

IL TRUST ITALIANO

Lucilla Gatt

SOMMARIO - 1. La tesi dottrinale dominante in materia di c.d. *trust* interno: equivoci concettuali fondati su una non condivisibile interpretazione della convezione de L'Aja. – 2. Rilettura della Convenzione de L'Aja e ruolo della medesima nella valutazione di ammissibilità del *trust* nell'ordinamento italiano. – 3. I termini *trust* e *legge* presenti nella Convenzione de L'Aja: significati possibili e maggiormente conformi al testo convenzionale. – 4. Le regole italiane del *trust* quale atto negoziale produttivo di segregazione patrimoniale per interessi meritevoli di tutela. – 5. L'art. 2645-ter c.c. come previsione espressa di norme regolanti il *trust* italiano. – 6. *Segue*. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera presente nei *trust* italiani e i limiti ontologici alla libertà di scelta della legge straniera (c.d. *shopping* del diritto).

1. LA TESI DOTTRINALE DOMINANTE IN MATERIA DI C.D. TRUST INTERNO: EQUIVOCI CONCETTUALI FONDATI SU UNA NON CONDIVISIBILE INTERPRETAZIONE DELLA CONVEZIONE DE L'AJA

Pur essendo state travolte dalla prassi negoziale¹, prima, dal diritto giurisprudenziale², poi, ed, infine, dal legislatore fiscale³ le tesi contrarie all'ammissibilità e/o alla trascrivibilità del c.d. *trust* interno⁴ nel nostro sistema giuridico, in Italia è attualmente (ancora) dominante la tesi – di origine accademica ma largamente condivisa dalla giurisprudenza (soprattutto settentrionale⁵) nonché da gran parte del notariato e dell'avvocatura – secondo cui il *trust* interno può operare nel

¹Diffusa anche nel Sud d'Italia come dimostra l'indagine presso le Conservatorie di Napoli I e II di D. DE CRESCENZO, *Sulla trascrivibilità del trust*, in *Foro napoletano*, 2012, 941ss., la quale evidenzia che ben prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. ed, anzi, paradossalmente, più ancora, si procedeva a redigere *trust* e a trascrivere *trust* interni. Più esattamente, la trascrizione avveniva con riserva ex art. 2647-bis, si aprivano i procedimenti giudiziari che si concludevano, in una percentuale rilevante, in favore dell'ammissibilità della trascrizione da cui si faceva e si fa scaturire non solo l'opponibilità del trasferimento immobiliare *settlor-trustee* ma anche l'opponibilità del vincolo di destinazione da parte del *trustee* ai suoi creditori personali.

²Da ultimo argomenti in tal senso anche da Cass., Sez. V, ord. 19 novembre 2012, n. 20254; Trib. Ravenna, 4 aprile 2013, Presidente B. Gilotta. E' vero, come scrive di recente autorevole dottrina (F. GAZZONI, *La trascrizione dei trust e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, 1, Milano, 2012, p. 491) che trattasi di giurisprudenza spesso scaltra o, nel migliore dei casi, superficiale e che essa spesso deriva dai procedimenti azionati ex art. 2674-bis c.c.. Deve, tuttavia, tenersi conto delle conseguenze pratiche che essa ha prodotto, consentendo di fatto l'operatività di una figura negoziale *innominata* nel diritto italiano. Non è, dunque, realistico, a nostro avviso, ignorare l'incidenza di questi precedenti, dovendosi piuttosto tentare di inquadrare l'incidenza medesima in maniera meno "equivoca". In altre parole, dato che *alea iacta est*, ci appare ragionevole tentare di "aggiustare il tiro"...pur nella consapevolezza che ciò ha un prezzo!

³Il legislatore fiscale ha espressamente riconosciuto il *trust* quale soggetto giuridico d'imposta (art. 73 d.p.r. n. 917/86).

⁴Espressione questa coniata da Maurizio Lupoi (*ex multis*, *Istituzioni di diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 333) e che definisce una fattispecie negoziale i cui elementi caratterizzanti (beni, residenza del disponente e del trustee, luogo di amministrazione, e simili) siano tutti riferibili allo Stato italiano, eccezion fatta per la legge scelta dal disponente. Cfr., tuttavia, il capovolgimento concettuale della definizione di *trust* interno che emerge in Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, giudice monocratico R. M. Palmieri, rib. Brindisi, 28 marzo 2011, giudice monocratico R. M. Palmieri, in www.il-trust-in-Italia.it, secondo cui: «ricorre la figura di *trust* interno quando gli elementi più caratteristici del *trust* - beni, residenza del disponente e del trustee, luogo di amministrazione, ecc. - si trovano in un luogo diverso da quello dello Stato alla cui legislazione il disponente si è vincolato». Sul punto v. meglio *infra*.

⁵Di recente, esemplarmente, Trib. Reggio Emilia, decr. 7-22/6/2012, giudice Est. G. Fanticini, che accoglie *in toto* la tesi del *trust* interno soggetto a legge straniera, dimenticando, appunto, che si tratta di una tesi, vale a dire di un'opinione dottrinale e non, invece, di un'interpretazione autentica di norme vigenti.

nostro ordinamento solo se nell'atto istitutivo venga scelta una legge straniera⁶ come legge regolatrice⁷. Tale assunto si fonda, in particolare, sull'idea dell'Italia come paese “non-trust”, ossia privo di una disciplina specifica del *trust*, e sulla lettura, in combinato disposto, degli artt. 5, 6, 7 e 13 della Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, resa esecutiva nel nostro territorio nazionale con la legge n. 364 del 1989.

La tesi esposta appare contraddittoria sul piano logico prima ancora che giuridico perché non tiene conto della diversità dei quesiti e dei problemi che sono alla base della configurazione del

⁶ E' interessante rilevare come, in concreto siano formulate queste clausole di scelta della legge straniera: v., ad esempio i due modelli di clausola in esame che risultano essere più frequentemente impiegati nella redazione di atti di *trust* interno:

a) ART. [...]– LEGGE REGOLATRICE

Il presente *trust* è regolato dalla legge inglese. Ogni controversia relativa alla validità del *trust* sarà regolata dalla legge di tale Stato, mentre ogni controversia relativa all'istituzione o agli effetti del *Trust*, ovvero tra disponente e trustee ed una delle parti verrà deferita all'autorità giudiziaria italiana, ed in particolare, il foro di S.Maria C.V. [*Clausola tratta da un atto curato dall'avv. F. D'Ambrogio, S.Maria Capua Vetere*];

b) ART. [...] - LEGGE APPLICABILE. FORO COMPETENTE. CLAUSOLA ARBITRALE

2.1 Al **trust** “<...>” si applica la **Trust** (Jersey) Law 1984 e successive modifiche, nonché i principi di equity e la giurisprudenza in materia di **trust** del medesimo ordinamento giuridico, fermi restando le norme imperative e i principi di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano.

2.2 Il foro competente per ogni controversia che origini dalla interpretazione o dalla esecuzione del presente atto è quello di <...>, fatte salve le competenze disposte come inderogabili dalla legge italiana.

2.3 Qualsiasi controversia che origini dalla interpretazione, dalla esecuzione, dalla validità e dalla efficacia del presente atto e che possa formare oggetto di compromesso, sarà devoluta al giudizio di un arbitro amichevole compositore che giudicherà anche secondo equità e comunque senza formalità di procedura, dando luogo all'arbitrato irrituale così come inteso e disciplinato dalla normativa processuale italiana. L'arbitro sarà nominato di comune accordo dalle parti contendenti; in mancanza di accordo sarà nominato dal presidente del Consiglio Notarile di <...>.

2.4 Alla cognizione arbitrale è devoluto l'accertamento dei casi di abuso (per tali intendonsi tutte le infrazioni compiute rispetto alle prescrizioni di legge oppure a quelle contenute nel presente atto), da chiunque vi abbia interesse, sollevati nell'esercizio dei poteri o dei doveri da parte del trustee o del protector. Alla declaratoria di abuso coincide l'immediata decadenza dall'incarico. [*Clausola tratta dall'atto costitutivo di trust riportato in Appendice CD-ROM nel testo di M. MONEGAT, G. LEPORE, L. VALAS, Trusts, voll. I e II, 2ª ed. ,Torino, 2010*].

Si noti che nella formulazione di queste clausole - che sono state qui riportate a mero titolo esemplificativo - viene sempre invocata la *giurisdizione italiana* ovvero l'intervento di arbitri. La clausola si presenta, quindi, ancora più “bizzarra” dato che con essa «si richiama e si applica la legge straniera per risolvere conflitti che non sono di diritto internazionale privato, onde l'incompatibilità tra un diritto sostanziale divergente dal diritto processuale, quanto a competenza decisionale» (così acutamente F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 489). Ci sembra che tali formulazioni delle clausole su “La legge regolatrice” più che sottoporre la fattispecie *trust* alla legge straniera tendano a sottrarla all'applicazione della medesima; ciò accade, certamente, nell'ipotesi in cui l'atto di *trust* generi situazioni patologiche che dovrebbero essere affrontate presso giudici stranieri. Questo rappresenta, infatti, un rischio concreto che certo creerebbe non pochi problemi ai soggetti [italiani] coinvolti: sul punto e sui possibili profili di responsabilità del professionista che ha coadiuvato la parte nella redazione dell'atto, scegliendo la legge straniera, sia consentito rinviare a L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, II ed., Napoli (Editoriale Scientifica), 2010, p. 48ss. e *infra* par. 6.

⁷ Regolatrice quantomeno, secondo l'art. 8 della Convenzione de L'Aja, della validità del *trust*, della sua interpretazione, dei suoi effetti e dell'amministrazione del *trust*. 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 trustee 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.

c.d. *trust* interno piuttosto che della ratifica della Convenzione de L'Aja e del suo specifico ambito di applicazione⁸.

Vale la pena sottolineare che la suddetta tesi del “*trust* interno sottoposto a legge straniera”, *non può non* presupporre una qualificazione della Convenzione de L'Aja del 1985 come convenzione di diritto internazionale privato e *non* di diritto sostanziale.

Ove, infatti, la Convenzione de L'Aja venisse qualificata come Convenzione di diritto sostanziale sul *trust*, cadrebbe l'assunto dell'assenza nel nostro ordinamento di una regolamentazione del *trust* che sarebbe, invece, rappresentata (almeno in parte) proprio dalla Convenzione medesima. In altre parole delle due l'una: o si qualifica la Convenzione de L'Aja come atto normativo di diritto internazionale privato ovvero si qualifica la stessa come atto normativo di diritto sostanziale uniforme, idoneo a legittimare *tout court* il “*trust*” italiano quale vera e propria fattispecie *tipica*, regolata a livello legislativo nazionale a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja, e non, invece, il c.d. *trust* interno (*atipico?*) regolato dal diritto straniero.

Se ciò è vero, ne dovrebbe conseguire un'interpretazione delle norme convenzionali in una prospettiva tecnicamente internazionalprivatistica la quale impone di delimitarne – sul piano tecnico appunto, salvo poi utilizzi più ampi sul piano concettuale – l'ambito applicativo a fattispecie che presentano effettivi aspetti di internazionalità con riguardo a propri elementi *caratteristici*. E tale (cioè: elemento *caratteristico*) *non* è la legge regolatrice scelta dal disponente come risulta molto chiaramente dall'art. 13 della Convenzione de L'Aja che esclude per lo Stato firmatario della Convenzione l'obbligo di riconoscere come *trust* una fattispecie negoziale i cui elementi importanti/caratteristici sono più strettamente connessi a Stati che *non* prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione e *ciò anche se la legge regolatrice scelta sia, invece, quella di uno Stato che prevede l'istituto*⁹.

⁸ Cfr. Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, cit., percepisce chiaramente la contraddizione logica evidenziata nel testo quando afferma che «non può sottacersi che - quand'anche si voglia ritenere che permanga, anche dopo l'istituzione del patrimoni con vincolo di destinazione, l'assenza di disciplina interna del *trust* - ai sensi dell'art. 6 Convenzione de L'Aja il *trust* è regolato dalla legge scelta dal contraente. Legge che, ove si ritenga che il *trust* non abbia cittadinanza del diritto italiano, non può che essere, per esclusione, quella di altro ordinamento estero. Ma, se così è, sarebbe del tutto contraddittorio un legislatore che, da un lato, non volesse riconoscere la validità del *trust* interno, e sotto altro profilo, ne prevedesse comunque l'applicazione all'interno dell'ordinamento, mercé riferimento alla legge scelta dal disponente (art. 6). Tali considerazioni consentono allora, a giudizio del decidente, di ritenere senz'altro astrattamente valido, all'interno dell'ordinamento, sia l'istituto generale del *trust*, e sia, in particolare, quello del *trust* interno». Già da tempo su questa linea Trib. Velletri, 29 giugno 2005, ord., in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 785 (con nota di S. Mazzamuto): « 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».

⁹ Sostiene questa interpretazione dell'art. 13 Convenzione F. GAZZONI, *La trascrizione dei trust e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, 1, Milano, 2012, p. 488, dove afferma con chiarezza che il carattere internazionalità della vicenda è escluso ove si ammetta la possibilità – ed in nota viene citato M. Lupoi - di dar vita a *trust* interni soggetti a legge straniera. Si riporta qui il testo dell'art. 13 Convenzione de L'Aja: « Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da

In altri termini il c.d. *trust* interno, che nasce come fattispecie negoziale collegata esclusivamente, con riguardo a tutti i suoi elementi *caratteristici*, al diritto italiano *non* può considerarsi fattispecie dotata di elementi di internazionalità in quanto la legge straniera (*non italiana*) scelta come legge regolatrice della fattispecie medesima *non* è un elemento di internazionalità in senso tecnico cioè dal punto di vista internazionalprivatistico, come appunto suggerisce l'art. 13 della stessa Convenzione.

Va posto in chiaro che la Convenzione de L'Aja è stata redatta per risolvere due problemi: quello del “se il costituente possa scegliere la legge applicabile al *trust*” e, soprattutto, quello del “se un atto negoziale denominato *trust* dall'autore (ovvero denominato anche diversamente) e produttivo di una certa *tipologia di effetti* indicati nel testo convenzionale (artt. 2, 11), e sottoposto ad una determinata legge regolatrice per volontà del disponente (ovvero in forza dell'art. 6), possa esplicitare gli effetti giuridici suoi propri ed essere riconosciuto come tale dai giudici (o da altri operatori del diritto) di un ordinamento *diverso* da quello cui appartiene la legge scelta dal disponente”¹⁰.

Adottando questa prospettiva, il testo convenzionale *non* può e *non* deve costituire il supporto normativo necessario ed esclusivo alla soluzione del *diverso* problema, da considerarsi di ambito strettamente *civilistico*¹¹, quale è quello relativo al “se nell'ordinamento italiano possa operare e sia *previsto*, vale a dire *regolato* un atto negoziale (eventualmente ma non necessariamente denominabile come *trust*) idoneo a generare il complesso degli effetti indicati

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».

¹⁰ Per esemplificare si pensi all'ipotesi di un *trust* costituito in Inghilterra da un disponente cittadino italiano, con elementi caratteristici (beni, residenza dei beneficiari, luogo di amministrazione, luogo di residenza del trustee e del disponente) in Inghilterra, Italia, Spagna, Belgio e Svizzera, sottoposto alla legge regolatrice inglese, e che, per una serie di circostanze, viene ad essere esaminato da un giudice italiano. Costui, al fine di valutare le questioni che riguardano la fattispecie sottoposta al suo esame (ad esempio, domanda di rivendicazione promossa dal *trustee*, di un bene immobile situato in Italia), dovrà preliminarmente riconoscerla come *trust* seguendo quanto indicato negli articoli della Convenzione de L'Aja (con particolare riguardo non solo all'art. 13 ma anche all'art. 15). La scelta della legge inglese non è sufficiente a garantire il riconoscimento del *trust* da parte del giudice italiano là dove gli altri elementi caratteristici della fattispecie presentino collegamenti con paesi in cui il *trust* ed, in particolare, il *trust* convenzionale non è previsto (art. 13). Solo supponendo che la prevalenza degli elementi caratteristici/importanti siano collegati con Stati che prevedono il *trust*, il giudice italiano è obbligato convenzionalmente a riconoscere il *trust* e, dunque, nel caso prospettato, la legittimazione del *trustee* ad agire in rivendicazione (cfr. art. 11 Convenzione de L'Aja). Esemplicando ancora, si pensi ad un *trust* testamentario redatto negli Stati Uniti da un soggetto cittadino italiano che indica come beneficiari dei cittadini italiani residenti in Italia, i quali, venuti a conoscenza delle disposizioni in loro favore, si recano dal notaio per accettarle. Il notaio dovrebbe valutare la riconoscibilità del *trust* secondo il testo convenzionale, ed, in caso di esito affermativo, redigere l'atto di accettazione (dell'eredità?).

¹¹ E *non* invece un problema internazionalprivatistico ovvero comparatistico: impostazione questa che era già stata molto bene posta in luce da 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. Va chiarito, infatti, una volta per tutte che fattispecie negoziale ignota ad un certo ordinamento non è sinonimo di fattispecie inammissibile nell'ordinamento medesimo e ciò indipendentemente dalla presenza di testi convenzionali che obblighino al riconoscimento della fattispecie stessa. Ciò è dimostrato dalla storia di molti contratti conformati al modello straniero, in particolare anglo-americano (G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, II ed., Torino, 2010) 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.

nell'art. 2 (e nell'art. 11) della Convenzione¹². La risposta a quest'ultima domanda deve attingere all'intero sistema giuridico privatistico italiano. Solo in quest'ottica sistematica la Convenzione de L'Aja, come ratificata, può venire in considerazione come *uno* dei (*tanti*) testi normativi cui fare riferimento ai fini della soluzione del suddetto problema ma certamente non come l'unico testo né, tantomeno, come il testo prevalente.

2. RILETTURA DELLA CONVENZIONE DE L'AJA E RUOLO DELLA MEDESIMA NELLA VALUTAZIONE DI AMMISSIBILITÀ DEL *TRUST* NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Adottando questo punto di vista cambia l'approccio alla Convenzione de L'Aja che diventa un testo utile per provare a definire e, quindi, ad individuare una fattispecie negoziale (definibile, in senso generico, come *trust*), in quanto di tale fattispecie essa indica alcuni degli elementi costitutivi ed il complesso effettuale. Dalla Convenzione, tuttavia, non possono dedursi in alcun modo né argomenti contrari all'ammissibilità astratta nel nostro ordinamento della fattispecie negoziale individuata né tantomeno la sua mancata previsione (nel senso di *regolamentazione*) nel nostro sistema giuridico.

Argomenti contrari all'ammissibilità del *trust* sono stati, infatti, trovati altrove, cioè ben oltre il testo convenzionale, e precisamente nel complesso del sistema privatistico italiano. Essi sono stati identificati nei c.d. *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; 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), valutata ammissibile 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 ovvero degli effetti trascrivibili e dunque opponibili ai terzi (cfr. artt. 2643-2645 c.c.)¹³;

¹² Per esemplificare con la questione posta nel testo ci si interroga sul se un cittadino italiano e residente in Italia, possa porre in essere in Italia un atto negoziale, i cui elementi caratteristici/importanti siano tutti collegati esclusivamente ovvero prevalentemente con l'ordinamento italiano, e che risulti idoneo a produrre tutti gli effetti enunciati negli artt. 2, 11 della Convenzione de L'Aja, al fine di segregare dei beni per il mantenimento del proprio figlio disabile anche quando non potrà più prendersene cura personalmente. Egli intende sottoporre questo atto negoziale alla legge e alla *giurisdizione* italiana: tutto ciò è possibile? In caso affermativo, sarà poi questo atto *ricognoscibile* come *trust* da parte dei paesi firmatari della Convenzione de L'Aja, là dove questioni ad esso relative dovessero essere sottoposte ai loro giudici?

¹³ Tra gli effetti non trascrivibili e dunque non opponibili ai terzi mediante trascrizione ci sarebbe, appunto, il vincolo di destinazione/segregazione, vale a dire l'effetto principale del *trust*: ciò è ancora di recente sostenuto da F.

g) dell'inopponibilità della posizione del beneficiario della *destinazione* ai terzi creditori *del e/o* 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.

Proprio tenendo conto dell'ampiezza e della numerosità dei principi/regole inderogabili adottati contro l'ammissibilità e operatività del *trust* nel nostro sistema giuridico appare di indiscutibile evidenza, che il (mero) *rinvio* alla legge straniera non potrebbe certo valere, di per sé, a colmare l'assenza (che, nell'ottica dei sostenitori dei suddetti principi/regole, persiste) di un dato normativo interno che fondi – chiaramente – la *deroga* espressa ai (quei) principi generali (che si ritengono operanti nel sistema italiano) e, soprattutto, appronti una regolamentazione esaustiva (!) della fattispecie, paragonabile a quella che si presume, invece, di trovare nella legge straniera¹⁴.

Ma, a ben vedere, e, soprattutto, al di là delle deduzioni tecniche di dettaglio che possono farsi valere per contestare e superare le obiezioni fondate sull'elencazione dei suddetti "principi non-*trust*", supposti come operanti nel nostro sistema¹⁵, è la stessa adesione dell'Italia alla Convenzione de L'Aja che sembra portare nella direzione opposta a quella della non ammissibilità-operatività-regolabilità del *trust* in Italia.

Si consideri, infatti, banalmente¹⁶, che la Convenzione è un testo con la ratifica del quale l'Italia si è obbligata, a certe condizioni, a riconoscere i *trust* c.d. *internazionali*, vale a dire, più precisamente, *regolati da leggi straniere* purché - ribadiamo - dotati di effettivi elementi di internazionalità, vale a dire effettivamente collegati con ordinamenti c.d. *trust* o, comunque, diversi da quello italiano. Così facendo, l'Italia ha acconsentito a che tali *trust* esplicino i propri effetti nel territorio italiano. Appare, perciò, *ictu oculi* bizzarro che un paese si obblighi convenzionalmente a *riconoscere* (vale a dire, ad ammetterne gli effetti sul proprio territorio di) fattispecie negoziali, in

GAZZONI, *La trascrizione dei trust e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, vol. 1, Milano, 2012, p. 477. Ci sembra, tuttavia, che la tesi dell'a. si fondi, in primo luogo sull'accoglimento della configurabilità del *trust* interno soggetto a legge straniera che va ritenuta in sé infondata, ma, più in particolare: a) su una lettura non condivisibile dell'art. 2672 c.c. il quale, ben lungi dallo stabilire la trascrivibilità di atti *non* previsti dall'art. 2643 (cioè il *trust*) purché una legge speciale lo preveda espressamente, fa più semplicemente *salve* le leggi speciali che, in aggiunta a quanto previsto dal Capo I del Titolo I del Libro VI, prevedono oneri di trascrizione di atti non contemplati nel Capo medesimo così come le ulteriori disposizioni [contenute in testi diversi dalle leggi speciali *n.d.r.*] purché non incompatibili con quelle contenute nel Capo I; b) sulla non considerazione della portata, sul piano sistematico, dell'art. 2915 c.c. e, successivamente, dell'art. 2645-ter c.c.. V. *infra* nel testo.

¹⁴ Questo è l'equivoco di fondo su cui si è mossa e continua a muoversi l'abbondante giurisprudenza favorevole all'ammissibilità e trascrivibilità dei "trust interni (purché) regolati da legge straniera": v. *infra* nel testo.

¹⁵ Per una critica dettagliata alla visione che considera tali principi ostativi all'operatività del *trust* nel nostro sistema, con specifico riguardo all'obiezione fondata sull'art. 2740 c.c., sia consentito rinviare al nostro *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli (Editoriale Scientifica), 2010, p. 111ss. e ivi le note. Si veda, comunque, anche *infra* nel testo par. 5.

¹⁶ Ma non poi tanto banalmente visto che la giurisprudenza si è allineata a questa impostazione: cfr. Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, già citata *supra* nota 8.

senso lato, straniera, negando poi che tali fattispecie possano esistere ed operare sotto la bandiera italiana!¹⁷

Sembra, perciò, ragionevole¹⁸ ammettere che proprio in quanto Stato firmatario della Convenzione de L'Aja, l'Italia sia stata fin da allora consapevole di aprire le porte del proprio ordinamento a fattispecie straniere che fossero perlomeno *simili, analoghe* ovvero, in alcuni casi, addirittura *identiche* a fattispecie già note al proprio ordinamento¹⁹, il quale, comunque, non poteva allora e, a maggior ragione, non può adesso (v. *infra*) essere intriso di principi (così fortemente) ostativi all'operatività del *trust*. Diversamente non sarebbe stato neppure possibile per l'Italia procedere alla firma della Convenzione e riconoscere i *trust* stranieri. Appare, infatti, assurdo sul piano logico-giuridico obbligarsi a *riconoscere* ciò che *non si conosce* e che oltretutto si considera in contrasto con l'intero sistema di diritto privato vigente!

L'Italia si è, altresì, obbligata, ratificando la Convenzione, ad ammettere che il costituente possa scegliere "liberamente" la legge applicabile al *trust*, restando salvo che, ove la legge scelta non preveda il *trust*, cade l'obbligo di riconoscimento del *trust* medesimo (art. 13)²⁰. Nessun divieto, quindi, pare essere contenuto nella Convenzione a che venga scelta la legge italiana per un atto-*trust* strettamente collegato in maniera esclusiva o prevalente con l'Italia (secondo i criteri

¹⁷ E' indubbiamente vero tutto quello che osserva con lucidità F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 490 e ivi le note, riguardo alle reali ragioni che hanno indotto l'Italia a ratificare la Convenzione de L'Aja, ma, a nostro modesto avviso, è anche vero che le intenzioni iniziali del legislatore non possono rappresentare, soprattutto a distanza di qualche decennio, il criterio prevalente e neppure l'unico criterio di interpretazione del testo convenzionale e del ruolo che esso ha di fatto assunto nell'ordinamento italiano.

¹⁸ S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, Ciclo Lezioni Magistrali su *La ragionevolezza del diritto*, a.a. 2010-2011, Napoli, 2012; S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2006.

¹⁹ Sempre in Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, già citata *supra* nota 4, si legge: « in linea generale, il *trust* deve senz'altro essere positivamente valutato dall'ordinamento giuridico. Ciò in quanto, sotto un primo profilo, esso risulta espressamente riconosciuto, stante la suddetta legge n. 364/89, che ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione Aja del 1985. In secondo luogo, esso attua una segregazione di beni *non dissimile a quella propria di analoghi istituti parimenti esistenti all'interno dell'ordinamento* [corsivo nostro], e segnatamente - *tra gli altri* [corsivo nostro] - il fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), l'eredità beneficiata (art. 484 e ss. c.c.), la *separatio bonorum* (art. 512 c.c.), i fondi comuni di investimento mobiliare (d. lgs. n. 58/98), i patrimoni con vincolo di destinazione (art. 2645 ter c.c.), i patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis e ss. c.c.). Infine, l'aver il legislatore fiscale espressamente riconosciuto il *trust* quale soggetto giuridico d'imposta (art. 73 d.p.r. n. 917/86), consente senz'altro di valutarlo positivamente all'interno dell'ordinamento. Né a tale conclusione osta il principio di responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c, atteso che il comma 2 del medesimo articolo ammette deroghe legali al richiamato principio. E nel caso di specie, la deroga legale al principio generale di cui all'art. 2740 1° co. c.c. è proprio quella riveniente dalla legge n. 364/89, di ratifica della Convenzione Aja, che prevede per l'appunto (art. 2 2° co. lett. a), quale elemento caratterizzante il *trust*, il fatto che i beni conferiti in *trust* costituiscono una massa distinta e autonoma, che non fa parte del patrimonio del trustee. Ancora, non costituisce ostacolo alla generale ed astratta ammissibilità del *trust* il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, posto che il *trust* non deroga a tale principio, in quanto esso non realizza affatto un nuovo diritto reale atipico e innominato, ma si muove nel pieno solco della proprietà *quiritaria* (art. 832 c.c.), con la sola peculiarità che esso riconosce quale dominus un soggetto (il trustee) diverso dall'originario disponente».

²⁰ Forse ancora più vicina al vero appare la considerazione della Convenzione come testo misto di diritto internazionale privato e di diritto sostanziale. La parte di diritto sostanziale attiene, specificamente, alla *regola della scelta da parte del costituente della legge applicabile*. In altre parole, si potrebbe dire che con la ratifica della Convenzione l'Italia ha introdotto nel proprio ordinamento giuridico una regola di diritto sostanziale in base alla quale il costituente un *trust* può scegliere liberamente la legge applicabile. Se, però, la legge scelta appartiene ad uno Stato che non prevede il *trust*, cade l'obbligo di riconoscimento del medesimo a carico degli Stati contraenti.

indicati nell'art. 7, co. 2). Leggendo il testo della Convenzione non si rileva, infatti, alcun divieto di scelta della legge italiana, potendo tale scelta (come la scelta di qualsiasi altra legge) comportare l'unico rischio di essere considerata non valida (art. 5, co. 2) ovvero di non obbligare gli altri Stati al riconoscimento dell'atto-*trust* assoggettato alla legge italiana, là dove i giudici o altri operatori del diritto di quegli Stati valutino l'atto-*trust* come non «*previsto*» dalla legge italiana scelta come legge regolatrice (art. 13)²¹.

Il divieto o, comunque, l'impossibilità di scelta della legge italiana per la regolamentazione del *trust* è stata più che *dedotta* dal testo convenzionale, *presupposta* sulla base del postulato (indimostrato) dell'essere l'Italia un paese “non-*trust*”, vale a dire privo di regole sul *trust*. Ma questa presupposizione dovrebbe, a nostro avviso, essere verificata cercando di capire cosa si intende per *trust*.

3. I TERMINI *TRUST* E *LEGGE* PRESENTI NELLA CONVENZIONE DE L'AJA: SIGNIFICATI POSSIBILI E MAGGIORMENTE CONFORMI AL TESTO CONVENZIONALE

Volendo, infatti, abbandonare le presupposizioni (che spesso si configurano come pregiudizi) e procedere sul cammino (senz'altro impervio) delle dimostrazioni (logiche in primo luogo), pare opportuno soffermarsi sulle interpretazioni possibili dei due termini *trust* e legge (nella versione inglese *law* e non *statute*) indicati nel testo Convenzionale perché l'attribuzione ad essi di un *significato* piuttosto che di un altro determina la soluzione in senso opposto dei problemi sopra esposti relativi all'ammissibilità e alla regolamentazione del “*trust*” in Italia.

Ove, infatti, si attribuisca al termine *legge* il significato ristretto di *legge speciale* ovvero di complesso di norme di *fonte statale* dedicate alla specifica regolamentazione di un atto negoziale specificamente denominato come *trust*, deve ammettersi che – quantomeno – nel 1985, all'epoca della firma della Convenzione, non esisteva in Italia una “legge speciale sul *trust*”²².

Ove, invece, si attribuisca al termine *legge* il significato più *ampio* di «complesso di regole» *alias* «sistema normativo riferibile ad un certo Stato» (significato questo, a nostro avviso, più idoneo nell'interpretazione di un testo Convenzionale, redatto in lingue diverse da quelle di gran parte degli Stati contraenti e sul quale convergono ordinamenti appartenenti ad aree di *civil* e di *common law*), si vede come l'Italia fin dal 1985, vale a dire fin dal momento della sua adesione,

²¹ Rischio questo decisamente minimo nel caso dei c.d. *trust* interni dato che nella medesima clausola di scelta della legge straniera, viene sempre scelta la giurisdizione italiana ovvero l'intervento di arbitri: v. infatti le clausole riportate *supra* nota 6.

²² Va, tuttavia, precisato e ribadito che questa (eventuale) mancanza non sarebbe stata, comunque, di ostacolo alla scelta da parte di un costituente della legge italiana, salvo i già menzionati rischi enunciati negli art. 5, co. 2 e 13 della Convenzione, vale a dire l'invalidità della scelta e la non riconoscibilità del *trust* da parte degli altri Stati contraenti.

non era certo sprovvista di una regolamentazione del “*trust*”, inteso come fenomeno fiduciario ad effetti traslativo-segregativi.

A sua volta, infatti, il termine *trust* non può essere inteso in senso stretto e proprio di uno specifico ordinamento giuridico ma va, necessariamente, inteso in una prospettiva anche qui conforme: 1) alla tipologia di testo (una convenzione di diritto internazionale privato) in cui il termine stesso compare; 2) alla ragion d’essere del testo; 3) agli obiettivi ed agli scopi suoi propri. La prospettiva qui adottata appare confermata dall’art. 5 del testo convenzionale che parla di *istituto* o *categoria* del *trust* e non di un *trust* in particolare e, ancor prima, dalla lettura della premessa presente in apertura del testo convenzionale in cui si legge che: «Gli Stati firmatari della presente Convenzione, considerando che il *trust* è un istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della *Common Law*, adottato da altri paesi [senza specificare quali e se di *common* o di *civil law* né con quale denominazione *n.d.r.*] con alcune modifiche [...]».

Così ragionando, si vede come la denominazione *trust* sia assolutamente *accidentale* e non possa rappresentare l’unico riferimento per individuare i tratti della fattispecie contemplata nel testo convenzionale. Più ragionevole appare lo studio degli artt. 2, 11 e dell’art. 8 del testo convenzionale che definiscono le linee generali una struttura negoziale (unilaterale e/o bilaterale) produttiva di effetti di *destinazione* (=segregazione o separazione bilaterale) *patrimoniale a scopi meritevoli di tutela*, attuata, prevalentemente (ma non esclusivamente), mediante il trasferimento dei beni da un soggetto ad un altro che ne acquisisce il controllo e la gestione in favore o, comunque, nell’interesse di terzi ovvero dello stesso disponente o – entro certi limiti - dello stesso gestore (cfr .art. 2, ult. co.).

In sintesi, il *trust* della Convenzione de L’Aja non è e non può essere lo specifico *trust* previsto dalla specifica legge di uno Stato di *common law* bensì una fattispecie negoziale ampia, a struttura variabile, denominabile in vario modo a seconda del sistema in cui opera ed è prevista. Ciò che conta è che essa sia in grado di produrre alcuni effetti (art. 2) e che l’ordinamento in cui opera e che riconosce questi effetti fornisca, altresì, regole (rinvenibili nel suo complesso e non necessariamente e non esclusivamente in una legge speciale) degli elementi elencati nell’art. 8 della Convenzione²³.

L’attendibilità di questo percorso interpretativo incentrato sull’accidentalità del *nomen* pare supportata anche dal fatto che, ad esempio, la Francia ha adottato una legge sulla destinazione patrimoniale a scopi meritevoli di tutela, denominando la fattispecie regolata *fiducie* e non *trust*. Analogamente i progetti di legge concepiti per rendere l’Italia un Paese-*trust*, allo stato silenti e giacenti presso le Commissioni parlamentari, non hanno mai pensato di utilizzare il termine *trust*

²³ V. *supra* nota 7.

bensi quello di *fiducia*, *contratto fiduciario* e simili (sebbene ciò sia, a nostro avviso, un errore foriero di conseguenze negative anche sul piano internazionale)²⁴.

4. LE REGOLE ITALIANE DEL TRUST QUALE ATTO NEGOZIALE PRODUTTIVO DI SEGREGAZIONE PATRIMONIALE PER INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA

Così ragionando, si vede come nel nostro sistema le regole degli elementi indicati nell'art. 8 della Convenzione de L'Aja sono rinvenibili non solo nel *codice civile* ma anche in *leggi speciali* ovvero nella *giurisprudenza* e (*least but not last*) nella *prassi negoziale*, in parte anticipata ed in parte seguita dalla *riflessione dottrinale di ambito accademico*, e comunque validata dalla *giurisprudenza* (quantomeno di merito)²⁵.

Ed, infatti, sia considerando l'atto negoziale-*trust* in senso tradizionalmente *atipico*, vale a dire come una sorta di variante di fattispecie già esistenti nel nostro sistema (mandato e negozio fiduciario, *in primis*), sia inquadrandolo come fattispecie *aliena* (o, meglio, nel caso in esame: *anomala*)²⁶, cioè come una fattispecie di provenienza estera del tutto nuova e diversa rispetto alle fattispecie già esistenti nel sistema, non si resterebbe comunque privi di riferimenti disciplinari e ciò ben *prima* dell'introduzione dell'art.2645-*ter* c.c..

A ben vedere, infatti, l'Italia non può mai essere sprovvista di regolamentazione di fattispecie negoziali in senso lato *atipiche o innominate*, e ciò in forza di quanto previsto negli artt.

²⁴ Si allude in particolare al ddl n. 854 c.d. Leddi-Graziadei, presentato dalla senatrice Leddi, 6 giugno 2008 e alla più recente, ma identica, proposta di legge n. 4554, d'iniziativa del deputato Cambursano: entrambe le iniziative mirano ad introdurre nel codice civile il Capo IX-bis del TITOLO III del codice civile, contenente le norme sul *contratto di fiducia* richieste dall'art. 8 della Convenzione de L'Aja e che viene configurato come idoneo a produrre gli effetti indicati nell'art. 2 della medesima Convenzione. Sull'art. 11 del disegno di legge comunitaria 2010, contenente anch'esso una proposta di novellazione del codice civile ai fini dell'introduzione del contratto di fiducia, e che oggi risulta scomparso, si veda quanto detto nel nostro *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli (Editoriale Scientifica), 2010, p. 349ss. Tutte le proposte menzionate non identificano la fattispecie destinataria che disciplinano con il termine *trust* e ciò rappresenta, a nostro avviso, un errore anche a livello internazionale, in quanto, così facendo, si continua ad avallare la falsa credenza dell'essere l'Italia un paese – non *trust*.

²⁵ Questo circuito virtuoso (tra legge, prassi, giurisprudenza, dottrina) produttivo di *innovazione giuridica* è ben focalizzato, di recente, da G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Torino, 2013, pp. 1-6, là dove scrive con chiarezza che l'innovazione del diritto può trovare alimento, oltre che nella legislazione e nella giurisprudenza, nella *prassi*: è il caso dei contratti innominati, non disciplinati dal codice civile che nascono nella pratica dei rapporti personali o di affari per rispondere ad esigenze specifiche dei contraenti o dei traffici economici e che poi vengono validati dalla giurisprudenza. L'a. cita come esempi di quanto da lui affermato: la concessione di vendita, il contratto autonomo di garanzia, la cessione di volumetria, il vitalizio alimentare, i contratti tra conviventi aventi ad oggetto i loro rapporti patrimoniali. Del pari – afferma l'a. – la *dottrina*, intesa come opera creativa del giurista, rappresenta una fonte di innovazione giuridica: ciò è attestato da istituti come la cambiale, i titoli di credito, la personalità giuridica, il *trust*, il danno biologico. Istituti tutti che non sarebbero mai nati se non ci fossero state riflessioni dottrinali che hanno favorito l'introduzione (a livello normativo, giurisprudenziale e operativo) di soluzioni altamente innovative e creative.

²⁶ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit. e, riprendendo la proposta di De Nova cfr. quanto si è tentato di dimostrare in *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, cit., p. 73ss., in cui si pone in risalto la differenza della fattispecie *aliena* rispetto alla *anomala*. La prima si caratterizza per essere mutuata interamente dal diritto straniero, con utilizzo anche della lingua straniera nel testo contrattuale ma per essere assoggettata alla legge sostanziale e alla giurisdizione italiane. La seconda, cui apparterebbe, il c.d. *trust* interno, si caratterizza, invece, per una vicinanza al modello straniero che appare tuttavia profondamente modificato, per l'uso della lingua italiana ma per la scelta di una legge sostanziale straniera e di una giurisdizione italiana!

1322, co.2, 1323 e 1324 c.c., che individuano nel Titolo II del Libro IV, vale a dire nelle norme sul *contratto in generale*²⁷, la *disciplina-quadro* di qualsiasi atto, definibile come negoziale, con struttura contrattuale ovvero unilaterale, che aspiri ad operare o che, di fatto, operi in Italia con rilevanza giuridica (c.d. atto *socialmente tipico*): tale è l'atto che abbia superato un *giudizio di meritevolezza* (*alias* rilevanza giuridica) degli interessi con esso perseguibili e che, dunque, non contrasti con norme, in senso lato, imperative del nostro ordinamento²⁸.

Il combinato disposto degli articoli codicistici appena citati fonda un incontestabile principio di *regolabilità* di tutti gli atti, a struttura sia *contrattuale* sia *unilaterale*, che possano emergere sul territorio italiano dalla *prassi* negoziale e che siano volti a perseguire interessi meritevoli di tutela, vale a dire giuridicamente rilevanti e non illeciti. Tali atti si configurano, tecnicamente, come *negozi socialmente tipici*, categoria questa sufficientemente ampia da comprendere in se stessa sia gli atti *atipici* (in senso stretto) sia gli atti c.d. *alieni*²⁹.

La *diversità* o, più tecnicamente, l'*atipicità* va intesa in senso ampio e – anche qui – non dogmatico, con riferimento a tutte quelle fattispecie negoziali non previste espressamente con un *nome* specifico ma comunque operanti nel mondo degli affari (e non solo degli affari in senso stretto) in quanto idonee a soddisfare interessi meritevoli di tutela in conformità con l'ordinamento giuridico secondo valutazioni che devono essere poste in essere, innanzitutto, dalle parti e dai professionisti di area legale coinvolti nella redazione e configurazione dell'atto, e, solo in seconda battuta ed in caso di patologia dell'atto, dai giudici.

²⁷ A tali norme, presenti, appunto, nel Libro IV, Titolo II, vanno affiancate altre norme sul “contratto in generale” presenti in altri libri del codice civile: si pensi alle norme sugli atti trascrivibili collocate nel Libro VI: v. *infra* nota ?.

²⁸ Tale giudizio di meritevolezza, sovrapponibile alla valutazione della causa c.d. concreta dell'atto negoziale posto in essere, compete senz'altro a colui che per primo è chiamato alla composizione e configurazione dell'atto, vale a dire il professionista di area legale che assiste la parte interessata al compimento dell'atto medesimo. Ciò accade sempre, anche per gli atti tipici che, del pari, vanno valutati in concreto e non in base alla loro tipicità astratta la quale, di per sé, non li salva da un giudizio di immeritevolezza, prima, e di illiceità, poi, ove tali (immeritevoli o illeciti) siano gli interessi con essi concretamente perseguiti. Da tempo ciò è stato chiarito in dottrina e in giurisprudenza e non si comprende dunque il timore dei professionisti e dei notai in particolare di effettuare questa valutazione per gli atti di segregazione del patrimonio dovendo già effettuarla per tutti gli altri atti in conformità con quanto prescritto dalla legge notarile che impone di indagare la volontà delle parti. Se la sentirebbe, infatti, un notaio di redigere un atto di compravendita di un appartamento che verrà adibito a casa di appuntamenti? Potrebbero le parti esplicitare tale finalità nell'atto *tipico* di compravendita senza che il notaio abbia qualcosa da obiettare?! Per un'analisi più approfondita del concetto di immeritevolezza e dei suoi rapporti con quello di illiceità si consentito rinviare a L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, cit., p. 174ss.

²⁹ Vale la pena precisare in questa sede che la nozione *tradizionale*, cioè tramandata di *atipicità* negoziale, intesa nel senso stretto indicato nel testo, non è cristallizzata e immutabile. Anch'essa, come tutte le categorie e gli istituti giuridici, si modifica, amplia o restringe, tenendo conto del momento storico, economico e culturale in cui la si esamina. Se questo assunto è condiviso in nome di una visione dinamica e non statica del diritto statale, non sembra irragionevole considerare l'*atipicità* come categoria ampliata e idonea oggi a comprendere anche l'*alienità* della fattispecie contrattuale al sistema in cui compare ed aspira ad operare.

Ne consegue la possibilità nel nostro sistema di fare ricorso, nell'opera di costruzione del complesso disciplinare del trust [con la "u"] italiano, *non solo* alle norme sul contratto in generale³⁰ ma anche alle norme sui *singoli contratti* (contratto di *mandato*, in primo luogo)³¹ regolati nel Titolo III del Libro IV oppure da leggi speciali extracodicistiche; e, ancora, alle norme sui singoli atti negoziali unilaterali avvicinati (soprattutto con riguardo agli interessi perseguibili) agli atti di diritto straniero denominati come *trust*, anch'essi regolati dentro (es.: fondazione) o fuori dal codice civile; e ancora a figure, come il *negozio fiduciario*, contemplate sia in previsioni normative, da leggere con occhio nuovo (cfr. art. 627 c.c.), sia e in ambito giurisprudenziale.

Rispetto a tutte queste regole di diritto italiano deve adottarsi – come suggerito dalla più autorevole dottrina comparatistica³² - un approccio volto a *valorizzarne* l'aspetto *operazionale*, vale a dire le *similitudini* piuttosto che le differenze con le regole proprie di fattispecie di diritto straniero, arrivando così ad estenderne il raggio e la portata applicativa secondo i dettami dell'art. 12 delle Preleggi al Codice civile³³.

Accanto alla legislazione codicistica, in una concezione moderna delle *fonti del diritto*, altrettanto rilevante a fini di individuazione delle *regole* applicabili ai "*trust interni*" da intendersi come "trust italiani" (v. *infra*), è la copiosa *giurisprudenza* formatasi in Italia da ormai più di un ventennio e relativa all'ammissibilità e trascrivibilità dei «*trust interni regolati da legge straniera*».

³⁰ Tra cui spiccano l'art. 1350 c.c. sulla forma scritta nonché altri articoli di valenza *generale* come gli artt. 2643, 2644 e 2645 c.c. che fondano, rispettivamente, un principio di atipicità degli atti a forma scritta e trascrivibili, tipizzando piuttosto gli *effetti* dei medesimi. Lettura questa da cui deriva (già molto prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c.: v. *infra* nel testo) la possibilità di imporre a pena di nullità la forma scritta [non l'atto pubblico] e di ammettere la trascrivibilità in Italia di atti di *trust* [*alias* di destinazione patrimoniale] che producano effetti traslativi di diritti reali su beni immobili. Cfr. oltre a quanto detto *supra* alla nota 1 anche *infera* par. 5 sul problema della opponibilità oltre che dell'effetto traslativo anche dell'effetto segregativo.

³¹ Che il mandato e figure che intorno ad esso ruotano, come la cessione dei beni ai creditori, possano rappresentare o, meglio, rappresentino un riferimento disciplinare attuale è dimostrato ampiamente dalla lettura dei progetti/disegni di legge sul contratto di fiducia già citati *supra* nota 24 nei quali si fa espressamente rinvio a regole presenti nella attualmente vigente disciplina del mandato e della cessione dei beni ai creditori, confermando così tutto quanto si va dicendo nel testo.

³² In tal senso, magistralmente, R. SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, 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, 2011, pp. 36-39, 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 e/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. La pratica – continua l'A. – ha bisogno di categorie concettuali ordinanti che sono diverse nei vari Paesi e i giuristi dei vari Paesi non fanno nulla per liberarsi di questa diversità. I contrasti che abbiamo sotto gli occhi esistono nelle qualificazioni, nei linguaggi nelle descrizioni, nelle spiegazioni, nei concetti. Non esistono, invece, nelle regole operative. Il compito della scienza [giuridica *n.d.r.*] è allora quello di relativizzare, e poi bandire ed esorcizzare queste contrapposizioni concettuali assurde. Essa saprà farlo solo se adotterà metodi comparativi sofisticati.

³³ Seguendo il dettato dell'art. 12 Preleggi si vede come molte delle norme sul mandato possano senz'altro essere considerate idonee a regolare gli elementi evidenziati nell'art. 8 Convenzione de L'Aja. Ma, come si tenta di porre in luce nel testo, non è solo il mandato che può rappresentare un valido punto di riferimento disciplinare. Il lavoro del giurista/interprete è quello di cercare la norma nel sistema complessivamente considerato.

E' vero, infatti, che tale giurisprudenza si fonda sull'equivoco³⁴ logico-giuridico, già segnalato, di ritenere sufficiente il rinvio alla legge straniera per superare i supposti principi di inammissibilità del *trust* nel nostro sistema giuridico. Ma è anche vero – a nostro avviso – che tale filone giurisprudenziale (tra l'altro largamente maggioritario a partire dal 2003) resta pur sempre apprezzabile in quanto ha, di fatto, sostanzialmente ignorato i supposti divieti di operatività del *trust* nel nostro sistema, creando terreno fertile e aprendo le porte per un'interpretazione evolutiva delle norme che sono poste a fondamento dei divieti medesimi, e, soprattutto, contribuendo all'individuazione dei tratti distintivi del “trust italiano”, vale a dire delle sue concrete possibili configurazioni nel nostro sistema giuridico nonché degli scopi con esso concretamente e legittimamente perseguibili.

In questo quadro regolamentare articolato e composito, in cui si rinvengono norme di fonte legislativa e giurisprudenziale di pari forza e dignità, e sempre nella medesima ottica di valorizzazione delle “fonti del diritto *non legislative*”, un ruolo di eguale rilievo va attribuito alle regole/norme emerse dalla *prassi* negoziale. La redazione da parte dei professionisti italiani (notai e avvocati) più seri ed avveduti di numerosissimi atti di «*trust* interno regolato da legge straniera» ha comportato un lungo (e, spesso, certosino) lavoro di individuazione delle *clausole* ammissibili *alias* compatibili con il sistema giuridico italiano nonché di valutazione della meritevolezza dei *trust* posti in essere, nel senso di tutelabilità/legittimità degli interessi perseguiti con i *trust* medesimi.

In altre parole, il ceto professionale, pur cadendo anch'esso nell'equivoco suddetto e continuando quindi ad inserire nell'atto la clausola di rinvio alla legge straniera, ha contribuito, di fatto, alla diffusione in Italia della pratica dei “*trust-trust*”, cioè delle fattispecie negoziali ad effetti patrimoniali segregativi per scopi meritevoli di tutela, scavalcando, con la forza dei fatti, le obiezioni addotte da più voci all'ammissibilità nel nostro ordinamento della segregazione patrimoniale non entificata di fonte negoziale (v. anche *infra*).

Quella parte del ceto professionale (più seria ed avveduta)³⁵, nella percezione (a volte solo istintiva e non esplicitamente confessata per ossequio alla dottrina dominante) che il *rinvio* alla legge straniera non valesse, tuttavia, a rendere *straniero* l'atto di *trust*³⁶, ha posto in essere *clausola per clausola* la «valutazione di compatibilità» tra il modello straniero di *trust* e le norme inderogabili del nostro ordinamento³⁷, contribuendo in maniera decisiva alla creazione di quello,

³⁴ Equivoco sulla cui “buona fede” è lecito dubitare, seguendo F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 490-91

³⁵ Si vedano gli scritti dei notai Daniele Muritano, Luigi Francesco Riso (in part. L.F. RISSO, M. S. RISSO, *Luci ed ombre del decreto del Tribunale di Reggio Emilia*, in *Trusts*, 2013, p. 22 ss.), Alessandro De Donato, e dell'avvocato Saverio Bartoli.

³⁶ *Trust* che resta perciò escluso dal raggio di applicazione della Convenzione de L'Aja, la quale, come già detto, essendo di diritto internazionale privato, non viene in considerazione per atti collegati esclusivamente ad un solo ordinamento.

³⁷ Cfr. il testo della Convenzione de L'Aja agli artt. 15-18.

che, allo stato può senz'altro definirsi il *modello italiano di trust [con la "u"]*, attuando, ciò che da un punto di vista tecnicamente comparatistico, si definisce *trapianto* di un istituto/modello giuridico da un ordinamento all'altro, con le *conseguenti ed inevitabili* trasformazioni che ne derivano³⁸.

In conclusione, la redazione dei "*trust interni compatibili con il nostro ordinamento*"³⁹ da parte di alcuni esponenti delle professioni legali ha contribuito in maniera determinante al processo di configurazione della fattispecie "trust italiano" e alla formazione delle regole di diritto interno ad esso applicabili.

E', infatti, alquanto mistificante ed illusorio continuare a credere che un c.d. *trust* interno soggetto, ad esempio, alla *legge inglese* sia un *trust* inglese con un (qualche) collegamento con l'ordinamento italiano! Si tratta, piuttosto, di un "trust italiano" a tutti gli effetti, vale a dire di una figura negoziale senz'altro ispiratasi al *trust* inglese ma poi *mutata* in quanto *trapiantata* ossia adattata, costruita in conformità all'ordinamento italiano, ai suoi principi e alle sue norme inderogabili. Adattamento questo che non impedisce al *trust* interno/trust italiano di presentarsi con tratti, più esattamente: con *clausole*, completamente nuove e diverse rispetto a quelle proprie degli atti di diritto italiano ad esso avvicinati (mandato, negozio fiduciario etc.). Ma nei trapianti giuridici ciò è, per così dire, *in re ipsa*⁴⁰.

Quello che va compreso è che il rinvio alla legge straniera non solo è fittizio in quanto non mantiene affatto (anche nell'ottica della Convenzione) la qualifica di *straniero* all'atto posto in essere e collegato esclusivamente con l'ordinamento italiano, ma, soprattutto, tale rinvio non vale certo a rendere l'atto idoneo al perseguimento di interessi *incompatibili* con principi e regole

³⁸ La nozione di trapianto giuridico è stata coniata dallo storico del diritto A. WATSON, *Legal Transplants : an approach to comparative law*, Edinburgo, 1974, in part. p. 95 per indicare il processo di circolazione dei modelli giuridici. Egli, infatti, sostiene che «i trapianti sono la fonte più fertile di sviluppo legislativo. La maggioranza dei cambiamenti, nella maggioranza dei contesti, è il prodotto di prestiti da diversi ordinamenti giuridici». Cfr. di recente G. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001, p. 14, il quale, per esemplificare il concetto di trapianto giuridico, cita proprio il *trust* come esempio di trapianto [di un istituto privatistico] effettuato da un legislatore nazionale [alludendo, probabilmente, alla legge di ratifica della Convenzione de L'Aja n.d.r.]. Si veda anche G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Norme e materiali*, Torino, 2006, p. 33ss.

³⁹ Il problema della *compatibilità* con l'ordinamento italiano altro non è che il problema della *causa concreta* dell'atto di *trust* posto in essere, vale a dire della liceità dell'interesse effettivamente perseguito con il medesimo e dunque della sua legittimità/conformità alle regole inderogabili del nostro sistema giuridico privatistico. In quest'ottica vanno lette le pronunce giurisprudenziali che si sono espresse in senso favorevole al fenomeno *trust* ma hanno nel caso concreto considerato "non ammissibile" bensì – più propriamente – *illecito*, nel senso di contrario a norme imperative italiane, il *trust* sottoposto alla loro valutazione. La questione è stata da noi approfondita nel testo monografico già citato a p. 177ss.; cfr. anche S. PATTI, *Trust, quota di riserva e causa concreta*, in *Famiglia, Persone Successioni*, 2011, p. 526ss. In linea Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, cit.:« [...] Tali considerazioni consentono allora, a giudizio del decidente, di ritenere senz'altro astrattamente valido, all'interno dell'ordinamento, sia l'istituto generale del *trust* , e sia, in particolare, quello del *trust* interno. Se ciò è vero in termini generali ed astratti, nondimeno la **validità del trust va valutata, nello specifico, alla luce del concreto modo di atteggiarsi nel caso concreto**[...]».

⁴⁰ In questa prospettiva bene si comprende come il *trust* italiano ben possa essere un contratto piuttosto che un atto unilaterale, che appare, invece, la struttura prevalente per i *trust* di area *common law*. La diversità di struttura non impedisce l'identità degli effetti (destinatori/segregativi) che ne derivano. Ed è questa identità di effetti che determina la assimilazione di *trust* di diritto straniero e *trust* italiano, soprattutto dal punto di vista del testo della Convenzione de L'Aja.

inderogabili del nostro sistema là dove l'atto aspiri ad operarvi, cioè ad esplicarvi gli effetti sui propri⁴¹.

5. L'ART. 2645-TER C.C. COME PREVISIONE ESPRESSA DI NORME REGOLANTI IL TRUST ITALIANO

Seguendo questa ricostruzione interpretativa emerge chiaramente come l'art. 2645-ter c.c., introdotto ormai più di sette anni fa (!) nella compagine codicistica non è che una conferma di tutto quanto si è andati fin qui dicendo nel senso che esso non fa altro che aggiungere ma più esattamente *chiarificare* elementi disciplinari (trascrivibilità, opponibilità della destinazione, segregazione, forma, tutela degli interessati, durata della destinazione ecc.) della destinazione patrimoniale (di fonte negoziale) per scopi meritevoli di tutela, da considerarsi già esistenti ed operanti nel sistema italiano. Cosa che, d'altra parte, le correnti dottrinali più avanzate nell'interpretazione e rielaborazione del *negozio fiduciario*, operanti in Italia dalla seconda metà degli anni '90, avevano già da tempo evidenziato⁴², assumendo, quindi, esse stesse il ruolo di punti di riferimento nell'*individuazione* e (ri-)costruzione della disciplina della fattispecie italiana di trust.

L'art. 2645-ter c.c. stabilisce espressamente che nel nostro sistema giuridico è ammessa la destinazione patrimoniale di fonte negoziale avente ad oggetto beni immobili e che l'atto (negoziale⁴³) da cui essa deriva è *trascrivibile* ai fini dell'opponibilità ai terzi (*non solo* dell'effetto di trasferimento dei beni immobili, dal costituente al destinatario⁴⁴ ma anche) del *vincolo di*

⁴¹ Ed, infatti, un certo numero di "trust interni" sono stati giudicati illegittimi e, dunque, non praticabili dai nostri giudici ma tale giudizio, in molti casi, era stato emesso (e viene ad oggi emesso), ancor prima, da consulenti (notai e/o avvocati) che esercitano la propria professione in modo eticamente corretto e/o che, più semplicemente, hanno chiaro, quantomeno, che il rinvio alla legge straniera (là dove lo si consideri valido: v. *infra* par. 5) non può comunque bastare a salvare dalla nullità (o altro) un *trust* compiuto in frode alla legge italiana o che comunque persegua interessi considerati fraudolenti in relazione alla legge italiana. Di fatto, però, continuare a ritenere – ingiustificatamente ed illogicamente – che il *trust* interno sia assoggettabile a legge straniera favorisce e alimenta comportamenti non corretti o, più semplicemente, non consapevoli di alcuni professionisti che pensano di porre sotto "l'ombrellone" della legge straniera tutto quanto *non* praticabile in Italia, esponendo, poi, i soggetti coinvolti nell'atto a gravi problemi in sedi giudiziaria. Anche solo per questa ragione il rinvio alla legge straniera dovrebbe essere bandito dagli atti di trust interno.

⁴² Si allude agli scritti di Gianfranco Palermo, Mirzia Bianca (in part. *La fiducia attributiva*, Torino, 2002), in ambito civilistico, e agli scritti di Luigi Salamone, nell'ambito del diritto commerciale; del pari molto rilevanti gli studi di Salvatore Mazzamuto, Laura Santoro, Luca Nivarra e altri.

⁴³ Che l'atto fonte della destinazione patrimoniale debba essere negoziale appare, ad oggi, l'interpretazione prevalente, avvalorata dal richiamo alla forma pubblica per l'atto medesimo, sebbene, da parte nostra, non escludiamo altre ipotesi come d'altra parte già segnalato da 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».

⁴⁴ Che questo sia possibile, vale a dire che il *trust* interno sia trascrivibile con riguardo all'effetto di trasferimento dei beni immobili al *trustee*, effetto che è opponibile ai terzi a seguito della *trascrizione*, viene ammesso

destinazione che ne deriva e che determina la separazione patrimoniale bilaterale (*alias* segregazione) con riguardo al gestore-fiduciario-trustee.

In altre parole, la trascrizione dell'atto contenente un vincolo di destinazione a carico del proprietario *cum vincolo* (trustee, *alias* gestore, *alias* attributario, *alias* fiduciario e che altro dir si voglia), comporta necessariamente per il proprietario *cum vincolo* la possibilità di *opporre* il vincolo medesimo - e il suo effetto essenziale (la separazione bilaterale) - a chiunque (anche un suo familiare che) intenda prevalere, a vari fini, sui beni vincolati⁴⁵.

Risultato inevitabile è la considerazione in termini critici della visione, ad oggi ancora prevalente, secondo cui sussisterebbe una netta distinzione tra:

- la fattispecie del c.d. **trust interno**, concepito come contratto atipico (nel senso del diritto italiano), soggetto a forma scritta se avente ad oggetto beni immobili, regolato da una legge **straniera** (rispetto alla quale, dunque, si viene a configurare come contratto tipico?!) nonché trascrivibile, principalmente, in forza di un orientamento giurisprudenziale dominante favorevole in tal senso e fondato su una interpretazione estensiva, tra gli altri, degli artt. 2643 e 2645 c.c.⁴⁶;

- la fattispecie dell'**atto di destinazione**, concepito quale negozio *parzialmente* tipico (ovvero *parzialmente* atipico) regolato dal diritto italiano, di cui l'art. 2645-ter c.c. contempla espressamente la trascrivibilità nel caso abbia ad oggetto beni immobili e mobili registrati e sia redatto in forma di atto pubblico;

- la fattispecie del **negozio di affidamento fiduciario**, configurato come negozio di diritto italiano operante – dall'entrata in vigore del 2645-ter c.c. (?) – nel nostro ordinamento ed idoneo a produrre effetti nonché a realizzare interessi analoghi se non identici a quelli prodotti e realizzati dal *trust* interno;

anche da F. GAZZONI, *La trascrizione di atti e sentenze*, cit., p. 477, il quale assimila in questo *trust* e negozio fiduciario, nel senso di ritenere questo trascrivibile al pari di quello ai fini di rendere opponibile l'effetto traslativo.

⁴⁵ Certamente va affrontato anche il problema di come riempire i riquadri della nota di trascrizione automatizzata dato che è necessario puntare all'*adeguatezza del regime pubblicitario*, ritenendo tale quel regime idoneo ad escludere nel terzo qualsivoglia incertezza circa l'effettivo contenuto della destinazione e ciò al fine di poter far valere da parte degli interessati l'inefficacia dell'atto contrario al programma destinatorio, posto in essere dal trustee (cfr. L.GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, cit., Cap. III). Adeguatezza, 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). E' opportuno qui ribadire che le difficoltà tecniche di compilazione di un modulo informatizzato non dovrebbero condizionare l'operatività degli istituti giuridici soggetti all'onere della trascrizione. Sarebbe opportuno aprire un confronto diretto e costante tra il notariato e chi provvede all'elaborazione di tali moduli. Evitare di intervenire su questo passaggio porta il notariato a subire la modulistica informatizzata per adattarvi poi l'attività negoziale e non viceversa! Codesta deriva ci appare foriera di conseguenze negative per la classe notarile.

⁴⁶ D. DE CRESCENZO, *Sulla trascrivibilità del trust*, cit.

- la fattispecie del **negozio fiduciario**, concepito come negozio atipico di diritto italiano, articolato in “atto di trasferimento” e “*pactum fiduciae*”, soggetto a forma scritta se avente ad oggetto beni immobili, ma non trascrivibile e dunque non opponibile a terzi ma solo tra le parti;

- la fattispecie del **mandato**, configurato quale negozio tipico di diritto italiano, non trascrivibile anche se redatto in forma pubblica, la cui concezione e configurazione viene – incomprensibilmente e contro ogni evidenza normativa – limitata (là dove si tratti per il mandatario di porre in essere atti giuridici che comportano il trasferimento di beni) al mandato ad acquistare beni mobili ed immobili;

L’idea della profonda ed incolmabile diversità tra le fattispecie sopra menzionate è fortemente radicata e si fonda sulla ripetizione tralattizia di costruzioni dottrinali (non solo accademiche) e giurisprudenziali sia risalenti nel tempo sia di più recente formulazione, le quali sono rimaste pressoché impermeabili a quanto parte della dottrina (in questo caso, prevalentemente accademica) italiana di ambito civilistico e commercialistico ha tentato (da quasi un ventennio) di affermare e dimostrare ben prima dell’entrata in vigore dell’art. 2645*ter* c.c.⁴⁷

Neanche l’introduzione del nuovo disposto normativo – che pure avrebbe potuto fornire strumenti utili ad una rilettura in senso unitario delle fattispecie sopra menzionate – è servita a scardinare l’idea (pur contrastante in pieno con gli artt. 1322, 1323 1324 c.c., vale a dire con il principio dell’autonomia privata e dell’atipicità negoziale operante nel nostro ordinamento) dell’impossibilità di considerare le suddette figure negoziali in una prospettiva nuova e più moderna ma – soprattutto – più aderente ad un’esegesi attenta alla lettera delle norme vigenti nel sistema di diritto privato italiano, comprendendo in esso la Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento.

Lasciando, per il momento, da parte l’analisi congiunta di tutte le figure menzionate nell’elenco sopra esposto, avendo trattato tale aspetto in precedenti lavori⁴⁸, e focalizzando l’attenzione sul rapporto possibile tra “*trust* interno”, inteso come *contratto atipico di diritto italiano*, e atto di destinazione contemplato nell’art. 2645-*ter* c.c., deve porsi in risalto come tale rapporto non possa che essere di totale *sovrapposizione* nel senso di identificazione dell’uno nell’altro e viceversa. Al limite si potrebbe ipotizzare un’inclusione del “*trust* interno” nell’atto di destinazione, concependo questo come categoria più ampia, ma quello che va senz’altro esclusa è l’idea di una diversità incolmabile tra le due figure negoziali.

⁴⁷Si intendano qui citati i lavori di A. Gambaro, G. Palermo, S. Mazzamuto, L. Santoro, M. Bianca, R. Quadri, L. Salamone, A. Morace Pinelli.

⁴⁸L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, cit., cap. II, con specifico riguardo al rapporto possibile nel nostro sistema tra «fiducia *palese*» e «fiducia *segreta*», cioè sulla possibilità di convivenza nel sistema di accordi fiduciari opponibili in quanto trascritti e non opponibili in quanto non trascritti per scelta delle parti.

In primo luogo va sgombrato il campo dalla concezione della fattispecie contemplata nell'art. 2645-ter come mero *effetto* e non come *atto*, senza che per fare ciò non sia necessario tanto di più dell'attenta lettura della legge, così come va sgombrato il campo dall'idea che l'atto di destinazione di cui parla la norma codicistica sia solo unilaterale o solo bilaterale o un *tertium genus* non meglio identificabile!⁴⁹

Queste derive esegetiche vanno senz'altro respinte in nome di un richiamo all'art. 12 Preleggi che impone una visione, in primo luogo, attenta alla lettera del testo normativo: non si può quindi andare alla ricerca di limiti o limitazioni non esistenti ma derivate da concezioni teoriche aliene al testo normativo e tendenti a piegarlo a quanto si ha in mente (o in animo!)⁵⁰.

Di fatto, come si è cercato di suggerire nei paragrafi precedenti, alla configurazione del “trust italiano” *alias* atto di destinazione si era giunti, già prima della novellazione del codice civile, ammettendo la trascrivibilità dei “trust interni soggetti a legge straniera”. Solo la clausola di rinvio alla legge straniera impediva (ed impedisce a tutt'oggi) di focalizzare che quel c.d. “trust interno” altro non era (ed è) se non un trust di diritto italiano *alias* atto di destinazione, idoneo a produrre gli effetti segregativi indicati negli artt. 2, 11 Convenzione de L'Aja, in quanto la trascrizione veniva concepita come capace di rendere opponibile (dal *trustee* ai terzi) sia l'effetto di trasferimento dei beni sia l'effetto segregativo (nel patrimonio del *trustee*), cioè il vincolo di destinazione⁵¹.

E che ciò fosse possibile deriva, ci sembra, dalla constatazione che più ancora che nell'art. 2647, ult. co., o nell'art. 2649, ult. co., c.c. nell'art. 2915 c.c., presente nella compagine codicistica ben prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter (che, tra l'altro, ad esso rinvia), si fa espressamente riferimento al meccanismo dell'*opponibilità* con riguardo ad (una categoria di) *atti produttivi* di «vincoli di indisponibilità», tra cui vanno compresi - ragionevolmente - i vincoli di destinazione⁵², ammettendo, dunque, che la trascrizione di un atto (anche *atipico*) che costituisce un vincolo di destinazione su beni immobili, rende opponibile a terzi (compresi i suoi creditori) da parte del soggetto *in favore* del quale la trascrizione è fatta, non solo (l'eventuale) trasferimento di beni

⁴⁹ In altri termini, non è vero che l'atto di destinazione del 2645-ter c.c. sia *solo* l'atto di auto-destinazione e per questo distinto dal *trust* interno che prevede invece un trasferimento di beni *settlor – trustee*. Ma questo dove è scritto nel testo dell'art. 2645-ter c.c.? Non c'è alcuna indicazione espressa in tale senso. E' ragionevole affermare, quindi, che trattasi solo di una *interpretazione* della locuzione «atto di destinazione» che a nostro avviso non può essere seguita perché introduce limiti non presenti nella norma e dunque incomprensibili ed inaccettabili.

⁵⁰ In questo errore cade, a nostro avviso, di recente, a Trib. Reggio Emilia, decr. 7-22/6/2012, giudice Est. G.Fanticini, il quale procede a negare alle parti il ricorso all'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, imponendogli, per la realizzazione dei medesimi interessi, il *trust* interno sottoposto a legge straniera! Tutto ciò in ossequio alla dottrina dominante in materia di *trust* interno sottoposto a legge straniera.

⁵¹ Nella prospettiva suggerita che, appunto, assimila *trust* interno di diritto italiano e atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* risultano superate le recenti e rinnovate obiezioni alla trascrivibilità del *trust* interno di F.GAZZONI, *op. ult. cit.*, che invece si fondano sulla distinzione tra le due fattispecie e si appuntano, pur criticandola aspramente, sulla figura del *trust* interno soggetto a legge straniera.

⁵² Il vincolo di destinazione, infatti, rende il bene indisponibile a meno che di esso non si disponga a certi fini prestabiliti. Sul rapporto tra vincolo di destinazione e vincolo di indisponibilità si vedano gli scritti di M. BIANCA.

oggetto dell'atto, ma il vincolo costituito sui beni medesimi, vale a dire la segregazione patrimoniale (non entificata)⁵³.

Ci pare, infatti, opportuno precisare che per *opponibilità* si intende *prevalenza* di un soggetto su posizioni giuridiche di altri soggetti rispetto ad un medesimo bene e *non*, invece, *possibilità che un atto produca un certo effetto che non è idoneo a produrre perché contrastante con l'ordinamento giuridico*. In altri termini, non ci sembra corretto sul piano della logica giuridica affermare che il “*trust* interno” non era trascrivibile e dunque non era opponibile nei suoi effetti tipici, comprensivi ontologicamente della segregazione patrimoniale, in quanto sarebbe dovuta esistere un'espressa norma che prevedesse la trascrivibilità degli atti produttivi di vincoli di destinazione, cioè una norma *ad hoc* che prevedesse la trascrivibilità di atti produttivi di destinazione patrimoniale non entificata, nella quale venisse esplicitato che trascrivere tali atti avrebbe significato consentire al *trustee*/gestore di escludere i propri creditori personali dalla possibilità di aggredire i beni in *trust*⁵⁴.

A parte che, nell'ordinamento italiano, la norma *ad hoc* invocata ben poteva essere identificata nel già sopra menzionato art. 2915 c.c., ciò che conta porre in risalto è che prima ancora del problema della *trascrivibilità* di atto produttivo di vincolo di destinazione e dell'opponibilità del vincolo medesimo, si pone il problema *dell'ammissibilità* nel nostro sistema giuridico del vincolo di destinazione *alias* effetto segregativo patrimoniale non entificato e atipico⁵⁵. E tale problema è generato dall'interpretazione dell'art. 2740 c.c.

E che ciò sia vero è attestato, dal fatto che, nonostante la comparsa dell'art. 2645-ter nel codice civile, comparsa che avrebbe dovuto portare ad un superamento di tutte le obiezioni sulla trascrivibilità del *trust* interno e sull'opponibilità dei suoi effetti essenziali, con specifico riguardo

⁵³ Né varrebbe per contro obiettare che l'art. 2915 c.c. non era comunque sufficiente a giustificare la trascrizione dei *trust* interni in quanto norma «secondaria» (così F. GAZZONI, *op. cit.*) che avrebbe necessitato di una norma speciale sui *trust* o, più specificamente, sulla trascrivibilità del vincolo di destinazione e della segregazione patrimoniale. La classificazione come norma *secondaria* ci appare, infatti, del tutto incomprensibile, per non dire arbitraria, dato che è noto come un istituto – la trascrizione nel caso in esame – non possa considerarsi disciplinato solo dalle norme presenti nel titolo ad esso dedicato ma che tali norme vadano rinvenute nella complessità del sistema. Trattandosi, poi, di norma codicistica, presente, tra l'altro, nel medesimo Libro VI, non si vede come possa pensarsi ad una subordinazione di essa rispetto ad altre norme nella definizione del raggio operativo dell'istituto della trascrizione.

⁵⁴ Questo è l'effetto, per così dire, essenziale della destinazione patrimoniale. Dato che, nell'ordinamento italiano, l'atto negoziale non può che essere concepito in modo unitario e compiuto (non ammettendosi forme, in senso lato, di *astrazione*), trascrivere l'atto di destinazione non può che comportare l'opponibilità della destinazione appunto, vale a dire della separazione bilaterale, quale effetto caratterizzante la destinazione medesima, come risulta dalla stessa lettura della Convenzione, la quale, nel tratteggiare il *trust*, cioè la fattispecie destinataria che ne è oggetto, indica la separazione bilaterale (*alias* segregazione) tra gli effetti suoi propri (cfr. i già citati artt. 2, 11).

⁵⁵ Come per tutti gli atti/effetti negoziali quelli di destinazione e segregazione patrimoniale non entificata sono ammessi in base a norme che *non* sono identificabili in quelle della trascrizione, intesa come regime pubblicitario a valenza dichiarativa e non costitutiva, che altera e fa eccezione al principio consensualitistico e alla regola generale della prevalenza di un soggetto su un altro con riguardo ad un medesimo bene, fondata sul dato cronologico di compimento dell'atto che ha ad oggetto il bene stesso.

all'opponibilità del vincolo di destinazione ai creditori personali del *trustee*⁵⁶, al contrario si è continuato a leggere la novella in modo limitante e limitato, affermandone la cattiva formulazione in quanto appunto non sarebbe stato in essa esplicitato abbastanza bene che una volta trascritto l'atto produttivo di vincolo di destinazione i beni destinati non sono aggredibili dai creditori del destinatario/fiduciario/gestore/trustee dei beni medesimi⁵⁷, per non dire, poi, delle già menzionate interpretazioni volte a restringere struttura e causa della figura "atto di destinazione", paralizzandone l'operatività come già fatto, ad esempio, per il patto di famiglia.

Le ragioni di queste "resistenze" vanno, appunto, rintracciate nell'attaccamento ad una certa visione del rapporto tra *patrimonio personale e responsabilità*, vale a dire in una certa lettura ed interpretazione dell'art. 2740 c.c.

A chi scrive, appare, del tutto irragionevole negare che l'art. 2645-ter c.c. abbia segnato in modo inequivocabile il superamento delle obiezioni alla cosiddetta *destinazione patrimoniale negoziale non entificata* fondate, prevalentemente, sull'art. 2740 c.c. Ciò non tanto perché la nuova norma, contenuta nell'art. 2645-ter, potrebbe costituire dell'art. 2740 un'espressa *deroga*⁵⁸ e, forse,

⁵⁶ Sempre che, ovviamente, si assimili il *trust* interno in quanto trust di diritto italiano all'atto di destinazione, come qui si propone di fare.

⁵⁷ Si è invocato anche che la nuova norma non garantisce l'opponibilità del vincolo di destinazione da parte del terzo beneficiario (della destinazione medesima) e che sarebbe necessario prevedere una doppia trascrizione in favore del trustee ed in favore del beneficiario (in tal senso sembra andare F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 490 ss.). A questa impostazione sembra potersi obiettare, in primo luogo, che la trascrizione in favore del beneficiario presenta delle difficoltà tecniche dato che il diritto dei beneficiari sui beni destinati non è configurabile in termini di diritto reale su immobili né – in molti casi – come aspettativa di acquisto di diritto reale su immobili, dovendosi qualificare la posizione attiva del beneficiario quale diritto (di credito) nei confronti del titolare dei beni destinati all'esecuzione di una prestazione di fare consistente nell'attuazione del *programma di destinazione*. Tale programma può comprendere il trasferimento di beni immobili, dando vita al diritto di credito di concludere il contratto di trasferimento (eseguibile forzatamente *ex art. 2932 c.c.*) o altra prestazione non inquadrabile in questa fattispecie. Le perplessità che può suscitare la trascrizione in favore dei beneficiari potrebbe essere superate facendo leva sulla novità della fattispecie, quella destinataria appunto; si potrebbe, quindi, pensare alla possibilità di trascrivere anche in loro favore il vincolo di destinazione, tenendo conto dell'unità dell'atto di destinazione che va reso opponibile nel suo complesso e non solo con riguardo alla parte traslativa. Ci appare, tuttavia, più corretto, nel senso di maggiormente conforme ai dati normativi vigenti, escludere la trascrizione del vincolo in favore dei beneficiari, anche facendo leva sull'interpretazione analogica dell'art. 2649, co. 1, c.c., il quale per la fattispecie del fondo patrimoniale che, più di altre può essere accostata alla categoria di atto di destinazione di cui si discorre, *non* prevede la trascrizione del vincolo in favore dei beneficiari (figli minori) ma solo a carico dei soggetti vincolati. Ciò è coerente con il dato che ad essere resa opponibile nel senso di *prevalente* su quella di altri soggetti rispetto ai beni in fondo, è la posizione giuridica del proprietario *cum vincolo* dei beni destinati e non quella dei beneficiari, i quali, tuttavia, da questa prevalenza e dalle conseguenze che ne derivano traggono indubbi vantaggi sul piano rimediabile (cfr. L. GATT, *Dal trust al trust ecc.*, cit., pp. 268ss.). 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. A sostegno di questa impostazione può, altresì, addursi che nei progetti e disegni di legge *supra* citati nota 24 non si fa menzione di una trascrizione del vincolo in favore del beneficiario. Del pari di applicazione (analogica) dell'art. 2645-bis c.c. potrebbe parlarsi solo nei casi in cui in favore del beneficiario si prospetti l'acquisizione di un diritto reale su beni immobili (vale a dire quando la prestazione cui è obbligato il *trustee* è una prestazione di trasferimento di tali beni).

⁵⁸ Così, invece, G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust* (art. 2645ter c.c.), Padova, 2008, p. 290. Preferibile appare l'approccio esegetico 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: su tutti cfr. l'acuta analisi di L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001. V. anche A. FALZEA, *Relazione*, in AA. VV.,

neppure perché si è ormai approdati ad un'interpretazione più "moderna" dell'articolo medesimo, congiuntamente ad un'interpretazione più "moderna" dell'art. 832 c.c.⁵⁹. Pare, piuttosto, che l'art. 2645-ter c.c. sancisca in modo difficilmente contestabile ciò che era già stato esplicitato da parte della nostra dottrina 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.⁶⁰: «la responsabilità

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. PILIA, *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.

⁵⁹ Vale a dire della nozione di *proprietà* concepita anche *nell'interesse altrui* ovvero *proprietà fiduciaria* o, ancora, *proprietà in trust* o, ancora, *proprietà funzionale* [queste espressioni divengo equivalenti]: cfr. A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *TAF*, 2007; M. LUPOI, *Istituzioni ecc.*, cit., p. 244, dove afferma che la *proprietà* dell'affidatario [*alias* nell'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. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, 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*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 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 (v. *supra* nota 274). 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*, Milano, 2004, 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*, 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. 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 costituente 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 salute*, in A.A.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)»!

⁶⁰ 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 ragioni 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. Sempre in Trib. Velletri si legge

patrimoniale altro non è che il reciproco dell'autonomia privata [...] per cui tutto si può fare salvo a sopportarne le conseguenze giuridiche»⁶¹.

Più specificamente una parte avanzata della dottrina accademica, da tempo, ha assunto consapevolezza e tentato di dimostrare l'assenza di ostacoli normativi alla *separazione patrimoniale atipica* (di fonte negoziale) 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.»⁶².

Va ribaltato, quindi, il punto di vista assunto da chi, invece, sostiene l'*inopponibilità* (e quindi la *non trascrivibilità*) dell'accordo, in senso lato, fiduciario, e dunque del vincolo di destinazione sui beni (attribuiti al fiduciario) che 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.

Al contrario, deve rilevarsi che sono solo gli effetti *diretti* del negozio a non poter essere pregiudizievoli per il terzo (*alias* creditore) 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 posto in essere dal loro debitore 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

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 [mediante trascrizione del *trust n.d.r.*] 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 [...]». Più di recente Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, *cit.*, con argomentazioni che non preferiamo ma che comunque danno l'idea di dove si sta andando: «[...] il *trust* deve senz'altro essere positivamente valutato dall'ordinamento giuridico. Né a tale conclusione osta il principio di responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c., atteso che il comma 2 del medesimo articolo ammette deroghe legali al richiamato principio. E nel caso di specie, la deroga legale al principio generale di cui all'art. 2740, co. 1°, c.c. è proprio quella derivante dalla legge n. 364/89, di ratifica della Convenzione Aja, che prevede per l'appunto (art. 2, co. 2°, lett. a), quale elemento caratterizzante il *trust*, il fatto che i beni conferiti in *trust* costituiscono una massa distinta e autonoma, che non fa parte del patrimonio del *trustee*».

⁶¹ Cfr. L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sull'art. 2645ter c.c.*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 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.

⁶² Così L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sull'art. 2645ter c.c.*, *cit.*, pp. 138-139, dove (ribadendo sinteticamente quanto da lui ampiamente dimostrato in *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001) 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. Cfr. anche PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 143 e prima ancora P. G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 358ss.

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 (si pensi alla *donazione*) in forza di una valutazione *astratta* del medesimo quale atto idoneo a pregiudicare i creditori.

L'ordinamento italiano 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..

Che, poi, in Italia, come ammonito da autorevoli esponenti del notariato⁶³, si possa dare, spesso e volentieri, corso ad un uso distorto se non fraudolento degli istituti giuridici, è senz'altro vero (purtroppo!) ma ciò non può rappresentare un freno all'impiego – in modo eticamente e professionalmente – corretto di istituti esistenti, ammessi e regolati dall'ordinamento giuridico italiano. L'eccessiva prudenza che, a nostro modesto avviso, è attualmente in voga presso i notai italiani, ha condotto addirittura a vedere nel *fondo patrimoniale*, istituto presente nel sistema da un certo numero di decenni, uno strumento pericoloso perché potenzialmente idoneo a frodare i creditori. Si vede come queste tendenze a non porre in essere atti tipici del sistema non possano che condannare il notariato ad un ruolo marginale nello scenario della pratica degli affari, soprattutto in un'ottica che non sia solo ed esclusivamente nazionale.

Va detto che i giudici e le commissioni tributarie danno un notevole contributo in negativo, alimentando paure e timori della classe notarile. Anche qui, deve risultare chiaro che al ceto professionale notarile, in particolare, spetta svolgere *la valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti con l'atto di destinazione*⁶⁴ in base agli elementi che gli vengono *esplicitati* dall'autore/autori dell'atto e di cui dovrà dare conto in atto. Di tutto quanto *non esaminabile* perché non manifestato, il notaio *non potrà e non dovrà essere considerato responsabile*.

Ciò di cui, invece, potrà essere considerato responsabile è il rinvio alla legge straniera per la regolamentazione di una fattispecie di diritto italiano quale è il “*trust* interno” che, presentando il collegamento più stretto – in senso (tecnicamente) internazionalprivatistico – con un *unico*

⁶³ Si allude, da ultimo, all'intervento del collega Presidente Giancarlo Laurini, di chiusura del Convegno su *trust* e atto di destinazione organizzato dalla Fondazione Casale presso il Consiglio Notarile di Salerno, 31 maggio 2013.

⁶⁴ Al pari di quanto accade per tutti gli atti negoziali di sua competenza: è opportuno qui ribadirlo senza citare tutto quanto notoriamente è stato detto sul rapporto tra *causa* e *causa concreta* dell'atto negoziale (cfr. anche note precedenti).

ordinamento, quello italiano, per operare in Italia *non* soltanto *non necessita* di essere assoggettato ad una legge straniera ma, più propriamente, *non deve essere assoggettato a legge straniera*⁶⁵.

6. *SEGUE*. LA NULLITÀ DELLA CLAUSOLA DI RINVIO ALLA LEGGE STRANIERA PRESENTE NEI TRUST ITALIANI E I LIMITI ONTOLOGICI ALLA LIBERTÀ DI SCELTA DELLA LEGGE STRANIERA (C.D *SHOPPING* DEL DIRITTO)

E' ora più che mai opportuno ribadire quanto già affermato nel 2005 dal Tribunale di Velletri, vale adire la *nullità* della clausola di rinvio a legge straniera contenuta in un *trust* interno, nullità parziale che comporterà l'applicazione del diritto italiano a tutta la fattispecie destinataria (cfr. art. 1419 c.c.).

Se, tuttavia, il giudice laziale sembrava ancorare la qualificazione in termini di nullità della clausola di scelta della legge straniera del *trust* interno ad (eventuali) intenti fraudolenti presenti nell'autore dell'atto⁶⁶, da parte nostra riteniamo che tale nullità discenda (ancora prima e, quindi, comunque e sempre), dalla violazione della norma sulla possibilità di scelta della legge applicabile al *trust*, che appare – come già detto – di diritto sostanziale uniforme, e che risulta contenuta nell'art. 6 Convenzione de L'Aja. Tale norma opera nel nostro sistema al pari della regola presente nell'art. 3 *ex* Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali

⁶⁵ Vale la pena riportare ancora un passo della più volte citata pronuncia del Trib. Brindisi, 28 marzo 2011: «[...] all'ammissibilità del trust, e in particolare di quello interno, non osta il rilievo che l'ordinamento italiano non disciplina espressamente l'istituto giuridico del trust. Invero, sotto un primo profilo, *tale affermazione deve essere fortemente rimeditata alla luce dell'istituto, di recente conio, dei patrimoni con vincolo di destinazione (art. 2645 ter c.c.)* [corsivo nostro]. Istituto che realizza una particolare segregazione di beni immobili o mobili registrati, i quali si distaccano dal patrimonio del proprietario originario, che può destinarli a peculiari finalità socialmente utili, con **un vincolo che, se debitamente trascritto, è opponibile erga omnes**. Più in particolare, l'istituto *ex art. 2645 ter c.c.* consente ad un soggetto di spogliarsi di uno o più beni, non diversamente da quanto accade al *settlor* nell'ambito del *trust*. Inoltre, il disponente *ex art. 2645 ter c.c.* attribuisce ad altri la proprietà di detti beni, similmente a quanto accade al *settlor* nei confronti del *trustee*. Infine tali beni vengono vincolati dal disponente alla realizzazione di un fine determinato, socialmente utile, alla stessa maniera con cui il *settlor* vincola i beni conferiti in *trust* alla realizzazione di un fine determinato. Pertanto, se si escludono *differenze marginali tra i due istituti* (es. la limitazione dell'istituto *ex art. 2645 ter c.c.* ai soli beni immobili e mobili registrati, nel mentre tale limitazione non è prevista per il *trust*), e se si considera la possibilità che nel *trust* vengano nominati uno o più "guardiani", figura, quest'ultima, che non è prevista (**ma neanche vietata**) nei patrimoni con vincolo di destinazione, per il resto **i due istituti tendono a coincidere quanto ai loro tratti salienti**. La qual cosa **non** consente (**più**) di affermare - quantomeno non in termini netti - **che il trust interno non è disciplinato dall'ordinamento italiano, e che quindi, per tale ragione, il trust interno non possa venir ammesso all'interno dell'ordinamento medesimo [...]**».

⁶⁶ 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 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*». Dieci anni prima, orientato in analoga direzione, Trib. S.M. Capua Vetere, con due pronunce: quella del 14 luglio 1999, in *Riv. dir. impresa*, 2000, p. 117 (con nota di F. Pascucci) e in *TAF*, 2000, p. 251, dove 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. L'altra pronuncia – più importante ai fini del discorso che si va 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* (corsivo nostro).

ora contenuta nel medesimo articolo del Regolamento (CE) n. 593/2008, c.d. di Roma I, dal cui raggio di applicazione sono espressamente esclusi i *trust* proprio perché, riguardo ad essi, il testo di riferimento ai fini della scelta della legge applicabile è, appunto, la Convenzione de L'Aja.

Entrambe le norme citate, quella sui *trust* e quella sulle obbligazioni nascenti da altre fattispecie contrattuali, relative alla possibilità di scelta della legge applicabile devono essere lette non come “finestre verso l'infinito” e ciò al di là ed anche *contro* la lettera stessa della loro formulazione che va fatta oggetto di un'interpretazione sistematica contestuale: non va, cioè, dimenticato che queste norme sulla possibilità di scelta della legge applicabile alle fattispecie negoziali sono collocate in testi contenenti regole di diritto internazionale privato. Esse, dunque, presuppongono un problema di conflitto di leggi, come d'altra parte enunciato nello stesso art. 1 del Regolamento comunitario, e non possono considerarsi fondamenti normativi che autorizzano la scelta di leggi appartenenti ad ordinamenti con cui la fattispecie negoziale che si intende regolare non ha alcun collegamento né presumibilmente lo avrà mai.

Se, da parte sua, la dottrina civilistica più autorevole si è interrogata da tempo, chiedendosi fino a che punto l'autonomia privata possa validamente sottrarre un rapporto alla disciplina, per così dire, naturale cui conducono gli elementi soggettivi e oggettivi della fattispecie posta in essere⁶⁷, la dottrina internazionalprivatistica ha manifestato, in grande maggioranza, una vera e propria repulsione verso un uso distorto dello strumento di scelta della legge applicabile e ciò proprio con riguardo al fenomeno del *trust* interno sottoposto a legge straniera, sostenendo che lo «strumento della scelta del diritto applicabile come tutti gli strumenti di determinazione del diritto applicabile, presuppone l'esistenza di una fattispecie con collegamenti plurinazionali o internazionali, che dir si voglia»⁶⁸.

A questo punto non sfugge il carattere non solo illusorio del fenomeno (cosiddetto) dello *shopping* del diritto ma il suo carattere di vera e propria pericolosità per l'autore dell'atto negoziale e, ancor più, per il professionista che lo supporta nella redazione dell'atto medesimo.

⁶⁷ S. MAZZAMUTO, *Il trust*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. Castronovo e M. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 627; cfr. 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 criteri di collegamento con altri Stati), non possono sottrarre il contratto all'applicazione della legge italiana. 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. Di recente sulla stessa linea F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 489.

⁶⁸ Così G. BROGGINI, «Trust» e *fiducia* nel diritto internazionale privato, in *Europa dir. priv.*, 1998, I, p. 411-412, che denomina il *trust* interno sottoposto alla legge straniera una «costruzione abusiva». In linea Trib. Velletri, ord., cit., che propone di leggere in combinato disposto gli artt. 1 e 3 della Convenzione di Roma del 1980, smitizzando così la portata apparentemente molto ampia della libertà di scelta della legge applicabile.

Come già espresso, a meno che di non volere considerare (magnanimamente!) le clausole sulla legge regolatrice rinviati alla legge straniera contenute in un trust interno, come mere *clausole di stile* prive di rilevanza giuridica, non resta che qualificarle in termini di *nullità* con tutte le conseguenze che ne derivano.

Ove si condividano le riflessioni fin qui svolte, può concludersi dicendo che allo stato attuale l'applicazione del diritto straniero al trust interno non ha alcuna ragion d'essere, essendo esso qualificabile come atto negoziale di diritto italiano (*parzialmente tipico* in ragione della numerosità delle norme che lo riguardano tra cui l'art. 2645 *ter cc.*)⁶⁹. Al diritto straniero nel suo complesso può farsi riferimento nel senso di includerlo nel contenuto convenzionale dell'atto posto in essere perché presenta soluzioni interessanti che possono essere utilizzate per le fattispecie di diritto italiano, sempre che ciò avvenga nel rispetto delle norme imperative di quest'ultimo.

⁶⁹ Si vuole qui porre in risalto che l'atipicità sociale del trust interno ben si può leggere anche come tipicità parziale, ove si tenga conto delle regole vigenti ad esso applicabili: sia consentito rinviare a L. GATT, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, p. 280ss.