLA VALLE, *Brevi note in tema di fiscalità del trust*, in *Giur. it.*, 2008, II, p. 2901. L'assimilazione del trust ad un ente svuoterebbe la portata innovativa dell'istituto, inquadrandolo in un fenomeno già ampiamente noto al nostro sistema ed, anzi, per molto tempo, di gran lunga privilegiato. Cfr. sul tema già G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, p. 227.

⁴⁵ Il riconoscimento dell'autonoma soggettività tributaria rilevante ai fini dell'imposta tipica delle società e degli enti commerciali e non commerciali, ha indotto, coerentemente, il legislatore ad attribuire al *trust* una sede e una *residenza* fiscali (cfr. A. BAVILA, *La residenza del trust nei trattati contro le doppie imposizioni e il ruolo dei soggetti diversi dal trustee*, in *TAF*, 2008, p. 590 e ss.; G. FRANSONI, *La residenza del trust*, cit., p. 2852, e la Circolare n. 43/E del 2009 che ai fini dello scudo fiscale comprende anche i *trust* c.d. *esterovestiti*), e ad imporgli l'obbligo di presentare annualmente la dichiarazione dei redditi, di dotarsi di codice fiscale nonché, in ipotesi di esercizio di attività commerciale, di partita IVA e, secondo l'art. 13, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, come novellato dal comma 76 dell'art. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296, è obbligato alla tenuta delle scritture contabili. La via imboccata dal legislatore tributario presuppone l'entificazione del *trust*, e ripropone il già noto schema *una persona/un patrimonio* oltre ad appiattire il trust su un modello di ente, quello di tipo

perché non deve esserci necessaria corrispondenza tra soggettività tributaria e soggettività civilistica, ben potendo esserci l'una pur mancando l'altra⁴⁶, quanto, piuttosto, perché la stessa soggettività tributaria come configurata dal legislatore è discussa nonchè discutibile. Essa non risulta definita in modo chiaro ed univoco⁴⁷, lasciando intorno al regime fiscale

commerciale, che non esaurisce assolutamente le possibili configurazioni di *trust*, il quale risulta, quindi, appensato, nell'esplicazione della sua operatività, da una serie di formalità identiche a quelle necessarie per la conduzione e il buon andamento degli enti societari, in particolare. Ciò in evidente contrasto con lo spirito dell'istituto che in ordinamenti di *common law* può senz'altro aver assolto ed assolvere a funzioni realizzate in *civil law* con lo strumento societario ma che, appunto in *civil law*, si impone come strumento alternativo alle già esistenti società e fondazioni. La stessa direzione verso l'entificazione del *trust* ha preso il legislatore ordinario con la legge antiriciclaggio (d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231) che sembra individuare nel *trust* un soggetto giuridico autonomo e nel *trustee* un «prestatore di servizi», che agisce per suo conto, al pari dell'amministratore di una società (v. sul punto l'analisi di A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust ecc.*, cit., p. 449 e ss., il quale sottolinea come anche nella legge antiriciclaggio la disciplina del *trust* ne presuppone una concezione in termini di autonomo soggetto di diritto/ente).

⁴⁶ Come è stato detto: cfr. ancora A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust ecc.*, cit., pp. 448-459.

⁴⁷ Così sinteticamente ma incisivamente E. DELLA VALLE, *Brevi note in tema di fiscalità del trust*, cit., p. 2899 e ss., che svolge riflessioni lucide sulle difficoltà di interpretazione delle due novelle del 2006 in materia di tassazione diretta ed indiretta dei *trust*. In particolare riguardo alla prima l'a. fa notare come l'inclusione del *trust*, ad opera dell'art. 1 l. 27 dicembre 2006 n. 296 tra i soggetti passivi IRES e tra quelli tenuti alle scritture contabili non consente di attribuire con serenità e certezza soggettività tributaria al *trust* perché: 1) non è chiaro a quale titolo il *trust* sia stato assunto dal legislatore nel 2006 come soggetto passivo IRES: il *trust* è una società ovvero un ente non societario ovvero un ente altro? La risposta è determinante ai fini dell'applicazione di interi complessi normativi interni ed esterni al sistema di imposizioni sul reddito e che risultano agganciati in modo preciso ad una tipologia di ente (societario ovvero non societario e, all'interno di questa tipologia, a determinati tipi di enti non lucrativi riconosciuti ovvero non riconosciuti); 2) non è chiaro se la regola, che presuppone la soggettività tributaria del *trust*, si applichi a tutti i *trust* compresi i *trust* trasparenti con beneficiari individuati; 3) persistono dubbi sulla riferibilità al *trust* di una serie di altre discipline comunque concernenti l'imposizione sul reddito (norme sugli obblighi di sostituzione e monitoraggio, disciplina delle ONLUS, agevolazioni di cui al D.P.R. n. 601/1973).

del trust un alone di indeterminatezza troppo ampio, tenendo, altresì, conto che l'imposizione sul reddito non esaurisce gli ambiti tributari di rilevanza della figura⁴⁸ e che meglio sarebbe stato (e – *de iure condendo* – sarebbe) incentrare la soggettività passiva ai fini dell'imposizione diretta sul trustee⁴⁹ (che, in ogni caso, è il soggetto tenuto ad assolvere gli adempimenti fiscali del trust, sebbene esclusivamente con i beni in trust) ovvero sui beneficiari⁵⁰ – tenendo conto dell'assetto concreto della fattispecie negoziale – piuttosto che sul chimerico 'trust' in sé considerato. Da un tale impostazione conseguirebbe una flessibilità dell'imposizione diretta come IRES ovvero come IRPEF a seconda della natura giuridica (persona fisica o ente) del trustee ovvero dei beneficiari. I tributaristi auspicano, infatti, condivisibilmente, un intervento urgente del legislatore tributario che, nell'ambito dell'imposizione diretta, tenga conto dei diversi presupposti di applicabilità dei singoli tributi⁵¹.

⁴⁸ Cfr. sempre E. DELLA VALLE, *Brevi note in tema di fiscalità del trust*, cit., pp. 2901-2903, dove esamina le difficoltà di individuazione dei contorni della soggettività passiva del trust nell'IVA, nell'IRAP nonché riguardo all'ICI. Anche qui i dubbi si incentrano sulla mancanza di chiarezza in merito alla qualificazione del *trust* come ente non commerciale ovvero come organizzazione nonché sull'attribuzione della soggettività passiva al *trust* ovvero al *trustee*.

⁴⁹ Il quale, tra l'altro, può coincidere con il settlor in caso di trust auto-dichiarato, ma, a parte, ciò quello che conta qui sottolineare è che l'indicazione del trustee come soggetto passivo d'imposta non altererebbe l'idea della *non appartenenza* in senso economico (e ai fini dell'art. 2740 c.c.) dei beni in trust al suo patrimonio (cfr. la posizione diversa sul punto di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 238), perché gli adempimenti fiscali rientrano nell'attività di gestione di tali beni cui il trustee è tenuto come attestato, d'altra parte, dal fatto che tali adempimenti gravano sempre sui beni in trust e non sul patrimonio personale del trustee.

⁵⁰ Che possono identificarsi con il settlor in caso di trust auto-destinato.

⁵¹ In considerazione di ciò è stato proposto di individuare la riferibilità della soggettività passiva dell'ICI in capo al trustee mentre quella dell'IVA o dell'IRAP in capo al trust in ragione della rilevanza per queste imposte del profilo organizzativo (cfr. ancora E. DELLA VALLE, *op. ult. cit.*, p. 2904 e gli aa. citati *ivi* nelle note). Ma contro questa impostazione può sommariamente obiettarsi che meglio sarebbe orientarsi verso una fiscalità del trust che *non* preveda in assoluto una soggettività passiva di quest'ultimo, dovendosi questa riferire, piuttosto, di volta in volta, ai singoli soggetti coinvolti nell'operazione trust, settlor incluso, non solo quando sia il beneficiario finale (*trust* auto-destinato) ma anche

Analoghe contraddizioni si rilevano ove si abbia riguardo all'ambito della tassazione indiretta: qui il legislatore tributario mostra, in un primo tempo, di avere un'intuizione importante che emerge dalla lettera della l. 24 novembre 2006 n. 286, art. 2, co. 47 e 49, dove, ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, considera in modo *unitario* tutte le fattispecie (è da credersi: tipiche e atipiche, trascritte o non trascritte, traslative e non traslative), produttive di *vincoli di destinazione*, identificando

quando costituisca *trust* di garanzia (cfr. Trib. Milano, 27 dicembre 1996: «è legittima la delibera di assemblea di società per azioni recante l'emissione di un prestito obbligazionario garantito per mezzo di un *trust*»), o, comunque, *trust* che lo avvantaggino sul piano patrimoniale (es. *trust* solutorio ovvero liquidatorio). Ci sembra, inoltre, che la linea volta ad incentrare la soggettività passiva a fini d'imposta sui *soggetti* coinvolti nell'operazione 'trust' e non sul 'trust' in quanto tale, si stata seguita, almeno in parte, nella recente ridefinizione – dall'agosto all'ottobre 2009 – della normativa volta a consentire l'emersione delle attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero da soggetti *residenti* in Italia (cosiddetto "*scudo fiscale*"). In particolare dalla lettura della Circolare della Agenzia delle Entrate del 10 ottobre 2009 n. 43/E, pp. 9-10 (che, tra l'altro, si rifà a due precedenti Circolari n. 99/E del 2001; n. 48/E del 2007) si rileva una concezione del *trust* ai fini dell'imposizione diretta molto flessibile, in considerazione della molteplicità delle configurazioni che esso può assumere e che, inevitabilmente, ne mutano i presupposti di soggettività passiva a fini fiscali. Il *trust* c.d. *revocabile*, ad esempio, in quanto non presenta il requisito della diminuzione patrimoniale permanente a carico del disponente, non è autonomo soggetto passivo di imposta e i suoi redditi sono tassati in capo al disponente (così già la risoluzione 17 gennaio 2003 n. 8/E, che appunto sottolineava la necessità di un effettivo potere di amministrazione dei beni in capo al trustee ai fini della qualificazione del *trust* quale soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi). Sempre in capo al *disponente* ovvero ai *beneficiari* sono tassati i redditi prodotti da *trust* «fittiziamente interposti», vale a dire da *trust* in cui il potere di amministrazione dei beni in capo al trustee non è effettivo perché è nelle mani del settlor ovvero dei beneficiari: gli uni o gli altri devono presentare la dichiarazione di emersione in quanto sono gli effettivi *possessori* dei beni e gli effettivi percettori dei redditi da essi prodotti. In tutti gli altri casi l'onere di presentazione della dichiarazione incombe sul trustee. La circolare è interessante anche per la questione della *residenza* (fiscale) del *trust* e per la concezione del *trust* come schema negoziale di intermediazione/interposizione nella gestione di patrimoni: v. G. FRANSONI, *La soggettività dei trust*, in AA.VV., *I professionisti e il Trust*, Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia" – Milano 2008, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, Milano, 2009, p. 57 e *infra* nel testo.

proprio nella mera *costituzione del vincolo* il presupposto del «tributo successorio». In un secondo momento, però, questo approccio viene smentito dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 22 gennaio 2008 n. 3/E, che distingue, la tassazione del «trust» (sia traslativo sia auto-dichiarato) dagli «altri atti costitutivi di vincoli destinatori» e, all'interno di questi, diversifica la tassazione degli atti destinatori traslativi⁵² dalla tassazione degli atti destinatori non traslativi⁵³, creando così ben *tre* categorie di atti costitutivi di vincoli di destinazione, ognuna con un regime fiscale diverso.

In particolare, differenziando la disciplina fiscale del trust auto-dichiarato (Circolare n. 3/E del 2008, par. 5.4.2) da quella dell'atto di destinazione non traslativo *alias* a struttura unilaterale (Circolare n. 3/E par. 5.3), riguardo all'applicazione *fin dall'atto costitutivo* e pur in assenza di trasferimento di beni dal settlor al trustee, del «tributo successorio», il legislatore fiscale mostra di presupporre una diversa natura giuridica (in chiave personalistica l'una; in chiave negoziale l'altra) di fenomeni (l'atto di trust auto-dichiarato e l'atto di destinazione unilaterale) che, al contrario, sul piano civilistico, sono da considerarsi identici (meri atti negoziali) e che dunque non possono non avere identica disciplina anche sul piano fiscale. Non solo: questa diversità disciplinare in ambito fiscale tra atto di destinazione non traslativo e trust-auto dichiarato, oltre ad apparire poco coerente proprio su un piano squisitamente fiscale⁵⁴, avalla,

⁵² Corrispondenti nell'impostazione proposta nel testo agli atti di destinazione a struttura bilaterale o trust.

⁵³ Corrispondenti nell'impostazione proposta nel testo agli atti di destinazione a struttura unilaterale o trust auto-dichiarati.

⁵⁴ Tale contraddittorietà è stata rilevata da buona parte della dottrina tributarista che ha messo in luce come il legislatore fiscale, a volte, sottragga al «tributo successorio» fattispecie pacificamente *non* produttive di effetti traslativi, vale a dire atti di destinazione c.d. unilaterali in cui non c'è mutamento nella titolarità dei beni (es: del fondo patrimoniale con apporto di beni di ambedue i coniugi o di uno solo di essi con riserva di proprietà in favore del conferente o, ancora, della costituzione di patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447-*bis* c.c.), assoggettandovi, invece, il trust auto-dichiarato (anch'esso privo di effetti traslativi) nonché tutti i trust ad assetto oneroso, negando così: a) la stessa *ratio* del tributo successorio come configurata dal combinato disposto del d.lgs.

altresì, l'idea della diversità generale tra 'trust interno' e 'atto di destinazione' (identificato da parte della dottrina con quello contemplato dall'art. 2645-ter c.c.) e, soprattutto, supporta l'idea conseguente della competizione tra i due modelli in un senso meno favorevole per il 'trust' e più favorevole per l'atto di destinazione' inteso – si badi bene – quale figura negoziale *diversa* dal trust, la quale, «difettando normalmente del profilo attributivo, sarebbe soggetta solo all'imposta fissa, come il fondo patrimoniale»⁵⁵.

A ben vedere, però, questa presunta vantaggiosità fiscale dell'atto di destinazione non traslativo non sussiste. Andando, infatti, ad analizzare nel dettaglio il regime fiscale delle tre categorie di atti produttivi di vincoli di destinazione, come individuate nella Circolare n. 3/E del 2008 (che si pone sulla scia della n. 48/E del 7 agosto 2007), si scopre che il trust, di ogni tipo oneroso ovvero gratuito, traslativo ovvero non traslativo (*alias* auto-dichiarato), è, sì, sempre soggetto passivo dell'imposta sulle successioni e donazioni al momento della sua costituzione anche nei casi di onerosità sul piano causale e/o assenza di effetti traslativi *ma* la successiva devoluzione dei beni in trust ai beneficiari (non a terzi in genere⁵⁶) *non* realizza ai fini della medesima imposta, un presupposto impositivo *ulteriore* e ciò rappresenta un vantaggio fiscale di notevole portata ove si consideri che il valore dei beni attribuiti ai beneficiari può risultare deci-

n. 346/1990, art. 5, co. 1, e della l. n. 286/2006, art. 2, co. 47, che è quella di colpire l'arricchimento del destinatario di un'attribuzione patrimoniale e che dunque avrebbe dovuto riguardare solo gli atti ad assetto gratuito o costitutivi di vincoli di destinazione mediante trasferimento di beni; b) l'autonomia operativa dell'imposta proporzionale di registro. Cfr. E. DELLA VALLE, *Brevi note in tema di fiscalità del trust*, cit. p. 2903 e gli aa. ivi citati nelle note.

⁵⁵ Cfr. M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., pp. 576, 581; A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust ecc.*, cit., p. 481.

⁵⁶ In questo caso il riferimento va al par. 5.4.3 della Circolare n. 3/E dell'Agenzia delle Entrate dove si precisa, richiamando la Circolare n. 48/E del 2007, che le operazioni compiute durante la vita del trust hanno distinto rilievo, infatti il trattamento applicabile ai fini delle imposte indirette va individuato di volta in volta, a seconda degli effetti giuridici prodotti dai singoli atti posti in essere dal trustee; se onerosi, essi sarebbero soggetti all'imposta di registro nella misura ordinaria.

samente *superiore* rispetto a quello dei beni costituiti in trust (parr. 5.4.1 e 5.4.2 della Circolare n. 3/E del 2008; Circolare n. 48/E del 2007)⁵⁷.

Al contrario, l'atto costitutivo di vincolo destinazione non traslativo⁵⁸ è, sì, assoggettato all'imposta fissa di registro al momento del suo compimento *ma* è da ritenersi che le eventuali successive attribuzioni a soggetti terzi (beneficiari) dei beni vincolati siano soggette ad autonoma imposizione, a seconda degli effetti giuridici prodotti, e dunque all'imposta sulle successioni e donazioni ovvero all'imposta di registro (cfr. il combinato disposto dei parr. 5.2 e 5.3 della Circolare n. 3/E del 2008) il cui ammontare è rapportato al valore dei beni al momento della devoluzione dei medesimi, il quale – come detto – può essere di *molto superiore* a quello che gli stessi avevano al momento della costituzione del vincolo.

Se, poi, si ha riguardo al regime fiscale dell'atto di destinazione traslativo *diverso* dal trust (identificato, dal legislatore tributario, ad esempio, nel negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili o nel fondo patrimoniale con beni del terzo o di un solo coniuge che non se ne riserva la proprietà) si vede come questo sia stato assoggettato al tributo successorio al momento del suo compimento nel caso di contestualità dell'effetto traslativo ovvero in un momento successivo in caso di differimento

⁵⁷ Lo rileva chiaramente D. STEVANATO, *Vincoli di destinazione sulle intestazioni fiduciarie di titoli e di immobili*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1642, quando scrive che la disciplina tributaria vigente lascia un vuoto nell'imposizione degli effettivi incrementi patrimoniali che il beneficiario si trovasse a conseguire al momento della devoluzione in suo favore dei frutti accumulati dal trust, corrispondenti a redditi già tassati presso il trust medesimo. Indubbiamente il vantaggio è in parte attutito nei casi di trust di scopo o con beneficiari finali non legati da alcun rapporto di parentela con il disponente o comunque solo genericamente indicati e non identificabili, cui dovrà applicarsi l'imposta con l'aliquota più elevata dell'8% e senza alcuna franchigia, prevista invece in caso di beneficiari determinati e legati da vincoli di parentela.

⁵⁸ Identificato dal legislatore fiscale nel fondo patrimoniale in cui i beni vincolati restano di proprietà del costituente e, da parte della dottrina italiana, nell'atto di autodestinazione ex art. 2645-ter c.c. quale fattispecie distinta dal *trust*: Cfr. M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., pp. 576, 581; A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust ecc.*, cit., p. 481.

dell'effetto traslativo. In quest'ultimo caso l'atto meramente costitutivo del vincolo sconta, al momento del suo compimento, l'imposta di registro in misura fissa alla quale, però, va ad aggiungersi il tributo successorio per l'atto ad effetti traslativi posto in essere successivamente. Inoltre: le eventuali successive attribuzioni a soggetti terzi (beneficiari) dei beni vincolati saranno soggette ad autonoma imposizione, a seconda degli effetti giuridici prodotti, e dunque all'imposta sulle successioni e donazioni ovvero all'imposta di registro (par. 5.2 Circolare n. 3/E del 2008). È evidente, quindi, come il trattamento fiscale del negozio fiduciario, in particolare di quello avente ad oggetto *beni immobili*⁵⁹, così come di altri atti

⁵⁹ La Circolare dell'Agenzia delle Entrate 27 marzo 2008 n. 28/E, pp. 6-9, precisa che il negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili è un esempio di fiducia c.d. romanistica e lo distingue dalla fiducia c.d. germanistica, ritenuta operante in caso di intestazione di titoli o valori mobiliari in genere, rispetto alla quale ultima non si pongono problemi di trasferimento della titolarità del diritto che rimane in capo al fiduciante ma solo di legittimazione ad esercitarlo, che passa in capo al fiduciario (cfr. oltre nel testo): in ragione di ciò la fiducia germanistica non rileva sul piano fiscale ai fini del tributo successorio qui in esame. Ma proprio rispetto al negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili emerge con chiarezza l'illogicità della posizione oggi ancora ampiamente diffusa volta a distinguere questa fattispecie dall'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* A tale proposito basta leggere la Circolare n. 28/E del 2008 in cui si afferma che se il negozio fiduciario ha ad oggetto beni immobili, per la peculiarità dei beni e le relative regole di circolazione, esso non può che configurarsi secondo il modello romanistico, il quale prevede il trasferimento del diritto di proprietà dal fiduciante al fiduciario: riguardo agli immobili non sarebbe, infatti, concepibile una scissione tra titolarità formale e titolarità sostanziale (modello fiduciario germanistico), praticabile, quindi, solo per i mobili. Andando avanti nella lettura della Circolare si rileva che la regola di circolazione che ostacolerebbe questa scissione sarebbe quella secondo cui «in assenza della trascrizione il contratto che trasferisce la proprietà dei beni immobili non ha effetto nei riguardi dei terzi!» Si vede come questa affermazione sia errata e non conforme all'opposto principio del consenso traslativo espresso con atto di data certa, vigente nel nostro ordinamento (cfr. art. 1376 c.c.) e su cui ci si è sopra intrattenuti (cfr. Cap. II, note 221-229 e oltre nel testo). Tuttavia, appare verosimile ritenere che proprio questa (non corretta) convinzione sia alla base delle tesi che hanno negato e continuano a negare rilevanza giuridica *erga omnes* agli accordi fiduciari non trascritti. A questo si aggiunga che l'ammissione fatta dall'Agenzia sulla possibilità anzi sulla necessità di trascrivere il negozio fiduciario per otte-

produttivi di vincoli di destinazione con modalità traslativa [noi diremmo: a struttura bilaterale], considerati (irragionevolmente) *diversi* dal trust, risulti particolarmente svantaggioso perché di fatto questi atti risultano sottoposti ad una doppia se non tripla imposizione (al momento della costituzione del vincolo, al momento del trasferimento dei beni immobili dal fiduciante al fiduciario ed, infine, al momento del trasferimento dei beni dal fiduciario al fiduciante ovvero ad un terzo da questi indicato).

In sintesi e a conti fatti, sembra che il trust, sul fronte dell'imposizione indiretta, goda di un trattamento fiscale *non* peggiore ed anzi, forse, *migliore* degli altri atti costitutivi di vincoli di destinazione ma ciò nonostante questo trattamento non è ben compreso perché si colloca nell'ambito di una disciplina tributaria complessivamente confusa e fondata su assunti e presupposti non condivisibili sul piano civilistico⁶⁰, e che

nere l'effetto reale si accompagna, poi, all'ammissione del tutto contraddittoria della non trascrivibilità del *pactum fiduciae*, idea di cui abbiamo già tentato di porre in luce l'assurdità in un sistema come quello italiano in cui non sono ammessi atti astratti e tale sarebbe invece un atto di trasferimento di un diritto reale la cui causa (quella fiduciaria, appunto) non potrebbe emergere dall'atto. In fine sempre la medesima Circolare svela l'incertezza cui è esposta l'Agenzia nel tentativo di regolare questa fattispecie, il negozio fiduciario avente ad oggetto immobili, là dove, pur percependo chiaramente che esso altro non è che un negozio di destinazione, e non riuscendo tuttavia ad affrancarsi dalle devianti ricostruzioni dottrinali, cerca di giustificarne l'assoggettamento al tributo successorio in modo *alternativo*, facendo rilevare, cioè, che il negozio fiduciario o «realizza un trasferimento gratuito» ovvero è «idoneo a costituire un vincolo di destinazione» e su quest'ultimo punto l'Agenzia rinvia agli studi in corso da parte della dottrina di diritto civile, facendone così emergere senza dubbio l'inadeguatezza finora dimostrata a fornire risposte che evitino gravi confusioni.

⁶⁰ Sul punto anche le riflessioni del notaio D. MURITANO, *Il trust: casi pratici*, Relazione al convegno "Analisi interpretative e novità della circolare 3/E 2008 dell'Agenzia delle Entrate", Roma, 1 marzo 2008, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 2008, fasc. 3, pp. 28-41, il quale non manca di rilevare la difficoltà del legislatore tributario di cogliere alcuni aspetti civilistici del *trust* e di distaccarsi veramente dalla visione limitante data all'istituto nella Delibera del Servizio Consultivo e Ispettivo tributario dell'11 maggio 1998, n. 37, *La circolazione dei trusts esteri in Italia*, in *Il Fisco*, 1998, p. 11148, che so-

consistono, appunto, in una differenziazione tra trust, da una parte, e atti di destinazione, traslativi e non traslativi, dall'altra, quando, invece, i dati normativi vigenti nel nostro ordinamento (cfr. art. 2645-ter c.c.) fanno propendere per una concezione unitaria in senso negoziale dell'atto di destinazione a struttura bi- ovvero unilaterale e di cui il trust, nell'una e nell'altra configurazione, costituisce solo una manifestazione possibile al pari del negozio fiduciario (in favore di terzo o statico), del fondo patrimoniale o dell'atto di destinazione ad uno specifico affare: figure queste, tutte, oggi denominabili con il termine unico di 'trust'/atto di destinazione, abbiano esse ad oggetto beni immobili ovvero beni mobili registrati e non registrati (v. *infra*).

La confusione, invece, persiste su più piani: la natura giuridica (comune e non diversa) delle figure trust e atto di destinazione; la loro contiguità e sovrapposizione; le loro specificità strutturale e causale che sole possono giustificare – come già detto – differenze disciplinari anche sul piano fiscale. Il legislatore tributario parla, invece, riguardo al trust, di rapporto giuridico complesso con *un'unica* causa fiduciaria (cfr. par. 5.4.2 Circolare n. 3/E del 2008; par. 5.2 Circolare n. 48/E del 2007), mostrando di non cogliere affatto che tale unicità *non* esiste e che certo non si identifica – come già è stato detto – nella *destinazione* ovvero nella *fiducia* in se stesse considerate, le quali, al contrario, essendo schemi di gestione e attribuzione di beni, necessitano di una ragione, di una *causa* appunto, che si individua avendo riguardo al *rapporto disponente-beneficiario della destinazione* ovvero nello *scopo della destinazione* medesima, vale a dire nell'*interesse* perseguito dal disponente con la destinazione dei beni in qualsiasi modo realizzata (con modalità traslativa o non traslativa)⁶¹.

stanzialmente appiattiva «il trust sulla figura della sostituzione fedecommissaria, con conseguente applicazione dell'imposta (di successione/donazione) dovuta dal trustee su un valore pari a quello dell'usufrutto sui beni facenti parte del patrimonio trasferito, mentre il pagamento dell'imposta residuale a carico del beneficiario – sosteneva l'amministrazione – avrebbe dovuto essere collegato al momento della cessazione del trust, cioè al momento dell'attribuzione finale dei cespiti al beneficiario stesso».

⁶¹ Cfr. A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust ecc.*, p. 480 e s., dove, a ragione, individua nell'erronea supposizione che il trust costituisca un

Riflettendo “a volo d’uccello” sul susseguirsi a tamburo battente di provvedimenti normativi e di circolari, più o meno interpretative ma spesso contraddittorie⁶², non sembra potersi negare il fatto che il legislatore fiscale, avendo (consapevolmente?) sposato la tesi della diversità delle fattispecie ‘trust (interno)’ e ‘atto di destinazione’, si è trovato impigliato nelle sue stesse maglie ed ha creato, allo stato, una situazione di grave disagio⁶³ tra gli operatori del diritto perché – come si è ampiamente tentato di porre in luce – i ‘trust interni’ sono la fattispecie con cui essi hanno già da tempo confidenza, che praticano e che soddisfa molte esigenze. La diversificazione del regime fiscale tra trust auto-dichiarato ed un non ben identificato «atto di destinazione unilaterale collegato con un mandato ad amministrare» non è capita né accettata⁶⁴. Si vede subito

autonomo soggetto di diritto la spiegazione dell’acritico accomunamento dal punto di vista fiscale di tutte le ipotesi di trust senza tenere conto del rapporto settlor-beneficiario se non per la determinazione dell’aliquota d’imposta di successione e donazione applicabile. Condivisibilmente l’a. dichiara non accettabili questi risultati ermeneutici, invitando l’Agenzia delle Entrate ad una rimediazione dell’intera materia, fondata sulla considerazione che il trust, pur potendo essere dotato di soggettività tributaria, non è un ente a sé stante ed inoltre, sulla necessità di individuare il presupposto dell’imposta indiretta nell’effettivo arricchimento conseguito dal beneficiario del trust: v. oltre nel testo.

⁶² Cfr. ancora sul punto A. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, p. 477 e ss.

⁶³ Cfr. Circolare Assonime 12 marzo 2007 n. 13, dove si tenta di precisare che il trust non è tassabile con l’imposta di successioni e donazioni in quanto il trasferimento dei beni al trustee non determina un suo arricchimento.

⁶⁴ Cfr. Comm. Trib. Prov. Lodi 12 gennaio 2009, in *TAF*, 2009, p. 296, che, per giungere alla – a nostro avviso – corretta conclusione di sottrarre un trust interno liquidatorio all’imposta sulle successioni e donazioni sulla base dell’altrettanto corretto presupposto dell’applicabilità dell’imposta previa valutazione caso per caso della natura dell’atto e della tipologia degli effetti che produce [meglio: della *causa* della destinazione *n.d.r.*: esclude – erroneamente – che il trust liquidatorio importi vincolo di destinazione. In realtà, sarebbe stato sufficiente dire che il trust liquidatorio, importa, sì, vincolo di destinazione [alla liquidazione appunto] ma è quanto di più lontano ci sia dalla donazione, dall’atto gratuito ecc. sul piano degli interessi perseguiti con la destinazione medesima e dunque non può essere soggetto all’imposta che la riguarda. Tuttavia, bisogna dare atto alla Commissione Tributaria che solo con le affermazioni espresse nel suddetto provve-

come tale distinzione non abbia alcuna ragione d'essere e conduca oggi ai già segnalati tentativi di sottrarre il trust al «tributo successorio» negando – erroneamente (ma per necessità!) – l'esistenza del vincolo di destinazione nei trust liquidatori⁶⁵.

A ciò si aggiunge che la stessa scelta legislativa di assoggettare tutti gli atti produttivi di vincoli di destinazione traslativi e, se trust, anche non traslativi, all'imposta sulle successioni e donazioni presuppone una concezione dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione come atto idoneo ad *arricchire* un determinato soggetto, essendo questa la *ratio* del

dimento poteva sfuggire alle maglie della legislazione fiscale la quale risulta allo stato formulata in modo non conforme alla configurazione di diritto sostanziale della fattispecie trust e, più esattamente, della fattispecie destinataria in generale. A sostegno cfr. I. CATALANO, *Atti di destinazione e capacità contributive*, Intervento alle *Lezioni di diritto tributario* organizzate da F. Fichera, Università Suor Orsola Benincasa, 18 giugno 2010.

⁶⁵ V. nota precedente e, più in generale, può dirsi che stanno diventando numerose le pronunce delle Commissioni Tributarie provinciali volte a sottrarre la costituzione del trust soprattutto ad assetto oneroso ed auto-dichiarato all'imposta sulle successioni e donazioni come segnalato dal notaio P. GAETA nel suo intervento al Convegno *Trust di protezione del patrimonio del professionista e dell'imprenditore*, organizzato il 10 dicembre 2009 dall'Ordine dei Dottori commercialisti ed esperti contabili di Napoli, Palazzo Calabritto. In ogni caso l'orientamento serpeggia già da tempo tra le Commissioni tributarie: cfr. Comm. Trib. Reg. Veneto, 23 gennaio 2003: «può ravvisarsi l'intento di liberalità in favore dei beneficiari al momento del compimento dell'atto dispositivo alla scadenza del trust ed il passaggio dal trustee ai beneficiari è suscettibile di imposizione tributaria» e, di recente, Comm. Trib. Provinciale di Bologna, Sez. 2, 7 ottobre 2009, n. 120-02-09, richiamata, tra l'altro, nell'atto istitutivo di trust di garanzia a soddisfazione della procedura fallimentare predisposto a seguito di decreto del Trib. di Bologna, 2 marzo, 2010, cit., che ha autorizzato la redazione di un atto istitutivo di trust auto-dichiarato dove si legge che: «NORME FISCALI: Si precisa che il presente trust è a scopo di garanzia in quanto è volto a garantire al Fallimento R.G. n. *2010 del Tribunale di Bologna l'incasso di una somma dovuta da parte di un debitore della procedura. Non vi è pertanto alcun intento liberale o donativo da parte di nessuna delle parti coinvolte né alcun arricchimento effettivo o potenziale delle stesse. In ragione di quanto sopra, si chiede la registrazione del presente atto con l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa, come recentemente riconosciuta applicabile per trust di garanzia dalla Commissione Tributaria Provinciale di Bologna, Sez. 2, n. 120-02-09 del 7 ottobre 2009».

tributo successorio⁶⁶. Ma proprio facendo leva su tale *ratio*, si sarebbe dovuto distinguere tra atti di destinazione ad assetto gratuito sul piano causale ed effettuale, ed atti di destinazione ad assetto oneroso: così non è stato. Ed, infatti, l'assetto complessivo del regime fiscale della destinazione negoziale, oltre a smentire l'impostazione unitaria proposta dal legislatore del 2006, riduce la nozione civilistica di *atto a titolo gratuito* a tutti gli atti ad *effetti* gratuiti, privi, cioè, di contropartita economicamente rilevante⁶⁷, senza tener conto del fatto che l'effetto gratuito può spesso essere sostenuto da una causa onerosa, avendo riguardo al rapporto alienante-alienatario, ovvero da una causa esterna, gratuita o onerosa, avendo riguardo al rapporto alienante-terzi beneficiari⁶⁸.

La scelta del legislatore tributario esclude la rilevanza dell'elemento causale e della tipologia effettuale dell'atto considerato (meramente vantaggioso ovvero liberale⁶⁹) e, di conseguenza, esclude la rilevanza dell'effettiva capacità contributiva – in quanto realmente *arricchitosi* – del soggetto su cui grava l'imposizione fiscale. Essa, soprattutto, non focalizza che l'atto di costituzione di un vincolo di destinazione con modalità traslativa, è un atto che, in se stesso, può qualificarsi in termini di gratuità (intesa come depauperamento del disponente) sul piano meramente effettuale⁷⁰ ma non su quello causale che è l'unico profilo rile-

⁶⁶ R. LUPI, *Riforma delle successioni: il nodo delle liberalità indirette*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 855 e ss.

⁶⁷ La Circolare Agenzia delle Entrate 27 marzo 2008 n. 28/E, p. 10, precisa, infatti, che per atti a titolo gratuito soggetti all'imposta sulle successioni e donazioni devono intendersi tutti i trasferimenti di beni e diritti privi dell'*animus donandi*, ossia della volontà di arricchire il donatario con contestuale suo impoverimento e dunque tutti gli atti di trasferimento, costituzione o rinuncia di diritti reali immobiliari privi di controprestazione economicamente rilevante.

⁶⁸ Cfr. sempre il nostro *La liberalità*, II, cit., cap. I, dove si esaminano i rapporti c.d. triangolari (produttivi di effetti liberali): v. sul punto più avanti nel presente paragrafo.

⁶⁹ Sia consentito rinviare a *La liberalità*, I, cit., cap. IV, Sez. I, par. I, in cui si tenta di porre in luce come le accezioni di gratuità ed onerosità possono avere una valenza causale ovvero effettuale, e che all'interno della valenza effettuale è necessario distinguere tra effetto meramente gratuito (vantaggio) ed effetto liberale (arricchimento).

⁷⁰ È gratuito sia l'effetto attributivo che si produce in assenza di contropartita eco-

vante ai fini dell'applicazione di un tributo che presuppone l'arricchimento effettivo del soggetto contribuente. Tale arricchimento, là dove si affermi l'idoneità dell'atto destinatorio a produrre separazione patrimoniale (tra l'altro – come già sottolineato – bilaterale) non si genera in favore del trustee né di altro destinatario/gestore (mandatario senza rappresentanza, fiduciario, ecc.) e, dunque, non dovrebbe essere da lui dovuto.

L'imposta sulle successioni e donazioni andrebbe corrisposta da chi ottiene un effettivo incremento patrimoniale, cioè effettivamente si arricchisce *a titolo gratuito* con il trasferimento dei beni in trust (o anche durante la gestione dei beni in trust: v. *supra* nel testo) e, dunque, andrebbe corrisposta al momento di tale trasferimento ovvero, al limite, *anticipatamente*, cioè al momento della costituzione del vincolo e/o del trasferimento dei beni, ma in tal caso, esclusivamente per tutti i trust e per gli atti di destinazione diversi dal trust che siano *a titolo gratuito*.

Il *titolo* gratuito ovvero oneroso della destinazione – cioè il *titolo giustificativo* degli spostamenti patrimoniali – è rinvenibile nel *rapporto* tra il destinante/disponente/settlor/fiduciante e *beneficiari* ovvero nella tipologia dello *scopo* cui è rivolta la destinazione. Che ciò sia vero anche nel caso di destinazione realizzata con modalità traslativa è attestato dal fatto che il trasferimento di beni al trustee oltre a non produrre un arricchimento patrimoniale in favore di quest'ultimo, in quanto i beni non risultano *parte* del suo patrimonio (essendo segregati), è sostenuta dalle *causae* più varie (liquidazione dei creditori del disponente, proficua amministrazione dei beni in favore di terzi o dello stesso disponente, costituzione di una garanzia ecc.)⁷¹.

nomicamente rilevante in favore del disponente in caso di destinazione traslativa sia l'effetto di limitazione della capacità patrimoniale del disponente in caso di destinazione non traslativa: cfr. sempre *La liberalità*, I, cit., cap. IV, Sez. I, par. 3, in part. nota 192.

⁷¹ Questo aspetto è colto anche di recente da più volte citato Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, dove si legge che: «l'atto di trasferimento di un bene in proprietà al trustee, da parte del disponente, è a titolo gratuito in quanto a fronte di esso il trustee non versa alcun corrispettivo. È, però, vero altrettanto che a mezzo di esso il disponente non intende beneficiare il trustee, intendendo piuttosto fornirgli gli strumenti necessari per portare a compimento le finalità del trust. È proprio in queste finalità che l'atto dispositivo trova la

L'applicabilità dell'imposta indiretta sulle successioni e donazioni, se intesa come volta a colpire i trasferimenti effettivi di ricchezza, cioè gli arricchimenti, dovrebbe essere considerata avendo riguardo ai due rapporti principali che attengono alla destinazione patrimoniale: quello tra disponente e beneficiari; quello tra disponente e gestore che sia titolare dei beni destinati. Il primo rapporto colora causalmente sul piano sostanziale l'atto di destinazione e consente di inquadrarlo tra gli atti di destinazione a *titolo gratuito*⁷² ovvero oneroso, e dunque di tassare o meno con il tributo successorio i trasferimenti dal gestore ai beneficiari; il secondo è generalmente di carattere oneroso e dunque vale ad escludere l'arricchimento del gestore.

Così ragionando, e adottando una *prospettiva di diritto tributario*, sembra corretto sostenere che il trasferimento della titolarità dei beni al gestore (trustee, fiduciario o simili) può considerarsi causalmente oneroso (in quanto consiste nell'attribuire dei beni in gestione ad un altro soggetto che dunque assume l'obbligo di assolvere un compito a vantaggio del disponente e ciò indipendentemente dall'eventuale corrispettivo perseguito che comunque viene generalmente corrisposto)⁷³ ovvero *causalmente* neutro (così senz'altro nel caso di *trust* auto-dichiarato, fiducia statica, negozio di destinazione unilaterale ecc.)⁷⁴, e, dunque, in entrambi

sua causa concreta e conseguentemente la propria natura. Quindi per la natura onerosa o gratuita del trust occorre fare riferimento al rapporto tra disponente e beneficiari».

⁷² Realizzando, in caso di interesse liberale del medesimo (ma non solo in questo caso), un classico esempio di c.d. donazione indiretta (*alias* liberalità non donativa: cfr. sempre il nostro *La liberalità*, II, cit., p. 105 e ss.) la cui problematicità anche sul piano fiscale è, già da tempo, nota (Cfr. R. LUPI, *Riforma delle successioni: il nodo delle liberalità indirette*, loc. cit. e *infra* nel testo).

⁷³ Stesse considerazioni valgono per il negozio fiduciario che da questo punto di vista è stato già da noi analizzato in *La liberalità*, I, cit., p. 406-412, come esempio di negozio in cui un'onerosità causale può combinarsi con una totale gratuità sul piano effettuale là dove il fiduciario non adempia agli obblighi di ritrasferimento dei beni e, trattandosi di fiducia non trascritta, il fiduciante ne sia privato definitivamente.

⁷⁴ La neutralità causale, *dal punto di vista fiscale* (non da quello sostanziale in cui anche la destinazione auto-dichiarata è supportata da una *causa* che ne condiziona la forma e la disciplina in genere: v. oltre), è inevitabile in quanto l'autodichiarazione di

i casi l'atto istitutivo del vincolo destinatorio dovrebbe essere assoggettato semplicemente ad imposta di registro⁷⁵, salvo poi sottoporre i bene-

trust/destinazione *non* priva il settlor/destinante della titolarità dei diritti sui beni destinati e dunque non sussiste un problema di giustificazione della decurtazione patrimoniale e del corrispondente arricchimento in favore di altri.

⁷⁵ Se, poi, tale imposta debba essere fissa o proporzionale, non è facile decidere: per l'imposta fissa si schiera *Commis. Tributaria prov. Brescia*, 11 gennaio 2006, in *Riv. giur. trib.*, 2006, p. 718: l'atto dispositivo di costituzione di un trust, redatto in forma pubblica, è assoggettato alla sola imposta fissa di registro ex art. 11 della tariffa, parte prima, d.p.r. n. 131/1986 (e non all'imposta proporzionale del tre per cento del valore del conferimento, in applicazione dell'art. 9 d.p.r. n. 131/1986), poiché dall'atto di conferimento, in quanto tale, non può farsi conseguire una favorevole certezza di positivi risultati gestionali, tanto che lo stesso patrimonio consegnato in gestione potrebbe affievolirsi; il risultato, in termini di valori, sarà riscontrato con lo spirare del contratto di destinazione patrimoniale a favore del trustee e, quindi, con l'erogazione in retrocessione del capitale o del capitale e del plusvalore o con la liquidazione intermedia di quote economiche; nel dubbio sul risultato, quindi, e in mancanza di arricchimento attuale di alcuno dei soggetti individuati dal contratto, non appare coerente la provvisoria richiesta anticipata di imposta». Per argomenti in favore della proporzionale si veda la soluzione adottata dal legislatore tributario in materia di c.d. donazioni indirette (*alias* liberalità non donativa di cui, senz'altro, il trust/atto di destinazione traslativo rappresenta una configurazione possibile: v. *La liberalità*, I, cit., Cap. IV, Se. I, par. 2) nel d. lgs. n. 346/1990, art. 1, co. 4°-bis, il quale, contemplando una alternativa tra imposta proporzionale di registro e tributo successorio, esclude l'applicazione di quest'ultimo alle donazioni e alle altre liberalità [non donative *n.d.r.*] che siano collegate ad «atti concernenti il trasferimento o la costituzione di diritti immobiliari ovvero il trasferimento di aziende» sulla base – va ritenuto – di una concezione presunta di tali ultimi atti in termini di onerosità (cfr. quanto detto sul punto in *La liberalità*, I, cit., Cap. IV, nota 33 e in *La liberalità*, II, cit., Cap. I, p. 58 nota 109, e) e ciò potrebbe valere anche in caso di trasferimento per fini destinatari. In altre parole: dato che, probabilmente, la fattispecie presupposta dalla su citata norma fiscale è un contratto oneroso a favore di terzo, tale potrebbe ritenersi il trust per fini liberali, in quanto realizzato mediante trasferimento di beni in favore di un soggetto (trustee/gestore) che per lo svolgimento dell'attività gestoria viene – generalmente – retribuito. Tuttavia, sembra più corretto evitare l'assimilazione tra trust liberale e contratto oneroso che realizza indirettamente una donazione, essendo l'una una fattispecie non donativa ad effetti liberali e l'altro una donazione attuata indirettamente (v. *La liberalità*, II, cit., Cap. I). La diversità delle fattispecie giustifica, a ben vedere, un diverso regime fiscale per l'una e per l'altra, inducendo a propendere per un'as-

ficiari destinatari del trasferimento definitivo dei beni destinati, all'imposta corrispondente alla natura *onerosa* o *gratuita* di tale trasferimento finale in loro favore: è, infatti, l'*interesse* (oneroso o gratuito) che giustifica tale ultimo trasferimento (quello verso i beneficiari finali) a connotare in senso causale ogni negozio con effetti destinatori (*trust in primis*) quale fattispecie unitaria sul piano del diritto sostanziale, consentendo di identificare il soggetto effettivamente arricchitosi⁷⁶.

Solo conferendo al tributo successorio un significato diverso da quello che ha, e considerandolo applicabile indipendentemente dall'arricchimento effettivo del soggetto destinatario del trasferimento, si può tentare di dare un senso alla scelta del legislatore tributario che altrimenti rimane inspiegabile perché uniforma situazioni non uniformabili⁷⁷.

similazione del trust alle liberalità non donative non collegate ad atti – presunti – onerosi. La soluzione del problema merita comunque maggiori approfondimenti.

⁷⁶ Mostra di aver ben chiaro questo punto della rilevanza sul piano causale del rapporto tra disponente e beneficiari: Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, cit., nella quale si legge che, sebbene dal punto di vista del disponente l'atto di trasferimento dei beni in trust abbia carattere gratuito, al fine di determinare la natura gratuita od onerosa di tale atto, occorre fare riferimento al rapporto tra disponente e destinatari [*alias* beneficiari *n.d.r.*], con la conseguenza che avrà natura liberale l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al trust con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre avrà natura onerosa l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione (nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che avesse natura solutoria l'atto istitutivo di un trust finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67 lett. d) l.f.).

⁷⁷ Non condivisibile appare quindi la posizione della Comm. Tributaria prov. Firenze, 12 febbraio 2009, in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 534, che per giustificare l'applicazione del tributo successorio al momento della costituzione del trust, costruisce la posizione dei beneficiari come *aspettativa*, cioè come posizione sospensivamente condizionata al trasferimento dei beni del *trust fund* in loro favore: il trust sottoposto a condizione sospensiva è, quindi, soggetto all'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni in misura fissa, che va anticipata al momento della sua istituzione. Si vede come tale ricostruzione non tenga conto del fatto che non tutti i trust sono liberali, vale a dire producono un arricchimento effettivo in favore dei beneficiari al momento del trasferimento del trust fund, ben potendo essere tale trasferimento un modo per estinguere i debiti del settlor. Dunque, indipendentemente dalla ricostruzione della posizione dei beneficiari in termini di

Sarebbe apparso, infatti, più ragionevole prendere atto che, in una prospettiva di diritto tributario, la destinazione, cioè la *costituzione* del vincolo su determinati beni, è atto *neutro* né oneroso né gratuito, e tale rimane anche se si realizza mediante trasferimento senza contropartita della proprietà dei beni ad un soggetto terzo. L'atto costitutivo del vincolo di destinazione, traslativo o non traslativo, ben potrebbe essere assoggettato all'imposta di registro (va indagato se fissa o proporzionale), sebbene – nella prospettiva di una novella – meglio sarebbe prevedere un'imposta *ad hoc* che tenga conto dell'elemento temporale, cioè della durata della destinazione, e del fatto che essa può anche depauperare in modo definitivo⁷⁸ il patrimonio del disponente già al momento della costituzione del vincolo (come accade qualora i beni destinati debbano essere devoluti a soggetti diversi dal destinante).

La diversa direzione presa dal legislatore tributario e, soprattutto, dall'Agenzia delle Entrate (il cui ruolo è sempre più “invadente”) e le conseguenti discrasie disciplinari sono, comunque, il frutto di percorsi interpretativi e ricostruttivi imputabili, più propriamente, a buona parte della dottrina civilistica e comparativistica⁷⁹ la quale – ripetiamo – ha creato i presupposti per una mancanza di chiarezza sul piano della qualificazione delle fattispecie in esame, che invece di dissipare, tende a mantenere, tarpando le ali ad istituti già da tempo operanti nel sistema (i trust) ed impedendo l'ammodernamento definitivo del sistema medesimo con il disconoscere e il circoscrivere la portata innovativa ed il ruolo

aspettativa (su cui *infra* nel testo), ciò che non convince è la scelta di uniformare il tipo di imposizione indiretta sia nei trust sia negli altri atti di destinazione traslativi senza tenere conto della *causa* della destinazione.

⁷⁸ Se il depauperamento non è definitivo la situazione muta: cfr. il trust c.d. *revocabile* o meramente interposto. Aggiungiamo che anche la posizione dei beneficiari può essere *non* definitiva: D. MURITANO, *Il trust: casi pratici*, cit., par. 5, dove pone in luce come il *settlor* possa revocare i beneficiari ovvero questi possano comunque mutare o venire meno per le ragioni più varie.

⁷⁹ E. DELLA VALLE, *Brevi note in tema di fiscalità del trust*, cit., p. 2904, dopo aver posto in luce la difficoltà di approntare una coerente disciplina tributaria del trust, invoca la dottrina civilistica per fare chiarezza sulla natura giuridica dell'istituto.

unificante dell'art. 2645-ter c.c., quale norma fondante la categoria generale *dell'atto* di destinazione (trascrivibile e non trascrivibile: v. *infra* par. 3), idonea a ricomprendere in sé il trust come altre figure negoziali di destinazione tipiche e atipiche (negozio fiduciario immobiliare compreso), la cui diversità di regime fiscale potrebbe senz'altro fondarsi sulla diversità di struttura e di causa⁸⁰ ma non sull'assunto aprioristico ed indimostrato della diversità di natura giuridica e di effetti⁸¹. È auspicabile, dunque, non

⁸⁰ V., infatti, le diverse ipotesi di clausole di trust prospettate da D. MURITANO, *Il trust: casi pratici*, loc. cit., che pone così in luce la difficoltà di applicazione del tributo successorio nel suo attuale assetto il quale non tiene conto delle molteplici configurazioni che il trust assume nella realtà negoziale: *opaco* ovvero *trasparente*, trust che contempla solo l'erogazione dei frutti provenienti dai beni in trust ovvero il trasferimento dei medesimi ecc.; cfr. anche E. DELLA VALLE, *Brevi note in tema di fiscalità del trust*, cit., p. 2903 s. e ivi le note. Significative anche le riflessioni svolte da A. FUSARO, *Responsabilità del notaio per le conseguenze fiscali dell'atto*, Intervento al Corso di Alta Formazione sul Trust, Feltre-Castelbrando, 13-15 marzo 2008, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo [http:// coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166](http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166).

⁸¹ Cfr. sempre la Circolare n. 3/E del 2008 par. 5.4.1 che individua quale caratteristica tipica del trust, considerata non comune alle altre ipotesi di vincoli di destinazione, il fatto che i beni del trust costituiscono un patrimonio con una specifica autonomia giuridica rispetto a quello del disponente e del trustee, nonché il fatto che il beni in trust non sono legittimamente utilizzabili per finalità divergenti rispetto a quelle predeterminate nell'atto istitutivo del trust al contrario di quanto accadrebbe per il negozio fiduciario, che, sebbene produttivo di effetti segregativi dei beni oggetto dell'intestazione fiduciaria (come si deduce dal fatto che il presupposto dell'imposizione fiscale è non solo la gratuità dell'effetto prodotto dal trasferimento fiduciario ma, in alternativa e pur con qualche dubbio ingenerato principalmente dalla *bagarre* dottrinale, l'idoneità del medesimo a produrre un vincolo di destinazione), non impedisce al fiduciario di disporre dei beni a lui intestati contro la volontà del fiduciante, fatta salva la responsabilità per inadempimento contrattuale. È evidente come queste affermazioni dell'Agenzia delle Entrate siano fondate su una mancata comprensione del fatto che la differenza tra trust e negozio fiduciario non è fondata sulla possibilità di abuso del fiduciario né sulla tipologia degli effetti segregativi, che sono identiche in entrambe le fattispecie (nonostante la persistenza di una convinzione contraria in ambiente notarile: v. di recente A. PISCHETOLA, *Destinazioni e fiscalità indiretta*, in A.A.V.V., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p. 43), ma sull'*opponibilità* degli effetti ai terzi che è legata alla trascrizione degli atti che li producono: in altre parole – come detto *supra* Cap. II, par. 3, 5 – la vera diffe-

solo e non tanto una feconda interazione tra legislatore fiscale e dottrina civilistica ma soprattutto l'attuazione, fin da ora, di un'interpretazione della normativa fiscale che, anche andando oltre il dato letterale, riesca ad orientarsi verso una valutazione in termini unitari della destinazione patrimoniale, superando ormai obsolete distinzioni, e, soprattutto, cerchi di colpire l'arricchimento ove effettivamente prodottosi.

3. Segue. *Aspetti sostanziali e processuali*

L'equivoco di fondo, basato sulla persistente convinzione dell'autonomo ruolo del 'trust interno italiano' rispetto all' 'atto di destinazione' ex art. 2645-ter c.c. (e ad altre figure di destinazione negoziale, negozio fiduciario *in primis*), deve essere accantonato al fine di sviluppare con coerenza l'approccio qui proposto della *interazione* dei piani disciplinari delle fattispecie in esame verso la composizione ed individuazione nel sistema italiano di una griglia ampia e articolata di regole della destinazione patrimoniale atipica di fonte negoziale, tenendo ben presente che, allo stato, essa si realizza prevalentemente in forma di atti denominati nella prassi consolidata 'trust'.

I negozi atipici 'trust interni italiani' *alias* 'atti di destinazione', nella configurazione *non traslativa* (con identità soggettiva tra disponente e titolare/gestore dei beni) ovvero *traslativa* (con diversità soggettiva tra disponente e titolare/gestore dei beni), possono senz'altro inquadrarsi nell'ambito di schemi strutturali già conosciuti e regolati dal nostro ordinamento: si pensi, rispettivamente, al «negozio unilaterale soggetto a rifiuto»⁸² – art. 1333 c.c. – ovvero al contratto in favore di

renza tra negozio fiduciario e trust è che l'uno è concepito come non trascritto né scrivibile per la parte che riguarda il c.d. *pactum fiduciae* (ma sul punto v. quanto da noi detto *supra* Cap. II, in part. nota 109) mentre l'altro come trascritto e da ciò scaturisce una diversità dei mezzi di tutela esperibili in caso di violazione degli obblighi fiduciari che incombono in modo identico sia sul fiduciario sia sul trustee: v. *infra* par. 3.

⁸² Cfr. Cass., 4 settembre 2001, n. 11391, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*,

terzo⁸³ – art. 1411 c.c. – ai cui apparati non solo normativi, ma anche in-

n. 295: «[...] pur sottraendosi la fattispecie del c.d. contratto unilaterale allo schema generale di formazione contrattuale, derivante dall'incontro delle volontà delle parti, per il fatto di perfezionarsi in virtù del mancato rifiuto della proposta, il fine, cui sovrintende la disposizione di cui al 2° comma dell'art. 1333 c.c., di evitare che la sfera giuridica del soggetto possa essere interessata da una manifestazione di volontà altrui, consente che l'inefficacia della proposta possa desumersi, oltre che da un rifiuto espresso, anche da un comportamento del destinatario della proposta, inequivocabilmente apprezzabile come dettato dalla volontà di non avvalersene». La riconduzione alla figura del «contratto con obbligazioni a carico del solo proponente», secondo la rubrica dell'art. 1333 c.c., *alias* negozio unilaterale a rilievo bilaterale [ovvero soggetto a rifiuto] è l'inquadramento già proposto in dottrina per l'atto di destinazione unilaterale (cfr. A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione ecc.*, cit., p. 470 e s. e ivi nota 60, dove si richiamano opportunamente gli studi di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970) che, nella prospettiva da noi assunta, vale anche per il trust auto-dichiarato e per la c.d. fiducia statica, vale a dire per tutti i fenomeni di destinazione patrimoniale di fonte negoziale in cui sussiste identità soggettiva tra titolare dei beni e colui che li gestisce in ossequio al programma di destinazione autoimposto. Sia consentito, altresì, rinviare per un'analisi dell'art. 1333 c.c. e del suo rapporto con la donazione nonché con la liberalità non donativa al nostro *La liberalità*, I, cit., Cap. IV, Sez. I, par. 1-3, 5, pp. 309-349, 358-366; Cap. V, pp. 417-427, in cui si rende nota la tendenza ad utilizzare questo schema nell'ambito della gratuità c.d. commerciale (vale a dire per realizzare interessi non liberali) ma il suo impiego nell'ambito della destinazione patrimoniale ben potrebbe estenderne il raggio di operatività. Il punto va comunque maggiormente indagato in altra sede.

⁸³ Cfr. già Trib. Velletri, ord., 29 giugno 2005, cit., che, dopo aver qualificato il trust come negozio atipico di diritto italiano parla di «negozio a prestazioni corrispettive con effetti in favore di terzo (se non addirittura di un contratto, vista la contestuale accettazione dell'incarico da parte del trustee in cambio di un compenso, con un distacco, quindi, rispetto al modello classico di trust inglese) per mezzo del quale il trustee è divenuto proprietario di alcuni beni ed i beneficiari [...] hanno acquistato un diritto di credito nei confronti del trustee» ma anche un diritto al rtrasferimento dei beni in trust a partire da una certa data che vale come termine iniziale per l'esercizio del diritto medesimo. Aggiungiamo che contro questo inquadramento non può addursi la constatazione che da una prospettiva di *common law*, ed, in particolare, di diritto inglese le due fattispecie – trust e contratto a favore di terzo – sono tenute distinte (come da noi già rilevato in *La liberalità*, II, cit., Cap. I, pp. 61 e ss. e ivi nota 112) perché nel presente lavoro si è assunta

terpretativi (sul piano giurisprudenziale e dottrinale) ben può farsi riferimento nella complessa operazione di redazione dell'atto di destinazione e delle sue clausole, operazione che, comunque, appare conducibile nella massima flessibilità e ampiezza⁸⁴.

Proprio in questi schemi di diritto italiano si trova conferma di quanto sopra detto riguardo alla peculiarità del profilo *causale* dei 'trust' *alias* 'atti di destinazione'. Tale profilo causale, in un'ottica di diritto italiano sostanziale, vale a giustificare sia la costituzione del vincolo con la relativa dotazione patrimoniale sia i trasferimenti ai beneficiari finali e/o il ritrasferimento al disponente. Esso va ricercato – come più volte ribadito – non nel rapporto settlor/disponente-trustee/gestore ma nel rap-

una prospettiva di *civil law* ed, in particolare, di diritto italiano che, per prima cosa, non conosce la distinzione tra *common* ed *equity law*, non potendo dunque fondare su tale distinzione e sulla conseguente diversità dei rimedi a tutela delle posizioni del *beneficial owner* e del *third beneficiary*, la differenza tra *trust* e contratto in favore di terzo (cfr. J. GETZLER, *Legislative incursions into modern trusts doctrine in England: The Trustee Act 2000 and the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Global Jurist Topics*, [2002] 2, Iss. 1, Article 2, in part. pp. 12-14 [<http://www.bepress.com/gj/topics/vol2/iss1/art2>]). La medesima prospettiva, inoltre, impone di guardare agli schemi di diritto italiano menzionati nel testo, tenendo conto della loro ontologica vocazione e capacità ad inglobare fattispecie negoziali atipiche in forza della loro ampiezza e flessibilità nonché della loro preesistenza nel nostro sistema rispetto alla comparsa del *trust*, al contrario di quanto avvenuto nel sistema inglese, dove la legge sul contratto a favore di terzo (*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*) è di molto successiva alla normativa sul *trust* e si colloca sulla scia di una progressiva contrattualizzazione del medesimo negli ambiti di *common law*. Cfr. anche *infra* nel testo e nelle note.

⁸⁴ In questa operazione di redazione quasi tutte le clausole presenti nei *trust* di diritto straniero sono ammesse, tranne quelle esplicitamente contrastanti con le norme imperative del nostro sistema e con la concezione dell'atto di destinazione volto a realizzare interessi meritevoli di tutela, non identificabili nella mera specializzazione patrimoniale del debitore (v. *supra* Cap. I, nonché Cap. II e la fine del presente paragrafo). Anche M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., delinea la disciplina del «negozio di affidamento fiduciario» proprio sulla base dell'interpretazione delle norme, prevalentemente codicistiche, vigenti, sottolineando, al contempo, l'ampio spazio lasciato ai soggetti che pongono in essere l'atto nel determinarne il contenuto e nel prevedere al suo interno strumenti di autotutela.

porto settlor/disponente – beneficiari, ossia *nell'interesse* che muove il disponente (quale soggetto che costituisce il vincolo e dota il trust⁸⁵) e che consente di qualificare *tipologicamente* la costituzione del trust⁸⁶, im-

⁸⁵ Si badi che il trust *non* può essere dotato da un terzo, cioè da un soggetto diverso da chi lo costituisce ove si abbia riguardo alla fase genetica del trust. Eventuali incrementi del patrimonio in trust (fondo di trust) possono essere posti in essere da un terzo (diverso dal costituente) in un momento successivo alla costituzione e dotazione del trust da parte del disponente. Il terzo che incrementa il trust *fund* in questo caso compirà un atto a titolo gratuito ovvero oneroso a seconda della *causa*, vale a dire dell'interesse che giustifica e sostiene il trasferimento in trust (es.: lo zio trasferisce il proprio patrimonio al trust già costituito dal fratello in favore del proprio figlio – suo nipote: trattasi di trust liberale. Es.: la società madre trasferisce dei beni di cui è titolare nel trust costituito da una società figlia per garantire i suoi debiti: trattasi di trust a titolo oneroso o gratuito in senso commerciale, comunque non liberale). Se un soggetto trasferisce ad un altro alcuni beni con l'accordo segreto/tacito che costui successivamente costituisca tali beni – di cui risulta proprietario – in trust, trasferendoli a sua volta ad un trustee/gestore ovvero auto-dichiarandosi trustee nell'interesse di colui che gli ha trasferito i beni, il primo atto di trasferimento sarà simulato come vendita ovvero donazione e dunque impugnabile da parte dei terzi o aventi causa. Ove invece l'accordo fosse palese, si tratterebbe di costituzione di trust con termine iniziale e condizionato; dunque il disponente sarebbe sempre colui che dota il trust al momento della sua nascita.

⁸⁶ Sul piano causale il fenomeno destinatorio di fonte negoziale è inquadrabile (probabilmente) nella categoria degli atti c.d. a causa *neutra* o *variabile* come la cessione del credito (art. 1260 c.c.: cfr. Cass., 3 luglio 2009, n. 15677); il negozio unilaterale soggetto a rifiuto (art. 1333 c.c.); il contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.). Queste fattispecie, rinvenibili tutte nella parte generale sul contratto, si presentano come schemi normativamente previsti in un senso o nell'altro sul piano strutturale (sono bi- ovvero uni-laterali) che necessitano di un riempimento, di una causa, appunto, che li colori e ne consenta la qualificazione non solo in termini di gratuità ovvero onerosità ma in termini tipologici. L'accostamento con il trust/atto di destinazione atipico non appare inopportuno ove si rilevi che al termine 'trust' si accompagna sempre un aggettivo, il quale vale a specificarne la causa vera e propria (es.: trust familiare, fallimentare, testamentario, liquidatorio, di garanzia ecc.) ovvero la struttura e, dunque, la disciplina applicabile (trust contrattuale ovvero auto-dichiarato). Ma va tenuto conto che gli schemi codicistici sopra citati hanno un'ampiezza tale da poter includere nel proprio raggio di operatività lo stesso schema destinatorio. Più in particolare, l'accostamento con il contratto a favore di terzo consente di trasporre riguardo all'atto di destinazione/trust ciò che già da tempo si è detto e scritto

ponendogli l'applicazione, in quanto fattispecie negoziale unitaria (e *non scissa in più atti diversi*), non solo delle norme sue proprie (rinvenibili, in primo luogo, nell'art. 2645-ter c.c.) ma di ulteriori complessi normativi previsti nel nostro ordinamento per quel tipo (già noto) di atto ma soprattutto, per i suoi (già noti) effetti che, tramite l'*intermediazione*⁸⁷ del

riguardo alla qualificazione causale, in senso oneroso o gratuito, dell'attribuzione dal promittente al terzo, fondata sull'«interesse dello stipulante»: anche qui rinviamo a quanto detto in *La liberalità*, II, cit., p. 3 e ss., seppure con le precisazioni espresse nella nota seguente. Sempre a *La liberalità*, II, cit., Cap. I, p. 58 nota 109, rinviamo per la considerazione delle riflessioni svolte, sebbene, qualche anno addietro, da alcuni autori (G. CAPOZZI, *Contratto a favore di terzo. Effetti reali. Ammissibilità. Regime fiscale*, in *Vita not.*, 1973, p. 995; G. LO SCHIAVO e A. MARRESE, *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 2003, p. 187) sul trattamento fiscale del contratto a favore di terzo considerato come fattispecie unitaria da sottoporre ad un'unica tassazione, proprio al fine di valutarne un'eventuale estensione al trust, in sostituzione del regime fiscale attuale che presenta le problematiche sopra accennate.

⁸⁷ Sulla collocazione dei trust/atti di destinazione traslativi nell'ambito dell'ampio fenomeno della c.d. *intermediazione patrimoniale* (analizzata soprattutto quale fattispecie produttiva di effetti liberali mediante atti diversi dalla donazione e, tra l'altro, oggi confermata dalla citata Circolare n. 43/E del 2009 che distingue tra *trust* intermediari veri e propri e *trust* meramente interposti) v. le riflessioni da noi già svolte in *La liberalità*, II, cit., Cap. I, in part. pp. 49-67 ed ivi le note, cui rinviamo per la definizione di *operazione triangolare attributiva* e per la distinzione tra *intermediazione patrimoniale* in senso stretto o *giuridica*, riferita al contratto a favore di terzo, ed *intermediazione gestoria di patrimonio* (ovvero *intermediazione economica*), riferita ai negozi fiduciari, ai trust e/o – potremmo dire ora – agli atti di destinazione. Precisiamo, tuttavia, in questa sede che la distinzione tra queste due forme di *intermediazione patrimoniale* e tra le rispettive manifestazioni, espressa in *La liberalità*, II, cit., Cap. I, è stata fondata sulla valorizzazione di alcuni orientamenti dottrinali di provenienza prevalentemente francese e va intesa come funzionale ad evidenziare la differenza (rilevante sul piano disciplinare, ad esempio, con riguardo alla forma degli atti) tra la fattispecie triangolare in cui i beni attribuiti al beneficiario sono parte in senso sostanziale (in quanto ne provengono *ab origine* e *non* dal patrimonio gli sono stati trasferiti dallo stipulante) del patrimonio dell'intermediario che glieli attribuisce su indicazione di un altro soggetto (*trasformando*, quindi, la prestazione da quest'ultimo ricevuta: es., compravendita in favore di terzo in cui il bene sia di proprietà del promittente), e la fattispecie in cui i beni attribuiti al beneficiario sono invece parte solo in senso formale (in quanto segregati) del patrimonio dell'intermediario che ne è, appunto, proprietario ma nella qualità di gestore nell'interesse di altri (es., trust, negozio fi-

trustee/gestore, si vanno a realizzare nei confronti dei beneficiari finali. Nell'atto di destinazione/trust devono, dunque, essere *manifestate* le *ragioni* della destinazione e le finalità/gli interessi che con essa si intendono perseguire⁸⁸ e ciò sia ai fini dell'esercizio del controllo di meritevolezza richiesto dalla legge sia ai fini dell'individuazione di tutte le norme applicabili alla fattispecie concreta di trust/atto di destinazione.

duciario in favore di terzo) che riceve, quindi, un bene proveniente *ab origine* dal patrimonio del disponente/stipulante e *non* dal patrimonio del gestore/promittente. Se, dunque, lo schema del contratto a favore di terzo contemplato nell'art. 1411 e ss c.c. può essere letto – ed è stato da noi letto – in senso ristretto come espressione dell'intermediazione c.d. giuridica, esso, nella configurazione di diritto italiano, ha comunque un'ampiezza e una flessibilità tali da comprendere entrambe le suddette forme di intermediazione come, d'altra parte emerge anche dalla nostra precedente ricerca (*La liberalità*, II, cit., Cap. I, pp. 46-86). Non vi è, infatti, alcuna ragione deducibile dalla lettera delle norme contenute negli artt. 1411 e ss. c.c. per escludere una loro interpretazione ed applicazione in termini più ampi e comprensivi di tutte le ipotesi di destinazione patrimoniale di fonte negoziale realizzata con modalità traslativa tanto più che queste tendono a confondersi e a sovrapporsi, facendo apparire *di stile* ogni sforzo (compreso il nostro nel lavoro *supra* citato) fatto per distinguerle. V. anche nota seguente e oltre nel testo.

⁸⁸ Viene così definitivamente a chiarirsi il perché dell'aggettivazione dei trust/atti di destinazione come *liberali, testamentari, liquidatori, di garanzia* ecc. Tale aggettivazione ha una funzione di qualificazione in senso causale e dunque effettuale (con riguardo ai beneficiari finali ovvero allo scopo perseguito) del trust/atto di destinazione posto in essere, imponendo l'applicazione delle norme imperative che attengono a quella specifica tipologia causale ed effettuale. In *La liberalità*, I, cit., Cap. IV, pp. 327-330 e ivi le note, abbiamo affrontato il problema della tutela dei legittimari lesi dalla costituzione di un trust liberale o testamentario, lesione che implica l'applicazione delle norme sulla riduzione con esperibilità della relativa azione verso il trustee ovvero verso i beneficiari perché in relazione al patrimonio del disponente e dei soggetti che su di esso hanno o potrebbero avere delle legittime «aspettative» ciò che conta è la costituzione *a titolo gratuito*, meglio: liberale, del *trust*. Aggiungiamo che anche le norme sul patto di famiglia possono venire in considerazione là dove la fattispecie trust sia qualificabile in termini causali con riferimento a codesta fattispecie tipica di diritto italiano, considerando, viepiù, che questa fattispecie, come altre, presenta aspetti di inderogabilità di cui la configurazione in forma di trust dell'assetto di interessi ad essa analogicamente ascrivibile, non può non tenere conto.

Inquadrando la fattispecie destinataria, traslativa e non traslativa, in questi schemi generalissimi di diritto italiano, letti e applicati, in termini estensivi ovvero analogici, e, comunque, nel modo più ampio e meno dogmatico possibile⁸⁹, e facendo, altresì, riferimento alla diffusa e, in buona parte, consolidata dottrina e giurisprudenza (non solo italiana⁹⁰) sulla qualificazione della posizione giuridica del *beneficiario* del *trust*⁹¹, è possibile attribuire al beneficiario dell'atto di destinazione/trust italiano (sia traslativo sia *non* traslativo)⁹², una posizione giuridica non certo 'de-

⁸⁹ Ed, in particolare, considerandoli quali complessi normativi fondanti nel nostro ordinamento il principio in base al quale è lecito produrre effetti meramente vantaggiosi nella sfera giuridica di un soggetto senza il suo consenso, purché egli abbia la facoltà di rifiutare il vantaggio ricevuto, come è stato fatto da parte illustre della dottrina italiana da noi studiata ed analizzata in *La liberalità*, I, cit., in part. Cap. I, Sez. II, par. 7, nota 100; *La liberalità*, II, Cap. I, Sez. II, par. 1; e come ha recepito anche la nostra giurisprudenza.

⁹⁰ Si allude alla già menzionata (v. *supra* Cap. I, nota 30) Corte di Giustizia CE, *Webb v. Webb*, 17 maggio 1994, Causa C-294/92, Racc. pag. I-01717, che, tra le altre cose, ha riconosciuto il carattere obbligatorio/personale delle pretese dei beneficiari nei confronti del *trustee*.

⁹¹ Il riferimento alla posizione giuridica del beneficiario del trust per qualificare sul piano generale la posizione giuridica del beneficiario di un atto di destinazione patrimoniale in diritto italiano è conseguente alla già più volte auspicata osmosi delle figure trust-atto di destinazione e dei rispettivi piani disciplinari, la quale è funzionale all'intento di risolvere una serie di problemi creati dall'apparente (v. *supra* nel testo) incompletezza dell'art. 2645-ter c.c.: pare cogliere bene questo punto anche il notaio D. MURITANO, *Negozio di destinazione e trust interno*, cit., p. 285, dove scrive che la nuova norma lascia insoluti una serie di problemi che «potrebbero probabilmente ricevere adeguata soluzione alla luce delle conclusioni raggiunte dalla dottrina [e dalla giurisprudenza *n. d. r.*] in materia di trust». L'a. elenca questi problemi sulla cui proposta di soluzione v. *infra* nel testo.

⁹² Va sottolineato, infatti, che, al contrario di quanto affermato da alcuni, la qualificazione della posizione del *beneficiario* non cambia ove si sia in presenza di un atto di destinazione non traslativo in quanto l'auto-dichiarazione di trust *alias* auto-destinazione (consistente nella auto-limitazione del potere di godimento e disposizione sul bene) posta in essere dallo stesso titolare, si traduce in termini giuridici di diritto privato nell'assunzione di un obbligo cui non può che corrispondere, in capo al beneficiario, una posizione di credito in senso tecnico: cfr. sul punto nota seguente.

bole⁹³ ma ‘forte’ soprattutto sul piano rimediabile⁹⁴. In forza dei dati normativi e giurisprudenziali⁹⁵ vigenti ed operanti nel nostro sistema, il be-

⁹³ Come fa, invece, U. LA PORTA, *Latto di destinazione dei beni ecc.*, cit., p. 1100 e s., che qualifica la posizione del terzo beneficiario come «mero interesse legittimo al corretto svolgimento dell'azione (amministrativa) altrui», accostandola a quella del beneficiario del *modus* donativo (v. anche nota seguente). Ma si vede come tale impostazione sia lontana dalla realtà della prassi negoziale, delle pronunce giudiziali e soprattutto dei dati normativi che tra soggetti di diritto privato in ambito patrimoniale, ed eccezion fatta per casi espressamente contemplati, prevedono l'esistenza di posizioni pari ordinate, qualificabili in termini di debito-credito: v., infatti, *infra* nel testo e nelle note.

⁹⁴ In questa direzione sembra andare chiaramente M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 578, là dove contesta l'assimilazione fra beneficiario del *modus* donativo o testamentario e beneficiario della destinazione facendo rilevare che, oltre a porsi un problema di distinzione causale tra donazione modale e atto di destinazione, la disciplina rimediabile dell'onere è limitata alla nullità per impossibilità originaria dell'onere o alla risoluzione per inadempimento. L'a. invoca, perciò, in favore del beneficiario della destinazione l'applicazione di un vasto apparato rimediabile, volto a contrastare tutti gli atti che comportano una significativa deviazione dalla finalità impressa al patrimonio, sottolineando, opportunamente, la difficoltà di individuare in modo esaustivo tutti i rimedi possibili in ragione della varietà delle figure di articolazione del patrimonio e degli strumenti di destinazione nonché della possibilità e modalità di circolazione dei rimedi da una figura all'altra: v. anche oltre.

⁹⁵ Cfr. la recente Cass., 18 settembre 2008, n. 23844, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 630: «nel contratto a favore di terzo, il diritto del terzo è autonomo rispetto a quello dello stipulante e può, pertanto, essere fatto valere contro il promittente anche in via diretta, senza necessità dell'intervento in giudizio dello stipulante, facendo valere nei confronti di del promittente il diritto alla realizzazione del suo credito»; e già Cass., 5 dicembre 1987, n. 9034, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 363: «[...] stante il carattere generale della previsione del contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c. è ammissibile la stipulazione di un contratto preliminare (di vendita di un bene immobile) a favore di un terzo, non ostandovi la mancata corrispondenza tra il soggetto che si impegna a comprare e quello che *ha diritto di avvalersi dell'esecuzione ex art. 2932 c.c.* [corsivo nostr]; ne consegue che il terzo in cui favore è prevista la stipulazione, *acquistando l'autonomo diritto* [corsivo nostr], consistente nella pretesa della stipulazione del contratto definitivo, in caso di inadempimento del promittente, può avvalersi della tutela di cui all'art. 2932 c.c. (ovvero in alternativa chiedere la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c.) sempre che abbia fornito la dimostrazione dell'adempimento dell'obbligazione di pagare (o di offrire) il prezzo, che resta a carico dello stipulante».

nefeciario, che è normalmente⁹⁶ *terzo* rispetto all'atto posto in essere da altri in suo favore, è titolare di un autonomo *diritto di credito* nei confronti del gestore/trustee (promittente), avente ad oggetto la *prestazione di esecuzione*, in suo favore, del *programma destinatorio*, predisposto dal disponente/settlor⁹⁷. Il beneficiario può/deve dichiarare di voler profittare del

⁹⁶ La posizione di *terzo* del beneficiario è normale ma non necessaria perché – come già detto – la fattispecie destinatoria non viene meno in diritto italiano (ma neppure nel ‘diritto convenzionale’) là dove il disponente conservi in suo favore alcune prerogative, vale a dire sia anche beneficiario (il quale, quindi, verrebbe ad essere parte del contratto). In caso di destinazione traslativa il disponente potrebbe addirittura essere il beneficiario esclusivo mentre in caso di destinazione *non traslativa* ovvero auto-destinazione (*alias* trust auto-dichiarato) tale esclusività non è ammessa in Italia in quanto considerata spia di un intento fraudolento del disponente volto solo a realizzare l'obiettivo di una mera specializzazione patrimoniale (sui punti v. *supra*). Aggiungiamo, altresì, che la fattispecie di trust di diritto italiano, per lo più a struttura contrattuale, ben potrebbe includere i beneficiari quali parti del contratto stesso, fermo restando che la posizione giuridica di un ‘beneficiario terzo’ rispetto a quella di un ‘beneficiario parte del contratto di destinazione’ non muterebbe, poi, di molto ove non fossero previsti obblighi a carico dei beneficiari, qualora si avesse riguardo al rapporto beneficiario – trustee/gestore. Al contrario, un mutamento consistente sussisterebbe ove si avesse riguardo al rapporto settlor/disponente-terzo beneficiario perché in questo caso la contrattualizzazione della posizione del beneficiario ne comporterebbe l'esercizio anche verso il settlor/disponente e non solo verso il trustee/gestore.

⁹⁷ L'identificazione nei suddetti termini del contenuto della prestazione incombente sul gestore/trustee consente di confermare la natura di diritto di credito della posizione attiva del beneficiario della destinazione che, dunque, non coincide totalmente con la posizione attiva spettante ad un beneficiario-terzo di altro atto, diverso dall'atto di destinazione. In altre parole, se il diritto spettante al terzo beneficiario di una vendita in suo favore ben può essere – come è stato sostenuto dalla dottrina italiana (cfr. sempre il nostro *La liberalità*, I, cit., Cap. V, par. 1, in part. nota 6 e *La liberalità*, II, cit., Cap. I, par. 1) – lo stesso diritto reale sul bene oggetto del contratto tra stipulante e promittente, nel caso dell'atto di destinazione/trust il diritto spettante al terzo nei confronti del promittente non può che essere di natura obbligatoria in quanto ha ad oggetto l'attuazione di un programma con l'impiego di beni di cui il disponente ovvero il gestore, a seconda che si tratti di fiducia non traslativa ovvero traslativa, sono proprietari. La complessità del programma e i numerosi atti che dovranno essere posti in essere dal gestore per la sua attuazione, la dinamicità della gestione che quasi sempre implica o comunque può implicare

beneficio (consistente nell'attribuzione alla sua sfera giuridica di una posizione giuridica soggettiva attiva dal contenuto appena indicato), impedendone, così, la revoca o la modifica da parte del disponente (cfr. artt. 1333 e 1411, co. 2, c.c. ma anche art. 1412 c.c. per la revoca della destinazione *mortis causa*), che, fino a quel momento, può, senz'altro, porla in essere⁹⁸.

surrogazione dei beni destinati, ci sembra impediscano di qualificare la posizione giuridica del beneficiario come diritto reale sui beni destinati ma ciò non rappresenta affatto una menomazione della sua tutela in quanto egli può agire *ex art.* 2932 c.c. ed ottenere una sentenza costitutiva. Né sembra corretto parlare, in riferimento alla posizione del terzo-beneficiario, di *aspettativa* di diritto reale ovvero di titolarità di un diritto reale a termine iniziale, corrispondente al termine finale della destinazione, perchè, ripetiamo, il diritto del beneficiario non è sul bene ma verso il gestore-trustee, almeno per come si è fino a questo momento configurata in Italia la fattispecie della destinazione patrimoniale secondo quanto deducibile dal materiale giurisprudenziale. Nulla esclude successive ulteriori evoluzioni della medesima verso la configurazione in termini di diritto reale della posizione del beneficiario, analogamente a quanto già avvenuto per il contratto a favore di terzo. Ed infatti in questo senso già oggi M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 276-279, che considera possibile configurare la posizione del beneficiario come diritto reale a termine iniziale o sotto condizione sospensiva, ma ciò sulla base di affermazioni che non appaiono convincenti sul piano giuridico (v. quanto detto *infra* nella nota 446) e che sono, per lo più strumentali all'obiettivo dichiarato dallo stesso a., cioè quello di evitare al beneficiario, in caso di inadempimento del gestore/trustee, di agire in giudizio chiedendo una sentenza costitutiva, potendo, invece, esperire i rimedi possessori, quale titolare spogliato di beni che il gestore/trustee è obbligato a consegnargli. Ma è facile obiettare che la bontà delle intenzioni non è sufficiente a garantire la bontà delle conclusioni: più ragionevole è, forse, l'analisi della singola fattispecie destinataria ai fini di una attenta qualificazione delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti: v. *infra*.

⁹⁸ Nella configurazione di diritto italiano della fattispecie destinataria i limiti che emergono in *common law* riguardo alla non revocabilità dell'atto istitutivo di trust, non hanno ragion d'essere. Una volta intervenuta la dichiarazione di profittare da parte del beneficiario, il trust/atto di destinazione resta revocabile o per consenso unanime del disponente, del gestore e dei beneficiari (cfr. artt. 1372-1373 c.c.) ovvero nei limiti stabiliti dall'art. 1723, co. 2, c.c., e dagli articoli seguenti fino al 1730 c.c., analogicamente ovvero estensivamente interpretati, ed applicabili altresì alla figura del protector/guardiano, che nel diritto italiano non può non essere parte del contratto di trust, il quale può, dunque, assumere una struttura trilaterale. Sono, in ogni caso, ammesse e consigliate clausole *ad hoc*, da inserire nell'atto di destinazione/trust soprattutto qualora si tratti di atto di desti-

L'autonomo *diritto di credito* del beneficiario in quanto *diritto all'esecuzione di un programma* che prevede o può prevedere la realizzazione di una serie di atti, anche traslativi in suo favore, può atteggiarsi in modo diverso e configurarsi come diritto alla conclusione di un contratto di trasferimento di un bene, diritto al pagamento di somme di denaro, diritto ad una prestazione di fare o di *non fare* ecc., oltre che, naturalmente, diritto al rendiconto, alla verifica e al controllo dell'attività del gestore.

Proprio in relazione a queste *molteplici possibili configurazioni* del contenuto del diritto (di credito) del beneficiario⁹⁹ verso il gestore in ra-

nazione/trust traslativo. Se, poi, il trust non è tale ma è simulato o meramente interposto, la revocabilità dell'atto istitutivo/atto di dotazione permane sempre in quanto trattasi di atto che non coinvolge gli interessi di terzi, venendo il beneficiario ad identificarsi con il medesimo disponente/settlor. Ciò si verifica anche nei c.d. trust di scopo ovvero nel caso di trust opachi in cui non vi sono beneficiari di reddito individuati al momento del compimento dell'atto, vale a dire non esistono beneficiari che hanno dichiarato di voler profittare. La revoca del trust può comportare l'estinzione del medesimo ai sensi dell'art. 1722 c.c. a meno che nell'atto non sia previsto diversamente, soprattutto con riguardo alla sostituzione del trustee, vale a dire al subingresso di un nuovo trustee al posto di quello revocato: su questo fronte non sussistono particolari limiti di fonte legale e dunque l'autonomia privata può liberamente esplicitarsi (eventualmente prendendo a riferimento l'art. 1717 c.c. – sostituto del mandatario). Naturalmente il trustee subentrante dovrà ricevere dal trustee subentrato i beni costituenti il trust fund e dunque sul trustee revocato grava ontologicamente (sebbene *ad abundantiam* valga la pena menzionarlo nell'atto di trust) l'obbligo di ritrasferimento dei beni in trust in favore del nuovo trustee, tutelato con tutti gli strumenti di legge primo fra tutti, l'art. 2932 c.c.: trattasi, infatti, di classico esempio di obbligo a contrarre di fonte negoziale. Ove, poi, dalla revoca del trustee, si voglia far dipendere l'estinzione del trust, basta inserire nell'atto di trust una condizione risolutiva contemplante l'eventuale revoca del trustee. Riguardo poi la possibilità per il trustee di delegare ad altri tutti o parte dei poteri conferitegli, soccorre l'applicazione analogico-estensiva (da svolgersi sempre in senso evolutivo) dell'art. 1717 c.c. Per la disciplina della revoca dell'atto di destinazione *mortis causa* si veda l'art. 1412 c.c.

⁹⁹ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 110-112, p. 272-277, che analizza queste differenti tipologie di posizioni giuridiche dei beneficiari sia con riguardo al *trust* (soggetto a legge straniera), parlando di posizioni beneficiarie «quesite», «assolute» e «non quesite», sia con riguardo al *negozio di affidamento fiduciario* (per noi equivalente all'atto di destinazione/trust di diritto italiano)

gione della complessità dell'attività che questo deve svolgere per attuare il programma destinatorio, particolarmente ricca è la gamma di rimedi esperibili in caso di mancata esecuzione degli obblighi corrispondenti («risarcimento del danno, esecuzione forzata in forma specifica o per espropriazione, azione di riduzione in pristino, restituzione delle somme devolute per uno scopo particolare»¹⁰⁰), come il legislatore ha ben colto, formulando in modo estremamente ampio il dettato normativo dell'art. 2645-ter c.c. nel quale possono ricomprendersi anche rimedi di volontaria giurisdizione (v. *infra*).

Questa ampia formulazione che prevede, genericamente, la possibilità di «agire per la realizzazione degli interessi perseguiti con la destinazione» da parte di «chiunque vi abbia interesse», consente di affermare che, nella prospettiva di diritto italiano, a godere di una tutela 'forte', nel senso di ampia e variamente configurabile, è anche l'autore della destinazione (settlor/disponente *alias* «conferente»¹⁰¹), il quale nel trust/atto di destinazione appare *titolare* di una posizione giuridica (anch'essa qualificabile in termini di *diritto di credito*) tutelabile in modo più incisivo rispetto a quella della corrispondente figura di diritto straniero, inglese in particolare, soprattutto ove si consideri la "veste", generalmente, *contrattuale* assunta dal trust/atto di destinazione operante nel nostro sistema, da cui deriva la posizione di *creditore*¹⁰² (verso il gestore/trustee) del

¹⁰⁰ M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 578, che, inoltre, fa giustamente rilevare come sia estendibile al beneficiario la tutela rimediabile del fiduciante ma, da parte nostra, ci sembra che la trascrizione dell'atto di destinazioni realizzi di per sé un salto qualitativo nel livello di tutela del beneficiario: v. *infra*.

¹⁰¹ Vale sottolineare l'ambiguità semantica del termine *conferente*, utilizzato dal legislatore nella redazione dell'art. 2645-ter c.c., in quanto si potrebbe ipotizzare una sua *non coincidenza* con il termine *disponente/settlor/autore dell'atto di destinazione*, ben potendo essere il conferente un soggetto altro rispetto all'autore della destinazione che, tuttavia, contribuisce a dotarla patrimonialmente, conferendo, appunto, dei beni. In ogni caso ciò attesta ulteriormente la tendenza ad estendere i contorni ed i confini della fattispecie destinatoria come delineata dal legislatore italiano. Rileva l'ambiguità semantica del termine *conferente* ma in senso opposto a quello da noi espresso nel testo F. GAZZONI, *Osservazioni ecc.*, cit., § 1.

¹⁰² Orientato in tal senso ci sembra anche U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni*

disponente/settlor, legittimato, perciò stesso, ad esperire tutti i rimedi propri dei contratti a prestazioni corrispettive nonché quelli spettanti al mandante nel contratto di mandato, nei limiti della compatibilità con i tratti peculiari della fattispecie destinataria e ciò in applicazione del principio generale espresso nell'art. 1323 c.c.¹⁰³.

ecc., cit., pp. 1104-1105, il quale dalla natura creditoria della posizione del disponente, ne deduce la disponibilità sia *inter vivos* sia *mortis causa*. In realtà su questa disponibilità è lecito dubitare in ragione della natura fiduciaria e, dunque, ontologicamente *intuitus personae* del rapporto che lega disponente ed attributario/gestore/trustee (v. oltre nel testo). L'a., sempre riguardo alla *posizione del disponente*, parla anche di *aspettativa* ma, pur non escludendo affatto l'eventuale applicazione analogica delle norme relative a questo istituto (e *non solo* per il disponente ma anche per i *beneficiari*), propendiamo piuttosto per una qualificazione in termini di diritto di credito vero e proprio con conseguente esperibilità dei rimedi ad esso propri, dato che la nozione di *aspettativa* di diritto è legata all'inefficacia, nel senso della sospensione dell'efficacia piena dell'atto da cui essa deriva, cosa che, invece, non si realizza affatto nel caso del negozio di destinazione/trust, da subito pienamente efficace. Riguardo al beneficiario, poi, appare ragionevole valutare caso per caso se la posizione giuridica a lui facente capo (anch'essa da qualificarsi, in linea generale, come diritto di credito) possa, in concreto, presentarsi come *aspettativa* (di diritto reale in particolare): in altre parole, non va escluso *a priori* l'inquadramento delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nella fattispecie destinataria in termini di *aspettativa* ma ciò va valutato per ogni singola fattispecie, e dedotto dall'analisi della medesima. V. anche la posizione di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., in part. pp. 276-279, espressa sempre in riferimento alla fattispecie destinataria di diritto italiano che noi denominiamo 'trust' e che l'a. denomina *negozio di affidamento fiduciario*.

¹⁰³ Va sottolineato che questa *diversità* della posizione giuridica del disponente/settlor del trust italiano rispetto a quella del *settlor* del *trust* di diritto straniero che non ha rimedi giuridici contro il *trustee* (cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 10, 291), ben lungi dal costituire un *handicap* e segnare – come pure è stato affermato – in senso negativo la differenza fra *trust* e trust (*alias* negozi di affidamento fiduciario, per usare l'espressione di M. Lupoi), rappresenta un punto di forza della nostra figura di trust/negozio di destinazione che, appunto, ha assunto nel nostro sistema dei tratti suoi propri (come si è tentato fin qui di dimostrare) di cui questo (la possibilità di esperire una tutela contrattuale) è soltanto uno dei più evidenti. Questa diversità è stata invece fino ad oggi posta in luce per distinguere il *trust* interno soggetto a diritto straniero dall'atto di destinazione (denominandolo: negozio di affidamento fiduciario), creando solo le basi per equivoci e confusioni concettuali, dato che 'il *trust* interno', anche se soggetto a diritto straniero, è e resta 'trust',

Del pari, ampiamente tutelata appare la posizione del gestore/trustee che sia *titolare* del diritto di proprietà sui beni destinati, dato che il suo patrimonio personale è sempre salvaguardato dalle aggressioni dei creditori della destinazione: egli, come regola generale, formalizzata espressamente nell'art. 2645-ter c.c.¹⁰⁴ nonché allo stato ampiamente recepita in Italia – senz'altro a livello giurisprudenziale (con riguardo ai c.d. *trust* interni), con qualche (incomprensibile) incertezza a livello dottrinale –, non risponde mai con i propri beni (*non destinati*) dei debiti contratti per lo scopo destinatorio mentre nei sistemi di *common law*, il *trustee* può rispondere per, poi, rivalersi sui beni in *trust* con priorità rispetto ad altri creditori¹⁰⁵.

In Italia, come già detto, la destinazione patrimoniale di fonte ne-

cioè fattispecie negoziale atipica diversa dal *trust* di diritto straniero, ma non per questo priva dei suoi tratti essenziali (separazione patrimoniale e gestione fiduciaria) e di una sua esaustiva disciplina di diritto italiano. Né queste conclusioni pare possano essere indebolite dal rilievo secondo cui l'esperimento dei nostri rimedi contrattuali (azione di risoluzione o di adempimento, in primo luogo) non rappresenterebbe un efficace strumento di tutela del settlor/disponente e dei beneficiari, tale essendo invece *l'autotutela*, vale a dire l'esercizio di poteri inerenti «l'attuazione del programma destinatorio, liberatoria e sostituzione dei gestori/trustee» (così sempre M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 291). Può, infatti, essere senz'altro vero che prevedere nell'atto istitutivo un programma di destinazione dettagliato anche dal punto di vista delle modalità della sua attuazione e dei correlati rimedi, fornisca ai soggetti coinvolti e interessati strumenti di tutela più efficaci di quelli codicistici o legislativi in genere, ma ciò non toglie che questi ultimi siano esperibili nel nostro sistema da parte dei soggetti coinvolti nella fattispecie destinatoria, rendendo, per questo solo fatto, pienamente tutelabile e tutelata la posizione del disponente/settlor e dei beneficiari nella fattispecie *trust* di diritto italiano. V. anche in conclusione del presente paragrafo.

¹⁰⁴ Dalla dizione normativa «[...] i beni conferiti e i loro frutti [...] possono costituire oggetto di esecuzione [...] solo per i debiti contratti per tale scopo» appare ragionevolmente certo dedurre che i creditori titolati possano aggredire *soltanto* i beni conferiti/destinati e i loro frutti e che l'eventuale incapienza del patrimonio destinato debba essere affrontata come un creditore qualsiasi affronterebbe l'incapienza del patrimonio del suo debitore (v. *infra* fine presente par.) e *non* con l'aggressione dei beni del patrimonio personale del gestore/trustee.

¹⁰⁵ Cfr. nota precedente.

goziale si è andata configurando ed assettando a più livelli (prassi, giurisprudenza e legislazione) come fattispecie da cui deriva ontologicamente un effetto separativo *bilaterale*, consistente nell'impossibilità per i creditori *personali/non titolati* del titolare dei beni destinati di aggredire i beni medesimi così come per i *creditori titolati* di aggredire beni diversi da quelli destinati anche nell'ipotesi in cui questi siano incapienti e ciò quantomeno con riguardo ai crediti derivanti da obbligazioni contrattuali (cfr. anche l'art. 2447-*quinquies*, co. 3, c.c.).

Questo effetto *segregativo* (che trova rispondenza nel modello di *trust* della Convenzione dell'Aja: v. *supra* Cap. II, par. 4, 5) non può non riguardare anche e soprattutto l'eventuale coniuge e gli eventuali figli del gestore/titolare dei beni destinati in quanto essi sono i primi "creditori personali"/non titolati (i cui crediti, cioè, non attengono allo scopo della destinazione) del gestore/titolare e, dunque, la loro inclusione nel dettato normativo sopra citato è *in re ipsa*¹⁰⁶ (quanto detto non muta neppure ove coniuge e figli fossero i beneficiari della destinazione realizzata mediante auto-dichiarazione perché la loro posizione giuridica riceverebbe la tutela spettante ai beneficiari della destinazione – su cui v. *infra* – e non quella spettante al coniuge e ai figli come tali).

In generale, può dirsi che l'art. 2645-*ter* c.c. apre sul fronte rime-

¹⁰⁶ Non ha alcun senso chiedersi insistentemente se nel caso di atto di destinazione traslativo/trust traslativo la separazione patrimoniale riguardi anche il regime patrimoniale matrimoniale e la successione a causa di morte del gestore che sia titolare dei beni destinati e ciò in ragione della chiarezza e ampiezza della previsione normativa contenuta nell'art. 2645-*ter* c.c. e dei significati che essa assume con riguardo alla *funzionalizzazione* del diritto di proprietà nell'interesse di soggetti diversi dal titolare che dunque non può lasciare in eredità i beni destinati né essi entrano a far parte della sua comunione legale perché ciò *non* è funzionale alla realizzazione del programma di destinazione. Aggiungiamo, secondariamente, che, nella prospettiva qui assunta, l'atto di destinazione è categoria comprensiva del *trust* in quanto è esso stesso 'trust' e, dunque, del primo presenta tutte le caratteristiche essenziali, tra le quali spicca – come risulta anche dal dettato della Convenzione de L'Aja oltre che dalla giurisprudenza e dalla prassi negoziale consolidate – quella della non inclusione dei beni in trust nell'eredità e nel regime patrimoniale legale del trustee.

diale sia sul piano oggettivo (vale a dire con riguardo ai rimedi esperibili) sia sul piano soggettivo (vale a dire con riguardo ai soggetti legittimati attivi all'esperienza dei rimedi)¹⁰⁷, confermando così una tendenza verso la rilevanza giuridica di tutte le posizioni dei soggetti coinvolti nella (o che entrano in contatto¹⁰⁸ con la) fattispecie destinataria. Quest'ultima risulta, di conseguenza, molto estesa nei suoi contorni fino ad includere – certamente, come già *supra* rilevato – la destinazione c.d. di scopo¹⁰⁹, a

¹⁰⁷ In dottrina si ravvisano posizioni che mirano a circoscrivere l'area dei soggetti tutelati ai beneficiari della destinazione, sulla base dell'assunto secondo cui il riferimento ai soggetti beneficiari della destinazione quali soggetti portatori dell'interesse destinatario, rappresenta un principio generale del sistema: così M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 579. Pur non discutendo sulla sussistenza e sulla portata del principio generale così delineato, rileviamo, tuttavia, che la tendenza a circoscrivere la sfera dei soggetti tutelati diverge dall'atteggiamento di apertura che, invece, l'a. dimostra nella lettura dell'art. 2645-ter c.c. sul fronte oggettivo dei rimedi esperibili e, più ampiamente, contrasta con un approccio interpretativo, quale è quello qui adottato, volto ad allargare le maglie del testo normativo, salvo limitazioni espresse ed esplicite in esso contenute.

¹⁰⁸ Cfr. anche *supra* Cap. I, nota 97, dove ci riferiamo all'*affidamento* di coloro che entrano in contatto con il trust, vale a dire di coloro che stipulano atti con il trustee. Seguendo il percorso tracciato nel testo, la contrattazione con il trustee non presenta più quei margini di incertezza che ad oggi ancora la circondano, a causa dell'errato assoggettamento della fattispecie alla legge straniera.

¹⁰⁹ Esponenti del ceto notarile hanno colto questo aspetto: D. MURITANO, *Negozio di destinazione e trust interno*, cit., p. 285, fa rilevare come la locuzione normativa «chiunque abbia interesse» apre alla possibilità di compiere negozi di destinazione c.d. di *scopo* perché la legittimazione ad agire è estesa ad una categoria che appare più ampia di quella dei beneficiari individuati al momento dell'atto e che ben può ricomprendere coloro che potrebbero ricevere vantaggio da siffatto peculiare tipo di negozio di destinazione. Sul punto cfr. anche oltre nel testo. In dottrina si ravvisa, invece, una posizione più cauta da parte di G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, cit., p. 113, là dove scrive che non è ipotizzabile un negozio (unilaterale) di destinazione fine a se stesso ovvero con destinatari indeterminati perché in tal caso soccorre l'istituto della fondazione. Ma contro questa indicazione può obiettarsi che non sempre la fondazione risponde all'interesse perseguito dal disponente, soprattutto nel caso in cui egli voglia costituire un vincolo di destinazione *mortis causa*. Ci è stato consentito rilevare ciò proprio leggendo il testamento olografo pubblicato dal notaio Salvelli (v. *supra* nota 42), redatto in un'epoca in cui 100 centesimi co-

sua volta caratterizzata dalla massima elasticità e libertà, non essendo previsti a suo riguardo né limiti né obblighi particolari (es.: l'obbligo di nomina di un guardiano), al contrario di quanto accade in altri ordinamenti per le fattispecie equivalenti (i *trust* di scopo o *charitable*), tanto che non sembra irragionevole sostenere che in Italia, diversamente da quanto accade in altri paesi, è incentivata la conclusione di destinazioni/*trust* di scopo per interessi altruistici (ma *non solo altruistici*: v. *supra* Cap. II, par. 5)¹¹⁰. Tuttavia, al fine di evitare aperture eccessive sul fronte dei soggetti

stituivano un lascito considerevole, di un'anziana e ricca vedova che con esso dispose l'assegnazione della somma di denaro in favore del Comune di Isola Dovarese (Cr), stabilendo che questa somma doveva servire all'istituzione di una borsa di studio «per studente o studentessa di scuola media superiore, residente a Isola Dovarese, o, in mancanza di aspiranti locali, residenti in paesi limitrofi a parità di merito desidero sia data al più bisognoso». Si vede come la formula utilizzata nel testamento non possa far dedurre la volontà della vedova di costituire una vera e propria fondazione (che, infatti, non fu costituita) mentre, senz'altro, essa esprime l'intento della *de cuius* di vincolare l'impiego di tutta somma attribuita allo scopo della premiazione di studenti meritevoli di scuola media superiore del Comune di Isola Dovarese. Si è senz'altro in presenza *non* di una mera disposizione testamentaria (legato) modale (in quanto manca del tutto l'intento di beneficiare il Comune e l'ammontare della disposizione coincide *ab origine* con quella del *modus*: v. sul punto *La liberalità*, I, cit., Cap. III, Sez. II, par. 3, p. 267 e ss.) ma di una disposizione che ben può qualificarsi fiduciaria ovvero di destinazione di beni ad uno scopo in quanto la prestazione che incombe sul Comune, oltre a non avere termini di durata, implica il raggiungimento di uno scopo in favore di beneficiari *indeterminati* benché determinabili. E, d'altra, parte il codice civile offre validi spunti per una ricostruzione in tal senso della norma contenuta nell'art. 699 c.c., rubricato premi di nuzialità, opere di assistenza e simili.

¹¹⁰ Ove l'interesse perseguito con un *trust* di scopo sia *altruistico* (es.: pubblica utilità), si pongono, poi, le già affrontate questioni dell'insistenza di più piani disciplinari sul medesimo atto. Infatti, assimilando questo genere di *trust*/atto di destinazione alla tipologia degli atti gratuiti non eccedenti i limiti indicati dall'art. 64 l.f., viene consequenziale escluderlo dal raggio operativo della revocatoria fallimentare (e a maggior ragione della revocatoria ordinaria) nonché dal raggio dell'azione di riduzione di eventuali legittimari lesi: cfr. quanto da noi detto sul punto in *La liberalità*, I, cit., Cap. IV, Sez. I, pp. 349-358, 366-393 e in *L'ammontare della liberalità*, in *Scritti in onore di A. De Cupis* a cura di C. M. BIANCA, Milano, 2005, pp. 95-106; v. anche l'analisi dettagliata di A. MORACE PINELLI, *Atti di desti-*

legittimati attivi, aperture che stravolgerebbero la *ratio* della norma codicistica, sembra ragionevole interpretare la medesima procedendo ad un'individuazione dei soggetti legittimati attivi all'esperimento dei rimedi possibili sulla base di un'attenta interpretazione del *titolo* negoziale in cui la destinazione patrimoniale ha fonte, tenendo presente che l'indeterminatezza iniziale dei beneficiari, dovuta alla tipologia dell'atto di destinazione posto in essere, non esclude la possibilità di individuare, in concreto, i legittimati attivi all'esperimento dei rimedi strumentali alla realizzazione degli interessi della destinazione.

A rafforzare in diritto italiano il piano rimediale della destinazione patrimoniale è, poi, la previsione esplicita della *trascrivibilità* dei trust/atti di destinazione aventi ad oggetto beni immobili o mobili registrati,

nazione, trust e responsabilità del debitore, cit. e ID., *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, cit. Di recente contrario a questa impostazione sembra essere G. SICCHIERO, *Azione sulla revocabilità del trust e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contr. Impr.*, 2010, p. 18 e ss., il quale, però, ci pare non tenga conto del fatto che dai dati normativi vigenti (cfr., ad esempio, art. 809, 742, 770, 2034 c.c.; art. 64 l. f.) può senz'altro dedursi come il nostro sistema di diritto privato, al contrario – evidentemente di altri in cui non sono presenti norme analoghe – non sia dominato esclusivamente dall'esigenza di tutela dei creditori del debitore ma anche – ed a volte in modo prevalente – dall'esigenza di tutelare l'intangibilità di atti ispirati alla pubblica utilità ovvero all'adempimento di doveri morali e sociali purchè nei limiti della proporzionalità al patrimonio del disponente, e ciò pur essendo tali atti oggettivamente dannosi per i creditori del medesimo (es.: così ragionando nel nostro sistema il trust istituito da un imprenditore per sostenere un orfanatrofio, se l'atto di dotazione è proporzionato al suo patrimonio al momento della costituzione, non può essere revocato né in sede ordinaria né in sede fallimentare, soccombendo di fronte ad esso i crediti dei fornitori dell'imprenditore). Né ciò – ci sembra – possa arrecare scandalo o, peggio, apparire improbabile in quanto rientra pienamente nella logica del temperamento dei contrapposti interessi che domina ogni sistema giuridico ed ogni norma che lo compone, e di cui bisognerebbe sempre avere memoria per evitare semplificazioni mortificanti in nome di una tutela, per così dire, assoluta del creditore (del disponente) che se per alcuni sistemi può costituire l'unico criterio guida, non lo costituisce affatto per il nostro. Anche il diritto patrimoniale, infatti, al pari di quello, in senso lato non patrimoniale, può presentare delle significative differenze da sistema a sistema, differenze dovute a diverse scelte di valore.

contenuta nell'art. 2645-ter c.c., che, appunto, si colloca proprio nel Titolo I, dedicato alla trascrizione, del Libro VI, dedicato alla tutela dei diritti, inducendo a fornirne un'interpretazione che di tale collocazione tenga debito conto.

I trust *alias* atti di destinazione che contemplano beni *immobili*, sono trascrivibili¹¹¹ (o intavolabili¹¹²) se redatti in forma di atto pubblico,

¹¹¹ Sulla modalità di realizzazione in concreto di questa trascrizione oltre quanto detto supra nota 24, cfr. U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni ecc.*, cit., p. 1099 e ivi nota 14, che, in caso di atto di destinazione traslativo prevede la necessità di una doppia trascrizione: a) contro il disponente e a favore dell'attributario dei beni destinati per dare conto dell'effetto traslativo; b) contro l'attributario e a favore dei beneficiari ovvero della massa dei beneficiari in assenza di determinatezza per dare conto del vincolo di destinazione, e ciò sul modello di quanto già avviene nel caso del fallimento o dell'ipoteca a garanzia dell'emissione di prestito obbligazionario nell'ipotesi contemplata dall'art. 2412, co. 3, c.c. Si veda anche G. PETRELLI, *La trascrizione dell'atto di destinazione*, cit., pp. 192-193, che esclude la necessità di una trascrizione del vincolo di destinazione in favore dei beneficiari, i quali possono essere indeterminati al momento della costituzione del vincolo medesimo e possono, eventualmente, mutare nel tempo e, comunque, sono titolari di un diritto di natura personale e non reale sui beni vincolati. Si vede come l'a. non colga bene nel segno con quest'ultima osservazione perché il diritto dei beneficiari sui beni destinati non sussiste affatto, dovendosi qualificare la posizione attiva del beneficiario quale diritto di credito nei confronti del titolare dei beni destinati, obbligato a sua volta all'attuazione del programma di destinazione, che può comprendere il trasferimento di beni, dando vita al diritto di credito di concludere il contratto di trasferimento (eseguibile forzatamente ex art. 2932 c.c.). Le perplessità che può suscitare la trascrizione in favore dei beneficiari potrebbe essere superate facendo appello alla novità della fattispecie, quella destinataria appunto, soggetta a trascrizione e dunque alla possibilità di trascrivere anche in loro favore tenendo conto dell'unità dell'atto di destinazione che andrebbe appunto trascritto nel suo complesso e non solo con riguardo alla parte traslativa. Tuttavia, ci sembra più corretto, nel senso di maggiormente conforme ai dati normativi vigenti, escludere la trascrizione del vincolo in favore dei beneficiari facendo leva sull'interpretazione analogica dell'art. 2649, co. 1, c.c., il quale per la fattispecie del fondo patrimoniale che, più di altre anche per ragioni cronologiche, può essere accostata alla categoria di atto di destinazione di cui si discorre, *non* prevede la trascrizione del vincolo in favore dei beneficiari ma solo a carico dei soggetti vincolati. E ciò è coerente con il fatto che ad essere resa opponibile nel senso di prevalente è la posizione giuridica del proprietario *cum vincolo* dei beni destinati e non quella del beneficiario, il quale, tuttavia, da questa prevalenza e dalle conse-

che, dunque, sembra doveroso dedurre dalla collocazione della previsione normativa nonché dalla sua *ratio* (volta a sancire l'emersione e non la validità di fattispecie giuridiche – quelle di destinazione – già operanti nel nostro sistema), *non è di per se stessa* forma richiesta *ad substantiam actus*, essendo sufficiente a tal fine la forma scritta, vale a dire la scrittura privata non autenticata¹¹³. Questa conclusione non esclude che, sempre dal

guenze che ne derivano trae indubbi vantaggi sul piano rimediale: v. *infra* nel testo e nelle note. Ulteriore argomento a sostegno di quanto si va dicendo è la constatazione che i beneficiari possono essere indeterminati al momento della trascrizione dell'atto di destinazione/trust. Sempre seguendo la traccia segnata dall'art. 2649, co. 2, c.c. deve ritenersi che la trascrizione del vincolo a carico del titolare dei beni vincolati vada eseguita anche nel caso di atto di destinazione unilaterale/trust auto-dichiarato alla stregua degli altri atti che comportano una diminuzione patrimoniale senza dar luogo ad un corrispondente acquisto in favore di terzi (es.: fondo patrimoniale costituito dai coniugi con beni propri; atto di destinazione ad uno specifico affare della s.p.a.) nonché per i beni immobili che successivamente entrano a far parte del patrimonio destinato. Cfr. anche D. MURITANO, *Negoziato di destinazione e trust interno*, cit., p. 277, che ancora distingue tra atto traslativo in favore del trustee dei beni costituiti in trust e atto istitutivo di trust, riferendo la trascrizione solo al primo atto e non al secondo ma – come già più volte ribadito – questa distinzione tra i due atti (se, al limite, può acquistare rilievo in sede convenzionale – cfr. art. 4) certamente non ha rilievo in sede di applicazione ad una fattispecie negoziale delle norme di diritto sostanziale dell'ordinamento in cui essa esplica i suoi effetti: in Italia si trascrive un atto, unitariamente considerato. Resta, poi, da affrontare il problema di come riempire i riquadri nella nota di trascrizione automatizzata: v. oltre nota 146.

¹¹² Con riguardo all'intervolazione vanno svolte, *mutatis mutandis*, riflessioni analoghe a quelle svolte per trascrizione con riguardo alla funzione da essa svolta rispetto all'opponibilità dell'atto di destinazione. Va, altresì, osservato, in merito alle modalità di esecuzione, che i giudici tavolari (es.: Trib. Trieste, decr. giudice tavolare, 7 aprile 2006, cit.) hanno più volte richiesto la produzione dell'atto di destinazione nella sua completezza ed unità al fine di verificare anche la meritevolezza dell'interesse perseguito, rifiutandosi di procedere ad intavolare meri atti di trasferimento. Più precisamente le pronunce riguardano il *trust* interno soggetto a legge straniera ed hanno ad oggetto la richiesta dell'atto istitutivo accanto a quello di dotazione del *trust fund* ma – come si è più volte ripetuto – nella prospettiva qui assunta le considerazioni espresse riguardo a quella fattispecie valgono senz'altro per il trust di diritto italiano *alias* atto di destinazione italiano.

¹¹³ E che ciò sia perfettamente ammissibile si deduce chiaramente dal sistema ed in particolare dalle norme contenute negli artt. 1350 e 2657 c.c. in cui sono stabilite la re-

sistema ed, in particolare, dal meccanismo già evidenziato dell'insistenza sul medesimo atto di destinazione/trust di più complessi disciplinari di cui alcuni legati alla sua tipologia causale, possa dedursi, avendo, appunto, riguardo al tipo di atto di destinazione/trust concluso (es.: liberale, di regolazione di rapporti tra conviventi ma anche tra coniugi in vista della separazione, di trasmissione della ricchezza – soprattutto imprenditoriale – dopo la morte ecc.), la necessità della forma solenne, in alcuni casi addirittura senza possibilità di rinuncia ai testimoni (cfr. artt. 162, 782), a pena di *invalidità* dell'atto posto in essere e ciò pur in assenza di specifiche previsioni in tal senso ma in forza dell'applicazione dei principi generali in materia di forma, causa ed effetti degli atti negoziali¹¹⁴.

gole generali della forma scritta ai fini della validità degli atti aventi ad oggetto beni immobili (indipendentemente dalla tipologia dell'effetto da essi prodotto) e della forma scritta con firma autenticata ovvero della forma pubblica ai fini della trascrivibilità degli atti medesimi. L'eventuale atto di destinazione/trust redatto per iscritto ma *non* per atto pubblico non è dunque nullo (*contra* il notaio G. F. CONDÒ, *L'art. 2645-ter c.c., Intervento*, cit., par. 4) bensì più semplicemente *valido ma non trascrivibile* e dunque opponibile ai terzi secondo la regola generale, già più volte richiamata, della prevalenza dell'atto di data certa anteriore ovvero secondo quella espressa nell'art. 1707 c.c. Che ciò sia vero è confermato anche dalla giurisprudenza costante in materia di *pactum fiduciae* avente ad oggetto beni immobili: per la sua *validità* è richiesta la forma scritta ex art. 1350 c.c. e non l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata: v. *infra*.

¹¹⁴ Ben può considerarsi nullo un atto di destinazione/trust liberale privo della forma solenne richiesta dal nostro codice per la donazione, così come l'atto di destinazione/trust compiuto da due conviventi in favore dei loro figli naturali, privo della forma solenne richiesta dal nostro codice per il fondo patrimoniale. Sul punto v. quanto già detto in *La liberalità*, I, cit., Cap. IV, Sez. I, par. p. 366, ed in *La liberalità*, II, cit., Cap. I, in part. p. 63 e ss. e ivi le note, dove è stato affrontato il problema della forma sia dell'atto istitutivo di trust liberale sia degli atti posti in essere dal trustee nei confronti dei beneficiari, ponendo in luce come nel nostro sistema sia rilevabile una stretta connessione tra forma solenne (senza rinuncia ai testimoni), causa liberale ed effetto liberale tale da indurre ad estendere l'onere di questa forma solenne a pena di nullità anche a fattispecie atipiche come i trust/atti di destinazione liberali, sia con riguardo all'atto istitutivo sia con riguardo agli atti posti in essere dal trustee in favore dei beneficiari in esecuzione del programma destinatorio. Ne consegue che la forma pubblica potrebbe considerarsi a pena di

A seguito della trascrizione dell'atto di destinazione/trust gli effetti *vincolanti* e *segreganti* da esso prodotti con riguardo, rispettivamente, ai *beni destinati* e al *patrimonio* del *titolare* (in proprietà) dei medesimi, sono *opponibili* ai terzi (creditori, aventi causa, ma anche coniuge e figli del titolare) secondo le regole che risultano dal combinato disposto degli artt. 2645-ter, 2914, 2915 c.c., vale a dire secondo la regola di *prevalenza* dell'atto di destinazione anteriormente trascritto¹¹⁵.

Di tale *prevalenza*, che opera ad un duplice livello (*vincolo* e *separazione*), si avvantaggia il *titolare* dei beni destinati in quanto può sottrarli alle pretese di coloro che vantano sui medesimi un diritto confliggente derivante da titolo trascritto posteriormente alla trascrizione dell'atto di destinazione; si avvantaggia, altresì, il *disponente* che vede tutelati i beni da lui destinati dalle pretese che *terzi*¹¹⁶ vantano sui medesimi; si avvantag-

nullità ove si avesse riguardo ad *trust* liberale, vale a dire: ove fosse richiesta ad *substantiam actus* non dall'art. 2645-ter c.c. (che la richiede ai soli fini della trascrizione) ma da una lettura in combinato disposto delle norme vigenti in Italia sulla forma, sulla causa e sull'effetto liberale, le quali inducono ad elaborare un principio interno al nostro sistema secondo cui tutti gli atti che producono un effetto liberale per una causa liberale devono essere sottoposti alla forma pubblica prevista a pena di nullità per gli atti tipici produttivi di effetti analoghi (es.: donazioni o altri atti come le convenzioni matrimoniali, il fondo patrimoniale). V. anche *infra*.

¹¹⁵ La trascrizione del vincolo è requisito di opponibilità nel senso di prevalenza del medesimo su altre trascrizioni confliggenti (quella del pignoramento dei creditori del titolare dei beni destinati, ad esempio) ma non requisito di opponibilità in genere dell'atto di destinazione. Come già detto *supra* Cap. II, par. 5, ogni atto di autonomia privata è di per sé opponibile a tutti i terzi e prevale in base al criterio della data certa anteriore, ciò vale anche per gli atti che importano destinazione di beni immobili, i quali ove non fossero trascritti sarebbero semplicemente non opponibili agli atti confliggenti trascritti anteriormente ma non certo inopponibili *tout court*, purchè redatti per iscritto, cioè validi: cfr. App. Genova, 4 agosto 2004, cit., che con riguardo ad una fattispecie concreta di negozio fiduciario richiede la prova scritta, facendo emergere, in realtà, un'esigenza di forma scritta *ad substantiam actus*, quale requisito per la stessa rilevanza giuridica dell'accordo fiduciario.

¹¹⁶ Rispetto al disponente il termine *terzi* può essere riferito a più categorie di soggetti: i creditori e aventi causa propri del disponente medesimo in caso di destinazione

gia, soprattutto, il *beneficiario* che vedrà tutelato il proprio *diritto di credito all'esecuzione del programma destinatorio* rispetto alle pretese di terzi il cui diritto, sui beni destinati a tale esecuzione in suo favore, derivi da un atto trascritto posteriormente¹¹⁷.

auto-dichiarata; i creditori e aventi causa del gestore, in caso di destinazione traslativa. In quest'ultimo caso i creditori o aventi causa del disponente possono far valere i propri diritti sui beni destinati solo revocando l'atto di destinazione traslativo e per fare ciò è necessario che sussistano i presupposti richiesti dalla legge per l'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare: cfr. Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, cit., che ha escluso l'esperibilità del rimedio della revocatoria ordinaria per mancata prova del *consilium fraudis*, presupponendo così una considerazione dell'atto di trust come atto oneroso avendo riguardo al rapporto tra disponente/settlor e trustee, sebbene più corretto sarebbe stato avere riguardo al rapporto tra settlor e beneficiario, con conseguente riferimento del *consilium fraudis* a quest'ultimo.

¹¹⁷ Con l'operare del meccanismo della trascrizione, la posizione giuridica (cioè, il diritto di credito) del *beneficiario* prevale sulle posizioni giuridiche che altri soggetti vantano sui beni destinati alla realizzazione del suo credito e, dunque, il beneficiario, proprio nella sua qualità di creditore del gestore/trustee può agire contro gli atti esecutivi o conservativi compiuti da altro creditore del gestore/trustee ricorrendo all'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c.: cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 253, che, tuttavia, ritiene necessaria ai fini dell'esperimento dei suddetti rimedi la titolarità in capo al beneficiario di un diritto reale (ma *contra v. infra* nel testo e nota 213). Questa *prevalenza* data dal *titolo anteriormente trascritto* (e nel caso di destinazione mobiliare: dalla data certa anteriore al pignoramento: *v. infra*) opera a tutto campo, anche in caso di *insolvenza* del gestore/trustee (che, eventualmente, sia anche disponente/settlor in caso di destinazione auto-dichiarata): ciò sembra deducibile ragionevolmente dagli artt. 2915 c.c. e 103 l. f., il quale ultimo, dopo la riforma del 2007, rinvia all'art. 1706 c.c., facendone salvi gli effetti con una formula che ha una certa ambiguità ma da cui sembra ragionevole dedurre che il diritto di credito del beneficiario della destinazione [mandante ovvero terzo indicato dal mandante *alias* beneficiario] all'attuazione del programma destinatorio (e, quindi, a soddisfarsi sui beni destinati), è anteposto a quello di tutti gli altri creditori del mandatario/trustee fallito (con e senza cause legittime di prelazione) sulla base dell'antiorità della trascrizione del *titolo* (atto di destinazione/trust) in cui ha fonte il diritto medesimo. In altre parole, le azioni di rivendicazione e di restituzione promosse dal mandante [ovvero dal terzo beneficiario, in caso di mandato a favore di terzo, in surrogatoria o *iure proprio v. infra*] contro il mandatario [trustee/gestore] fallito, troveranno accoglimento perché il diritto del mandante [ovvero quello del terzo beneficiario] prevale su quello di tutti gli altri creditori ove riguardi i beni oggetto del

Come, in parte, già rilevato sopra, è proprio questa tipologia di *opponibilità*, derivante dalla pubblicizzazione dell'atto di destinazione/trust (trascritto ovvero intavolato), a sancire la c.d. *efficacia reale* (cioè, l'opponibilità *erga omnes*) della destinazione patrimoniale di fonte negoziale nel nostro ordinamento. Ma, a ben vedere, questo altro non significa se non che la trascrizione assolve nel nostro sistema alla stessa funzione assolta nel sistema inglese, privo di sistemi pubblicitari assimilabili alla nostra trascrizione, dall'*Equity*¹¹⁸.

mandato/dell'attività del mandatario posta in essere in esecuzione del mandato, vale a dire i beni destinati. Così ragionando si giunge a definire in sede fallimentare il credito del beneficiario della destinazione un credito prededucibile (e *non* privilegiato in senso tecnico) ma, forse, meglio sarebbe dire che è un credito da soddisfare su determinati beni che ad esso erano appunto destinati, i quali, anche se mobili, non si sono *confusi* e dunque non sono rientrati nella responsabilità patrimoniale generica del debitore. In linea sul punto – ci pare – M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 249 e s., là dove scrive che se ricorrono i presupposti dell'art. 1707 c.c. l'obbligazione del mandatario verso il mandante [e verso il terzo beneficiario nel caso di mandato *in favore n. d. r.*] prevale rispetto alle obbligazioni del mandatario verso i propri creditori e qualifica questa regola come generale applicabile a tutte le tipologie di rapporti gestori dato che dal combinato disposto degli artt. 1707, 2915 c.c., 103 l.f. e 619 c.p.c. risulta chiaramente che un atto munito di data certa è sufficiente per assicurare le ragioni dei terzi che vantano diritti sui beni mobili presso il mandatario che subisca un pignoramento ovvero sia dichiarato fallito.

¹¹⁸ Sul piano terminologico, infatti, *real in equity law* equivale ad 'opponibile' in *civil law*, ed in *civil law* sono 'opponibili' (cioè *real*) sia i diritti reali sia i diritti di credito (cfr. art. 2645-*bis* c.c.), seppure in base a regole diverse. A supporto di quanto si va dicendo sulla diversità dei regimi di opponibilità dei diritti reali e di credito in *common law* ed in *civil law* si segnalano le indicazioni di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, pp. 7-8, dove scrive che la peculiarità del *trust* sta nel combinare un effetto reale e uno obbligatorio, rendendo quest'ultimo opponibile ai terzi secondo presupposti e con effetti diversi [vale a dire, ricorrendo all'*Equity law n.d.r.*] da quelli a quali farebbe normalmente ricorso la cultura civilistica [vale a dire, la prevalenza della trascrizione o della data certa anteriore dell'atto posto in essere dal legittimato ad agire]. L'a. aggiunge che, per ragioni storiche, connesse alla inesistenza, fino a tempi recenti, di una generale disciplina pubblicitaria immobiliare in Inghilterra ed, inoltre, al favore per la agevole circolazione dei beni, in diritto inglese è normalmente vietato far risultare l'esistenza del vincolo del *trust* in pubblici registri e nei libri dei soci delle società commerciali, al contrario di quanto avviene in molti degli

Dire che il beneficiario è dotato in *Equity* di una tutela «reale» di cui è sprovvisto in *common law*, equivale a dire, nel linguaggio del diritto italiano, che il beneficiario di un atto di destinazione immobiliare *trascritto* gode di una tutela di cui è privo il beneficiario di un atto di destinazione immobiliare *non trascritto* (ovvero trascritto posteriormente ad altri atti da cui derivano posizioni confliggenti). Quest'ultimo, infatti, non può *opporre* il suo diritto alla realizzazione del programma destinatorio *erga omnes* e dunque non può esperire tutte le azioni che competono al primo e che sono volte a realizzare gli interessi della destinazione¹¹⁹. Tali

Stati degli USA, in Australia e in Canada. Sempre M. LUPOI, *op. ult. cit.*, p. 113, scrive che, nell'attuale sistema inglese di pubblicità immobiliare costitutiva [dunque diversa dalla nostra trascrizione *n.d.r.*], il venditore è *trustee* per l'acquirente dopo la stipulazione del contratto e fino alla sua inclusione nei registri immobiliari. Queste considerazioni, seppure brevi e non particolarmente approfondite, rivelano le diversità di funzione e di *ratio* della pubblicità immobiliare inglese rispetto a quella italiana, consentendo, dunque, di avvicinare quest'ultima, sul piano delle conseguenze prodotte in favore dei soggetti coinvolti nella fattispecie destinataria, non al sistema pubblicitario inglese ma al sistema inglese di *Equity*.

¹¹⁹ Non può farsi a meno di rilevare una similitudine o, meglio, una linea di continuità tra la regola contenuta nell'art. 2645-*bis* c.c. sulla trascrizione del contratto preliminare (introdotta nel 1997) e quella contenuta nell'art. 2645-*ter* c.c. (verso questa direzione cfr. già G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia ecc.*, cit., pp. 354-357). La trascrizione del contratto preliminare è trascrizione di un atto ad efficacia meramente obbligatoria, che, in presenza di certe condizioni, consente al *diritto di credito* del promissario acquirente (alla conclusione del contratto definitivo su un determinato bene immobile) di prevalere, in senso lato, sui diritti (anche reali) facenti capo a soggetti che ne sono divenuti titolari in base ad un atto trascritto *dopo* la trascrizione del contratto preliminare. Con la trascrizione del contratto preliminare si è aperta una breccia nel sistema della trascrizione (ma sulla compattezza di questo sistema così come descritto dalla dottrina più accreditata è lecito dubitare *ob origine*: si pensi – banalmente – alla trascrivibilità della locazione ultranovenale); breccia che la trascrizione dell'atto di destinazione non fa altro che allargare ulteriormente, in quanto rende posizioni giuridiche non necessariamente e comunque non solo *reali* (nel senso di inerenti alla *res*), opponibili *erga omnes* e prevalenti su posizioni giuridiche equivalenti ovvero *reali*. Ciò è inequivocabilmente attestato dal conferimento esplicito della legittimazione ad agire a chiunque abbia interesse a realizzare i fini della destinazione: tale conferimento presuppone la facoltà di opporre il vincolo di destinazione, fa-

azioni sono, in primo luogo, quelle che mirano a far dichiarare *inefficaci* gli atti compiuti dal titolare (gestore/trustee) dei beni destinati per fini *diversi* da quello di destinazione nonché le conseguenti azioni di restituzione dei beni (o *del loro equivalente in denaro*: v. oltre).

Ed, infatti, ben lungi dal mostrarsi lacunoso sul piano della tutela del *beneficiario* della destinazione, il nostro sistema, avendo sancito sul piano legislativo ciò che aveva già ammesso la giurisprudenza (riguardo al c.d. «trust interno»), vale a dire la *trascrizione* del vincolo di destinazione su certi beni immobili *contro* il titolare dei beni medesimi, ha sancito la determinazione *a suo vantaggio* di una specializzazione della responsabilità patrimoniale (opponibilità dell'effetto segregativo) ma *a suo carico* ha determinato la *limitazione* della relativa *legittimazione a disporre*¹²⁰

coltà che, dunque, non spetta solo al soggetto a carico del quale il vincolo è stato trascritto (gestore/trustee) ma anche ai beneficiari ed a chiunque altro abbia fondato interesse a che i fini della destinazione siano realizzati. Tale legittimazione, insomma, non presuppone l'introduzione di un nuovo diritto reale ma, più semplicemente, l'estensione dell'opponibilità *erga omnes* a posizioni *non reali*, bensì *creditorie* mediante il sistema della trascrizione. Il vincolo di destinazione non è dunque un'obbligazione *propter rem* né un *onere reale* ma un impegno assunto dal titolare (del diritto di proprietà su certi beni) verso se stesso (auto-dichiarazione di destinazione) ovvero verso un altro soggetto (disponente/settlor e verso i beneficiari) di impiegare quei beni per realizzare i fini di destinazione in favore di determinati o determinabili soggetti ovvero per un certo scopo: è evidente che tale impegno, appunto perché *non inerente* alla *res* (che può mutare in forza del carattere dinamico della destinazione) bensì alla *persona* del disponente e del beneficiario (v. *infra* nel testo e nota seguente), non può deambulare con la *res*.

¹²⁰ Spunti in tal senso in G. PETRELLI, *La trascrizione dell'atto di destinazione*, cit., p. 192 nota 78 dove cita FERRI e ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1995, p. 48. Da parte nostra aggiungiamo che trascrivere un vincolo di destinazione di determinati beni a certi fini, a carico del soggetto che è titolare dei beni medesimi, significa pubblicizzare che costui ha, volontariamente, limitato il proprio potere di godimento e disposizione sui quei beni così da rendere qualsiasi atto non conforme alla destinazione, di per sé inefficace. Questa impostazione rivela come i tanto paventati pericoli di un ampliamento del numero (chiuso? Cfr. *supra* Cap. II, par. 3) dei diritti reali non sussistano affatto in quanto con la possibilità di trascrivere a carico del proprietario il vincolo di destinazione di un suo bene, vale a dire l'impegno da questi assunto di disporre di quei beni in conformità alla destinazione, ciò che viene am-

(opponibilità del vincolo di destinazione). Ciò è espressamente stabilito nell'art. 2645-ter c.c. là dove esplicita il significato di «vincolo di destinazione», stabilendo che «i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati *solo* per il fine di destinazione»¹²¹.

Dal combinato disposto di questa norma con quella contenuta nell'art. 1376 c.c., deriva la *regola generale* di *circolazione* dei beni (immobili e mobili registrati) su cui grava un vincolo di destinazione trascritto, vale a dire la regola secondo cui l'atto negoziale posto in essere per fini diversi da quelli di destinazione è *inefficace* (v. oltre).

Diversamente detto: porre in essere un atto avente ad oggetto beni vincolati *per fini diversi* da quelli di destinazione significa agire da *non legittimato* a disporre in quanto vengono ad essere superati illegittimamente i limiti della destinazione. L'atto è *inefficace* (non invalido)¹²² e da tale

pliato è il novero dei diritti di credito opponibili *erga omnes* e non certo il novero dei diritti reali. In altre parole, come già accennato nella nota precedente, la portata della novella codicistica va identificata in un *ampliamento* o, meglio, in una conferma dell'*ampliamento* delle posizioni creditorie trascrivibili [che aumentano così il raggio della loro opponibilità e *non* nell'introduzione nel sistema di una nuova posizione reale.

¹²¹ Questa regola è diversa – come già sottolineato – da quella presente nell'art. 1707 c.c., che è più debole e, dunque, ragionevolmente presuppone un atto di destinazione *non* trascritto, rispetto al quale la prevalenza del vincolo di destinazione e dell'effetto segregativo è regolata dalla data certa anteriore dell'atto posto in essere ovvero dalla priorità della trascrizione dell'atto di ritrasferimento del bene o della domanda volta a conseguirlo. In ragione di questo assetto delle norme contenute nell'art. 1707 si è indotti a pensare che la fattispecie da esso presupposta debba essere una fattispecie *non* trascritta e, quindi, pur non potendo escludere, in linea astratta, un mandato senza rappresentanza/negozio fiduciario ad alienare beni immobili di proprietà del disponente che li trasferisce quindi al mandatario/fiduciario mediante atto non trascritto, più realisticamente si tratterà di mandato/negozio fiduciario ad acquistare beni immobili con denaro del mandante/fiduciante che dunque lo trasferirà *brevi manu* al mandatario/fiduciario. Si tratterà, cioè, di atti di destinazione aventi ad oggetto beni mobili, destinati, appunto, all'acquisto di immobili: v. *infra*.

¹²² Cfr. L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, cit., p. 1316. Ha dubbi sul tipo di patologia dell'atto posto in essere in violazione del programma destinatorio R. QUADRI, *La circolazione dei beni del patrimonio separato*, cit., pp. 15-17, che pro-

inefficacia scaturisce *ex lege* il diritto di esperire tutte le azioni previste dall'ordinamento per il *recupero* dei beni oggetto dell'atto *inefficace* (dalle azioni di restituzione a quelle petitorie e possessorie con i relativi strumenti esecutivi delle pronunce ottenute – artt. 2930-2933 c.c. – fino, in via residuale, all'azione di arricchimento senza causa)¹²³.

La legittimazione attiva all'esperienza dell'*azione volta a far dichiarare l'inefficacia dell'alienazione non conforme ai fini della destinazione*¹²⁴

pende per una soluzione variabile (inefficacia, nullità o annullabilità) da verificare in relazione all'interesse sotteso alla fattispecie di destinazione; solo facendo riferimento a tale interesse, sarà possibile dedurre in assenza di espressa previsione normativa, il trattamento degli atti dispositivi dei beni del «patrimonio separato» posti in essere con deviazione rispetto alla finalità istituzionalmente perseguita. In altre parole, è solo avendo riguardo all'interesse tutelato che potrà desumersi con sufficiente attendibilità il regime di circolazione dei beni del patrimonio separato. Questa soluzione non ci appare condivisibile perché presuppone l'inesistenza di una regola generale, che invece esiste, e che è appunto quella della inefficacia degli atti posti in essere dal non legittimato a disporre ovvero da chi ha superato i limiti di tale legittimazione: eventuali deroghe a questa regola generale desumibile dalle norme già menzionate nel testo (artt. 1153, 1155, 1376 e 2643 e ss.c.c.) ovvero da altre (art. 169 c.c., art. 2447-*quinquies*, ult. co., c.c.), devono essere espressamente previste e rappresentano, appunto, *eccezioni* alla regola generale che deve ritenersi applicabile in mancanza di deroghe espresse.

¹²³ Caso esemplare di inefficacia relativa di atto con conseguente possibilità di recupero del bene è quello dell'atto lesivo di legittima che consente al legittimario leso una reipersecuzione del bene anche presso i terzi acquirenti aventi causa dal donatario soggetto a riduzione e ciò sia riguardo a beni immobili sia riguardo ai mobili, fatti salvi, per questi ultimi, gli effetti del possesso di buona fede (cfr. art. 563 c.c.). Ma si pensi anche all'inefficacia che deriva dalla revocatoria dell'atto posto in essere dal debitore da cui consegue la possibilità per i creditori di espropriare anche i beni di un *terzo* quando sono oggetto dell'atto revocato: art. 2910, co. 2, c.c. V. sul punto oltre nel testo.

¹²⁴ Questa azione (cfr. art. 2905, co. 2, c.c.) volta a far dichiarare l'inefficacia dell'alienazione non conforme ai fini di destinazione, è un'azione diversa dall'azione revocatoria ordinaria (*ex* art. 2901 c.c.) ovvero fallimentare (*ex* artt. 64, 67 l.f.). Quest'ultime azioni producono identici effetti con riguardo all'inefficacia dell'atto posto in essere dal debitore ma hanno diversi presupposti: l'azione volta a far dichiarare l'inefficacia dell'alienazione non conforme al programma destinatorio si fonda sull'unico presupposto di questa mancata conformità e prescinde da dimostrazioni del pregiudizio alle ragioni del credi-

così come di tutte le azioni conseguenti (all'accoglimento della prima spetta, di regola, allo stesso soggetto che ha posto in essere l'atto inefficace (vale a dire al gestore/trustee nella sua qualità di titolare di un diritto di proprietà in *trust*) ma spetta *iure proprio* anche al *disponente/settlor* ed ai *beneficiari* del trust, come ci pare possibile argomentare dalla lettura analogico-evolutiva dell'art. 1711, co. 1, c.c., che prevede l'inopponibilità al mandante (e – sembra ragionevole ritenere – al *terzo* in caso di mandato in *suo favore*¹²⁵ e, quindi, al beneficiario di un trust) dell'«atto che esorbita il mandato». L'atto improprio, *alias* contrario ai fini della destinazione, è senz'altro assimilabile all'*atto che esorbita il mandato* del nostro codice civile¹²⁶.

L'atto *improprio* (eccessivo o abusivo, che dir si voglia) rimane, dunque, «a carico» del gestore/trustee nel senso che costui risponderà (con il proprio patrimonio personale) sia verso il disponente/settlor sia verso il beneficiario sia verso il terzo contraente delle conseguenze lesive che ne derivano secondo quanto si specificherà meglio poco oltre nel testo¹²⁷.

tore (disponente/settlor ovvero beneficiario), e ciò perché tale pregiudizio, data la non conformità dell'atto alla destinazione, si considera sussistente in *re ipsa*. Del pari è esclusa la necessità della prova di *consilium fraudis*.

¹²⁵ L'assimilazione di disponente/settlor e beneficiario sul piano degli strumenti di tutela esperibili appare ragionevole nel nostro sistema giuridico in considerazione del fatto che – come si è tentato di dimostrare – le posizioni giuridiche dell'uno e dell'altro sono entrambe qualificabili in termini di diritti di credito nei confronti del trustee/gestore.

¹²⁶ Per 'assimilabile' non si intende identico in quanto la valutazione di conformità alla destinazione dell'atto del gestore/trustee non coincide con quella relativa all'osservanza delle istruzioni del mandante da parte del mandatario ma è indubbio che, nella sostanza, nell'un caso e nell'altro, ci si trovi di fronte ad una forma di allontanamento dell'operato del gestore dalla volontà del disponente e, dunque, non appare irragionevole e soprattutto sembra conforme ai criteri ermeneutici dettati dall'art 12 disp. prel. c.c. estendere le conseguenze previste per l'un caso anche all'altro.

¹²⁷ Da tempo è orientata in tal senso la giurisprudenza di legittimità: Cass., 10 marzo 1995, n. 2802, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Mandato*, n. 10: il negozio stipulato dal mandatario eccedente i limiti del mandato non è annullabile, ma unicamente inefficace nei confronti del mandante, come resta confermato dal rilievo che esso è suscettibile di ratifica (art. 1711 c.c.). Ne consegue che, in mancanza di ratifica, il negozio compiuto dal man-

Ciò che qui conta porre in luce è che il disponente/settlor e il beneficiario possono esperire non solo l'azione di dichiarazione di inefficacia dell'atto *improprio* posto in essere dal gestore/trustee ma anche tutte le azioni conseguenti, quelle volte ad ottenere la restituzione dei beni che ne sono stati oggetto come ci appare possibile argomentare dalla lettura dell'art. 2645-ter c.c. che – come già detto – estende a chiunque ne abbia interesse la legittimazione ad agire per *realizzare gli interessi della destinazione* e senz'altro ci pare possa rientrare in tale ambito la legittimazione ad esperire le azioni volte a recuperare i beni al fondo di trust¹²⁸. Ma

datario eccedente dai poteri ricevuti dal mandante non è nè nullo nè annullabile, ma solo inopponibile nei confronti del mandante ed i suoi effetti si producono nel patrimonio del mandatario, che li assume a suo carico ed ha l'obbligo di tenere *indenne* il mandante da qualsiasi pregiudizio che possa derivare per il suo patrimonio dalla stipulazione e dalla esecuzione di quel negozio.

¹²⁸ Beni che, ove recuperati, restano parte del patrimonio del gestore/trustee o comunque del patrimonio conferito/trust fund anche in caso di sostituzione del gestore/trustee. Essi *non* rientrano automaticamente a far parte del patrimonio del disponente perché a tale scopo sarebbe necessario introdurre nell'atto di destinazione/trust una clausola condizionale (in senso risolutivo) o, meglio, una clausola di riservato dominio o, meglio ancora, un patto di reversibilità in presenza di determinati eventi come l'inadempimento del gestore/trustee, in applicazione analogica della norma corrispondente in materia di donazione (cfr. artt. 790, 791 c.c.): tali clausole, risultando dall'atto di destinazione, sarebbero trascritte. Parla invece di automatico effetto restitutorio in caso di mancata osservanza del programma destinatorio da parte dell'attributario (per noi: gestore/trustee) U. LA PORTA, *Atto di destinazione di beni ecc.*, cit., p. 1104, sulla base di una ricostruzione della posizione del disponente e di quella del gestore/trustee, dall'a. nominato «attributario», in termini che non appaiono convincenti in quando inutilmente complicanti oltre che di difficile attuazione sul piano pratico: si pensi, infatti, a come attuare l'automatico reingresso di un bene *immobile* nel patrimonio del disponente in assenza nell'atto di destinazione traslativo di clausole del genere sopra indicato, dovendosi comunque immaginare l'adempimento di formalità pubblicitarie che non potrebbero chiaramente consistere nella mera cancellazione dell'atto di destinazione per (presunto) inadempimento del gestore ovvero nella trascrizione di un atto posto in essere dal gestore con un terzo. Attento, invece, ai profili pubblicitari delle vicende dei beni oggetto di “negozio di affidamento fiduciario” (per noi: atto di destinazione/trust) M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 305 e s.

quand'anche non si intendesse accogliere questa prospettiva resta – ci pare – la possibilità di configurare la legittimazione attiva da parte del disponente/settlor e del beneficiario all'esperimento delle suddette azioni in termini di *surrogatoria*¹²⁹.

La qualificazione della posizione del disponente/settlor e del beneficiario quale *diritto di credito* verso del gestore/trustee, legittima costoro «all'esercizio di diritti e di azioni che spettano verso terzi al proprio debitore [il trustee *n.d.r.*] e che questi trascura di esercitare» (art. 2900 c.c.)¹³⁰.

¹²⁹ Si potrebbe obiettare che tra le azioni esercitabili in surrogatoria non è annoverabile l'azione di rivendicazione ovvero quella possessoria, ma il fatto della mancanza o scarsa frequenza di precedenti sul punto non può condurre all'esclusione di tale possibilità in ragione dell'ampiezza del dato normativo (art. 2900 c.c. letto in combinato disposto con l'art. 2645-ter c.c.) che non pone alcun limite alla tipologia delle azioni esercitabili in surrogatoria da parte dei creditori lesi. Sembra, infatti, incontestabile che il mancato esercizio di un'azione di rivendicazione ovvero possessoria da parte del soggetto legittimato attivo in qualità di titolare di diritti sul bene, produca effetti decurtanti del suo patrimonio lesivi dei diritti dei suoi creditori, i quali, dunque, appaiono legittimati ad agire in surrogatoria al fine di salvaguardare le loro pretese.

¹³⁰ Si badi che all'esperimento in via diretta (o, al limite, surrogatoria) di queste azioni, in senso lato, recuperatorie dei beni del trust, e che presuppongono la dichiarazione di inefficacia dell'atto posto in essere dal gestore/trustee, non potrebbe opporsi l'obiezione fondata sull'interpretazione restrittiva dell'art. 1705, co. 2, c.c., di recente riaffermata da una lunga e articolata pronuncia della Cass. Sez. un. civ., 8 ottobre 2008, n. 24772, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1372.php>, secondo la cui «l'espressione “diritti di credito”, di cui all'art. 1705, secondo comma, c.c., va circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, rimanendo escluse le azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento)» perché, come è evidente, trattasi di fattispecie completamente diversa da quella da noi esaminata. L'art. 1705, co. 2, c.c. presuppone, infatti, che il mandatario abbia compiuto un atto efficace verso il mandante (cioè *non* esorbitante il mandato), che valga ad eseguire il mandato, e dal quale sono derivati in suo favore dei diritti di credito, che, a loro volta, possono essere esercitati direttamente (anche) dal mandante, sebbene la giurisprudenza ponga dei limiti a questa possibilità (limiti che, tra l'altro, appaiono inverosimili – arg. *ex art.* 2900 c.c. – ma il tema non può affrontarsi in questa sede). Al contrario, l'art. 1711, co. 1, c.c. presuppone che il mandatario sia stato inadempiente, non abbia, cioè, eseguito il mandato, in quanto ha posto in essere un atto *esorbitante* il mandato medesimo, e dunque siano sorti direttamente

Le suddette azioni (ove, pure, fossero esercitate in surrogatoria dal beneficiario e dal disponente/settlor) forniscono ai soggetti coinvolti nella fattispecie destinataria (beneficiario, in primo luogo), una tutela che non ha nulla da “invidiare” al *tracing* di *common law*, dato che tali azioni possono esperirsi, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, anche nei confronti del *terzo acquirente* al quale il bene sia stato inefficacemente alienato dal gestore/trustee (*alias* terzo avente causa dal gestore/trustee), appunto in forza dell'inefficacia di tale alienazione: ciò appare deducibile chiaramente da alcuni dati normativi vigenti nel nostro sistema (arg. ex artt. 563, co. 2 e 3; 2901, ult. co.; 2902; 2905; 2910, co 2; 2652, co. 1, n. 2; 2690 c.c.; art. 64, 66, 70, 103 l.f.).

Questa impostazione appare verosimile – ci pare – tanto più ove si ritenga che il procedimento di *tracing*, nei profili in cui può articolarsi, conduca comunque sempre *non* «ad una rivendicazione in senso tecnico ma solo alla dichiarazione che i beni seguiti o trasformati sono oggetto di *trust* in favore dei beneficiari», i quali, dunque, possono chiederne la consegna ovvero ordinare al titolare di venderli per versarne il ricavato nel fondo di *trust* presso l'originario *trustee* o presso il sostituto. Tutto ciò in forza del presupposto che vede nel terzo possessore del bene, (alienato) seguito e/o trasformato, un *constructive trustee* in favore dei beneficiari (obbligato, per ciò stesso, a ritrasferire il bene nel fondo in *trust* ovvero, di norma, a tenere il bene a disposizione dei beneficiari del *trust*, e quindi a venderlo su loro richiesta ed a versare il ricavato nel fondo in *trust* presso l'originario *trustee* o verso il nuovo *trustee* nominato in sostituzione)¹³¹.

A ben vedere, in Italia oltre a non esserci la possibilità¹³², non ci sa-

in favore del mandante diritti contro il mandatario al risarcimento dei danni subiti e contro il terzo alla restituzione dei beni oggetto dell'atto improprio compiuto dal mandatario. Ove, poi, non si volesse riconoscere la titolarità diretta di questi ultimi, non c'è ragione per negarne l'esercizio in surrogatoria, come detto nel testo.

¹³¹ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 8, 12-13 e 108-109. Che con il *tracing* non si dà avvio ad una *rivendicazione* in senso tecnico si comprende anche dalle riflessioni da noi svolte *infra* nel testo e nelle note.

¹³² Cfr. ancora M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 12, fa notare che il *constructive trust*

rebbe, comunque, alcuna necessità di ritenere il terzo un *constructive trustee* (vale a dire proprietario in *trust* – in favore degli originari beneficiari – del bene già oggetto di *trust* o di altri beni ottenuti con la sua alienazione¹³³) per estendergli la legittimazione passiva alle azioni di *restituzione del bene* ovvero del suo *equivalente in denaro* (cfr. ancora art. 563, co. 3, c.c.; art. 103 l. f.). Infatti, l'operare congiunto delle regole di prevalenza della trascrizione dell'atto di destinazione nonché delle regole della legittimazione a disporre, rendono *inefficace* l'atto compiuto illegittimamente (cioè: *non in conformità con i fini della destinazione*) dal gestore/trustee con il *terzo acquirente*, impendendo a quest'ultimo di divenire titolare/proprietario del bene¹³⁴ e, dunque, rendendolo legittimato passivo di tutte le

ha scarso interesse per il professionista italiano perché presuppone che la fattispecie sia sottoposta ad una legge che conosce questa figura mentre il diritto italiano non la conosce, salvo, subito dopo, sostenere che l'applicazione del diritto straniero possa essere richiesta al giudice italiano a prescindere dalle disposizioni della Convenzione de L'Aja, lasciando, così, intendere che si potrebbe arrivare in Italia a qualificare un soggetto *constructive trustee* nell'interesse di un altro ma ciò oltre a non essere possibile nel nostro sistema in base a quanto già detto *supra* Cap. II, nota 193, sarebbe, viepiù, inutile: v., infatti, oltre nel testo.

¹³³ In diritto inglese, mancando regole di trascrizione e di legittimazione a disporre, esiste, invece, il sistema del doppio binario disciplinare (*common law* ed *equity*): il terzo acquirente diviene proprietario *tout court* in *common law* e solo in *Equity* egli è proprietario in *trust* con conseguenti obblighi a suo carico in favore dei beneficiari del *trust*.

¹³⁴ L'opponibilità del vincolo di destinazione è, dunque, nel diritto italiano una regola di circolazione del bene che si traduce, sul piano operativo, nell'inefficacia dell'atto posto in essere dal gestore/trustee nel mancato rispetto del vincolo e *non* certo nella deambulazione del vincolo sul bene da un soggetto all'altro (v. *supra*). Possiamo qui confermare quanto già detto *supra*, riguardo alla non assimilabilità del vincolo di destinazione alla c.d. *obligatio propter rem* (né, tantomeno, a figure ulteriori di diritti reali): il vincolo di destinazione non deambula con il bene perché la sua essenza non è l'inerenza al bene (esso dunque non ha carattere reale nel senso di attinente alla *res*) bensì al programma di destinazione. Le destinazioni di beni sono, infatti, quasi sempre dinamiche, implicano, cioè, di norma, la possibilità per il titolare/gestore/trustee di disporre dei beni originariamente destinati, alienandoli e sostituendoli con altri che, surrogandosi ai primi, risultano vincolati al raggiungimento del fine di destinazione (surrogazione reale). Ma anche nei casi di destinazione c.d. statica che, generalmente, prevede in aggiunta ai vincoli di

possibili azioni di restituzione del bene medesimo (o del suo equivalente in denaro¹³⁵).

Le domande introduttive di tali azioni e, ancor prima, quella volta a far dichiarare l'inefficacia dell'atto di alienazione contrastante con i fini di destinazione, sono, a loro volta, soggette al regime della trascrizione (artt. 2652 n. 5, 2690 c.c.) e della conseguente prevalenza della medesima, e degli effetti travolgenti che ne derivano, *anche* sui diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, *aventi causa* dall'acquirente dal ge-

destinazione anche dei vincoli di indisponibilità dei beni destinati, il vincolo di destinazione è pur sempre opponibile al fine di far dichiarare l'inefficacia dell'atto compiuto da non legittimato a disporre, e *non* al fine di considerare l'acquirente del bene un trustee dato che il bene non circola *cum onere suo* bensì non circola affatto: l'atto difforme ai fini di destinazione ovvero posto in essere in violazione di vincoli di indisponibilità è, appunto, *inefficace* (cfr. sul punto R. QUADRI *supra* nota 122).

¹³⁵ Il *diritto di credito* del beneficiario della destinazione (ovvero del disponente) essendo appunto tale e avendo ad oggetto la realizzazione del programma destinatorio (con modalità, quasi sempre, *dinamica*, vale a dire importante *surrogazione reale* dei beni destinati con il corrispettivo ottenuto dalla loro alienazione), non inerte mai al bene in sé ma al suo *valore* e dunque la possibilità di soddisfarlo in denaro è *in re ipsa*. Questa conclusione appare conforme ai principi generali del nostro ordinamento che appunto consentono, in molti casi, la soddisfazione di una pretesa su certi beni mediante una quantità di denaro che corrisponda al valore dei medesimi. Il problema che si pone è piuttosto quello di capire i parametri di determinazione del *valore* (temporale, oggettivo ecc.). Cfr. D. MURITANO, *Il trust: casi pratici*, cit., par. 5, dove scrive che nel *trust* si verifica una traslazione dalle "res" al "fund": i beneficiari del *trust* acquisiscono una posizione giuridica non rispetto alle "res" (= i beni in *trust*), bensì rispetto al "fund", cioè al *valore* rappresentato dai beni in *trust*; così già M. GRAZIADEI, B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni ed il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 458. Più in generale può dirsi che quanto dalla dottrina accademica, prima, e dal ceto professionale, poi, è stato individuato e detto riguardo alla relazione esistente tra il beneficiario e il *fund* del *trust* di diritto straniero vale anche per la relazione esistente tra il beneficiario dell'atto di destinazione/trust di diritto italiano e il patrimonio destinato in ragione del fatto che la posizione giuridica del *beneficiary* e del beneficiario è la stessa, ed è di natura personale e non reale, non inerte cioè alla *res* ma alla relazione con il gestore/trustee; ciò che muta è la *modalità di tutela* della (medesima) posizione. Mutamento che, comunque, come si va cercando di dimostrare, non è necessariamente penalizzante per il diritto italiano.

store/trustee che ha agito contro i fini della destinazione (arg. *ex* art. 2901, ult. co, c.c.). Una volta ottenuta la dichiarazione di efficacia, il disponente e/o i beneficiari possono agire verso i terzi acquirenti con tutte le azioni esecutive e conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato (arg. *ex* art. 2902, co. I, c.c. e *infra* nel testo).

Analoghe considerazioni potrebbero farsi in relazione al disponente e all'eventuale guardiano nonché a tutti i soggetti che, in forza di un'attenta analisi della fattispecie concreta di destinazione patrimoniale atipica, possono considerarsi legittimati ad agire per la realizzazione degli interessi della destinazione secondo il disposto dell'art. 2645-*ter* c.c.

Tutto quanto fin qui detto vale anche nel caso di *destinazione immobiliare auto-dichiarata* in quanto la posizione giuridica facente capo al beneficiario è la medesima così come è la stessa quella del gestore/trustee. Viene meno la posizione del disponente che, appunto, coincide con quella del gestore/trustee ma ciò non significa – come pure è stato detto¹³⁶ – che il disponente che sia anche gestore possa rinunciare al diritto di proprietà sui beni destinati perché l'impegno all'attuazione del programma destinatorio è verso il beneficiario e l'abdicazione dal diritto di proprietà sul bene destinato si tradurrebbe in un inadempimento dell'obbligo suddetto, suscettibile di essere sanzionato con le azioni conseguenti. Ciò che potrebbe ipotizzarsi è una revoca unilaterale dell'atto di destinazione da parte del disponente che si è auto-dichiarato gestore ma anche qui emergono i già individuati limiti a tale potere una volta intervenuta la dichiarazione di approfitamento del beneficiario e ciò perché la destinazione anche auto-dichiarata è opponibile a tutti, anche allo stesso disponente¹³⁷.

Più in generale, facendo riferimento al quadro disciplinare complessivo nel quale abbiamo collocato il fenomeno della destinazione patrimoniale atipica di fonte negoziale, ed, in particolare, a tutto quanto

¹³⁶ U. LA PORTA, *L'atto di destinazione ecc.*, cit., p. 1107.

¹³⁷ Illuminante sul punto il già citato A. FALZEA *supra* Cap. II, nota 186 in fine.

detto e scritto sui tratti peculiari del rapporto di mandato¹³⁸, di fiducia e di «*trust* interno», sembra corretto rilevare nei rapporti intercorrenti tra i soggetti primariamente coinvolti nella fattispecie destinataria (disponente, gestore, beneficiario e, in seconda battuta, guardiano) una specialità ed unicità tale da renderli di regola “non fungibili”. I soggetti della destinazione sono, cioè, titolari di posizioni non liberamente disponibili, le quali possono transitare da un soggetto all’altro con il consenso di tutti o di alcuni ovvero ove ricorrano circostanze determinate dalla legge (intesa anche in riferimento a norme applicate analogicamente) o, meglio, dagli stessi soggetti menzionati con apposite *clausole* presenti nell’atto di destinazione ovvero con un *consenso unanime* espresso successivamente all’atto medesimo¹³⁹. In altre parole: le relazioni e le corrispondenti posizioni giuridiche derivanti da un atto di destinazione patrimoniale sono tutte caratterizzate da una sorta di “fiduciarietà” (*intuitus personae*) che deve essere tenuta in considerazione per valutarne le *modalità* di esercizio, di *trasmissione* nonché di *disposizione* dei diritti che ne sono oggetto; esse tutte, proprio in ragione della menzionata “fiduciarietà”, si presentano maggiormente limitate, giustificando dichiarazioni di inefficacia degli atti posti in essere nonché l’esperienza di rimedi restitutori in caso di superamento arbitrario di quei limiti intrinseci¹⁴⁰ ovvero impo-

¹³⁸ Su cui v. anche le ultime riflessioni di G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, cit., p. 113 e ss.

¹³⁹ Insiste molto e condivisibilmente su questo aspetto della possibilità per le parti di prevedere poteri ed autorizzazioni nell’atto istitutivo del trust (di diritto italiano) che egli denomina «negozio di affidamento fiduciario» M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 366 e ss. V. infatti anche in fine presente paragrafo.

¹⁴⁰ Discorso diverso ed ulteriore è, poi, quello dell’aggregabilità da parte dei creditori dei soggetti coinvolti nella fattispecie destinataria delle posizioni che ad essi competono e che sono rilevanti sul piano patrimoniale. In altre parole, il diritto di credito del disponente ovvero del beneficiario verso il gestore/trustee è aggredibile dai rispettivi creditori personali come bene facente parte del patrimonio del loro debitore? La risposta non può che essere positiva, salvo, però, precisare le modalità di realizzazione di tale aggressione in ragione del carattere, in senso lato, fiduciario della posizione giuridica aggredita: è verosimile ritenere che l’aggressione sia pur sempre subordinata alla realizzazione del diritto di credito secondo le modalità previste dal programma destinataria e ciò

nendo il ricorso all'applicazione analogica di norme del sistema volte a salvaguardare la destinazione¹⁴¹.

Una volta stabilito che la possibilità di trascrizione degli atti di destinazione/trust immobiliari incide sulla legittimazione a disporre del soggetto (gestore/trustee) a carico del quale il vincolo è trascritto, imponendogli, in primo luogo di *qualificarsi come tale nel compimento di atti che hanno ad oggetto beni immobili destinati*¹⁴² ed, inoltre, *di compiere atti conformi al vincolo di destinazione* in quanto sono gli unici che è legittimato a compiere sulla base del titolo trascritto, i “veri” problemi si concentrano *non* sulla (inesistente) deficienza rimediale delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nella fattispecie di destinazione, in particolare del benefi-

anche in caso di fallimento del disponente ovvero del beneficiario e, quindi, di aggressione del rispettivo patrimonio da parte del curatore fallimentare. Sul punto cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 279-280, che, pur in una prospettiva che ne ammette la trasmissione *inter vivos* e *mortis causa*, sottolinea come la variabilità delle posizioni soggettive dei beneficiari, consente di configurarle in modo da proteggere la posizione del beneficiario dai suoi creditori.

¹⁴¹ Cfr. U. La PORTA, *Latto di destinazione di beni ecc.*, cit., p. 1105, che invoca l'art. 32 c.c. per disciplinare la vicenda successoria del patrimonio destinato in caso di morte del gestore ma, aggiungiamo, che, sul punto, molto se non tutto è rimesso all'autonomia delle parti nella composizione dell'atto di destinazione. Sul punto cfr. M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 280-283, dove pone in risalto la variabilità del regime di trasmissione delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nella fattispecie destinataria («negozio di affidamento fiduciario») in ragione della diversità delle posizioni giuridiche stesse (aspettativa, diritto coercibile ecc.). L'a. invita, condivisibilmente, a prevedere nell'atto istitutivo del patrimonio destinato («negozio di affidamento fiduciario») i casi di morte o volontaria trasmissione della posizione giuridica facente capo al beneficiario, al disponente, al gestore. Aggiungiamo che questa impostazione è senz'altro condivisibile ma presuppone una valutazione della compatibilità della clausola introdotta con le norme imperative e i principi generali del nostro sistema. Sul punto v. conclusione del presente paragrafo.

¹⁴² M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 252-253, parla a tale proposito di «manifestazione dell'affidamento» e gli attribuisce la funzione di agevolare sia la individuazione dei beni «affidati» (*alias* destinati o in trust) sia l'opposizione dell'«affidamento» (*alias* destinazione) da parte dell'affidatario ai propri creditori. Da parte nostra aggiungiamo che la manifestazione è *in re ipsa* là dove si tratti di destinazioni immobiliari mentre è più problematica in caso di destinazione mobiliare: v. anche oltre.

ciario del ‘trust italiano’ rispetto a quello del ‘trust di diritto straniero’, quanto, piuttosto, su due aspetti: 1) la tutela *dell’affidamento* dei terzi che hanno contratto con il soggetto obbligato ad attuare il programma destinatario e che, invece, ha contravvenuto a tali obblighi; 2) il recupero effettivo dei beni oggetto di atti *non* conformi ai fini della destinazione. Entrambi i problemi citati si acquiscono non poco ove dagli atti di destinazione/trust immobiliari si passi a quelli mobiliari, aventi, cioè, ad oggetto *beni mobili* non soggetti a particolari regimi pubblicitari.

Sul primo problema si rilevano due orientamenti: quello secondo cui la pubblicità dell’atto di destinazione è di per sé sufficiente a rendere *opponibile* ai terzi l’inefficacia di qualsivoglia atto di disposizione *contrario* ai fini di destinazione¹⁴³; l’altro, in forza del quale è opportuno ritenere *inopponibile* l’inefficacia stessa qualora si riferisca ad atti che, seppur concretamente lesivi del vincolo di destinazione, appaiano ad una *valutazione* astratta *non* manifestamente contrari rispetto ad esso. Secondo quest’ultimo orientamento, sussiste, infatti, l’esigenza di tutelare l’*affidamento del terzo*, il quale, «data l’elasticità del parametro di valutazione della conformità del singolo atto alla destinazione, non sarebbe in grado, pur essendo l’atto pubblicizzato, di prevedere l’inefficacia del negozio che va a concludere»¹⁴⁴.

Tenendo presente che la questione in esame è “risolta” in diritto inglese con il ricorso alla regola della *bona fide purchaser for value without notice*¹⁴⁵, si vede bene come nel nostro ordinamento molto meno aleato-

¹⁴³ R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., p. 169 nota 117: «[...] in presenza di un adeguato regime pubblicitario, il vincolo di destinazione risulta sempre opponibile nei confronti del terzo, con la conseguente inefficacia dell’atto di alienazione estraneo allo scopo della destinazione».

¹⁴⁴ L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, cit., p. 1316; G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l’art. 2645-ter c.c. e l’art. 2740 c.c.: un’analisi economica della nuova disciplina*, cit., in part. nota 23.

¹⁴⁵ Sulla aleatorietà ed incertezza applicativa (intesa alla *civil law*) del principio menzionato nel testo v. i rilievi di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 108, là dove scrive che la nozione di *notice* è particolarmente complessa: si distingue tra *actual notice*, *constructive notice* ed *imputed notice* ma quello che alla fine conta è l’impostazione dell’*Equity* come giuri-

rio sia il sistema della trascrizione degli atti di destinazione immobiliare [per i mobili v. *infra*], che naturalmente prescinde e dalla *bona fide* dell'acquirente e dal *value*, cioè dall'onerosità del titolo d'acquisto, e che induce a focalizzare l'attenzione sull'*adeguatezza del regime pubblicitario*¹⁴⁶, ritenendo tale quel regime idoneo ad escludere nel terzo qualsivoglia incertezza circa l'effettivo contenuto della destinazione.

Ne consegue – ci sembra – che ai fini dell'*opponibilità* dell'inefficacia dell'atto contrario alla destinazione (con i conseguenti obblighi di restituzione che ne derivano anche a carico del *terzo* contraente e/o avente causa: v. *supra* nel testo) è necessario che, ad una valutazione astratta del *terzo* contraente, risulti la manifesta contrarietà dell'atto di disposizione posto in essere dal gestore/trustee al *fine* di destinazione¹⁴⁷: questo *fine* (l'obiettivo del programma di destinazione) va, perciò, *esplicitato* nel modo

sdizione di coscienza [?]. L'a., inoltre, scrive che se l'alienazione dei beni in *trust* è impropria, vale a dire contraria ai fini di destinazione, e l'acquirente a titolo oneroso non è in buona fede (vale a dire ha *notice* delle limitazioni dei poteri del *trustee*), l'acquirente è tenuto a ritrasferire i beni nel fondo del *trust* [ovvero è considerato *trustee* egli stesso in favore dei beneficiari *n.d.r.*]. Ma si vede come questa regola, con riguardo alla circolazione dei beni immobili, sia meno protettiva di quella italiana legata agli effetti della trascrizione che elimina *a priori* il problema della *notice* che, appunto, quantomeno per i *trust* immobiliari trascritti, non deve in alcun modo essere dimostrata in quanto si presume *iuris et de iure* e che dunque non può diventare il criterio discriminante per valutare la "bontà" dell'acquisto dal *trustee* del *terzo* contraente a titolo oneroso (ovvero gratuito): ciò che rileva, è, piuttosto, la conformità dell'atto – compiuto dal trustee – ai fini di destinazione, perché da tale conformità è fatta dipendere l'efficacia o l'inefficacia dell'atto medesimo: v. oltre nel testo.

¹⁴⁶ Adeguatezza che, in concreto, potrebbe voler dire chiarezza massima sulla nota di trascrizione e sulla compilazione dei relativi riquadri (*B*: beni oggetto del vincolo; *C*: soggetti (gestore, beneficiari, guardiani); *D*, in particolare, dove *fine* della destinazione, *poteri* assegnati all'attributario/trustee/gestore e programma gestorio dovrebbero essere ben espressi in modo da non lasciare adito a dubbi sull'ambito di azione del gestore/trustee) ma vedi, più incisivamente, oltre nel testo.

¹⁴⁷ Cfr. L. NONNE, *Note in tema di patrimoni ecc.*, cit., p. 1316 nota 64, dove precisa che essendo la non manifesta contrarietà allo scopo un criterio di massima dai confini assai ampi, spetterà ovviamente al giudice la sua concretizzazione, specie per quanto concerne i casi limite, come si verifica normalmente in ipotesi analoghe.

più dettagliato ed esteso possibile nell'atto di destinazione/trust e, soprattutto, nella relativa *nota di trascrizione* (riquadro D).

La pubblicità, così congegnata, dell'atto di destinazione avente ad oggetto beni immobili, risulta condizione necessaria ma anche *sufficiente* a garantire l'affidamento del terzo, sia costui acquirente a titolo oneroso o gratuito (per il diritto italiano ciò è indifferente); sia costui o meno in buona fede (vale a dire, consapevole di contrarre con un soggetto privo della legittimazione a disporre: sul punto v. *infra*).

Il *sistema pubblicitario* italiano, inteso con riferimento alla *trascrizione*, pone il terzo contraente, sul piano legale, in grado di rendersi conto: a) della qualità di *titolare* (gestore/trustee/fiduciante/affidante: che dir si voglia!) *nell'interesse altrui* del soggetto con cui contrae; b) dei limiti dei poteri di disposizione che spettano a costui sui beni di cui sta disponendo (dato che a suo carico risulta trascritto il vincolo di destinazione, cioè a dire: risulta trascritto l'impegno da egli stesso volontariamente assunto verso altri – disponente e beneficiari – riguardo al godimento e alla disposizione di quei beni).

L'eventuale menzione del *vincolo di destinazione* (e il suo contenuto) *nell'atto compiuto dal gestore/trustee con il terzo contraente* in modo tale da far sì che tale atto appaia chiaramente come atto *volto a realizzare il/funzionale al programma* destinatorio, è senz'altro consigliabile ma *non* ci appare *necessaria* ai fini dell'esperibilità dei rimedi in favore dei beneficiari e del disponente/settlor in caso di atto improprio del gestore/trustee.

È indubbio che sia la *manifestazione* della qualità di gestore/trustee sia l'*espressa menzione* del vincolo di destinazione nell'atto posto in essere dal gestore/trustee, consentono al terzo contraente, a titolo gratuito ovvero oneroso, di rendersi conto del contenuto della destinazione e di acquisire consapevolezza del fatto che il suo diritto, avente titolo nell'atto concluso, dovrà essere soddisfatto sul patrimonio destinato.

Tuttavia, in mancanza di tale esplicitazione¹⁴⁸, si applicano comunque *le regole di circolazione* dei beni immobili destinati mediante atto

¹⁴⁸ Che tra l'altro potrebbe considerarsi regolata da un'applicazione analogico-evolutiva dell'art. 1393 c.c. in tema di rappresentanza volontaria: v. *infra*.

trascritto nei registri immobiliari nonché le *regole sulla legittimazione* a disporre nell'interesse altrui; regole che fin qui si è tentato di identificare, e che – come già detto – prevedono la possibilità per tutti i soggetti interessati alla realizzazione del programma destinatorio di far valere l'inefficacia dell'atto concluso illegittimamente dal gestore/trustee, là dove per *illegittimamente* si intende (*senza* ovvero *oltre i poteri necessari*, e tali poteri non sussistono ove il titolare di beni destinati agisca) *non in conformità al fine della destinazione*¹⁴⁹ (vale a dire al di là dei poteri sui beni spettanti al gestore/trustee secondo quanto risulta dall'atto di destinazione trascritto).

In caso di compimento di un atto improprio, rispetto al terzo acquirente di un diritto su bene immobile destinato mediante atto trascritto, può dirsi, atecnicamente, che la mala fede si presume, proprio in ragione dell'esistenza della trascrizione la quale impone all'acquirente (e, ovviamente, al notaio che roga l'atto di acquisto) di un diritto su bene immobile, di verificare mediante la consultazione dei registri immobiliari, l'eventuale sussistenza (a carico non del bene ma del soggetto che ne è titolare¹⁵⁰) di vincoli di destinazione alla gestione del bene medesimo, cioè l'esistenza di limiti al potere di legittimazione a disporre del titolare del diritto sui beni. Onere (ovvero, rispetto al notaio, obbligo) che ci appare perfettamente collocato nel nostro sistema con riguardo ad ogni atto di disposizione di bene immobile.

In ogni caso, qualora l'atto venisse comunque stipulato, il titolare dei beni immobili destinati che ha agito illegittimamente, varcando i limiti dei poteri risultanti dall'atto *trascritto* di destinazione dei beni di cui è titolare, sarà obbligato nei confronti del terzo contraente a risarcirgli il danno provocatogli per il suo affidamento (incolpevole¹⁵¹) sull'efficacia

¹⁴⁹ Se poi la non conformità al fine della destinazione si accompagna o meno alla mancata menzione della qualità di gestore/trustee è perfettamente indifferente ai fini dell'applicazione degli artt. 2645-ter e 1376 c.c., dalla quale scaturisce comunque l'inefficacia dell'atto improprio posto in essere dal gestore.

¹⁵⁰ V. *supra* nota 119.

¹⁵¹ Che l'affidamento del terzo sull'efficacia dell'atto concluso impropriamente

dell'atto concluso ma *non* sarà egli stesso responsabile con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte con l'atto posto in essere, dato che questo è e resta *inefficace*¹⁵². L'inefficacia è totale ed esclude che l'atto possa restare «a carico del mandatario» *alias* trustee *nel senso* di essere efficace nel suo patrimonio personale perché il bene che ne è oggetto, in quanto immobile, è infungibile ed, essendo *pubblicamente* destinato (*alias* in trust), è *fuori* dal patrimonio personale del trustee il quale, nei confronti del terzo acquirente, non potrà che essere obbligato a risarcire il danno prodotto dal mancato passaggio nella sua sfera giuridica della titolarità del diritto sull'immobile (per inefficacia del contratto¹⁵³) ma non altro. Si vede, dunque, come, con riguardo ai beni immobili destinati per atto trascritto¹⁵⁴, questa interpretazione (analogico-evolutiva) della

dal gestore/trustee titolare dei beni debba essere *incolpevole* per fondare il diritto al risarcimento del danno subito per lesione della sua libertà negoziale si deduce dagli articoli in tema di rappresentanza volontaria (in part. art. 1398 c.c.) e di mandato (art. 1711 c.c.) ma anche da quelli sulla buona fede nelle trattative precontrattuali (art. 1338 c.c.) nonché dall'art. 1227, richiamato anche in tema di responsabilità extracontrattuale (cfr. art. 2056), che esclude o mitiga la responsabilità del debitore/danneggiante in caso di concorso di colpa del creditore/danneggiato, e, più in generale, dall'art. 2043 c.c. Naturalmente il trustee/gestore è anche responsabile verso il disponente a titolo di responsabilità contrattuale (arg. sempre *ex* art. 1711, co. 1, c.c.). Casi concreti di affidamento incolpevole del terzo acquirente potrebbero verificarsi in caso di negligenza o inadempimento del notaio non segnalata dal trustee/gestore consapevole; di dolo del trustee/gestore che fornisce documenti falsi; di errata trasmissione dell'atto di destinazione dalle conservatorie immobiliari taciuta dal trustee/gestore consapevole e simili. V. anche *infra* nel testo.

¹⁵² La “durezza” delle conseguenze del regime pubblicitario sull'efficacia dell'atto, è mitigata dall'obbligo di risarcimento del danno in favore del terzo acquirente incolpevole a carico del gestore/trustee che ha agito impropriamente.

¹⁵³ O, al limite, per inadempimento del contratto, se proprio si volesse considerare l'atto improprio efficace tra mandatario e terzo ma su questa interpretazione della norma nutriamo dei dubbi, essendo più ragionevole pensare che l'atto abusivo sia inefficace *tout court* e che a carico del gestore abusante sussistano obblighi restitutori e/o risarcitori extracontrattuali: v. anche *infra*.

¹⁵⁴ E per ciò stesso verificabile riguardo ai contenuti. La verifica si incentra tutta sul contenuto della destinazione come espresso nell'atto trascritto. Se, poi, dovessero sus-

norma contenuta nell'art. 1711, co. 1, c.c., appaia la più convincente¹⁵⁵ senza che ciò escluda diverse interpretazioni della medesima¹⁵⁶ avendo ri-

sistere delle discrasie tra la destinazione come il disponente intendeva configurarla e come essa è stata realmente configurata in atto, ciò non incide sull'efficacia dell'atto posto in essere dal trustee che si discosti dalle intenzioni del disponente: esso è efficace ed a carico del trust, non del trustee.

¹⁵⁵ *Contra* questa impostazione M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 252-253, 283-284, secondo cui se «l'affidatario» non si manifesta «è indubbio che risponda personalmente e illimitatamente di ogni obbligazione contratta», mostrando così di far sostanzialmente coincidere le conseguenze che derivano da un'alienazione impropria di un bene immobile in *trust* [soggetto a diritto straniero] con quelle che derivano dall'alienazione impropria di un bene immobile «affidato» [*alias* in *trust*/atto di destinazione trascritto, soggetto a diritto italiano]. Ma si vede come tale impostazione non possa essere accettata nel nostro sistema che prevede appunto la *trascrizione* degli atti di destinazione immobiliare nonché regole come quella dell'art. 1711 c.c.. L'a. ritiene, inoltre, che «l'affidatario» (trustee) risponda anche con i suoi beni personali di fronte ai creditori titolati, salva la possibilità di rivalersi sui beni destinati ma contro questa concezione unilaterale della separazione *ex* art. 2645-ter c.c. nonché contro una lettura delle regole di diritto italiano che giunge in-fondatamente ad uniformarle alle regole di diritto straniero v. *supra* Cap. II, nota 206. Da notare, infine, che la soluzione di diritto italiano è diversa da quella cui conduce l'applicazione del principio *bona fide purchaser for value without notice*, che nel diritto inglese porta a considerare responsabile il *trustee*, che agisce impropriamente, verso il *settlor*, dato che l'atto con il terzo acquirente è valido ed efficace mentre, appunto, in Italia il gestore/trustee è responsabile verso il terzo acquirente a titolo excontrattuale a causa dell'inefficacia dell'atto e dunque della lesione della libertà negoziale e dell'affidamento incolpevole del terzo acquirente medesimo mentre è responsabile a titolo contrattuale verso il disponente/settlor e verso i beneficiari per inadempimento degli obblighi gestori dei beni destinati da lui assunti nei loro confronti.

¹⁵⁶ In dottrina e in giurisprudenza (Cass., 7 agosto 2009, n. 18107, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Mandato*, n. 13; Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 978) l'art. 1711, co.1, c.c., si interpreta nel senso dell'inopponibilità al (e, quindi, dell'inefficacia verso il) mandante dell'atto eccedente il mandato, posto in essere dal mandatario, il quale, però, verso il terzo nonché verso il mandante non risponde con il suo patrimonio personale, intendendo con ciò che il mandatario resta obbligato ad eseguire il contratto concluso con il terzo e ad indennizzare il mandante. Ma con riguardo ai beni immobili oggetto di destinazione trascritta, questo coinvolgimento del patrimonio personale del trustee/gestore può ragionevolmente consistere nell'imputazione al patrimonio medesimo degli obblighi

guardo alle ipotesi di destinazione non trascritta (negozi fiduciario/mandato) sui cui *infra*.

Né in contrario varrebbe obiettare che il sistema prevede una regola diversa nell'art. 2447-*quinquies* c.c., perché tale regola ha il "sapore" dell'eccezionalità e non della semplice specialità, tanto da richiedere una particolare cautela nella sua interpretazione/applicazione estensiva o analogica¹⁵⁷. La regola generale è, invece, quella deducibile dalle già menzionate norme sul mandato senza rappresentanza (artt. 1711, co. 1, 1712 c.c.)¹⁵⁸, dalle norme contenute negli artt. 1376 e 2645-*ter* c.c. nonché dalle quelle sulla *rappresentanza volontaria* (in part. artt. 1393, 1398, 1399 c.c. cui implicitamente rinvia l'art. 1711, co. 1, c.c., là dove menziona il potere di ra-

di risarcimento del danno prodotto al terzo per il mancato trasferimento della titolarità del bene, dato che l'atto è appunto inefficace.

¹⁵⁷ Cfr. *supra* nota 122 in fine dove menzioniamo quale regola eccezionale la regola contenuta nell'art. 2447-*quinquies*, ult. co, c.c.. Esso prevede in caso di mancata menzione del vincolo di destinazione nell'atto compiuto in relazione allo specifico affare, un'estensione della responsabilità della società al suo patrimonio residuo, il che equivale a dire che l'atto posto in essere senza menzione del vincolo è un atto *efficace* che, tuttavia, viene considerato non un atto posto in essere per attuare lo specifico affare ma un atto della società *tout court* che ne risponde con il suo patrimonio generale. Forse si potrebbe pensare di estendere questo regime speciale, dettato per le società per azioni, alle ipotesi di destinazione auto-dichiarata in cui disponente e gestore/trustee coincidono nella stessa persona, data la forte analogia di questa situazione con quella della società che dedica parte del suo stesso patrimonio ad uno specifico affare ma, certo, tale regola non può estendersi ai casi di destinazione immobiliare trascritta in cui *non* c'è identità soggettiva tra disponente/settlor e gestore/trustee. Ma anche questa soluzione convince poco perché la disposizione in materia societaria deroga alla regola generale dell'inefficacia degli atti compiuti dal non legittimato in modo che più che speciale appare eccezionale (dato che *non* tiene conto dello speciale regime pubblicitario previsto per il vincolo di destinazione allo specifico affare e sembra avere una funzione, in un certo senso, sanzionatoria) e dunque non suscettibile di applicazione estensiva e/o analogica.

¹⁵⁸ Dall'art. 1711, co. 1, c.c. si deduce chiaramente che l'atto del mandatario eccedente i limiti del mandato non è opponibile al mandante, il che equivale a dire, nella prospettiva da noi assunta, che non è opponibile alla destinazione in quanto ad essa non conforme e perciò stesso non può riguardare i beni che ne sono oggetto.

tifica del mandante). Tali norme, pur nella diversità (tra l'altro, più apparente che reale) di presupposti, contribuiscono a definire i *principi generali* della *legittimazione a disporre* nel nostro ordinamento giuridico, principi cui è doveroso attingere per la configurazione della disciplina dell'atto di destinazione/trust italiano *trascritto*, avente ad oggetto beni immobili, ed in particolare delle conseguenze che derivano dall'attività del gestore/trustee che agisce *impropriamente*¹⁵⁹.

Si vede, dunque, come la tutela della posizione dei soggetti interessati alla realizzazione del programma destinatorio previsto in un atto di destinazione/trust *trascritto*, sia nel diritto italiano più incisiva di quella inglese, che subordina, invece, "l'inefficacia" della disposizione *impropria* (*alias* non conforme ai fini della destinazione) del *trustee* o, meglio e più esattamente, la possibilità di considerare il terzo avente causa dal *trustee* – che agisce illegittimamente – un *constructive trustee*¹⁶⁰ in favore del *bene-*

¹⁵⁹ Dall'interpretazione analogico-evolutiva delle norme sulla rappresentanza volontaria e sul mandato (art. 1711, co. 1, c.c.) potrebbe dedursi in favore e del disponente/settlor e del beneficiario il riconoscimento di poteri di ratifica dell'atto improprio del gestore, poteri che ne rafforzerebbero la posizione e la tutela oltre a garantire un temperamento con gli interessi del terzo contraente. Del pari, si potrebbe pensare ad un'applicazione analogica degli artt. 1717 e 1712, co. 2, c.c. che imporrebbero di considerare efficace l'atto concluso dal gestore/trustee oltre i limiti della destinazione in presenza delle circostanze indicate dalle suddette norme. La formulazione molto ampia delle norme richiamate si presta ad interpretazioni altrettanto ampie. Il tema va approfondito in altra sede ma, in ogni caso, rientra nell'ampia tematica affrontata nel testo del coordinamento dei vari complessi normativi per l'individuazione della disciplina applicabile al trust italiano.

¹⁶⁰ Va posto, dunque, in luce con chiarezza (che ci pare allo stato sia mancante) che nel diritto inglese la possibilità di considerare il terzo avente causa dal *trustee*, che pone in essere l'atto improprio, un *constructive trustee* presuppone che l'atto improprio sia efficace in *common law*, cioè che il bene si sia comunque trasferito dal *trustee* al terzo, il quale proprio perchè è divenuto proprietario in *common law*, può poi essere considerato *trustee* in *Equity*. La tutela viene, appunto, approntata in *Equity* con la possibilità di ottenere la dichiarazione giudiziale di *constructive trustee* del terzo avente causa dall'originario *trustee* che ha agito illegittimamente. Al contrario, nel nostro ordinamento, l'atto improprio del gestore/trustee è inefficace e dunque il terzo non diviene affatto proprietario dei beni di cui il gestore/trustee ha illegittimamente disposto, divenendo, invece, legittimato

ficiary, ad una serie di accertamenti sulla *bona fides* del terzo, sulla *notice* che il terzo [non] ha del *trust* e sul fatto che si tratti di acquisto a titolo oneroso¹⁶¹. Se sussiste la buona fede, l'onerosità dell'acquisto e manca la *notice* del *trust*, l'atto non solo è *efficace*, pur essendo non conforme ai fini della destinazione, ma, soprattutto, rispetto ad esso ed ai beni che ne sono stati oggetto, è esclusa la possibilità di far dichiarare il terzo contraente (o avente causa) *constructive trustee*, con grave danno per i beneficiari della medesima.

In sintesi e approssimativamente ma al fine di chiarire il passaggio: in *common law* l'atto improprio del *trustee* è sempre efficace e soltanto se *non* trova applicazione la regola della *bona fide purchaser ecc.*, può rendere – al termine di un processo – il terzo acquirente *constructive trustee* in favore dei beneficiari con riguardo ai beni che costituivano oggetto del *trust fund* ovvero di quelli che con essi sono stati acquistati o scambiati. L'operatività del *tracing* consiste, dunque, *non* nel rivendicare in senso tecnico, vale a dire nel far tornare o, meglio, dichiarare nella titolarità dell'originario *trustee* i beni di cui questi ha impropriamente disposto, bensì nell'individuare i beni che sono (e possono restare) nella titolarità del terzo acquirente, sebbene in (*constructive*) *trust* (in favore dei beneficiari).

In Italia, invece¹⁶², l'atto improprio del trustee/gestore è da rite-

passivo delle azioni di restituzione dei beni medesimi senza alcuna necessità di ricorrere all'espedito di considerarlo *constructive trustee* dei beni dato che, ripetiamo, non ne è divenuto proprietario, essendo l'atto da lui compiuto con il gestore/trustee che ha agito impropriamente, un atto inefficace, cioè inidoneo a produrre effetti traslativi giuridicamente rilevanti.

¹⁶¹ V. *supra* nota 145 in fine.

¹⁶² La diversità dei regimi di tutela dei beneficiari nel diritto dei *trust* è un dato oggettivo che è stato di recente sottolineato in uno studio di J. GETZLER, *Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, [2009] 10, No. 2, Article 3, p. 355 e ss. [<http://www.bepress.com/til/default/vol10/iss2/art3>], il quale ha posto in risalto il paradosso derivante dal trapianto della *trust law* dall'Inghilterra agli Stati Uniti, e consistente nella restrizione della tutela offerta al *beneficiary* che ha visto ridotti i suoi poteri sul *trust asset*. Ciò è accaduto a causa della situazione economica americana che ha indotto ad assumere atteggiamenti più prudenti verso la disponibilità di posizione creditorie.

nersi sempre *inefficace* (verso il disponente come verso i beneficiari) ove *non conforme* alla destinazione trascritta, con conseguente possibilità per tutti i soggetti che hanno interesse a realizzare la destinazione (disponente e beneficiari, *in primis*) di far dichiarare tale inefficacia e, conseguentemente, di esperire tutte le azioni volte a recuperare i beni alienati anche presso i terzi acquirenti per farli tornare nella disponibilità materiale dell'originario *trustee* [o di colui che lo ha sostituito] (arg. ex artt. 2901, co. 4, 2902, co. 1, c.c.). L'eventuale salvezza dei diritti di terzi (aventi causa ma anche creditori) è fatta dipendere *anche* da elementi (buona fede, onerosità dell'acquisto ecc.) che variano in relazione al tipo di *azione* proposta ma comunque e sempre – come già detto – dall'operare del meccanismo di prevalenza della trascrizione della relativa *domanda* introduttiva (cfr. artt. 2901, co. 4, 2915, co. 2, c.c.).

È anche vero, però, che l'ipotesi in cui il gestore/trustee *non* si qualifichi come tale e/o non menzioni il vincolo di destinazione e abusi, dunque, della sua stessa posizione ovvero dei contenuti della medesima, appare di scuola per gli atti aventi ad oggetto beni immobili destinati, e ciò proprio in forza della introdotta *trascrizione* a carico del loro titolare del vincolo di destinazione sui medesimi in favore di altri [i beneficiari], e quindi della possibilità dei controlli sulla posizione giuridica di colui che ne dispone e sull'estensione contenutistica della stessa: in caso di destinazione di beni immobili, *l'affidamento* del terzo che contrae con il gestore/trustee appare, dunque, allo stato, sufficientemente garantito¹⁶³.

Non altrettanto può dirsi in caso di atto di destinazione/trust immobiliari (/negozi fiduciari/negozi di affidamento fiduciario) *non trascritti ma redatti per iscritto* (e quindi validi ed efficaci¹⁶⁴), ovvero in caso di

¹⁶³ È difficile (se non impossibile) sarà, nel caso, per il terzo acquirente dimostrare di essere stato *incolpevole* nel concludere con il gestore/trustee un atto non conforme alla destinazione con conseguente mancata insorgenza in suo favore del diritto al risarcimento del danno subito a seguito della dichiarazione di inefficacia del medesimo: cfr. *supra* nel testo e nelle note.

¹⁶⁴ Come già detto (v. *supra* Cap. II, par. 3, in part. note 104-114, e par. 5), se l'accordo fiduciario *alias* atto di destinazione/trust avente ad oggetto immobili è privo della

atti di destinazione/trust(/negozi fiduciari/negozi di affidamento fiduciario) *mobiliari*.

Queste due fattispecie di destinazione sono regolate entrambe dal complesso delle norme contenute negli artt. 1706, 1707, 1711, 1712, 2914 e 2915 c.c. che vanno lette in combinato disposto con l'art. 1376 c.c., con le altre norme sul mandato e sulla prova dei fatti giuridici (art. 2721 e ss. c.c.): da questa compagine disciplinare sembrano potersi dedurre regole di circolazione dei beni oggetto dell'una e dell'altra delle suddette fattispecie.

Procedendo nell'individuazione di tali regole, deve ribadirsi (v. *supra* Cap. II, par. 3) che gli atti di destinazione/trust (*alias* negozi fiduciari/«negozi di affidamento») di beni immobili *redatti per iscritto* ma *non trascritti* godono [pur sempre] di una tutela giuridica in quanto produ-

forma scritta, esso *non* è semplicemente un *pactum fiduciae non opponibile erga omnes* (come ancor'oggi sostenuto da alcuni) ma, più esattamente, un patto privo di rilevanza giuridica e dunque non produttivo di effetti giuridicamente vincolanti né tra le parti né rispetto ai terzi (in tal senso chiaramente Cass. 13 aprile 2001, n. 5565, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 365, dove si legge che il negozio, fiduciario quando inerisce al trasferimento di beni immobili deve rivestire la forma scritta *ad substantiam* quale elemento essenziale di sua validità ex art. 1350 c.c. Interessante anche Trib. Napoli 16 gennaio 1993, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 197 che tenta di distinguere tra fiducia statica e dinamica ai fini della necessità della forma scritta dell'accordo fiduciario avente ad oggetto immobili, rivelando soltanto l'impossibilità di procedere a tale distinzione). Ciò non toglie che l'accordo fiduciario (orale), avente ad oggetto beni immobili possa fondare fattispecie inquadabili nell'ambito dei doveri morali e sociali con l'applicazione della relativa tutela (artt. 627, 2034 c.c.). Ulteriori effetti non sono ravvisabili ma proprio per questo non si deve escludere che, in alcuni casi, i soggetti agenti desiderino essi stessi procedere alla conclusione di questo genere di accordo fiduciario (quello orale, segretissimo e non giuridicamente rilevante) per le ragioni più varie e che presuppongono tutta la fiducia nel soggetto titolare dei beni destinati che appunto non risulta tale in alcun modo sul piano giuridico, risultando semplicemente un titolare di beni [la cui destinazione ad altri o ad uno scopo non è giuridicamente rilevante]. Queste ipotesi sono distinte da quelle, indicate nel testo, che sono, invece, giuridicamente rilevanti, in quanto è stata adottata la forma scritta per l'accordo fiduciario avente ad oggetto immobili ma, non essendosi proceduto alla trascrizione, tale accordo e gli effetti vincolanti che ne derivano a carico del titolare dei beni non sono opponibili agli accordi (e agli effetti) confliggenti che derivano da atti trascritti: v. *infra* nel testo.

cono tutti gli effetti di destinazione e di separazione degli atti trascritti¹⁶⁵ e sono, altresì, opponibili, in astratto, *erga omnes* ma, in concreto, *soltanto* a coloro che risultano titolari di posizioni giuridiche derivanti da atti, anch'essi *non trascritti*, di data certa *posteriore* mentre risultano *inopponibili* a tutti coloro che vantino sul bene diritti derivanti da atti scritti di data certa *anteriore* ovvero da atti *trascritti* anche di data posteriore (artt. 1706, 1707, 2915, 2914 c.c.)¹⁶⁶.

Fino all'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c. o, meglio, prima ancora, fino all'affermarsi dell'orientamento giurisprudenziale che ammette la trascrivibilità del 'trust interno' [soggetto a legge straniera], questa fattispecie di destinazione, cioè quella del *negozio fiduciario/mandato* non trascritto, era (e, per alcuni, è ancora¹⁶⁷) quella considerata operante nel no-

¹⁶⁵ A questa conclusione giunge (consapevolmente?) anche lo stesso M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 237, là dove scrive che sia nei «negozi di affidamento» [*alias* che negozio fiduciario/mandato non trascritto *n.d.r.*] sia nei negozi di affidamento fiduciario [*alias* trust/atto di destinazione trascritto *n.d.r.*] producono l'effetto di non *confusione* dei beni nel patrimonio dell'affidatario.

¹⁶⁶ Cfr. quanto detto *supra* Cap. II, par. 3 e *ivi* note 109 e ss.

¹⁶⁷ Si veda Trib. Terni, 8 marzo 2006, in *Rass. giur. umbra*, 2007, p. 705, dove si legge che il negozio fiduciario si qualifica come una combinazione di due fattispecie negoziali collegate, l'una costituita da un negozio reale traslativo a carattere esterno, realmente voluto ed avente efficacia verso i terzi, e l'altra, identificata nel c.d. *pactum fiduciae*, negozio a carattere interno ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del negozio esterno, in quanto obbliga il fiduciario a ritrasferire il bene o il diritto attribuitogli con il negozio reale all'altro contraente o ad un terzo da questi designato. Ancora più di recente cfr. Cass. 2 aprile 2009, n. 8024, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 282, che, curiosamente, prima ripete la ricostruzione del negozio fiduciario come negozio indiretto in cui il trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario è limitato negli effetti da un accordo rilevante solo *inter partes*, ma, poi, cassa la sentenza del giudice di merito che aveva considerato nullo questo accordo, conferendogli, invece, piena validità anche perché – è da ritenersi – l'accordo, avente ad oggetto un bene immobile, era stato redatto per iscritto. In generale può dirsi che in giurisprudenza si ravvisa ancora riguardo al negozio fiduciario il ricorso all'impostazione concettuale tradizionale e ciò anche perché la dottrina civilistica e comparativistica italiana continuano a conservare distinzioni che nel presente lavoro si è cercato superare sulla base dei dati normativi vigenti, vecchi e nuovi.

stro sistema sulla base del già evidenziato *escamotage* dello sdoppiamento (*pactum fiduciae*, concepito addirittura come orale e comunque non trascrivibile, e *negozio di trasferimento* del bene) che l'ha, di fatto, ghettizzata, con riguardo ai beni immobili, nel limbo dell'inutilizzabilità¹⁶⁸ ovvero della simulazione negoziale sia oggettiva sia soggettiva¹⁶⁹ (o, al limite, della vendita di cosa altrui)¹⁷⁰. Ed, infatti, nel sistema italiano (come configurato dal codice civile del 1942), fondato sulla trascrizione degli atti di trasferimento di beni immobili, l'atto di trasferimento di un bene immobile da un soggetto all'altro, *ove si ritenga non trascrivibile il patto fiduciario* che ne costituisce la ragione giustificativa (*alias* la causa), non può che essere trascritto sotto forma di altro negozio (vendita o donazione, ad

¹⁶⁸ Lo dice bene e chiaramente M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 217, dove scrive che il *pactum fiduciae* annesso a negozi che trasferiscono un diritto reale o di credito dall'affidante [*alias* fiduciante *n.d.r.*] all'affidatario [fiduciario *n.d.r.*], caratterizza il negozio fiduciario nella visione dottrinale, in quanto esso è sostanzialmente sconosciuto nella prassi e nei comportamenti dei consociati.

¹⁶⁹ Cass., 19 febbraio 2008, n. 4071, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Simulazione civile*, n. 13: «nel caso di allegazione della simulazione relativa per interposizione fittizia di persona di un contratto necessitante la forma scritta *ad substantiam*, la dimostrazione della volontà delle parti di concludere un contratto diverso da quello apparente incontra non solo le normali limitazioni legali all'ammissibilità della prova testimoniale e per presunzioni, ma anche quella, più rigorosa, derivante dal disposto degli art. 1414, co. 2, e 2725 c.c., di provare la sussistenza dei requisiti di sostanza e forma del contratto diverso da quello apparentemente voluto e l'esistenza, quindi, di una controdi chiarazione dalla quale risulti l'intento comune dei contraenti di dare vita ad un contratto soggettivamente diverso da quello apparente; di conseguenza, e con riferimento alla compravendita immobiliare, la controversia tra il preteso acquirente effettivo e l'apparente compratore non può essere risolta, fatta salva l'ipotesi di smarrimento incolpevole del relativo documento (art. 2724, n. 3, c.c.), con la prova per testimoni o per presunzioni di un accordo simulatorio cui abbia aderito il venditore, e neppure, in assenza della controdi chiarazione, tale prova può essere data con il deferimento o il riferimento del giuramento (art. 2739, 1° comma, c.c.), né tanto meno mediante l'interrogatorio formale, non potendo supplire la confessione, in cui si risolve la risposta positiva ai quesiti posti, alla mancanza dell'atto scritto.

¹⁷⁰ Cfr. quanto già detto *supra* Cap. II, par. 3, note 110-112 e vedi anche nota seguente.

esempio, entrambe simulate¹⁷¹ ovvero limitate nella loro efficacia dal *pactum fiduciae*), la cui *causa* giustifichi il trasferimento dei beni, costringendo, dunque, la tutela del disponente/fiduciante (e degli eventuali beneficiari in favore), nel caso di atto c.d. *improprio* del fiduciario, nell'angolo spigoloso dell'azione di simulazione ovvero dell'azione di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale promossa dal fiduciante/mandante (eventualmente, dai beneficiari in qualità di *terzi in favore* e dunque creditori del mandatario) contro il fiduciario/mandatario per violazione del *pactum fiduciae* (*alias* eccesso o abuso di mandato)¹⁷².

¹⁷¹ Se, invece, il bene immobile viene venduto dal mandatario ad un terzo senza esserne titolare perché il mandante non gliene ha trasferito la proprietà, consistendo il mandato solo nel conferimento dell'incarico e non nel trasferimento del bene, si ricade nell'ipotesi della *vendita di cosa altrui* che nulla ha a che vedere con la problematica della destinazione di fonte negoziale. Se, poi, l'incarico a vendere si accompagna alla dazione di beni mobili (in particolare, denaro) che devono essere gestiti dal mandatario per conto del mandante ovvero, ancora, in caso di incarico ad acquistare un bene immobile, il mandato si accompagna alla dazione al mandatario di denaro del mandante, in tutti questi casi si verificano rispetto al denaro consegnato – come già detto: Cap. II, note 79, 207 – ipotesi di fiducia c.d. germanistica ma sul punto v. *infra* nel testo.

¹⁷² Si veda tra i pochi casi rinvenibili in giurisprudenza sul negozio fiduciario avente ad oggetto immobili, App. Bologna, 14 giugno 1991, in *Foro pad.*, 1992, I, c. 407, dove si legge che l'acquisto di un immobile avvenuto ad opera di un soggetto [nella specie il padre in qualità di legale rappresentante dei figli] con denaro altrui, nell'intesa che l'acquirente avrebbe provveduto alla intestazione del bene a soggetti predeterminati, può integrare le figure della simulazione relativa di persona (interposizione fittizia) o del negozio fiduciario [...] L'interposizione fittizia si distingue da quella reale, per il fatto che mentre nella prima la presenza di una persona nel contratto è finta, dato che in realtà si vuole che gli effetti dello stesso si producano a favore di un'altra, nella seconda, invece, l'effetto nei confronti della persona che compare nel contratto è realmente voluto, salvo l'obbligo della stessa di ritrasferire l'effetto suddetto al terzo interessato al rapporto; se oggetto del contratto è un immobile, in entrambi i casi la prova dell'interposizione, vertendo su di un atto traslativo, deve essere data per iscritto (sulla labilità del confine tra fiducia e simulazione v. anche Cass., 6 giugno 1983 n. 3843, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Vendita*, n. 14, che distingue tra vendita fiduciaria a scopo di garanzia e vendita simulata contrastante con il divieto del patto commissorio). In generale sul caso affrontato dai giudici bolognesi può dirsi che in Italia quando si acquista un bene con denaro fornito da altri vige, nel silenzio

L'atto *improprio*, quello, cioè, che esorbita dal negozio fiduciario/mandato, «resta a carico del mandatario» (ovviamente senza rappresentanza) secondo quanto dispone l'art. 1711, co. 1, c.c., interpretato questa volta in base all'opinione corrente¹⁷³: il mandatario sarà, dunque, obbligato con il proprio patrimonio personale, di cui il bene immobile fa parte in quanto a lui trasferito con atto idoneo (abbiamo detto: vendita o donazione o altro) trascritto, a trasferire il bene al terzo che fa salvo il proprio acquisto.

A parte le già svolte considerazioni sull'irrelevanza giuridica di un patto fiduciario *orale* avente ad oggetto obblighi di trasferimento di immobili, le quali, se accolte, portano addirittura a negare l'ammissibilità dell'azione risarcitoria del fiduciante/mandante verso il fiduciario/mandatario che ha ecceduto il mandato¹⁷⁴, ed incentrando, quindi, l'atten-

dei soggetti coinvolti, una presunzione di attribuzione a titolo liberale [*donazione indiretta*: ma sul punto v. *La liberalità*, II, cit., Cap. II, par. 1] del bene medesimo all'acquirente da parte del soggetto che ha fornito il denaro necessario per acquistarlo mentre nel *common law* inglese vige una presunzione di attribuzione del bene *in trust*, con conseguente assunzione da parte dell'acquirente della qualità di *trustee* nell'interesse del finanziatore. In Italia per vincere la presunzione di liberalità è necessario provare l'accordo fiduciario, eventualmente intervenuto tra acquirente del bene e soggetto che ha fornito il denaro per acquistarlo. Viceversa, nel *common law* inglese è necessario provare «the clear intention to bestow a gift»: in mancanza di tale prova, si è in presenza di un classico esempio di *resulting trust* in favore di chi ha finanziato l'acquisto del bene: v. *supra* Cap. II, nota 226.

¹⁷³ V. *supra* note 155, 156.

¹⁷⁴ V. *supra* note 151-155 e Cap. II, nota 110 e cfr. Cass., 1° agosto 2007, n. 16992, in *Rep. foro it.*, 2007, voce *Prova testimoniale*, n. 7, secondo cui in tema di negozio fiduciario, la prova per testimoni del *pactum fiduciae* è sottratta alle preclusioni stabilite dagli art. 2721 e ss. c.c. soltanto nel caso in cui detto patto sia volto a creare obblighi connessi e collaterali rispetto al regolamento contrattuale, al fine di realizzare uno scopo ulteriore rispetto a quello naturalmente inerente al tipo di contratto stipulato, ma senza direttamente contraddire il contenuto espresso di tale regolamento; qualora, invece, il patto si ponga in antitesi con quanto risulta altrimenti dal contratto, la mera qualificazione dello stesso come fiduciario non è sufficiente ad impedire l'applicabilità delle disposizioni che vietano la prova testimoniale dei patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento. Più in generale su questo punto vale la pena specificare che ove non intervengano atti scritti che

zione solo sull'ipotesi che qui interessa del *pactum fiduciae* redatto *per iscritto* (dunque valido) *ma non trascritto*, va qui ribadito che sia la dottrina (con le già esaminate elaborazioni della «fiducia attributiva» o della «fiducia opponibile *erga omnes*»), sia la giurisprudenza¹⁷⁵ hanno già cercato, pur con frequenti ricadute¹⁷⁶, di superare la concezione tradizionale della fiducia c.d. *segreta* [cioè non trascrivibile]¹⁷⁷ al fine di rendere più incisiva la tutela del fiduciante (e degli eventuali beneficiari in caso di mandato/negozio fiduciario *in favore di terzo*), senza, tuttavia, poter uscire, per forza di cose, ad ottenere una tutela soddisfacente, essendo questa legata, esclusivamente, all'emersione dell'accordo fiduciario, vale a dire alla possibilità di trascriverlo e di produrre, dunque, quell'effetto di opponibilità che abbiamo già esaminato poc'anzi¹⁷⁸.

formalizzano incarichi o assunzione di obblighi aventi ad oggetto attività su beni immobili non è alcun modo possibile parlare nel nostro sistema di «affidamenti fiduciari non verbalizzati» (M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 216), vale a dire, in termini di diritto privato italiano, di accordi fiduciari non formali produttivi di effetti analoghi a quelli formali. È evidente che l'esponente di un comitato che si intesta un immobile acquistato con i fondi raccolti si espone ad azioni volte a far valere l'illiceità del suo comportamento che solo atti scritti (compresa esplicita delibera di incarico del comitato) potrebbero smentire. Andare verso l'opposta direzione significa cadere negli stessi, già segnalati, errori di altri autori che, in modo inaccorto, tentano di far coincidere il nostro sistema con quello inglese fondato sull'*Equity*: v. *supra* Cap. II, nota 110. Il discorso cambia, in parte, ove oggetto di accordo fiduciario siano beni mobili: v. *infra*.

¹⁷⁵ V. Cass. 18 ottobre 1991 n. 11025, cit., *supra* Cap. II, nota 109.

¹⁷⁶ Cfr. *supra* Cap. II, par. 3 e cfr. Cass. 2 aprile 2009, n. 8024, cit. e Trib. Milano, 29 giugno 2005, cit., secondo cui la fiducia è un patto, rilevante solo tra le parti (nella specie, marito e moglie), in base al quale il fiduciante attribuisce al fiduciario una situazione di signoria (proprietà) su una cosa, superiore a quella che realmente vuole attribuirgli (che può consistere in un diritto di garanzia, una detenzione, un possesso, o, come nel caso di specie, un uso per soddisfare bisogni familiari), cui corrisponde un patto di gestione, nell'interesse del fiduciante o di un terzo, che si sostanzia in un mandato.

¹⁷⁷ Cfr. Cap. II, note 109, 110.

¹⁷⁸ Già nel Cap. II, par. 3, 5, si è posto in luce come *non* sia la trascrizione in sé a rendere opponibili gli effetti di destinazione derivanti dal negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili: esso, al pari di qualsiasi altro negozio è opponibile *erga omnes* solo che la mancata trascrizione lo espone alla soccombenza rispetto agli atti confliggenti trascritti.

E proprio questa possibilità di trascrizione (da cui consegue il superamento della concezione *esclusivamente* “segreta”, nel senso di *non trascrivibile*, dell'accordo fiduciario e/o del mandato) è oggi innegabile a seguito dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. (il quale, tra l'altro, conduce, ragionevolmente, verso una concezione dell'atto di destinazione quale fattispecie negoziale unitaria, idonea a fondare effetti traslativi e destinatari).

Appare evidente, infatti, che la previsione esplicita di *trascrivibilità* dell'accordo (*alias* ‘pactum fiduciae’ anche con se stessi) di destinazione del bene immobile alla realizzazione di un programma preciso, fa sì che la mancata trascrizione del medesimo sia frutto di una *scelta* dell'autore dell'atto (fiduciante) che per ragioni sue proprie, fondate, ad esempio, su particolari rapporti di parentela ed amicizia con il fiduciario, decide di

In altre parole, per gli atti di destinazione immobiliari non trascritti (e tale è anche il mandato/negozio fiduciario ad alienare un bene del mandante/fiduciante) la regola della prevalenza del vincolo e delle posizioni giuridiche dei soggetti interessati alla sua attuazione (mandante/fiduciario ed eventuali beneficiari), è quella generale della *data certa anteriore* (ai sensi dell'art. 2704 c.c.). La tutela del disponente ovvero del terzo beneficiario nonché dello stesso fiduciario/mandatario rispetto ai suoi creditori è quella prevista negli artt. 1706, 1707 c.c. che contiene – come già detto *supra* Cap. II, par. 5 – una regola di prevalenza basata sulla data di trascrizione dell'atto di ritrasferimento del bene immobile ovvero della domanda volta ad ottenerlo e *non*, invece, sulla *data di trascrizione dell'atto di destinazione* con conseguente soccombenza del diritto del disponente ovvero del terzo beneficiario e dello stesso mandatario rispetto a tutti i diritti sul bene oggetto di destinazione, derivanti da atti trascritti nel periodo intercorrente tra la data dell'atto di destinazione/mandato/negozio fiduciario (non trascritto) e la data della trascrizione dell'atto di trasferimento del bene o della domanda volta ad ottenerlo. Del pari il mandatario/fiduciario, che sia titolare del bene immobile in base ad atto di destinazione non trascritto, non può opporre il vincolo ai creditori pignoranti che abbiano trascritto il pignoramento sul bene destinato. Ciò detto in astratto, va rilevato, però, che, come dimostra quanto si va analizzando nel testo, le sopra citate norme codicistiche in tema di mandato presuppongono, in realtà, un mandato ad acquistare beni immobili ma *non* un mandato ad alienare beni immobili di proprietà del mandante perché in questo caso, come appunto evidenziato nel testo, si ricade nell'ambito della simulazione/interposizione reale e dunque non sono applicabili le norme contenute negli articoli menzionati bensì le norme sulla simulazione che, infatti, vengono richiamate dalla giurisprudenza: v. le note seguenti.

non pubblicizzare il programma destinatorio (anzi di celarlo con la trascrizione di atti diversi¹⁷⁹), esponendosi così ai rischi conseguenti, e che consistono: a) nell'inopponibilità del vincolo di destinazione sul bene ai terzi (acquirenti o creditori) che sul bene medesimo vantano diritti derivanti da atti scritti di data certa anteriore ovvero da atti trascritti; b) nell'efficacia dell'atto *improprio* (cioè: non conforme ai fini di destinazione) stipulato dal gestore/fiduciario con il *terzo* acquirente (art. 1711, co. 1, c.c.)¹⁸⁰ e nella sola possibilità – anche questa tutta da verificare perché legata alla prova dell'accordo fiduciario – di ottenere una tutela meramente¹⁸¹ risarcitoria a carico del fiduciario abusante.

Per ciò che riguarda il terzo acquirente può dirsi che, una volta assolto l'onere di controllo dei registri immobiliari e verificata l'assenza di limiti alla legittimazione a disporre del soggetto con cui contrae in

¹⁷⁹ Ciò accade anche e soprattutto nei casi di fiducia c.d. statica (che si verificano spesso nelle relazioni tra parenti e amici: v. i casi citati da M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 214 e s.), in cui cioè *non* si verifica alcun trasferimento di beni in favore del soggetto che si auto-dichiara fiduciario nell'interesse di altri. Anche in questi casi va ribadito che la rilevanza giuridica dell'auto-dichiarazione, ove abbia ad oggetto beni immobili, è subordinata alla forma scritta (così, ci sembra, anche M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 218 ma v. oltre verso la fine del presente paragrafo), escludendosi così *ab origine* la possibilità di ammettere nel nostro sistema – sempre riguardo agli immobili – ipotesi di c.d. «affidamento non verbalizzato».

¹⁸⁰ Cfr. la recente Cass., 25 giugno 2008, n. 17334, in *Società*, 2008, p. 1476, che identifica correttamente l'ipotesi della fattispecie fiduciaria con patto fiduciario non trascritto nell'interposizione reale, la quale, comportando la proprietà in capo al fiduciario, determina la validità ed efficacia *inter partes* del trasferimento a terzi dei beni fiduciariamente intestati [nel caso di specie trattavasi di azioni ma quanto sostenuto dalla Corte vale anche in caso di immobili oggetto di accordo fiduciario non trascritto]. A ciò si aggiunge la possibilità di vedere aggredito con successo il bene oggetto dell'accordo fiduciario dai creditori personali del fiduciario ma ciò non perché non si siano verificati gli effetti di separazione ma perché tali effetti, derivando da un atto scritto ma *non trascritto*, non sono opponibili ai creditori che abbiano *trascritto* il pignoramento (art. 2915 c.c.).

¹⁸¹ L'esperibilità in concreto dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (cioè, di stipulare l'atto di ritrasferimento del bene immobile fiduciariamente intestato) appare, infatti, decisamente ristretta ove si tenga conto dei presupposti dell'azione così come esplicitati nell'art. 2932 c.c.

quanto a suo carico non risulta trascritto alcun vincolo di destinazione del bene immobile di cui, sempre dai registri, è titolare in forza di atto (es: di vendita o di donazione) trascritto, e di cui intende disporre, non può che vedere salvo il suo acquisto, sia esso a titolo oneroso ovvero gratuito, sia egli in buona o mala fede: le regole di tutela dell'*affidamento* dei soggetti coinvolti nella circolazione dei beni immobili impongono questa soluzione, non potendo incombere sul terzo un onere di verifica della corrispondenza dell'atto concluso con il fiduciario al programma di destinazione (accordo fiduciario/*pactum fiduciae*/mandato senza rappresentanza), essendo stato questo tenuto celato (*alias* non trascritto) per volontà del fiduciante e/o del fiduciario¹⁸².

La posizione del terzo acquirente del bene immobile oggetto di una destinazione *non trascritta* muta, però, del tutto ove a *non essere trascritto* sia anche l'atto di trasferimento del bene dal fiduciante/mandante al fiduciario/mandatario suo dante causa, e ciò perché, in questo caso, la scelta del fiduciante è ancora più radicale in quanto consiste nel *non sdoppiare* (negozio simulato e *pactum fiduciae*), e di optare, invece, per un negozio di destinazione *non trascritto*.

In questo caso il fiduciario non può opporre il proprio diritto di proprietà sul bene a chi risulta vantare diritti confliggenti sul medesimo bene, derivanti da atti trascritti e dunque il terzo acquirente dal fiduciario in base ad atto di destinazione non trascritto è esposto a rischi di soccombenza molto ampio dato che, in mancanza di trascrizione dell'atto di destinazione, non solo non gli è possibile verificare la conformità alla destinazione dell'atto da lui concluso con il fiduciario ma gli è, altresì, precluso opporre ai terzi, che vantano diritti confliggenti in base ad atti trascritti, la titolarità dei diritti sul bene come affermata dal fiduciario, suo dante causa.

¹⁸² Ribadiamo, dunque, qui le osservazioni critiche già rivolte ad autori (compreso M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 216) che auspicano l'applicazione in Italia di soluzioni proprie di ordinamenti di *common law* e che prevedono il riconoscimento di fattispecie c.d. di *resulting trust* con riguardo agli accordi fiduciari orali relativi ad immobili in quanto ciò contraddice con i principi generali del nostro sistema in materia di circolazione immobiliare: v. *supra* Cap. II, note 110, 112.

In altri termini, la *mancata* trascrizione del negozio con cui il bene immobile viene *destinato* a certi fini nonché (contestualmente) *trasferito al soggetto incaricato di attuare il programma destinatorio* (es.: mandato a vendere un bene immobile), espone i terzi acquirenti del medesimo che hanno contrattato con il fiduciario, ad un rischio di soccombenza molto ampio. Infatti: il terzo che acquista un bene *immobile* da un soggetto che ne risulta titolare in qualità fiduciario/mandatario¹⁸³ in base ad atto di data certa *non trascritto* si assume il rischio della soccombenza del suo diritto dinanzi a quello di chiunque vanti sul bene un diritto avente titolo in atto trascritto e, in particolare, soccombe dinnanzi al mandante/disponente che abbia trascritto contro il fiduciario/mandatario l'atto di ritrasferimento del bene ovvero la domanda volta ad ottenerlo ovvero, ancora, che ne abbia disposto in favore di altri con atto trascritto¹⁸⁴.

¹⁸³ La giurisprudenza oscilla sempre tra negozio fiduciario e mandato senza rappresentanza, mostrando di non avere chiaro, una volta per tutte, che le fattispecie sono assolutamente sovrapponibili come già detto *supra* Cap. II e Trib. Milano 29 giugno 2005, cit., *supra* Cap. II, nota 229. V. infatti le contraddizioni in cui cade ancora agli inizi degli anni '90, Cass., 3 maggio 1993, n. 5113, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 206, nella cui massima si legge che il patto con il quale si conviene che uno dei contraenti acquisti un fondo in proprietà comune e trasferisca agli altri contraenti la quota ad essi rispettivamente spettante non può essere qualificato come negozio fiduciario di tipo traslativo, che è stipulato tra l'alienante e l'acquirente in vista di uno scopo pratico ulteriore rispetto a quello proprio della alienazione, né come una situazione di c.d. fiducia di tipo statico, che si innesta in una situazione giuridica preesistente in testa alla persona che, con il *pactum fiduciae*, accetta di dirottarla dal suo naturale esito, ma deve essere ricondotto alla figura giuridica del mandato senza rappresentanza ed, avendo per oggetto un bene immobile, deve essere stipulato per iscritto.

¹⁸⁴ Il terzo acquirente soccombe anche dinnanzi a diritti confliggenti acquistati da terzi in forza di atti trascritti anteriormente a quelli sopra menzionati e che possono essere conclusi sia con il fiduciante sia con il fiduciario; del pari si assume il rischio della non conformità dell'atto di alienazione in suo favore alla destinazione, potendo essere trascritto un atto avente ad oggetto i medesimi beni ma con fine di destinazione diverso; si assume il rischio, della mancanza di legittimazione a disporre sull'immobile da parte del fiduciario/mandatario-alienante ove non proceda a verificare: a) il contenuto dell'atto da cui la legittimazione deriva (e, quindi, il contenuto del *fine* di destinazione), b) l'inesi-

Ove soccombente, il *terzo* acquirente *non ha neppure diritto ad un risarcimento del danno* per aver confidato sull'efficacia del contratto concluso con il fiduciario/mandatario/titolare del diritto sull'immobile in base ad atto di destinazione *non* trascritto, in quanto trattasi di *affidamento colpevole*: tale è infatti l'ignoranza delle regole sulla legittimazione a disporre e sulla prevalenza degli atti trascritti. Ciò vale anche qualora da parte del fiduciario/mandatario, tale in base ad atto di destinazione scritto ma *non trascritto* (*alias* contratto di mandato/negozio fiduciario non trascritto), vi sia stata *manifestazione* della sua qualità di fiduciario ovvero *menzione* del vincolo di destinazione nell'atto dispositivo di bene immobile.

Tali manifestazioni non alterano, infatti, il funzionamento delle suddette regole di circolazione del bene immobile nel nostro sistema, basate sulla legittimazione a disporre mediante consenso e sulla *prevalenza* della trascrizione, e possono, al limite, incidere sulle posizioni di buona o mala fede dei soggetti coinvolti negli atti compiuti, ai fini di eventuali obblighi risarcitori reciproci *ex artt. 1337 ovvero 1338 c.c.*, interpretato in modo da ricomprendere anche l'ipotesi dell'inefficacia dell'atto¹⁸⁵.

Si vede, dunque, come la trascrivibilità della destinazione *immobiliare* di fonte negoziale, oggi ammessa espressamente dall'art. 2645-ter c.c., conduca alla trascrizione degli atti di destinazione immobiliare, e, per ciò stesso, elimini alla base queste situazioni di ambiguità e di pericolo per il terzo acquirente dal gestore/trustee, consentendo di rendere noto il pro-

stenza di atti confliggenti con tale legittimazione, aventi data certa anteriore, c) l'inesistenza di atti confliggenti trascritti, anche con data posteriore.

¹⁸⁵ Né, in questa ipotesi di mancata trascrizione dell'atto di destinazione (e quindi di mancata trascrizione del trasferimento del bene in capo al fiduciario/gestore/trustee) è possibile applicare in via analogica le norme sulla rappresentanza volontaria, restando esclusa da parte del fiduciante o dei beneficiari qualsiasi possibilità di ratifica dell'atto legittimo ovvero illegittimo del trustee/gestore/fiduciario. La soccombente dell'atto di destinazione non trascritto di fronte ad atto trascritto da cui derivano diritti confliggenti, travolge, infatti, tutti gli atti che lo presuppongono (arg. *ex art. 2644 c.c.*). Forse, potrebbe pensarsi all'applicazione in favore del terzo acquirente soccombente di rimedi equitativi in senso di *civil law*, come, ad esempio, l'*exceptio doli generalis* (v. anche *supra* Cap. II, nota 110) ma lo spunto meriterebbe ulteriori riflessioni: v. anche *infra*.

gramma di destinazione che coinvolge beni immobili e, dunque, di individuare chiaramente i limiti della legittimazione a disporre di colui che, in base ai registri immobiliari, risulta, sì, titolare del bene ma per conto di altri e/o per realizzare esclusivamente certi fini. Va, comunque, ribadito che la *possibilità* di trascrivere resta tale e dunque per i privati resta aperta l'opzione per il negozio fiduciario/atto di destinazione scritto ma non trascritto (c.d. fiducia "segreta") con le conseguenze appena esaminate sul piano della tutela dei soggetti coinvolti.

È indubbio, tuttavia, che per la destinazione immobiliare la via della trascrizione sia ora quella maestra, seppure non si teme di sbagliare affermando che continueranno a rimanere frequenti i casi di patto fiduciario/mandato *non trascritto* per le ragioni personalissime che legano i soggetti coinvolti nella fattispecie concreta. Ciò che conta sottolineare è che la mancata trascrizione non muta la fattispecie da destinataria in qualcos'altro né la rende invalida o inefficace (v. *supra* Cap. II, par. 3, 5). In altri termini, l'atto di destinazione è tale anche se non è trascritto e denominarlo negozio fiduciario e/o mandato ha una valenza solo *convenzionale* come, del resto, è convenzionale l'uso del termine 'trust'/atto di destinazione per indicare fattispecie destinatorie "palesi", vale a dire generalmente trascritte (se hanno ad oggetto immobili) o comunque aventi una *data certa* e una forma scritta, se hanno ad oggetto mobili.

Passando, infatti, all'analisi dei trust/atti di destinazione aventi ad oggetto beni *mobili non registrati*¹⁸⁶ ed, in particolare, *denaro*¹⁸⁷, sempre

¹⁸⁶ M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 249, nel tentativo di definire l'ambito oggettivo dei «negozi di affidamento fiduciario» [per noi: trust interni/atti di destinazione], scrive che «avendo riguardo all'esperienza dei *trust* interni», la maggioranza hanno ad oggetto beni mobili (denaro, in particolare) e frequenti sono altresì i *trust* immobiliari che comprendono anche disponibilità finanziarie, fornite dal disponente o provenienti da alienazioni compiute dal trustee o tramite le quali il trustee compie acquisti e provvede alle attività gestorie. Vale la pena notare come l'a. anche in questo caso faccia riferimento alla prassi dei *trust* interni per delineare l'ambito oggettivo del *negozio di affidamento fiduciario*, rivelando – ove si fosse ancora in dubbio sul punto – che trattasi di fattispecie coincidenti [se non fosse per la clausola della legge straniera applicabile!].

¹⁸⁷ Che in diritto italiano può senz'altro costituire oggetto di destinazione come

nella prospettiva di analisi qui assunta, cioè quella che ha riguardo all'affidamento del terzo acquirente di bene mobile non registrato dal trustee/gestore, può dirsi, in primo luogo, procedendo gradualmente nella lettura dei dati normativi vigenti nel nostro sistema, che il diritto sul bene mobile *destinato* acquistato dal terzo *possessore di buona fede* (cioè che ignora di ledere altrui diritti) è salvo e prevale pure su quello del disponente/ settlor e/o dei beneficiari e ciò *anche* qualora il trust/atto di destinazione mobiliare abbia *data certa* e l'atto compiuto dal trustee/gestore sia *improprio*, cioè non conforme alla destinazione (cfr. l'art. 1706, co. 1, c.c.).

Se, invece, il terzo acquirente *non è possessore*, ciò che conta ai fini della salvezza del suo acquisto, è che l'atto di destinazione, quale titolo in cui ha fonte il diritto (di proprietà) sul bene da parte del gestore/trustee suo dante causa, abbia una *data certa* perché ciò consente al trustee/gestore di opporre la destinazione dei beni mobili ai suoi creditori personali pignoranti, facendo salvo l'acquisto del terzo anche se quest'ultimo non ne è divenuto possessore prima del pignoramento, purché, però, in tal caso, l'atto di acquisto sia *conforme* alla destinazione (artt. 2914, co. 1, n. 4; 2915, co. 1, c.c.) e sempre che il disponente (e/o i beneficiari) non abbiano «rivendicato» i beni mobili (cfr. l'art. 1706, co. 1, c.c.). Infatti anche in caso di *mobili* (fungibili: denaro prima di tutto) il terzo si assume il rischio della mancanza di legittimazione a disporre del bene mobile da parte dell'alienante [gestore/trustee] ove non proceda a verificare il contenuto dell'atto da cui la legittimazione deriva, cioè a dire il contenuto del *fine* di destinazione, la quale, appunto, deve essere verificabile nei contenuti ed avere *data certa*.

La *data certa* (ai sensi dell'art. 2704 c.c.) dell'atto di destinazione garantisce anche il disponente/settlor e (l'eventuale) beneficiario (*in fa-*

rivela il riferimento ai «frutti» [civili oltre che naturali] contenuto sia nelle norme sul fondo patrimoniale sia nell'art. 2645-ter c.c. Ma è la stessa configurazione della destinazione come programma gestorio che implica disposizione dei beni destinati e *surrogazione* del vincolo sui beni acquistati con il loro scambio o con la loro alienazione ad implicare, per forza di cose, la possibilità per i mobili di essere oggetto di trust.

vore)¹⁸⁸ dai creditori del trustee/gestore e dai *terzi* acquirenti che *non* siano possessori di buona fede (artt. 1707, 2914, co. 1, n. 4, 2915, co. 1, c.c.) ovvero abbiano concluso con il trustee/gestore atti *non* conformi alla *destinazione di cui sia provata la data certa*, e che, dunque, risulterebbero *ineffiaci* perché conclusi da non legittimato a disporre (art. 1376 c.c., 1711, co. 1, c.c., che sancendo l'inefficacia verso il mandante dell'atto che esorbita il mandato fissa già il principio meglio espresso nell'art. 2645-ter c.c., secondo cui i beni destinati e i loro frutti sono utilizzabili solo per i fini della destinazione).

Ne consegue, ci sembra, che molto rilevante nel nostro sistema giuridico ai fini dell'operatività delle regole di opponibilità *erga omnes* della destinazione *mobiliare* sia la *data certa* dell'atto di destinazione, e ciò *prima ancora* della *manifestazione* della qualità di trustee/gestore (che in molti casi è *in re ipsa* per previsione stessa del legislatore¹⁸⁹) e della *menzione* nell'atto posto in essere dal trustee/gestore, dell'esistenza del vincolo sul bene di cui si dispone¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Il beneficiario è colui in favore del quale è stata posta in essere la destinazione e in questa qualità di *terzo in favore* è, appunto, come già detto, un creditore.

¹⁸⁹ Previsione che, in alcuni casi, giunge ad escludere la necessità dell'atto di data certa anteriore ai fini dell'opponibilità della destinazione e/o dell'impedimento della *confusione* dei patrimoni: cfr. gli esempi addotti da M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 251: il contratto estimatorio (cfr. art. 1558 c.c.) in riferimento al quale l'a. cita N. VISALLI, *Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario*, Milano, 1974, cap. IV, che lo qualifica «negozio fiduciario tipico»; per l'apertura dei conti dell'agente di assicurazioni sui cui confluiscono somme non confuse nel suo patrimonio (art. 117 codice delle assicurazioni private); del pari per i vincoli sugli strumenti finanziari è sufficiente procedere alle registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario ed, anzi, possono essere accesi specifici conti destinati alla costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari (art. 34 d. lgs. n. 213/1998).

¹⁹⁰ Elementi entrambi su cui insiste M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 252 e s., contraddicendo, così, quanto da lui stesso detto riguardo alla possibilità di affidamenti fiduciari non verbalizzati aventi fonte in comportamenti conformi o, addirittura, in mere intestazioni di beni là dove manchino altre cause giustificatrici dell'intestazione medesima (pp. 215, 216). Ma sull'inammissibilità di «affidamenti fiduciari» di tal genere nel nostro sistema perché privi dei requisiti minimi di opponibilità (se non di validità) v. quanto già detto *supra* par. 1 e inizio presente paragrafo ed oltre nel testo e nelle note.

In ragione di ciò, appare ragionevole sostenere che: come per gli atti di destinazione *immobiliare* è richiesta (non a pena di nullità ma soltanto) ai fini della trascrivibilità la forma dell'atto pubblico con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano dell'opponibilità e della prevalenza dell'atto trascritto, così per gli atti di destinazione *mobiliare* è opportuno¹⁹¹ adottare la *forma scritta* (non a pena di nullità¹⁹² *ma*) al fine di più facilmente integrare e dunque provare (il requisito di opponibilità de) la *data certa*, richiesti dai più volte menzionati artt. 1706, 1707, 2914 e 2915 c.c.. Essi identificano, appunto, nella *data certa* il presupposto necessario, sebbene a volte non sufficiente¹⁹³, della fattispecie di opponibilità¹⁹⁴ della destinazione¹⁹⁵ impressa ai beni mobili non registrati.

¹⁹¹ In ogni caso, è bene sottolinearlo, la mancanza della forma scritta produce soltanto una maggiore difficoltà di prova della *data certa* ma non impedisce, in linea di principio, l'opponibilità della destinazione impressa su beni mobili (compreso il denaro) da parte del possessore ai suoi creditori e a terzi aventi causa, dato che in diritto italiano la destinazione mobiliare può essere provata secondo le regole ordinarie della prova dei fatti giuridici: così già M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 252.

¹⁹² Possono, tuttavia, sussistere delle eccezioni espressamente previste: infatti è da ritenersi che nel nostro sistema la costituzione di atti di destinazione mobiliare per fini liquidatori (cioè per soddisfare i creditori del disponente) debba essere fatta per iscritto sotto pena di nullità (arg. ex art. 1978 c.c.).

¹⁹³ Si veda, infatti, l'art. 1706, co. 1, c.c., che, indipendentemente dalla *data certa*, fa prevalere rispetto al mandante (e dunque ad eventuali beneficiari in favore) il terzo acquirente di cose mobili dal mandatario che abbia agito in nome proprio, purchè il terzo sia possessore di buona fede in base a titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà

¹⁹⁴ In tal senso, condivisibilmente, già M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 248 e s., che, più in generale, esclude che l'atto di destinazione debba essere fatto per atto pubblico a pena di nullità ma prevede la forma scritta quale forma necessaria in caso di destinazione immobiliare ai sensi dell'art. 1350 c.c., ed opportuna in caso di destinazione mobiliare per realizzare la *data certa*.

¹⁹⁵ O, meglio (per usare l'espressione contenuta nell'art. 2915 c.c.) sottoposizione a «vincolo di indisponibilità». Espressione il cui significato di «non poter liberamente disporre» chiarisce bene M. LUPOI, *op. ult. cit.*, p. 250, leggendola in combinato disposto con l'art. 2645-ter c.c., che impone di impiegare frutti e beni solo per la realizzazione del fine di destinazione.

Le suddette previsioni normative (cui aggiungiamo gli artt. 699, 1558, 1782, 1814, 1980 per restare nel recinto del codice; l'art. 103 l. f. o le regole sul mutuo c.d. di scopo per uscire fuori dal suddetto recinto) depongono – a nostro avviso: inequivocabilmente – per l'ammissibilità nel nostro sistema della *opponibilità* (ai terzi aventi causa ed ai creditori del titolare dei beni, vale a dire del gestore/trustee) della destinazione impressa (da un altro soggetto ovvero dal titolare stesso nel caso di destinazione auto-dichiarata), a *beni mobili* non registrati, anche fungibili e, in particolare, al *denaro*, purché ne sia provata la *data certa*, conducendo, altresì, a ritenere che anche rispetto ai beni mobili (come rispetto agli immobili) sia possibile essere titolari di un diritto di «proprietà nell'interesse altrui»¹⁹⁶, ponendo in essere un atto di autonomia privata purché meritevole di tutela (art. 1322 c.c.). Tale atto, è bene sottolinearlo, non è, in generale, soggetto nel nostro ordinamento a particolari oneri formali né è inquadrabile nella categoria degli atti reali, cioè perfetti con la *consegna* della cosa (arg. ex art. 2914, co. 1, n. 4, c.c.). Ciò significa che la destinazione mobiliare è realizzabile a mezzo di un atto consensuale a forma libera e che diviene opponibile *erga omnes* (terzi creditori e aventi causa) se presenta il requisito della *data certa* anteriore agli atti (pignoramento compreso) da cui derivano diritti sui beni (destinati) in favore di soggetti diversi.

Dai dati normativi esaminati può dedursi che, nel nostro sistema, non esistono limiti di ammissibilità alla destinazione mobiliare di fonte negoziale e che l'atteggiamento prudenziale, per non dire ostativo, a tale

¹⁹⁶ Evitando, così, che i beni mobili si confondano in senso economico-giuridico con il patrimonio del titolare, che non ne è arricchito e la cui legittimazione a disporre è limitata dall'atto di destinazione (così anche M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 236 e s., e 252 e *ivi* nota 513). In altre parole: il trustee/gestore diviene, sì, proprietario dei beni fungibili (es.: somme di denaro) destinati, e può anche disporre, proprio in quanto tale, ma resta ed è opponibile a terzi la sua obbligazione di restituirne il *tantundem eiusdem generis* (art. 1782 c.c.) ovvero la sua obbligazione di trasferirli a terzi beneficiari indicati dal disponente perché essa è il contenuto della destinazione impressa ai beni: egli, cioè, non include i beni nel suo patrimonio ai sensi della responsabilità ex art. 2740 c.c.

ammissibilità¹⁹⁷ non appare persuasivo perché ancorato ad una visione complessiva della destinazione negoziale come fattispecie a rilevanza limitata, vale a dire subordinata (nel senso, quindi, di attribuire valore costitutivo) a forme pubblicitarie concepite come legate a registri di pubblica consultazione. Ma tale, impostazione, oltre ad essere contraria all'evidenza del dato empirico che vede proliferare destinazioni mobiliari ovvero miste (immobiliari e mobiliari)¹⁹⁸ e che si articola principalmente in destinazioni dinamiche contemplanti fenomeni di surrogazione reale¹⁹⁹, è, soprattutto, in contrasto con le norme vigenti che, secondo la ricostruzione qui proposta, prevedono già per la destinazione immobiliare una pubblicità meramente dichiarativa («ordinaria»²⁰⁰) e, dunque, a

¹⁹⁷ Cfr. M. BIANCA, *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, in AA.VV., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p. 108, dove scrive che per gli atti di destinazione, data la loro idoneità a produrre effetti rilevanti nei confronti dei terzi, il limite della conferibilità [cioè: dell'oggetto della destinazione] va individuato in beni per i quali sia previsto un adeguato regime pubblicitario, come accade per esempio per le partecipazioni societarie e le quote di srl: «la pubblicità del vincolo, insieme alla realizzazione di un interesse meritevole, rappresentino gli elementi imprescindibili affinché una destinazione possa incidere sulla posizione dei terzi, siano essi creditori o acquirenti dei beni destinati».

¹⁹⁸ Trib. Genova, 1° aprile 2008, in *TAF*, 2008, p. 392: «Può essere omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi per mezzo del quale beni immobili in proprietà fra i coniugi, un bene immobile di proprietà esclusiva del marito e altri beni mobili [corsivo nostro] vengono trasferiti in un trust in favore dei figli dei coniugi, del quale è trustee la moglie, sottoposto alla condizione sospensiva dell'omologazione del verbale di separazione». Aggiungiamo che nelle forme miste il requisito della data certa è necessariamente integrato perché per l'atto di destinazione è adottata, generalmente, la forma non solo scritta ma dell'atto pubblico.

¹⁹⁹ Ammettere l'operare del meccanismo della surrogazione nell'ambito della destinazione dinamica significa implicitamente ammettere la destinazione avente ad oggetto beni mobili. Il meccanismo surrogatorio, inoltre, si configura come strumento di tutela per il disponente e i beneficiari perché il trustee rimane tale anche sul ricavato ottenuto dall'alienazione impropria di beni in trust: il vincolo del trust di trasferisce sulla somma ricavata dal trustee. Trattasi di meccanismo intrinseco alla destinazione dinamica (cfr. M. LUPOLI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 8).

²⁰⁰ Come dice U. LA PORTA (cit. *supra* Cap. II, nota 231) e che presuppone la rile-

maggior ragione per la destinazione mobiliare non richiedono alcuna particolare forma né alcuna particolare pubblicità ai fini dell'incidenza nella sfera giuridica dei terzi (creditori ed aventi causa), se non, come già detto, la prova del requisito della *data certa* della destinazione impressa ai beni mobili (denaro compreso).

Il fatto che la prassi, in particolare dei 'trust interni', si sia da tempo orientata verso la *manifestazione* della destinazione (in tutte le sue possibili forme (dichiarazione della qualità di trustee; denominazione del trust ecc.) con riguardo ai beni mobili²⁰¹, attesta, semplicemente, come si tenda a facilitare la *prova*²⁰² stessa dell'atto di destinazione di beni mobili *oltre che* della sua data certa e del suo contenuto, redigendolo per iscritto (senza che nelle norme codicistiche vi sia alcun onere in tal senso se non per determinate ipotesi²⁰³), separando materialmente i beni mobili me-

vanza *erga omnes* e l'incidenza nei confronti dei terzi della destinazione patrimoniale immobiliare di fonte negoziale, e si pone, rispetto ad essa, nello stesso modo in cui si pone la trascrizione rispetto ad un negozio di vendita o di altra fattispecie considerata trascrivibile.

²⁰¹ M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 253, incita a menzionare la destinazione nei conti correnti bancari aperti per eseguire il programma destinatorio, ad acquistare i beni mobili non registrati, dichiarando espressamente la qualità di *trustee* e ad indicare la medesima intestazione nelle fatture; la medesima menzione della destinazione [che l'a. definisce «denominazione dell'affidamento»] va fatta nell'etichetta dei quadri e negli *ex libris* dei libri; anche le formalità nel registro delle imprese e le iscrizioni nei libri dei soci devono essere accompagnate dalla menzione della destinazione così come ogni contratto stipulato dall'«affidatario fiduciario» [*alias trustee/gestore*].

²⁰² Ben orientata appare Cass., 6 maggio 2005, n. 9402, in *Rep. Foro it.*, voce *Società*, n. 1076: «chi rivendica la titolarità di quote sociali e di un conto corrente bancario, deducendo la natura meramente fiduciaria della loro formale intestazione ad altro soggetto (nella specie, si trattava del coniuge che, quanto alle partecipazioni ad una srl trasferitegli da un terzo, doveva ritenersi legittimato, in virtù dell'annotazione nel libro dei soci, ad esercitare i diritti inerenti allo status di socio, mentre, quanto al conto corrente, aveva stipulato con la banca il relativo contratto), deve dimostrare l'esistenza e il contenuto del negozio interno in base al quale le parti dell'asserito *pactum fiduciae* avrebbero regolato i loro rapporti, stabilendo gli obblighi posti a carico del fiduciario nei confronti del fiduciante».

²⁰³ Si allude, ad esempio, ai patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex art. 2447-bis ss. c.c.* ma – come già detto – in questo caso la disciplina è più restrittiva ed impone

dianche la costituzione di depositi e conti correnti bancari intestati al trustee, manifestando la qualità di trustee/gestore negli atti aventi ad oggetto i beni mobili destinati, documentando in appositi registri l'acquisizione di beni mobili come beni destinati²⁰⁴.

Tutto ciò agevola, senz'altro, l'individuazione, anche in senso tecnico (art. 1378 c.c.), dei beni destinati nonché la prova della data certa della loro destinazione, il contenuto della medesima e, quindi, la sua opponibilità ai terzi (in primo luogo, ai creditori personali del trustee/gestore). Ne risulta, di conseguenza, facilitata la tutela del diritto di credito del disponente e degli eventuali beneficiari²⁰⁵ nonché dei terzi aventi causa dal

oneri di forma e di pubblicità perché vi sono interessi *altri* (quelli dei soci) da tutelare. La regola generale, invece, è necessariamente più ampia non prevedendo alcun onere formale a pena di nullità per la destinazione mobiliare.

²⁰⁴ L'uso di questi registri (c.d. libri giornale), in cui vengono annotate le operazioni compiute dal trustee/gestore e i beni mobili (anche solo denaro) da lui acquisito per i fini della destinazione è imposto generalmente anche nell'atto istitutivo di trust ed ampiamente diffuso nella prassi dei *trust* interni.

²⁰⁵ La dottrina incita, con riguardo al denaro, a creare degli appositi conti e/o depositi bancari con il nome del trust, a tracciare i movimenti finanziari e a manifestare il trust in ogni eventuale occorrenza: cfr. sul punto M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 252; M. BIANCA, *Gli atti di destinazione patrimoniale*, Lectio Eccellente, Scuola delle Professioni Legali dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 15 maggio 2009, là dove scrive che riguardo «al denaro il problema è quello di individuare il bene soggetto a vincolo, stante la naturale fungibilità del denaro. Qui potrebbe applicarsi una prassi propria dell'ordinamento tedesco, ossia di creare dei conti fiduciari, cioè conti accesi in favore di un soggetto che viene nominato fiduciario ma, cosa ancora più importante, per uno scopo ben preciso. Così si otterrebbe il risultato di separare materialmente il denaro dal resto del patrimonio e da detta separazione materiale si potrebbe poi realizzare anche l'effetto della separazione in senso giuridico. L'altra modalità per realizzare detto risultato potrebbe essere quella di incanalare gli altri beni mobili in titoli di credito soggetti a regimi pubblicitari». Da parte nostra rileviamo che la prassi dei depositi bancari denominati e dei conti correnti denominati soccorre senz'altro l'individuazione dei beni destinati (o, meglio, del denaro destinato) e la *prova* della destinazione mobiliare ma non è condizione di sussistenza sul piano giuridico della destinazione medesima, la quale, come si è cercato di evidenziare nel testo, rientra tra gli atti di esercizio dell'autonomia privata a forma libera e mediante il consenso legittimamente manifestato.

trustee/gestore *nella qualità*, ma trattasti pur sempre di prassi invalse che non costituiscono – è bene ribadirlo – condizione di validità ed efficacia, della destinazione mobiliare di fonte negoziale, la quale, allo stato, è pienamente riconosciuta e disciplinata nel nostro ordinamento come destinazione realizzabile mediante atto consensuale, di regola, a forma libera e non pubblicizzato, come accade, d'altra parte, per *tutte* le operazioni negoziali aventi ad *oggetto mobili non registrati* (v. anche *infra* par. 4).

In conclusione, nel tessuto normativo vigente (ben prima dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. che ha acceso la riflessione sul tema²⁰⁶), non si rinvergono ostacoli all'operatività delle destinazioni mobiliari di fonte negoziale nel nostro sistema²⁰⁷ che, dunque, risulta per-

²⁰⁶ Ma che ha anche “depistato l'indagine” nel senso di indurre a ragionare, riguardo alla destinazione mobiliare in termini di applicazione analogica o estensiva dell'art. 2645-ter c.c. ma un tale modo di ragionare sorge, per così dire, dall'equivoco concettuale relativo all'inammissibilità nel nostro ordinamento della destinazione mobiliare di fonte negoziale che, invece, è sempre stata ammessa (quantomeno facendo riferimento al codice del 1942) e vieppiù regolata, solo che le norme regolatrici di questa fattispecie sono state finora lette in modo diverso ovvero restrittivo o, addirittura, ignorate, preferendo lasciarsi sedurre da norme e principi di ordinamenti stranieri che con maggior energia ed interesse sono state studiate ed analizzate (a tal punto da ingenerare rigetto in alcuni). Questa scoperta del diritto straniero è certamente apprezzabile e va incoraggiata, salvo per la parte in cui ha indotto e induce a dimenticare gli strumenti che già si avevano e si hanno a disposizione nel nostro sistema e che quantomeno possono essere utilizzati congiuntamente a quelli di origine straniera, in una proficua interazione sul piano interpretativo degli uni e degli altri. V. anche nota seguente.

²⁰⁷ L'ammissibilità della destinazione mobiliare riguarda anche l'ambito testamentario e dunque la sfera *mortis causa* come attestano le norme contenute nell'art. 699 c.c., rubricato premi di nuzialità, opere di assistenza e simili e che ha ricevuto, a torto, ben poca attenzione da parte della dottrina italiana la quale lo ha (ri-)scoperto di recente (cfr. M. Nuzzo) proprio a seguito dell'imperversare del dibattito sull'ammissibilità della destinazione mobiliare di fonte negoziale. La norma richiederebbe un'analisi approfondita che si rinvia ad altra sede: essa, senz'altro, testimonia come la nostra dottrina, deviando verso forme di riflessione distanti dal dato normativo, possa a volte perderne di vista l'importanza e le enormi potenzialità. L'articolo menzionato è generalmente commentato frettolosamente nelle opere collettanee e ricostruito in termini di eccezionalità a vari principi (divieto di usufrutto successivo – art. 698, capacità a succedere per testamento –

corso da un principio generale di ammissibilità della destinazione patrimoniale segregativa²⁰⁸ di fonte negoziale avente ad oggetto sia *beni mobili* sia *beni immobili/mobili registrati*, la cui pubblicità, e dunque *opponibilità* ai terzi, è regolata per gli uni (i *mobili*) dalle norme generali già contenute negli artt. 1706, 1707, 2914, 2915 c.c. nonché negli artt. 1376 e 1153 c.c. (vale a dire sul principio della prevalenza dell'atto di data certa anteriore ovvero della regola del possesso vale titolo); per gli altri (gli *immobili*) dalle medesime norme eccezion fatta per l'art. 1153 c.c., il cui ruolo è svolto, invece, dall'art. 2645-ter c.c., quale norma generale che regola la prevalenza della destinazione immobiliare trascritta, ovvero dagli articoli che regolano *specificamente* alcune tipologie speciali di destinazione mobiliare e immobiliare (es.: artt. 2447-bis ss. c.c.²⁰⁹).

Né a questa impostazione²¹⁰ può obiettarsi la carenza nel nostro sistema di strumenti rimediali in favore dei terzi *creditori* del *disponente* una destinazione mobiliare, perché come – già detto – ai terzi creditori pignoranti è opponibile solo l'atto di destinazione mobiliare con *data certa anteriore al pignoramento*, e, in questo caso, ove cioè l'atto di destinazione con data certa gli fosse opposto, i creditori potrebbero comunque esperire un'*azione revocatoria* volta a farlo dichiarare inefficace nei loro confronti (art. 2901 c.c.). Per la destinazione mobiliare vale, infatti, tutto quanto sopra (Cap. II, par. 3) già detto (per la destinazione *tout court*) ri-

art. 462) che si ritengono operanti nel nostro sistema ma che, a bene vedere, non rappresentano le regole generali ma solo alcun delle regole possibili e che il rapporto di regola/eccezione può essere costruito in vario modo a seconda di cosa si tende ad enfatizzare.

²⁰⁸ Sempre M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 236, rileva, altresì, coerentemente, che appunto nel nostro sistema la *confusione* in senso giuridico dei beni mobili fungibili destinati, in particolare del denaro, non si realizza se non ai sensi dell'art. 1782 c.c., relativo al deposito irregolare, che prevede la titolarità del diritto di proprietà sui beni e la possibilità di servirsene ma solo per il perseguimento di una certa finalità.

²⁰⁹ Cfr. *supra* nota 203.

²¹⁰ Già ampiamente indagata dalla nostra dottrina (L. SALAMONE citato *supra* Cap. II), sebbene finora essa sia rimasta (ingiustamente) ai margini del dibattito tra civilisti sulla destinazione negoziale.

guardo alla tutela *successiva e non preventiva*²¹¹ dei creditori del disponente in sintonia con l'operatività nel nostro sistema del principio dell'autonomia privata²¹².

Anche ai terzi creditori del trustee/gestore è possibile opporre la destinazione di data certa anteriore (arg. *ex artt.* 1707, 2914 c.c.); grava, quindi, sul trustee/gestore provare che i beni mobili presenti nel suo patrimonio, da lui posseduti, siano tali *nell'interesse di altri* in forza di atto negoziale di destinazione con data certa anteriore al pignoramento. Assolvendo a questo onere probatorio, egli è legittimato ad agire in opposizione agli atti esecutivi (art. 617 c.p.c.); del pari, assolvendo allo stesso onere probatorio, non appare del tutto irragionevole ritenere che possano proporre opposizione di terzo all'esecuzione il disponente e i beneficiari nella loro qualità di titolari di diritto all'attuazione del programma destinatorio (arg. *ex art.* 2645-ter c.c.)²¹³.

²¹¹ Cfr. Trib. Bologna, decr., 2 marzo 2010, cit., che, sostanzialmente, identifica proprio nel trust uno strumento di tutela preventiva degli interessi dei creditori fallimentari! V. anche *infra* nota 228.

²¹² I problemi si incentrano, piuttosto, sull'individuazione dei soggetti legittimati passivi e sull'oggetto dell'azione revocatoria esperita dai creditori del disponente ovvero dell'azione di riduzione proposta dai legittimari eventualmente lesi dall'atto di destinazione: sul punto si rinvia a quanto da noi già detto in *La liberalità*, I, cit., Cap. IV, Sez. I, par. 2, nel testo e nota 40. A ciò si aggiunga l'ulteriore problema prodotto a carico del creditore del trust dall'eventuale accoglimento dell'azione revocatoria o di riduzione del trust medesimo. È ragionevole ritenere che trovi applicazione la regola contenuta nell'art. 2901, ult. co, c.c. sulla salvezza dei diritti del terzo acquistati a titolo oneroso subordinatamente alla priorità della trascrizione delle azioni suddette. Aggiungiamo, altresì, che nulla vieta al legislatore di alterare il sistema, introducendo la possibilità di una tutela preventiva del credito con un'azione generale la quale andrebbe a sostituirsi, più che a sovrapporsi, all'azione revocatoria ma ciò necessita di un'esplicita previsione. Tale potrebbe essere ritenuta, ad esempio, la norma contenuta nell'art. 563, ult. co., c.c., che stabilisce in favore dei legittimari la possibilità di trascrivere un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. Si potrebbe immaginare di estendere (sul piano interpretativo?) questa previsione agli atti di destinazione; in termini analoghi ci si potrebbe esprimere avendo riguardo alla disciplina del patto di famiglia (artt. 768-bis - 768-octies c.c.) ma il discorso merita di essere approfondito in altra sede cui, dunque, rinviamo.

²¹³ Questa conclusione è coerente con la qui proposta configurazione in termini

Ai terzi *aveni causa* dal *disponente/settlor* è opponibile solo l'atto di destinazione di data certa ma ove essi siano possessori di buona fede prevalgono comunque. Anche per gli *aveni causa* dal *trustee/gestore* vale la regola del possesso vale titolo (arg. ex art. 1706, co. 1, c.c.) che li fa prevalere sul disponente e sui beneficiari, indipendentemente dalla conformità a destinazione dell'atto posto in essere dal gestore/trustee.

Nel caso di mancata operatività della regola possesso vale titolo, i terzi *aveni causa* dal *trustee/gestore* sono comunque tutelati rispetto all'atto improprio del trustee/gestore: l'atto 'esorbitante il mandato'²¹⁴

creditori della posizione del disponente e del terzo beneficiario (v. *supra*) ma contrasta con la lettera dell'art. 619 c.p.c. che attribuisce la legittimazione attiva all'opposizione *solo* al terzo che pretende di avere la proprietà o altro diritto reale sui beni pignorati. In ragione di ciò M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 253, subordina, come già detto *supra* nota 117, le opposizioni di terzo alle esecuzioni, alla titolarità in capo al terzo (beneficiario del trust) di un diritto reale sui beni o di *specifiche utilità* su di essi da parte dei beneficiari. Ma – ci sembra – proprio quest'ultima espressione utilizzata dall'a. lascia intravedere i margini di un possibile ampliamento della sfera dei legittimati attivi alle opposizioni di terzo agli atti esecutivi. C'è da chiedersi, infatti, se allo stato della maturazione raggiunta dalla riflessione dottrinale e giurisprudenziale in materia di destinazione patrimoniale e tenendo, altresì, conto dell'ingresso nell'ordinamento dell'art. 2645-ter c.c. che (come già fatto dall'art. 2645-bis) non solo introduce nel sistema posizioni creditorie soggette a trascrizione e, soprattutto, legittima espressamente ad agire per l'attuazione della destinazione tutti coloro che ne abbiano interesse, non sia ragionevole interpretare anche norme come quella contenuta nell'art. 619 c.p.c. in maniera non strettamente letterale (arg. ex artt. 12 e 15 disp. prel. c.c.), tenendo conto che le posizioni creditorie del disponente e del beneficiario di una destinazione (anche mobiliare) possono assumere, rispetto ai beni destinati, una configurazione tale da rendere l'esperibilità del rimedio dell'opposizione di terzo agli atti esecutivi su quei beni rispondente alla stessa *ratio* che governa la norma con riguardo ai titolari di diritti reali sui beni medesimi. Il tema richiede comunque riflessioni ulteriori che rinviando ad altri lavori, segnalando fin da ora che anche a voler escludere la legittimazione attiva *iure proprio* del disponente e del beneficiario, rimarrebbe loro la possibilità di agire in surrogatoria ove il trustee non agisse ex art. 617 c.p.c.

²¹⁴ Su come, poi, interpretare questa espressione normativa si è già detto *supra* nota 126. Se si ritenesse che il contratto non conforme ai fini della destinazione (improprio), posto in essere dal mandatario, è efficace tra terzo e mandatario abusante, allora questi sarebbe obbligato ad eseguirlo (in questo caso potrebbe farlo, trattandosi di beni

(cioè: i limiti della destinazione) rimane, infatti, *a carico* del trustee/gestore abusante. Sempre a suo carico sono, altresì, gli obblighi di indennizzo del mandante/fiduciante (e di eventuali terzi beneficiari) da qualsiasi pregiudizio possa essergli derivato dal compimento dell'atto improprio che, comunque, non può essere loro opposto (arg. *ex art.* 1711, co. 1, c.c.)²¹⁵.

Sostanzialmente non esistono particolari deficit di tutela a carico del disponente e/o dei beneficiari della destinazione *mobiliare con data certa* in caso di atto improprio del trustee/gestore perché, a ben vedere, essi possono sempre far valere il loro diritto di credito all'attuazione del programma destinatorio e, dunque, far dichiarare *l'inefficacia* nei loro confronti per mancanza di legittimazione a disporre dell'atto improprio posto in essere dal trustee/gestore abusante, ed agire per la restituzione del bene nei confronti del terzo acquirente, travolto dalla dichiarazione di inefficacia dell'atto, e dei suoi aventi causa (arg. *ex art.* 1711, co. 1, c.c.; 2901, ult.co., c.c.), trovando questa possibilità una battuta d'arresto solo nell'applicazione in favore del terzo che ha contrattato con il trustee abusante, della regola *possesso vale titolo*: l'operatività della regola, escludendo la derivatività dell'acquisto, impedisce l'opposizione al terzo dell'inefficacia dell'atto posto in essere dal suo dante causa.

In altre parole, come per la destinazione immobiliare *anche* in caso di destinazione *mobiliare* con data certa, l'atto *improprio* (non conforme a destinazione) compiuto dal trustee è, nel nostro sistema, *inopponibile* al settlor/disponente e ai beneficiari, a meno che – eccezione prevista per i

mobili fungibili) ma appare preferibile, anche in caso di destinazione mobiliare, ritenere che ciò che resta a carico del mandatario siano obblighi restitutori o risarcitori per inefficacia del contratto e che quindi siano esperibili nei suoi confronti tutte le azioni relative. Ma la giurisprudenza di legittimità è orientata diversamente: v. *supra* nota 130.

²¹⁵ Dall'analisi di queste regole (arg. anche dall'art. 2915, co. 2, c.c.) si deduce che, ragionevolmente, le norme sul mandato senza rappresentanza presuppongano generalmente conferimento di incarichi ad acquistare beni immobili (e *non* a venderli) mediante la consegna di denaro o altri mobili (v. *supra* nota 121) mentre in caso di mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili si ricade nelle ipotesi, sopra esaminate, degli atti di destinazione immobiliare non trascritti.

soli beni mobili – l'avente causa dal trustee abusante non abbia conseguito in buona fede il possesso del bene mobile. In quest'ultimo caso resta comunque al settlor/disponente (l'azione di risarcimento da inadempimento contrattuale nonché) la possibilità di essere indennizzato dal trustee/gestore per il pregiudizio subito (arg. *ex art. 1711, co. 1, c.c.*) dall'impossibilità di recuperare concretamente il bene²¹⁶. Tale diritto all'indennizzo spetta – ci pare – anche al beneficiario della destinazione (*terzo in favore*), in quanto la sua posizione è, come già detto, configurabile (verso il gestore/trustee) negli stessi termini (creditori) di quella facente capo al disponente/fiduciante/mandante.

La differenza con la destinazione immobiliare emerge, soltanto, nella (in astratto) maggiore difficoltà probatoria gravante sul disponente o sul terzo beneficiario riguardo alla dimostrazione della *non conformità* a destinazione dell'atto posto in essere dal trustee/gestore abusante perché l'atto di destinazione mobiliare – come detto – non richiede forma scritta e dunque il contenuto della destinazione può essere provato anche mediante prova testimoniale e, in generale, orale. Di fatto, però, nella maggior parte dei casi anche la destinazione mobiliare viene realizzata per atto scritto (si pensi, alle destinazioni miste) in ragione della necessità della data certa ai fini della sua opponibilità ai terzi, e, quindi, la prova della non conformità dell'atto del trustee si fonda (anch'essa) sull'interpretazione dell'atto (scritto) di destinazione mobiliare. Va detto, tuttavia, che, al contrario di quanto accade per gli immobili, non essendo gli atti – pur scritti – di destinazione mobiliare soggetti ad una, in senso lato, registrazione

²¹⁶ Cfr. Cass., 10 marzo 1995, n. 2802, cit. *supra* nota 127. E v. anche, ad esempio, l'interessante dato normativo contenuto nell'art. 34, co. 2, d.lgs. 213/1998 in cui è scritto che l'accensione di specifici conti volti alla costituzione di vincoli di destinazione sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati rende l'intermediario «responsabile» dell'osservanza delle istruzioni ricevute all'atto di costituzione del vincolo in ordine alla conservazione dell'integrità del valore del vincolo ed all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari. Dalla lettera della norma è ragionevole dedurre che l'intermediario finanziario sia tenuto a non porre in essere atti impropri, vale a dire, non conformi alla destinazione e che, ove lo faccia, essi rimangano a suo carico, cioè ne è *responsabile*.

(salvo casi eccezionalmente previsti²¹⁷), il loro reperimento potrebbe essere più difficile mentre più facile potrebbe essere la loro alterabilità.

Deve, altresì, rilevarsi come l'operatività nel nostro sistema della regola *possesso vale titolo* e della sopra menzionata norma codicistica in tema di mandato (art. 1711, co. 1, c.c.) realizza – ci pare – l'uniformazione dell'aspetto rimediabile delle diverse possibili destinazioni (fiduciarie) *mobiliari* di fonte negoziale. Siano esse “romanistiche” ovvero “germanistiche”²¹⁸, le regole (e le annesse problematiche) di recupero dei beni mobili (in particolare, del denaro) *impropriamente* alienati dal gestore (sia egli un *proprietario*, cioè un trustee o fiduciario in senso stretto, sia egli un *mero legittimato a disporre*, cioè un mandatario senza rappresentanza o fiduciario in senso lato) sono le stesse avendo riguardo al disponente e/o ai beneficiari là dove si ponga attenzione all'ipotesi di insolvenza o comunque di incapacità del patrimonio del gestore, perciò stesso incapace di soddi-

²¹⁷ Si pensi all'art. 34, co. 3, d.lgs. n. 213/1998, in cui si prevede la «registrazione» dei vincoli di destinazione sugli strumenti finanziari e la loro comunicazione all'emittente nei casi e nei termini previsti dalla legge.

²¹⁸ Nella fiducia germanistica, secondo la concezione tradizionale, si verifica una scissione tra titolarità e legittimazione, la quale scissione impedisce che nel patrimonio del fiduciante si produca l'effetto di esclusione dei beni mobili destinati, dato che egli rimane titolare del diritto di proprietà sui beni medesimi, di cui il fiduciario è, tuttavia, legittimato a disporre. Ciò rende la *fiducia* germanistica spesso non idonea a soddisfare l'interesse del fiduciante se non addirittura inutile in quanto, non escludendo i beni (*fiduciarmente* intestati) dal patrimonio del fiduciante, li lascia esposti all'azione dei suoi creditori (che facilmente risalgono all'effettivo titolare delle azioni); non si pongono – in linea astratta – problemi di segregazione nel patrimonio del fiduciario in quanto egli non diventa proprietario dei beni ma l'incapacità del suo patrimonio incide sull'obbligo che egli ha di indennizzare il mandante e/o il beneficiario (art. 1711, co.1, c.c.). L'intestazione fiduciaria (in senso germanistico) di azioni o quote (in favore delle società fiduciarie: cfr. l. 23 novembre 1939 n. 1966) è ancor oggi utilizzata ampiamente ma sulla base del falso presupposto dell'impossibilità di attuare una destinazione traslativa *di beni mobili* (azioni o quote sociali) in favore della società medesima, con effetti segregativi di questi beni (mobili, appunto) nel patrimonio della società, sul modello, cioè, del *voting trust*, che, al contrario, è da ritenersi del tutto ammissibile nel nostro sistema, seppure circondato dalle cautele (che comunque non sono a pena di nullità) della forma scritta, meglio se notarile, e comunque della data certa: v. anche nota seguente.

sfare le richieste di restituzione del bene (di cui non era legittimato a disporre) ovvero di indennizzo per il danno subito²¹⁹.

In ciò si potrebbe intravedere una debolezza del nostro sistema rispetto a sistemi in cui opera il *tracing* quale procedimento che consente di seguire il percorso fatto dal bene mobile (anche dal denaro) impropriamente alienato e di dichiarare un terzo acquirente *constructive trustee* di un bene acquistato con lo scambio (*di quel bene ovvero con quel denaro*²²⁰). Ma, è ben sottolinearlo, questa regola opera solo ove non possa

²¹⁹ Sul punto rinviamo al contributo di I. A. CAGGIANO, cit. *supra* Cap. II, nota 208; EAD., *Tutela del credito e tutela della proprietà con riguardo alla circolazione del denaro*, in *XI Incontro nazionale coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Soveria Mannelli (CZ), 2010, p. 125 e ss., là dove evidenzia la difficoltà di recuperare i fungibili alienati impropriamente, in particolare il denaro, qualora si rimanga ancorati ad una certa concezione materiale del denaro, il quale invece potrebbe essere visto come entità valoriale ed essere oggetto di una tutela di tipo reipersecutorio più efficace di quella meramente creditoria, che consenta cioè di aggredire anche beni diversi presenti nel patrimonio del soggetto abusante al fine di realizzare il valore spettante al titolare del diritto di proprietà sul denaro così come al titolare di un diritto di credito ad una prestazione in denaro verso l'abusante. La complessità della tematica, che implica una revisione critica della sfera di operatività delle regole sulla confusione (in particolare di quelle sulla *commistio nummorum*), è allo stato oggetto da parte della stessa a. sopra citata di uno studio monografico, intitolato, *La circolazione del denaro e strumenti di tutela*, Napoli, in corso di stesura, dove l'analisi viene incentrata sulle modalità possibili di recupero del denaro e, più in generale, dei beni fungibili *dematerializzati* impropriamente alienati.

²²⁰ V. gli esempi e la descrizione dell'operatività e dei presupposti del *tracing* (rintracciamento) presenti in M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 108-109, il quale sottolinea come secondo le regole di *Equity* l'inopponibilità dell'alienazione impropria posta in essere dal *trustee* abusante non si arresta al primo atto (appropriazione o trasferimento indebito) ma, con i medesimi requisiti, *segue* il bene nei successivi trasferimenti senza limite: il bene viene rintracciato nelle trasformazioni o sostituzioni che abbia subito, fisiche o giuridiche, e il diritto del beneficiario si esplica sul bene risultante dalla trasformazione o dalla sostituzione: per questo in *common law* non ha rilevanza il fatto che il bene che ha sostituito il bene originario valga assai più di quest'ultimo. Ma ad un risultato di tutela del beneficiario in termini analoghi può pervenirsi anche nel diritto italiano in via interpretativa (v. *infra* nel testo e note seguenti) mentre altri ordinamenti come quello della Repubblica di San Marino hanno pensato di introdurre una norma *ad hoc* che pare seguire la medesima logica del *tracing* e la cui comparsa attesta, in ogni caso, la non incompatibi-

operare l'altra regola – già esaminata – della *bona fide purchaser for value without notice* che – ci pare – rende salvo l'acquisto di bene mobiliare a titolo oneroso da parte del terzo in buona fede (mentre non hanno *chance* di salvezza gli acquisti a titolo gratuito).

Analogamente, in Italia, l'unica barriera ad un percorso di recupero a ritroso dei beni (mobili, denaro compreso) *impropriamente* alienati, percorso che deriva dalla dichiarazione di *inefficacia* (per mancanza di legittimazione) dell'atto improprio compiuto dal trustee/gestore nei confronti del settlor/disponente o del beneficiario della destinazione mobiliare con data certa, è costituita dall'operatività della regola *possession vale titolo*²²¹ (che, tra l'altro, include, cioè salva *anche* gli acquisti a titolo gratuito).

lità di questo genere di rimedio con sistemi di *civil law*: cfr. l. 17 marzo 2005 n. 37, art. 57 secondo cui: « qualora il trustee abbia confuso i beni in trust con altri beni, il trustee cui non si debba la confusione, il beneficiario o il guardiano, hanno diritto di ottenerne la separazione. *La pretesa si estende ai beni di qualunque genere con cui i beni originari siano eventualmente stati sostituiti e ai loro frutti* [corsivo nostro]. 2. Sono salve, in ogni caso, le azioni di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 44, e ogni altra azione esperibile a tutela del trust. 3. L'azione di separazione non si prescrive».

²²¹ Si deve tenere presente, infatti, che – come già detto – l'inefficacia dell'atto improprio produce a catena quella degli atti ad esso conseguenti e legittima al recupero dei beni oggetto dell'atto inefficace presso terzi che li abbiano acquistati a titolo gratuito o in mala fede nonché, entro certi limiti, anche presso terzi acquirenti in buona fede a titolo oneroso: arg. *ex* art. 2901, ult. co., c.c., che fa salvi i diritti dei terzi aventi causa a titolo oneroso dal soggetto che ha posto in essere l'atto revocato, a meno che, per quanto riguarda gli *immobili/mobili registrati*, l'atto di cui essi sono oggetto, non sia stato trascritto *successivamente* alla trascrizione dell'azione revocatoria. In tal caso, l'atto sarà travolto dall'inefficacia dell'atto impugnato e ciò, in concreto, sul piano della recuperabilità dei beni, significa che l'agente in revocatoria (e, per analogia, il disponente e/o i beneficiari che agiscono per far dichiarare l'inefficacia dell'atto improprio, per quanto a noi interessa) potrà procedere nei confronti dei terzi acquirenti dei beni medesimi, con tutte le azioni esecutive o conservative (arg. *ex* art. 2902, co. 1, c.c.). Per i beni mobili, invece della *trascrizione*, vale, come detto, il principio del *possession vale titolo* (art. 1153 c.c.) che, ove operante, preclude la possibilità di considerare l'acquisto del terzo a titolo derivativo e dunque preclude la possibilità di opporgli l'inefficacia dell'atto revocato (o dichiarato inefficace). Ma, ove si verificasse questa ipotesi, il nostro sistema prevede comunque un indennizzo in favore del soggetto leso per mancato recupero del bene: *v. supra* nota 218 e oltre nel testo.

Si vede, dunque, come risultati simili a quelli ravvisabili nel sistema di *common law*, possono raggiungersi in Italia focalizzando l'attenzione, a livello probatorio, sulla dimostrazione della *mancanza* dei presupposti di operatività della regola *possesso vale titolo*²²², vale a dire, in special modo, la mancanza della *buona fede* al momento della consegna del bene mobile²²³, ma anche mancanza del *titolo* astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà nonché mancanza del *possesso* la cui sussistenza può essere difficile da stabilire in caso di beni fungibili dematerializzati.

Anche nel caso di denaro la recuperabilità appare possibile facendo leva sulla prova della mancata operatività della regola *possesso vale titolo*²²⁴ con riguardo al terzo acquirente, nonché sull'art. 1711, co. 1, c.c. che

²²² Puntando sull'inefficacia dell'atto improprio si realizza una tutela dei soggetti beneficiari della destinazione non inferiore a quella di altri sistemi giuridici. Certamente un tale obiettivo non può essere ottenuto ipotizzando (come fatto da U. La Porta), la demambulazione del bene, tanto più mobile, *cum onere suo*, cioè, gravato dal vincolo di destinazione perché ciò importerebbe a carico dell'acquirente la qualifica di *trustee*. Ciò contrasta con i principi generali di circolazione dei beni mobili vigenti nel nostro sistema giuridico, ed in particolare con il principio che fa acquistare il bene mobile libero diritti altrui sulla cosa che non risultino espressamente dal titolo di acquisto (art. 1153 c.c.), ma contrasta anche con il meccanismo della surrogazione reale che è insito nella destinazione negoziale c.d. dinamica e che sposta il vincolo di trust non sul bene originario bensì su ciò che si è ricavato, alienandolo.

²²³ Prova che *non* appare impossibile, tenendo conto degli ultimi orientamenti della Cassazione che tende a richiedere una prova effettiva della buona fede, prova che incombe a carico di chi ha interesse a dimostrarne la sussistenza: cfr. sul tema la recente Cass. 4 febbraio 2010, n. 2653, in <http://www.scenari.giuffre.it/psixsite/CIVILE/Successioni%20e%20donazioni/default.aspx?id=773>: «a norma dell'art. 534 c.c. la buona fede del soggetto che acquista dall'erede apparente non è presunta, ma deve essere provata attraverso atti o fatti certi che rivelino positivamente la buona fede e non siano compatibili con un intento di mala fede. Non adempie pertanto al suo onere probatorio la parte che si limiti a dimostrare l'insufficienza degli elementi per ritenere la mala fede, in quanto tale insufficienza non può essere convertita in una prova di buona fede assolutamente coerente».

²²⁴ La prova dell'assenza di *buona fede* effettiva nel terzo acquirente (es.: una banca) può, in alcuni casi, essere l'unica possibilità per ottenere la restituzione del denaro disperso da atti impropri del trustee/gestore (es.: un intermediario finanziario) che, avva-

pone, come già detto, a carico del mandatario l'atto improprio da lui compiuto. Se l'atto deve restare a carico del soggetto abusante, è nel suo patrimonio che dovranno farsi valere le pretese risarcitorie e/o restitutorie degli aventi diritto, in particolare del mandante/fiduciante e/o dei beneficiari²²⁵.

lendosi della fiducia di molti ingenui investitori, spesso procede ad operazioni che pur nella loro illegalità rendono estremamente difficile se non impossibile il recupero delle somme di denaro investite proprio per l'operatività della regola *possesso vale titolo*: v. anche nota seguente.

²²⁵ Ciò significa che, ove il bene oggetto di disposizione impropria fosse denaro, che non sarà, dunque, più presente nel patrimonio dell'abusante, adottando la prospettiva di tutela al momento oggetto di studio da parte di I. A. CAGGIANO (v. *supra* nota 219, indagine che, tra l'altro, l'a. porta avanti prendendo spunto dai frequenti casi di dispersione di patrimoni altrui ad opera di intermediari finanziari: EAD, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazioni e rimedi*, in *Dir. Giur.*, 2006, pp. 453-486), potranno essere aggrediti anche beni diversi di proprietà del fiduciario/mandatario/trustee al fine di integrare le pretese dei fiducianti/mandanti (e dei beneficiari) e ciò in ragione di una considerazione del credito dell'avente diritto in termini *valoriali* (e dunque proporzionali ai beni concretamente aggredibili in quanto in titolarità del trustee abusante). Ciò, tra l'altro, farebbe apparire il nostro sistema non così distante da quello inglese dove l'operatività del *tracing* è fondata proprio sulla visione del *beneficiary* come titolare di un diritto «non sui beni del fondo ma sul valore che essi incorporano» (così M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 109). Questo filone interpretativo può estendersi anche all'ipotesi in cui il disponente e/o il beneficiario non possano opporre al terzo acquirente l'inefficacia dichiarata dell'atto improprio posto in essere dal trustee abusante perché il terzo acquirente è un possessore di buona fede. Anche in tal caso sono da ritenersi esperibili da parte del disponente contro il trustee abusante le azioni per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale e per l'ulteriore indennizzo del danno subito dal mancato recupero effettivo del bene nonché la tutela recuperatoria oggetto di attuale studio nei già citati lavori di I.A. Caggiano. Analoga tutela, eccezion fatta per l'azione di risarcimento del danno contrattuale, spetta al beneficiario della destinazione. Una tale linea di indagine si affianca a quella tracciata dalla giurisprudenza italiana, ispirata ad una certa dottrina, la quale riconosce al creditore che abbia ottenuto l'accolimento dell'azione revocatoria volta a far dichiarare l'inefficacia di un atto ma che è rimasto insoddisfatto per le proprie ragioni in quanto il terzo acquirente, per fatto proprio, ha in tutto o in parte sottratto i beni dell'atto revocato all'azione esecutiva del creditore (o, addirittura, nei casi cui il creditore non abbia ancora proposto l'azione revocatoria

In ogni caso, va definitivamente accantonata la ancor'oggi persistente convinzione di "superiorità" sostanziale e rimediale dei sistemi giuridici stranieri – in particolare anglo-americani – sul sistema giuridico italiano con riguardo alle operazioni, in senso lato, di destinazione dei beni ad uno scopo. Come, infatti, sembra finalmente affiorare dalla letteratura giuridica più recente e come viene detto a chiare lettere dalla parte più autorevole della dottrina comparativistica italiana le differenze tra i sistemi giuridici sono più apparenti che reali e lo studio dei medesimi consente di farne risaltare le profonde affinità *operazionali*²²⁶.

Ed, infatti, per l'ambito che qui interessa, l'*Equity* è un complesso di regole volte a realizzare una tutela che, nel sistema italiano si realizza applicando le norme sull'inefficacia degli atti posti in essere dal non legittimato a disporre ovvero revocati. Non ha, perciò, ragion d'essere

proprio a causa del comportamento del terzo), un'azione ex art. 2043 c.c. contro il terzo medesimo per gli atti illeciti compiuti dopo l'acquisto del bene, i quali abbiano in tutto o in parte impedito l'attuazione dell'interesse del creditore: cfr., sul punto Cass. 13 gennaio 1996, n. 251, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 943; Cass. 13 gennaio 1995, n. 383, in *Corr. giur.*, 1995, p. 601. E non si vede ragione per escludere un'applicazione (analogica) di queste regole giurisprudenziali alle ipotesi di atti impropri del gestore/trustee ove siano individuati gli estremi di un comportamento illecito del terzo contraente. Va ricordato, inoltre, che, ove l'atto improprio fosse posto in essere da un incaricato del mandatario/trustee, questi ne risponde personalmente sia a titolo contrattuale (arg. ex art. 1717, co. 3, c.c.) sia a titolo extracontrattuale ove l'atto di disposizione abbia generato una fattispecie di illecito civile (art. 2049 c.c.). Se, poi, si tiene conto del potenziamento (almeno in astratto!) delle modalità operative del processo esecutivo alla luce della riforma del 2009 del codice di procedura civile (si pensi all'introduzione di nuovi titoli esecutivi e del rimedio c.d. delle *astreintes*), può giungersi ragionevolmente ad affermare che in Italia l'applicazione delle norme vigenti, sostanziali e processuali, lette ed interpretate sfruttando le loro effettive potenzialità, appronta (o perlomeno, potrebbe approntare) strumenti di tutela efficienti: v. anche *infra* fine par. e ivi le note.

²²⁶ Cfr. R. SACCO, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., dove afferma che avendo riguardo alla molteplicità di istituti giuridici «le regole operazionali sono analoghe nei diversi Paesi ma i fenomeni vengono spiegati con tecniche, concetti, apparati dogmatici completamente opposti [...] I contrasti che abbiamo sotto gli occhi esistono nelle qualificazioni, nei linguaggi, nelle descrizioni, nelle spiegazioni, nei concetti. Non esistono, invece, nelle regole operazionali».

l'idea di un diritto di *Equity* come diritto idoneo ad approntare rimedi asenti nel nostro ordinamento che, invece, prevede anch'esso due livelli di operatività delle regole, e quindi, si potrebbe dire, due gruppi di norme, operanti l'uno, a tutela delle parti, l'altro a tutela dei terzi²²⁷. La prevalenza della regola che tutela i terzi (prevalenza della trascrizione o della regola *possesso vale titolo*) non esclude l'operatività di altra regola che cerca di compensare il danno prodottosi a carico di una o di entrambe le parti²²⁸.

²²⁷ Così ragionando, si comprende anche come nel diritto italiano da un punto di vista rimediabile appare più proficuo distinguere tra le diverse tipologie di fiducia (segreta, palese, orale, scritta) per focalizzare con precisione gli strumenti di tutela esperibili per ciascuna. Emerge, perciò, chiaramente come in Italia abbia senso parlare di tutela equitativa in senso tecnico soltanto in riferimento a fattispecie fiduciarie non giuridicamente rilevanti come ad esempio sono gli accordi fiduciari aventi ad oggetto immobili ma non redatti per iscritto: ai rimedi equitativi come l'*exceptio doli generalis* o la *datio in solutum* sembra potersi ricorrere solo in ipotesi di fiducia non giuridicamente rilevante.

²²⁸ Nella circolazione dei beni immobili il secondo acquirente che trascrive l'atto prevale e il primo acquirente soccombe; quest'ultimo però ha diritto ad un risarcimento del danno verso il suo dante causa e, sussistendone i presupposti, anche verso il secondo acquirente responsabile di lesione del credito (nel caso di immobili, infatti, la mala fede del terzo acquirente non inficia la bontà dell'acquisto ma può rilevare *ex art. 2043 c.c.*). Passando ai mobili, nel caso di applicazione della regola *possesso vale titolo*, il primo acquirente avrà diritto al risarcimento del danno contrattuale nei confronti del suo dante causa inadempiente. Se, poi, l'atto di disposizione di un bene mobile o immobile è posto in essere da un gestore nell'interesse di un altro soggetto, quest'ultimo è tutelato perché l'eventuale acquisto del bene in capo al terzo, a causa l'operatività delle regole di circolazione dei beni mobili e immobili sopra enunciate, resta a carico del gestore abusante che ne risponderà nei suoi confronti. È chiaro che, così ragionando, si abbandona una concezione dell'*Equity* in termini di diritto di coscienza per considerarlo, invece, per quello che è secondo il modo di ragionare del giurista italiano: un complesso di regole giuridiche determinate e sanzionate, vigenti nel sistema giuridico di *common law*, e non un insieme variabile di soluzioni equitative. Le regole di *Equity* dunque non corrispondono e non vanno commisurate alle soluzioni di *equità* di un giudice italiano (come, invece, sembra incautamente fare parte della dottrina italiana: v. F. GALLUZZO, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust*, cit., p. 699 nota 13; A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 93 e ss.) ma ad alcune delle norme giuridiche vigenti nel no-

Naturalmente una visione in termini di *non incompatibilità* ma soprattutto di operatività nel nostro sistema del trust sul piano del diritto sostanziale non può che portare ad una visione analoga sul piano del diritto processuale, inducendo ad una interpretazione il più possibile lata delle norme del codice di procedura là dove si tratti di applicarle a fattispecie di trust in ragione della peculiarità e complessità delle posizioni giuridiche in queste coinvolte, le quali, comunque, hanno immediati precedenti e referenti – come già detto – nelle figure del contratto a favore di terzo e/o nel contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, potendosi, perciò, indagare in questi ambiti la loro applicazione al fine di estenderla alle situazioni relative al trust. Ciò che va tenuto presente è che anche in ambito processuale si tratta pur sempre di interpretare in un modo libero da schemi dogmatici inveterati norme già esistenti e dall'ampio potenziale applicativo, soprattutto ove si pensi ai rimedi a contenuto inibitorio che eliminano alla radice la possibilità di ricorrere al rimedio recuperatorio, a volte difficile – sebbene, come già detto, non impossibile – da esperire²²⁹.

stro ordinamento le quali tutelano alcuni aspetti della fattispecie in concomitanza con altre norme giuridiche che ne tutelano altri.

²²⁹ Coglie il punto relativo all'interpretazione delle norme vigenti I. PAGNI, *Trust e processo*, in D. ZANCHI (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*. Presentazione di Cesare Massimo Bianca, Torino, 2009, p. 565 e ss., là dove scrive che è determinante ai fini dell'applicazione degli istituti processuali l'inquadramento sul piano sostanziale del trust, con particolare riguardo alla posizione di *proprietario* del trustee piuttosto che alla qualificazione della medesima nei termini generici e atecnici di *controllore* che si trovano nel testo convenzionale. L'a. prosegue ponendo in risalto il fatto che le questioni generalmente poste all'ingresso del trust nella dimensione giudiziale sono viziate *ab origine* dall'accoglimento delle tesi dell'operatività in Italia del *trust* interno soggetto a legge straniera, figura questa che, evidentemente, crea i presupposti per difficoltà applicative delle nostre norme processuali. Da parte nostra aggiungiamo che ragionare con riguardo al trust in termini di diritto italiano conduce al superamento di molte delle problematiche processualistiche attualmente percepite (come quella dell'estraneità del disponente ai beni del trust, che, al contrario, non ha ragion d'essere nel diritto italiano, come si è tentato di dimostrare). In questa direzione sembra andare, in parte, la Pagni quando scrive (p. 584) che per far guadagnare terreno ad una tu-

Si noti, poi, come la progressiva affermazione della prassi dei c.d. 'trust interni' [soggetti a legge straniera] ha condotto e continua a condurre verso un'estensione dei confini della c.d. *volontaria giurisdizione* nell'ambito della quale, per far fronte alle esigenze provocate dal loro operare, si adottano sempre più spesso provvedimenti dal contenuto analogo a quello dei provvedimenti adottati dai giudici stranieri²³⁰ e si tende, altresì, a riconoscere al giudice il potere di omologare atti di destinazione assunti da un soggetto nell'interesse di un altro ovvero di adottare in prima persona provvedimenti in cui sono previste destinazioni in favore di determinati soggetti²³¹. Questa tendenza, oltre a contrastare i timori

tela effettiva in ambito di trust, bisogna dare spazio «con qualche fantasia interpretativa» [perché no! *n.d.r.*], a forme di tutela preventiva non lontane dall'*injunction* della *common law*, come il ricorso al provvedimento atipico d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* Sul tema della tutela inibitoria dei diritti di credito cfr. anche il nostro *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Dir. giur.*, 2005, p. 499 e ss.

²³⁰ Cfr. di recente Trib. Bologna, decr., 2 marzo 2010, cit., che, su richiesta del curatore fallimentare, lo ha autorizzato a formalizzare al fallito la proposta di istituire un trust di garanzia auto-dichiarato sul bene immobile di proprietà del fallito con vincolo di destinazione in favore della procedura fallimentare («il trust persegue uno scopo di garanzia in quanto finalizzato ad assicurare alla procedura fallimentare l'incasso del saldo dovuto»), nominando a tal fine l'avvocato Tizio, quale legale della procedura per la redazione di tale trust. Il fallito, edotto dal curatore del contenuto del decreto, accetta la proposta di istituzione di trust auto-dichiarato. Significative sono, altresì, le espressioni utilizzate nel testo dell'atto di istituzione di trust auto-dichiarato, riprese dalla richiesta rivolta al giudice delegato dal curatore che ha suggerito «l'istituzione di un trust auto-dichiarato con vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c. sull'immobile*», prevedendo, altresì, che «che ogni trascrizione immobiliare del vincolo nascente da questo trust e dai trasferimenti al trustee avrà quanto meno gli effetti di cui all'*art. 2645-ter cod. civ.*». Queste espressioni attestano la ormai avvenuta, quantomeno a livello giurisprudenziale, fusione concettuale tra trust e atto di destinazione ed l'unico neo rimane pur sempre l'irragionevole richiamo a legge straniera quale legge regolatrice del trust!

²³¹ Si allude qui ai già menzionati provvedimenti di omologazione di: a) accordi di separazione; b) di atti compiuti dall'amministratore di sostegno in favore dell'amministrato, contenenti tutte destinazioni mobiliari e immobiliari: cfr. Trib. Milano, 7 giugno 2006, cit.; Trib. Genova, 1° aprile 2008, cit.; App. Roma, 19 gennaio 2009, cit.; App. Roma, 4 febbraio 2009, cit. Ma più di recente cfr. la pronuncia del Trib. Bologna, 1° dicembre 2009,

espressi da chi considera i trust alieni al nostro sistema giuridico anche da un punto di vista, in senso lato, processuale a causa del principio di tassatività che governa i provvedimenti di volontaria giurisdizione (v. *supra* Cap. I, par. 4, 5), vale, soprattutto, a confermare l'inutilità (se non peggio!) del ricorso alla legge straniera per la disciplina del trust operante nel nostro ordinamento che, dunque, in base all'analisi fin qui condotta, non appare più qualificabile come ordinamento "non *trust*" (sempre che sia stato corretto procedere anche in passato a tale qualifica: v. *supra* Cap. II, par. 1, 2, 3).

4. *Proposte de iure condendo e l'art. 10 (poi 11) del disegno di legge comunitaria 2010: piove sul bagnato!*

Sulla base dei risultati interpretativi sin qui raggiunti, sembra ragionevole sostenere che ove l'atto di destinazione atipico privo dei c.d. *elementi di internazionalità*²³², cioè il 'trust interno', venga posto in essere

<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2120.pdf>, che pronunciando la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario tra coniugi già separati da oltre un triennio, omologa l'accordo intervenuto tra le parti in merito alla regolazione dei rapporti economici, accordo che contempla, a soddisfazione di tutti i diritti spettanti alla moglie, la costituzione da parte del padre in favore dei due figli di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* c.c. sugli immobili di sua esclusiva proprietà. Trattasi anche qui di un trust auto-dichiarato in cui il padre trustee assume altresì l'obbligo di non alienazione dei beni a terzi per tutta la durata del vincolo, finalizzato a garantire ai figli l'abitazione degli immobili ovvero una rendita prodotta dai medesimi. Interessante anche notare il rapporto che viene stabilito tra questo tipo di trust auto-dichiarato e il vincolo di inalienabilità dei beni in quanto si evince come questo non sia insito nella destinazione *tout court* ma sopravvenga in relazione allo scopo perseguito in concreto con la destinazione medesima. V. anche Trib. Bologna 1° aprile 2009, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2111.pdf>, che impone al coniuge di nominare l'altro coniuge quale beneficiario irrevocabile di un trust per la quota del 50% e ciò a titolo di assegno divorzile in un'unica soluzione ai sensi dell'art. 5 della l. n. 898/1970.

²³² Non si pongono, quindi, i problemi sollevati, tra gli altri, da A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter e il trust ecc.*, cit., pp. 614-615, con riguardo alle limitazioni che potrebbero

in Italia, le regole che lo riguardano vanno ricercate, in quanto esistenti, nell'ordinamento giuridico italiano, complessivamente considerato con riguardo, cioè, a tutti e quattro i «formanti» principali che lo compongono: legislazione, giurisprudenza, dottrina, prassi negoziale.

La disciplina del “trust italiano” va, dunque, rinvenuta, in primo luogo, nelle norme del codice civile e delle leggi speciali ad esso complementari nonché nelle norme giurisprudenziali italiane finora elaborate e, non da ultimo, nelle proposte *dottrinali* che più di altre appaiono aderire all'indirizzo di rinvenimento della disciplina dell'atto di destinazione *alias* trust interno (= italiano) nel nostro sistema piuttosto che di trapianto nel nostro sistema di regole provenienti da altri sistemi (v. *infra* nel testo). E ciò non perché tali regole siano, *astrattamente*, incompatibili

derivare al riconoscimento di *trusts* stranieri nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c., cosa che sarebbe in contrasto con quanto prevede la Convenzione de L'Aja. Rileviamo, infatti, che i *trusts* stranieri presentano elementi di internazionalità e ricadono nel raggio di applicazione della Convenzione e sono regolati da leggi straniera mentre il trust interno è negozio atipico di diritto italiano regolato dalla legge italiana, intesa in senso lato come complesso di regole – di varia fonte – facenti parte dell'ordinamento italiano. Né questa diversità viene meno considerando il trust interno una manifestazione possibile dell'atto di destinazione dell'art. 2645-ter c.c.: tale impostazione, infatti, non produce «un appiattimento del *trust* sull'art. 2645-ter c.c.» e una conseguente violazione degli obblighi di riconoscimento assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione de L'Aja perché, in forza della Convenzione, l'Italia rimane sempre obbligata a riconoscere *trust* definiti in base all'art. 2 del testo convenzionale e regolati da leggi straniere, che dunque ben possono essere diversi dal trust interno/atto di destinazione atipico italiano, purché, ovviamente, non siano in contrasto con norme imperative italiane (tra le quali va incluso anche l'art. 2645-ter c.c. ma entro i limiti già detti: v. *supra* parr. 1, 3 e note 23, 24 e 25). Solo ove la legge scelta per regolare un *trust*, che presenta elementi di internazionalità, fosse quella italiana, si porrebbe un problema di compatibilità della figura di *trust* con le norme in materia di destinazione negoziale presenti nel nostro sistema: l'art. 2645-ter c.c. *in primis*, ma non solo dato che – come si è tentato di chiarire nel testo – il rinvio alla legge italiana sul trust implica il coinvolgimento di vasti complessi disciplinari dell'ordinamento. Aggiungiamo che l'inclusione del trust interno nell'ampia categoria dell'atto di destinazione non preclude alle parti di ricorrere ad istituti diversi sempre che per diversi *non* si intenda il «*trust* regolato da legge straniera privo di elementi di internazionalità» perché tale ultima fattispecie non è un 'istituto diverso'. Tale sarebbe,

ma perché non si ravvede la necessità di ricorrervi in quanto – come si è tentato di dimostrare – ne sussistono di nostrane idonee a soddisfare gli interessi in gioco²³³, tenendo anche conto del fatto che il ricorso al diritto straniero comporta tutti i problemi di *concreta* compatibilità (dovuta anche alle diversità di linguaggio e di modalità ragionate) nonché di competenza giurisdizionale già tratteggiati (v. *supra* Cap. I).

In seconda battuta, nel percorso di individuazione delle regole applicabili, sono da considerare i formulari contenenti modelli di trust interno, che il «formante» professionale (notai e avvocati) sta distribuendo e facendo circolare con l'accortezza, tuttavia, di assumere un orientamento unitario e dunque di coinvolgere – come infatti sta avvenendo – il Consiglio Nazionale del Notariato in questa operazione di “codificazione” delle regole sparse nel sistema anche sottoforma di clausole degli atti istitutivi di trust interni.

Al fine di avviare l'Italia verso l'elaborazione coerente di regole sull'atto di destinazione/trust interno, utile potrebbe anche essere il riferimento ad un modello normativo logisticamente vicino cui attingere spunti di riflessione, come potrebbe fornire la lettura della legge sul *trust* della Repubblica di San Marino del 17 marzo 2005, n. 37²³⁴.

piuttosto, l'atto di destinazione atipico *diverso* dal trust interno, che, tuttavia, al momento non ci sembra presente ed operante nel nostro sistema.

²³³ In questa stessa direzione va senz'altro la seconda parte del testo di M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., pp. 259-339, dedicata alla disciplina e alla vita giuridica dei «negozi di affidamento fiduciario», vale dire, secondo l'ottica assunta nel testo, dei trust interni negozi atipici di diritto italiano. Come l'a. ampiamente dimostra, tutte le regole necessarie all'operatività del negozio di affidamento fiduciario (*alias* trust interno) esistono (aggiungiamo: sono sempre esistite) nel diritto italiano, inteso come insieme di regole di fonte legislativa e giurisprudenziale nonché derivanti dalla prassi negoziale.

²³⁴ Esemplificando, l'art. 6 della legge sammarinese n. 37/2005 prevede tra gli elementi costitutivi dell'atto di trust la volontà del disponente. Questa espressione si potrebbe sostituire con *manifestazione della causa* (*alias interesse*) dell'atto di destinazione. Elemento molto importante per il giudice italiano, che su di esso, in più di un'occasione, ha formulato un giudizio di invalidità, meglio sarebbe dire *non meritevolezza* del trust (cfr. Trib. Trieste, decr., giudice tavolo 7 aprile 2006, cit.); sempre nell'art. 6, ultimo comma, si contempla la possibilità di prevedere espressamente nell'atto istitutivo

È evidente che il richiamo alla legge della Repubblica di San Marino ha una funzione qui meramente indicativa ma – a ben vedere – funzionale all’elaborazione di una sorta di indice all’interno del quale collocare in modo più ordinato quelle regole di diritto italiano elaborate dai «formanti» anche e soprattutto al fine di evidenziare le lacune (eventualmente) rimaste.

Contrariamente a quanto ritenuto dai più, *non* pare, infatti, auspicabile per l’ordinamento italiano, ricco di principi ampiamente sedimentati nel codice civile e nelle leggi complementari nonché nella giurisprudenza e nella prassi negoziale, l’elaborazione di una legge in materia di destinazione patrimoniale di fonte negoziale così dettagliata come quella adottata dalla Repubblica di San Marino.

Si tratta piuttosto di mettere ordine nell’esistente e stilare un *elenco di clausole vietate*²³⁵ negli atti di destinazione atipici/trust interni con la

di trust la revocabilità del trust e ciò in contrasto con un principio generale dei sistemi di *common law* che appunto considerano il trust come idoneo a conferire al *beneficiary* un diritto irrevocabile ma sul punto cfr. E. MCKENDRICK, *Contract law*, 6th ed., N.Y. [Palgrave Macmillan], 2005, p. 166, dove fa rilevare come l’introduzione nel Regno Unito del *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* abbia in un certo senso diminuito il ricorso al *trust* perché con il contratto a favore di terzo il diritto attribuito può essere revocato al contrario di quanto avviene con l’istituzione del trust (rilievo questo che conferma quanto da noi sopra lumeggiato riguardo all’opportunità di inquadrare il trust italiano negli schemi del contratto a favore di terzo o con obbligazioni del solo proponente: v. par. 3). Sempre la legge sammarinese all’art. 15 disciplina la revoca del trust; all’art. 16, l’estinzione. Per quanto riguarda i rapporti tra settlor e trustee si rinviene un complesso articolato di norme contenute nelle sezioni I, II e III del Titolo III, Capo I, intitolato “Del trustee”. Molto interessante appare la previsione che istituisce un Registro dei trust perché essa sembra avallare la tesi personalistica che vede appunto nel trust un patrimonio entificato seppure diverso dalla fondazione. Si ravvisano poi limitazioni soggettive con riguardo al trustee perché tali possono essere solo persone giuridiche e non anche fisiche; del pari emergono dal testo normativo limitazioni oggettive in quanto non si parla di trust liberali e testamentari. Nel complesso il trust delineato e ammesso nel territorio di San Marino presenta limitazioni non esistenti al momento per il trust italiano: v. *infra*.

²³⁵ Ad esempio, in base alla recente decisione del Trib. Crotone, 28 settembre 2008, in *TAF*, 2009, p. 37, è nulla, in quanto contraria all’ordine pubblico, la clausola del-

conseguenza di considerare ammesse ed ammissibili tutte le (altre) clausole non incluse nella lista, la cui creazione e configurazione sono rimesse all'esercizio dell'autonomia privata (art. 1322, co. 1, c.c.)²³⁶.

L'intervento del legislatore non è, in alcun modo auspicabile, tenendo conto non solo di quanto fin qui detto ma anche dei rilievi che possono farsi sul *modus operandi* attuale del nostro legislatore. La qualità del prodotto legislativo è in progressivo calo per una molteplicità di ragioni che non sono analizzabili in questa sede. Vale, comunque, la pena rilevare che il coinvolgimento di alcuni membri della classe accademica nei processi di elaborazione dei disegni e progetti di legge non giova in modo determinante anche perché spesso tale contributo rimane anonimo o, comunque, non è ufficializzato, e, spesso, viene surclassato da logiche politiche ed economiche durante l'*iter* parlamentare e/o governativo del provvedimento.

Il ruolo dei Centri di Studi andrebbe, forse, ripristinato per favorire la progettazione di provvedimenti normativi in sedi universitarie, in particolare nelle Facoltà di Giurisprudenza, e, quindi, in gruppi di studiosi chiaramente identificabili nella composizione, nella preparazione e nell'orientamento interpretativo degli istituti giuridici coinvolti²³⁷ ma,

l'atto istitutivo di trust che rimetta al presidente del tribunale la sostituzione del guardiano di un trust quando la clausola stessa imponga la scelta tra due nominativi indicati dal disponente, in quanto, da un lato, manca nell'ordinamento giuridico interno una norma imperativa che legittimi un siffatto esercizio della funzione giurisdizionale rientrante nell'ambito della volontaria giurisdizione, e, dall'altro lato, siffatta clausola vincola illegittimamente la libertà di scelta del giudice poiché non consente che questi possa esercitare la sua funzione di terzo estraneo garante della legalità; conseguentemente, è inammissibile il ricorso che sia stato presentato dal disponente al presidente del tribunale affinché questi provveda alla sostituzione del guardiano conformemente al dettato dell'atto istitutivo del trust. Cfr. anche *supra* Cap II, par. 5.

²³⁶ Come è già accaduto, *mutatis mutandi*, per le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e come suggerito da autorevole dottrina per i contratti c.d. *alieni*: v. *supra* Cap. II, par. 1-2.

²³⁷ Cfr. N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, cit., p. 104, dove scrive: «Non è certo un caso se, proprio cinquant'anni or sono, le Facoltà italiane di Giurisprudenza venivano chia-

rebus sic stantibus, sembra più ragionevole auspicare, sia nell'ambito oggetto della presente indagine ma, più in generale, nell'ambito privatistico, una legislazione il più possibile "a maglie larghe", vale a dire *per principi* o comunque per norme dall'ampia formulazione²³⁸ in modo da favorire il lavoro (*ordinante*) degli interpreti²³⁹.

Al contrario, l'orientamento dominante nel mondo accademico italiano, in perfetta coerenza con quanto sopra descritto riguardo all'attaccamento di ciascun autore alle proprie ricostruzioni teoriche di stampo dogmatico, in diverso modo radicate nella comune convinzione di una lontananza incolmabile tra atto di destinazione e *trust* angloamericano, va verso la richiesta a gran voce di un intervento normativo il più possibile dettagliato ed esaustivo (non si comprende bene di cosa).

Ed, infatti, ai già menzionati progetti e disegni di legge su temi che qui interessano²⁴⁰, si è di recente affiancato, con il plauso di una buona parte dell'accademia ma anche del mondo della pratica professionale²⁴¹,

mate ad esprimere il loro parere intorno ai progetti di nuovo codice civile, mentre oggi sono lasciate (e rimangono) del tutto estranee al processo di formazione delle leggi. Questo significa che la scienza del diritto, occupando una diversa posizione nella società italiana, non ha né un rapporto organico né un'influenza orientatrice sulla classe politica», la quale – aggiungiamo – è permeabile quasi esclusivamente mediante contatti personali.

²³⁸ Quanto appena detto vale a maggior ragione là dove si tratti di scegliere fra l'avvio di un processo di aggiornamento del diritto nazionale e il "trapianto" di diritto straniero nel diritto nazionale: cfr. P. GRAJZL, V. DIMITROVA-GRAJZL, *The Choice in the Law-making Process: Legal Transplants vs. Indigenous Law*, in *Review of Law & Economics*, 2009, vol. 5, Iss. 1, Article 26, pp. 615 ss.

²³⁹ Di nuovo utili le parole di R. SACCO, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., dove scrive che: «la pratica ha bisogno di categorie concettuali ordinanti. Ma queste categorie ordinanti sono diverse nei vari Paesi, e i giuristi dei vari Paesi non fanno nulla per liberarsi di questa diversità».

²⁴⁰ V. *supra* Cap. II, nota 18.

²⁴¹ Mondo che, spesso, appare inconsapevole strumento di affermazione di teorie dottrinali non necessarie e, soprattutto, non efficienti: cfr. l'articolo del notaio A. BUSANI, *Trust in versione flessibile*, in *IlSole24ore*, 24 febbraio 2010, p. 35, dalla lettura del quale si evince che l'entusiasmo legato alla proposta di legge è giustificato dall'esigenza degli operatori professionali di potersi finalmente sganciare dalla fastidiosissima necessità di ap-

l'art. 10 (poi 11) del disegno di legge recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge Comunitaria 2010, approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri il 1 marzo 2010, esaminato favorevolmente dalla Conferenza Stato-Regioni in sessione comunitaria e che, al momento di licenziare le bozze di questo lavoro, è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri (riunione n. 102 del 22 luglio 2010) e che sarà, quindi presentato alle Camere per iniziare il suo *iter* parlamentare.

Tale articolo, che si snoda per ben sette commi, di cui il sesto per sedici lettere, alcune delle quali, a loro volta, suddivise in molti numeri, delega il Governo ad adottare entro *due anni* dalla data di entrata in vigore della legge comunitaria uno o più decreti legislativi recanti la disciplina della *fiducia*. Nella Relazione che accompagna l'articolato si legge che il Governo è delegato ad introdurre nell'ordinamento giuridico italiano e a disciplinare, «il contratto di fiducia all'interno della disciplina del contratto di mandato», realizzando, cioè, un'opera di novellazione del codice civile²⁴², nell'ambito del Titolo III del Libro IV.

A parte l'immediato rilievo secondo cui il «contratto di fiducia» nella forma del *negozio fiduciario* è già da tempo presente ed operante nel nostro ordinamento e, dunque, stando all'impatto terminologico, non si comprende bene cosa di nuovo si voglia realmente introdurre²⁴³, ciò che, altrettanto subitaneamente, colpisce è la motivazione addotta per giustificare questa introduzione, vale a dire la necessità di allineamento dell'ordinamento italiano rispetto ai principi del diritto comunitario (ed, infatti, non a caso, si è scelta come sede della proposta la legge comunitaria 2010)!

plicare a questi strumenti la legge di uno Stato straniero che si sia dotato di un'apposita legislazione in materia.

²⁴² L'esigenza di novellazione attesta, a nostro avviso, quanto si è tentato fin qui di evidenziare riguardo al ruolo centrale del testo codicistico nell'individuazione della disciplina applicabile alla destinazione patrimoniale.

²⁴³ Lo rileva anche il notaio A. BUSANI, *Trust in versione flessibile*, in *IlSole24ore*, 24 febbraio 2010, cit. alla nota precedente, quando scrive che la nuova normativa rischia di apparire zoppa proprio perché sceglie di denominare *contratto di fiducia* una fattispecie che è invece un vero e proprio *trust*.

Questa affermazione appare bizzarra in quanto si colloca a conclusione di una serie di considerazioni sulla Convenzione de l'Aja del 1985 in materia di *trust* ed sulla relativa legge italiana di ratifica dell' '89, le quali ultime non si vede quale attinenza abbiano con il contratto di fiducia, inteso in senso tradizionale (ma v. oltre), nonché, soprattutto, con il diritto comunitario e i suoi principi, essendo l'una un testo *non* di fonte comunitaria e l'altra una legge di diritto nazionale²⁴⁴. Per non parlare, poi, del fatto che le suddette considerazioni sono tutte incentrate su consolidati e diffusi [*pre*]giudizi interpretativi del testo convenzionale (che – ripetiamo – non è testo di diritto comunitario) e della legge italiana di ratifica, che nel presente lavoro si è tentato di porre in luce e di superare, e che, invece, nella relazione al disegno di legge vengono riportati come verità inconfutabili e punti fermi del percorso interpretativo dei testi menzionati.

È interessante rilevare, tuttavia, come gli autori della proposta di legge, pur non mettendo in discussione la possibilità di designare una legge straniera quale legge regolatrice di una fattispecie di '*trust* c.d. interno' che di straniero non ha nulla, avvertano, poi, la pericolosità di una

²⁴⁴ Sempre al diritto comunitario e ai suoi principi *non* appare affatto tecnicamente riconducibile neppure l'altro complesso di regole citato nella Relazione, vale a dire il *Draft of Common frame of reference* (DCFR) da noi già menzionato (v. *supra* Cap. I, nota 132, Cap. II, nota 53), e che si configura, propriamente, come un progetto di codice di diritto privato uniforme a livello europeo, elaborato da esponenti della classe accademica, e che in molte sue parti si distacca dal diritto comunitario, proponendo soluzioni del tutto originali. L'unico dato normativo di fonte comunitaria in senso tecnico sui *trust*, contenuto nel Regolamento di Roma I sulle obbligazioni contrattuali, non viene, invece, menzionato dalla Relazione. Aggiungiamo che il DCFR contiene una disciplina del *trust* che ricalca, come è a tutti noto, nella sua quasi totalità il modello di *common law* e, in linea di principio, mira ad imporsi come disciplina cui gli stati membri dell'Unione Europea dovrebbero attenersi o, quantomeno, ispirarsi, in attesa del compimento del processo di uniformazione delle norme privatistiche nazionali. Ma questo auspicio non è in alcun modo accolto dai redattori dello schema di legge sul *contratto di fiducia*, i quali propongono, invece, un modello disciplinare di chiara ispirazione continentale: v. *infra* nel testo. Il richiamo al DCFR appare dunque del tutto strumentale.

tale configurazione, cioè la pericolosità del ‘trust interno soggetto a legge straniera’, in ragione del fatto che il testo convenzionale non impone all’Italia di riconoscere *trust* interamente localizzati in territorio italiano.

Partendo dalla percezione di questo pericolo (che, in realtà, è solo uno fra molti: v. *supra* Cap. I, par. 3), i promotori del disegno di legge in esame, tengono a precisare che a ricorrere al ‘trust interno regolato da legge straniera’ l’operatore italiano è stato costretto «dall’assenza nel diritto italiano di un istituto equivalente sotto il profilo della completezza, della flessibilità e della coerenza interna delle norme che lo regolano».

È, dunque, l’esigenza di arginare il ricorso al diritto straniero e di disporre di un negozio di diritto italiano che produca gli stessi effetti destinatori e segregativi del ‘trust interno soggetto a diritto straniero’ a muovere coloro che hanno elaborato l’art. 10 (poi 11). Ciò risulta chiaramente dall’obiettivo che nella Relazione viene posto a giustificazione della proposta operazione novellatrice del testo codicistico: l’assenza nell’ordinamento italiano, pur dopo l’introduzione dell’art. 2645-*ter* c.c., di «uno strumento di utilità generale che possa competere con il *trust* [interno di diritto straniero *n. d. r.*]». Ragione questa che induce, altresì, gli autori del testo in esame a denominare la fattispecie da introdurre nel nostro codice *contratto di fiducia* e non *trust*, sebbene tale scelta, come sopra già rilevato, suscita forti perplessità in quanto la locuzione *contratto fiduciario* ovvero *contratto di fiducia* è legata tradizionalmente alle ipotesi che nel testo abbiamo definito di *fiducia* c.d. *segreta* e che, invece, con la novella verrebbe a designare ipotesi di *fiducia* c.d. *palese*, continuando ad avallare la tendenza alla proliferazione dei termini e dei concetti che tanto danno ha portato e continua a portare nonché inducendolo a ritenere che la *fiducia* c.d. *segreta* non possa avere più cittadinanza nel nostro sistema. Cosa questa che menomerebbe non poco l’esercizio dell’autonomia privata in Italia.

Si vede, perciò, come proprio il persistente radicamento dell’idea che di ‘trust interno’ si possa parlare nel nostro ordinamento *soltanto* ove lo si assoggetti a legge straniera, e la considerazione dell’art. 2645-*ter* c.c. in una prospettiva limitata e limitante abbiano generato questa proposta di novellazione ulteriore del codice civile, volta ad affiancare al contratto

di mandato, il *contratto di fiducia* sul modello di quanto avvenuto di recente in Francia²⁴⁵.

Come entrambi questi assunti non siano condivisibili e quanto essi contrastino con la realtà dei dati normativi vigenti in Italia si è tentato di dimostrare nel corso della presente analisi, la quale conduce a negare qualsiasi *horror vacui* e ad ammettere, invece, il ‘trust interno regolato dalla legge italiana’ mediante il ricorso alla combinazione di gruppi di regole vigenti ed operanti nel nostro sistema, interpretate in modo evolutivo nonché estensivo ed analogico, con particolare riguardo alle norme codicistiche sul mandato (interpretate in senso evolutivo e non “recessivo” come fatto finora) e sulle altre figure tipiche di destinazione patrimoniale di fonte negoziale codicistiche ed extracodicistiche; all’art. 2645-ter c.c. ma anche alle regole di fonte giurisprudenziale e derivanti dalla prassi negoziale²⁴⁶.

²⁴⁵ L’esperienza francese, per come si è sviluppata (v. *supra* Cap. II, nota 18) e si va sviluppando, avrebbe dovuto costituire, al contrario, un disincentivo all’adozione in Italia di una legge *ad hoc* sulla fiducia perché l’introduzione di tale fattispecie ha prodotto una serie di problematiche ancora irrisolte a livello sistematico ma soprattutto ha creato uno strumento negoziale che isola la Francia dal contesto internazionale: cfr. E. CALÒ, A. CAPIELLO, *La legge francese sulla fiducie (trust): prospettive e possibilità per una legge italiana*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, p. 452 e ss., i quali mettono in risalto il cammino difficile della *fiducie* francese dal 2007 al 2009, arco temporale in cui il legislatore è intervenuto più volte nel tentativo di smussare gli angoli di una fattispecie troppo chiusa e limitata senza, tuttavia, riuscire, a nostro avviso, a creare una fattispecie realmente competitiva con il *trust* di diritto straniero. Ed, infatti, come gli stessi aa. pongono in luce, la legge francese, uscita dall’ultima modifica del 2009, sembrerebbe soprattutto ristretta all’ambito delle garanzie (c.d. *fiducie-garantie*). Si vedano, inoltre, testi come quelli di J.-P. BÉRAUDO, J.-M. TIRARD, *Le trusts anglo-saxons et le pays de droit civil*, Genève, 2006, dai quali emerge chiaramente come la percezione della diversità del *trust* da parte dei giuristi francesi, in particolare da parte dei professionisti, non possa essere colmata da una legge come quella sulla *fiducie* che ha novellato il *code civil*, e che perciò non vale a risolvere nessun problema: v. *infra*.

²⁴⁶ Giova qui ancora una volta il rinvio a P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, in *Altorilievi* a cura di A. Cernigliaro, Napoli, 2008, in part. pp. 32-34, in cui parla del «giudice come fonte acquisita degli ordinamenti giuridici europei cheché ne dicano le disposizioni preliminari al Codice civile, e della scienza giuridica che soprattutto in

Rilevata *ab origine* l'inutilità di un tale progetto in quanto volto a realizzare risultati che, come si è tentato di porre in luce, sono già realizzati e di cui non è più possibile non prendere atto, non resta che esporre quali potrebbero essere le conseguenze della prospettiva adottata dai promotori dell'art. 10 (poi 11) sul nostro ordinamento.

In primo luogo, si deve tenere conto del fatto che la novellazione proposta non solo *non* modifica l'art. 2645-ter c.c. ma, del pari, non incide sull'art. 2740 c.c., inducendo a ritenere che il *contratto di fiducia* si andrebbe ad introdurre tra le ipotesi eccezionalmente previste di limitazione di responsabilità patrimoniale, cosa che contrasterebbe con l'ampiezza della previsione contenuta nell'art. 2645-ter c.c., riducendone enormemente (ed immotivatamente!) la portata ed il significato. Insensatezza questa che, infatti, verrebbe ad essere superata – a detta dei *rumors* attualmente circolanti – solo con l'abrogazione dell'art. 2645-ter c.c. che, tuttavia (va sottolineato), non è espressamente prevista nel disegno di legge e che, dunque, dovrebbe essere prevista in un momento successivo (quando?). Anzi: nell'ultima discussione sul testo del disegno di legge delega pare sia stato paventato l'inserimento nella lett. *n*), co. 6, art. 11 della disposizione relativa alla necessità di prevedere norme di coordinamento con l'art. 2645-ter, sebbene non sia facile capire come ciò avrebbe potuto essere effettivamente realizzato!

In ogni caso, se l'art. 2645-ter c.c. fosse abrogato, la dottrina avrebbe senz'altro abdicato definitivamente dal suo ruolo volto istituzionalmente a collocare i dati normativi in un quadro ermeneutico evolutivo e compositivo di contrasti apparenti, mostrando come le «guerre di religione»²⁴⁷

Europa costruisce prima e oltre il legislatore», il quale, però – ci sembra – fatica a tenerne conto!

²⁴⁷ Questa l'espressione, a nostro avviso appropriata, utilizzata da I. PAGNI, *Trust e processo*, cit., p. 587, per definire l'assenza di sereno confronto da parte degli autori sull'interpretazione dell'art. 2645-ter c.c. e, in generale, sulla figura del *trust*, a tal punto da impedire una collocazione nel sistema del processo, senza incertezze eccessive, di quella particolare forma di destinazione con effetto di separazione che si vorrebbe realizzata attraverso il *trust*, particolarmente quello cosiddetto interno.

intestine non possano che condurre alla scomparsa dal (nostro) sistema di norme che, ove bene interpretate, non sarebbero certo temute o disprezzate dagli operatori del diritto ma, al contrario, da essi applicate con successo e soddisfazione.

Ed, invece, ben lungi dal comporre antinomie e risolvere problemi l'art. 10 (poi 11) moltiplica i binari della destinazione patrimoniale, confondendo le acque (e le idee). Dalla lettura del testo risulta, infatti, la creazione di un regime di destinazione autonomo per i *mobili* e di un doppio regime a binario parallelo – atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* e contratto di fiducia – per gli *immobili*. Tale, infatti, si presenterebbe lo scenario ove fosse approvato il disegno di legge e non fosse abrogato l'art. 2645-ter c.c. Ma, lasciando da parte, questa possibilità, è interessante notare come il contratto di fiducia previsto nel disegno di legge si configuri e produca gli stessi effetti che ormai da tempo si attribuiscono al *trust* interno e che, quantomeno dall'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c., si vanno attribuendo all'atto di destinazione.

Accogliendo la prospettiva delineata nel presente lavoro, secondo la quale il '*trust* interno' è, in realtà, '*trust* di diritto interno', gli effetti ad esso propri e ben delineati già nel testo convenzionale ma deducibili chiaramente dal combinato disposto delle norme italiane sul mandato e sull'atto di destinazione, sono già regolati nel nostro ordinamento (v. *supra* par. 3) e non si vede dunque ragione alcuna di elencarli, nuovamente, uno per uno (cfr. art. 10 – poi 11 – co. 6, lett. a), lett. c), n. 1)²⁴⁸, attribuendoli ad una fattispecie diversa (il *contratto di fiducia*) da quella (il *trust*/atto di destinazione) già operante nel nostro sistema, riconosciuta ampiamente dalla prassi e dalla giurisprudenza²⁴⁹. Allo stato attuale, que-

²⁴⁸ Il disegno di legge delega prevede che vengano sanciti, quali effetti del «contratto», la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario nonché l'opponibilità del «contratto» ai terzi e ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti e i beni che costituiscono oggetto della fiducia; venga escluso, qualora il fiduciario sia una persona fisica, che i diritti e i beni oggetto del rapporto siano parte della comunione legale tra coniugi o cadano in successione. Tutti effetti già ampiamente previsti e regolati dalle norme vigenti: v. *supra* par. 1, 3.

²⁴⁹ Ed, infatti, il ceto notarile chiaramente percepisce il contratto di fiducia con-

ste ultime, come già suggerito, dovrebbero solo “correggere”, per così dire, “il tiro”, eliminando la clausola di stile (priva di rilevanza giuridica se non addirittura nulla: v. *supra* Cap. II, par. 1), della sottoposizione della fattispecie di trust/atto di destinazione a legge straniera per giungere ai risultati cui mira il disegno di legge delega il cui ricorso ad un *nomen* diverso (contratto di fiducia) per indicare il trust *interno* non conduce – come già si è tentato di porre in luce (v. *supra* par. 1) – ad una fattispecie diversa.

Discorso analogo potrebbe farsi riguardo alla previsione contenuta nell’art. 10 (poi 11), co. 6, lett. *f*), che delega al Governo la disciplina dell’*opponibilità* ai terzi aventi causa delle eventuali limitazioni apposte ai poteri del fiduciario e l’obbligo di rendiconto, dato che regole su questi aspetti (opponibilità, in particolare) sono già presenti nel nostro sistema (trascrizione per atti di destinazione immobiliari; data certa per destinazione mobiliare: v. *supra* par. 3) mentre per la disciplina del rendiconto il riferimento va alle norme sul mandato e alla prassi dei ‘*trust interni*’, certo non sostituibile neppure con la più dettagliata delle normative.

Il disegno di legge delega prevede, poi, una fattispecie contrattuale *tout court* quando, invece, il trust/atto di destinazione nella configurazione auto-dichiarata ha una struttura diversa, unilaterale (v. *supra* par. 1). Eppure di questo problema di identificazione della struttura dell’atto posto in essere (da cui possono discendere alcune rilevanti diversità disciplinari: v. *supra* par. 1, 2), nel testo del disegno di legge non si tiene alcun conto perché, pur prevedendo la possibilità della fiducia auto-dichiarata cioè unilaterale (art. 10 – poi 11 – co. 6, lett. *n*), non si prevede a distinguerla dalla fiducia contrattuale e ci si limita ad estendere ad essa la disciplina della fiducia contrattuale, cosa che deriva, in linea generale, dall’art. 1324 c.c. e di cui, quindi, la norma attuativa della delega sarebbe

templato nel disegno di legge delega come identico al trust. A. BUSANI, *Trust in versione flessibile*, cit., là dove scrive che la definizione del contratto di fiducia come contratto con cui «il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell’interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili» ricorda in tutto e per tutto i contenuti e le caratteristiche di un vero e proprio *trust*.

un inutile doppione. Del pari non si sottolinea la diversità di struttura in caso di fiducia testamentaria (art. 10 – poi 11 – co. 6, lett. *m*), che pure si ammette, facendo salvo il disposto dell'art. 627 c.c., cosa che allo stato risulta pacifica (e che rientra, come detto, nella diversificazione tra fiducia palese e fiducia segreta), e la cui espressa previsione appare, dunque, anche in questo caso innecessaria.

Avendo, poi, riguardo alle modalità di formazione del «contratto di fiducia», si vede come sia stata imposta *a pena di nullità* la forma pubblica o la scrittura privata autenticata non solo per il contratto di fiducia avente ad oggetto beni immobili ma anche per quello avente ad oggetto beni *mobili*, prevedendo, poi, nel caso di *denaro*, anche la *consegna* del medesimo al fiduciario (mediante versamento dell'intero importo in un deposito o conto corrente nella *disponibilità del/intestato* al fiduciario): art. 10 – poi 11 – co. 6, lett. *b*), lett. *c*), n. 2.

In altre parole, ove si attuasse la delega nei termini espressi dal presente disegno di legge, nel nostro ordinamento non solo sarebbe introdotto un onere formale a pena di nullità (attualmente mancante dato che – come si è cercato di sostenere *supra* par. 3 – l'atto pubblico contemplato nell'art. 2645-ter c.c. è un onere formale a fini pubblicitari e non a pena di nullità) per i contratti fiduciari aventi ad oggetto immobili, con conseguente diversificazione, in senso penalizzante per i contratti di fiducia immobiliari rispetto agli altri contratti aventi ad oggetto immobili (es.: vendita) ma, soprattutto, verrebbero ad essere introdotti, in deroga a tutte le norme vigenti, oneri formali molto gravosi per i contratti fiduciari aventi ad oggetto beni *mobili* e ciò in contrasto con le norme attualmente vigenti che, al contrario, non prevedono, affatto, limiti di tal genere e consentono una destinazione mobiliare a forma libera per la cui opponibilità ai terzi è richiesta soltanto la data certa (ai sensi dell'art. 2704 c.c.: v. *supra* par. 3)²⁵⁰.

²⁵⁰ Sulla destinazione mobiliare, al massimo, può auspicarsi un intervento legislativo semplicemente confermativo delle ben note (a chi le vuole vedere) regole già esistenti, per facilitare chi non ha dimestichezza con le tecniche interpretative e necessita di un decalogo di precetti.

Per i trasferimenti di *denaro*, a ben vedere, le maglie si stringono ancora di più, perché non solo è prevista la forma pubblica a pena di nullità (e già questo costituisce un fatto eccezionale che avvicina il «contratto di fiducia» solo alla donazione ovvero alle convenzioni matrimoniali) ma è, altresì, prevista, ai fini del perfezionamento del contratto e della produzione dei suoi effetti, la *consegna* di tutto il denaro oggetto del contratto con conseguente sovrapposizione dell'onere della forma pubblica, di regola previsto per i contratti consensuali, all'onere della consegna, che, di regola, vale a supplire alla mancanza di una forma scritta e a rendere il contratto non più consensuale ma *reale*. L'ibrido cui darebbe luogo l'attuazione della delega lascia perplessi non foss'altro per la forte limitazione di operatività della fiducia c.d. palese nell'ambito della destinazione mobiliare ma anche per i problemi di compatibilità con la disciplina oggi vigente contenuta negli artt. 1706, 1707, 2914, 2915 c.c. sopra già esaminati e dai quali scaturisce una disciplina della destinazione mobiliare, denaro compreso, completamente differente da quella presente nel disegno di legge delega e – ci pare – più appetibile anche da un soggetto di nazionalità diversa.

Consapevoli dell'incisione profonda che questa regolamentazione del «contratto di fiducia» va a produrre sull'assetto normativo vigente appaiono, infatti, gli stessi redattori del progetto di legge come dimostra il contenuto delle lett. *o*), *p*), *q*), *r*) dell'art. 10 (poi 11) co. 6, in cui si prevede una delega al Governo a dettare norme di coordinamento e/o di *deroga* [!] a numerosi complessi di regole attualmente vigenti nel nostro ordinamento in materia di: tutela dei creditori²⁵¹, contratto a favore di terzi²⁵², cessione dei crediti futuri, strumenti finanziari, antiriciclaggio, antimafia, conflitto di interessi e tutela dell'ordine pubblico [!]. E ancora: si prevede la possibilità di derogare alle norme fiscali che contemplano espressamente il trust, da una parte, e il negozio fiduciario, dall'altra, nonché alla

²⁵¹ Forse in questa previsione rientra la possibilità di incidere sull'art. 2740 c.c.?

²⁵² Che, al contrario, come detto *supra* par. 1, 3, rappresenta un fondamentale punto di riferimento disciplinare per il trust di diritto interno.

disciplina del fallimento, imponendo (addirittura) di formulare delle regole che consentano al curatore fallimentare di concludere il contratto di fiducia al fine di agevolare il riparto dell'attivo tra i creditori (cosa che risulta allo stato già ammessa dai nostri giudici mediante ricorso al trust²⁵³). Un ulteriore deroga, piuttosto eclatante, è prevista anche rispetto alle norme sulla successione necessaria nel caso di contratto fiduciario con scopo assistenziale in favore di beneficiario disabile (art. 10 (poi 11), co. 6, lett. d), n. 2)²⁵⁴.

Ma proprio la vastità di tale potere di “coordinamento” e, soprattutto, di *deroga* a moltissimi complessi disciplinari vigenti induce a riflettere sull'opportunità di introdurre una novella di tal fatta, la quale andrebbe a “sconvolgere” il sistema che, invece, in base a quanto tutto fin qui detto, appare allo stato decisamente “accogliente” per le fattispecie di destinazione patrimoniale mobiliare ed immobiliare²⁵⁵ e non si vede dunque perché si preferisca rivoltarlo da capo a piedi invece di limitarsi ad

²⁵³ Cfr. Trib. Bologna, decr., 2 marzo 2010, cit.

²⁵⁴ Tale deroga ci appare decisamente priva di ragionevolezza perché, nel tentativo di tutelare il disabile, introduce un regime di disparità di trattamento tra i legittimari che si presta a notevoli abusi, soprattutto là dove ponga attenzione alle fitte nubi che si addensano sul concetto di disabilità (fisica o psichica o entrambe?) ma anche al fatto che per nessun altra fattispecie con scopi assistenziali è prevista la possibilità di derogare alle norme sulla legittima e ciò creerebbe una corsa al «contratto di fiducia» per scopi in senso lato, assistenziali e liberali, che potrebbe alterarne la funzione e il corretto funzionamento per non parlare poi del fatto che tra due figli, uno disabile e l'altro abile ma privo di sostegno economico perché licenziato o altro, non si ravvedono differenze rilevanti al fine di stabilire un *favor* per il disabile. Anzi, paradossalmente, a seconda del tipo di disabilità, il disabile potrebbe trovare più facilmente un impiego dell'abile in forza dell'applicazione delle norme a tutela di determinate categorie di soggetti. Il più bisognoso, dunque, sarebbe l'abile che, invece, per il solo fatto di essere tale si vedrebbe privato ovvero decurtato della quota di legittima e che dire del coniuge superstite economicamente dipendente? Come da noi detto in altro contributo (Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Pers. fam. succ.*, 2009, p. 540) è questione sommamente delicata e perigliosa l'alterazione delle regole attualmente vigenti sulla quota di legittima.

²⁵⁵ È parte della dottrina a sostenere il contrario: v. *supra* Cap. II, par. 3.

offerirne un'interpretazione un po' meno faziosa e, soprattutto, un po' meno condizionata da concezioni ormai (gravemente) datate.

Considerazioni simili possono farsi con riguardo alla «contratto di fiducia» a scopo di *garanzia* che rappresenta, indubbiamente, una delle «emergenze» dei promotori del disegno di legge delega, come risulta dalle numerose disposizioni ad esso dedicate (art. 10 – poi 11 – co. 6, lett. *d*), n. da 1 a 1.5), le quali, tuttavia, contengono regole, per la quasi totalità, deducibili dalle norme vigenti in materia di garanzie reali e personali (in particolare, la fideiussione), dalle regole normative e giurisprudenziali del contratto autonomo di garanzia, dalla regola normativa del divieto del patto commissorio, dalla regola giurisprudenziale di ammissibilità del patto marciano e, più in generale, dai principi che regolano i rapporti di garanzia nel nostro ordinamento, fondati sulla determinazione o determinabilità dei crediti garantiti, del valore e dell'identità dei beni dati a garanzia (si pensi all'ipotesi, non solo teorica, del pegno c.d. rotativo), del divieto per il creditore di ottenere un lucro mediante la riscossione (in senso atecnico) della garanzia ecc.²⁵⁶

Le previsioni del testo in esame appaiono, essenzialmente, *non* necessarie in quanto nell'attuale sistema privatistico italiano un trust con scopo di garanzia ben può assumere la configurazione indicata nel disegno di legge delega che, anzi, appare più restrittiva sotto alcuni aspetti (es: qualifica professionale o imprenditoriale del fiduciante; limiti di valore dei beni dati in garanzia, sostitutivi rispetto a quelli sostituiti), se confrontata con quella assunta dal *trust di garanzia* già operante nella prassi e riconosciuto dalla giurisprudenza come rilevato *supra* nei precedenti paragrafi (v. anche Trib. Firenze, 6 settembre 2008, in TAF, 2009, p. 549).

²⁵⁶ L'unica previsione interessante è quella che riguarda la possibilità che la fiducia sia destinata a garantire debiti diversi da quelli per cui era stata originariamente costituita, ove ciò sia previsto dall'atto costitutivo e si tratti di crediti già sorti o che sorgeranno entro un certo tempo. Ma, a ben vedere, anche questa previsione è superflua perché rientra senz'altro nell'esercizio dell'autonomia contrattuale e nell'estensione del concetto di surrogazione che governa la destinazione patrimoniale anche a scopo di garanzia, riguardando essa non solo i beni dati a garanzia ma anche i crediti garantiti.

Assolutamente poco ragionevole è, poi, l'elenco fitto e dettagliato di tutto quanto si dovrebbe prevedere nel provvedimento attuativo della delega riguardo al contratto di fiducia (art. 10 – poi 11 – co. 6, lett. da *e*) a *i*) perché questa griglia così fitta di regole contrasta decisamente con la natura c.d. autarchica del trust (vale a dire del «contratto di fiducia») che nel presente lavoro si è tentato di evidenziare. Ma contrasta, ci sembra, anche con l'impostazione generale della disciplina delle fattispecie contrattuali tipiche, codicistiche ed extracodicistiche nel nostro sistema. Esse presentano, nella maggior parte dei casi, una disciplina a maglie larghe, da combinarsi con le regole generali sul contratto contenute nel Titolo II del Libro IV.

Per fare solo un esempio di quanto si va dicendo, la previsione contenuta nel disegno di legge che consente di sciogliere il contratto di fiducia per volontà unanime di tutti i beneficiari, purché pienamente capaci di agire, ben si deduce già dalla qualificazione – sopra espressa – del trust/atto di destinazione come fattispecie contrattuale di diritto italiano di cui i beneficiari (come il guardiano o altre figure) possono essere non più *terzi in favore di* ma *parti* in senso tecnico, con anche un ruolo privilegiato per consenso unanime di tutti i contraenti. Non si ravvede, dunque, nulla di straordinario nell'attribuire loro la facoltà di sciogliere il contratto di fiducia di comune accordo (e ciò anche ove restassero “terzi”, dato che): un contratto di diritto italiano può essere sciolto in tutti i modi previsti dalle parti al momento della sua conclusione oltre che per mutuo consenso di tutti i contraenti (art. 1372 c.c.).

La disposizione che, invece, suscita le maggiori perplessità è quella contenuta nell'art. 10 – poi 11 – co. 6, lett. *l*), la quale impone al governo di «determinare i casi in cui gli effetti del contratto di fiducia possono derivare dalla sentenza del giudice». Cosa si intenda dire con questa formulazione non è chiaro. Viene da chiedersi se l'allusione²⁵⁷ sia ai *constructive trust* ovvero, più semplicemente, ai provvedimenti di (in senso lato) volontaria giurisdizione già adottati dai nostri giudici e nel corso di

²⁵⁷ *Very british*, come è stata definita dal notaio A. Busani nel contributo già citato.

questa analisi più volte citati²⁵⁸. Non è dato sapere perché il testo della Relazione non provvede a dissipare i dubbi. In ogni caso, ove si trattasse della prima ipotesi, non può evitarsi di restare fortemente perplessi di fronte ad un disegno di legge delega che in poco meno di una riga crea una breccia nel sistema italiano di enorme portata (ben maggiore di quella – eventualmente – creata dall’operatività del trust italiano quale fattispecie negoziale atipica). È lecito, infatti, dubitare sulla presenza nei proponenti il testo del disegno di legge delega di un’effettiva consapevolezza di cosa significhi consentire al giudice italiano di qualificare un soggetto trustee di un altro, contro la sua volontà, in deroga a tutte le regole sulla circolazione dei beni e sull’opponibilità degli atti negoziali che li riguardano ai creditori e terzi aventi causa, regole che si è cercato di esporre nel precedente paragrafo, enucleandole dalle norme vigenti. Certamente tutto si può fare ma l’impatto sul sistema sarebbe tale da meritare un’attenzione maggiore.

In conclusione va posto in risalto come la contestuale vigenza nel nostro sistema della novella sul «contratto fiduciario» e dell’art. 2645-ter c.c. farebbe convivere *fiducia tipica di diritto italiano* e *fiducia atipica sempre di diritto italiano*, nella quale ultima potrebbe convertirsi la prima con l’applicazione dell’art. 1424 c.c. in caso di eventuale nullità del contratto di fiducia, ad esempio, per mancanza della forma richiesta *ad substantiam actus*. Si vede, chiaramente, come ciò accrescerebbe la confusione, invece, di diminuirla, senza contare poi, la possibilità (piuttosto realistica) della permanenza nel nostro sistema del *trust* soggetto a legge straniera: perché, infatti, dovrebbe scomparire visto che la proposta di novella lo mantiene distinto dal «contratto di fiducia»?

D’altra parte, la già accennata soluzione volta all’eliminazione della norma sugli atti di destinazione (per noi identificabili con i trust interni) da pochi anni introdotta nel nostro ordinamento, darebbe – come detto – un segnale chiaro di incapacità della scienza giuridica di relativizzare e, poi, bandire, esorcizzandole, le contrapposizioni concettuali

²⁵⁸ Cfr. *supra* note 230 e 231.

mediante l'adozione di metodi comparativi sofisticati, guidati dall'intento di «unificare i modelli di conoscenza del diritto». Questo passo, ove compiuto, renderà agevole l'uniformazione delle soluzioni legali²⁵⁹ e, auspicabilmente, aprirà la strada verso un'interpretazione delle norme vigenti nei diversi ordinamenti, ispirata, tra l'altro, ad una «giustizia sostanziale»²⁶⁰ in grado di farsi *bumus* di visioni ampie, flessibili e accoglienti dei diritti privati nazionali e dei loro istituti che sono oggi, inarrestabilmente, circolanti.

²⁵⁹ Quelle parafrasate nel testo sono parole di R. SACCO, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., che giunge anche a considerare come i libri e la scuola illudano i giuristi, radicando in loro l'idea di presunte differenze tra i sistemi giuridici, in realtà inesistenti. Come esempio l'a. illustra proprio le regole di circolazione dei beni mobili nei diversi Paesi europei, arrivando a dire che l'uniformazione in sé, una volta unificati i modelli di conoscenza potrebbe risultare addirittura superflua o comunque non indispensabile. Da parte nostra riteniamo che l'unificazione dei modelli di conoscenza porterà, per così dire, naturalmente all'unificazione dei modelli operativi come dimostrano i lavori di redazione tutt'ora in corso sia del *Code Européen des contrats* sia, seppure con diversità rilevanti, del *Draft of Common frame of Reference*, opere entrambe, non a caso, di matrice prevalentemente dottrinale.

²⁶⁰ Questa la direttiva indicata da C.M. BIANCA, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia sostanziale*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *Il diritto tra universalismo e particolarismo* a.a. 2009-2010, in corso di pubblicazione.

Nota bibliografica

- AA.VV., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno di Roma del 29 novembre 2009, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2010.
- AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Atti dei Convegni di Rimini 1° luglio 2006 e di Catania 11 novembre 2006, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007.
- AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007.
- ADDUCCI E., DI ZILLO A., *Donazioni, Atti di liberalità, Negozi a titolo gratuito*, Ravenna, 2008.
- ATELLI M., *Art. 2645-ter c.c.: ma è vero trust?*, in *Obb. contr.*, 2006, p. 463.
- BARLA DE GUGLIELMI E., *Interposizione fiduciaria di persona. Spunti comparatistici*, in *TAF*, 2009, p. 262.
- BARRIÈRE F., *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza*, in *TAF*, 2008, p. 124.
- BARTOLI S., *Trust interno e liberalità non donativa*, Atti del Convegno *Liberalità non donative e attività notarile*, Napoli 13 ottobre 2007, *IlSole24ore*, 2008, p. 60.
- *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645-ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1297.
- *Il trust*, Milano, 2001.
- BARTOLI S., GRAZIADEI M., MURITANO D., RISSO L.F., *I trust interni e le loro clausole*, a cura di E. Q. Bassi, F. Tassinari, Consiglio nazionale del notariato, I edizione fuori commercio, Roma, 2007.
- BARTOLI S., MURITANO D., *Note sul trust interno*, in *Notariato*, 2009, p. 43.
- *Le clausole dei trusts interni*, in *Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Torino, 2008.
- *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, in E.Q. Bassi, F. Tassinari

- (a cura di), *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio nazionale del notariato, I ed. fuori commercio, Roma, 2007, p. 93.
- BASSI E.Q., TASSINARI F. (a cura di), *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio nazionale del notariato, I ed. fuori commercio, Roma, 2007.
- BAVILA A., *La residenza del trust nei trattati contro le doppie imposizioni e il ruolo dei soggetti diversi dal trustee*, in *TAF*, 2008, p. 590.
- BENEDETTI A.M., GRONDONA M., *Formalismi e rilevanza della parola data: resulting trust e pactum fiduciae a confronto*, in *TAF*, 2008, p. 620.
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- BENVENUTI P., *Il diritto internazionale privato*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano 2007, p. 158.
- BÉRAUDO J.-P., TIRARD J.-M., *Le trusts anglo-saxons et le pays de droit civil*, Genève, 2006.
- BERTI-RIBOLI E., GANADO M., *La legge di Malta sui trust - L'introduzione del trust nel diritto civile maltese*, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, n. 7, Milano, 2007.
- BIANCA C.M., *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia sostanziale*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, a.a. 2009-2010, Napoli, 2010, in corso di pubblicazione.
- *Conclusioni*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter c.c.*, Milano, 2007, p. 194.
 - *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, Milano, 2002, p. 35.
 - *Il contratto*, *Diritto civile* III, Milano, 2000.
 - *La proprietà*, *Diritto civile* VI, Milano, 1999.
- BIANCA M., *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, in Aa.Vv., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno di Roma del 29 novembre 2009, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2010, p. 106.
- *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, p. 557.
 - *Gli atti di destinazione patrimoniale*, *Lectio eccellente*, Scuola di Specializzazione delle Professioni Legali, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Napoli Suor Orsola Benincasa, 15 maggio 2009, reperibile sul sito www.unisob.na.it.
 - *Atti di destinazione ed attuazione del vincolo*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio, Milano, 2008, p. 199.

- *Atti di destinazione ed attuazione del vincolo*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio, Milano, 2008, p. 199.
 - (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, Milano, 2007.
 - *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, III, p. 189.
 - *La fiducia attributiva*, Torino, 2002.
 - *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Biblioteca giuridica raccolta da G. Alpa e P. Zatti, Padova, 1996.
- BIANCA M., D'ERRICO M., DE DONATO A., PRIORE C., *Atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006.
- BIRKS P. (edited by), *English private law*, I, II, Oxford, 2000.
- BRAUN A., *Trust interni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 590.
- BROGGINI G., «Trust» e fiducia nel diritto internazionale privato, in *Europa dir. priv.*, 1998, I, p. 399.
- BURROWS A. (edited by), *English Private Law*, Oxford, 2007.
- BUSANI A., *Trust in versione flessibile*, in *IlSole24ore*, 24 febbraio 2010, p. 35.
- CACCAVALE C., *Il trust nella prospettiva notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, I, p. 213.
- CALÒ E., *La responsabilità del notaio per l'applicazione del diritto straniero*, in *Notariato*, 2009, p. 545.
- CALÒ E., CAPIELLO A., *Modifiche alla legge sulla fiducie (trust) in Francia: prospettive e possibilità per una legge italiana*, in *Fam., Pers., Succ.*, 2010, p. 452.
- CALVO R., *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 51.
- CAGGIANO I. A., *Tutela del credito e tutela della proprietà con riguardo alla circolazione del denaro*, in *XI Incontro nazionale coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Rubettino, 2010, p. 125.
- *Il denaro tra proprietà e credito: le logiche dell'appartenenza*, in *Contr. Impr.*, 2009, p. 517.
 - *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazioni e rimedi*, in *Dir. Giur.*, 2006, pp. 453.
- CANDIAN A., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 1805.
- CANTIN CUMYN M., *The trust in a civilian context: the Quebec case*, in *J. Inter. Trust Corp. Planning*, [1994] 3, p. 69.
- CAPOZZI G., *Contratto a favore di terzo. Effetti reali. Ammissibilità. Regime fiscale*, in *Vita not.*, 1973, p. 995.
- CARBONE S. M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, 5^a ed., Torino, 2006.

- Trust *interno e legge straniera*, in M. Dogliotti e A. Braun (a cura di), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, p. 28.
- *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 778.
- CARIOTA FERRARA L., *Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 329.
- CARNEVALI U., voce *Negoziio giuridico III) Negoziio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.
- CARRARO L., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947 (rist. 1983).
- CASSONI G., *Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 753.
- CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 1323.
- *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 441.
- CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, II, III, Milano 2007.
- CATALANO I., *Atti di destinazione e capacità contributiva*, Intervento alle *Lezioni di diritto tributario* organizzate da F. Fichera, Suor Orsola Benincasa, 18 giugno 2010.
- CIOFFI C.B.N., *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008.
- COHEN M.L., OLSON K.C., *Legal Resarch in a nutshell*, 9th ed., St. Paul-Minnesota, 2007.
- CONDÒ G., *L'art. 2645-ter c.c.*, Intervento al Corso di Alta Formazione sul Trust, Feltre-Castelbrando, 13-15 marzo 2008, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>.
- CONTALDI G., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001.
- *Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella giurisprudenza inglese*, in *TAF*, 2008, p. 469.
- CORAPI D., *Introduzione a Chevalier Cheshire, Il concetto di trust secondo la Common Law inglese*, Torino, 1998 (rist. anastatica della 1^a ed., Milano, 1933).
- COSTANTINO M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967.
- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981.
- DELLA VALLE E., *Brevi note in tema di fiscalità del trust*, in *Giur. it.*, 2008, II, p. 2899.
- DE NOVA G., (a cura di) *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009.
- *Il contratto alieno*, Torino, 2008.
- *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio-II*, in *TAF*, 2000, p. 475.
- *Esegesi dell'art. 2645-ter codice civile*, <http://www.scuoladinotariatodellalombardia.org/Relazioni/de%20nova.doc>.
- *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

- DE SANCTIS F., *Vita, Diritto, Proprietà: una contrapposizione tra antico e moderno*, Napoli, 2009.
- *Oltre l'ipocrisia egalaritaria. Il liberalismo ha radici antiche?*, Napoli, 2009.
- DE WAAL M. J., *The core elements of the trust: aspect of the English, Scottish and South African trusts compared*, in *South African L. J.*, [2000] 117, p. 548.
- Trust law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* edited by J. M. Smits, Cheltenham (UK)- Northampton (MA, USA), 2006, p. 755.
- DI CIOMMO F., *Per un teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 630.
- DI COSTANZO L., *Il trust in Italia: problemi ricostruttivi e profili applicativi*, in *Annali facoltà di Economia di Benevento*, 2007, fasc. 12, pp. 9-30.
- *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, Napoli, 2005.
- DI LANDRO A. C., *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, I, p. 584.
- DI PROFIO M. C., *Trust e tutela dei soggetti deboli: un primo richiamo all'art. 2645-ter c.c.* (Nota a T. Genova, 14 marzo 2006, P. R.), in *Giur. mer.*, 2006, p. 2645.
- DI RAIMO R., *Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, IV, p. 945.
- DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2654-ter c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1257.
- DITTRICH L., *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1193.
- DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.
- FALZEA A., *Indirizzi di salute*, in Aa.Vv., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno di Roma del 29 novembre 2009, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2010, p. 18.
- *Riflessioni preliminari*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 7.
- *Introduzione e considerazioni conclusive*, in Aa.Vv., *Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 23.
- FASANO N., MALINCONICO G., *La residenza del trust*, in *TAF*, 2008, p. 372.
- FOCOSI M., *Trust e diritto di famiglia: analisi di alcuni casi pratici*, in *TAF*, 2008, p. 585.
- FRANCESCHELLI R., *Il "trust" nel diritto inglese*, Padova, 1935.
- FRANCESCHINI B., *Ruolo e responsabilità del notaio*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007, pp. 95-103.

- FRANSONI G., *La soggettività dei trust*, in AA.Vv., *I professionisti e il Trust, Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia"* – Milano 2008, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, Milano, 2009, p. 57.
- *L'individuazione dei beneficiari e il regime della "trasparenza"*, in AA.Vv., *Teoria e pratica della fiscalità dei trust* a cura di G. Franson e N.L. de Renzis Sonnino, Milano 2008, p. 35.
 - *La residenza del trust*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 2582.
 - *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, p. 227.
- FRIGESSI DI RATTALMA M., *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel Regolamento comunitario* n. 44/2001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 783.
- FURGHUELE G., *La fiducia e il problema dei limiti del sistema*, in F. Alcaro e R. Tomasini (a cura di), *Mandato fiducia e trust*, Milano, 2003, p. 17.
- FUSARO A., *Responsabilità del notaio per le conseguenze fiscali dell'atto*, Intervento al Corso di Alta Formazione sul Trust, Feltre-Castelbrando, 13-15 marzo 2008, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>.
- GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 321.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009.
- *La fiducia romanistica*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, p. 189.
 - *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 197.
- GALLUZZO F., *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 695.
- GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *TAF*, 2007, p. 169.
- voce *Trust*, in *Dig. IV*, Disc. priv., Sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 467.
 - *Trusts in Continental Europe, Aequitas and equity: Equity in civil law and mixed Jurisdictions* edited by A.M. Rabello, Jerusalem, 1997, p. 777.
 - *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in I. Beneventi (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996.
 - *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995.
- GATT L., *Convenzioni matrimoniali: verso il superamento dell'orientamento dominante della Cassazione*, in *Pers. Fam. Succ.*, 2009, p. 907.
- *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Pers. fam. succ.*, 2009, p. 540.
 - *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Dir. giur.*, 2005, p. 499.
 - *L'ammontare della liberalità*, in *Scritti in onore di A. De Cupis* a cura di C.M. Bianca, Milano, 2005, p. 95.

- *La liberalità*, II, Torino, 2005.
- *La liberalità*, I, Torino, 2002.
- GAZZONI F., *Osservazioni*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 224.
- *Manuale di diritto privato*, ed. X, Napoli, 2003; ed. XIII, Napoli, 2007; ed. XIV, Napoli, 2009.
- *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 165 nonché in www.judicium.it
- *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 11.
- *In Italia tutto è permesso anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247.
- *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 62.
- GEMMA A., *Relazione*, tenuta durante l'Incontro *Opinioni a confronto*, organizzato dai proff. Paolo Pollice e Biagio Grasso, 30 novembre 2009, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Federico II", reperibile nella cartella "materiale didattico" della pagina web del prof. Paolo Pollice www.docenti.unina.it/paolo.pollice .
- *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005.
- GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p.1.
- GETZLER J., *Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, [2009] 10, p. 355 [www.bepress.com].
- *Legislative incursions into modern trusts doctrine in England: The Trustee Act 2000 and the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Global Jurist Topics*, [2002] 2, Iss. 1, Article 2, p. 12 [<http://www.bepress.com/gj/topics/vol2/iss1/art2>]
- GIULIANI F. M., *Il trust "interno" (regolato da una "legge trust")*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 434.
- GLENN H. P., *The historical origins of the trust*, in *Aequitas and equity: Equity in civil law and mixed Jurisdictions* edited by A.M. Rabello, Jerusalem, 1997, p. 749.
- GRAJZL P., DIMITROVA-GRAJZL V., *The Choice in the Lawmaking Process: Legal Transplants vs. Indigenous Law*, in *Review of Law & Economics*, [2009] 5, Iss. 1, Article 26, p. 615.
- GRASSETTI C., *Il negozio fiduciario nel diritto privato* (Testo della relazione tenuta il 5 maggio 1984 in occasione del venticinquesimo anniversario della Scuola del Notariato di Genova) con prefazione di U. Carnevali, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 625.

- *Donazione modale e donazione fiduciaria*, Milano, 1941.
- *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345.
- *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548.
- GRAZIADEI M., *Trust, confidenza fiducia*, in R.H. Helmholz, V. Piergiovanni (a cura di), *Relations between the ius commune and English law*, Rubettino, 2009, p. 223.
- "Constructive trust" e intestazione di beni in nome altrui, in *TAF*, 2001, p. 183.
- *The Development of fiducia in Italian and French Law from the 14th century to the End of the Ancien Régime*, in R. Helmholz, R. Zimmermann (a cura di), *Itinera fiducia. Trust and Treuband in Historical Perspective*, Berlin, 1998, p. 327.
- *Agency e Trust*, in I. Beneventi (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 447.
- *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995.
- GRAZIADEI M., PENE VIDARI F., "Constructive trust" e intestazione di beni in nome altrui, in *TAF*, 2001, p. 183.
- GRAZIADEI M., RUDDEN B., *Il diritto inglese dei beni ed il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 458.
- GRETTON G. L., "Trust without equity", in *Inter. Comp. Law Quarterly*, [2000] 49, p. 599.
- GROSSI P., *La proprietà e le proprietà, oggi*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Atti del X incontro nazionale a cura di G. Collura, Milano, 2009, p. 2.
- *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, in *Altorilievi* a cura di A. Cernigliaro, Napoli, 2008.
- *Società, Diritto, Stato*, Milano, 2006.
- *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006.
- *Storicità del diritto*, Lezione Magistrale della Scuola di Specializzazione delle Professioni Legali dell'Università degli Studi di Napoli Federico, Napoli, 2006.
- *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002.
- *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.
- *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992.
- "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1976.
- GUIZZI G., *Mala gestio dello specifico affare del patrimonio destinato e responsabilità degli amministratori. Profili sistematici*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 379.

- HAYTON D.J., *The nature and the constitution of trusts: the scottish law commission's proposals*, in *TAF*, 2008, p. 135.
- HAYTON D.J., KROTMANN S.C.J.J., VERHAGEN H.L.E. (edited by), *Principles of European Trust Law*, I, The Hague, 1999.
- HAYTON D.J., MITCHELL C., *Hayton & Marshall: Commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, 12th ed., London, 2005.
- HELMHOLZ R., ZIMMERMANN R. (edited by), *Itinera fiduciae. Trust and Treuband in historical perspective*, Berlin, 1998.
- IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova 2003.
- IRTI N., *Significato giuridico dell'effettività*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *L'effettività*, a.a. 2008-2009, Napoli, 2009.
- Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.
- *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.
 - *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289.
 - *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990.
 - voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 1094 ss. e in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984.
- IUDICA G., *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 867.
- *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 80.
- JAEGER P. G., *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.
- KNOWLES J., THOMAS P. A., *Effective Legal Research*, London, 2006.
- LA PORTA U., *Atti di destinazione*, Relazione, tenuta durante l'Incontro *Opinioni a confronto*, organizzato dai proff. Paolo Pollice e Biagio Grasso, 30 novembre 2009, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Federico II", reperibile nella cartella "materiale didattico" della pagina web del prof. Paolo Pollice www.docenti.unina.it/paolo.pollice.
- *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1069.
 - *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000.
 - *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994.
- LABRIOLA G. M., *La codificazione nell'interpretazione di Giovanni Tarello. Riflessioni a margine*, in *Materiali storia cult. giur. mod.*, 2005, p. 107.
- LENER G. BISOGNI W., *Omologa di prestito obbligazionario garantito da un trust*, in *Società*, 1997, p. 587.

- LENZI R., *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Contr. Impr.*, 2007, p. 229.
- *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito dei beni fungibili*, Milano, 2007.
- LEPORE G., *Il regime fiscale del trust: imposizione diretta ed imposizione indiretta*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, II, Torino, 2008, p. 291.
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964.
- LO SCHIAVO G., MARRESE A., *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 2003.
- LUMINOSO A., *Contratto fiduciario, trust e atti destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, I, p. 997.
- *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XII, t. IV, Torino, 2007, p. 363.
 - *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984.
- LUPI R., *Riforma delle successioni: il nodo delle liberalità indirette*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 855.
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008.
- *Introduzione: Jersey e il modello internazionale*, in P. Panico, F. Pighi, E. Barla De Guglielmi (a cura di), *La legge di Jersey sul trust*, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, p. 10
 - *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006.
 - *L'atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005.
 - *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004.
 - *Trusts*², Milano, 2001.
 - (a cura di), *Trust laws of the world: a collection of original texts*, Roma, 2000.
 - *Aspetti gestori e dominicali, segregazione, "trusts" e istituti civilistici*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3393.
 - *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, p. 976.
- LUPOI M.A., *Profili processuali del trust*, in *TAF*, 2009, p. 163.
- *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Policies, metodi, criteri di collegamento. Parallel proceedings*, I, Milano, 2002.
- LUZZATTO R., «*Legge applicabile*» e «*riconoscimento*» di trusts secondo la *Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 7.
- MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p.1147.
- MALAGUTI M.C., *Il trust*, in *Atlante di diritto privato comparato* a cura di F. Galgano, IV ed., rist. 2007, p. 203.

- MALATESTA A., *Il trust nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, reperibile alla voce Studi e Ricerche del sito www.assotrusts.it.
- MANES P., *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. Impr.*, 2006, p. 626.
- Resulting trust: *basta la prova della volontà di trasferire il solo legal interest*, in *TAF*, 2004, p. 240.
- Trust e art. 2740 c.c.: *un problema finalmente risolto*, *Contr. Impr.*, 2002, p. 570.
- *Il superamento della personalità giuridica - L'esperienza inglese*, Padova, 1999.
- *La legge della repubblica di San Marino sui trust: i beneficiari e la loro tutela*, in *Contr. Impr.*, 2007, p. 257.
- MARIANI V., *Il trust familiare: l'ontologica differenza con altri istituti*, in *TAF*, 2008, p. 282.
- MARICONDA G., *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 76.
- MASI A., *Destinazione di beni e autonomia privata*, in Aa.Vv., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Atti della Giornata di Studio, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 19 giugno 2003, Milano, 2003, p. 236.
- MATTEI U., *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport CT-USA (Greenwood Press), 2000.
- MAZZAMUTO S., *Il trust*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. Castrovino e M. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 638.
- Trust interno e negozio di destinazione, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 803.
- *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione de L'Aja*, in *Vita not.*, 1999, p. 797.
- MCKENDRICK E., *Contract law*, 6th ed., N.Y. [Palgrave Macmillan], 2005.
- MEUCCI S., *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo*, in *Riv. dir. privato*, 2007, p. 829.
- MOJA A. (a cura di), *Il trust nel diritto civile e tributario*, Santarcangelo di Romagna, 2007.
- *Il trust nell'esperienza di alcuni paesi di civil law ed il ruolo della legge di San Marino*, in http://www.assotrusts.it/Pagine/REL_SMarino_Moja_22.6.05.pdf.
- MONEGAT M., *L'approccio dei professionisti al trust*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, II, Torino, 2008, p. 3.
- MONEGAT M., LEPORE G., VALAS I. (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007.
- MONEGAT M., LEPORE G., VALAS I. (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, II, Torino, 2008.

- MONTINARO R., *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, p. 16.
- *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004.
- MORACE PINELLI A., *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. Impr.*, 2009, p. 448.
- *Trascrizione degli atti negoziali di destinazione e amministrazione di sostegno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 495.
 - *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007.
- MORANDI E., *La scelta della legge regolatrice: le diverse opportunità*, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>.
- MOSCARINI L. V., *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.
- MURITANO D., *La responsabilità del notaio nella redazione degli atti di trust*, in D. ZAN-CHI, *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, 2009, p. 121.
- *Negozio di destinazione e trust interno*, in G. Vettori (a cura di), *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter c.c.)*, Padova, 2008, p. 284.
 - *Norme inderogabili dell'ordinamento interno: persone, famiglia, proprietà, garanzie*, in *Atti del Corso di alta formazione sul Trust*, Feltre-Castelbrando, 13-15 marzo 2008, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>.
 - *Il trust: casi pratici*, Relazione al convegno "Analisi interpretative e novità della circolare 3/E 2008 dell'Agenzia delle Entrate", Roma, 1 marzo 2008, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2008, fasc. 3, p. 28.
 - *Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme. (Tra teoria e prassi)*, in E.Q. Bassi, F. Tassinari (a cura di), *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio nazionale del notariato, I ed. fuori commercio, Roma, 2007, p. 3.
- NERI A., *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese. le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *TAF*, 2008, p. 595.
- *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005.
- NIVARRA L., *Il trust e l'ordinamento italiano*, in F. Alcaro, R. Tommasini (a cura di), *Mandato Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*, Milano, 2003, p. 28
- NONNE L., *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, II, p. 1299.
- OBERTO G., *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. Impr. Europa*, 2007, p. 351.
- *Trust e autonomia negoziale nella famiglia (parte prima)*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 201.

- *Trust e autonomia negoziale nella famiglia (parte seconda)*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 310.
- PAGLIANTINI S., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009.
- PAGNI I., *Trust e processo*, in D. Zanchi (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, 2009, p. 565.
- PALAZZO A., *Apparenza e pubblicità degli acquisti mortis causa e trans mortem*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, p. 709.
- PALAZZO F., ROSELLI O. (a cura di), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, 2007.
- PALERMO G., *Opponibilità del mandato*, in A.a.V.v., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno di Roma del 29 novembre 2009, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2010, p. 117.
- *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, in G. Vettori (a cura di), *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter c.c.)*, Padova, 2008, p. 287.
- *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 73.
- *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione allo scopo*, in A.a.V.v., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 243.
- *Il trust e i negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato, 2002, p. 89.
- *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 391.
- *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 133.
- *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 339 e in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 571.
- PANICO P., *Lussemburgo*, in *Trust: opinioni a confronto, Atti dei Congressi dell'Associazione "Il trust in Italia"*, a cura di E. Barla De Guglielmi, Quaderni *Trusts e attività fiduciarie*, Torino, 2006, p. 42.
- PARADISO A., *Il trust testamentario*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007, p. 361.
- PARDOLESI R., *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 215.
- PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, p. 980.
- PATTI S., *Diritto privato e codificazioni europee*², Milano, 2007.

- *Introduzione* a H. Kötz, *Diritto europeo dei contratti*, trad. it. a cura di S. Patti, Milano, 2006.
- *Conclusioni: luci ed ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contr. Impr./Europa*, 2004, p. 963.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, Napoli, 2006.
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 161.
- *Formulario notarile commentato*, III, 1, Milano, 2003.
- PICCIOTTO A., *Brevi note sull'art. 2645-ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contr. Impr.*, 2006, p. 137.
- PILIA C., *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.
- PIRRUCCIO P., *Trust, effetto di segregazione e art. 2645-ter del codice civile*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 902.
- PISCHETOLA A., *Destinazioni e fiscalità indiretta*, in A.a.V.v., *Famiglia e Impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno di Roma del 29 novembre 2009, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2010, p. 43.
- POLLICE P., *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999.
- QUADRI R., *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 7.
- La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004.
- RASCIO R., *Destinazioni di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971.
- *Per uno studio sulle fondazioni in diritto francese*, Napoli, 1977.
- REALI A., *La giurisprudenza italiana in materia di trust interni*, in A. Moja (a cura di), *Il trust nel diritto civile e tributario* a cura di, Santarcangelo di Romagna, 2007, p. 101.
- RISSO L.F., *Atti di destinazione riconosciuti dall'art. 2645-ter c.c.: concorrenza vincente con il trust?*, Congresso dell'Associazione Trust in Italia, Ischia, 9 ottobre 2009, reperibile sul sito www.il-trust-in-Italia.it
- *Fonti e Soggetti. Il trust interno*, Intervento svolto durante il Corso di Alta Formazione sul *trust*, Castelbrando, 14-15 marzo 2008, consultabile, con chiave di accesso, all'indirizzo <http://coursecommunity.iulm.it/course/view.php?id=166>.
- *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio-VI*, in *TAF*, 2001, p. 336.
- ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 185.
- ROMANO Salv., *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 71, ora in Salv. ROMANO, *Scritti minori*, Milano, 1980, III, p. 1286.

- ROSSANO D., *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, nota a Trib. Trieste, decr., Ufficio Giudice tavolo, 19 settembre 2007, in *Notariato*, 2008, p. 258.
- ROTA F., BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia. Manuale e applicazioni pratiche* con la recensione di G. Capozzi, Milano, 2007.
- SACCO R., *Il diritto tra universalismo e particolarismo* in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *Il diritto tra universalismo e particolarismo* a.a. 2009-2010, in corso di pubblicazione.
- SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sull'art. 2645-ter c.c.*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 139.
- *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001.
 - *La Cassazione fa un passo avanti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 150.
- SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, 2004.
- *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002.
 - *La fiducia nell'esperienza giuridica*, Palermo, 1999.
- SATURNO A., *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999.
- SBORDONE F., *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003.
- SCHLESINGER P., *Una «novella» per il trust*, in *Notariato*, 2001, p. 337.
- SICCHIERO G., *Azione sulla revocabilità del trust e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contr. Impr.*, 2010, p. 18.
- SOMMA A., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007.
- STEVANATO D., *Vincoli di destinazione sulle intestazioni fiduciarie di titoli e di immobili*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1642.
- SWADLING W., *Property Law*, in P. Birks (edited by), *English private law*, I, Oxford, 2000, p. 275.
- TRIMARCHI M., *Dalla proprietà al godimento*, Milano, 1992.
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*⁸, Paris Cedex, 2009.
- UBERTAZZI B., *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.
- *Il trust nel diritto internazionale privato italiano e spagnolo*, in *TAF*, 2006, p. 534.
- VALAS I., *La Convenzione de L'Aja e la legge regolatrice straniera*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2007, p. 75.
- VETTORI G. (a cura di), *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter c.c.)*, Padova, 2008.
- VIOLA F., *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Collana della Fa-

- coltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *La concorrenza tra ordinamenti*, a.a. 2007-2008, Napoli, 2008.
- VISALLI N., *Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario*, Milano, 1974.
- VITTORIA D., *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, I, Padova, 1989, p. 24.
- WOLFF J., *Trust, Fiducia und fiduziarische Treuband*, Frankfurt a.M., 2005.
- ZACCARIA A., sub art. 1322, in *Commentario breve al codice civile* a cura di G. Cian e A. Trabucchi, 8^a ed., 2007.
- ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte del diritto*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *Il diritto giurisprudenziale*, a.a. 2006-2007, Napoli, 2007.
- ZANCHI D., *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*. Presentazione di Cesare Massimo Bianca, Torino, 2009.
- *Diritto e pratica dei trusts. Profili civilistici*, Torino, 2008.
- ZATTI P., COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2009.
- ZIMMERMANN R., *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, in *ZEuP*, 1993, p. 4.
- ZOPPINI A., *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 721.

Finito di stampare nel mese di settembre 2010
dalla Cangiano Grafica srl (NA)

