

TRUST

INDICE

CAPITOLO I

PAR. I. I. IL TRUST E LA CONVENZIONE DELL' AJA 1 LUGLIO 1985:

CENNI INTRODUTTIVI

PAR. II. I. *FRAGMENTATION OF OWNERSHIP*

PAR. III. I. *TRUST* INTERNO E *TRUST* C.D. AUTO-DICHIARATO

PAR. IV. I. ATTO COSTITUTIVO DI *TRUST*

PAR. V. I. SETTLOR, TRUSTEE E BENEFICIARY

CAPITOLO II

PAR. I. II. IL *TRUST* E LA PROPRIETÀ NELL'INTERESSE ALTRUI: IL MANDATO SENZA RAPPRESENTANZA

PAR. I.a) II. *TRUST*, FIDUCIA E SOCIETÀ' FIDUCIARIE

PAR. I. b) II. *TRUST* E FONDO PATRIMONIALE

PAR. I. c) II. FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

PAR. I. d) II. PATRIMONI DESTINATI ART. 2447 BIS C.C.

PAR. I. e) II. CARTOLARIZZAZIONE

CAPITOLO III

PAR. I. III. *TRUST* E ORDINAMENTO INTERNO: LA GARANZIA
PATRIMONIALE GENERICA

PAR. II. III. *TRUST* E ATIPICITA' DEI DIRITTI REALI

PAR. III. III. *TRUST* E TRASCRIZIONE

CAPITOLO I

PAR. 1.1

IL TRUST E LA CONVENZIONE DELL' AJA 1 LUGLIO 1985:

CENNI INTRODUTTIVI

La ricerca che segue ha per oggetto il *trust* e si colloca nell'alveo di un percorso giuridico complesso e travagliato, aggravato anche dalle note difficoltà di coordinamento fra principi posti da diversi sistemi giuridici: di *common law* e *civil law*.

Com'è noto, il *trust* è un istituto estraneo agli ordinamenti di *civil law*, di origine anglosassone, appartenente alla cultura giuridica e all'esperienza dei paesi di *common law*, espressione significativa dell'*Equity*¹, riconosciuto e regolamentato dalla Convenzione

¹ Il *trust* nasce alla corte del Cancelliere, al fine di colmare le lacune dell'ordinamento di *common law*, per superare, da una parte, i limiti che il sistema giuridico feudale inglese poneva al feudatario (*tenant*) di trasferire *mortis causa* la proprietà del feudo; dall'altra, per eludere il divieto (finalizzato a prevenire il fenomeno della c.d. manomorta) posto agli ordini religiosi di acquistare e disporre, liberamente, beni immobili; dall'altra ancora, a tutela dei crociati i quali, affidata, durante la loro assenza, la gestione dei propri beni ad una persona di fiducia con l'obbligo di detenerli, amministrarli e restituirli in caso di ritorno ovvero trasferirli ai loro eredi in caso di morte, a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di restituzione (tutelato dalla *common law* solo con azione risarcitoria), avevano la possibilità di rivolgersi al cancelliere che, in

dell'Aja², definito, come “*un rapporto giuridico istituito da una persona, -con atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni³ siano stati posti sotto il controllo di un trustee*”

forza del potere di grazia, delegato dal re, poteva assicurare loro una tutela equitativa, secondo “coscienza” considerando l’affidatario alla stregua di un *trustee*. Ripetutamente i cancellieri si espressero in favore degli affidanti, riconoscendo loro il diritto a riavere i beni originariamente trasferiti.

Con il *trust* si poteva trasferire la proprietà del bene immobile (*estate*) a favore di un terzo il quale era obbligato a trasferire le rendite (se si trattava della proprietà di un fondo) al primo proprietario o, alla morte di questi, l’*estate* al soggetto da egli indicato.

Questa funzione sussidiaria, svolta nella sfera della giurisdizione di *equity*, concepita come giurisdizione di coscienza, particolarmente attenta alle repressioni delle frodi, della mala fede, degli abusi, si è sviluppata per tutelare l’affidamento incolpevole, per offrire protezione di giustizia sostanziale ed impedire all’affidatario di avvantaggiarsi del tradimento della fiducia in esso riposta, obbligandolo, mediante rimedi inibitori, a tener fede all’obbligo assunto.

L’*equity* non si contrappone all’ordinamento dello *ius civile*, ma lo completa, evocando la funzione svolta dallo *ius pretorium* di diritto romano.

Per una più dettagliata esposizione, sulle origini del *trust*, v. FRANCESCHELLI, *Il Trust nel diritto inglese*, Padova, 1935.

² Convenzione dell’Aja 1 luglio 1985, ratificata con L. 16 ottobre 1989, n. 364, in vigore dal 1 gennaio 1992, ha avuto origine dagli atti sviluppatasi nel corso della XV sessione della Conferenza de L’Aja alla quale parteciparono delegati di vari Paesi, sia della common law (tra i quali Regno Unito, Stati Uniti, Australia, Nuova Zelanda, Canada) che di civil law (tra i quali Argentina, Austria, Danimarca, Egitto, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Malta, Olanda, Québec, Spagna, Svezia, Svizzera), nonché delegati di organismi internazionali (Banca dei Regolamenti Internazionali, Unione Internazionale del Notariato Latino, Commonwealth Secretariat). I lavori della Conferenza furono introdotti da un Rapporto Preliminare impostato, da un lato, ad un’idea di contrapposizione tra civil law e common law, dall’altro lato, all’introduzione del concetto delle “istituzioni analoghe al trust” (*trust like institutions* o *trust like devices*) che contribuì a realizzare un clima di incomprensioni e fraintendimenti che condusse allo stravolgimento dell’oggetto della Convenzione stessa, il c.d. “trust anglo-americano”, e alla finale configurazione del *trust* convenzionale come “*trust amorpho*”, secondo l’espressione coniata da da M. Lupoi: v. *Introduzione ai trusts*, Giuffrè: Milano, 1997, e II ed., 2001, cap. IV e poi *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees* (1995), 3, 15 e in *Vita not.*, 1995, I, 51.

³ Il *trust* può avere ad oggetto sia beni mobili che immobili, sia diritti reali che diritti di credito, sia beni immateriali che materiali.

*nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato*⁴.

Il suo riconoscimento ha suscitato accese discussioni e notevoli dubbi⁵, molti dei quali, pur affrontati con rigoroso metodo scientifico, sia dalla migliore dottrina che da una parte della giurisprudenza, non hanno trovato soluzioni convergenti, anzi, la persistenza di profonde incertezze (almeno secondo parte della dottrina), come si vedrà, persino in ordine alla stessa configurabilità del *trust*, stimola la riflessione e la ricerca, nel tentativo di offrire un contributo, anche il più modesto, all' opera di inquadramento dogmatico dell'istituto e alla difficile attività di valutazione della sua compatibilità con i principi del nostro ordinamento.

Di tutto ciò si darà conto nel corso del presente lavoro, il quale difetta di una parte storica introduttiva per la necessità di evitare elementi sovrastrutturali e

⁴ Così, art. 2 Conv., cit..

⁵ Di essi si dirà nel corso di svolgimento della presente ricerca.

dare, all'opera, un "taglio", per così dire, giuridico-civilistico.

Prima di avviare la ricerca, però, sembra opportuno dichiarare il criterio metodologico seguito.

In primo luogo, si chiarirà la natura giuridica della Convenzione dell'Aja e si tenterà di appurare se essa ha recepito il *trust* noto ai sistemi *common law* oppure se ha <<inventato>> una nuova figura, per così dire, a "tavolino"; in secondo luogo, si analizzerà la struttura del relativo atto costitutivo; infine, si valuterà la compatibilità con principi di ordine pubblico interno.

Per svolgere, correttamente, il primo dei compiti posti, occorre, preliminarmente, ricordare che la Convenzione dell'Aja riconosce⁶ soltanto i *trusts* espressamente istituiti, coinvolgenti sempre - così sembra - tre soggetti

⁶ Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, "*per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato*".

Ai sensi del successivo art. 20: "*ogni stato contraente può in ogni momento dichiarare che le disposizioni della Convenzione saranno estese ai trust dichiarati da provvedimenti giudiziali*". I *trust* dichiarati da una decisione del giudice, dunque, possono essere ricompresi nell'ambito applicativo della convenzione solo in seguito ad una estensione operata dallo Stato contraente.

(il disponente o *settlor*, il *trustee* ed il *beneficiary* o *cestui que trust*): il *settlor* che trasferisce il bene o il diritto al *trustee*; il fiduciario o *trustee* che acquista la proprietà <<legale>> del bene (ossia la proprietà tutelata dalla *common law*); il beneficiario che acquista la proprietà <<equitativa>> del bene stesso (ossia la proprietà tutelata dall'Equity).

Viceversa, nel sistema anglosassone, come ricorda la più insigne dottrina⁷: "*i trusts espressamente istituiti non esauriscono la fenomenologia del trust*"⁸; anzi il cuore del

⁷ LUPOLI, *Trusts*, Milano, 1997, 1, ss.

⁸ Oltre a *trust* che prevedono trasferimenti al *trustee* e *trust* nei quali disponente e *trustee* coincidono (cd. *trust* autodichiarati, sui quali ci soffermeremo nelle pagine seguenti), si conoscono:

trust di scopo (*purpose trusts* o *trusts for purposes*) e ***trust con beneficiari***: ogni *trust* ha uno scopo, ma si dicono "*trust di scopo*" quei *trust* che non attribuiscono a particolari soggetti o categorie di soggetti il diritto di pretendere dal *trustee* attribuzioni di vantaggi né durante la vigenza del *trust* né al suo termine; sono *trust* per beneficiari tutti gli altri. Una forma speciale di *trust* che, pur essendo per beneficiari, tuttavia può non attribuire loro alcun diritto verso il *trustee*, è lo *Star trust* previsto dal diritto di *Cayman Islands*:

trust ordinari di scopo e ***trust con scopo di pubblico interesse*** (*charitable trusts*): un *trust di scopo* è definito "*charitable*" quando il suo scopo rientra in alcune categorie tipizzate nel tempo a livello giurisprudenziale; negli altri casi è detto "*non charitable purpose trust*" ed è disciplinato unicamente dalle leggi del modello del *trust* internazionale;

trust fissi e ***trust discrezionali***: un *trust* per beneficiari è detto "fisso" (*fixed interest trust*) se attribuisce a beneficiari specificamente individuati diritti predeterminati e non modificabili sul reddito del *trust*; sono discrezionali tutti gli altri *trust* per beneficiari, nei quali spetta al *trustee* di determinare se attribuire benefici e a chi (o solo la seconda scelta);

trust è [...] altrove, cioè nei trusts che sorgono in applicazione di principi equitativi a prescindere da una dichiarazione di volontà indirizzata all'istituzione di un trust.” Inoltre i soggetti coinvolti non devono essere necessariamente tre. “Un soggetto può istituire un trust del quale sia egli stesso tanto trustee quanto beneficiario (o solo il trustee o solo il beneficiario): i tre soggetti della configurazione elementare possono quindi essere due o perfino uno solo”⁹.

Le figure più note e di più diffusa utilizzazione (nel sistema giuridico inglese) sono: i *constructive trusts*,

trust protettivi: un *trust* per beneficiari è detto "protettivo" (protective) qualora sia impedito al beneficiario del reddito, purché egli sia soggetto diverso dal disponente, di disporre dei propri interessi e ai suoi creditori di compiere atti di esecuzione su di essi;

trust segreti e trust semi-segreti: corrispondono alla nostra fiducia testamentaria; nei *trust* segreti non è alcuna menzione delle obbligazioni imposte all'onere; nei *trust* semi-segreti, la scheda indica l'esistenza di una disposizione fiduciaria, ma non esplicita in favore di chi; i *trust* segreti possono riguardare anche la successione intestata come in diritto romano;

trust istituiti espressamente e trust nascenti da regole di Equity: di tipo *constructive* o di tipo *resulting trust*;

infine, **trust ex lege (scripta):** le leggi spesso dispongono che certi soggetti siano trustee in favore di altri; per esempio, negli Stati Uniti il venditore al dettaglio di generi alimentari deperibili è *trustee* in favore dei suoi fornitori delle somme incassate.

⁹ LUPOI, op.ult.cit., 2 ss. Nei *trusts* non espressamente istituiti il *settlor* manca per definizione. Inoltre, i *charitable trusts* e, in quanto ammessi, i *trusts* di scopo, non contemplano alcun beneficiario. Tutti i tipi di *trusts* presentano un comune dato strutturale: l'oggetto del *trust* appartiene al *trustee*, ma non si confonde con gli altri elementi del suo patrimonio perché non è suo.

ossia *trusts* che vengono in esistenza perché corrispondono a fattispecie delineate da regole di *equity* ed i *resulting trusts*, ossia *trusts* di ritorno o residuali¹⁰.

In essi (in quanto non espressamente istituiti) manca, per definizione, il soggetto disponente, la loro fonte è la legge (regole di *equity*) e il bene o diritto (oggetto del

¹⁰ Nell'alveo dei *trusts* non espressamente istituiti, accanto al *constructive trust* e al *resulting trust*, parte della dottrina inserisce anche l'*implied trust*, ossia *trusts* istituiti volontariamente, ma senza espressa dichiarazione. Molti autori inglesi negano autonoma rilevanza a questa categoria ritenendola una *species* di *resulting trust*. Sul punto, v. LUPOLI, op.ult.cit., 22.

È noto che l'ordinamento anglosassone conosce svariati tipi di *trusts*, oltre a quelli espressamente istituiti. L'elasticità del sistema risponde ad una delle fondamentali regole di *equity*, a tenore della quale chi acquista un diritto non può trarre vantaggio a danno dell'altra parte giovandosi dei vizi formali dell'atto. Proprio l'approfittamento conseguente ad un affidamento è ciò che fa scattare il *constructive trust*. L'affidatario approfittatore è trustee dell'altro soggetto.

A titolo meramente esemplificativo, si riportano, di seguito, alcuni casi di *constructive e resulting trusts*:

a) in caso di compravendita immobiliare (nel diritto inglese la proprietà del bene non si trasferisce con il consenso ma con la consegna, seguita dalla trascrizione), il consenso validamente prestato, non idoneo al trasferimento del diritto, produce (in attesa del trasferimento medesimo) l'effetto di costituire il venditore *constructive trustee* a favore del compratore. Il meccanismo sarà più chiaramente delineato nel prossimo paragrafo.

b) in caso di indebito oggettivo, l'*accipiens*, in condizione di rendersi conto dell'errore è *constructive trustee*, in favore del *solvens*, della somma ricevuta;

c) in caso di patti verbali (precedenti o contemporanei ad un trasferimento immobiliare), nulli per difetto di forma, può sorgere un *constructive trusts*, come nel caso in cui il venditore alieni un bene a prezzo inferiore a quello di mercato con riserva di usufrutto, nullo per difetto della forma scritta: il compratore è *constructive trustee*, in favore del venditore, del diritto di usufrutto;

d) si ha *resulting trust* di una somma di danaro, in favore del disponente, per esempio, quando il danaro stesso è trasferito ad un soggetto perché se ne serva per un uso determinato a beneficio proprio o di terzi ed il raggiungimento dello scopo sia divenuto impossibile;

e) nel caso in cui un soggetto impieghi una somma di danaro per l'acquisto di un bene, ma il contratto sia stipulato a nome di un terzo, si presume, fino a prova contraria, che il bene sia oggetto di un *resulting trust* e che l'interessato ne sia *trustee* in favore di colui che ha corrisposto il prezzo di acquisto. Per una approfondita casistica, si veda LUPOLI, *Trusts*, cit., 19 ss;

trust), “trapassa”¹¹, in via immediata, dal *trustee* al beneficiario. Invece, nei *trusts* espressamente istituiti, il “trapasso” avviene, dal disponente al beneficiario, in via mediata (attraverso il *trustee*) e la loro fonte è la volontà privata¹².

Ebbene, ciò precisato, vale la pena riassumere, in breve sintesi, l’annosa *querelle*, che ha impegnato parte della dottrina, circa la natura giuridica e gli effetti della Convenzione, (firmata il 1° luglio 1985 all’Aja, ratificata in Italia con L. 16 ottobre 1989, n. 364, ed entrata in vigore il 1° giugno 1992).

Secondo una parte della dottrina¹³, pur avendo carattere internazionalprivatistico, essa non sarebbe una

¹¹ L’espressione è utilizzata da LUPOI, op.ult. cit., 95. Al momento, si preferisce ripeterla ma, in seguito (v. nota n. 74), sarà opportuno abbandonarla e sostituirla con altra più tecnica e meno ambigua.

¹² I *trusts* espressamente istituiti sono specifico oggetto di studio del presente lavoro e del loro modo di costituzione si dirà, diffusamente, in prosieguo.

¹³ BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in Europa e dir. priv., 1998, 412 ss; LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in Europa e dir. priv., 1998, 425, 437; GAMBARO, voce “Trust”, in Dig. disc. priv., Sez. civ., 1999, vol. 19, 464; LUZZATTO, “*Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985*”, in Riv. dir. internaz. priv. e proc., 1999, 5 ss, e in T&AF, 2000, 8; nel senso che la Convenzione non muta il nostro diritto sostanziale si è espresso anche RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in Europa e dir. priv., 1998, 453, 457; contra, invece, LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in I. BENEVENTI (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 73.

convenzione di diritto uniforme sostanziale: la convenzione “*non fa nascere un trust internazionale e non ne detta le regole, come fa la convenzione di Vienna per la compravendita internazionale, ma pone i criteri per individuare il diritto applicabile ad un determinato trust nazionale e ne stabilisce i limiti di efficacia (il riconoscimento) negli altri stati contraenti*¹⁴”. Come tale, appare inidonea ad introdurre il *trust* in ordinamenti di civil law, sarebbe, piuttosto, diretta a risolvere *conflicts de lois* conseguenti al riconoscimento dei *trusts* negli ordinamenti continentali ovvero ad individuare norme di collegamento uniformi ai fini della determinazione della legge regolatrice: a quale ordinamento, cioè, scelto dal costituente (art 6) o rispetto al quale il *trust* presenti i più stretti legami (art. 7), occorra fare capo per disciplinarlo, sul presupposto che i suoi elementi rilevanti non siano più strettamente connessi con uno Stato che non conosca detto istituto

¹⁴ BROGGINI, op.cit., 413.

(13). *“Una cosa, dunque, è dire che il trust non sia più ignoto al nostro ordinamento, altra cosa è ritenere che esso sia divenuto un istituto disciplinato o disciplinabile alla stregua di qualsiasi altro istituto di diritto interno italiano”*¹⁵.

Questa tesi¹⁶ sembrerebbe ricevere, *prima facie*, l'avallo dell'art. 5¹⁷ Conv., che subordina il riconoscimento degli *express trusts*, nei paesi di *civil law*, alla condizione che la legge applicabile, ai sensi dei successivi artt. 6 e 7, preveda l'istituto in discussione e lo disciplini in conformità all'art. 8;

¹⁵ CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1324; conforme, GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 1254 ss..

¹⁶ BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di Benvenuti, Milano, 1996, 21; SALVATORE, *Il trust*, Padova, 1996, 91 nota 14; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 250 ss.; GAMBARO, *Il "trust" in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, I, 502; PONZANELLI, *Le annotazioni del comparatista*, in AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1226; ALBISINNI-R. GAMBINO, *Italy as a potential trust jurisdiction*, in *Euro-trusts*, London, 1993, 183.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 5 della Convenzione: *“La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione”*.

In senso contrario si è espressa altra parte della dottrina¹⁸, secondo la quale la tesi non può essere accolta perché causerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento fra il cittadino italiano che non potrebbe trasferire *on trust* beni siti in Italia, e il cittadino britannico che, viceversa, potrebbe validamente segregare beni siti in Italia, di sua proprietà.

Inoltre (secondo la dottrina¹⁹ che segue quest'ultima impostazione), dalla semplice lettura della Convenzione

¹⁸ LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 75; LUPOI, *Legittimità dei trusts interni*, ivi, 41. V. anche CALÒ, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996, p. 99 nota 86, secondo cui " appare però utopistico attuare una sorta di apartheid giuridico, nel quale vi siano cittadini che possono accedere ad un istituto ed altri ai quali è precluso. L'esperienza insegna che impostazioni di questo tipo sono anzitutto destinate a non trovare riscontro alcuno nella prassi negoziale ". Contra, CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1324, nota 2, secondo il quale cade in equivoco chi afferma che: "la Convenzione essendo divenuta legge dello Stato a seguito della ratifica, come qualunque altra legge di diritto interno non può andare contro il principio di uguaglianza tra cittadini e stranieri". [...] "Ma, anzitutto, l'art. 3 Cost. nella prospettiva di diritto internazionale privato, come viene sottolineato dagli internazionalprivatisti, (cfr. BALLARINO, *Studi di diritto internazionale privato*, Padova, 1992, 18) riguarda soltanto i cittadini fra loro. Peraltro, l'art. 10, secondo comma, Cost. prevede per la condizione giuridica dello straniero la conformità alla legge e ai trattati internazionali, non al principio di uguaglianza di cui all'art. 3. Sul piano sostanziale, poi, la disuguaglianza, ipotizzata sull'assunto che la legge n. 364/1989 consentirebbe esclusivamente la costituzione di trust ad opera di cittadini stranieri, non sussiste perché non è la cittadinanza presupposto necessario o qualificazione preclusiva. Ai sensi dell'art. 7, infatti, la legge applicabile sarà quella con la quale il trust avrà i più stretti legami e tra questi non è indicata la cittadinanza onde ben potrà il cittadino italiano costituire un trust al quale risulti applicabile una legge straniera in quanto con questa esso presenti i più stretti legami: per es., sempre a tenore dell'art. 7, in relazione alla situazione dei beni del trust o alla residenza del trustee, ecc."

¹⁹ GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 5;

è agevole rilevare che essa si divide in due parti: *“la prima è effettivamente dedicata a profili di diritto internazionale privato, ma la seconda, in cui si inseriscono appunto gli artt. 11 e 12, è interamente dedicata a prevedere gli adattamenti, ed i limiti agli adattamenti, che i sistemi non-trust debbono introdurre nel proprio ordinamento per dare riconoscimento agli effetti dei trusts che operino nella loro giurisdizione. Altrimenti, nel caso di immobili, poiché la regola di conflitto universalmente riconosciuta è quella della lex rei sitae, il riconoscimento degli effetti dei trusts non potrebbe mai avvenire nei paesi non-trust il che la Convenzione esclude”*.

La causa delle tensioni ermeneutiche, in tema di ammissibilità di *trust* interno, è da ricercare nella disposizione dell'art. 13 Conv. a tenore della quale: *“nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della legge da applicare e 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”.

Di essa e dell'ammissibilità del *trust* interno si parlerà dopo aver precisato se il *trust* riconosciuto all'Aja dia luogo ad una frammentazione proprietaria tra *legal ownership*, appartenente al *trustee* ed *equitable ownership*, appartenente al beneficiario. La precisazione appare utile ai fini di una più intelligibile esposizione delle diverse tesi espresse sul punto.

PAR. 2. 1.

FRAGMENTATION OF OWNERSHIP

Sulla delicata problematica relativa alla c.d. scissione proprietaria, dall'esame della produzione letteraria è possibile rinvenire due contrapposti schieramenti: quella facente capo al Franceschelli²⁰, dominante fino a tempi recentissimi, e quella facente capo al Lupoi²¹, che, al contrario, ha messo in discussione, come si dirà, la *communis opinio* ed appare accogliere sempre maggiori consensi.

È necessario approfondire l'analisi di queste due linee di pensiero, proprio perché involgenti i caratteri essenziali dell'istituto, troppo a lungo fraintesi ed interpretati seguendo erronei parametri. Riportandosi direttamente alle parole del Franceschelli, il *trust* sarebbe "un rapporto fiduciario, derivante dalla

²⁰ FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., Padova, 1935.

²¹ LUPOI, *Introduzione ai trusts*, cit.; ID., voci, *Trusts I) Profili generali e diritto straniero e Trusts II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995; ID., *Trusts*, cit.

volontà privata o dalla legge, in virtù del quale colui (fiduciario, trustee) che ha su determinati beni o diritti la proprietà formale (trust ownership, legal estate) o la titolarità è tenuto, per effetto della proprietà sostanziale (beneficiary ownership, equitable estate) che non è in lui, a custodirli e (o) ad amministrarli, o comunque a servirsene a vantaggio di uno o più beneficiari (beneficiaries o cestuis que trust), tra i quali può anche essere compreso, o di uno scopo"²².

Si erano in tal modo radicate le basi della teoria dello "sdoppiamento del diritto di proprietà", seguita senza incertezze o ripensamenti per decenni²³ e comportante la presunta inapplicabilità del *trust* nei regimi di *civil law*, in quanto contrario a principi fondamentali, quali l'unicità e l'assolutezza del diritto di proprietà (argomentando ex

²² FRANCESCHELLI, op.cit., 138.

²³ GRASSETTI, *Trusts anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 550; CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 150-151; MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contr. e impr.*, 1991, 985; BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 309-310, 316, 341-342; AMATO, *Commento all'art. 11*, in GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1270-1271; Trib. Oristano, 15 marzo 1956 in *Foro it.*, 1956, I, c. 1020-1021;

art. 832 c.c., esso è il diritto di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo, donde la sua incompatibilità con le due distinte e coesistenti situazioni proprietarie insite nella *trust property*) ed il *numerus clausus* dei diritti reali (proprio configurando il *trust* in tali termini, si è obbligati a vederlo al di fuori del novero dei nostri diritti reali e di conseguenza il suo riconoscimento nel sistema renderebbe necessario un ampliamento di essi).

È ancora oggi, opinione di parte della dottrina²⁴ e parte della giurisprudenza²⁵, che il *trust* riconosciuto all'Aja sia proprio quello noto ai paesi angloamericani, caratterizzato dalla frammentazione proprietaria (*fragmentation of ownership*): quella legale, acquistata dal *trustee*, tutelata dalla *common law* e quella equitativa, a vantaggio del beneficiario, tutelata dall'*Equity*. Ciò sia perché gli estensori della

²⁴ Brogginì, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in Jus, 1997, cit. 409; RAGAZZINI, *Trust <<interno>> e ordinamento giuridico italiano*, in Riv.not.,1999, 295 ss.

²⁵ Cfr., Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, p. 270 :“l’istituto del trust, creato dai tribunali di equità dei paesi di Common Law ha trovato riconoscimento nell’ambito della nostra legislazione nazionale a seguito della legge di ratifica della Convenzione dell’Aja” .

Convenzione non hanno definito il *trust*, e ciò farebbe pensare che per essi la struttura rimane quella corrente e consolidata nei sistemi *common law*; sia perché dal relativo art. 2, lett. a) e b)²⁶, risulta che al legislatore era ben presente la scissione fra titolarità formale e titolarità sostanziale, che altro non è se non il riflesso dello sdoppiamento del diritto di proprietà, caratterizzante il *trust*, anche quello disciplinato dalla Convenzione, la quale, perciò, non ha innovato sul punto²⁷.

L'intento di una revisione critica e puntuale sull'argomento, fondata soprattutto sull'esame dei precedenti giurisprudenziali delle Corti di *common law*, è una delle caratteristiche costanti degli scritti del Lupoi.

²⁶ Ai sensi dell'art 2 della Convenzione, si statuisce, rispettivamente, alla lett. a), che: "*i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee*"; alla lett. b), che: "*i beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee*".

²⁷ BUSATO, *La figura del Trust negli ordinamenti di Common Law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ., cit.*, 1992, II, 309 ss.; MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà (nota a Corte Giustizia C.E.E, 17 maggio 1994, n. 294/92, Webb contro Webb)*, in *Corr. giur.*, 1995, 192 ss; CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, 2003, 2542: "*il negozio di trust comporta uno sdoppiamento tra la proprietà sostanziale (equitable estate) che spetta al beneficiario del trust, e proprietà formale (legal estate), che spetta, invece, al trustee, il quale pur essendo <<formale proprietario>> dei beni conferiti in trust, non potrà disporre e godere in maniera piena ed esclusiva degli stessi, costituendo essi <<un patrimonio separato>> a vantaggio del beneficiario*".

Il ribaltamento della prospettiva dominante è arguibile già solo esaminando la definizione che l'Autore dà del *trust*, quale "*obbligazione non nascente dal ius civile, che grava sul titolare di un diritto, ha per oggetto le forme di godimento e di finale trasferimento del diritto a terzi ed è tutelata nell'ambito di un ordinamento distinto dallo ius civile, ma ad esso non contrapposto*"²⁸. È facile notare come qui non si faccia cenno minimamente ad uno sdoppiamento della proprietà, quella legale, spettante al *trustee* e quella equitativa spettante al beneficiario: fra *settlor* (disponente) e *trustee* vi è un trasferimento, in base al quale quest'ultimo diviene sì il nuovo ed unico titolare del diritto in questione²⁹ ma è contemporaneamente vincolato in relazione all'esercizio ed al trasferimento finale del diritto medesimo.

In relazione ai beneficiari, è necessario precisare che essi non sono sempre presenti, né debbono esserlo,

²⁸ LUPOI, *Il trusts nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, n. 5/6, 973 ss., con esauriente spiegazione dei singoli elementi della definizione.

²⁹ LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 975.

nell'istituzione di un *trust*, che sono protetti unicamente dall'*equity* (la quale interviene proprio per tutelare soggetti cui non è consentito vantare diritti reali, privi, quindi, di protezione dalla *common law*) e che possono esser considerati "creditori del *trustee*", in quanto "acquisiscono qualunque diritto formi il rovescio dell'obbligazione assunta dal *trustee*".

A questo orientamento, originatosi in seguito al determinarsi di una maggiore apertura e di una più ampia e corretta conoscenza dell'istituto, si ricollega oggi la gran parte della dottrina³⁰, secondo la quale la

³⁰ PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione de L'Aja*, in *Riv. not.*, 1995, 63, il quale afferma che "la struttura in cui si sostanzia il *trust* porta a ritenere che non si sia in presenza di uno sdoppiamento del diritto di proprietà, né della coesistenza di due diritti reali, ma, piuttosto, in un limite all'utilizzabilità ed alla disponibilità che si pone al *trustee*, titolare della proprietà dei beni"; LENZI, *L'operatività del trust in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, 1382; LICINI, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust)*, in *Riv. not.*, 1996, 125; PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1996, 60 ss.; Fra gli altri, LUPOI, *Trusts*, 2° ed., Milano, cit., 2001; PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 152; BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, 98 ss.; TONELLI, *Affidamento dei beni immobili e trascrizione*, in *Trusts*, 2000, 621 ss. (commento a decreto Trib. Bologna 18 aprile 2000), *ivi*, 372; PALAZZO, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, cit., 338, (nota 1); secondo quest'ultimo Autore: "non è vera, pertanto, la *tralaticia* contrapposizione, vista fin'ora nel *trust*, tra due diverse forme di proprietà: una legale, in capo al *trustee*, e una equitativa, in capo al beneficiario. La sentenza della Corte di giustizia della Comunità europea, 17 maggio 1994, n. C-294/92 (*Webb c. Webb*), cit., 192 ss., si è intanto

Convenzione non ha recepito il modello negoziale di *common law*, ma “una serie aperta di fattispecie che appartengono agli ordinamenti di *common law* come a quelli di *civil law*”³¹. Si parla di *trust* amorfo³². Con esso, fra l’altro, non si realizza alcuna scissione fra proprietà sostanziale e proprietà formale perché il *trustee* acquisisce il tipico diritto di proprietà, ex art. 832 c.c.³³.

Come cennato, non tutti i *trusts* sono caratterizzati da un trasferimento in favore del *trustee*: esso difetta, oltre che nei *constructive* e *resulting trusts*³⁴, anche nel c.d.

pronunziata per la natura personale dell’azione proposta dal beneficiario contro il trustee. L’unico proprietario dei beni in trust è dunque il trustee, il quale però è obbligato in ordine al modo di esercizio del suo diritto e al trasferimento finale dello stesso, secondo il programma dettato nell’atto di affidamento del beneficiante (settlor). Il diritto del beneficiario del trust, pur essendo opponibile ai terzi, è di natura obbligatoria”.

³¹ LUPOI, *Trust*, Milano, 1997, cit., 426.

³² LUPOI, op.ult. cit., 420 ss.;

³³ LUPOI, *I trust in diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, 612: “il trustee acquista lo stesso diritto che acquisterebbe un donatario o un acquirente o un mandatario senza rappresentanza. ...Quello che mi interessa porre in luce è che il diritto del trustee sui beni in trust (beni in senso generico comprensivo di diritti e obbligazioni) è lo stesso diritto che aveva il disponente e che il disponente gli ha trasferito”; *contra*, GAZZONI, *In Italia tutto è permesso...*, cit., 1253 ss, il quale ribatte: “ma allora tutte le discussioni sulla proprietà fiduciaria, sulla scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale o tra intestazione e proprietà o tra fiducia germanistica e fiducia romanistica, sull’ammissibilità di una proprietà temporanea e quant’altro, sono discussioni inutili o superflue?”

³⁴ Nei *trusts* espressamente istituiti il disponente che si faccia *trustee* (c.d. *trust* autodichiarato) compie un atto dispositivo, per mezzo del quale immuta la propria veste giuridica di titolare del diritto segregando nel proprio patrimonio il

trust autodichiarato³⁵, nel quale il disponente è egli stesso trustee.

D'altro canto, neanche per il diritto inglese, secondo l'illustre autore, si verificherebbe la predetta scissione proprietaria.

“Il frazionamento del diritto di proprietà fra trustee e beneficiario e l'esistenza di due diritti di proprietà sul medesimo bene (<<legal ownership>> e <<equitable ownership>>) – sostiene questa dottrina - sono fraintendimenti che è ormai tempo di spiegare e superare. D'altronde, nei charitable trusts e nei trusts di scopo, dove, come sopra osservato, mancano i beneficiari, per definizione non può esserci un equitable owner. [...] L'unificazione sistematica delle figure di trust, compresi i constructive e i resulting trusts, si ottiene considerando che il titolo di appartenenza del trustee sia caratterizzato da una mancata pienezza

bene oggetto di *trust*. In ordine all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di un *trust* autodichiarato, si rinvia alle pagine successive.

³⁵ Di esso si parlerà diffusamente nel prossimo paragrafo.

*equitativa e che quel che fa difetto per il raggiungimento di tale pienezza non compete necessariamente ad un altro soggetto*³⁶.

La comprensione del pensiero espresso, al riguardo, dal citato autore implica la conoscenza dell'ordinamento di *common law* e, in particolare, del diritto inglese. Si rendono, pertanto, necessari alcuni brevi cenni comparatistici.

Nel sistema del diritto anglosassone, ad esempio, in caso di vendita immobiliare, il trasferimento del diritto di proprietà (dal venditore al compratore) non avviene, come nel nostro ordinamento, per effetto del consenso, legittimamente manifestato, ma in conseguenza del compimento di un ulteriore atto: fino a qualche anno fa la "*conveyance*" (ossia, la consegna formale del bene), ora la trascrizione.

Pertanto, per il diritto comune, finché il venditore non abbia fatta la consegna (ora, non sia stata eseguita la

³⁶ LUPOI, *Trusts, ult. cit.*, 1 ss.

trascrizione), la proprietà del bene resta ancorata al suo patrimonio.

A questo punto entra, per così dire, in gioco l'*Equity*, secondo la quale, l'acquirente, in pendenza della trascrizione, è già proprietario del bene compravenduto ed il venditore è costituito (*constructive trust*) trustee in suo favore: il consenso non idoneo, per il diritto comune, a produrre l'effetto traslativo, è invece idoneo per l'*Equity*. L'acquirente diventa *equitable owner*.

Cosicché, se il venditore muore prima del trasferimento della proprietà, il bene, che pure ancora gli appartiene, secondo le regole del diritto comune, è escluso dal suo asse ereditario; se fallisce, è escluso dalla massa fallimentare; e se aliena ad un terzo, la seconda vendita, fatta in violazione delle obbligazioni equitative, non permette al terzo di acquistare validamente (per l'*Equity*), se non in quanto abbia

acquistato a titolo oneroso ed in buona fede (ignorando, cioè, l'esistenza della prima vendita)³⁷.

In pendenza del trasferimento, il bene appartiene al venditore ma non *beneficially*. “L’oggetto del diritto appartiene al soggetto obbligato, è nel suo patrimonio, ma rimane ivi protetto da qualsiasi pretesa confliggente in attesa che egli, spontaneamente o in ottemperanza a un ordine giustiziale, lo trasferisca o ritrasferisca a colui al quale è dovuto; in caso di alienazione, il difetto equitativo del titolo sarà trasmesso al nuovo titolare, rispetto al quale il creditore potrà esperire i medesimi rimedi e sarà titolare dei medesimi diritti che avrebbe potuto esperire e dei quali era titolare prima dell’atto di disposizione”³⁸.

Appartenere non *beneficially* vuol dire che l'appartenenza del diritto comune non è condivisa

³⁷ Se il compratore non paga il prezzo della vendita la sua *equitable ownership* svanisce; più precisamente, il *trust* viene meno per sopravvenuta mancanza della sua causa giustificatrice e il venditore, non più *trustee*, torna nella pienezza del diritto che aveva prima della stipulazione del contratto di vendita.

³⁸ LUPOLI, op. ult. cit., p. 22.

dall'*Equity*. Ne deriva che ogni trasferimento da parte del titolare (titolare, secondo il diritto comune) reca un difetto equitativo del titolo; nel conflitto con terzi acquirenti, prevale sempre il proprietario in *Equity*.

L'*Equity*, si è detto, “*guarda agli stessi fenomeni ai quali guarda il diritto comune, ma con altri occhi. [...] L'Equity vede un difetto nel titolo di appartenenza che il diritto comune non vede*”³⁹.

Nel caso in cui un soggetto riceve, indebitamente, una somma di denaro, la somma gli appartiene ma non *beneficially*. L'*accipiens* è costituito *trustee*, in favore del *solvens*, della somma a questi da restituire. Anche per il diritto italiano la somma va restituita, essa, però, si confonde nel patrimonio del debitore e, in caso di fallimento, l'obbligazione di restituzione potrebbe risultare, praticamente, incoercibile. Secondo il punto di vista *dell'Equity*, tutte queste evenienze sono contrarie alle norme di coscienza: “*confondere le somme nel*

³⁹ LUPOI, op.ult. cit., p 22.

*patrimonio di chi le ha ricevute nelle anzidette circostanze significa sovvertire la scala degli interessi da proteggere*⁴⁰.

Nel diritto italiano, per i contratti con effetti reali, vale, com'è noto, la regola espressa nell'art. 1376 C.c. e, nel caso di doppia alienazione immobiliare, si applica la regola prevista dall'art. 2644 C.c.⁴¹: la tutela dell'affidamento passa attraverso il principio della pubblicità e, ricorrendo ad una *fictio iuris*, il secondo avente causa è considerato acquirente *a domino*. Per l'*Equity*, come abbiamo visto, la seconda alienazione non ha effetto in pregiudizio del primo acquirente perché quest'ultimo è già, definitivamente, proprietario⁴².

Il secondo acquirente che trascriva per primo, sapendo o dovendo sapere dell'antiorità della vendita

⁴⁰ LUPOI, *I trusts nel diritto civile*, in *Vit. notar.*, 2004, 21 ss.

⁴¹ L'antitesi fra le due disposizioni ha indotto la dottrina ad elaborare numerose teorie volte a spiegare come è possibile che il secondo avente causa, che per primo trascrive, prevale (rispetto al primo avente causa), ex art. 2644 C.c., ad onta del fatto che, in base all'art. 1376 C.c., egli dovrebbe essere acquirente *a non domino*. Per una completa analisi, v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, CS, I, 1998 e II, 1993;

⁴² Per il diritto comune inglese, giova ribadirlo, questo non è affatto vero: il diritto di proprietà sul bene immobile passa con la trascrizione.

non ancora trascritta, sia per il diritto italiano che per quello inglese è considerato proprietario; per il nostro ordinamento può essere tenuto al risarcimento del danno, a titolo di responsabilità extracontrattuale, per quello anglosassone, a mezzo dell'*Equity*, in coscienza, deve ritrasferire il bene al primo acquirente⁴³. L'obbligo di coscienza è giuridicamente coercibile.

Alla domanda se nel diritto inglese esistono due proprietà e in conflitto fra loro, Lupoi risponde: *“il concetto di <<equitable ownership>> è di una sconcertante semplicità se ci si colloca all'interno del sistema. Nella delimitazione fra la competenza del diritto comune e quella dell'Equity è pacifico che la determinazione dei diritti di proprietà spetti al diritto comune mentre spetti all'Equity decidere quali siano i comportamenti contrari alle norme di coscienza.*

⁴³ Sul punto, ancora, LUPOI, op.ult. cit., 19: *“L'Equity, quando dichiara che il primo acquirente è <<proprietario in Equity>>, dispone soltanto che il secondo ha l'obbligo-giuridico, pur basato su una regola di coscienza – di ritrasferire; il giudice che applica le norme dell'Equity non afferma, dunque, che il bene appartiene al primo acquirente in base al diritto comune”.*

L'Equity, secondo una proposizione risalente, agisce sempre e soltanto in personam ed è questa la ragione per la quale la sentenza che ordina il ritrasferimento né costituisce né accerta un diritto di proprietà del primo acquirente e la relativa azione giudiziaria appartiene alle categorie delle azioni personali, non a quella delle azioni reali. L'aggiunta di <<equitable>> al sostantivo <<ownership>> mostra allora che l'Equity, come afferma una antica e indubitata massima, opera per similitudine, non per equivalenza: di proprietà quindi ce né una sola'⁴⁴.

E proprio collocandoci all'interno dei diversi sistemi, a causa delle profonde differenze esistenti, non potendo mutuare, dall'uno o dall'altro, meccanismi in essi operanti, siamo costretti affermare che il *trust*, nei limiti in cui opera nel nostro ordinamento, non può dare luogo ad un fenomeno di scissione proprietaria ma, come si

⁴⁴ LUPOI, *I trusts nel diritto civile*, 2004, cit., 19 ss.

accerterà, ad una ipotesi, di proprietà nell'interesse altrui.

La questione, non nuova per il nostro sistema, assume grande importanza, ai fini del presente lavoro; per la complessità e l'interesse che suscita si rende necessaria una specifica e approfondita trattazione della quale si dirà nel capitolo seguente.

PAR. 3.1.

TRUST INTERNO E *TRUST* C.D. AUTO-DICHIARATO

Prima di affrontare la tematica dell'ammissibilità del *trust* interno, appare opportuno ricordare che l'effetto di qualsiasi *trust* è quello di segregare una posizione soggettiva e destinarla a una specifica finalità. I beni in *trust* rimangono distinti (e come blindati) dal patrimonio personale del *trustee*; i creditori personali del *trustee* non possono rivalersi sui beni in *trust*. La posizione soggettiva segregata viene trasferita dal disponente al *trustee* per realizzare una determinata legittima finalità, alla cui realizzazione il *trustee* è preposto quale affidatario della posizione medesima.⁴⁵

Il primo problema posto, inseguito al riconoscimento del *trust*, è stato quello dell'ammissibilità del *trust* c.d. interno, ossia un *trust* istituito da parte di un cittadino

⁴⁵ Il meccanismo delineato evoca l'idea del negozio fiduciario ma, come si vedrà, da esso si diversifica per caratteristiche affatto peculiari.

italiano residente in Italia, su beni siti nel nostro ordinamento a favore di un beneficiario italiano, residente in Italia, sia o meno il *trustee* residente in Italia, sempre che la legge scelta dal disponente sia straniera. In realtà la definizione di *trust* interno si applica anche a tipologie i cui elementi importanti (l'ubicazione dell'oggetto del *trust*, la nazionalità del disponente e del beneficiario), o anche alcuni di essi soltanto, sono più strettamente connessi all'Italia.

Tra chi ritiene che la Convenzione de L'Aja preveda il riconoscimento dei soli *trust* stranieri, e chi sostiene invece la legittimità anche dei *trust* interni, vi è poi chi reputa che effetto della Convenzione sia, non soltanto l'obbligo per lo Stato italiano di riconoscere *trusts* che presentino determinate caratteristiche, ma addirittura la recezione nel nostro ordinamento del *trust*, diventato così istituto giuridico del diritto italiano.

Diversi sostenitori⁴⁶ del primo orientamento ricorrono oggi soprattutto ad argomenti di natura internazionalprivatistica per affermare la inammissibilità dei *trust* interni.

Il primo argomento utilizzato è stato tratto dall'art. 6 della Convenzione che, come già riferito, stabilisce il principio della libertà di scelta della legge applicabile al *trust*. Tale scelta presupporrebbe, per i sostenitori di questo orientamento, l'esistenza di una fattispecie caratterizzata da elementi di internazionalità per giustificare l'intervento del diritto internazionale privato. Pertanto, di fronte ad una fattispecie che non presenti collegamenti territoriali o personali con diversi ordinamenti giuridici, non si porrebbe una questione di legge applicabile: laddove non c'è conflitto possibile di leggi, non interverrebbe il diritto internazionale privato, ma troverebbe senz'altro applicazione la legge del foro.

⁴⁶ BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit. 11 s.; ID., *Trust e Fiducia...*, cit., 399 s.; CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 441.

Ricordato poi che l'art. 5 esclude l'applicazione della Convenzione, qualora la legge determinata dal disponente non preveda l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione, autorevole dottrina ha sostenuto che l'unico significato congruo da dare alla citata norma sarebbe il seguente: "*qualora la legge applicabile, così come determinata dal capitolo II, non conosca l'istituto del trust, così come definito dall'art. 2, non potrà darsi luogo al riconoscimento come trust del rapporto giuridico, localizzato nell'ordinamento la cui legge è applicabile*"⁴⁷. In altre parole, poiché in presenza di un *trust* i cui elementi importanti si collochino nell'ordinamento italiano le parti non disporrebbero del potere di designare la legge del rapporto, la legge applicabile sarebbe quella italiana (così come in mancanza di una scelta da parte del disponente, dovendosi applicare la legge con la quale il *trust* ha i più stretti legami); e poiché la legge italiana non disciplina il

⁴⁷ BROGGINI, *Il trust nel diritto....*, cit., 19-20

trust, in base all'art. 5 non si applicherebbe la Convenzione. Ne conseguirebbe l'impossibilità di riconoscere, quale *trust*, un rapporto che abbia in un ordinamento in cui tale istituto è sconosciuto " *il suo centro di gravità perché ivi sono localizzati in misura preponderante i beni, perché ivi ha residenza il fiduciario o perché ivi ha sede l'amministrazione dei beni* "⁴⁸. La costruzione di un *trust* retto dal diritto inglese, quando tutti gli elementi sostanziali della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano, potrebbe essere considerata addirittura una costruzione abusiva, che non può condurre alla deroga di disposizioni imperative del diritto italiano.

Questo argomento è stato contestato da chi⁴⁹ ritiene invece che "*qualora ci si trovi innanzi ad una convenzione di diritto uniforme relativa a norme di diritto internazionale privato riferite ad obbligazioni contrattuali*

⁴⁸ In questo senso, BROGGINI, *Trust e Fiducia...*, cit., 412;

⁴⁹ CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999, 776 e in *T&AF*, 2000, 146 ss., e. 777-778.

la scelta della legge applicabile è normalmente consentita a prescindere dalla cosiddetta internazionalità del rapporto". La scelta della legge applicabile sarebbe dunque di per sé elemento sufficiente per giustificare l'applicazione di un ordinamento straniero.

Contro tale tesi non potrebbe essere invocato l'art. 5 della Convenzione, poiché la norma sarebbe rivolta ad impedire che gli effetti minimi di diritto uniforme sostanziale possano realizzarsi, quando la scelta avvenga a favore della legge di uno Stato che non disciplini l'istituto, sulla base del solo esercizio dell'autonomia privata sostanziale delle parti.

Uno dei maggiori ostacoli alla legittimità del *trust* interno deriverebbe secondo altri dall'art. 2740 cod.civ., quale norma inderogabile o di applicazione necessaria⁵⁰.

⁵⁰Sul punto v., tra gli altri, PESIRI, *L'applicazione dei trusts in Italia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 2, 455 ss., 462 ss.; MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, I, 754 ss.; CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, cit., 448-449; ID., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323 ; GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 13.

Si sostiene allora che la Convenzione non potrebbe modificare il diritto sostanziale italiano ed introdurre un'altra ipotesi di patrimonio separato. La separazione dei beni oggetto del *trust* dal patrimonio del trustee non potrebbe essere il frutto di un atto di autonomia privata, essendo *"fin troppo evidenti gli indici che la legge fornisce nel senso che la separazione è realizzabile solo dalla legge"* ⁵¹.

A questa opinione si oppongono da tempo coloro che ritengono che il possibile contrasto tra l'istituzione di *trust* e i principi del nostro ordinamento sarebbe stato risolto in via generale dalla Convenzione e dalla sua legge di ratifica. La stessa introduzione in Italia delle disposizioni normative relative alle SIM, alla società unipersonale, oppure ai fondi pensione non permetterebbe più di invocare l'art. 2740⁵².

⁵¹ CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1327-1329, il quale individua uno di questi indici nell'art. 19 del d. g. 23 luglio 1996, n. 415 riprodotto quasi letteralmente dall'art. 22 del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria.

⁵² In questo senso si sono espressi GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1995, 638; ID., voce "*Trust*", cit.,

Secondo la giurisprudenza⁵³, può ritenersi ampiamente superata la tesi che prospetta la contarietà all'ordinamento italiano del *trust* e la sua conseguente irricoscibilità⁵⁴: "*l'art. 6 Conv. non prevede alcun limite in relazione ai legami oggettivi e soggettivi intercorrenti tra gli elementi del rapporto*

467; Id., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *T&AF*, 2000, 155 ; LUPOI, *Riflessioni comparatistiche*, cit., 439; CARBONE, *Autonomia privata*, cit., 776 e 147, il quale ritiene che la disciplina dell'art. 2740 debba essere considerata "speciale" rispetto alla Convenzione de L'Aja.

⁵³ Trib. Bologna, 01 ottobre 2003, in *Giust. civ.*, 2004, con nota CICORIA;

⁵⁴ Di seguito si segnalano le decisioni più importanti ad oggi esistenti, le quali hanno tutte riconosciuto e confermato la piena legittimità dell'istituto del *trust* e la sua compatibilità con le norme imperative del nostro ordinamento, procedendo quindi al riconoscimento dell'atto di *trust* sottoposto al vaglio giudiziario: Trib. Milano, 27 dicembre 1996, in *Società*, 1997, 585; Trib. Genova, 24 marzo 1997, in *Giur. Comm.*, 1998, 759; Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2007; Corte App. Milano, 06 febbraio 1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, 582; Pretura Roma, 13 aprile 1999, in *Trusts*, 2000, 83; Trib. Roma 02 luglio 1999, *ivi*, 2000, 85; Trib. Chieti, 10 marzo 2000, *ivi*, 2000, 372; Trib. Bologna, 18 aprile 2000, *ivi*, 2000, 372; Trib. Perugia, 26 giugno 2001, *ivi*, 2002, 52; App. Firenze, 09 agosto 201, *ivi*, 2002, 244; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, *ivi*, 2002, 241; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Guida al diritto, il sole 24 ore*, n. 45, 2003, 52 ss; Trib. Fall. di Roma del 4 marzo 2002, in *Trusts ed attività fiduciarie*, 2003, 4, 411; Trib. Verona, 8 gennaio 2002, in *Trusts cit.*, 2002, 4, 409; Trib. Milano, 2 ottobre 2002 e 8 ottobre 2003, *ivi*, 2003, 3, 265 e 2002, 4, 584; Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, *ivi*, 2003, 3, 406; Trib. Perugia, 16 aprile 2002, *ivi*, 2002, 4, 584; Trib. Firenze, 02 luglio 2005, in [www. il trust in italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it). Tali decisioni sono tutte raccolte nel sito dell'Associazione Il *Trust* in Italia (www.il-trust-in-italia.it). In ordine al tema della compatibilità del *trust* con il regime della proprietà e dei diritti reali e con la previsione espressa nell'art. 2740 c.c., di cui si parlerà, diffusamente oltre, fra tali decisioni si segnala, il Tribunale di Verona che compiutamente argomenta in tema di art. 2740, rappresentando proprio come sia stata la legge di ratifica della Convenzione dell'Aja a legittimare la deroga alla responsabilità patrimoniale universale del debitore per la quale, è noto, vige una riserva assoluta di legge. In senso contrario all'ammissibilità dell' istituto, v., Tib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, 251; Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, 1538.

fiduciario e la legge regolatrice. Si è voluto leggere nel testo convenzionale una limitazione, come se l'art. 6 avesse parole che non ha: <<il trust è retto dalla legge scelta dal disponente, purchè egli appartenga a uno Stato che conosce il trust>>. In realtà, dall'esame dei lavori preparatori si può ricavare l'esatto contrario [...]. Furono respinte sia la proposta di imporre un legame tra la scelta della legge regolatrice e il disponente o l'oggetto del trust, sia quella di introdurre la possibilità per gli Stati di apportare una specifica riserva sui trust interni in sede di ratifica"⁵⁵.

Secondo alcuni, costituirebbe un ostacolo insormontabile all'ammissibilità del *trust* interno la disposizione contenuta, come cennato, nell'art. 13 Conv., che così dispone: «*Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee,*

⁵⁵ Trib. Bologna, 01 ottobre 2003, cit.;

sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione».

Una interpretazione di tale norma maggiormente aderente alla lettera escluderebbe la legittimità del *trust* in considerazione dei limiti posti al suo riconoscimento e consistenti: a) nel non avere lo Stato, nel quale il *trust* stesso dovrebbe operare, previsto e disciplinato tale figura; b) nella mancanza di elementi obiettivi di internazionalità della fattispecie.

La dottrina favorevole a tale interpretazione ha osservato che: «La norma mostra la volontà di collegare il *trust* ad un quadro giuridico appropriato ed efficace. Poiché la Convenzione non intende introdurre la figura del *trust* in ordinamenti che non la prevedono, l'art. 13 mira ad evitare che venga imposto per situazioni meramente interne un *trust* a Stati ai quali sia estraneo, quando al normale vigore della legge interna sia stato sostituito, in virtù di collegamenti artificiali, l'impero di

una legge straniera. Il limite sembra pertanto richiamare quello normalmente opposto alla frode alla legge, intesa quale "messa in gioco ad opera delle parti di un criterio di collegamento che determina il richiamo di una legge diversa da quella che sarebbe stata altrimenti applicabile". Si consideri peraltro che la norma si basa su un dato obiettivo e prescinde dall'intenzione (fraudolenta) delle parti di sfuggire alle disposizioni della legge "naturalmente" applicabile, sottoponendo "artificialmente" la fattispecie ad altra legge, ritenuta più favorevole»⁵⁶.

Secondo alcuni autori, l'art. 13 cit., è rivolto esclusivamente ai legislatori degli stati aderenti e costituisce una clausola di salvaguardia, normalmente inserita nelle convenzioni internazionali, che consente a chi lo desidera di paralizzare, in sede di ratifica, alcuni effetti del testo che ci si appresta a rendere operativo

⁵⁶ FUMAGALLI, *La Convenzione de L'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. Int.*, 1992.

nel perpeio ordinamento. Difettando nella legge di ratifica italiana una specifica disposizione che precluda, per volontà del legislatore, il riconoscimento dei *trust* interni ed essendo questi ultimi ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione, la scelta della legge applicabile operata in tali casi dal *settlor* potrà essere disattesa esclusivamente per le ragioni espressamente previste dalla normativa uniforme (artt. 15, 16 e 18). Secondo un'altra opinione, la disposizione, come ogni norma di diritto internazionale privato, non può che riguardare lo stato come soggetto internazionale, il quale, legittimato dalla norma, potrà intervenire o con un proprio strumento normativo o con le applicazioni concrete della disciplina da parte dei giudici e delle autorità amministrative. Rientrerebbe anche nei poteri del giudice, dunque, fare applicazione dell'art. 13.

A meno che non si voglia dare all'art. 13 un'*interpretatio abrogans* degli artt. 6 e 11, la soluzione ermeneutica che appare più ragionevole sembrerebbe

quella di considerare la disposizione in questione come una norma di chiusura della convenzione (paragonabile all'art. 1344 C.c.) che mira a cogliere le fattispecie che sfuggono alle norme di natura specifica⁵⁷.

Peraltro, nel corso degli ultimi anni la giurisprudenza si è pronunciata quasi unanimemente circa l'ammissibilità del *trust* interno.

La linea giurisprudenziale appare univoca: si conferma l'ammissibilità dei *trusts* il cui unico elemento di estraneità sia la legge straniera che li regola, mentre i loro elementi obiettivi e subiettivi sono connessi al territorio dello Stato. Su questa stessa linea, fatta propria dall'Associazione Bancaria Italiana fin dal 1997⁵⁸, si è mossa anche l'amministrazione finanziaria rispondendo a tre interpelli⁵⁹ e, la Commissione studi tributari del Consiglio nazionale del notariato nello studio

⁵⁷ GIULIANI, *Il trust interno ("regolato da una legge trust") e la Convenzione De L'Aja*, in 2003, 441

⁵⁸ A.B.I., *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Roma, 1997; v. anche la successiva circolare 26 ottobre 1999, prot. n. 7131.

⁵⁹ V. LUPOI, *Osservazioni sui primi interpelli riguardanti i trust*, in *Il fisco*, 2003, 11678

su «*Trust* e imposte indirette»⁶⁰.

L'orientamento prevalente è dunque quello della ammissibilità dei *trusts* interni.

Si controverte ancora in ordine alla configurabilità del *trust* cd. auto-dichiarato, ossia di un *trust* in cui il disponente nomina se stesso *trustee*.

Secondo autorevole dottrina⁶¹ è possibile che un soggetto immuti una posizione soggettiva passando da titolare di essa nel proprio interesse a titolare nell'interesse di terzi, in particolare dichiarandosi *trustee* di quella posizione soggettiva in favore di uno specifico soggetto, il quale così diviene beneficiario del *trust*. *“La costituzione del fondo patrimoniale da parte dei coniugi è strutturalmente indistinguibile dalla dichiarazione unilaterale di trust: un soggetto, titolare di una posizione soggettiva, la destina a una specifica finalità senza perderne la diretta titolarità. D'altra parte, il riformatore*

⁶⁰ Studio n. 80/2003/T, approvato dalla Commissione studi tributari il 21 novembre 2003

⁶¹ LUPOI, *Osservazioni su due brevi pronunce in tema di trust*, in *Riv. Not.*, 2004, 2, 568.

del diritto societario ha fatto proprio questo negli artt. 2447-bis e seguenti: ha introdotto nel diritto interno un succedaneo del trust, per mezzo del quale beni e diritti che appartengono a una società vengono ad essere sottoposti a uno speciale vincolo di destinazione e, quindi, di responsabilità, inalterato restando il nesso dominicale⁶².

In via più generale, la struttura del *trust* auto-dichiarato corrisponde alla figura individuata in dottrina e in giurisprudenza come «fiducia statica», conseguente alla dichiarazione di chi si proclami fiduciario di altri con

⁶² LUPOLI, op.ult.loc.cit. 568. ID., *I trust nel diritto civile*, cit. 614: “L’auto-dichiarazione di trust comporta una auto-segregazione, ma questo è precisamente quello che avviene nel fondo patrimoniale costituito dai coniugi e, con ancora maggiore chiarezza, nell’art. 2447 bis, c.c., ove il legislatore impegna termini inequivoci: “la società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare”; con la conseguenza, indicata nell’art. 2447 quinquies: “i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti”. I beni inclusi nel patrimonio destinato a uno specifico affare sono beni che già appartengono alla società, la quale unilateralmente li segrega e, per ciò solo, li rende soggetti ad un diverso regime di responsabilità. La società quindi immuta il proprio rapporto con determinati beni, i quali vengono posti al servizio di uno specifico “affare” e sottratti alla garanzia generica in favore dei creditori della società, alla quale fino a quel momento inerivano. Esattamente quello che avviene nel trust auto-dichiarato”.

riferimento a beni che appartengono allo stesso dichiarante⁶³.

Secondo parte della giurisprudenza⁶⁴ i *trusts* auto-dichiarati sono al di fuori dell'ambito applicativo della Convenzione de L'Aja, la quale riguarderebbe soltanto i *trust* nei quali ricorre «la presenza di due soggetti o centri di riferimento autonomi tra loro» (cioè il disponente e il *trustee*). Diversamente, secondo la citata giurisprudenza, esso “*costituirebbe fattispecie atipica di una fattispecie già atipica*” [...].

Pur riconoscendo che il *trust* auto-dochiarato non sia previsto dalla Convenzione de L'Aja, il problema non sembrerebbe quello di decidere se essa riguardi anche le dichiarazioni unilaterali di *trust* quanto se l'applicazione della legge straniera disciplinante una dichiarazione di *trust* trovi ostacolo nel nostro

⁶³ Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964 e *Fiducia statica e trusts*, in BENEVENTI (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, cit., cap. VII. LUPOI, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, 728-739.

⁶⁴ Trib. Napoli, decreto 1 ottobre 2003, *Diritto e giustizia*, n. 8, febbraio 2004, 92 ss

ordinamento a prescindere dalla diretta applicazione della Convenzione. “È opinione comune in dottrina che la Convenzione abbia rimosso qualsiasi ostacolo di principio all'applicazione di leggi estere sui *trust*; quando si esprime questo punto di vista si pensa ai *trust* che comportano un trasferimento dal disponente al *trustee* e alla posizione di quest'ultimo per dare vita a un rapporto che non trova un generale equivalente nel nostro ordinamento.

Quest'ultima notazione non vale per la dichiarazione di *trust*, la quale, come già osservato, corrisponde alla figura della «fiducia statica», ammessa senza esitazione dalla nostra giurisprudenza. Ne consegue che le leggi straniere regolatrici di una dichiarazione di *trust* possono trovare applicazione in Italia anche a prescindere dalla Convenzione”⁶⁵.

La non risolta *querelle*, induce un'ulteriore riflessione in ordine alla compatibilità con i principi del nostro

⁶⁵ LUPOI, op.ult. loc. cit.

ordinamento, con i quali sembra entrare in rotta di collisione. Anticipando alcune osservazioni che saranno meglio esplicitate nel prossimo paragrafo, sembra che il *trust* auto-dichiarato non possa avere diritto di cittadinanza all'interno del nostro sistema giuridico, attesa la tendenza ad escludere la generale configurabilità di un contratto con se stesso (al di fuori di casi espressamente previsti dalla legge), posto che, secondo la nostra ricostruzione, il *trust* si presenta, sotto il profilo strutturale, come contratto e non come atto unilaterale⁶⁶.

D'altro canto, quand'anche l'atto costitutivo del *trust* avesse la struttura dell'atto unilaterale, parimenti il *trust* auto-dichiarato sarebbe inammissibile, attesa la tipicità, nel nostro ordinamento, dei negozi unilaterali.

⁶⁶ Secondo la dottrina dominante, il *trust* avrebbe struttura unilaterale. Sul punto, per un maggior approfondimento, si rinvia al paragrafo successivo.

PAR. 4. 1.

ATTO COSTITUTIVO DI TRUST

La definizione di *trust*, contenuta nell'art. 2 Conv., è incentrata, com'è noto, sulla nozione di "controllo" dei beni da parte del trustee, da intendersi, secondo parte della dottrina⁶⁷, come "*esercizio in via esclusiva del diritto da parte del trustee*". Certamente, il concetto di "controllo" costituisce l'essenza della definizione convenzionale ed è la bussola in base alla quale è interpretabile, da parte dei giudici e degli operatori, l'intera Convenzione⁶⁸. La norma appare alquanto oscura, specialmente nel suo ultimo comma, ove prevede la possibilità per il disponente di riservarsi e conservare nella propria sfera giuridica al momento della istituzione del *trust* alcuni diritti o poteri (*rights and powers* nel testo inglese, *prérogatives* nel testo

⁶⁷ LUPOLI, *Trusts*, cit., 505

⁶⁸ Pare opportuno sottolineare come la definizione convenzionale sia indifferente alla sussistenza o meno della posizione dominante nella sfera giuridica del *trustee*, mentre richiede che quest'ultimo abbia il "controllo" dei beni in *trust*.

francese). Quali siano i limiti a tale possibilità non è indicato espressamente nella Convenzione e non può essere ricavato dalla legge applicabile (pur essendo un aspetto da questa regolato), ma è desumibile dalla stessa fattispecie convenzionale. Pertanto, al fine di evitare l'indeterminatezza di tale profilo, si può avanzare l'ipotesi di dedurre il limite in questione dalla nozione di "controllo" prima individuata: il disponente potrà trattenere presso di sé quelle posizioni giuridiche che non siano incompatibili con la necessità dell'esercizio esclusivo del diritto sui beni del *trust* da parte del *trustee*, pena l'uscita del rapporto giuridico configurato dalla definizione convenzionale di *trust* e quindi dall'ambito applicativo della Convenzione stessa. A questo riguardo, risultano compatibili con la figura convenzionale, il potere del disponente di modificare alcuni aspetti del *trust* posto in essere (come l'individuazione dei beneficiari), di nominare un guardiano (*protector*) con diritti di consultazione o poteri

propositivi verso le decisioni del *trustee* e poteri di nomina e revoca dello stesso. La Convenzione si applica ai soli *trusts* creati volontariamente e provati per iscritto.

I *trusts* "volontari" sono una tipologia coniata dalla Convenzione, allo scopo di escludere quelli derivanti dalla legge, che non ha riscontro nel modello inglese, il quale, come cennato, conosce le figure dei *trusts express, constructive* e *resulting*⁶⁹. La Convenzione considera solo i *trusts* provati per iscritto; il riferimento è al negozio istitutivo del *trust* e non al negozio di trasferimento⁷⁰ per il quale valgono le regole formali sue proprie. Invero, nel modello inglese, in conformità al testo inglese della Convenzione (*evidenced in writing*),

⁶⁹ Rientrano sicuramente nell'ambito della Convenzione i *trust* espressi e quelli *constructive* che derivino da una manifestazione di volontà, mentre ne sono esclusi i *resulting* nei quali mana la volontà del disponente. Inoltre, giova ricordare, che i *trust* di creazione giudiziale, ovvero quelli che condannano il convenuto a comportarsi come *trustee*, sono oggetto della previsione dell'art. 20 Conv. per la quale è rimessa agli Stati contraenti la decisione se includerli nell'ambito applicativo della convenzione oppure no.

⁷⁰ Sebbene la Convenzione non si occupi dell'atto di trasferimento ma del solo atto istitutivo del *trust*, è appena il caso di chiarire che tra essi, distinti sul piano logico (l'atto istitutivo, unilaterale, e l'atto di trasferimento, da ritenersi, come di seguito si dirà, contrattuale) c'è un collegamento funzionale.

tale requisito formale è soddisfatto anche se la prova deriva da un successivo scritto del *trustee* al quale è stato comunicato oralmente il *trust*; tuttavia, in conformità al testo francese e alla prassi dei trust interni, è richiesta la prova scritta e, di massima, la data certa. Secondo la migliore dottrina⁷¹, il *trust* è costituito mediante un atto istitutivo, unilaterale (regolato dall'art. 6 Conv.)⁷², con il quale il disponente enuncia al *trustee* la finalità dell'affidamento e le regole di base: la durata, i poteri (del trustee) i beneficiari; ed un atto di trasferimento, pure unilaterale (regolato dall'art. 4 Conv.)⁷³, del quale la Convenzione non si occupa. La dicotomia atto istitutivo – atto di trasferimento, prospettata per spiegare che, con il primo negozio, il *settlor* assume l'iniziativa dell'operazione,

⁷¹ LUPOLI, I trust in diritto civile, in Vita Not., 2003, cit., 609.

⁷² A tenore del quale: “il *trust* è regolato dalla legge scelta dal disponente. La scelta deve essere espressa oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che istituisce il *trust* o ne fornisce la prova, interpretate se necessario alla luce delle circostanze del caso”.

⁷³ A tenore del quale: “La convenzione non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al *trustee*”. Pur concordando con la tesi della dualità degli atti, non si condivide l'opinione secondo la quale anche l'atto di trasferimento sia di natura unilaterale. Le ragioni di tale dissenso saranno di seguito chiarite.

forma il programma del *trust*, sceglie i beni e i diritti oggetto del negozio istitutivo, fissa i tempi e le modalità di amministrazione, mentre con il secondo, trasferisce⁷⁴ la titolarità del diritto o bene al *trustee*, valida sul piano logico, non trova riscontri normativi se intesa anche in senso cronologico⁷⁵. Perplessità suscita, poi, l'idea secondo la quale l'atto di trasferimento può anche precedere l'atto istitutivo. Come può destinare beni in *trust* chi non ne ha più la proprietà (per averla già trasferita)? Questo interrogativo meriterebbe più approfondita riflessione anche da parte della dottrina, che sembra appiattita su tesi più volte ripetute e sostanzialmente non dissimili.⁷⁶ Pur nella consapevolezza della complessità del tema, forse si può proporre una diversa ricostruzione e considerare l'atto

⁷⁴ Come anticipato (v. nota n. 11), in luogo del termine "*trapassare*" (utilizzato da autorevole dottrina), si preferisce l'espressione "trasferire", il cui significato, di diritto civile, sembra più immediatamente intelligibile.

⁷⁵ Sul punto, rinviando al mio: *Note in tema di trust. Il problema della trascrivibilità*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2004/4, 661 ss, si modifica, in tal senso, precisandola, una precedente ricostruzione.

⁷⁶ Il tema assume rilievo anche in considerazione dell'ipotesi secondo la quale, come detto, l'atto di trasferimento può essere non solo concomitante e successivo ma, addirittura, precedente al *trust*.

costitutivo di *trust* un atto complesso, formato da un atto istitutivo unilaterale ed un atto di trasferimento contrattuale. Il problema della definizione della struttura giuridica dell'atto di trasferimento ha ragione di porsi, perché, come accennato, la Convenzione tace sul punto. Negli atti dei lavori preparatori⁷⁷, si legge: *“on a donné l'image du lanceur et de la fusée: il faut toujours un lanceur, par exemple un testament, une donation ou autre acte juridique, qui met en marche la fusée, le trust. L'acte juridique préalable, le lanceur, ne tombe pas sous le coup de la Convention”*⁷⁸. E se la Convenzione non si occupa dell'atto di trasferimento, è compito dell'interprete individuarne la struttura, in conformità ai principi generali del nostro ordinamento, alla stregua dei quali verificare la compatibilità della sussistenza di un atto istitutivo e di un atto (eventuale) di trasferimento,

⁷⁷ LUPOI, *Trust*, cit., 434, nota 98;

⁷⁸ Il riferimento all'immagine del *“lanceur”* (rampa di lancio) e della *“fusée”* (missile) serve per spiegare che la Convenzione non si occupa del lancio del missile, bensì del missile (*trust*) già in orbita. La dicotomia atto istitutivo - atto di trasferimento, com'è noto, non è un dato “normativo” ma una costruzione della dottrina.

unilaterali, (produttivi soprattutto di obblighi per il *trustee*). Considerando, peraltro, anche gli effetti del *trust*, si deve concludere che la struttura dell'atto di trasferimento non può che essere bilaterale. Tale affermazione, ancora da dimostrare, è conseguenza, in primo luogo, del fatto che il *trust* riconosciuto all'Aja, diverso, come detto, da quello noto nel sistema angloamericano, è stato qualificato, da autorevole dottrina⁷⁹, “*amorfo*”, ossia suscettibile di assumere varie forme.

Posto che la “forma”, alla quale questa dottrina fa riferimento, nulla ha a che vedere con la forma intesa come modo di manifestazione della volontà⁸⁰, è possibile ritenere che assumere varie forme voglia dire assumere vari schemi. Può assumere vari schemi soltanto una fattispecie non sufficientemente tipizzata.

⁷⁹ LUPOI, *Trust*, Milano, 2001, cit., 498 ss.

⁸⁰ Di essa, la Convenzione fa cenno all'art. 3, che statuisce: “*La Convenzione si applica ai soli trust istituiti volontariamente e provati per iscritto*”.

Si potrebbe pensare che proprio tale ritenuto polimorfismo farebbe del *trust* un istituto atipico⁸¹.

Se amorfo, dunque, coincide con atipico⁸², il *trust* (*rectius*, l'atto di trasferimento dei beni in *trust*) come osservato, dovrebbe avere struttura necessariamente bilaterale.

Perviene, ovviamente, alla stessa conclusione anche chi nega che la più volte citata Convenzione sia fonte di diritto interno e, pertanto, non sia idonea a tipizzare il *trust*.

Pure accogliendo il superamento del dogma della intangibilità della sfera giuridica altrui, si perviene, nel caso in esame, a questo risultato. Secondo la migliore dottrina⁸³, infatti, può ammettersi che un negozio

⁸¹ Trib. Napoli, decr. 1 ottobre 2003, cit., 92 ss.: “*sussistendo un istituto tipico, quale il fondo patrimoniale, mancano ragioni giustificative per la ammissione di un istituto atipico e per di più con una struttura anch'essa atipica rispetto al suo modello*”

⁸² PICCOLI, CORSI, DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, in *Riv. not.*, 1995, 1392, nota 7, i quali, ribadita la controversa qualificazione sostanziale del *trust*, ritengono preferibile inquadrare l'istituto nell'alveo del negozio atipico.

⁸³ C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, 11, ss.

unilaterale incida direttamente nella sfera giuridica altrui quando l'effetto sia insuscettibile di pregiudizio personale e patrimoniale e fatta sempre salva la facoltà di rifiutare⁸⁴. In altre parole, può dirsi non necessario il contratto allorché l'altrui atto negoziale produca effetti meramente vantaggiosi nella sfera giuridica del terzo, salva la facoltà di rifiutare.

Anche ammettendo che l'autonomia privata possa creare negozi unilaterali atipici, il fatto che il *trustee*, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, assuma obbligazioni di fare⁸⁵, dovendo, come si sa, ottemperare alle

⁸⁴ Secondo una parte della dottrina, l'unico strumento generale di esplicazione dell'autonomia privata sarebbe il contratto. Tanto è vero che il nostro ordinamento non avrebbe riconosciuto generale impegnatività alla promessa unilaterale, emblematica figura che si giustappone al contratto. Cfr., BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 11, ss., secondo il quale, viceversa: "*l'argomento esegetico tratto dalla segnalata norma sulle promesse unilaterali non è in realtà decisivo poiché altre norme riconoscono generale efficacia vincolante alla promessa unilaterale al di fuori di uno schema tipico. Sul piano della valutazione degli interessi, poi, la necessità del consenso altrui si spiega in considerazione dell'esigenza di rispetto della sfera giuridica dei terzi. Ne risulterebbe allora confermato il distacco rispetto al diritto anglosassone, che ammette invece la vincolatività della promessa unilaterale quando questa sia sorretta da una causa apprezzabile (consideration)*". V. anche, BRANCA, *Promesse unilaterali*, in *Comm.* SCIALOJA e BRANCA (art. 1960-1991), 1974, 407; DI MAJO, *Obbligazioni e contratti (dispense)*, Roma, 1997, 185. Orientati ad abbandonare il principio di esclusività del contratto, sono, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; MOSCARINI, *I negozi a favore del terzo*, Milano, 1970; DONISI, *Il problema dei negozi unilaterali*, Napoli, 1972.

⁸⁵ DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts*, 2000, 162 ss.

disposizioni previste dal negozio istitutivo del *trust* e corrispondere ai beneficiari quanto loro dovuto, fa ragionevolmente pensare che l'atto di trasferimento del *trust* debba essere un contratto (e non un negozio unilaterale), in forza del quale nascerebbe una nuova posizione giuridica soggettiva.

L'assunto trova conforto nella tesi sostenuta da autorevole dottrina⁸⁶ secondo la quale, "*il sorgere di obbligazioni in capo al trustee fa pensare ad un contratto*".

La qualificazione come contratto dell'atto di trasferimento dei beni in *trust*, inoltre, escluderebbe l'ammissibilità del *trust* cd. autodichiarato. Si configurerebbe, altrimenti, un nuovo contratto con se stesso, al di fuori dei casi previsti dalla legge⁸⁷, e ciò non può non suscitare perplessità. Né, a tal proposito, si

⁸⁶ DE NOVA, *op. cit.*, 166: "è difficile vedere nel negozio istitutivo un mero negozio di investitura che attribuisce poteri al trustee, sicché la sua sottoscrizione abbia solo il significato di presa d'atto e di ricezione di un atto unilaterale ricettizio del disponente".

⁸⁷ V., fra gli altri, BIANCA, *Il contratto*, cit., 212; cfr., DONISI, *Il contratto con se stesso*, Camerino, 1982.

potrebbe invocare la menzionata Convenzione, quand'anche le si riconoscesse natura di fonte di diritto interno, in quanto essa tace sul punto.

A fronte della tesi della natura contrattuale, a struttura complessa, dell'atto di *trust*, parte della dottrina "rabbrivisce"⁸⁸ e rilancia il "teorema" del doppio negozio: istitutivo e di trasferimento. L'idea dominante è che l'atto istitutivo sia un negozio unilaterale⁸⁹, l'atto di trasferimento un dato opzionale del *trust* amorfo.

L'opinione, sul punto, sostenuta da questo Autore, a tenore della quale l'atto istitutivo di *trust* è un negozio, essenzialmente unilaterale, in forza del quale il disponente affida o, più propriamente, *commette* un diritto al *trustee*, il quale assume obbligazioni per il solo fatto di non essersi opposto a ricevere l'affidamento, non può essere condivisa sia perché sembra sacrificare il principio di autonomia negoziale, sia perché introduce

⁸⁸ LUPOI, *Trust, cit.*, 1997, 434.

⁸⁹ LUPOI, *I trust in diritto civile*, cit., 2003, 609; ID., *Trust*, 1997, cit., 252 ss..

concetti di difficile comprensione (cosa significa “commettere” un diritto non è facile dire), sia, infine, perchè evoca l’idea del negozio fiduciario (affidare richiama la fiducia) che ha natura bilaterale.

PAR . 5.1.

SETTLOR, TRUSTEE E BENEFICIARY

Con il *trust*, com'è ormai ben noto, un soggetto (detto *settlor*) pone beni o diritti sotto il “controllo” di un altro soggetto (detto *trustee*) per beneficiare un terzo soggetto (detto *beneficiary*) o per realizzare un determinato scopo. Nonostante le difficoltà ermeneutiche poste dall'impiego di un'espressione dal significato plurivoco ed atecnico, abbiamo già chiarito che il disponente trasferisce la piena proprietà dei beni in *trust* al *trustee* e che non si verifica alcuna scissione proprietaria fra *trustee* e *beneficiary*⁹⁰. Il *settlor*, tuttavia, può mantenere rapporti giuridici con i beni in *trust* in vario modo: per esempio, può trasferire la sola nuda proprietà di un bene e riservarsi l'usufrutto, l'uso o l'abitazione; può stabilire

⁹⁰ Come già detto, secondo una parte della dottrina, il *trust* darebbe luogo ad uno sdoppiamento del diritto di proprietà (la *legal ownership*, al *trustee*, e la *equitable ownership*, al *beneficiary*); secondo altra impostazione, invece, il *trustee* sarebbe pieno ed esclusivo proprietario dei beni in *trust* ed il *beneficiary* titolare di un mero diritto di credito all'adempimento.

che i beni in *trust* facciano capo a una società, della quale egli sia l'amministratore; ancora, può riservarsi il potere di apportare modificazioni al *trust*; prevedendo nell'atto istitutivo che il *trustee* possa finanziare le attività di impresa del disponente o di società nelle quali egli abbia un interesse, compatibile, ovviamente con quello dei beneficiari e lo scopo del *trust*.

Il trustee acquista il diritto di proprietà ed assume alcune obbligazioni.

Il primo dovere di ogni *trustee* è quello di amministrare correttamente il bene, conformemente alla legge, all'atto istitutivo del trust e al criterio del *prudent man*. Inoltre, ha il dovere di informazione nei confronti del beneficiario e quello di rendiconto.

Il beneficiario⁹¹, soggetto al quale il disponente intende attribuire determinati vantaggi⁹², acquista una

⁹¹ È appena il caso di chiarire che <<*beneficial owner*>> e <<*equitable owner*>> non sono la stessa cosa.

La distinzione fra <<*equitable owner*>> e *beneficial owner*>> consiste in ciò, che il primo ha un'attesa, giuridicamente protetta dall'*Equity*, di subentrare nella

posizione giuridica soggettiva la cui esatta qualificazione dipende dalla soluzione della problematica relativa alla scissione proprietaria.

Chi ritiene che il *trust* dia luogo ad una doppia proprietà (qualificando il beneficiario proprietario sostanziale), conclude che questi, in caso di inadempimento del trustee, possa rivolgersi al giudice e chiedere, con una azione reipersecutoria, che gli venga trasferita la disponibilità e la proprietà (anche formale) del bene in *trust*.⁹³

Chi⁹⁴, al contrario, ritiene che il beneficiario non sia proprietario del bene in *trust*, conclude che questi sia

posizione soggettiva; il secondo di fare propri i risultati dell'esercizio del potere. Le due posizioni possono, in concreto, coincidere o divergere.

Essere <<*beneficial owner*>> di una posizione della quale si è titolari in base al diritto comune significa poter fare propri i frutti dell'esercizio del potere inerente quella posizione: si verifica una coincidenza fra diritto comune e *Equity* e quindi al titolare della posizione compete la massima misura del godimento.

Le due posizioni coincidono quando il beneficiario finale di un *trust* ha diritto tanto al trasferimento dei beni in *trust* (in questo caso egli è <<*equitable owner*>>) quanto ai frutti e in genere ai risultati dell'esercizio dei poteri del *trustee* (in questo caso egli è <<*beneficial owner*>>).

⁹² Tali vantaggi possono essere stati negoziati con il disponente il quale può avere assunto obblighi nei confronti del beneficiario. In tal caso, il *settlor*, istituendo il *trust*, adempie un'obbligazione.

⁹³ Si riconosce, a vantaggio del beneficiario, anche la titolarità di un diritto di seguito che consente di agire nei confronti di terzi acquirenti (se in mala fede) del bene in *trust*.

⁹⁴ LUPOI, *I trust in diritto civile*, cit., 612.

titolare di un diritto di credito a pretendere che il *trustee* adempia esattamente a tutte le sue obbligazioni, compresa quella di trasferirgli la proprietà⁹⁵. In caso di inadempimento, il beneficiario ha il diritto, riconosciuto gli dall'art. 11, III comma, lett. d), Conv.⁹⁶, alla "rivendicazione" del bene in *trust*. Le modalità di esercizio di tale diritto sono disciplinate dalla legge straniera regolatrice del *trust* medesimo (mentre gli aspetti procedurali sono ovviamente governati dalla legge del foro). Il diritto è esercitabile, secondo la regola

⁹⁵ A conforto di questa tesi viene richiamata la famosa sentenza Webb / Webb, 17 maggio 1994 della Corte di Giustizia Europea, cit., che avrebbe affermato che il *beneficiary* è titolare di un diritto personale. In senso critico, RAGAZZINI, *Trust <<interno>> e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv.not.*, 1999, cit., 282 ss, secondo il quale: " *il fatto che il potere di godere e di disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo, nel che consiste il diritto di proprietà, non sia riscontrabile nelle posizioni subiettive della trust property, dimostra soltanto che non si è in presenza di una situazione proprietaria nel senso continentale del termine. Ma tanto concesso non si può negare che le posizioni del trustee e, rispettivamente del beneficiary, sino caratterizzate da elementi di realtà. Specialmente significativa in questo senso è l'attribuzione ad entrambi della tutela esterna del diritto, intesa come opponibilità (di esso) ai terzi da parte sia del trustee sia, autonomamente, del beneficiary. Anche quest'ultimo, infatti, ha il potere di <<rivendicare>> dal terzo il bene uscito illegittimamente dal trust*". Inoltre, precisa l'autore, la questione decisa dalla Corte non aveva ad oggetto l'accertamento della natura del diritto appartenente al *beneficiary*, ma l'accertamento dell'esistenza di un obbligo, in capo al *trustee*, derivante dal titolo, di intestare al *beneficiary* la *legal ownership*, restando esclusa la questione circa la realtà o meno della posizione giuridica dell'attore.

⁹⁶ Il quale statuisce che: *la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro.*

comunemente accolta dalle leggi straniere, contro chiunque abbia ricevuto beni dal *trustee* a meno che si tratti di un acquisto compiuto a titolo oneroso e in buona fede.

La norma citata evoca il *tracing* del *trust* del modello inglese, nel quale la tutela reipersecutoria si distingue a seconda che la procedura sia fondata sulla *common law* ovvero sull' *equity*. Nella prima ipotesi il rimedio è destinato al recupero di beni mobili individuati (anche se per effetto dei passaggi intermedi i beni originari siano stati sostituiti con altri), con facoltà riconosciuta al convenuto di operare la *conversion* del bene mobile in denaro. La *common law* entra in crisi, ed il *tracing* non è applicabile, non solo quando il soggetto agente non vanta un titolo legale sul bene ma un mero interesse equitativo, ma anche quando il denaro sottratto o ricavato dalla vendita di beni del *trust* sia stato confuso nel patrimonio del fiduciario, e non più identificabile. In tali casi, viene in soccorso il *tracing* equitativo che, in

coerenza con i principi della (ex) giurisdizione di coscienza destinati a mitigare il rigore della *common law* ed a colmare le eventuali inadeguatezze dei suoi rimedi, tutela quest'ultimo interesse contro il terzo possessore del bene, salvo che l'acquisto sia inattaccabile perché, come già detto, avvenuto in buona fede ed a titolo oneroso.

Il criterio di fondo è così riassumibile: ogni volta che sussista *ab initio* un rapporto di fiducia (come nel caso dell'isolamento del patrimonio in capo al *trustee*), il titolare della posizione equitativa è legittimato a "seguire" il bene agendo *erga omnes* affinché sia restituito al *trust*. In tal modo il beneficiario può chiedere la condanna del convenuto alla retrocessione del denaro prelevato dal *trust* o del bene acquistato spendendolo, ovvero l'imposizione di una *charge* sul *mixed fund* (o sul bene acquistato con esso) che dovrà essere fatta valere attraverso i canali dell'esecuzione forzata. Tutto ciò dimostra che gli interessi equitativi dei

beneficiari sono opponibili al terzo acquirente a titolo gratuito o in mala fede, nel senso che l'acquisto è efficace, ma l'avente causa è *constructive trustee* verso i beneficiari i quali hanno facoltà d'aggredire il bene oggetto del trasferimento mediante il rimedio qui discusso.

Secondo autorevole dottrina⁹⁷, il *tracing* non è un rimedio giuridico, ma una tecnica processuale ed in quanto tale non può trovare applicazione in un processo straniero. Le soluzioni prospettate sono molteplici: “*da un lato ci si può collocare sul piano della realtà e considerare l’atto di disposizione come viziato; dall’altro, ci si può collocare sul piano delle obbligazioni e considerarlo quale inadempimento*”⁹⁸. Un primo rimedio potrebbe essere offerto dall’azione di annullamento in considerazione della sussistenza di un’alterità fra il *trustee* e lo scopo del *trust* che dovrebbe luogo ad un

⁹⁷ LUPOI, *Trusts*, cit., 446.

⁹⁸ Lupoi, op. ult. cit, 500.

conflitto di interesse. Altro rimedio potrebbe essere ricercato sul piano del diritto delle obbligazioni, in considerazione della conoscenza che il terzo abbia dell'esistenza del *trust*, e ricorrere al risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.) a titolo di responsabilità aquiliana; altro rimedio ancora, potrebbe essere offerto dall'azione revocatoria per le disposizioni a titolo gratuito e, quando ammesso, per quelle a titolo oneroso.

CAPITOLO II

PAR. 1.2.

IL TRUST E LA PROPRIETÀ NELL'INTERESSE ALTRUI: IL MANDATO SENZA RAPPRESENTANZA

Esclusa l'ipotesi della scissione proprietaria fra *trustee* e *beneficiary*, non si può, però, tacere che è in atto una graduale erosione delle categorie dominicali classiche, resa evidente dall'emersione di istituti nei quali lo stesso diritto di proprietà si atteggia con modalità diverse da quelle tradizionali, sicchè non può più parlarsi di diritto di proprietà come concetto unitario, essendo, in corso, un lento ma inesorabile processo di dissoluzione dell'assolutezza proprietaria.⁹⁹

Vi sono infatti figure di proprietà caratterizzate dal fatto che le facoltà di godere e di disporre del bene sono attribuite al proprietario non per soddisfare un interesse proprio, bensì un interesse altrui.

⁹⁹ GAMBARO, *I trust e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trust in Italia oggi, a cura di BENEVENTI*, Milano, 1996, 57 ss; ID., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts*, 2000, 155 ss.

E vi sono figure nelle quali un soggetto pur essendo proprietario, quale intestatario formale della situazione dominicale, è privato dei diritti e dei poteri caratteristici di quella proprietà (per esempio, nel caso della fiducia germanistica).

La proprietà nell'interesse altrui, ipotesi cui dà luogo anche il *trust*, coinvolge molteplici fattispecie negoziali: dalla rappresentanza indiretta, alla fiducia, alla nozione di patrimoni separati e destinati, (fondo patrimoniale, fondi comuni di investimento, art. 2447 bis, cartolarizzazione).

Il mandato senza rappresentanza ha in comune con la struttura del *trust* il dato essenziale che l'acquisto della proprietà da parte del soggetto mandatario nell'interesse del mandante dà luogo al fenomeno segregativo¹⁰⁰.

¹⁰⁰ LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, cit., 429.

Nel mandato senza rappresentanza l'esatta individuazione del proprietario è operazione tutt'altro che agevole. Il dato testuale, al proposito, appare contraddittorio: infatti, il primo comma dell'art. 1705 c.c., conterrebbe la regola fondamentale secondo la quale il mandatario diventa titolare del rapporto scaturente dal negozio da lui compiuto e quindi proprietario del bene acquistato¹⁰¹.

Tuttavia, il mandante, nonostante, non abbia alcun rapporto contrattuale con il terzo contraente, prima che il mandatario gli abbia trasferito il bene, può direttamente esercitare i crediti derivanti dall'esecuzione del mandato e rivendicare i mobili acquistati.

¹⁰¹ Come tradizionalmente si insegna, il mandante diventa proprietario del bene acquistato dal mandatario solo grazie al ritrasferimento in suo favore da parte del mandatario. Questo meccanismo si presenta in perfetta linea con il principio di imputazione soggettiva dei negozi giuridici secondo il quale gli effetti diretti dell'atto si producono direttamente nella sfera giuridica del soggetto il cui nome è stato dichiarato nella conclusione del negozio. Sul punto, v., CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, 1 ss.; PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, 183 ss; TILOCCA, *Il problema del mandato*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1969, 877 ss; SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali (artt. 1703-1709)*, in *Comm.cod. civ. , a cura di SCIALOJA e BRANCA*, Bologna-Roma, 1985, 202; LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, in *Trattato Dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, MILANO, 1984, 198 ss.; CARRARO, *Il trasferimento della proprietà nel mandato ad acquistare mobili*, in *Dir. e giur.*, 1946, 248 ss.

Da ciò deriverebbe la regola secondo la quale proprietario dei beni acquistati in esecuzione del mandato sarebbe il mandante e non il mandatario¹⁰². Questa conclusione troverebbe conferma nel 1 comma dell'art. 1706 c.c., il quale fa salvi i soli acquisti *a non domino* da parte dei terzi aventi causa dal mandatario.

Viceversa, il successivo art. 1707 c.c., nel consentire ai creditori del mandatario la possibilità di agire esecutivamente sul bene acquistato dal loro debitore, sembrerebbe smentire la validità della precedente conclusione e riconfermare la tesi della proprietà in capo al mandatario.

La problematica non può essere qui ulteriormente approfondita, pertanto, allineandoci alla tesi tradizionale e pressoché dominante, si conclude nel senso di

¹⁰² Lo notano: MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *trattato Vassalli*, Torino, 1952, 102 ss.; FERRARA jr., *Gli imprenditori e la società*, 6° ed., Milano, 1975, 130; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 9 ss.; DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1947, 220; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1964, 35; BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario di pagamento*, Milano, 1963, 153 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato VASSALLI*, XV, 2, 2° ed., Torino, 1956, 566; DONISI, *il contratto con se stesso*, cit., 327.

ritenere il mandatario proprietario, con l'obbligo di trasferire al mandante il bene acquistato. Si tratta, come anticipato, di una ipotesi di proprietà nell'interesse altrui. A parte la detta concorrenziale attribuzione di facoltà proprietarie, divise tra mandatario e mandante, la proprietà del mandatario è una proprietà particolare soprattutto per quanto riguarda il suo contenuto: essa è tutelabile come proprietà e fa rispondere il mandatario (finchè non è stato perfezionato l'atto traslativo interno), dei rischi di perimento del bene in quanto *dominus*¹⁰³; ma proprio in ragione del vincolo di destinazione agli interessi del mandante, è una proprietà inerte, non comprendendo facoltà di godimento, né facoltà di appropriazione dei frutti, che spettano al mandante.

Parte della dottrina¹⁰⁴, nega l'assimilabilità del *trust* al mandato senza rappresentanza, specialmente in

¹⁰³ CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, 203; Contra, LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 326; SANTAGATA, *Mandato*, cit., 464, i quali ritengono che il rischio gravi sul mandante destinatario del diritto sul bene.

¹⁰⁴ RAGAZZINI, *Trust <<interno>>e ordinamento giuridico italiano*, cit., 289. È appena il caso di ricordare che questa dottrina ritiene che il *trust* dia luogo ad una scissione proprietaria fra *trustee* e beneficiario.

relazione agli effetti degli acquisti dal *trustee* e dal mandatario. Secondo questa dottrina, poiché il *beneficiary* è proprietario del bene in *trust*, la sua posizione “dominicale” si estende anche sugli altri beni che entrano nel *trust* per effetto degli acquisti fatti dal *trustee* (in nome proprio). La posizione del *beneficiary* sarebbe caratterizzata (secondo questa dottrina) dalla realtà, insita nel potere di rivendicare la cosa nei confronti dei terzi. Anche nel mandato senza rappresentanza il mandante può rivendicare la cosa acquistata per suo conto dal mandatario in nome proprio, ma, come abbiamo già detto, solo se si tratta di cosa mobile. In caso di beni immobili o mobili registrati è il mandatario che ne acquista la proprietà, assumendo l’obbligo di ritrasferire il bene stesso al mandante. Sotto il profilo della realtà, relativamente a cose mobili, le posizioni del *beneficiary* e del mandante sono analoghe; sono diverse, invece, per gli acquisti di beni immobili o mobili registrati, in relazione ai quali, mentre

in caso di *trust*, il *beneficiary* ne acquisterebbe immediatamente la proprietà, in caso di mandato senza rappresentanza, il mandante ne diventa proprietario solo inseguito al ritrasferimento fatto dal mandatario¹⁰⁵.

La distinzione è sottolineata anche da altra autorevole dottrina¹⁰⁶, secondo la quale “*quando poi si vogliono mettere insieme nella qualifica di terzi il mandante che rivendica ex art. 1706, I comma, c.c. e i beneficiari del trust, allora veramente si passa il segno perché il mandante per definizione non è terzo ma controparte del mandatario e i beneficiari se proprio li si vuole considerare terzi in un rapporto in cui ben si può parlare di trilateralità, sono terzi per così dire nella direzione opposta a quella del mandante-rivendicante, la cui posizione è simmetrica semmai a quella del settlor*”.

¹⁰⁵ Altra differenza è data dal fatto che mentre il mandato si estingue per morte, interdizione, inabilitazione del mandante o del mandatario (salvo accezioni), il *trust*, al contrario, non si estingue, tanto se dette vicende riguardano la persona del *trustee* quanto se riguardano quella del *beneficiary*.

¹⁰⁶ CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 446

PAR. 1 a). 2.

TRUST, FIDUCIA E SOCIETA' FIDUCIARIE

Altra figura giuridica di proprietà nell'interesse altrui sembra essere il negozio fiduciario. Diversamente dal mandato, la fiducia è rivolta alla gestione del bene e a consentire la realizzazione di interessi che possono protrarsi nel tempo con più operazioni o atti complessi. Nella fiducia, dunque, assumerebbe maggior rilievo la situazione proprietaria strumentale del fiduciario, in quanto duratura; mentre con il mandato, si assume l'incarco di eseguire un atto soltanto, o più atti giuridici, ma determinati, per uno scopo prefissato, sicché la proprietà del mandatario è destinata ad esaurirsi in un breve lasso di tempo¹⁰⁷.

¹⁰⁷ In tal senso, GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in Riv. dir. comm., 1933, 414 ss.; FERRARA jr., *Gli imprenditori*, cit., 54 ss.; CARRARO, *Il mandato*, cit., 9 ss.

Secondo altri, il criterio distintivo della temporaneità dell'attribuzione proprietaria e della complessità delle operazioni da compiere, appare piuttosto evanescente e soprattutto meramente quantitativo piuttosto che qualitativo.

Il legislatore si è occupato solo marginalmente dei negozi fiduciari, individuandone soltanto alcune figure disciplinate da leggi speciali. Dottrina e giurisprudenza, al contrario, hanno contribuito in maniera determinante alla costruzione della figura¹⁰⁸.

Come doverosa premessa all'approccio all'istituto in questione, si rende necessario un breve cenno alla tradizionale distinzione di scuola tra fiducia di tipo romano e fiducia di tipo germanico, senza alcun intento di prendere posizione sull'ammissibilità e sulla valenza del negozio fiduciario nel nostro ordinamento giuridico.

Nella fiducia di tipo romano, il fiduciario è investito di un potere giuridico dal punto di vista reale illimitato,

¹⁰⁸ In dottrina sono state proposte varie costruzioni: secondo un orientamento (SCHULTZE, *threuhander in geltenden burgerlichen Recht*, in *Jhering's Jahrb.*, XLIII, 1901, 1 ss.), l'abuso del fiduciario costituirebbe condizione risolutiva con efficacia erga omnes del trasferimento del diritto, il quale ritornerebbe, con efficacia *ex tunc*, nel patrimonio del fiduciante; secondo un altro orientamento, ancora, (ARGENHEISTER, *Das Treubandkonto*, in *Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Heft 27, Bonn, 1963, 16), il negozio fiduciario consisterebbe nella trasmissione al fiduciario delle sole facoltà di disporre del diritto; un'altra impostazione (HADDING, in *BEUTHIEN – HADDING – LUDERITZ – MEDUCUS – WOLF, Studienkommentar zum BGB*, 1, - 3 Buch, Frankfurt am Main, 1975, § 185, 100 ss.), individua l'essenza del negozio fiduciario in un'autorizzazione data dal fiduciante al fiduciario, di esercitare in nome proprio un determinato diritto di cui rimane titolare il fiduciante.

circoscritto però dall'obbligo convenuto fra due soggetti, con il *pactum fiduciae*, per conseguire un fine più ristretto.

Nel rispetto di tale obbligo, il fiduciario deve fare del diritto trasferitogli, di cui ha la titolarità assoluta, un determinato uso, oppure trasferirlo alla persona indicatagli dal fiduciante o al fiduciante stesso.

In caso di violazione dell'obbligo, il fiduciante può agire solo per il risarcimento dei danni.

Nei rapporti di fiducia di tipo romano si parla anche di interposizione reale di persona¹⁰⁹, nel senso che, con

¹⁰⁹ NANNI, *Interposizione di persona*, Padova, 1990, secondo il quale l'interposizione è reale quando "l'intermediario agisce come effettivo contraente, assumendo in proprio i diritti che derivano dal contratto e obbligandosi a ritrasferirli all'interponente con un ulteriore atto". Tale forma di interposizione può aver luogo in due modi: quando l'intermediario compie "un atto che non suppone alcuna qualità speciale nell'agente, così fare un acquisto, contrarre un'obbligazione, sebbene nell'interesse altrui", oppure quando compie "un atto che richiede nel contraente una posizione prestabilita, una vocazione determinata, un diritto anteriore, così fare un'alienazione, una remissione di debito, ecc., la quale suppone nell'agente la qualità di proprietario o creditore". Nella prima posizione la persona interposta è un mandatario in nome proprio, nell'altra è un fiduciario".

Nell'interposizione reale di persona, non esiste simulazione: l'interposto acquista effettivamente i diritti nascenti dal contratto, salvo poi l'obbligo di ritrasferimento all'interponente. A tal fine è sufficiente l'accordo tra interposto e interponente, a nulla rilevando la conoscenza dell'accordo in capo al terzo contraente.

Nell'interposizione fittizia di persona, invece, l'intervento della persona interposta è simulato: l'interposto figura come acquirente del bene, mentre gli effetti del negozio (ossia il trasferimento del diritto di proprietà) si producono in

l'intestazione fiduciaria, l'interposto acquista effettivamente la titolarità del bene o diritto, ma, in virtù di un rapporto obbligatorio interno con l'interponente, è tenuto ad un determinato comportamento convenuto con il fiduciante ed a retrocedere i beni a quest'ultimo al verificarsi di una situazione determinante il venir meno della *causa fiduciae*¹¹⁰.

Nella fiducia di tipo germanico, invece, secondo una prima elaborazione, al fiduciario viene trasferito un potere giuridico di disposizione illimitato condizionato risolutivamente; ogni uso contrario allo scopo convenuto determina un ritorno del bene al fiduciante, anche a danno del terzo acquirente. In una successiva

favore dell'interponente. Questo tipo di interposizione di persona, concretizzandosi in una simulazione, richiede l'accordo di tutti i soggetti partecipanti.

Sull'interposizione di persona in generale cfr. CAMPAGNA, Il problema della interposizione di persona, Milano, cit., 1962; FERRARA, Della simulazione dei negozi giuridici, Roma, 1922; NANNI, L'interposizione di persona, cit..

¹¹⁰ Cass. 27 novembre 1999, n. 13261, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II,268; Cass. 23 giugno 1998, n. 6246, in *Giust. civ.*, 1998, I,2778; Cass. 14 ottobre 1995, n. 10768, in *Vita not.*, 1996, p. 1417 ss.; Cass. 29 novembre 1983, n. 7152, in *Dir. fall.*, 1984, II,30; Cass. 16 novembre 2001, n. 14375, in *Vita Not.*, 2002, I, 328. Si precisa, inoltre, che il diritto del fiduciante alla restituzione dei beni intestati al fiduciario si prescrive con il decorso dell'ordinario termine decennale, che decorre, in difetto di una diversa previsione nel *pactum fiduciae*, dal giorno in cui il fiduciario, avutane richiesta, abbia rifiutato il ritrasferimento del bene.

elaborazione della figura in questione, invece, si è preferito porre l'accento sulla separazione fra titolarità formale del diritto e legittimazione al suo esercizio.

Questa impostazione deriva da una particolarità dell'ordinamento tedesco, il § 185 del BGB, che, introducendo una eccezione, anche all'interno di tale ordinamento, al principio che in linea generale esclude limitazioni al potere di disposizione dei diritti reali, in analogia con il nostro art. 1379 c.c., per cui, anche il non titolare può compiere validamente atti di disposizione sul bene se ottiene l'autorizzazione o il consenso del titolare¹¹¹, è stato interpretato nel senso di ritenere ammissibile una piena scissione tra titolarità ed esercizio del diritto.

Il tradizionale problema del negozio fiduciario è stato (ed è ancora) quello di dare ad esso un fondamento causale, ma, per quel che interessa il tema in

¹¹¹ Sul punto cfr., GENTILI, *Il contratto in generale*, in *Trattato di Diritto Privato*, vol. XIII, V, Torino, 2002.

argomento, l'aspetto di rilievo riguarda gli effetti del negozio fiduciario. Da esso, infatti, scaturisce, come detto, una vera proprietà fiduciaria, la quale costituisce una immagine di proprietà formale e strumentale, cioè, appunto, nell'interesse altrui. Ma si è sostenuto che questa proprietà, avendo caratteristiche affatto peculiari, ed essendo priva dei caratteri della perpetuità e della facoltà di disposizione, costituirebbe un diritto reale nuovo, non previsto dal nostro ordinamento, e come tale inammissibile. Per contro, si è obiettato che la proprietà fiduciaria è quella tipica, piena ed illimitata, soltanto gravata da un negozio obbligatorio che conterrebbe gli obblighi del fiduciario di curare gli interessi del fiduciante o del terzo beneficiario. La possibilità di vincoli negoziali al diritto di proprietà è ben conosciuta e tollerata nel nostro diritto (alienazioni *sub modo* di un determinato utilizzo del bene, divieti negoziali di alienazione ex art. 1379 c.c., ecc.); del resto è lo stesso riconoscimento del principio di libertà contrattuale che comporta la

possibilità di influire sulle situazioni reali che ne costituiscono il risultato, adattandole e graduandole secondo gli interessi che muovono le parti¹¹².

Il *trust* pur avendo in comune con il negozio fiduciario l'affidamento, se ne differenzia segnatamente sotto il profilo della tutela accordata alle posizioni rispettive del fiduciante e del *beneficiary*. Per quella parte della dottrina, alla quale più volte si è fatto riferimento, secondo la quale il *beneficiary* è proprietario dei beni in *trust*, è possibile esperire azione di rivendica del bene, al pari di qualsiasi proprietario. Per quella dottrina che nega la l'esistenza in capo al *beneficiary* di un diritto di proprietà, il bene può essere recuperato o ricorrendo all'azione di annullamento, o all'azione di risarcimento del danno in forma specifica o, infine, mediante l'esercizio dell'azione revocatoria.

¹¹² Cfr., COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Grasseti*, 1, Milano, 1980, 423 ss..

In ogni caso, assai più limitata è la tutela del fiduciante, che non è (più) proprietario. Egli, infatti, in caso di inadempimento del *pactum fiduciae*, attesa l'inopponibilità del patto stesso ai terzi, non può fare altro che ricorrere al risarcimento del danno.

Le figure finora esaminate non esauriscono la gamma delle fattispecie di proprietà nell'interesse altrui. Mandato e fiducia, operano in ambito essenzialmente microeconomico. Altre forme di gestione della ricchezza si sono diffuse e fra esse principalmente le società fiduciarie¹¹³.

Esse trovano una prima generale definizione nella legge 23 novembre 1939, n. 1966, il cui art. 1 qualifica società fiduciarie e di revisione "*quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi,*

¹¹³ DI MAJO, *L'intestazione fiduciaria per conto di una società di capitali*, in *Giur.comm.*, 1980, I, 822; VISENTINI, *L'imposizione dei redditi che derivano dai valori mobiliari trasferiti in <<fiducia>>*, in *Giur. Comm.*, 1977, I, 281 ss.

l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni".

L'inquadramento dogmatico dell'assetto proprietario derivante dalla titolarità fiduciaria di azioni o quote societarie non è agevole.

In un primo tempo, il rapporto tra fiduciante e società è stato definito come un fiducia romanistica¹¹⁴; successivamente, in considerazione del fatto che le azioni (ed anche le quote di s.r.l., ex art. 2469 c.c.), in quanto titoli di credito, seguono il procedimento di cui agli artt. 2022 e 2023 c.c. e, a rigore, non hanno la funzione di trasferire la proprietà, ma di investire il possessore della legittimazione ad esercitare i diritti dell'azionista. È possibile che il fiduciante, anziché trasferire la proprietà del titolo, conferisce alla fiduciaria

¹¹⁴ GASPERONI, *Le azioni di società*, Padova, 1942, 145; VISENTINI, *L'imposizione*, cit., 283; DI MAJO, *Il contratto fiduciario*, Milano, 1979, 29 ss;

la sola legittimazione ad agire, conservando la proprietà effettiva¹¹⁵.

Si fa strada un nuovo tipo di fiducia, quella di tipo germanistica, appunto, diversa, come abbiamo visto, da quella romanistica, caratterizzata dal fatto che il fiduciante conserva la proprietà del bene.

La definizione di società fiduciaria data dallo stesso legislatore sembra contemplare una fiducia di tipo germanico¹¹⁶, presupponendo il trasferimento al fiduciario non della piena titolarità di un diritto, ma della sola legittimazione ad esercitare in nome proprio, anche

¹¹⁵ CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di IRTI, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, 455;

¹¹⁶ Questo è il senso che sembrerebbe avere la terminologia "assumere l'amministrazione" contenuta nel suddetto art. 1 della legge n. 1966/1939. Il secondo comma dell'art. 6 della medesima legge n. 1966/1939 dispone poi che "nulla è innovato alle disposizioni del R. decreto-legge 26 ottobre 1933, n. 1598, per quanto si riferisce alle società fiduciarie che abbiano per oggetto la gestione fiduciaria di beni conferiti da terzi, corrispondendo utili della gestione". A quest'ultima norma è stato attribuito il significato di voler distinguere, nell'ambito di attività svolte pur sempre nell'interesse altrui, tra società fiduciarie di cui all'art. 1, prive del potere di disporre del bene loro affidato in amministrazione dal fiduciante, e società di gestione di cui all'art. 6, in cui invece il gestore acquista la piena disponibilità dei beni conferiti, compreso il potere di alienazione - attività quest'ultima un tempo svolta dagli enti di gestione fiduciaria (ex art. 45, D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449, poi soppressi dall'art. 1 D.L. 16 febbraio 1987, n. 27, convertito con modificazioni in legge 13 aprile 1987 n. 148) ed ora riservata alle società di gestione di fondi comuni di investimento.

se nell'interesse altrui, un diritto di cui rimane titolare il fiduciante¹¹⁷.

¹¹⁷ Tale interpretazione sembra aver trovato ulteriori conferme normative nelle seguenti disposizioni:

- l'art. 1, ultimo comma, del R.D. 29 marzo 1942, n. 239 stabilisce, infatti, che "le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli *effettivi proprietari* dei titoli stessi";

- l'art. 9, primo comma, della legge 29 dicembre 1962, n. 1745 prevede precisi obblighi di comunicazione, in capo alle società fiduciarie, dei "nomi degli *effettivi proprietari* delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi";

- l'art. 20, secondo comma, del D.M. 12 marzo 1981, disciplinante l'obbligo di deposito dei titoli emessi o pagabili all'estero, prevede che il deposito possa "essere costituito anche al nome di società fiduciarie" che abbiano acquistato titoli o quote per conto di residenti, con obbligo di indicare dettagliatamente in sottorubriche ogni *effettivo proprietario*;

- l'art. 3, nono comma, del D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modificazioni in legge 3 aprile 1979, n. 95, dapprima, e l'art. 2, decimo comma, del D.L. 5 giugno 1986, n. 233, convertito con modificazioni in legge 1° agosto 1986, n. 430, poi, disciplinano la richiesta, da parte di uffici pubblici, alle società fiduciarie, delle "generalità degli effettivi proprietari dei titoli azionari e delle altre partecipazioni sociali intestati al proprio nome.

Come è stato osservato anche dall'amministrazione finanziaria, fino all'entrata in vigore della legge 2 gennaio 1991, n. 1, le società fiduciarie "potevano svolgere, oltre ad un'attività di amministrazione fiduciaria di patrimoni, anche una gestione di patrimoni avente per oggetto valori mobiliari, attività quest'ultima di chiaro carattere speculativo".

Con l'entrata in vigore della legge 2 gennaio 1991, n. 1, sono stati riformati i mercati finanziari, è stata introdotta una disciplina specifica per l'attività di intermediazione mobiliare, con attribuzione esclusiva ad un nuovo soggetto - le società di intermediazione mobiliare (cd. Sim), tenute ad iscriversi ad un apposito albo istituito presso la Consob - dell'esercizio professionale nei confronti del pubblico di attività come la negoziazione di valori mobiliari, il collocamento e la distribuzione degli stessi, la gestione di patrimoni.

A norma dell'art. 1, secondo comma, della legge n. 1/1991, le Sim possono tuttavia essere autorizzate a svolgere, oltre alle suddette attività, anche "le attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari".

La normativa in commento, riferita alla sola attività di intermediazione mobiliare, introduce per la prima volta una distinzione netta tra:

- *società fiduciarie di gestione dinamica*, che hanno per oggetto l'attività di negoziazione di titoli e gestione di patrimoni e nelle quali il fiduciario può compiere tutti gli atti che ritiene più opportuni, col solo obbligo di rendiconto al fiduciante e - *società fiduciarie di gestione statica*, che hanno per oggetto l'attività di semplice amministrazione di beni e nelle quali il fiduciario acquista la legittimazione, ma con l'obbligo di seguire le istruzioni del fiduciante.

La tesi della fiducia germanistica è avversata da autorevole dottrina¹¹⁸, secondo la quale essa è il frutto di un equivoco derivante dalla distinzione fra proprietà e legittimazione, peraltro, sempre ignorata dalla giurisprudenza¹¹⁹. Non è il caso di addentrarci oltre nelle discussioni fra fiducia germanistica e romanistica, né sulle pluralità di configurazioni nelle quali la fiducia si attesta, è sufficiente aver offerto un quadro, sia pure di sintesi, di alcune ipotesi di proprietà nell'interesse altrui, sottolineando le difficoltà ermeneutiche che si incontrano quando si trattano temi legati alla fiducia, alla quale, probabilmente, si crede poco.

¹¹⁸ LUPOLI, *Trusts*, cit., 550.

¹¹⁹ In tema di intestazioni fiduciarie di titoli azionari, l'unica fiducia ammessa dalla giurisprudenza, pressoché unanime, è quella romanistica. In tal senso, Trib. Como, 23 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 678.

PAR. 1 b). 2.

TRUST E FONDO PATRIMONIALE

Anche la costituzione di un fondo patrimoniale, diretto a far fronte ai bisogni della famiglia¹²⁰, sembra dare luogo ad un patrimonio separato. L'accostamento al *trust* è divenuto ormai tradizionale per alcune caratteristiche che si assumono comuni: l'appartenenza di entrambi alla categoria, appunto, dei patrimoni separati, (la questione, in verità, riguardo al fondo patrimoniale, è controversa: alcuni parlano di patrimonio separato, altri

¹²⁰ Cfr., AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Artt. 167-171, Milano, 1992., 3 ss., il quale, in modo puntuale, evidenzia come il fondo patrimoniale sia uno dei pochi istituti rimasti in vita diretti al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, in uno all'usufrutto legale e alle doti costituite anteriormente al 1975.

Per i coniugi significa obbligo di utilizzare i frutti per sopperire a quei bisogni, per i creditori significa impossibilità di procedere ad esecuzione forzata sui beni e sui frutti per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. La dottrina è concorde nel ritenere che la formula adottata lascia ben pochi dubbi circa l'onere della prova della conoscenza in questione, onere che chiaramente grava su chi (i coniugi o almeno uno di essi) voglia avvantaggiarsi del fatto che il creditore conosce l'estraneità ai bisogni della famiglia dell'obbligo assunto. In tal modo, anche il creditore che ignori tale estraneità, finisce per essere legittimato ad escutere i beni ed i frutti del fondo, così come quello perfettamente consapevole dell'estraneità, ma nei confronti del quale manchi la prova di tale colpevolezza. Il fatto che il debito sia contratto da entrambi i coniugi (anche senza figli) non crea una presunzione di inerenza ai bisogni della famiglia, così come il fatto che sia contratto nell'esercizio di un'impresa commerciale, giacché i bisogni di questa non è affatto detto che coincidano con quelli della famiglia. Sul punto, cfr., FINOCCHIARO A. ed M., *Riforma del diritto di famiglia*, I, Milano, 1975, 623.

di patrimonio autonomo¹²¹ - in quanto i rapporti sembrano essere destinati più¹²² ad assolvere una particolare finalità che a garanzia di determinati soggetti¹²³ - , altri ancora, parlano di patrimonio di destinazione o anche di patrimonio allo scopo¹²⁴), con conseguente realizzazione del tipico effetto segregativo; e l'aver entrambi una struttura nella quale è ravvisabile

¹²¹ Nel senso del patrimonio separato, v., in dottrina: DEL VECCHIO, *Contributo all'analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. not.*, 1980, 325; FULCHERIS, *Regimi patrimoniali fra coniugi nel codice civile e la legge n. 151*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del seminario di studi svolto a Bologna nei giorni 5-6-7 settembre 1975, Roma, s.d., vol. I, 197 (indicazione bibliografica cui si farà riferimento in prosieguo, studio apparso anche in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, cit., 113 ss.); RAGAZZINI, *La revocatoria delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. not.*, 1990, 967; in giurisprudenza, sebbene solo incidentalmente, App. Brescia 13 febbraio 1981, in *Riv. not.*, 1982, 73. Nel senso del patrimonio autonomo, v. LENZI, *op. cit.*, 54 testo e nota 3. V'è poi chi, basando la distinzione tra patrimonio autonomo e patrimonio separato sulla titolarità dei beni (nel primo spetta a più soggetti; nel secondo è individuale), discerne a seconda che la proprietà dei beni spetti ad entrambi i coniugi (patrimonio autonomo) o meno (patrimonio separato): così ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1991, 320. Il *criterium distinctionis* su accennato, pur condiviso da autorevole dottrina (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 85 e 86), non è, tuttavia, pacifico; secondo alcuni autori, infatti, il patrimonio autonomo sarebbe caratterizzato dall'appartenenza dei beni ad un ente collettivo, sul quale vengono a far capo autonomi diritti ed obblighi: così, per tutti, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 386.

¹²² In tal senso, LUPOI, *Il Trusts*, cit., 515; SAPIO, *Fondo patrimoniale: l'alienazione dell' unico bene costituito, l'estinzione per esaurimento, lo scioglimento (volontario), il lar familiaris ed il mito di Calipso*, in *Dir. fam.*, 1999, 1, 385.

¹²³ D'ADDINO SERRAVALLE, *La natura del fondo patrimoniale e il provvedimento giudiziario del comma 3 dell'art. 171 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 327 ss.

¹²⁴ Nel senso del patrimonio di destinazione, v. AULETTA, *op. cit.*, 20; FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, *op. cit.*, 801; PERLINGERI, *Sulla costituzione del fondo patrimoniale su «beni futuri»*, in questa *Rivista*, 1977, 281. Nel senso del «patrimonio allo scopo», v.: Trib. Catania 2 giugno 1986, in *Dir. fall.*, 1986, 11, 743, con nota di ABRAMO, *Fondo patrimoniale e fallimento*.

un negozio istitutivo ed un negozio di trasferimento. In prosieguo, il punto sarà debitamente analizzato e chiarito.

Si rendono, preliminarmente, opportune talune precisazioni.

Innanzitutto, è il caso di ricordare che per patrimonio separato si intende un patrimonio (composto da beni o diritti), distaccato da quello della persona che lo ha costituito, diretto a realizzare una determinata finalità e caratterizzato dalla non distraibilità dei beni che lo compongono dalla unificante destinazione indicata.

Alla separazione consegue una limitazione di responsabilità dei beni facenti parte del patrimonio separato che sono destinati al soddisfacimento delle obbligazioni che trovano la loro causa nella destinazione con conseguente rafforzamento della garanzia di certi creditori.

La funzione di destinazione dei beni alla finalità esclusiva di soddisfare i bisogni della famiglia non è,

tuttavia, rimessa all'arbitrio dei coniugi. Essa, infatti, come osservato da un attento autore¹²⁵, può astrattamente attuarsi solo in presenza di due condizioni (parimenti essenziali): «*che ad uno dei membri della famiglia venga attribuito un diritto sui beni... e che... tale diritto venga circondato da limiti, i quali valgano ad imporre che le diverse facoltà di cui consta, siano esercitate secondo un apprezzamento discrezionale, e non libero, dei fini*».

Resta ora da chiarire se il fondo patrimoniale, costituito per atto *inter vivos*, rientri o meno nelle convenzioni matrimoniali e se, pertanto, sia soggetto alla relativa disciplina.

L'interrogativo è intrinsecamente connesso alla definizione delle convenzioni matrimoniali elaborata in dottrina e giurisprudenza. Tre, essenzialmente, sono gli orientamenti delineatisi.

¹²⁵ GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 295.

Un primo indirizzo¹²⁶, partendo dall'art. 159, ritiene che debba definirsi come convenzione matrimoniale ogni atto che, a prescindere dalla sua struttura, abbia come effetto quello di impedire il sorgere del «regime» di comunione coniugale, con conseguente esclusione del fondo, il quale si limita ad imprimere un vincolo di destinazione sui beni¹²⁷. Su questa scia, si è detto¹²⁸ che il fondo potrebbe essere considerato una convenzione matrimoniale solo ove si costituiscono in

¹²⁶ Così, Trib. Udine, 22 maggio 1986, in *Riv. not.*, 1987, 135 ss. Notevoli sono i punti di contatto della definizione riportata nel testo con quella proposta da BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 512 ss. (e segn. 514), il quale ritiene che un atto, per essere inquadrabile tra le convenzioni matrimoniali, «deve: a) essere contenuto in un contratto di matrimonio; b) essere in connessione diretta con la situazione patrimoniale di un determinato matrimonio; c) non essere altrimenti disciplinato dalla legge, appunto in considerazione di tale connessione». Come noto, questa definizione si contrappone a quella tradizionale (per la quale v., per tutti, TEDESCHI, *op. cit.*, 32 e 33), che convoglia nelle convenzioni matrimoniali sia gli accordi con i quali i coniugi, da soli o con il concorso di terzi, stabiliscono il regime patrimoniale, sia qualsiasi altro negozio stipulato dagli sposi o da un terzo (con entrambi o con uno solo di essi), in contemplazione del matrimonio. Definizione, quest'ultima, che, discutibilmente, finisce col ricomprendere nelle convenzioni matrimoniali anche le donazioni obnuziali.

¹²⁷ A medesime conseguenze (esclusione del fondo patrimoniale dalle convenzioni matrimoniali) giunge PALMA, *Fondo patrimoniale e azione revocatoria*, nota a Trib. Perugia 12 febbraio 1987, in *Vita not.*, 1988, 608 e 609, in base ai seguenti diversi rilievi: a) le convenzioni matrimoniali sarebbero solo quei negozi volti a disciplinare il regime generale della famiglia (e non solo ad istituire una disciplina particolare in relazione a beni determinati; b) posto che il fondo patrimoniale può essere costituito anche per testamento (caso in cui il fondo non è naturalmente una convenzione), ne deriverebbe che la natura giuridica del fondo muta a seconda che esso sia stato costituito per atto tra vivi o a causa di morte.

¹²⁸ Così, GABRIELLI, *op. cit.*, 310 e 311.

esso beni appartenenti ai coniugi in regime di comunione dei beni, incidendosi, solo in tal caso, sul regime legale. Negli altri casi, non si darebbe vita ad un regime patrimoniale sostitutivo di quello legale, ma ci si limiterebbe a porre taluni determinati beni in una condizione giuridica particolare.

In senso contrario, si è rilevato¹²⁹, tra l'altro, che *«questa concezione restrittiva... imprime all'istituto natura giuridica diversa, a seconda dell'oggetto cui si riferisce e nonostante la sostanziale identità degli interessi tutelati dalle norme che lo prevedono in ogni sua applicazione»*.

Un secondo orientamento¹³⁰, restringe la nozione di convenzioni matrimoniali agli atti attinenti al solo regolamento del momento distributivo, *«il regolamento*

¹²⁹ Cass. 27 novembre 1984 n. 8824, in questa *Rivista*, 1988, 854 ss. (e segn. 859), con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Pubblicità ed opponibilità del fondo patrimoniale*.

¹³⁰ CORSI, *op. cit.*, 3, 5 (testo e nota 10), 12, 46, 89, 90 e 96, il quale, proprio ritiene (46 ss.) che la pubblicità del fondo deve realizzarsi a mezzo della trascrizione (art. 2647), mentre l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio di cui all'art. 162, comma quarto, a differenza della separazione e della comunione convenzionale (regimi universali), ha mera funzione di pubblicità notizia.

pattizio del regime patrimoniale del matrimonio, inteso fondamentalmente, anche se non esclusivamente, come il criterio di distribuzione della ricchezza prodotta fra i coniugi». Si osserva che oggi non solo l'onere contributivo, ma anche le proporzioni in cui viene distribuito, sono fissati inderogabilmente dalla legge, cosicché nessuna convenzione potrebbe in alcun modo derogare se non nel senso di stabilire eventuali contributi aggiuntivi, tramite, appunto, la costituzione di un fondo patrimoniale, che resta l'unico punto di contatto tra convenzioni e momento contributivo, ma si atteggia a regime particolare a determinati beni, da adottare quindi sempre in aggiunta ad uno dei regimi fondamentali generali (o universali). Partendo da tali premesse, si opina che il fondo patrimoniale si può considerare come convenzione soltanto nel senso che esso è soggetto, ma non sempre, alla disciplina prevista per le convenzioni matrimoniali, a prescindere dalla considerazione per la quale l'atto di destinazione (ma

non quello di attribuzione della proprietà) sarebbe sempre un negozio unilaterale. Tipici elementi distintivi del fondo rispetto alle convenzioni sarebbero, per un verso, la sua attinenza più al momento contributivo, che a quello distributivo e, per altro verso, l'essere un regime patrimoniale particolare e non generale. Il fondo, pertanto, secondo questo indirizzo, può ormai essere considerato come una "pseudo-convenzione" e vive sempre ai margini della nuova disciplina. Un terzo orientamento¹³¹, largamente prevalente in dottrina e accreditato anche in giurisprudenza¹³², comprende nel concetto di convenzione matrimoniale ogni atto che si riflette sulla disciplina della proprietà o

¹³¹ AULETTA, *op. cit.*, 4 e 14; BIANCA, *La famiglia - Le successioni*, 1987, 105 e 61; FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, *op. cit.*, 802 e 815; OBERTO, *Pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia (1991-1995)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 256; SEGNI, *Responsum* (alla *quaestio*: Se la costituzione del fondo patrimoniale richieda, ai fini dell'opponibilità ai terzi, tanto l'atto di annotazione al margine dell'atto di matrimonio, quanto la trascrizione), in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, cit., 100 ss..

¹³² App. Roma 28 novembre 1983, *Giust. civ.*, 1984, 1, 1612; Trib. Milano 5 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1993, 1, 2, 470; Trib. Vicenza 10 giugno 1985, in *Riv. not.*, 1985, 1200 ss.; Trib. Napoli 17 febbraio 1982, in *Dir. giur.*, 1982, 514; Trib. Bergamo 16 novembre 1981, in *Giur. merito*, 1982, 516. La problematica, in genere, è affrontata dalla giurisprudenza in relazione alla pubblicità del fondo e alla necessità, oltre che della trascrizione, anche della annotazione (nel senso della non incostituzionalità della duplice forma di pubblicità, v. Corte Cost. 6 aprile 1995 n. 111, in *Riv. not.*, 1995, 897 ss.).

dell'acquisto dei beni e dei redditi tra coniugi, e, quindi, anche il fondo patrimoniale, il quale, a fronte del vincolo impresso, incide sulla libera disponibilità da parte di ciascuno dei coniugi. La ricomprensione del fondo tra le convenzioni matrimoniali è inoltre confermata, tra l'altro, dalla collocazione degli artt. 167 ss., posti dopo la disciplina delle convenzioni matrimoniali, e dal disposto degli artt. 162, ultimo comma, il quale prevede che debbano esser annotate a margine dell'atto di matrimonio *“le generalità dei contraenti”* e l'art. 163, comma primo, che richiede, per la modificazione delle convenzioni matrimoniali, *“il consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime”*, disposizioni che presuppongono l'eventualità di convenzioni (matrimoniali) plurilaterali (come il fondo costituito da un terzo), mentre le convenzioni meramente derogatorie al «regime» di comunione coniugale sono bilaterali, ossia stipulate tra i soli coniugi.

Secondo un altro orientamento¹³³, cui si è già fatto cenno, la costituzione del fondo patrimoniale si compone di due segmenti, funzionalmente e sistematicamente, distinti: l'atto di costituzione del vincolo, che ha funzione di destinazione, e l'atto con il quale si dispone la titolarità dei beni, che ha funzione attributiva e relativamente al quale è sorta più d'una controversia, come si è detto, specie con riguardo alla possibilità che il terzo (costituente) si riservi la (nuda) proprietà dei beni destinati al fondo; o alla possibilità che il terzo attribuisca ad uno solo dei coniugi la piena ed esclusiva proprietà (o che un coniuge costituisca il fondo senza mutamento di titolarità e godimento); o, infine, alla possibilità che il costituente attribuisca la proprietà dei beni a persona diversa dai coniugi.¹³⁴

¹³³ Per tutti, LUPOI, *Trusts*, 1997, cit, 515.

¹³⁴ Esprimono dissenso alla possibilità che il terzo costituente si riservi la (nuda) proprietà dei beni destinati al fondo, DE PAOLA, *op. cit.*, 42 ss.; DE PAOLA-MACRÌ, *op. cit.*, 232, MAZZOCCA, *op. cit.*, 56 e RAGAZZINI, *op. cit.*, 965, 966 e 971, traendo spunto, tra l'altro, dalla mancata riproduzione dell'art. 168 abrogato, che ciò espressamente consentiva. Tra chi, invece, ammette tale possibilità, non vi è unanimità di vedute circa la natura del diritto di godimento attribuito ai coniugi.

Per un primo orientamento, esso dovrebbe qualificarsi di natura reale e, più precisamente, tale diritto sarebbe, secondo alcuni, un diritto di usufrutto (AULETTA, *op. cit.*, 178 ss. e 226 ss.; CARRESI, *Commento agli artt. 167-176 c.c.*, cit., 58 ss.; ID., *Responsum* (alla *quaestio*: Se il costituente il fondo patrimoniale possa, in caso di abuso dei coniugi, invocare la tutela di cui all'art. 1015 c.c.), in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, discusse da vari giuristi e dedicate a Trabucchi, Padova, 1989, 107 ss.; LEVA, *La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. not.*, 1996, 439; TAMBURRINO, *op. cit.*, 219 testo e nota 68; MILONE, *op. cit.*, 1766, il quale ultimo fa, tuttavia, rinvio all'usufrutto solo per analogia), usufrutto talvolta definito di scopo (PACIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento, del regime patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 561), talvolta ritenuto coniato *ex novo* dal legislatore sul modello dell'usufrutto legale (GABRIELLI, *op. cit.*, 296 ss., il quale, dopo aver fatto riferimento alla comunione *in gesamter Hand* ed aver conseguentemente escluso la configurabilità di quote, ritiene che il diritto in parola, similmente all'usufrutto legale (art. 324 cpv.), è un usufrutto di scopo, volto, cioè, a far fronte ai bisogni della famiglia, ma se ne distingue, non essendo attribuito della potestà). Altri, invece, hanno assimilato tale diritto reale all'uso, precisando che esso non conosce le limitazioni previste dall'art. 1021, comma primo relativamente ai frutti (CIAN-CASAROTTO, *op. cit.*, 833). Un secondo orientamento (FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, *op. cit.*, 818 e 819) inquadra la fattispecie nella «proprietà divisa», ove sarebbero ugualmente tutelati i due concomitanti interessi, del costituente e dei coniugi, i quali vanterebbero sul medesimo bene diritti diversi, ma collegati e non indipendenti, di guisa che «il nudo proprietario è pur sempre 'titolare' dei beni, ma non può dare agli stessi altra destinazione, non può godere i frutti, che sono vincolati ai bisogni della famiglia, non può alienarli se non con il 'consenso' di entrambi i coniugi beneficiari».

Tra gli autori che aderiscono ai due orientamenti da ultimo riportati è inoltre discusso se il diritto in esame sia o meno trasferibile (volontariamente o coattivamente). In senso negativo, v. GABRIELLI, *op. cit.*, 302 (il quale, dopo aver dedotto la conclusione dai principi vigenti in tema di usufrutto legale, afferma la rinunciabilità di tale diritto in favore del nudo proprietario o di un terzo nel caso di alienazione del bene fatta d'accordo tra il proprietario ed entrambi coniugi; tale rinuncia sarebbe soggetta alla disciplina dettata dall'art. 169 e potrebbe avvenire anche verso corrispettivo) e FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, *op. cit.*, 818 nota 3 (ma v. quanto dagli stessi affermato a pg. 829 nota 6). Nel senso della trasferibilità v., invece, AULETTA, *op. cit.*, 226 ss. e CARRESI, *Commento agli artt. 167-176 c.c.*, cit., 59 e 60 (il quale precisa che l'alienabilità di detto diritto è condizionata al rispetto dell'art. 169). Con riguardo al secondo punto, *se, cioè, il terzo possa attribuire ad uno solo dei coniugi la (piena ed esclusiva) proprietà (o il coniuge costituente possa costituire un fondo patrimoniale senza mutamento della titolarità e del godimento dei beni, facendo sorgere solamente i vincoli di cui agli artt. 167 ss.)*, alcuni si esprimono in senso negativo, adducendo che l'ipotesi contrasterebbe con il divieto di costituzione di dote posto dall'art. 166 (DE PAOLA-MACRÌ, *op. cit.*, 232) e richiamando, tra l'altro, l'art. 2647, comma primo (DE PAOLA, *op. cit.*, 42 ss.) Altri così distinguono: mentre la piena proprietà potrebbe sempre spettare ad uno solo dei coniugi, il terzo costituente, in nessun caso, potrebbe riservarsi la titolarità (piena) dei beni costituiti

L'idea, cui in precedenza si è fatto cenno, secondo la quale pure il fondo patrimoniale, come il *trust*, presenterebbe un negozio istitutivo e un negozio di trasferimento, può anche essere accolta, con la necessaria precisazione che l'atto di trasferimento, *inter vivos*, (ripetendo, sul punto, *mutatis mutandis*, le stesse

(MORELLI, *op. cit.*, 155 e 156). L'opinione più diffusa è, invece, nel senso dell'ammissibilità di una tale riserva (così: APICE, *I rapporti personali e patrimoniali nella famiglia*, Roma, 1989, 78 e 79; BARCHIESI, *Il sistema della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, 230; CIAN-CASAROTTO, *op. cit.*, 833 e 834; GALLETTA, *op. cit.*, 134; GRASSO, *op. cit.*, 394; JANNUZZI, *op. cit.*, 527; RUSSO, *op. cit.*, 562 ss., il quale finisce con l'operare una sostanziale svalutazione della riserva della proprietà (svalutazione criticata dalla dottrina prevalente: a tal proposito v., per tutti, i rilievi di CARRESI, *Commento agli artt. 167-176 c.c.*, cit., 57 ss.; SOLIDORO-RAVO, *op. cit.*, 975). La *querelle* merita una riflessione: ammettendo la possibilità che manchi la contitolarità dei beni costituiti in fondo patrimoniale, si verrebbe a creare una singolare situazione giuridica; infatti, in tal caso, uno dei coniugi sarebbe (pieno ed esclusivo) proprietario e coamministratore dei beni, mentre l'altro sarebbe solo coamministratore. Senonché, si finirebbe, così, col determinare una discrasia tra titolarità dei beni e poteri di amministrazione. Tale scissione di diritti e poteri, come rilevato da AULETTA, *op. cit.*, 172 ss. e 212, è contraria al principio generale, vigente nel nostro ordinamento, per cui l'esercizio del potere di amministrazione spetta, personalmente, al titolare dei beni o ad altro soggetto scelto da lui o designato dalla legge. Che la costituzione del fondo comporti sempre un acquisto a vantaggio del/dei coniuge/i non costituente/i, secondo l'A. ult. cit., discenderebbe, inoltre, dal più generale principio per cui l'intera amministrazione del fondo sarebbe modellata sui principi della comunione coniugale (che, come è noto, presuppone una situazione di contitolarità) e risulterebbe confermato dall'art. 2647 (per il quale il fondo va trascritto contro entrambi i coniugi). Questi rilievi, in parte, non sono sfuggiti alla dottrina prevalente, la quale si è domandata, pur non dandone una risposta, a che titolo il coniuge non titolare della proprietà (co)amministra, dal momento che «i poteri attribuiti al soggetto dalle norme sulla amministrazione della comunione non sono poteri di amministrazione in nome altrui, ma sono poteri che presuppongono una contitolarità» (così, RUSSO, *op. cit.*, 562). Con riguardo al terzo ed ultimo punto, relativo alla *possibilità che il terzo costituente attribuisca la proprietà a persona diversa dai coniugi (e così anche ad uno dei loro figli)*, v., per tutti, in senso positivo, F. CARRESI, *Commento agli artt. 167-176 c.c.*, cit., 56 e G. GABRIELLI, *op. cit.*, 295; in senso negativo, V. DE PAOLA-A. MACRÌ, *op. cit.*, 232 e A. MAZZOCCA, *op. cit.*, 56.

osservazioni fatte in tema di atto costitutivo del *trust*) sia necessariamente contrattuale e contestuale o, almeno, contemporaneo all'atto istitutivo.

Presenta struttura contrattuale non solo l'atto posto in essere dal terzo, (l'art. 167, II comma, c.c., richiede l'accettazione dei coniugi), ma anche quello posto in essere da un coniuge¹³⁵ e, ciò, perché il fondo patrimoniale è destinato a creare anche in capo all'altro coniuge un potere-dovere di amministrare dei beni conferiti nel fondo, che difficilmente potrebbe imporsi senza il concorso della volontà dell'interessato; e ciò, a maggior ragione, poi, se con esso si attua il trasferimento del diritto di proprietà o altro diritto reale che, come noto, non può avvenire senza il consenso dell'acquirente.

¹³⁵ Secondo alcuni autori, per la costituzione del fondo patrimoniale, ad opera di un coniuge, non è necessaria l'accettazione dell'altro. In tal senso, CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 345; *Contra*, Bianca, *Diritto civile*, II, Milano, 1987, 97, nota 114; CIAN-CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss., dig., appendice*, III, Torino, 1982, 831.

Rispetto al fondo patrimoniale, il *trust* si presenta come strumento più duttile, per una serie di ragioni.

Innanzitutto, perché il fondo patrimoniale può operare solo in ambito familiare; poi, perché ne possono formare oggetto solo determinati beni; ancora, perché deve essere costituito dai coniugi necessariamente per atto pubblico (mentre, se costituito da terzi può anche essere utilizzato il testamento); inoltre, perché esso implica l'applicazione delle norme relative all'amministrazione della comunione legale (la regola dell' amministrazione disgiunta, per gli atti di ordinaria amministrazione, e dell'amministrazione congiunta, per gli atti di straordinaria amministrazione)¹³⁶; infine, per la fisiologica temporaneità di esso, che cessa con il cessare del matrimonio, salva l'eccezionale ultrattività prevista dall'art. 171 c.c., se vi sono minori.

¹³⁶ Con l'ulteriore previsione che per gli atti previsti dall'art. 169 c.c., se vi sono figli minori, oltre all'agire congiunto, occorre l'autorizzazione giudiziale.

Un primo limite di applicabilità che viene in considerazione è legato alla definizione di “bisogni della famiglia”. Questo concetto si compone di due elementi: uno soggettivo che consiste nell’individuazione della famiglia, destinataria delle utilità, ed uno oggettivo che riguarda la nozione dei bisogni.

Per famiglia (relativamente al fondo patrimoniale) si intende quella nucleare: coniugi e figli avvenuti diritto al mantenimento (senza distinzione fra legittimi, legittimati e adottivi)¹³⁷

Si potrebbe utilizzare il *trust* per beneficiare soggetti che con il fondo resterebbero esclusi (come, per esempio, i figli naturali di uno dei coniugi).

Altro limite all’operatività del fondo è dato dal fatto che non può essere costituito da persona in stato vedovile (l’ultrattività prevista dall’art. 171 c.c., non può essere invocata in situazioni che prescindono dal matrimonio);

¹³⁷ Permangono incertezze circa l’inclusione, fra i beneficiari del fondo, dei figli unilaterali e di quelli maggiorenni.

né da persona nubile per far fronte ai bisogni della propria, eventuale, futura famiglia. In tutti questi casi, potrebbe soccorre il *trust*.

Secondo parte della dottrina¹³⁸ il fondo patrimoniale è costruito dal legislatore come una struttura nella quale è possibile vedere riunite le figure del disponente, del *trustee* e dei beneficiari: *“il legislatore aveva deposto qualche buon seme [...] e, senza saperlo, aveva creato un istituto che, ove non abbattuto giurisprudenzialmente, sarebbe stato perfettamente omologabile con il trust”*.

Secondo altra dottrina¹³⁹, i due istituti, pur avendo analogo fine, presentano differenze abissali: *“in proposito, è facile osservare che possono convergere e coesistere, nelle persone dei coniugi, posizioni subiettive le quali, nel Trust, restano distinte: i coniugi, infatti, possono essere costituenti del fondo e, di regola,*

¹³⁸ LUPOI, op.ult. cit., 519.

¹³⁹ Ragazzini, *Trust <<interno>>...*cit., 287-288.

sono proprietari dei beni conferiti. [...] Ma sono notevolmente ristretti anche gli ambiti applicativi dell'istituto, essendo il fondo utilizzabile solo nel contesto della famiglia e sottoposto a vincoli normativi quanto alla natura dei beni conferibili, alla libertà di alienarli e alla durata. [...] gli effetti di protezione patrimoniale sono alquanto modesti perché: a) i beni e i loro frutti sono aggredibili dai creditori nei confronti dei quali i debiti erano stati contratti per soddisfare i bisogni della famiglia; b) i beni e i loro frutti sono aggredibili anche dai creditori inconsapevoli del fatto che i debiti erano stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia; c) alla morte di uno dei coniugi cessa, salvo casi particolari, il regime di autonomia patrimoniale dei beni, che diventano perciò aggredibili da tutti i creditori indistintamente; d) nel caso di fallimento di uno o di entrambi i coniugi, i beni del fondo possono entrare nell'attivo fallimentare pur con destinazione esclusiva al

riparamento dei debiti contratti per soddisfare i bisogni della famiglia”.

PAR. 1 c). 2.

FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

Altra ipotesi di proprietà nell'interesse altrui è rappresentata dai fondi comuni di investimento mobiliare¹⁴⁰ che si costituiscono mediante contratto¹⁴¹, in forza del quale il cliente trasferisce alla società valori in deposito irregolare, o mette a disposizione somme, con le quali la società acquista titoli. L'acquisto vien fatto in nome proprio dalla società mandataria che, pertanto, ne acquista la proprietà e assume l'obbligo di effettuare il deposito presso una banca incaricata. In tal modo i titoli vanno a costituire un fondo comune, che appartiene collettivamente e *pro indiviso* alla massa degli investitori, in proporzione all'entità della quota da ciascuno sottoscritta. La società conserverà la legittimazione

¹⁴⁰ I fondi comuni di investimento mobiliare sono stati introdotti dalla L. 23 marzo 1983, n. 77, come successivamente abrogata e modificata dal D. lgs.58/1988.

¹⁴¹ Secondo LENER, *Commento all'art. 3 della legge 23 marzo 1983, n.77*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, 404, il contratto sarebbe plurilaterale; *contra*, GENTILE, *Il contratto di investimento in fondi comuni*, Padova, 1991, 41 ss, secondo il quale il contratto è bilaterale: la società di gestione, da una parte, e i sottoscrittori (parte soggettivamente complessa), dall'altra.

all'esercizio dei diritti incorporati nelle *cartule*¹⁴², compresa la facoltà di vendita.

Secondo parte della dottrina¹⁴³, la società agirebbe nelle veste di mandataria senza rappresentanza a compravendere valori mobiliari; a fronte del versamento della somma a titolo di sottoscrizione della quota di partecipazione al fondo, la società si obbliga a compiere operazioni di speculazione mediante contratti di compravendita, come detto, in nome proprio e per conto dei clienti.

Secondo altra dottrina¹⁴⁴, invece, non può richiamarsi il mandato, in quanto il partecipante al fondo non può intromettersi nella gestione, non può dare istruzioni né direttive, perché la società deve poter disporre di

¹⁴² GRAZIADEI, *Agire senza spendita del nome, con effetti sul patrimonio altrui*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 33.

¹⁴³ GALGANO, *Il negozio giuridico*, in Trattato di dir. civ., comm., già diretto dal Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, III, 1, Milano, 1998, 378; SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali (artt. 1703-1709)*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1985, 3 nota 3;

¹⁴⁴ GUERRERA, *Contratti d'investimento e rapporti di gestione (Riflessioni sulla proprietà delegata)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 650; il rapporto sarebbe di gestione ma non di mandato, secondo BARTOLUCCI, *Il contratto di partecipazione al fondo comune d'investimento*, in *Quadrimestre*, 1984, 464; BORGIOI, *La responsabilità per la gestione dei fondi di investimento*, in *AA.VV., I fondi comuni di investimento nella L. 77/1983*, Milano, 1985, 135.

discrezionalità tecnica e della facoltà di poter attuare immediatamente le operazioni di borsa.

L'alternativa sarebbe quella di considerare il contratto in parola un rapporto nuovo, non coincidente con alcuna figura esistente. Un nuovo "tipo" di contratto previsto da una legge speciale.

La configurazione del fondo come patrimonio separato risponde a scopi funzionali alla realizzazione del programma negoziale e della causa speculativa del contratto. Da un lato, essa ha lo scopo di evitare azioni esecutive sul fondo da parte dei creditori della società di gestione; dall'altro, ha anche l'obiettivo di garantire la stabilità del fondo, in quanto la separazione implica la sottrazione ai titolari del potere dispositivo che, altrimenti, avrebbero conservato.¹⁴⁵

¹⁴⁵ CALVO, *La proprietà del mandatario*, cit., 216.

I beni in fondo sono “blindati” proprio come quelli in *trust*. Anzi, secondo un’opinione¹⁴⁶, il fondo non sarebbe aggredibile neanche dai creditori del fondo stesso, “*atteso che costoro non hanno alcun rapporto con i proprietari dei beni che lo costituiscono, essendo in realtà diretti creditori della società di gestione*”.

Secondo parte della dottrina¹⁴⁷, la titolarità del fondo spetterebbe ai mandanti, collettivamente e *pro indiviso*.

Viene in luce una scissione fra titolarità e potere di dispositivo: la proprietà del fondo spetta ai mandanti, lo *ius disponendi* al gestore.

¹⁴⁶ COSTI, *Aspetti giuridici dei fondi comuni di investimento*, in AA.VV., *I fondi comuni di investimento*, Atti del convegno di Amalfi (3-4 giugno 1983), Napoli, 1985, 30.

¹⁴⁷ CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, I, 286.

PAR. 1 d). 2.

PATRIMONI DESTINATI ART. 2447 BIS C.C.

Il panorama dei patrimoni separati comprende anche il fenomeno previsto dai nuovi artt. da 2447- *bis* a 2447-*decies* c.c. .

Il nuovo istituto¹⁴⁸ si colloca all'interno di un processo di sviluppo del sistema giuridico attualmente in corso e determina dei mutamenti che rendono sempre più difficoltosa l'utilizzazione delle categorie tradizionali del diritto civile.

Tali disposizioni concorrono ad incrementare il quadro degli strumenti tesi alla specializzazione della responsabilità patrimoniale, come fenomeno che ridimensiona, come meglio si dirà successivamente, il

¹⁴⁸ È stato affermato che patrimonio di destinazione è espressione carica di suggestioni e di ambiguità. Infatti, da un lato evoca temi classici ed antichi quale la categoria ottocentesca dei patrimoni di destinazione, dall'altro evoca aspetti dinamici del patrimonio, in cui l'atto di destinazione si pone quale strumento incidente sulla circolazione dei beni e sulle regole della responsabilità patrimoniale; così, BIANCA., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 1.

principio della responsabilità patrimoniale generica¹⁴⁹, sancito dall'art. 2740 c.c. e della parità di trattamento tra creditori¹⁵⁰, di cui all'art. 2741 c.c. L'introduzione del nuovo istituto, in concorso con altri significativi precedenti¹⁵¹, non determina più soltanto una riduzione della portata dei suddetti principi, ampliando il numero delle eccezioni, ma impone un ripensamento sistematico del tema della responsabilità patrimoniale.

I primi tentativi nella direzione di uno sgretolamento del

¹⁴⁹ In senso conforme, in dottrina, ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2002, p. 545; nel senso che la nuova disciplina in esame intenderebbe generalizzare all'autonomia privata l'accesso alla tecnica di separazione, SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 16 ss. Si pone invece in un'ottica bi-valente in ordine al fenomeno della dedica patrimoniale, FIMMANÒ, *Il regime dei patrimoni dedicati di s.p.a. tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Le società* n. 8/2002, pp. 960 ss. Inoltre, cfr. GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 507 ss..

¹⁵⁰ Sul nuovo modo di guardare al problema della *par condicio creditorum*, cfr. ampiamente SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 319; JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, pp. 88 ss.; RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 359 e ss.; ROPPO, *Par condicio creditorum sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, pp. 305 ss.

¹⁵¹ BERGAMO, *Brevi note sul divieto del patto commissorio* (Nota a Cass. sez. II civ. 23 ottobre 1999, n. 11924), in *Giur. it.*, 2000, pp. 1599 ss.; GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 457 ss.; CHESSA, *Sale and lease back: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 662 ss.

principio della responsabilità patrimoniale generica sancito dall'art. 2740 c.c. iniziano alla fine degli anni '80 con il dibattito sul riconoscimento nel nostro ordinamento della figura del *trust*. Iniziavano a profilarsi incertezze sull'ancora attuale fondatezza del principio, sotteso al disposto dell'art. 2740 c.c., secondo il quale il ricorso al credito è favorito se viene messo a disposizione del creditore tutto il patrimonio del debitore e sulla persistenza del dogma dell'unità del soggetto e del patrimonio. Si fa strada la considerazione che il creditore non ritiene affatto di essere più garantito dalla garanzia generica bensì è più interessato all'isolamento dell'affare che intende finanziare ed alla destinazione dei proventi dello stesso, al fine di poter attuare una migliore valutazione del rischio. Si apre quindi la riflessione sulla finanza di progetto¹⁵².

¹⁵² In ordine all'analisi esegetico-sistematica dei contenuti della normativa in materia di finanza di progetto, si veda: SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge «Merloni-ter»*, (Relazione al convegno curato dalla

Un'accelerazione all'evoluzione del pensiero giuridico nella direzione indicata si ha con l'effetto indotto dalla globalizzazione¹⁵³, che fa sorgere, accanto ad una più ampia platea per la concorrenza tra imprese, anche una concorrenza tra ordinamenti giuridici, con la conseguenza che gli operatori economici internazionali tendono, laddove possibile, a privilegiare l'adozione dei sistemi giuridici più flessibili e forniti di strumenti più adeguati alle emergenti esigenze dell'impresa. Pur senza determinare gli effetti di una separazione patrimoniale, l'esigenza di una separata organizzazione

Facoltà di scienze bancarie finanziarie e assicurative dell'Università Cattolica di Milano e dall'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e borsa sul tema: «La legge Merloni-ter e il *project financing* nel settore pubblico: opportunità e problemi per le banche», Milano, 12-13 giugno 2000), in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, I, 1 e ss.. In ordine alle caratteristiche distintive del *project financing* ed al ruolo del *trust* nella finanza di progetto, v., LOPILATO, *Trust e «Project financing» dopo la «Merloni ter»*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 3/2001, pp. 338 ss. L'A. analizza in particolare la figura del c.d. *trust borrowing vehicle* ed i vantaggi che esso determina nelle operazioni di *project financing* sul piano dell'effetto segretativo; in tal senso si veda anche, DABIZZI, *Il trust ed il project financing*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pp. 733 ss. Valuta come il legislatore delegato possa dare attuazione alla norma di cui all'art. 4 comma 4, lett.b) della L. n. 366 del 2001, tenendo anche conto della disciplina di altri istituti, quali la cartolarizzazione e il *project financing*, FERRO LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati* (Relazione al convegno ABI sul tema: «Le banche e la riforma del diritto societario», 6 dicembre 2001), in *Riv. soc.*, 2002, pp. 121 ss.

¹⁵³ Sul punto, GALGANO, *Il riflesso giuridico della globalizzazione*, in *Vita notarile*, n. 1/2002, 51 ss.

all'interno di un patrimonio facente capo ad un unico titolare si avverte già nella disciplina degli enti *non profit*, laddove è prevista la possibilità per l'ente di svolgere anche un'attività d'impresa, strumentale alle finalità principali, purché si provveda a mantenere una separata organizzazione e contabilità di tale attività. In generale nell'ultimo decennio la tecnica della separazione patrimoniale ha conosciuto crescenti applicazioni soprattutto nella normativa di settore¹⁵⁴. Con i patrimoni destinati ad uno specifico affare, si introduce uno strumento generale finalizzato ad isolare il rischio per favorire il ricorso al credito, individuando un separato patrimonio o, alternativamente, una fonte di rientro del credito specifica e separata. I patrimoni destinati sono caratterizzati dal fatto che

¹⁵⁴ Basti pensare, oltre alla legge sulle gestioni patrimoniali previste dal TUF (L. n. 58 del 1998), cui si è fatto cenno, alla legge sui fondi pensione (L. n. 124 del 1993 e 355 del 1995); alla legge sulla cartolarizzazione dei crediti (L. n. 130 del 1999); sul finanziamento delle infrastrutture (L. n. 112 del 2002 che converte D.L. n. 63 del 2002); sulla cartolarizzazione degli immobili pubblici (D.L. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410 e successivamente modificato, recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare).

costituiscono uno strumento generale di separazione all'interno del fenomeno societario, ove cioè l'operazione economica cui l'entità separata è destinata non è prefissata dalla legge, ma è individuata dall'autonomia privata.

In questo senso la figura, pur nella sua limitazione endosocietaria, ha un'analogia funzionale con il *trust*, costituente anch'esso uno strumento di applicazione generale, ancor più ove si ammetta la legittimità del c.d.

trust interno.

Fino ad oggi il problema di uno strumento generale finalizzato alla specializzazione della responsabilità patrimoniale era stato risolto attraverso l'adozione della S.r.l. unipersonale, strumento tuttavia che confermava la forza del principio dell'unicità del patrimonio¹⁵⁵ in relazione al soggetto titolare. Con i nuovi strumenti invece si può perseguire in via

¹⁵⁵ Per tutti, GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts*, 2000, 155 ss.

generale la specializzazione della responsabilità patrimoniale senza necessità di una duplicazione soggettiva, con una soluzione quindi che consente maggiore economicità in termini di risparmio di costi di costituzione e amministrazione di un nuovo soggetto giuridico.

Sul piano operativo l'articolazione degli strumenti generali di specializzazione della responsabilità patrimoniale, tra *trust*, S.r.l. unipersonale e patrimoni destinati ad un unico affare, consente, praticamente in ogni situazione, il perseguimento di tale risultato, con una sostanziale equivalenza funzionale tra soggettività giuridica (s.r.l. unipersonale) e articolazione di un patrimonio in compendi separati (*trust* e patrimoni destinati)¹⁵⁶.

Sotto il profilo funzionale i risultati che si intendono conseguire attraverso l'adozione della tecnica dei

¹⁵⁶ SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 6 ss.

patrimoni separati consistono:

- a) nella limitazione della responsabilità patrimoniale;
- b) nella creazione di forme di garanzia specifica, riferite al valore economico del bene più che al bene in sé, che consegue alla constatata crisi delle garanzie reali tipiche, legate ad una concezione statica della società economica e dei beni¹⁵⁷.

I creditori particolari (e cioè quelli che sorgono in virtù delle obbligazioni contratte in relazione alla specifico affare) possono soddisfarsi (sempre che la deliberazione costitutiva del patrimonio non abbia previsto diversamente) solo sul patrimonio destinato (art. 2447-*quinquies*, 3° comma, c.c.). E quindi, non

¹⁵⁷ Si deve rilevare innanzitutto che l'art. 2447- *bis* c.c. prevede due distinte fattispecie:

- il patrimonio destinato disciplinato dagli artt. da 2447- *ter* a 2447- *noviesc.* c.;
 - il finanziamento destinato disciplinato dall'art. 2447- *decies* c.c.
- Si tratta di istituti che, pur essendo funzionali alle medesime esigenze, debbono, per la loro specificità, essere trattati separatamente. Per quanto attiene ai patrimoni destinati la nuova disciplina pone una serie di regole, pur non soddisfattive della complessa problematica emergente, che riguardano:
- a) i requisiti per la costituzione del patrimonio destinato;
 - b) le modalità per la sua istituzione;
 - c) le regole di organizzazione del patrimonio destinato;
 - d) le regole di amministrazione del patrimonio destinato;
 - e) le conseguenze del mancato rispetto delle regole di costituzione, organizzazione e amministrazione.

possono aggredire né il patrimonio generale della società, né gli altri patrimoni destinati. Al tempo stesso, i creditori generali (e cioè quelli che sorgono in virtù di obbligazioni non contratte in relazione ad uno specifico affare)¹⁵⁸ possono soddisfarsi solo sul patrimonio generale (artt. 2447-*quinquies*, 1° comma, c.c.). E quindi, non possono aggredire né i patrimoni destinati, né i frutti ed i proventi dagli stessi derivanti. Il sistema che si delinea porta ad una limitazione della responsabilità patrimoniale, così come del resto consentito dall'art. 2740, 2° comma, c.c. Esso si traduce, in sostanza, in una separazione di patrimoni

¹⁵⁸ Questi creditori vengono definiti dal legislatore come "creditori sociali" (cfr. gli artt. 2447-*quater*, 2° comma, e 2447-*quinquies*, c.c.). Sembra tuttavia più corretto parlare di "creditori generali", da un lato, e "creditori particolari", dall'altro. In entrambi i casi, infatti, il soggetto debitore resta sempre la società, dato che il legislatore non sembra aver inteso affermare l'autonoma soggettività dei patrimoni dedicati. Cfr., per es., l'art. 2447-*quinquies*: per il quale delle obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare risponde "la società" (3° comma); per gli immobili e i mobili registrati la pubblicità è attuata trascrivendo "la destinazione allo specifico affare"; gli atti compiuti in relazione allo specifico affare "debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione". V. *amplius*, COMPORI, in *La riforma delle società*, 2, *Società per azioni. Società di capitali*, II, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, sub art. 2447-*bis*, spec. 958 ss.; GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 510.; INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società*, 2003, 300; dubitativamente, però, SCHLESINGER, *op. cit.*, 6 ss.

all'interno del medesimo soggetto, con un vincolo degli stessi a beneficio delle diverse categorie di creditori¹⁵⁹. Separazione che, nella configurazione del modello legale, è alquanto netta e coinvolge sia i creditori generali sia quelli particolari¹⁶⁰. Il vincolo di destinazione giustifica l'operatività della

¹⁵⁹ Ne risulta, come si diceva, un ulteriore indebolimento del principio dell'unità e dell'indivisibilità del patrimonio che impone anche una revisione di quelle teorie che escludevano la configurabilità della responsabilità limitata dell'imprenditore individuale (cfr., *ex multis*, GRISOLI, *Impresa individuale a responsabilità limitata*, cit., 242 ss.; ID., *Le società con un solo socio*, spec. 5 ss. e 36 ss.; PANUCCIO, *Teoria generale dell'impresa*, Milano, 1974, 73 ss.). Un precedente è rappresentato dall'impresa individuale a responsabilità limitata introdotta in Portogallo con il d.l. 25 agosto 1986, n. 284; v. *amplius* COMPORTI, *op. cit.*, *sub* art. 2447-bis, 953, nt. 8;. Sul piano concorsuale ciò determina ovviamente l'insorgere di problemi che non solleva invece la c.d. impresa complessa, ove (se non si impiegano più organizzazioni dotate di soggettività giuridica) l'assenza di una segregazione patrimoniale impone comunque di valutare l'insolvenza con riferimento al patrimonio complessivo dell'imprenditore; cfr. COMPORTI, *op. cit.*, *sub* art. 2447-novies, 1011-1012, ed *ivi*, *sub* art. 2447-bis, 963 ss., ove anche per i riflessi che le diverse possibili accezioni del termine "affare" determinano sul piano della disciplina dell'impresa. Sull'impresa complessa, tra i tanti, COSTI, *La titolarità di più imprese*, in *Arch. giur.*, 1964, 87 ss.; GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, 195; MASI, *Articolazione dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985; MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Roma-Milano-Napoli, 1942, 256; OPPO, voce *Impresa e imprenditore (dir. comm. I)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 12 ss.; ID., *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 109 ss.; ID., *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001, 51 ss.; PROVINCIALI, *L'impresa come complesso e i procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1971, I, 329 ss.; ID., *Fallimento dell'impresa complessa*, *ivi*, 1972, I, 5 ss.; SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 57 ss.

¹⁶⁰ Come appare ovvio, di questa separazione possono dolersi all'inizio soprattutto i creditori generali (pregressi). Essi subiscono, infatti, una diminuzione della propria garanzia patrimoniale. Ecco perché questi creditori sono legittimati ad opporsi alla deliberazione di costituzione del patrimonio destinato nel termine di due mesi dalla sua iscrizione nel registro delle imprese (art. 2447-quater, 2° comma, c.c.).

surrogazione reale, in considerazione del fatto che l'oggetto della destinazione è individuato non tanto nel bene quanto nel valore economico di questo; e se ciò è vero per patrimoni essenzialmente statici, come il fondo patrimoniale, lo è ancor più per patrimoni separati essenzialmente dinamici come il patrimonio destinato ad uno specifico affare¹⁶¹.

¹⁶¹ BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, cit., 228 ss..

PAR. 1 e). 2.

CARTOLARIZZAZIONE

La cartolarizzazione (corrispondente alla *securitization* inglese) è un'operazione finanziaria che si sostanzia nella cessione dei crediti ad opera di un soggetto cedente (*originator*) ad una società veicolo (*s.p.v., special purpose vehicle*), caratterizzata da una operatività circoscritta, la quale emette titoli e ne utilizza il ricavato per pagare il prezzo della cessione. Tale tecnica finanziaria, trova la sua genesi negli Stati Uniti, nei primi anni '80 – e prende campo in Europa (Inghilterra, Francia e Spagna), intorno alla metà degli anni '80¹⁶². L'operazione consiste nello smobilizzo di tutti i crediti di un ente capaci di produrre flussi di cassa pluriennali ("*cash-flow*"), in altre parole nello smobilizzo di attività non negoziabili *ex se* o difficilmente negoziabili - in quanto non rivolte in via diretta alla circolazione - e

¹⁶² MONTI-MESSINA, *La finanza per l'impresa*, Torino, 1996.

nella loro successiva conversione in titoli negoziabili¹⁶³.

Il modello più diffuso, in particolare nella prassi anglosassone, è quello basato sull'intermediario specializzato (*special purpose vehicle* o più semplicemente Spv) e consiste nella cessione dei crediti da parte dell'ente cedente (*originator*) al Spv che, a sua volta, emette direttamente o indirettamente (mediante una seconda società) dei titoli con caratteristiche tipiche delle obbligazioni (*asset backed securities* o Abs), che vengono immessi sul mercato. Questo modello può concretamente avere una struttura c.d. "*pass-through*"; oppure, come nell'ipotesi della l. 30 aprile 1999, n. 130, che ha introdotto e consentito la *securitization* anche in Italia, un struttura c.d. *pay-through*.

¹⁶³ Tale operazione può avere la finalità di far fuoriuscire dal bilancio crediti "sporchi" perché in sofferenza ovvero - ed è su questo terreno che il fenomeno dovrebbe avere maggiori spazi in futuro - di aumentare la propria liquidità attraverso la cessione di crediti *in bonis*: in altre parole trovare un canale di autofinanziamento alternativo a quelli tradizionali, allo stato attuale in evidente crisi (ovvio il riferimento alla raccolta di risparmio da parte degli istituti di credito che negli ultimi tempi, a causa degli irrisori tassi d'interesse, ha perso la propria mole).

Quando l'operazione è " *pass-through*" il modello segue lo schema del " *trust*", per cui il cedente (*settlor*) vende i crediti ad una Spv (*trustee*) che ne cura la gestione in favore di terzi beneficiari. In tal modo il *trustee* è solo formalmente intestatario dei beni conferiti in *trust*, che in realtà costituiscono un patrimonio segregato ed il *trustee* ha l'obbligo di gestirli secondo quanto previsto dallo statuto del *trust*, mentre i beneficiari, in quanto titolari dei certificati *pass through*, sono i veri proprietari dei crediti (al contrario di quanto avviene nel modello " *pay-through*" ove i crediti sono di proprietà dell'emittente). Il *trust* consentirebbe di superare i dubbi, sollevati da parte della dottrina¹⁶⁴, in ordine alla separazione del flusso di danaro che viene riversato nelle casse dell'incaricato ed il patrimonio proprio di quest'ultimo¹⁶⁵.

¹⁶⁴ FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trusts*, 2000, 20; ID., *La "securitization" come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo)*, in *Foro it.*, 1995, V, 294; MAIMERI, *Il trust nelle operazioni bancarie. La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trusts*, 2000, 329.

¹⁶⁵ Il legislatore si limita a statuire (all'art. 3, comma 2, L. 130/1999) che: "i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su

Il *trust fund* fuoriesce dal patrimonio dell'*originator*, ma non entra a far parte di quello del *trustee*.

Il *trustee* amministra il *trust fund*, in conformità ai compiti di *special purpose vehicle*, ripagando alle scadenze gli investitori con i flussi derivanti dal portafoglio crediti o con il ricavato dell'escussione delle garanzie o con altri mezzi apprestati dalla struttura dell'operazione. I creditori personali del *trust fund* non hanno alcuna azione verso il *trust fund*.

ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi da portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi".

CAPITOLO III

PAR. 1. 3.

TRUST E ORDINAMENTO INTERNO: LA GARANZIA PATRIMONIALE GENERICA

A questo punto del discorso fa ingresso, nella nostra indagine, la *vexata questio* del contrasto o della compatibilità della segregazione patrimoniale, cui il *trust* dà luogo, con la regola sancita nell'art. 2740 C.c., a tenore della quale: *"il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.*

Le limitazioni di responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge".

La disputa è incentrata, in definitiva, sulla natura legale ovvero pattizia, di detta segregazione, che ha visti contrapposti, in dottrina, due schieramenti: per il

primo¹⁶⁶, il principio della garanzia patrimoniale generica, espressa nella norma citata, non è messo in discussione dal *trust*¹⁶⁷; per il secondo¹⁶⁸, invece, è palesemente violato.

Il primo schieramento, ritiene che la fonte della segregazione è da rinvenirsi negli artt. 2 e 11 della Convenzione, la quale, ratificata in forza di legge, è divenuta essa stessa legge dello Stato. Pertanto, secondo alcuni autori¹⁶⁹, la deroga al principio contenuto nel citato art. 2740 c.c., deriva direttamente dalla legge. Infatti, secondo questo orientamento, la Convenzione appartiene, nella gerarchia delle fonti, al rango della norma che contiene l'ordine di esecuzione e, quindi, nel caso di specie, al rango della legge ordinaria. Di conseguenza, prevale su quella codicistica in "*base al duplice criterio per cui la legge posteriore prevale su*

¹⁶⁶ Il primo schieramento, fa capo a LUPOI.

¹⁶⁷ All'interno di questo schieramento, come si vedrà, vengono, però, addotte motivazioni diverse a sostegno della compatibilità, dell'effetto segregativo del *trust*, con l'art. 2740 c.c..

¹⁶⁸ Il secondo schieramento fa capo a GAZZONI.

¹⁶⁹ Cfr., GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione...*cit., 4.

quella anteriore, ed a quello per cui la legge peciale, tale essendo la natura di tutte le norme di diritto convenzionale, prevale sulle norme del diritto interno”.

Altri autori¹⁷⁰ (sempre appartenenti al primo schieramento), giungono, allo stesso risultato, battendo vie diverse: *“il capoverso dell’art. 2740 cc. non c’entra per nulla, perché esso riguarda <<le limitazioni della responsabilità>>. La fonte della segregazione è nell’art. 2 Convenzione: << i beni in trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee>> e nei singoli commi dell’art. 11, ove la segregazione è individuata quale minima indispensabile conseguenza dell’applicazione della legge straniera regolatrice del trust. L’art. 2740 c.c. è fuori gioco nella sua interezza. Nessuno nega che la Convenzione, ratificata in forza di legge, sia legge dello Stato; essa non deroga all’art. 2740 c.c., ma introduce una disposizione diversa per fattispecie diversa”.*

¹⁷⁰ LUPOLI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1165.

Proprio negando la qualificazione di fonte di diritto interno italiano della Convenzione, gli autori¹⁷¹, appartenenti al secondo schieramento, pervengono, invece, alla opposta conclusione, secondo la quale l'effetto segregativo ha origine pattizia, onde il vincolo di destinazione dei beni in *trust* ha natura obbligatoria e, come tale, non è suscettibile di essere trascritto¹⁷², ovvero opposto ai terzi creditori, con la conseguenza che l'art. 2740 c.c. diviene ostacolo insormontabile alla limitazione della responsabilità patrimoniale del *trustee*. Poiché una Convenzione sulla legge applicabile non può modificare il diritto sostanziale italiano (per gli autori del secondo schieramento), non può ritenersi costituita un'altra ipotesi di patrimonio separato¹⁷³.

¹⁷¹ GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*cit., 17 ss. V., anche, BROGGINI, *Trust e fiducia*...., cit., 451.

¹⁷² Sulla trascrivibilità del trust, si dirà, analiticamente, nel paragrafo successivo.

¹⁷³ In questo senso si esprime, anche, MAIMERI, Operatività bancaria corrente e trust, *I trust in Italia oggi* (Milano 1996), 236. V., inoltre, la relazione della Convenzione tecnica per l'ordinamento bancario dell'Abi, Guida Normativa de "Il sole 24 Ore", 1997, 9, 98 ss.

Secondo altra opinione¹⁷⁴, la questione è più complessa. Il principio espresso dalla norma contenuta nell'art. 2740 c.c. è imperativo ed inderogabile, ma non implica anche il divieto di costituzione di un atto, come il *trust*, il quale può essere costituito senza perciò essere fulminato da nullità per contrasto a norma imperativa (ai sensi dell'art. 1418 c.c.).

Più precisamente, questa dottrina afferma: *“un divieto, per essere tale deve essere espresso nei termini precisi di un dovere di non fare alcunché. Quando una norma si limita invece a prevedere un certo effetto come inderogabile questo significa semplicemente che i soggetti privati non possono porre in essere atti di autonomia volti a conseguire effetti contrastanti con il primo: c'è solo un difetto del potere di conseguire l'effetto contrastante con la regola posta, non un dovere di non porre in essere atti idonei a conseguirlo. L'effetto perseguito non si può realizzare ma questo non rende il*

¹⁷⁴ CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, cit., 1328 ss.

*contratto che sia inteso a perseguirlo contrario a norme imperative, non c'è contrapposizione fra atto di autonomia e divieto, per il semplice fatto che il divieto non sussiste*¹⁷⁵.

Allora, non sarebbe il *trust* un atto vietato, per contarietà a norme imperative, ma vietato sarebbe l'effetto (segregativo) che con il *trust* si vuole conseguire.

In conclusione, secondo questa opinione, il contrasto con una norma imperativa determina nullità del contratto se il conflitto si traduce in illiceità della causa. Nel caso del *trust* l'effetto segregativo non costituisce la causa¹⁷⁶ del negozio ma lo strumento per realizzarla. “*Ne consegue che il trust non è nullo. Esso peraltro non consegue l'effetto di separare i beni che ne costituiscono l'oggetto all'interno del patrimonio del trustee, un effetto bensì tipico ma il cui non verificarsi*

¹⁷⁵ CASTRONOVO, op. ult. loc. cit..

¹⁷⁶ sulla causa del *trust* si rinvia al mio: *Note in tema di trust: il problema della trascrivibilità*, cit,

*non impedisce di per sé il perseguimento dell'effetto essenziale che consiste nel commettere di beni propri ad altri perché li amministri a beneficio di soggetti terzi*¹⁷⁷.

In giurisprudenza¹⁷⁸, ormai pacificamente, si ritiene che la regola codificata nell'art. 2740 c.c., non sia espressione di un supremo principio di ordine pubblico, attesa la esistenza di sempre più numerose disposizioni legislative derogatorie. La possibilità di costituire patrimoni separati, come abbiamo visto, non rappresenta una novità per il nostro ordinamento¹⁷⁹. La segregazione patrimoniale è così diffusa *“che non può più essere considerata tabù e, di contro, l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. non può valere come dogma sacro ed intangibile del nostro ordinamento*¹⁸⁰.

¹⁷⁷ CASTRONOVO, op.ult. cit., 1330.

¹⁷⁸ Trib. Bologna, 01 ottobre 2003, cit..

¹⁷⁹ Si sostiene che le ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale non costituiscono una eccezione (il rapporto sarebbe addirittura capovolto).

¹⁸⁰ Trib. Bologna, 01 ottobre 2003, cit.

PAR. 2. 3.

TRUST E ATIPICITA' DEI DIRITTI REALI

Alla luce di tutto quanto, fin'ora, esposto, si può sostenere, che il *trust* non introduce, nel nostro ordinamento, un nuovo diritto reale. Preferibile, sembra, la tesi secondo la quale con il *trust* non si verifica alcuna scissione proprietaria, fra *trustee* e beneficiario¹⁸¹, escludendo che la proprietà nell'interesse altrui possa essere qualificata ipotesi diversa da quella di cui all'art. 832 c.c.

Il *settlor* trasferisce al *trustee* il diritto di proprietà, pieno ed esclusivo, ex art. 832 c.c.¹⁸².. Si tratta, come già detto, di una forma di proprietà nell'interesse altrui, analoga a figure già esistenti nel nostro ordinamento.

¹⁸¹ Il tema della scissione proprietaria è stato già affrontato nel cap. 1, paragr. 2, al quale si rinvia. Sul punto, si modifica, nel senso chiarito nel testo, un precedente orientamento, espresso nel mio: *Note in tema di trust*, cit.....

¹⁸² *Contra*, CICORIA, *Brevi note in tema di trust e tipicità dei diritti reali*, in Giust. Civ., 2004, il quale, respinge con forza la tesi sostenuta dal Tribunale di Bologna, 30 settembre 2003, cit., secondo la quale il *trust* dà vita ad una nuova forma di proprietà, qualificata o finalizzata, e sostiene che la Convenzione dell'Aja, in quanto non legge, non è idonea ad introdurre un nuovo diritto reale.

Sul punto, riassumendo, in estrema sintesi, i termini della questione, si ricorda che il problema è stato sollevato da quella parte della dottrina¹⁸³ secondo la quale la Convenzione non è legge dello Stato e il *trust*, da essa disciplinato, darebbe luogo ad una scissione proprietaria, introducendo, nel nostro sistema giuridico un nuovo diritto reale. Per questa dottrina, appare insormontabile l'ostacolo posto dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

Secondo altra dottrina¹⁸⁴, la Convenzione, ratificata in forza di legge, è diventata legge essa stessa e, come tale, ha introdotto legittimamente, una nuova figura proprietaria; secondo altra dottrina¹⁸⁵ ancora, pur non dubitando del fatto che la Convenzione sia legge, il problema è frutto di un equivoco: non è vero che il *trust* opera una scissione proprietaria, non è vero che il *trust* introduce una nuova figura di diritto reale. E' vero,

¹⁸³ Per tutti, v. GAZZONI, *In Italia tutto è possibile ...*, cit., 1224. Per un approfondimento, si rinvia al cap. I, paragr. II.

¹⁸⁴ GAMBARO, *Notarella...* cit., 4.

¹⁸⁵ LUPOI, *I trust in diritto civile*, cit., 12.

piuttosto, che il trust, pur essendo amorfo (secondo la nostra ricostruzione atipico), trasferisce lo stesso diritto di proprietà conosciuto dal nostro ordinamento.

Com'è noto, sussiste in dottrina disputa circa l'ammissibilità o inammissibilità di diritti reali c.d. *atipici*. Ovviamente, ha senso affrontare la complessa problematica soltanto per chi continua a sostenere che la convenzione non sia legge dello Stato e, soprattutto, che con il *trust* si introduce un nuovo diritto reale.

Partendo da questo angolo visuale, giova ricordare che il principio del numero chiuso dei diritti reali è uno dei tanti dogmi del diritto privato, nato e sviluppatosi in un periodo, quale l'epoca feudale, in cui la proprietà fondiaria costituiva il cuore stesso dell'economia privatistica ed erano valutati in senso negativo gli eventuali pesi limiti, imposti alla stessa.

È stato sostenuto che il principio di tipicità discenderebbe dal dovere di astensione facente carico ai terzi, che il diritto reale comporta.

Il punto è contestato da autorevole dottrina¹⁸⁶, secondo la quale il fondamento della tipicità dei diritti reali non è dato dal diritto di astensione¹⁸⁷ ma è da ricercare nella regola della efficacia assoluta dei diritti reali intesa come opponibilità.

La costituzione di un diritto reale nuovo graverebbe sugli acquirenti (a titolo particolare) del diritto di proprietà o di altro diritto reale, con limitazione delle facoltà inerenti tali diritti, al di fuori di una accettazione, attesa la loro efficacia *erga omnes*, indipendentemente dal consenso e dalla conoscenza.

In tali sensi, è stato ravvisato un limite all'autonomia negoziale, in materia, nell'art. 1372, comma 2, cod. civ., in quanto la costituzione e le modifiche negoziali di situazioni reali atipiche sarebbero inammissibili, perché,

¹⁸⁶ NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova 1982, 152 ss.

¹⁸⁷ "Esiste nella sfera giuridica dei terzi, prima ed indipendentemente da ogni diritto atipico, un dovere di astensione del contenuto più ampio possibile: dovere di astensione che corrisponde al diritto di proprietà. La costituzione di un diritto reale nuovo non farebbe pertanto che cambiare il destinatario del dovere di astensione; o, eventualmente, aggiungerebbe degli ulteriori destinatari. Non inciderebbe però, dal punto di vista oggettivo sulla sfera giuridica dei terzi"; così, NATUCCI, op. ult. loc. cit..

per la natura assoluta del diritto disposto, risulterebbero ex se opponibili ai terzi¹⁸⁸.

Né sembra possibile, a tutela del terzo, effettuare la trascrizione¹⁸⁹ di tali nuovi diritti, in quanto, per il diritto positivo, possono essere trascritti solo gli atti previsti dall'art. 2643 c.c. e, quelli che, sebbene non espressamente previsti, producono gli stessi effetti di quelli previsti.

Si ritiene¹⁹⁰, inoltre, che il nostro sistema non consentirebbe di configurare diritti reali nuovi o con regime parzialmente difforme rispetto a quello tipico, per il contrasto che queste figure troverebbero negli artt. 3, comma 2, e 42, comma 2, Cost. da un lato, e nell'art. 832 cod. civ. dall'altro, nella parte in cui indica come fonte dei limiti soltanto la legge.

¹⁸⁸ In tal senso, COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, cit., 1980.

¹⁸⁹ La trascrizione è stata ritenuta sufficiente mezzo di tutela del terzo acquirente, a proposito delle obbligazioni *propter rem* create dalle parti, da LUZZATTO, in: *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e la trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 729 ss..

¹⁹⁰ COMPARTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1980.

La problematica del *numerus clausus* dei diritti reali è diversa, precisa autorevole dottrina¹⁹¹, da quella della tipicità, “*attenendo la prima alla esclusività della fonte, e cioè all’ordinamento che limita l’autonomia del soggetto, e la seconda alla determinazione del contenuto, cioè del <<tipo>> della situazione reale che il soggetto può prescegliere*”¹⁹².

Tipicità di diritti reali e libertà di stipulare contratti atipici sembrano collocati in posizione contrapposta, ma in realtà sono informati ad una medesima *ratio*: protezione dell’individuo *uti singulus* e salvaguardia da prevaricazioni dello Stato¹⁹³.

Questa classica impostazione, deve fare i conti con il mutato quadro ideologico, economico e normativo, da cui emerge chiaramente che la netta chiusura appare, perlomeno, approssimativa, nell’ottica di una visione sistematica dell’intera materia.

¹⁹¹ COMPORTE, Contributo allo studio del diritto reale, Milano, 1977, 293 ss.

¹⁹² COMPORTE, op. loc. cit..

¹⁹³ COSTANZA, *Numerus clausus di diritti reali e autonomia contrattuale*, Milano, 1980, cit., 421.

Sembra, inoltre, difficile poter individuare, nell'astratta configurabilità di diritti reali atipici, un reale contrasto con l'insieme dei valori fondamentali, quali principi di ordine pubblico interno.

Secondo un orientamento¹⁹⁴, la norma dell'art. 1372, secondo comma, c. c., può addirittura condurre al superamento del dogma del *numerus clausus* dei diritti reali: *“è possibile all'interprete di andare all' ricerca di altri diritti reali (oltre a quelli tradizionalmente accreditati) purché sulla base di una concreta disciplina normativa, cioè di una positiva previsione. Così accade, ad esempio, con riguardo alla c.d. proprietà temporanea e alla c.d. proprietà risolublie, ed ora, in base al D.Leg. 98/427, anche per la c.d. multiproprietà”*¹⁹⁵.

Il *trust*, pur ammettendo che introduca una nuova forma proprietaria, non si porrebbe in contrasto con il principio della tipicità dei diritti reali per chi sostiene,

¹⁹⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2000, 248.

¹⁹⁵ GAZZONI, *op.loc.ult.cit.*

come più volte ribadito, che esso sia legislativamente riconosciuto e disciplinato.

I problemi circa l'ammissibilità del *trust*, poi, neppure si pongono per chi nega la scissione proprietaria e ciò indipendentemente dalla natura giuridica attribuita alla Convenzione.

Viceversa, l'ammissibilità del *trust* è negata da chi disconosce alla Convenzione forza di legge e ravvisa nel *trust* una nuova forma di proprietà.

Per quest'ultimo orientamento, diventa un ostacolo insormontabile anche il regime della trascrivibilità.

PAR. 3. 3.

TRUST E TRASCRIZIONE

Del regime della pubblicità si occupa, com'è noto, l'art. 12 della Convenzione¹⁹⁶, il quale, in apparenza di facile interpretazione, ha, invece, suscitato dubbi e provocato interrogativi in ordine alla ammissibilità, agli effetti e alle modalità della trascrizione¹⁹⁷. La questione è rilevante perché involge sia l'affidamento dei terzi sia l'effetto c.d. segregativo previsto dall'art. 11¹⁹⁸ Convenzione.

Il problema si pone non solo per chi ritiene che la Convenzione non sia legge dello Stato ma anche per chi, al contrario, sostiene che essa sia fonte di diritto interno.

¹⁹⁶ Art. 12 Convenzione: *"il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione della sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato dalla legge dello Stato nel quale la registrazione deve avere luogo ovvero incompatibile con essa"*.

¹⁹⁷ PICCOLI, CORSO, DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, cit., 1390.

¹⁹⁸ Ai sensi dell'art. 11 Convenzione, il riconoscimento del trust implica in particolare: *"a) che i creditori personali del trustee non possono rivalersi sui beni in trust; b) che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento"*.

In linea di prima approssimazione sul punto, si possono individuare i seguenti orientamenti: alcuni, sulla base di argomenti diversi, ammettono la possibilità della trascrizione; altri, la escludono. Fra i cd. possibilisti¹⁹⁹, nessuno ostacolo incontra chi sostiene che la Convenzione, ratificata in forza di legge, sia legge dello Stato e il *trustee* acquisti il tipico diritto di proprietà con il vincolo reale della segregazione. Secondo questa impostazione, il *trustee* potrà trascrivere il suo acquisto, contro il *settlor*, ai sensi dell'art. 2643 c.c. e agli effetti dell'art. 2644 c.c., come qualsiasi altro proprietario; potrà, poi, trascrivere il vincolo di destinazione, in quanto espressamente previsto dalla legge, in funzione di opponibilità. Quanto alla regola dell'art. 2740 c.c., con la quale gli effetti del *trust* sembrano entrare in collisione, si precisa che, in realtà, essa è, per così dire,

¹⁹⁹ PALAZZO, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2002, 338 ss;

fuori gioco, in quanto la Convenzione detta “*una disposizione diversa per fattispecie diversa*”²⁰⁰.

Parimenti, alcun ostacolo incontra chi²⁰¹ sostiene che il *trustee* acquisti un nuovo diritto reale trascrivibile in virtù della legge di ratifica della menzionata Convenzione che innova sul punto. Risulta, in tal modo, rispettata la riserva di legge imposta dal citato art. 2740 c.c., secondo comma.

Secondo altri,²⁰² ancora, il *trustee*, proprietario *pleno iure*, con onere reale di destinazione, può trascrivere ai sensi dell’art. 2643, n.1, c.c., come qualsiasi altro proprietario, e indicare di avere acquistato nella qualità di *trustee*. Tale annotazione ha la funzione di notificare i suoi aventi causa che il bene è solo formalmente a lui intestato, ma sostanzialmente di proprietà del beneficiario, il quale potrà, in caso di conflitto, opporre loro la *exceptio doli* e fare salvo il proprio acquisto.

²⁰⁰ LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159 ss.

²⁰¹ In particolare, GAMBARO, *Notarella ... cit.*, 257 ss.

²⁰² CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1321 ss.

Ostacoli insormontabili incontra, invece, chi²⁰³ nega alla Convenzione la qualificazione di fonte di diritto interno, riconosce l'origine pattizia dell'effetto segregativo e afferma la natura obbligatoria del vincolo di destinazione che, come tale, non è suscettibile di essere trascritto.

A questo punto, il problema, nel suo nucleo centrale, è quello di verificare se ciò è compatibile con il nostro regime della trascrizione, in particolare con il principio della c.d. tassatività degli atti, di cui all'art. 2643 c.c..

Per la dottrina c.d. possibilista, la trascrizione ha per oggetto il vincolo che colpisce il bene in *trust*. La trascrizione della pattuizione da cui risulta la destinazione e la segregazione del bene consentirebbe di opporre il *trust*, da un lato, ai creditori personali del *trustee* che vogliano far valere le loro ragioni creditorie sul bene, e, dall'altro, ai suoi aventi causa che intendano far salva la proprietà ed opporla nei confronti

²⁰³ Per tutti, GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile...*, cit., 11 ss.

del beneficiario²⁰⁴. La menzione della qualità di *trustee* dovrebbe operare in modo analogo alla menzione della condizione ex art. 2659, comma 2, c.c.²⁰⁵.

In senso contrario, autorevole dottrina²⁰⁶, dopo aver ribadito che la proprietà del *trustee* è cosa diversa da quella che acquista un acquirente nella compravendita o un donatario nella donazione o anche il fiduciario, sottolinea che, come è ben noto, i limiti derivanti dal *pactum fiduciae* hanno solo rilevanza interna, con la conseguenza che, in caso di inadempimento, legittimano il solo risarcimento del danno. Il fiduciante, pertanto, prevarrà sugli aventi causa del fiduciario infedele solo se avrà trascritto tempestivamente la domanda ex art. 2652 c.c. in virtù del suo diritto di credito al trasferimento.

²⁰⁴ In tal senso, CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, cit., 2560.

²⁰⁵ PICCOLI, CORSO, DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, cit., 1397. *Contra*, GAZZONI, *Il Cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, cit., 1115 ss., secondo il quale l'effetto di tale menzione è solo quello di evitare il "risarcimento del danno dovuto al subacquirente, qualora la condizione occulta non si avveri, se sospensiva, o si avveri, se risolutiva, e quindi operata in funzione di mera pubblicità notizia, piuttosto che in funzione di opponibilità".

²⁰⁶ GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., 17.

Viceversa, si è sostenuto²⁰⁷ che la trascrizione del vincolo di *trust*, ancorché di natura obbligatoria, sarebbe conforme al sistema, giacché non tutte le ipotesi previste nell'art. 2643 c.c. hanno per oggetto negozi ad effetti reali. Esempi sono offerti dalla previsione contenuta nel n. 8 della citata norma, a proposito della locazione ultranovennale, oltre che dalle convenzioni di lottizzazione (ben prima della previsione normativa di cui all'art. 28, comma 5, legge urbanistica²⁰⁸). Si ritiene, pertanto, che realtà e trascrivibilità non coincidono e si afferma l'idea *“che il diritto di proprietà possa ricevere un limite rilevante che comporti un onere di trascrizione ai fini dell'opponibilità del vincolo ad ogni successivo proprietario non soltanto e necessariamente in seguito della costituzione di un diritto reale tipico in favore di un altro soggetto, ma in generale in tutte le ipotesi in cui si prevedano dei limiti, anche di natura sostanzialmente*

²⁰⁷ PALAZZO, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, cit., 342 ss.

²⁰⁸ L. 17 agosto 1942 n. 1150.

*obbligatoria, al diritto di proprietà così come tradizionalmente inteso*²⁰⁹.

La dottrina²¹⁰ che si oppone alla trascrivibilità del *trust*, nega valore di legge alla Convenzione, ricorda il principio della tassatività degli atti soggetti a trascrizione e spiega che il relativo sistema è “*come una scacchiera su cui si possono muovere solo i pezzi degli scacchi, con le loro tipiche mosse*”.

Non pienamente concorde è parte della giurisprudenza²¹¹ la quale sostiene che il ritenuto principio di tassatività debba essere inteso in senso più elastico, ossia non con riferimento agli atti ma agli effetti. Pertanto, anche se il *trust* non rientra nel novero degli atti indicati dal citato art. 2643 c.c., produce effetti analoghi a quelli ivi elencati, ossia il trasferimento della proprietà con condizioni e vincoli ed è, quindi,

²⁰⁹ PALAZZO, op. ult. cit., 345.

²¹⁰ GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile...*, cit., 15.

²¹¹ Trib Bologna, 28 aprile 2000, in *Notariato*, 2001, pp. 45 ss: “*l'attuale ritenuta ammissibilità della trascrizione di istituti quali le obbligazioni propter rem ovvero convenzioni che impongono limiti di natura amministrativa, può senza dubbio rappresentare una frattura al principio di tassatività sopra richiamato*”.

trascrivibile per effetto del combinato disposto degli artt. 2643, n. 1, e 2645 c.c..

Immediata la replica: *“il richiamo a quest’ultima norma è peraltro del tutto inconferente e risponde all’errata idea che essa abbia il compito di legittimare la trascrizione quando l’effetto dell’atto sia analogo o simile ad uno di quelli previsti dall’art. 2643 c.c. e non già identico, come viceversa deve essere, dovendosi adottare una nozione di effetto giuridico in senso formale e tipico²¹²”*.

L’art. 2645 c.c., infatti, ha il solo (ma importante) compito di ampliare l’area degli atti soggetti a trascrizione sul piano non già dei loro effetti, ma della loro natura e struttura e dunque non i soli contratti e le sole sentenze, ma anche i negozi unilaterali e gli atti amministrativi, produttivi degli stessi effetti di cui all’art. 2643 c.c.”²¹³

²¹² GAZZONI, *Tentativo dell’impossibile....cit.*, 17.

²¹³ GAZZONI, *op.loc.cit.*

Secondo altra parte della dottrina²¹⁴, invece, la trascrizione del *trust* sarebbe certamente ammissibile, conforme all'ordinamento e perfino al principio di tassatività, in base alla convinzione secondo la quale la disposizione contenuta nell'art 12 della Convenzione, oggetto di una legge di ratifica, appartiene, nella gerarchia delle fonti, al rango della norma che contiene l'ordine di esecuzione e, come tale, prevalente su quella codicistica in base al duplice criterio per cui la *“legge posteriore prevale su quella anteriore, ed a quello per cui la legge speciale, tale essendo la natura di tutte le norme di diritto convenzionale, prevale sulle norme del diritto nazionale comune”*²¹⁵.

Infine, quanto alla cennata tesi favorevole alla trascrizione, collegata alla opponibilità della *exceptio doli*, non possono tacersi le perplessità²¹⁶ che essa desta, sia perché non spiega come far figurare, all'atto

²¹⁴ GAMBARO, *Notarella ...*, cit., 4.

²¹⁵ GAMBARO, *Notarella...*, cit., 4 ss.; BUTTA, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in *Trust*, 2000, 551.

²¹⁶ GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile...* cit., 25.

della trascrizione, in chi acquista, la qualità di *trustee*, sia, soprattutto, perché con l'*exceptio* si andrebbe a dirimere un conflitto circolatorio tra beneficiario e avente causa dal *trustee* che ha acquistato con atto valido, efficace e debitamente trascritto, in contrasto con la regola cardine dettata dall'art. 2644 c.c.

In conclusione, valutati gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, analizzato il contenuto della Convenzione, pur concordando con la tesi secondo la quale detta Convenzione sia divenuta, in seguito alla legge di ratifica, legge dello Stato, non può tacersi che il difetto di disciplina e la mancanza di una norma di applicazione hanno posto non poche difficoltà all'attività ermeneutica e all'opera di qualificazione dell'istituto. Le malformulate disposizioni della Convenzione, particolarmente gli artt. 2, 12 e 13, hanno reso difficile l'analisi del *trust* che continua a far parlare di sé, assumendo ora un'identità ora l'altra, a seconda degli orientamenti seguiti e degli interessi tutelati.

Le varie e contrapposte opinioni, soprattutto in tema di trascrizione, infatti, danno prova della denunciata incertezza e della difficoltà dell'inquadramento dogmatico dell'istituto che l'auspicabile intervento del legislatore²¹⁷ potrà aiutare a comprendere.²¹⁸

²¹⁷ Cfr., SCHLESINGER, *Una "novella per il trust*, in *Notariato*, 2001, 337, il quale sostiene: [...] *"non è dunque ammissibile, a mio sommo avviso (peraltro in conformità all'opinione tuttora nettamente prevalente in dottrina), che si possa oggi procedere alla costituzione di un trust da assoggettare al diritto italiano. ... Ritengo, invero, che sia proprio indispensabile un intervento legislativo (meglio meditato di quello suggerito nella passata legislatura con un disegno di legge particolarmente infelice, e da valutare quindi come assolutamente inidoneo allo scopo)"*.

²¹⁸ Nel corso di questi ultimi anni sono state presentate varie proposte di legge. In particolare, si ricordano: la proposta di legge n. 5194, presentata alla Camera dei Deputati il 30 luglio 1998; la proposta n. 5494, presentata il 4 dicembre 1998; ancora, la proposta n. 6547, presentata il 11 novembre 1999; la proposta n. 3972, presentata il 14 maggio 2003; infine, la proposta di un nuovo art. 2645 bis C.c.. Fra gli atti normativi che fanno riferimento al *trust*, si segnala il D.lgs. 24/02/2004 n.56, art. 2, n 1, lett. t.); La Repubblica di S. Marino si è dotata di leggi sul *trust*: L. 17 marzo 2005 nn. 37e 38.

INDICE BIBLIOGRAFICO:

ALBISINNI-R. GAMBINO, *Italy as a potential trust jurisdiction*, in *Euro-trusts*, London, 1993;

AMATO, *Commento all'art. 11*, in GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993;

ARGENHEISTER, *Das Treubandkonto*, in *Bonner rechtswissenschaftlich Abhandlungen*, Heft 27, Bonn, 1963;

AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, *Artt. 167-171*, Milano, 1992;

APICE, *I rapporti personali e patrimoniali nella famiglia*, Roma, 1989;

BALLARINO, *Studi di diritto internazionale privato*, Padova, 1992;

BARCHIESI, *Il sistema della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995;

BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969;

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato VASSALLI*, XV, 2, 2° ed., Torino, 1956;

C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario di pagamento*, Milano, 1963; ID., *Diritto civile*, II, Milano,

1987; ID., *Il contratto*, Milano, 1987; ID., *La famiglia - Le successioni*, 1987;

M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996;

BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001;

BARTOLUCCI, *Il contratto di partecipazione al fondo comune d'investimento*, in *Quadrimestre*, 1984;

BERGAMO, *Brevi note sul divieto del patto commissorio* (Nota a Cass. sez. II civ. 23 ottobre 1999);

BORGIOI, *La responsabilità per la gestione dei fondi di investimento*, in AA.VV., *I fondi comuni di investimento nella L. 77/1983*, Milano, 1985;

BRANCA, *Promesse unilaterali*, in *Comm. SCIALOJA e BRANCA* (art. 1960-1991), 1974;

BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 1998; ID., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di Benvenuti, Milano, 1996;

BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992;

BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962;

BUTTA, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in *Trust*, 2000;

CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962;

- CALÒ, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996;
- CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996;
- CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987
- CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999; e in *T&AF*, 2000;
- CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, 2003;
- CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di IRTI, I, *Diritto civile*, Milano, 1980;
- CARRARO, *Il trasferimento della proprietà nel mandato ad acquistare mobili*, in *Dir. e giur.*, 1946; ID., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947;
- CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977;
- CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998; ID., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1998;
- CHESSA, *Sale and lease back: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994;
- CIAN-CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss., dig., appendice*, III, Torino, 1982;

CICORIA, *Brevi note in tema di trust e tipicità dei diritti reali*, in *Giust. Civ.*, 2004;

COMPORTE, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977; ID., *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1980; ID., *La riforma delle società, 2, Società per azioni. Società di capitali*, II, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003;

COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Grassetti*, 1, Milano, 1980;

COSTI, *La titolarità di più imprese*, in *Arch. giur.*, 1964; ID., *Aspetti giuridici dei fondi comuni di investimento*, in *AA.VV.*, *I fondi comuni di investimento*, Atti del convegno di Amalfi (3-4 giugno 1983), Napoli, 1985;

CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983;

DABIZZI, *Il trust ed il project financing*, in *Giur. comm.*, 2001;

D'ADDINO SERRAVALLE, *La natura del fondo patrimoniale e il provvedimento giudiziario del comma 3 dell'art. 171 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1982;

DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1947;

DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts*, 2000;

DEL VECCHIO, *Contributo all'analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. not.*, 1980;

DI MAJO, *Obbligazioni e contratti (dispense)*, Roma, 1997; ID., *Il contratto fiduciario*, Milano, 1979; ID., L'intestazione fiduciaria per conto di una società di capitali, in *Giur.comm.*, 1980;

DONISI, *Il problema dei negozi unilaterali*, Napoli, 1972; ID., *Il contratto con se stesso*, Camerino, 1982;

FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922;

FERRARA jr., *Gli imprenditori e la società*, 6° ed., Milano, 1975;

FERRO LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati* (Relazione al convegno ABI sul tema: «Le banche e la riforma del diritto societario», 6 dicembre 2001), in *Riv. soc.*, 2002;

FIMMANÒ, *Il regime dei patrimoni dedicati di s.p.a. tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Le società* n. 8/2002;

FINOCCHIARO A. ed M., *Riforma del diritto di famiglia*, I, Milano, 1975;

FRANCESCHELLI, *Il Trust nel diritto inglese*, Padova, 1935;

FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trusts*, 2000; ID., *La "securitization" come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo)*, in *Foro it.*, 1995;

FULCHERIS, *Regimi patrimoniali fra coniugi nel codice civile e la legge n. 151*, in *La riforma del diritto di*

famiglia, Atti del seminario di studi svolto a Bologna nei giorni 5-6-7 settembre, 1975, Roma;

FUMAGALLI, *La Convenzione de L'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. Int.*, 1992;

GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1964; ID., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982;

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ., comm.*, già diretto dal Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, III, 1, Milano, 1998; ID., *Il riflesso giuridico della globalizzazione*, in *Vita notarile*, n. 1/2002;

GAMBARO, *Il " trust " in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994; ID., *I trust e l'evoluzione del diritto di proprietà. I trusts in Italia oggi*, a cura di BENEVENTI, Milano, 1996; ID., voce "Trust", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 1999; ID., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts*, 2000; ID., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002; ID., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1995; ID., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *T&AF*, 2000;

GASPERONI, *Le azioni di società*, Padova, 1942;

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, CS, I, 1998 e II, 1993; ID., *Manuale di diritto privato*, 2000; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001; ID., *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001; ID., *Il Cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002;

- GENTILE, *Il contatto di investimento in fondi comuni*, Padova, 1991;
- GENTILI, *Il contratto in generale*, in *Trattato di Diritto Privato*, vol. XIII, V, Torino, 2002;
- GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950;
- GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993;
- GIULIANI, *Il trust interno ("regolato da una legge trust") e la Convenzione De L'Aja*, in 2003;
- GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002;
- GRASSETTI, *Trusts anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936;
- GRAZIADEI, *Agire senza spendita del nome, con effetti sul patrimonio altrui*, in *Resp. civ. prev.*, 1985;
- GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933;
- GUERRERA, *Contratti d'investimento e rapporti di gestione (Riflessioni sulla proprietà delegata)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988;
- HADDING, in *BEUTHIEN – HADDING – LUDERITZ – MEDUCUS – WOLF, Studienkommentar zum BGB*, 1, - 3 Buch, Frankfurt am Main, 1975;

LEVA, *La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. not.*, 1996;

INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società*, 2003;

JAEGGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984;

LENER, *Commento all'art. 3 della legge 23 marzo 1983, n.77*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984;

LENZI, *L'operatività del trust in Italia*, in *Riv. not.*, 1995;

LICINI, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust)*, in *Riv. not.*, 1996;

Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; ID., *Fiducia statica e trusts*, in I. BENEVENTI (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Giuffré, Milano, 1996;

LOPILATO, *Trust e «Project financing» dopo la «Merloni ter»*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 3/2001;

LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, in *Trattato Dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, MILANO, 1984;

LUPOI, *Il trusts nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992; ID. *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees* (1995), 3, 15 e in *Vita not.*, 1995, I, 51; ID., voci, *Trusts I) Profili generali e diritto straniero e Trusts II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995; ID., *Legittimità dei trusts interni*, in *I trusts in Italia oggi*, Giuffré, Milano, 1996; ID., *Trusts*, Milano, 1997; e II ed. 2001; ID., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998;

ID., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001; ID., *Osservazioni sui primi interpelli riguardanti i trust*, in *Il fisco*, 2003; ID., *I trust in diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003; ID., *Osservazioni su due brevi pronunce in tema di trust*, in *Riv. Not.*, 2004;

LUZZATTO, *"Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999; ID., *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e la trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1913;

MAIMERI, *Operatività bancaria corrente e trust, I trust in Italia oggi* (Milano 1996); ID., *Il trust nelle operazioni bancarie. La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trusts*, 2000;

MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contr. e impr.*, 1991;

MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà (nota a Corte Giustizia C.E.E, 17 maggio 1994, n. 294/92, Webb contro Webb)*, in *Corr. giur.*, 1995;

MASI, *Articolazione dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985;

MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998;

MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *trattato Vassalli*, Torino, 1952;

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957;

MONTI-MESSINA, *La finanza per l'impresa*, Torino, 1996;

MOSCARINI, *I negozi a favore del terzo*, Milano, 1970;

MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Roma-Milano-Napoli, 1942;

NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990;

NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova 1982;

OBERTO, *Pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia (1991-1995)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996;

OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982;
ID., voce *Impresa e imprenditore (dir. comm. I)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; ID., *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001;

PACIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento, del regime patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980;

PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1996; ID., *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2002;

PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000;

PALMA, *Fondo patrimoniale e azione revocatoria*, nota a Trib. Perugia 12 febbraio 1987, in *Vita not.*, 1988;

PANUCCIO, *Teoria generale dell'impresa*, Milano, 1974;

PERLINGERI, *Sulla costituzione del fondo patrimoniale su «beni futuri»*, in questa *Rivista*, 1977;

PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968;

PESIRI, *L'applicazione dei trusts in Italia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997;

PICCOLI, CORSI, DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, in *Riv. not.*, 1995;

PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione de L'Aja*, in *Riv. not.*, 1995;

PONZANELLI, *Le annotazioni del comparatista*, in AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993;

PROVINCIALI, *L'impresa come complesso e i procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1971; ID., *Fallimento dell'impresa complessa*, *ivi*, 1972;

RAGAZZINI, *La revocatoria delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. not.*, 1990; ID., *Trust <<interno>> e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. not.*, 1999;

RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984; ID., *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Europa e dir. priv.*, 1998;

ROPPO, *Par condicio creditorum sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981;

SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001;

SALVATORE, *Il trust*, Padova, 1996;

SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali (artt. 1703-1709)*, in *Comm.cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1985;

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966;

SAPIO, *Fondo patrimoniale: l'alienazione dell' unico bene costituito, l'estinzione per esaurimento, lo scioglimento (volontario), il lar familiaris ed il mito di Calipso*, in *Dir. fam.*, 1999;

SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995; ID., *Una "novella per il trust*, in *Notariato*, 2001; ID., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. e prat. soc.*, 2003;

SCHULTZE, *threuhander in geltenden burgerlichen Recht*, in *Jhering's Jahrb.*, XLIII, 1901;

SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge «Merloni-ter»*, (Relazione al convegno curato dalla Facoltà di scienze bancarie finanziarie e assicurative dell'Università Cattolica di Milano e dall'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e borsa sul tema: «La legge Merloni- ter e il project financing nel settore pubblico: opportunità e problemi per le banche», Milano, 12-13 giugno 2000), in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002;

SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992;

TILOCCA, *Il problema del mandato*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1969;

TONELLI, *Affidamento dei beni immobili e trascrizione*, in *Trusts*, 2000;

VISENTINI, L'imposizione dei redditi che derivano dai valori mobiliari trasferiti in <<fiducia>>, in *Giur. Comm.*, 1977;

ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1991;

ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2002;

GIURISPRUDENZA

Trib. Oristano, 15 marzo 1956 in *Foro it.*, 1956;

App. Brescia, 13 febbraio 1981, in *Riv. not.*, 1982;

Trib. Bergamo, 16 novembre 1981, in *Giur. merito*, 1982;

Trib. Napoli, 17 febbraio 1982, in *Dir. giur.*, 1982;

App. Roma, 28 novembre 1983, in *Giust. civ.*, 1984;

Cass. 29 novembre 1983, n. 7152, in *Dir. fall.*, 1984;

Trib. Vicenza 10 giugno 1985, in *Riv. not.*, 1985;

Trib. Udine, 22 maggio 1986, *ivi*, 1987;

Trib. Catania 2 giugno 1986, in *Dir. fall.*, 1986;

Trib. Milano, 5 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1993;

Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003;

Trib. Como, 23 febbraio 1994, in *Società*, 1994;

Corte Giustizia C.E.E, 17 maggio 1994, n. 294/92, Webb contro Webb), in *Corr. giur.*, 1995;

Corte Cost., 6 aprile 1995, n. 111, in *Riv. not.*, 1995;

Cass., 14 ottobre 1995, n. 10768, in *Vita not.*, 1996;

Trib. Milano, 27 dicembre 1996, in *Società*, 1997;

Trib. Genova, 24 marzo 1997, in *Giur. Comm.*, 1998;

Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1997;

Corte App. Milano, 06 febbraio 1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998;

Cass., 23 giugno 1998, n. 6246, in *Giust. civ.*, 1998;

Pretura Roma, 13 aprile 1999, in *Trusts*, 2000;

Trib. Roma, 02 luglio 1999, *ivi*, 2000;

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, *ivi*, 2000;

Cass., 27 novembre 1999, n. 13261, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001;

Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000;

Trib. Bologna, 14 aprile 2000, in *Riv. Notar.*, 2001 e *ivi*, 2000;

Trib. Perugia, 26 giugno 2001, in *Trusts*, 2002;

App. Firenze, 09 agosto 2001, *ivi*, 2002;

Cass. 16 novembre 2001, n. 14375, in *Vita Not.*, 2002;

Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002;

Trib. Verona, 8 gennaio 2002, *ivi*, 2002;

Trib. Fall. di Roma del 4 marzo 2002, *ivi*, 2003;

Trib. Perugia, 16 aprile 2002, *ivi*, 2002;

Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Foro it.*, 2002;

Trib. Milano, 2 ottobre 2002 e 8 ottobre 2003, in *Trusts*, 2003;

Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, *ivi*, 2003;

Trib. Milano, 29 ottobre 2002, *ivi*, 2003

Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Guida al diritto, il sole 24 ore*, n. 45, 2003;

Trib. Napoli, decreto 1 ottobre 2003, in *Diritto e giustizia*, n. 8, febbraio 2004;

Trib. Bologna, 01 ottobre 2003, in *Giust. civ.*, 2004;