

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA**

**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

Dottorato di ricerca in Diritto Privato  
XXVI ciclo

**TESI DI DOTTORATO**

*Rapporti fiduciari e circolazione della ricchezza immobiliare*

*Dott. Guido Maria Tancredi*

*Coordinatore: Chiar.mo Prof. G. Di Rosa*

*Tutor: Chiar.mo Prof. U. Salanitro*

*Co-tutor: Chiar.mo Prof. S. Patti*

a.a. 2014-2015

## INDICE

INTRODUZIONE .....	4
--------------------	---

### CAPITOLO PRIMO IL TRUST DI COMMON LAW

1.1. La <i>law of property</i> anglo - americana.....	11
1.2. <i>Equitable interests ed overreaching</i> .....	18
1.3. (segue) La nozione di <i>trust fund</i> quale investimento.....	25
2.1. Il <i>trust</i> di <i>common law</i> : nozione.....	27
2.2. <i>La law of trust</i> anglo-americana ed il ruolo dell' <i>equity</i> .....	29
2.3. Le azioni a tutela del beneficiario: <i>following</i> e <i>tracing</i> .....	32
3. <i>Trust</i> e separazione patrimoniale .....	36
4. La responsabilità del <i>trustee</i> .....	38
5. La modificazione del <i>trust</i> e la sostituzione del <i>trustee</i> .....	40
6. Considerazioni finali .....	41

### CAPITOLO SECONDO LA FIDUCIE

1. Le ragioni che hanno spinto la Francia ad introdurre una disciplina sulla <i>fiducie</i> . ....	45
2.1. La disciplina. ....	51
2.2. Il <i>patrimoine d'affectation</i> . ....	56
2.3. La trascrizione del contratto di <i>fiducie</i> .....	60
2.4. Il ruolo del fiduciario.....	61
2.5. (segue) La modificazione della <i>fiducie</i> e la sostituzione del fiduciario .....	66
3. Considerazioni finali .....	68

### CAPITOLO TERZO LA CONVENZIONE DELL'AJA RELATIVA ALLA LEGGE SUI TRUSTS ED AL LORO RICONOSCIMENTO

1. Il contenuto della Convenzione dell'Aja relativa alla legge sui <i>trusts</i> ed al loro riconoscimento .....	72
2. Lo schema tracciato dalla Convenzione ed il c.d. " <i>trust amorfo</i> " .....	77
3. La legge applicabile.....	85
4. Gli effetti minimi del riconoscimento. La separazione patrimoniale dei beni del <i>fund</i> .....	87
5.1. Gli effetti eventuali del riconoscimento. Difficoltà nel replicare alla luce delle categorie dell'ordinamento italiano le azioni di <i>following</i> e <i>di tracing</i> .....	93

5.2. (segue) La surrogazione reale dei beni del <i>fund</i> .....	103
6.1. La trascrizione del <i>trust</i> . L'art. 12 della Convenzione dell'Aja .....	108
6.2. (segue) La prassi e le incertezze circa le modalità con cui eseguire la trascrizione del <i>trust</i> .....	115
7.1. Il c.d. « <i>trust</i> interno». Le tesi favorevoli alla sua ammissibilità .....	119
7.2. (segue) La tesi contraria all'ammissibilità del c.d. « <i>trust</i> interno» .....	122

CAPITOLO QUARTO  
IL NEGOZIO FIDUCIARIO E L'ART. 2645-TER C.C.

1. Premessa .....	126
2.1. Le problematiche di carattere «operativo» del negozio fiduciario .....	132
2.2. Gestioni fiduciarie, società di intermediazione mobiliare.....	138
2.3. La separazione patrimoniale quale tecnica volta a garantire la dissociazione fra titolarità della proprietà dei beni ed interesse per cui il diritto di proprietà è esercitato .....	147
3.1. L'art 2645-ter c.c. ....	150
3.2. (segue) Lo schema tracciato dall'art. 2645-ter c.c. ....	155
4.1. L'opponibilità dell'atto di destinazione nei confronti dei terzi .....	158
4.2. (segue) L'impatto dell'art. 2645-ter c.c. sulla circolazione dei beni. Aspetti sistematici .....	161
4.3. (segue) L'impatto dell'art. 2645-ter c.c. sulla circolazione dei beni ed il problema dei costi informativi.....	166
4.4. (segue) La meritevolezza degli interessi ed il rinvio all'art. 1322, secondo comma, c.c.....	192
5. Conclusioni.....	208
 BIBLIOGRAFIA .....	 216

## INTRODUZIONE

L'esigenza di costituire patrimoni separati e di affidarli ad un *manager* in funzione gestoria, sembra essere avvertita sempre più di frequente dalla società moderna e tuttavia non tutti i sistemi giuridici sono muniti di uno strumento giuridico che consenta di perseguire tale finalità<sup>1</sup>. Ai fini della presente indagine si è ritenuto di poter riassumere questo fenomeno con l'espressione «rapporti fiduciari» in quanto essa appare idonea a ricomprendere tutte le ipotesi in cui un soggetto "gode di una posizione di potere giuridico nell'interesse altrui"<sup>2</sup>.

Il *trust* e gli istituti ad esso assimilabili possono assolvere una funzione di trasmissione intergenerazionale della ricchezza, e sono frequentemente utilizzati anche negli ambiti commerciali là dove, ad esempio, l'investitore ha interesse ad affidare un patrimonio ad un *manager* (fiduciario o *trustee*) affinché quest'ultimo lo gestisca in modo da accrescerne il valore<sup>3</sup>.

Con riferimento al *trend* ora segnalato, la Convenzione dell'Aja del 1985, relativa alla

---

1 Cfr. S.C.J.J. KORTMANN - D.J. HAYTON- N.E.D. FABER – K. C. REID - J.W.A. BIEMANS (a cura di), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, 2009, 1, i quali rilevano che “*Over the last thirty years it has become useful or even necessary is a ring-fenced fund of assets – in other words, a fiduciary patrimony – that will not be available to satisfy the claims of the owner’s private creditors. The reason is obvious: more money is likely to be made available by lenders and investors if their interests are protected against the possible insolvency of the borrower or of the owner-manager of investments purchased with investor’s money. In common law countries, like England and Ireland, such protection is provided by means of a trust. In civil law countries, reluctant or unable to adopt the trust, some of the same effects can be achieved through legislation creating special obligations affecting property-owners such that particular property is not to be available to satisfy the owners’ private creditors but is to be used for the benefit of those who originally provided the property or, perhaps, of other persons designated by them at the time of such provision*”.

2 In questi termini P. G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, 201.

3 Sul punto ampiamente U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 1° ed., Torino, 2001, 250 s.; M. GRAZIADEI - U. MATTEI - L. SMITH (a cura di), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005, 40; secondo M. GRAZIADEI – B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, 475 s., “Ogni investimento richiede una accorta gestione, cioè talento e capacità professionali. In tutti i Paesi di common law, lo strumento scelto per organizzare una attività di gestione patrimoniale è normalmente il trust. L’incarico di trustee è di regola affidato a persone appartenenti ad alcune categorie professionali (avvocati o commercialisti), o a soggetti diversi dalle persone fisiche (in genere, società fiduciarie o sezioni specializzate di grandi banche). In teoria le esigenze cui sopperisce il trust potrebbero essere soddisfatte utilizzando figure analoghe al mandato regolato dal codice civile italiano. A parte l’inerzia generata dall’uso, varie ragioni spiegano perché nel mondo di common law si preferisce comunque far ricorso al trust. E’ vero che sotto il profilo funzionale l’incarico affidato ad un trustee frequentemente non presenta grandi differenze rispetto ad un mandato. Tra queste due figure vi sono però anche differenze significative. Ad esempio, il trust realizza meglio del mandato un assetto di diritti sui beni affidati al gestore, destinato a durare oltre la morte del disponente, per un arco di tempo apprezzabile”. In particolare, come rilevano gli Autori a pag. 476, “(...) il trust si rivela insostituibile nel regolare i rapporti tra i trustees e il terzo acquirente da un lato, e dall’altro i rapporti tra i trustees e i titolari di diritti sul portafoglio che è oggetto della gestione. Osserviamo come il trust viene impiegato per agevolare la circolazione dei beni”; cfr. anche KORTMANN - HAYTON- FABER – REID - BIEMANS (*edited by*), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, cit., 1 ss.

legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento, ha svolto indubbiamente un ruolo importante. L'effetto più rilevante della suddetta Convenzione, invero, è stato quello di permettere ai *trusts* costituiti nei sistemi di *common law* di operare negli ordinamenti giuridici che non conoscono questo istituto. La limitata operatività della Convenzione, tuttavia, ha determinato una propensione al trasferimento della ricchezza in paesi dove essa può essere gestita con strumenti più flessibili e snelli di quelli posseduti dai principali ordinamenti di *civil law*<sup>4</sup>. Per questo motivo, il *trust* è stato inserito per via legislativa in molti sistemi giuridici cosiddetti misti e anche in alcuni di *civil law*. Altri paesi, come la Francia, invece, hanno introdotto nel proprio ordinamento istituti giuridici modellati in parte sull'archetipo del *trust* (*fiducie*). Da notare, inoltre, che nel 2009 è stato aggiunto un libro al *Common Frame of Reference* intitolato “*Trust*”<sup>5</sup>.

Il *trust* ed i cosiddetti *trust-like devices* possono essere studiati sotto una molteplicità di profili. E' noto, infatti, che questi istituti pongono svariati problemi – quanto meno di coordinamento - con molti principi e categorie dell'ordinamento italiano. Tra questi meritano di essere specificamente ricordati: il tradizionale paradigma proprietario unitario e compatto, la tipicità dei diritti reali, la tutela dei creditori connessa alla regola di cui all'art. 2740 c.c., il divieto di patto commissorio, nonché la tutela dei legittimari nelle successioni<sup>6</sup>.

Uno degli aspetti più delicati del *trust* e, più in generale, dei fenomeni fiduciari consiste nella difficoltà di soddisfare l'esigenza di assicurare al beneficiario un'adeguata tutela sulla base dei principi che governano la circolazione dei beni e l'affidamento dei terzi. La ricerca si propone pertanto di approfondire l'aspetto indicato, ponendo particolare

---

4 L'*exposé des motifs* del *Ministère de la Justice* che accompagnava il progetto sulla *fiducie* francese del 1991 si pronunciava in termini analoghi. Sul punto cfr. A. GAMBARO, *Il «Trust» in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 510; S. VAN ERP – B. AKKERMANS, *Property law*, Oxford and Portland, 2012, 571 s.; T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions*, in *Oxford Legal Studies Research, Paper No. 27/2008*, disponibile all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1270179>, 7 s.; al riguardo cfr. anche K. G. C. REID, *Conceptualizing the chinese trust: some thoughts from europe*, in L. CHEN – C. H. VAN RHEE (a cura di), *Towards a Chinese Civil Code*, Leiden – Boston, 2012, 210 s.; con riferimento all'Italia, come osserva S. PATTI, *Trust, quota di riserva e causa concreta*, in *Fam., persone e succ.*, 2011, 526, “Il nostro ordinamento – il primo di *civil law* a sottoscrivere e a ratificare la Convenzione de L'Aja del 1.7.1985 sul riconoscimento degli effetti del *trust* – ha dimostrato grande attenzione per l'istituto, che negli ultimi anni ha conosciuto una notevole diffusione, nonostante le difficoltà emerse soprattutto per quanto concerne la possibilità di trascrivere l'acquisto dei beni immobili in capo al trustee”.

5 Come è noto gli obiettivi del DCFR sono quelli di conferire maggiore coerenza all'*acquis* comunitario in materia contrattuale; si veda anche il progetto per l'emanazione della Direttiva comunitaria in materia di patrimoni separati il cui testo è reperibile in KORTMANN - HAYTON- FABER –REID – BIEMANS, *op. cit.*, 17 ss.

6 Sul punto cfr. per tutti A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU - F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1995, 647 ss.; con riferimento ai profili delle successioni, PATTI, *Trust, quota di riserva e causa concreta, cit.*, 526 ss.

attenzione all'impatto che tali istituti hanno sulla circolazione della ricchezza.

L'analisi di questo profilo sembra poter essere, a sua volta, condotta su almeno due piani differenti. Un primo approccio consiste nel verificare la compatibilità del *trust* con il dato positivo ed, in particolare, con la nozione di proprietà nota agli ordinamenti di *civil law*, con i principi che governano la circolazione dei beni e dunque, in ultima analisi, con le regole poste a tutela dei terzi acquirenti e quelle su cui si fondano i sistemi pubblicitari.

La questione, posta in questi termini, è stata tradizionalmente inquadrata nel problema della c.d. “*dual ownership*”, cui darebbe luogo il *trust*. Precisamente, è stato sostenuto che il *trust* poggerrebbe su uno “sdoppiamento del diritto di proprietà originario in due diritti di proprietà, contemporanei, investiti in soggetti diversi ed aventi il medesimo oggetto”<sup>7</sup>. Secondo questa impostazione, al *trustee* sarebbe trasferita la proprietà formale dei beni che compongono il *trust fund* e il beneficiario sarebbe invece titolare di una proprietà sostanziale. Sulla base di questo presupposto, in Italia la giurisprudenza ha talvolta affermato l'invalidità del *trust* per contrarietà a norme di ordine pubblico<sup>8</sup>.

L'indagine deve essere, tuttavia, condotta anche da una prospettiva funzionale, in quanto, nell'ottica di un recepimento nel nostro ordinamento di siffatto strumento di gestione per conto altrui, occorre valutare in quali termini l'attribuzione al beneficiario del *trust* di una tutela reale (che gli consenta di recuperare i beni indebitamente alienati dal *manager*) possa comportare delle inefficienze di ordine generale.

Si tratta di due piani di indagine strettamente connessi<sup>9</sup>. Invero, l'opportunità di escludere, al ricorrere di determinate condizioni, la possibilità di opporre ai terzi il diritto del beneficiario non sembra poggiare esclusivamente su ragioni di ordine formale – le quali traggono cioè fondamento dal dato normativo dei singoli ordinamenti –, ma si riconnette anche all'esigenza di assicurare una efficiente circolazione della ricchezza. Al riguardo, alcuni studi condotti nella prospettiva dell'analisi economica del diritto mettono in luce che le regole di un sistema giuridico volte a favorire lo scambio dei beni

---

7 Per tutti R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 23 ss. Un'altra parte della dottrina ha ritenuto, invece, possibile superare l'ostacolo configurando la figura del *trust* come un rapporto giuridico che coinvolge più soggetti: il *settlor* trasferisce la piena proprietà di uno o più beni al *trustee*, il quale assume l'obbligo di amministrare tali beni a beneficio di uno o più soggetti o per il perseguimento di uno scopo. In tal senso cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, 80 ss. e 237 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il trust*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 621 ss. Anche l'orientamento maggioritario della giurisprudenza italiana sembra muoversi in tale direzione. Cfr. *ex multis* Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 in *Vita not.*, 2003, 1317 ss.; Trib. Velletri, 8 giugno 2005, in *Europa e dir. priv.* 2005, 785, con nota di S. MAZZAMUTO.

8 Trib. Oristano, 15 Marzo 1956, in *Foro it.* 1956, I, 1020 ss.

9 Cfr. U. MATTEI, *Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 18, 1994-1995, 170 ss.

semplificano anche le informazioni che i terzi acquirenti devono ottenere e, quindi, riducono i costi transattivi che questi ultimi devono sopportare. In altre parole, tanto più le regole di un ordinamento volte a disciplinare questo aspetto sono precise, tanto più la circolazione dei beni risulta efficiente, poiché si riducono al minimo i costi transattivi legati agli scambi<sup>10</sup>.

Proprio in questa prospettiva, va sottolineato che il *trust* e gli istituti analoghi possono dare luogo a delle inefficienze di tipo «informativo». In particolare, le regole che prevedono l'opponibilità ai terzi acquirenti di eventuali limitazioni dei poteri del *trustee* possono imporre significativi oneri investigativi in capo agli acquirenti, i quali sarebbero costretti a svolgere indagini prima di acquistare i beni del *fund*. Nello studio di tali istituti non sembra si possa prescindere da una considerazione del profilo appena segnalato. Del resto, non bisogna trascurare che il *trust* ed i cosiddetti *trust-like devices* sono in primo luogo strumenti di investimento e di trasmissione dei beni e della ricchezza<sup>11</sup>. Nei sistemi anglosassoni il *trust* è talvolta imposto *ex lege* proprio al fine di favorire la commerciabilità dei beni ed in ultima analisi l'efficienza del mercato<sup>12</sup>.

Nella prospettiva tracciata, nella parte iniziale del presente lavoro si illustreranno, pertanto, i meccanismi che consentono il funzionamento del *trust* nell'ordinamento inglese, mettendo in evidenza come esso non comporti uno sdoppiamento della proprietà, ma abbia al contrario la funzione di riunire tutte le prerogative proprietarie

---

10 Cfr. T. W. MERRILL - H. E. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, in *Yale Law Journal*, 110, 2000, 1 ss.; H. HANSMANN- R. KRAAKMAN, *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, in *L. J. Studies*, 31, 2002, 373 ss.; U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO - U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali.*, Milano, 2008, 65 ss.; M. AMBROSOLI, *I diritti reali e l'analisi economica del diritto*, in GAMBARO - MORELLO, *Trattato dei diritti reali.*, cit., 268; F. MEZZANOTTE, *The Interrelation Between Intellectual Property Licenses and The Doctrine of Numerus Clausus. A Comparative Legal and Economic Analysis*, in *CoLR.*, 3, 2012, 17 ss. In questo contesto come si vedrà i sistemi pubblicitari, ed in particolare le regole su cui si fonda il sistema delle trascrizioni, assumono senza dubbio un ruolo centrale. Peraltro, già G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 425, aveva osservato che "Fra le regole sulla circolazione dei diritti occupano uno spazio già assai importante, e verosimilmente destinato ad accrescersi, quelle che, in relazione a talune categorie di beni e ad una serie delle vicende giuridiche che li riguardano, fanno in varia misura dipendere le vicende medesime dall'attuazione di segnalazioni pubblicitarie: al fine, essenzialmente ed incontestabilmente, di accrescerne la sicurezza dei traffici".

11 Sul punto cfr. anche GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law*, cit., 560, i quali osservano che "*Spelling out those principles and exploring their connection with the different remedial devices available to investors, managers and creditors all over Europe might end up in giving to the label 'trust' a lasting meaning and a value outside of the common law tradition as well. Such general principles address a well-defined economic problem that we will summarize as follows: (a) to reduce transaction costs by providing unimpaired proprietary decision-making power to the manager; (b) to reduce the agency costs by providing proprietary protection to the investor*".

12 Sul punto cfr. per tutti GRAZIADEI - RUDDEN, *op. cit.*, 466 ss.; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 448; AMBROSOLI, *I diritti reali e l'analisi economica del diritto*, cit., 258.

nelle mani di un unico soggetto, il *trustee*, il quale assume integralmente il potere di disporre dei beni che compongono il *trust fund*. A tal proposito deve essere rilevato che, secondo l'impostazione anglosassone, quando si parla di smembramento della proprietà si fa riferimento alla possibilità di separare il godimento delle utilità di un bene dal potere di gestione sullo stesso<sup>13</sup>.

In verità, l'eventuale scissione fra diritto ed interesse non sembra dover necessariamente passare per il tramite dell'attribuzione al beneficiario di una posizione «proprietaria» o «reale» che lo ponga, dunque, in una relazione diretta con le singole *res*<sup>14</sup>. Come esposto nella parte iniziale dell'indagine sembra, infatti, corretto ritenere che i beneficiari del *trust* non vantano un diritto sui beni che compongono il *trust fund*, ma piuttosto compete loro un diritto su una quota patrimoniale che in tali beni è investita<sup>15</sup>. Ai beneficiari, infatti, non è sempre riconosciuta una tutela reale che gli permetta di ottenere la restituzione dei beni stessi. Il loro *equitable interest*, tuttavia, non può essere esattamente inquadrato nel diritto di credito giacché nell'esperire l'azione di *tracing* il beneficiario non concorre con i creditori personali del *trustee*. Il *tracing*, consentendo di individuare le trasformazioni che i beni originari hanno subito, permette di mantenere la separazione patrimoniale tra il *trust fund* ed il patrimonio personale del *trustee*.

Nella parte successiva del lavoro si analizza la disciplina della *fiducie*, tramite la quale l'ordinamento francese ha realizzato – sia pure in maniera parziale ed imperfetta – la

---

13 Peraltro è stato osservato come l'approccio illustrato sia dovuto ad un radicato preconcetto comune a molte tradizioni contemporanee consistente nella difficoltà ad ammettere la possibilità che un diritto possa essere costituito o conservato nell'interesse altrui. In tal senso cfr. M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, 170; ID, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 145.

14 Nel senso qui illustrato, sul presupposto per cui i trasferimenti di utilità economiche aventi prerogative personali non consentono sul piano strutturale di essere distinte da quelle aventi carattere reale, una parte della dottrina ha individuato una sorta di “*continuum economico*” tra i trasferimenti di ricchezza che avvengono per mezzo del contratto ed il trasferimento di prerogative proprietarie. E' stato quindi osservato come tale “*continuum economico*” sia interrotto dall'ordinamento tramite la scelta di rendere il trasferimento delle prerogative proprietarie opponibile ai terzi. Talvolta però i singoli ordinamenti, nel valutare quando sia preferibile, e quindi efficiente, permettere che il trasferimento di utilità economiche possa essere opposto ai terzi, giungono a soluzioni difformi. In tal senso cfr. MATTEI, *La proprietà*, cit., 225; con riferimento alle obbligazioni di dare cfr. anche A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, spec. 350 s. E' infatti noto che il trasferimento (o la conservazione) di ricchezza fra più soggetti può essere gestito utilizzando tanto le regole proprietarie quanto quelle contrattuali e che pertanto, in quest'ambito le due categorie si trovano in competizione: sul punto si v. MATTEI, *op. ult. cit.*, 221 s., il quale rileva come le due categorie, per diversità strutturale e sistematica, potrebbe essere utilizzate in modo razionale, demandando la gestione dei rapporti tra le parti alla regola contrattuale e la gestione dei rapporti con i terzi alla regola proprietaria. Tuttavia secondo l'A., la linearità di siffatta scelta “è più apparente che reale, perché i sistemi giuridici sono profondamente influenzati dall'evoluzione delle tassonomie e scarsamente proclivi a considerare queste ultime dei mezzi e non dei fini”.

15 In questo senso cfr. B. RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, *Oxford J. L. Stud.*, 14, 1994, 81 ss.; GRAZIADEI – RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, cit., 461 ss.



trasposizione del *trust* nel sistema normativo interno. In questo contesto emergono le difficoltà che la Francia - ma più in generale gli ordinamenti di *civil law* - avvertono nel replicare la disciplina del *tracing*. In particolare, se tutti gli istituti modellati sull'archetipo del *trust* (introdotti per via legislativa in molti sistemi giuridici «misti» e anche in alcuni di *civil law*) prevedono, sia pure con tecniche diverse, la separazione del *fund* dal patrimonio del *manager*, quasi nessuna di queste discipline contempla un rimedio assimilabile al *tracing*.

Nella parte successiva dell'indagine, l'attenzione si appunterà sulla Convenzione dell'Aja del 1985, il cui effetto primario è proprio quello di permettere che un *trust* costituito secondo una legge straniera (usualmente di *common law*) produca effetti in un altro ordinamento (anche se di *civil law*). Poiché lo schema tracciato dal *trust* prevede il trasferimento della proprietà dei beni che compongono il *fund* al *trustee*, nel caso di abuso di quest'ultimo, sorge la necessità di elaborare dei rimedi efficaci alla luce del diritto interno. Infatti, secondo la teoria più accreditata, qualora i beni oggetto del *trust* siano situati in un ordinamento di *civil law*, il beneficiario non si potrà avvalere del *following* e del *tracing*<sup>16</sup>.

Pertanto, si intende concentrare l'analisi proprio su tale problematica, al fine di delineare una possibile soluzione, avendo in particolare riguardo alla portata degli art. 11 e 12 della Convenzione dell'Aja del 1985, nonché ai principi in materia di trascrizione e alle regole poste a tutela dei terzi acquirenti di buona fede. Parte dell'indagine è dedicata, in particolare, ad illustrare che anche il *trust* della Convenzione non costituisce un intralcio alla circolazione dei beni. Come risulta anche dalla prassi, in Italia, si trascrive l'acquisto del *trustee* quale proprietà piena. L'annotazione della qualità di *trustee* è compiuta ai fini della separazione patrimoniale, ma non permette di opporre ai terzi aventi causa le eventuali limitazioni dei poteri gestori, sicché, nei confronti di questi ultimi, non si pongono dei problemi di tipo «informativo» al momento dell'acquisto<sup>17</sup>.

E' solo alla fine di tale disamina che si intende verificare se nel nostro ordinamento si possa configurare un istituto assimilabile al *trust* e, pertanto, in questa prospettiva si esaminerà il negozio fiduciario e l'art. 2645-ter c.c. I risultati dell'indagine inducono a

---

16 In tali ipotesi, in virtù del rinvio alla *lex fori* di cui all'art. 11, secondo comma, lettera *d*) della Convenzione, sarà applicabile il diritto del luogo in cui i beni sono collocati. Pertanto, nel caso in cui i beni di cui il *trustee* abbia abusivamente disposto si trovino in Italia, i rimedi a tutela del beneficiario dovranno essere individuati alla luce del diritto italiano. Sul punto cfr. per tutti M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 610 s.

17 Sul punto cfr. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 137 ss.

ritenere che il negozio fiduciario non può costituire una valida alternativa al *trust* – ma più in generale ai cosiddetti *trust like devices* - giacché tramite questo strumento contrattuale non è possibile dare luogo alla separazione tra il *fund* ed il patrimonio personale del *manager*. Questo aspetto, infatti, costituisce, requisito imprescindibile delle forme di gestione della ricchezza nell'interesse altrui prese in esame. La parte conclusiva dell'indagine è dedicata alla ricostruzione del vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c., con particolare attenzione alla possibilità di rendere opponibile ai terzi i poteri del gestore mediante la sua trascrizione nei pubblici registri.

## IL *TRUST* DI *COMMON LAW*

**SOMMARIO:** 1.1. La *law of property* anglo-americana - 1.2. *Equitable interests ed overreaching* - 1.3. (segue) La nozione di *trust fund* quale investimento - 2.1. Il *trust* di *common law* nozione - 2.2. *La law of trust* anglo-americana ed il ruolo dell'*equity* - 2.3. Le azioni a tutela del beneficiario: *following* e *tracing* - 3. *Trust* e separazione patrimoniale - 4. La responsabilità del *trustee* - 5. La modificazione del *trust* e la sostituzione del *trustee* - 6. Considerazioni finali.

### 1.1. La *law of property* anglo - americana

La natura del *trust* è oggetto di acceso dibattito anche da parte dei giuristi dei paesi di *common law*. Una prima tesi, c.d. contrattualista, ricostruisce il *trust* come un contratto a favore di terzi, attribuendo particolare rilevanza alle obbligazioni del *trustee* e al ruolo che assume l'autonomia delle parti nel ritagliarne la responsabilità a seconda delle esigenze<sup>18</sup>. Una seconda corrente di pensiero pone, invece, l'accento sul particolare assetto reale cui darebbe vita l'istituzione del *trust*, il quale permette la separazione dei beni che compongono il *trust fund* dal patrimonio del *trustee*, nonché una particolare allocazione dei diritti e delle responsabilità dei soggetti coinvolti dal rapporto giuridico<sup>19</sup>. Inoltre, sia in dottrina che in giurisprudenza, è controverso se la posizione assunta dal beneficiario rispetto ai beni del *trust* debba essere qualificata come *reale* o *creditoria*. Una prima tesi ritiene che il *trust* sia una particolare forma di *property ownership*<sup>20</sup>. Coerentemente con le premesse dalle quali muove, siffatta tesi ravvisa nel *trust* due caratteristiche fondamentali: a) la separazione fra una *legal ownership* in capo

---

18 J. H. LANGBEIN, *The contractarian Basis of the Law of Trusts*, in *Yale L. Jour.*, 105, 1995, 627 ss.; sul punto, sebbene approdi a conclusioni diverse, cfr. anche J. GETZLER, *Legislative incursions into modern trusts doctrine in England: The Trustee Act 2000 and the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Global Jurist Topics*, 2, 2002, 1 ss.

19 H. HANSMANN- U. MATTEI, *The Function of Trust Law: A Comparative Trust Legal And Economic Analysis*, in *N.Y.U. Law Rev.*, 73, 1998, 434; per una più approfondita analisi delle posizioni assunte dalla letteratura giuridica di *common law* circa la natura del *trust* cfr. A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010, 1 ss.; T. W. MERRILL - H. E. SMITH, *The property/contract interface*, in *Colum. L. Rev.*, 101, 2001, 844 ss. Ciò è, peraltro conforme con la natura reale e unilaterale dell'atto di trasferimento della proprietà, che in origine era la *seisine* feudale.

20 Cfr. H. G. HANBURY - J. MARTIN, *Modern equity*, 16 th. ed., 2001, 47 ss.; in Italia per tutti, FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., 23 ss.

al *trustee* ed una *beneficial ownership* in capo al beneficiario del *trust* riconosciuta dall'*equity*; b) la necessità di una *trust property*, ossia di un insieme di beni assoggettati al regime proprietario. Un'altra corrente di pensiero, sulla base dell'assunto secondo cui al *legal estate* del *trustee* non si contrappone sempre un *equitable interest* riconosciuto ai beneficiari, ricostruisce il *trust* come una particolare forma obbligatoria<sup>21</sup>.

In questa dissertazione non si intende esaminare il suddetto dibattito, né tantomeno prendere posizione sull'inquadramento del *trust* nell'una o nell'altra categoria. Piuttosto si intende comprendere sino in fondo quali siano i meccanismi che garantiscono l'operatività e il funzionamento del nostro istituto<sup>22</sup> e a tal proposito si ritiene necessaria, al fine di acquisire le nozioni preliminari, la trattazione dei principi fondanti la *law of property* dei sistemi di *common law*<sup>23</sup>.

Deve essere sottolineato in primo luogo che la *law of property* di *common law*, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di *civil law*, pone una prima distinzione fra *real property* e *personal property*. Tale distinzione era particolarmente importante in passato in quanto poggiava sul diverso tipo di tutela perseguita. La tutela reale era, infatti, riconosciuta esclusivamente nell'ambito dei diritti feudali sulle terre. Tutto ciò che non era oggetto di concessione feudale - e quindi tutti i beni diversi dalla terra - entrava a far parte di una categoria residuale (*goods* o *chattles*). La tutela dei *property rights* relativi a questi ultimi avveniva a mezzo di *personal actions*, ossia azioni che non conducevano al recupero della *res*, ma unicamente alla condanna al pagamento di una somma di denaro equivalente al valore del bene sottratto.

Con il passare del tempo si è assistito ad una progressiva attenuazione della distinzione fra *real property* e *personal property*: in particolare la tutela recuperatoria è stata estesa ai beni mobili. La *law of property act* del 1925 ha, poi, ulteriormente avvicinato le due categorie, sicché l'originaria distinzione fra *realty* e *personal* si è traslata sulle categorie di beni (*land* da una parte, *goods and chattels* dall'altra)<sup>24</sup>.

---

21 Cfr. P. PARKINSON, *Reconceptualising the express trust*, in *Cambridge L. J.*, 61, 2002, 663: "it seems clear (...) that, there can be a valid private express trust even though there is no symmetry of the legal and equitable estates. Consequently, it is incorrect to think of trusts always in terms of legal and equitable ownership". In Italia in termini simili LUPOI, *Trusts*, cit., 80 ss. e 237 ss; MAZZAMUTO, *Il trust*, cit., 621 ss.

22 Com'è noto il termine *property* non corrisponde al diritto di proprietà o *propriété* conosciuto dagli ordinamenti di *civil law*; come osserva A. GAMBARO, voce *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XV, Torino, 1997, 504, il primo "si riferisce a tutti quei diritti i quali comportano l'uso ed il godimento di un bene, anche incorporale, sulla base di un rapporto diretto con esso".

23 In tal senso anche A. C. DI LANDRO, *Trust e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli, 2010, 63 s.

24 Cfr. per tutti L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA - M.J. BONELL - D. CORAPI - L. MOCCIA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato: istituzioni e problemi*, Roma, 2008, 52 s.

Con riferimento ai primi, i sistemi di *common law* hanno, infatti, conservato categorie concettuali di derivazione feudale<sup>25</sup>: in particolare, la moderna *law of property* è ancora fondata sulla c.d. teoria degli *estates*. Secondo la concezione feudale inglese, tutti i terreni erano di proprietà della Corona: pertanto l'attribuzione di un feudo non implicava che la terra di quel feudo appartenesse al "Signore" del luogo, giacché oggetto di appartenenza potevano essere solo i vari benefici o utilità che a quest'ultimo venivano attribuiti con l'investitura<sup>26</sup>. In tal modo sul medesimo fondo era possibile costituire molteplici diritti con la conseguenza di attribuire a più soggetti la facoltà di trarne differenti utilità<sup>27</sup>.

La riforma del 1925, al fine di semplificare al massimo il regime proprietario degli immobili, ha previsto una riduzione dei *legal estates*, abolendo in questo modo in via definitiva gli obblighi feudali. Il sistema della *property* anglosassone mantiene, tuttavia, l'impalcatura concettuale del modello feudale: in particolare, gli immobili (*land*) continuano ad essere considerati formalmente oggetto di un rapporto di concessione (*tenure*)<sup>28</sup>. Ne deriva una concezione di proprietà dematerializzata, inquadrata non come diritto su un bene, ma come relazione fra soggetti rispetto ad esso e alle sue utilità<sup>29</sup>: in quest'ottica, fra il soggetto ed il bene vi è sempre un rapporto indiretto e mediato. Ne discende che l'idea di appartenenza non ha caratteristiche di esclusività, sicché sul medesimo bene possono concorrere una molteplicità di *estates* ed *interests*. Risulta evidente, perciò, l'attitudine della *law of property* anglosassone a scomporre e frazionare la situazione di appartenenza su un bene in corrispondenti utilità che ne costituiscono il

---

25 Cfr. S. VAN ERP – B. AKKERMANS, *Property law*, Oxford and Portland, 2012, 302.

26 Come osserva MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà cit.*, 58 " (...) nell'esperienza romana - a base della tradizione di *civil law* - la distinzione *dominium* e *obligationes* era stata fondata sull'idea di proprietà come paradigma della 'realtà' del diritto stesso: saldamente ancorata alla tangibilità del suo oggetto (...) anzi con esso identificato (...)" . In Inghilterra , al contrario, "con il diffondersi delle consuetudini germaniche e con il progressivo affermarsi (...) di una diversa cultura proprietaria modellata sul possesso dei beni, nel senso ampio di godimento effettivo delle utilità corrispondenti, il concetto di dominio non più inteso come appartenenza piena ed esclusiva della *res*, venne di conseguenza modificandosi, per essere calato, nel caso emblematico dei beni immobili, entro lo schema del rapporto di concessione feudale, avente ad oggetto non già la terra (bene fisico), ma i diritti relativi al suo possesso"; in tal senso anche B. HAKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Oxford, 2008, 343 ss.

27 Cfr. A. CLARKE – P. KOHLER, *Property Law*, Cambridge, 2009, 308: "(...) *the feudal theory was that land was owned by Crown, and let out to subjects on various types of holding (tenures) which required the holder to perform services for Crown in exchange for enjoyment of land, each type of tenure requiring a different type of services*".

28 Sulla nozione di *tenure* e sulle sue origini storiche cfr. per tutti F. H. LAWSON - B. RUDDEN, *The Law Of Property*, 3rd. ed., Oxford, 2002, 77. ss.

29 Sul punto cfr. MOCCIA, *op. cit.*, 72 ss.; Y. CHANG – H. E. SMITH, *An economic analysis of civil versus common law property*, in *Notre Dame L. R.*, 88, 2012, 36 ss; GAMBARO, voce *Proprietà in diritto comparato*, cit., 507, il quale rileva che "il carattere fortemente dematerializzato dell'appartenenza che si rivolge a diritti su utilità precise è rimasto una delle idee portanti della concezione della *real property*"; DI LANDRO, *Trust e separazione patrimoniale*, cit., 68.

contenuto<sup>30</sup>.

La frammentazione delle prerogative proprietarie è consentita per il tramite della c.d. *doctrine of estate* che a sua volta costituisce il fondamento della *real property*<sup>31</sup>. Sul punto è stato esattamente osservato che "la divisibilità dell'elemento tempo in cui si sostanzia quell'entità astratta, o se si preferisce, quel bene giuridico che va sotto il nome di estate, che viene così ad interpersi tra il soggetto e il bene fisico (oggetto) del suo diritto, rende possibile la scomposizione o frammentazione del dominio (*fragmentation of ownership*) in una pluralità di situazioni aventi tutte la medesima natura di diritti di proprietà (*rights of ownership*) e tra loro differenziate per estensione e dislocazione di tempo)"<sup>32</sup>.

La particolarità di questo sistema – che è di gran lunga più complesso del sistema proprietario negli ordinamenti di *civil law*, dove accanto alla proprietà si trova un numero tendenzialmente limitato di diritti reali minori - consiste nell'individuare e misurare gli *estates* in base alla loro durata<sup>33</sup>.

Nella disciplina vigente prima della riforma, la figura che più si avvicinava alla nozione di proprietario come intesa negli ordinamenti di *civil law* era quella del *tenant in fee* al quale spettava il godimento della terra *ad infinitum*. Il *tenant in fee* a sua volta poteva concedere la terra ad un'altra persona *for his life*<sup>34</sup>: in questo modo il *tenant in fee* si spogliava del godimento del bene per tutta la durata della vita del *tenant for life* salvo riacquistarlo (*reversion*) alla morte di quest'ultimo.

Si tenga presente che gli *estates* erano definiti in *possession* o *present interest*, quando

---

30 Cfr. CLARKE – KOHLER, *Property Law* cit., 297 ove si osserva che "one of distinctive features of English property law is that it can accommodate a wide range of property interests subsisting in the same thing at the same time, each held by a different person (...). They may be shared between and distributed among any number of different people in a number of different ways"; in tal senso anche MOCCIA, *op. ult. cit.*, 76.

31 Cfr. M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971, il quale rileva che la teoria degli *estates* resta il fondamento della *real property*. In particolare come osserva l'A.: "Che l'*estate* sia considerato come un bene oggetto di diritti; che ad un soggetto facciano capo diritti su un *estate* e non diritti sul bene fisico; che pertanto, il bene fisico sia oggetto di dell'*estate* e solo mediamente di un diritto; sono, questi, i fondamentali caratteri distintivi della *real property*"; nello stesso senso v. anche LAWSON - RUDDEN, *The Law Of Property*, cit., 79 ss.; MOCCIA, *op. cit.*, 96 ss.; GAMBARO, *op. cit.* 508.

32 MOCCIA, *op. cit.*, 102; cfr. anche LAWSON - RUDDEN, *op. cit.*, 80 ove si rileva che nell'ipotesi in cui sullo stesso immobile coesistano più *estates* "it is very difficult to say that any one of them owns the land, and the common law instead said that each holds an estate in the land (...). These estates coexist, but each can be treated as the object of property, since each can be sold, mortgaged, given away, reached by creditors, and so on".

33 Secondo la definizione di T. W. MERRILL - H. E. SMITH, *Property: Principle and Policies*, New York, 2007, 546, "An estate is a type of property right and measures a person's interest in the land in terms of duration. An interest may be either a present possessory estate or one that does not take possession until the happening of some future event - a future interest".

34 Sulle caratteristiche del *life interest* per tutti LAWSON - RUDDEN, *op. cit.*, 97 ss.

attribuivano l'immediato godimento del bene al suo titolare, e *future*, quando il godimento era, invece, differito e subordinato ad un evento futuro. Il *tenant in fee*, per effetto della costituzione dell'*estate in life*, diveniva titolare di un *future interest* – corrispondente alla nuda proprietà di *civil law* - poiché avrebbe riacquisito il godimento della terra solo alla morte del *tenant for life*, il quale era titolare di un *present interest*. L'assetto poteva essere ancora più articolato, come nel caso in cui il *tenant in fee* concedeva il terreno a B per 10 anni e poi a C *for his life*: in questo modo B diveniva titolare di un *present interest* e C diveniva titolare di un *future interest in remainder*<sup>35</sup>.

L'attribuzione degli *estates* poteva poi essere ancorata a dei presupposti differenti dalla morte di un soggetto. Il *tenant in fee* poteva apporre una condizione sospensiva, disponendo – ad esempio - nel modo seguente: a mia moglie per la vita, successivamente a Bartolomeo se si sarà laureato all'età di diciannove anni. L'*interest* poteva anche essere subordinato ad una condizione risolutiva, con la quale il *tenant in fee* poteva disporre nel modo seguente: a mia moglie Margherita per la vita, successivamente a Bartolomeo, ma questo perderà il suo diritto se non si sarà laureato entro il compimento del suo diciannovesimo anno.

Entrava così in gioco l'ulteriore distinzione fra *vested interest* e *contingent interest* (corrispondente a quella di *civil law* tra diritto condizionato e aspettativa)<sup>36</sup>. Nel primo esempio, l'*interest* di Bartolomeo non era *vested* poiché, fin quando non si verificava la condizione sospensiva, egli non poteva avanzare alcuna pretesa<sup>37</sup>, in quanto non poteva essere considerato titolare di un *estate*. Da tale circostanza derivavano importanti conseguenze: il titolare di un *interest vested*, a differenza del titolare di un *contingent interest*, in primo luogo, poteva alienare il proprio diritto; in secondo luogo, riceveva una tutela più forte, giacché poteva esperire, nei confronti di colui che si trovava nell'attuale possesso del bene, l'azione di *waste* al fine di preservare il proprio *vested interest (in reversion o in remainder)*<sup>38</sup>.

---

35 Circa la differenza fra *interest in reversion* ed *in remainder* cfr. MERRILL - SMITH, *Property, cit.*, 554 ss.; CLARKE – KOHLER, *op. cit.*, 298 ss. Un *future interest* si dice *in reversion* quando è mantenuto nei confronti di colui che costituisce sul bene un *life estate*; si dice, invece, *in remainder* quando è costituito nei confronti di un soggetto diverso dal disponente.

36 Cfr. CLARKE – KOHLER, *op. cit.*, 300 ss.; GAMBARO, *op. cit.*, 509; tuttavia MERRILL - SMITH, *op. cit.*, 560 avvertono che la nozione di *vested* può assumere significati diversi a secondo del contesto.

37 Come osservano MERRILL - SMITH, *op. cit.*, 556 "When this uncertainty is resolved, the remainders are said to vest in interest".

38 Con riferimento al potenziale conflitto derivante su una pluralità di *interests* gravanti sullo stesso bene e sul ruolo del *waste* per tutti cfr. MERRILL - SMITH, *op. cit.*, 595 ss. Sulle conseguenze derivanti dalla distinzione fra *vested interest* e *contingent interest* v. J. G. SPRANKLING, *Property law*, 2 nd. ed., San

Il sistema degli *estates* tramite il quale, come si è visto, era possibile dare luogo ad una molteplicità di *interests* immediati o differiti nel tempo, complicava notevolmente la situazione di appartenenza degli immobili, rendendo estremamente difficoltose le relative attività negoziali. L'acquirente, per essere sicuro che i terzi non gli opponessero l'esistenza di altri *estates*, era costretto ad effettuare lunghe ed approfondite indagini circa le vicende traslative e costitutive di diritti sull'immobile<sup>39</sup>.

La *Law of Property act* del 1925 ha, pertanto, riformato l'intera materia della *property* inglese apportando consistenti modifiche al sistema degli *estates*.

La riforma prevede una riduzione dei *legal estates*, ossia di quei diritti «reali» (usando la terminologia nota ai sistemi di *civil law*) riconosciuti e tutelati dalla *common law*. L'obiettivo perseguito è quello di semplificare al massimo e standardizzare le situazioni di appartenenza dei beni a fronte, tuttavia, del mantenimento di un'elevata possibilità di

---

Francisco, 2007, 189. In questo contesto va ricordato che la moderna *property law* americana accorda una tutela maggiore al titolare di un *interest contingent*, sicché la distinzione ormai vale soltanto con riferimento alla c.d. *Rule Against Perpetuities*. Tale regola impone un termine massimo di 21 anni dalla morte di una persona in vita entro il quale un *interest contingent* deve divenire *vested*. Come rileva GAMBARO, *op. cit.*, 510, "l'enorme incertezza della regola è in gran parte imputabile al fatto che essa invalida l'atto di attribuzione e pertanto il calcolo deve essere fatto *ex ante*". In ogni caso, ai fini della nostra trattazione, interessa solo rilevare che la *ratio* della regola è quella di impedire la creazione dei fedecommessi familiari perpetui e quindi in definitiva di contrastare il fenomeno della "*dead hand*". Sul punto cfr. MERRILL - SMITH, *op. cit.*, 612, ove si rileva che "*The Rule against Perpetuities (RAP) is a crystallization of older doctrines invalidating interest that gave too much remote control to the 'dead hand'. The RAP basically allows people to control the use of property for one generation into the future plus the next generation up to the traditional age of majority*"; v. anche SPRANKLING, *op. cit.*, 199, il quale osserva che lo scopo principale della regola "*was to protect the marketability of real property, which in turn: facilitated the productivity of land; and contributed to the utilization of wealth by society in general, thus discouraging the long-term concentration of wealth in particular families*". Tramite il sistema degli *estates*, infatti, era possibile tramandare per generazioni le proprietà immobiliari attribuendo, di volta in volta, ai discendenti un *interest in life in remainder*. In questo modo, gli immobili non sarebbero mai usciti dal patrimonio familiare giacché il titolare dell'*interest in life* poteva alienare il proprio *estate in life* ma non l'intera *ownership* di cui non era titolare. In base alla ben nota "*nemo dat rule*" secondo la quale il dante causa non può trasferire un diritto più ampio di quello di cui sia titolare - che ancora oggi è alla base della *property law* - la durata dell'*estate* alienato al terzo acquirente rimaneva ancorata alla vita del dante causa. La *ratio* della *Rule Against Perpetuities* è, dunque, legata all'esigenza di assicurare una efficiente circolazione dei beni. Tuttavia, è necessario rilevare che molti Stati americani hanno abolito siffatta regola di derivazione anglosassone, mentre molti altri l'hanno riformata apportando alcune modifiche. La ragione principale di tali innovazioni risiede nella volontà di consentire la costituzione dei c.d. *dynasty trusts*, i quali in America, anche per ragioni fiscali, costituiscono tutt'ora un importante strumento di pianificazione e di trasmissione successoria dei patrimoni. Per un approfondimento circa il ruolo della *nemo dat rule* nell'ordinamento inglese v. CLARKE - KOHLER, *op. cit.*, 394 ss. Circa l'attuale desiderabilità o meno della *Rule against Perpetuities* con riferimento al problema di una efficiente circolazione dei beni v. MERRILL - SMITH, *op. cit.*, 619; in una prospettiva più ampia con particolare riferimento all'attuale *ratio* sottesa al principio di tipicità dei diritti reali cfr. anche SMITH - MERRILL, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, cit., 1 ss.

39 Come rileva MOCCIA, *op. cit.*, 104 s., "per acquistare un *legal title* valido, il compratore doveva assicurarsi non soltanto la sottoscrizione di tutti i co-titolari (*legal co-owner*), ma anche che il titolo di ciascuno fosse doverosamente indagato. In altre parole, egli doveva ottenere il trasferimento non soltanto dal titolare del diritto massimo sull'immobile (*the owner of the fee simple absolute*), ma possibilmente pure da un certo numero di titolari di diritti minori (*limited owners*).



frammentazione dell'uso e godimento di questi ultimi<sup>40</sup>. Come si è detto, infatti, lo stato di incertezza sulle situazioni di appartenenza, cui la possibilità di costituire una molteplicità di *interest* dava luogo, incideva negativamente sulla circolazione dei beni diminuendone il valore<sup>41</sup>.

La *section 1* della *Law of Property act* del 1925 riduce a solo due gli *estates* che possono essere costituiti o trasferiti secondo lo stretto diritto (*at law*)<sup>42</sup>. Il primo *legal estate* è il *fee simple absolute in possession (freehold estate)* il cui contenuto si avvicina sostanzialmente al diritto di proprietà noto agli ordinamenti di *civil law*<sup>43</sup>. Tale *estate* ha, infatti, durata illimitata e consente al titolare di godere delle utilità generate dal bene in modo esclusivo. Il termine *simple* si riferisce alla durata illimitata ed il termine *absolute* si riferisce, invece, al fatto che l'*estate* non deve essere soggetto ad alcuna condizione. Infine, la circostanza che il *fee simple* debba essere *vested in possession* è la conseguenza dell'abolizione degli *estates vested in interest*<sup>44</sup>.

L'altro *estate* riconosciuto *at law* è il *term of years absolute (leasehold)* ossia la concessione del bene in godimento per un periodo determinato. Tale *estate*, che in origine rientrava nella *personal property*, iniziò ad essere protetto con i medesimi rimedi che riguardavano la *real property*, sicché con la riforma si è ritenuto di assimilarlo completamente agli altri *estates*<sup>45</sup>.

Oltre ai *legal estates*, la *Law of Property act* del 1925 stabilisce un elenco tassativo dei diritti minori (*legal interests* o *charges*) che possono essere costituiti o trasferiti secondo

---

40 In tal senso cfr. MOCCIA, *op. cit.*, 105 s.; sul punto cfr. anche HAKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus* cit., 390 ss.; si veda anche LAWSON - RUDDEN, *op. cit.*, 102, ove si rileva che: "*The legislative approach, and above all its terminology, were determined by the needs of the time and nowadays may seem somewhat obscure; what follows is an attempt to explain the crucial points as simply as possible*".

41 Al riguardo M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, 168, osserva che: "Non è necessario possedere a fondo i più sofisticati strumenti dell'analisi economica del diritto per comprendere come, sotto ogni cielo, la possibilità di moltiplicare a piacimento i diritti e le prerogative inerenti ad un bene, tutelati *erga omnes*, in forma specifica, abbia a lungo andare conseguenze economiche disastrose. Riconoscere ai privati una incondizionata autonomia in questa materia conduce infatti alla distruzione del valore economico dei beni, all'impoverimento dei soggetti ai quali essi sono attribuiti, e alla stasi dei meccanismi di mercato".

42 La *section 1* della *Law of Property act* del 1925 rubricata *Legal estates and equitable interests* stabilisce che: "(1) *The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are (a) An estate in fee simple absolute in possession; (b) A term of years absolute*".

43 Per tutti MOCCIA, *op. cit.*, 107.

44 Cfr. HAKKERMANS, *op. cit.*, 346 s; LUPOI, *op. cit.*, 67 s.

45 Sul carattere ambiguo del *leasehold* v. HAKKERMANS, *op. cit.*, 353, il quale rileva che: "*A lease is considered personal property with land law characteristics and it was this qualification with which the lease ended up in the Law of Property Act 1925. In that Act it became recognised as one of the possible estates at common law. However, technically a lease remains a chattel real. Moreover, the lease also remains partly contractual in nature. It is an agreement between a lessor and a lessee that gives rise to its creation, and that continues to set the terms for the relation between these parties*"; circa l'importanza del regolamento contrattuale capace di incidere sulle obbligazioni del concedente di un *term of years absolute* v. anche GAMBARO, *op. cit.*, 511.

lo stretto diritto<sup>46</sup>: fra questi vi rientrano le servitù (*easement*), le rendite gravanti su un fondo (*rentcharges*), nonché le garanzie reali (*legal mortgages*)<sup>47</sup>. La standardizzazione dei *property rights* compiuta dalla riforma e la riduzione ad un numero chiuso ha, inoltre, consentito di organizzare in modo efficiente i registri fondiari<sup>48</sup>, la cui introduzione in Inghilterra si rendeva difficoltosa proprio in ragione dell'eccessiva ed incontrollata proliferazione delle situazioni di appartenenza sui beni immobili<sup>49</sup>.

## 1.2. *Equitable interests ed overreaching*

L'aspetto senz'altro più interessante della riforma è costituito dal fatto che gli *estates* non più riconosciuti dalla *common law* assumono, invece, la veste di *equitable interests*,

---

46 La *section 1* della *Law of Property act* del 1925 prosegue stabilendo che: "(2) *The only interests or charges in or over land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are (a) An easement, right, or privilege in or over land for an interest equivalent to an estate in fee simple absolute in possession or a term of years absolute; (b) A rentcharge in possession issuing out of or charged on land being either perpetual or for a term of years absolute; (c) A charge by way of legal mortgage; (d) and any other similar charge on land which is not created by an instrument; (e) Rights of entry exercisable over or in respect of a legal term of years absolute, or annexed, for any purpose, to a legal rentcharge*".

47 Sul punto LUPOLI, *op. cit.*, 68, osserva che la legge si preoccupa di assimilare gli *interest* e *charges* agli unici due *estates* ammessi. Ad esempio la rendita potrà essere perpetua o per un periodo determinato ma non potrà essere vitalizia (a tal proposito la legge richiama il *fee simple absolute in possession or ed il term of years absolute*). *L'estate in life*, invece, non è più riconosciuto *at law*.

48 Per un'analisi delle riforme sui sistemi pubblicitari che si sono susseguite in Inghilterra e sul funzionamento dei registri cfr. M. D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese. Storia di un problema nell'analisi comparativa*, Milano, 1992, 184 ss.; L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, Napoli, 2005, 80, la quale osserva che "In Inghilterra, un regime di pubblicità che consente di superare l'inconveniente della verifica dei titoli è stato definitivamente introdotto nel XX secolo. (...) Soltanto con il *Land Registration Act* e il *Land Charges Act*, entrambi del 1925, è stata adottata una formalità pubblicitaria a base reale. Con il *Land Registration Rule 1925*, il legislatore inglese ha previsto l'istituzione di tre registri immobiliari (...). Tra le principali finalità che tale sistema si propone di perseguire v'è quella di superare le difficoltà dell'*investigation of title* e della ricostruzione delle sue vicende giuridiche fino a individuare un titolo di acquisto valido. Nel *registered conveyancing* l'indagine risulta molto semplificata, in quanto è circoscritta a un completo controllo dei registri immobiliari". Da ultimo, il legislatore è intervenuto con il *Land Registration Act* del 2002. Per una dettagliata analisi della riforma cfr. sempre DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, cit., 89 ss.; CLARKE-KOHLER, *op. cit.*, 539 ss.

49 In tal senso cfr. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese. Storia di un problema nell'analisi comparativa*, cit., 189, ove l'A. rileva che l'incontrollato proliferare dei *property rights*, dovuto all'originario sistema degli *estates*, ha costituito una delle principali ragioni del ritardo nell'istituzione dei registri fondiari e che, al contrario, un'efficiente sistema di trascrizione impone un catalogo ridotto dei diritti trascrivibili, i quali siano accertabili con relativa facilità; A. M. GARRO, *Recordation of Interest in Land*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI-8, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, 69, (già citato da MEZZANOTTE, *The Interrelation Between Intellectual Property Licenses and The Doctrine of Numerus Clausus*, cit., 10, nota 33), il quale rileva che "*On of the legislation adopted for England and Wales in 1925 was to reduce the number of legal estates in land to manageable number, so that a purchaser would have to deal with a minimal number of estates and parties in securing good legal title. A Further and significant benefit from the drastic reduction in the number of legal estate was to make possible a simpler land recording system*"; DI COSTANZO, *op. cit.*, 75.

ossia diritti tutelati dall'*equity*<sup>50</sup>: lo strumento principale che consente di costituire un *interest in equity* è il *trust*<sup>51</sup>.

Anteriormente all'emanazione della *Law of Property Act* del 1925, la possibilità di costituire su un bene una successione di *estates* avveniva per il tramite del *settlement* disciplinato dal *Settled Land Act* del 1882<sup>52</sup>; lo *strict settlement* era stato successivamente modificato dal *Settled Land Act* del 1925, emanato nell'ottica dell'intera riforma della *property*. Tale istituto prevedeva un complicato meccanismo che consentiva al titolare del *life estate* la possibilità di alienare l'immobile gravato da successivi *estates*<sup>53</sup>. In particolare, al fine di tutelare i titolari degli *estates* successivi sul bene, il *Settled Land Act* del 1925 attribuiva il potere di alienare l'immobile al titolare del *life estate* stabilendo, tuttavia, che il denaro quale corrispettivo della vendita dovesse essere versato a persone diverse dal primo - i *trustee* del *settlement* - i quali per tutta la durata del *settlement* dovevano investire il denaro secondo la volontà del *settlor*<sup>54</sup>.

La riforma del 1925 aveva, tuttavia, affiancato allo *strict settlement* il *trust for sale*, il quale presentava una struttura più semplice: il *settlor*, infatti, trasferiva l'immobile ai *trustee* affinché questi ultimi lo alienassero ed impiegassero il ricavato a favore dei beneficiari del *trust*<sup>55</sup>. Nella prassi, a causa della sua complessità, lo *strict settlement*

---

50 L'ultima parte della *section 1* della *Law of Property act* del 1925 stabilisce, infatti, che "(3) *All other estates, interests, and charges in or over land take effect as equitable interests*". Secondo molti autori inglesi, per tutti G.C. CHESHIRE - E.H. BURN, *Modern Law of Real Property*, 16 th. ed., London, 2000, 56, "*a legal estate is a right in rem, an equitable estate a right in personam, that is to say, the former confers a right enforceable against the whole world, the latter one which can be enforced only against a limited number of persons*"; tuttavia MOCCIA, *op. cit.*, spec. 150 s., nelle sue approfondite riflessioni rileva l'inesattezza di una simile classificazione. In particolare come rileva l' A. "(...) la concezione proprietaria degli *equitable interests*, lungi dal costituire una semplice astrazione classificatoria, trova un suo concreto radicamento sul terreno delle convenzioni sociali, capaci di sostenere e spiegare le implicazioni tecnico-giuridiche di tale concezione, così da riverberare sulla distinzione stessa tra diritti reali e personali o, meglio per dirla alla maniera inglese, tra diritti *in rem* e *in personam*".

51 Tuttavia CLARKE - KOHLER *op. cit.*, 314, mettono in guardia dall'identificare i *beneficial interests* con gli *equitable interests*. Gli Autori osservano che per effetto della costituzione di un *trust* il beneficiario diviene titolare di un *beneficial interest*. Tutti i *beneficial interest* sono necessariamente *equitable interest*, posto che i beneficiari di un *trust* ricevono una tutela esclusivamente per via equitativa, tuttavia non può dirsi l'inverso giacché non tutti gli *equitable interests* sono anche *beneficial interest* creati con un *trust*.

52 Il termine *settlement* designa l'atto di disposizione con il quale si costituisce su un bene una successione di *estates*. Per tutti cfr. GRAZIADEI, *op. cit.*, 195; S. BARTOLI, *Trust*, Milano, 2001, 245.

53 Al riguardo cfr. GRAZIADEI - RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, cit., 469 nota 26, ove si osserva che "la posizione di un *tenant for life* ai sensi di questa legge è affatto peculiare, perché egli è al tempo stesso titolare del (*legal*) *fee simple* e di un (*equitable*) *life estate*"; BARTOLI, *Trust* cit., 247 ss.

54 Come osserva GRAZIADEI, *op. cit.*, 198, il *Settled Land Act* del 1925 separava il potere di alienare l'immobile dal diritto di appropriarsi del suo valore capitale.

55 In definitiva, i poteri che nello *strict settlement* erano suddivisi tra il *tenant for life* ed i *trustees*, nel *trust for sale* erano, invece, concentrati in capo ai *trustees*. In tal senso cfr. GRAZIADEI, *op. cit.*, 201; GRAZIADEI - RUDDEN, *op. cit.*, 469; in generale sul *trust for sale* v. anche M. D. PANFORTI, *Intervento legislativo e reazione giurisprudenziale nella vicenda inglese del trust for sale*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 485 ss.; con particolare riferimento ai poteri attribuiti ai *trustees* dalla *Law of Property act* del 1925 v. C.

divenne di raro utilizzo<sup>56</sup>: così il *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996 ha escluso la possibilità di costituire *settlements* sia in forma di *strict settlement* sia di *trust for sale*<sup>57</sup>.

La *section 2* del *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996 stabilisce che tutti i *settlement* che hanno ad oggetto un immobile devono essere costituiti nella forma di *trust of land*. Pertanto, per effetto del susseguirsi della riforma del 1925 e di quella del 1996, gli *estates* non più riconosciuti *at law*, come ad esempio il *life estate*, devono essere costituiti secondo le regole della *law of trust*<sup>58</sup>: in questo modo la possibilità di frammentare o dividere le utilità che afferiscono ad un bene può avvenire esclusivamente nell'ambito dell'*equity* per mezzo di un rapporto fiduciario. Al *trustee* è, infatti, trasferita la proprietà piena del bene (*fee simple*) ed al beneficiario è, invece, riconosciuto un *equitable interest*<sup>59</sup>.

Tale soluzione, pur permettendo un'elevata possibilità di frammentazione dell'uso e godimento del bene tra una pluralità di titolari, assicura una più facile circolazione ed alienabilità di quest'ultimo. In tal modo, infatti, tutte le prerogative concernenti la gestione e la vendita del bene (*power to manage and control*) rimangono concentrate nelle mani del *trustee*, il quale è titolare del *fee simple absolute in possession* ed è tuttavia gravato dal dovere di esercitare il diritto affidatogli nell'interesse dei beneficiari<sup>60</sup>.

---

HARPUM, *Overreaching, Trustees' Powers and The Reform of The 1925 Legislation*, in 49 *Cambridge L. J.*, 1990, 277 ss.

56 Per tutti GRAZIADEI, *op. cit.*, 195.

57 Sul punto per tutti MOCCIA, *op. cit.*, 141 s.

La *section 1* del *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996 precisa che: "*trust of land means any trust of land property which consists of or includes land*".

58 Sul punto cfr. HAKKERMANS, *op. cit.*, 345; CLARKE - KOHOLER, *op. cit.*, 309; CHANG - SMITH, *An economic analysis of civil versus common law property*, cit., 36 s. La *section 5 schedule 1* del *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996 recita così: "*Where a person purports by an instrument coming into operation after the commencement of this Act to grant to another person an entailed interest in real or personal property, the instrument (a) is not effective to grant an entailed interest, but (b) operates instead as a declaration that the property is held in trust absolutely for the person to whom an entailed interest in the property was purportedly granted*".

59 Come rileva MOCCIA, *op. cit.*, 108, "Con la nuova disciplina di legge si garantisce che costui non possa più scomparire. Il *legal estate*, il *fee simple absolute in possession*, non può essere suddiviso in diritti da esso ricavati (*derivative interest*): questi diritti possono essere creati soltanto in forma di *trust* aventi ad oggetto il diritto stesso (*fee simple*), che rimane come tale intatto (inviolato)".

60 La possibilità di costituire una molteplicità di *estates* sul medesimo bene poteva costituire un intralcio con riferimento alle decisioni di gestione e di vendita di quest'ultimo. Come osservano CLARKE - KOHOLER, *op. cit.*, 303, "*When there are successive property interests in a thing, only the person with the absolute (...) interest is entitled to the capital in the thing: the holder of an interest which is limited in time is entitled only to income/enjoyment type benefits. (...) Whatever the nature of the thing, however, this immediately leads us into problems about alienation, management and control*". Il *trust* evita questo problema. Infatti come affermano gli Autori "*The trustee then has the capacity to deal with the property as absolute owner, and also the power to manage and control it, but in all these matters he will be required to act in the interests of the successive interest holders, balancing their respective interests where*

Per le medesime ragioni la *Law of Property Act* del 1925 stabilisce che in tutti i casi di contitolarità del diritto di proprietà (*co-ownership*), come la *joint tenancy* o l'*undivided shares* (comproprietà), qualsiasi sia il numero dei comproprietari, il potere di alienare l'immobile spetta ad un ridotto numero di essi (al massimo quattro) in qualità di *trustee* per se stessi e per gli altri comproprietari<sup>61</sup>. In queste ipotesi il *trust for sale* (ora *trust of land*) è istituito *ope legis* al fine di evitare che la pluralità di soggetti aventi diritto sull'immobile possa ostacolare la circolazione.

Anteriormente alla riforma del 1925, gli *equitable interests* erano opponibili anche agli acquirenti a titolo oneroso in buona fede di un *legal estate*, purché ne fossero stati a conoscenza secondo la regola della «*notice*»<sup>62</sup>; poiché la *notice* in alcuni casi poteva essere presunta - e quindi rilevavano non solo le informazioni conosciute dagli acquirenti, ma anche quelle che avrebbero dovuto o potuto apprendere<sup>63</sup> - a questi ultimi si imponeva un elevato grado di diligenza nell'espletare le indagini precedenti all'atto di acquisto<sup>64</sup>.

In questo contesto, per molto tempo l'ordinamento inglese è rimasto sguarnito di un adeguato sistema pubblicitario, sicché la necessità di espletare indagini estremamente

---

*they conflict*"; cfr. anche GRAZIADEI, *op. cit.*, 182, il quale osserva che: "la creazione di diritti temporalmente limitati pone sempre il problema di contemperare la facoltà di godimento concessa al titolare pro tempore del bene con l'esigenza di salvaguardare il contenuto delle situazioni giuridiche attribuite ai successivi aventi diritto"; da ultimo GETZLER, *Legislative incursions into modern trusts doctrine in England*, cit., 6, il quale rileva che: "*The 2000 Act takes first step towards clarifying trustee's lawful functions by granting trustees unlimited powers of investment, in the manner of an absolute owner- These powers are subject to an overriding duty to set a prospective investment policy, making provision for reasonable diversification and choice of investments suitable in all of the circumstance of the trust*".

61 Sul punto cfr. HARPUM, *Overreaching*, cit., 288, il quale osserva che l'obiettivo primario della riforma del 1925 era quello di evitare "*any fragmentation of the legal estate. To this end, the only form of legal co-ownership that was to be permitted was joint tenancy. Tenancies in common would only be capable of existing in equity behind a trust*"; come rileva GRAZIADEI, *op. cit.*, 180, precedentemente alla riforma del 1925, oltre all'esistenza di diritti temporalmente limitati, le comunioni con un elevato numero di contitolari costituivano un serio intralcio al trasferimento dei fondi; v. anche LUPOI, *op. cit.*, 72 s.; PANFORTI, *Intervento legislativo e reazione giurisprudenziale nella vicenda inglese del trust for sale*, cit., 488.

62 Gli *equitable interests* si arrestavano, dunque, unicamente innanzi ad un *good faith purchaser without notice*. Tuttavia come osservano CLARKE - KOHLER, *op. cit.*, 519, in alcuni casi *notice* e *bad faith* tendono a confondersi. Infatti "*If a purchaser or mortgagor does not have notice of a prior interest, it is difficult to envisage the sort of behaviour or motive on his part that would constitute bad faith else*"; in America sul *good faith purchaser v. MERRILL - SMITH*, *op. cit.*, 890 ss.

63 Come osservano CLARKE - KOHLER, *op. cit.*, 516 "*notice (...) covers not only what the purchaser actually knows (actual notice) but also what he should have known (constructive notice) and what any agent of his knows or ought to have known (imputed notice)*".

64 Ad esempio l'esistenza della *notice* si presume ogniqualvolta l'immobile sia nel possesso del soggetto avente un *interest* su di questo diverso dal venditore. Sul punto CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., 194; con riferimento alla nozione di *constructive notice* ed al grado di diligenza richiesto agli acquirenti dei beni oggetto del *trust* cfr. R. PEARCE - J. STEVENS, *The Law of Trust and Equitable Obligation*, 4 th. ed., Oxford, 2006, 439 ss.; sull'eccezione *of bona fide purchaser of a legal interest for value without notice* volta a bloccare le pretese del titolare di un *equitable interest* cfr. L. SMITH, *The law of Tracing*, Oxford, 2003, 386 ss.

approfondite sullo stato dell'immobile che si intendeva acquistare costituiva un serio intralcio alla sua commerciabilità<sup>65</sup>. Va rilevato tuttavia che anche nell'attuale sistema non tutti gli *interest* devono essere trascritti, per cui la presenza di un registro immobiliare non garantisce all'acquirente un'assoluta certezza circa gli *interest* a lui eventualmente opponibili.

Per tali ragioni la *section 2* della *Law of Property act* del 1925 ha introdotto la nozione di *overreaching*, secondo cui il trasferimento di un *legal estate* dai *trustees* di un *trust of land*, al ricorrere di determinate condizioni, rende inopponibili all'acquirente gli *equitable interests* che incidono sull'*estate* alienato<sup>66</sup>. Il diritto vantato dai titolari degli *equitable interests* si trasferisce, invece, sul prezzo della vendita che deve essere versato ad almeno due *trustees* o, in alternativa, ad una *trust corporation*<sup>67</sup>.

La *ratio* della norma è chiaramente quella di liberare il titolo dagli eventuali pesi e diritti minori, facilitandone in questo modo la circolazione<sup>68</sup>.

In seguito alla riforma, pertanto, gli *equitable interest* non sono opponibili all'acquirente che abbia acquistato l'immobile dal *trustee* di un *trust of land* secondo la procedura prevista dalla *Law of Property Act* del 1925. Fanno eccezione a questa regola pochissime ipotesi di *overriding interests* per i quali si applica ancora la regola della «*notice*»<sup>69</sup>. In questo caso, dunque, l'*interest* si arresta solo di fronte ad un acquirente a

---

65 Sul punto cfr. CHIANALE, *op. cit.*, 128 ss; GRAZIADEI, *op. cit.*, 192 ss; LUPOI, *op. cit.*, 77 ss; BARTOLI, *op. cit.*, 243 ss. Per ulteriori riferimenti sul sistema pubblicitario Inglese cfr. Cap. I, § in note.

66 Come rileva N. JACKSON, *Overreaching in Registred Land Law*, in *Mod. L. Rew*, 69, 2006, 216, "One of main difficulties associated whith land transfer law was the extensive investigations of title required because of the doctrine of notice".

67 Sulla nozione di *overreaching* cfr. GRAZIADEI, *op. cit.*, 191, secondo il quale "si ha *overreaching* quando l'alienazione trasferisce il bene libero dalle situazioni giuridiche che sono, per l'appunto *capable of being overreached* e in quanto tali destinate ad avere effetto sul capitale (*capital money*) ricavato dall'alienazione"; R. PEARCE - J. STEVENS, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, London, 1995, 87 s.; ma v. anche CLARKE - KOHLER, *op. cit.*, 523 i quali osservano che vi sono due modi per descrivere l'*overreaching*. Secondo la definizione adottata dalla commissione della *Law Property Act* del 1925 "is the proceeds of sale of the land when the legal title is sold to a purchaser, so that the purchaser takes free from the interest and the equitable interest holder acquires instead on equivalent interest in the proceeds of sale now held by the seller"; secondo invece la definizione di HARPUM, *op. cit.*, 282, ripresa successivamente dai giudici in alcune pronunce "overreaching is the process whereby existing interest are subordinated to a later interest or estate created pursuant to a trust or power".

68 Sul punto confronta LUPOI, *op. cit.*, 73, il quale parla di "pulizia del titolo"; v. anche HARPUM, *Overreaching, Trustees' Powers* cit., 288 s.; JACKSON, *Overreaching in Registred Land Law* cit., 214, secondo il quale "Overreaching allows a purchaser of land on conveyance of legal estate to take a title unencumbered by the beneficial interests under a trust or settlement, whether he has notice thereof or not".

69 Tuttavia, come osserva DI COSTANZO, *op. cit.*, 89, ulteriori cambiamenti sono stati introdotti dal *Land Registration Act 2002*, la cui *ratio* "è quella di realizzare appieno il *mirror principle*, fornendo un quadro completo della situazione giuridica dell'immobile e di tutti gli interessi ivi esistenti. A tal fine, è stato notevolmente ridotto il numero degli *overriding interest*, molti degli *estates* sono divenuti oggetto di autonoma registrazione obbligatoria (...) ed è stata introdotta una nuova nozione di «*duty of disclosure*». La previsione della «*electronic conveyancing*», che sostituisce il tradizionale *paper-based system*, sembra

titolo oneroso in buona fede che dimostri di aver compiuto indagini sul punto secondo la diligenza prescritta e, nonostante ciò, di non aver avuto conoscenza dell'*interest*<sup>70</sup>.

Come si vedrà meglio in seguito, un'ipotesi di *overriding interest* è costituita dall'*interest* di un beneficiario in *trust* il quale si trova nel possesso (*actual occupation*) dell'immobile<sup>71</sup>. In questo caso i *trustees* non possono alienare l'immobile senza il suo consenso. L'*interest* del beneficiario non rientra nella categoria degli *equitable interest* suscettibili di essere registrati nel registro immobiliare. In questo caso, tuttavia, l'affidamento del terzo acquirente è assicurato dal fatto che il *beneficiary* si trova nel possesso dell'immobile: pertanto egli è posto nella condizione di sapere che l'immobile è oggetto di un *trust* con un *overriding interest*<sup>72</sup>.

La costituzione di un *trust* avviene mediante la redazione di due separati documenti: con il *deed of conveyance* il *settlor* trasferisce la proprietà dei beni al *trustee*, mentre le disposizioni previste a favore dei beneficiari ed i poteri dei *trustee* sono, invece, contenute nel *trust instrument*<sup>73</sup>. Il contenuto del *trust instrument* può, tuttavia, risultare estremamente articolato e di difficile standardizzazione, per cui, al di là delle eventuali esigenze di segretezza, appare evidente per quale ragione l'atto non può essere registrato nei registri immobiliari.

Per ovviare a tale problema, la riforma del 1925 ha conferito ai *trustees* poteri

---

svuotare di significato la stessa indagine sulla natura *legal* o *equitable* di un determinato *property right* e concentra il problema intorno alla verifica della loro reale sussistenza e della loro registrazione: i diritti si considerano vincolanti soltanto se annotati nei registri. (...). Si ritiene, pertanto, che in futuro anche la nozione di *notice* acquisti un diverso significato, essa cioè indicherà l'iscrizione stessa, e un interesse che manchi di «*electronic entry*» sarà considerato del tutto inesistente. In ultima analisi, si assiste a un vero e proprio capovolgimento del sistema di pubblicità da «*registration of title*» a «*title by registration*»; sul punto cfr. anche M. DIXON, *Protecting Third - Party Interests Under The Land Registration Act 2002. To worry or not to worry, that is the question*, in M. DIXON - G. LL. H. GRIFFITHS (a cura di), *Contemporary Perspectives on Property, Equity, and Trusts Law*, Oxford, 2007, 19 ss; con particolare riferimento alla nozione di *notice* a seguito della riforma cfr. C. HARPUM - J. BIGNELL, *Registered Land: Law and Practice Under the Land Registration Act 2002*, Bristol, 2004, 105 ss.

70 Sul punto cfr. LUPOI, *op. cit.*, 83, il quale osserva che "L'*equity* - quando non si applichi la teoria dell'*overreaching* (ad esempio perché il venditore non è *trustee*) - rende opponibili all'acquirente di un estate gli *equitable rights* ed *interests* dei quali egli avrebbe avuto conoscenza (*constructive notice*) se avesse compiuto le opportune indagini da uomo ragionevole"; peraltro il *Land Registration Act* del 2002 ha ulteriormente ridotto la categoria degli *overriding interests*; sul punto cfr. CLARKE- KOHLER, *op. cit.*, 554 ss.

71 Per una dettagliata analisi della tutela accordata al beneficiario di un *trust* che si trovi nell'*actual occupation* dell'immobile cfr. HARPUM, *op. cit.*, 277 ss; CLARKE- KOHLER, *op. cit.*, 525 ss.; JACKSON, *op. cit.*, 214 ss; sul punto v. anche BARTOLI, *op. cit.*, 257 ss.

72 Come si legge nel *Law Commission Report* No. 188, 1989, *Transfer of Land: Overreaching: Beneficiaries in Occupation* riportato in estratto da CLARKE- KOHLER, *op. cit.*, 535, "That very fact of occupation can be used to alert prospective purchasers and mortgagees to the claims of the equitable owners. It means that the protection of occupation right does not extend to those who, while they are entitled to occupy, are not currently exercising the right".

73 Cfr. GRAZIADEI, *op. cit.*, 204 ss.

inderogabili (*statutory powers*)<sup>74</sup>, ammettendo che siano iscritti nel registro immobiliare quali titolari del *fee simple*, ad essi spettano, pertanto, tutti i poteri concernenti la possibilità di disporre dell'immobile. Al contempo i diritti dei beneficiari sono tutelati mediante l'annotazione nel registro di una *restriction*<sup>75</sup>, la quale, tuttavia, non comporta la pubblicazione del *trust instrument*, ma si limita ad individuare i *trustees* ai quali deve essere versato il corrispettivo per l'alienazione dell'immobile. Per cui l'annotazione ha, per un verso, la funzione di garantire che il prezzo per l'alienazione sia versato ai *trustees* tenuti a gestire il valore capitale del bene alienato nell'interesse dei beneficiari; mentre, per un altro verso, mette in guardia il compratore, garantendo a quest'ultimo che, nel caso in cui rispetti la procedura di vendita, per effetto dell'*overreaching* acquisterà il bene libero dagli *interest* dei beneficiari<sup>76</sup>.

In tal modo, sull'acquirente non grava più l'onere di espletare complicate indagini sul *trust instrument* al fine di accertare i poteri attribuiti ai *trustee*, in quanto questi ultimi sono per legge legittimati a disporre dei beni che compongono il *trust fund*: gli *interest* dei beneficiari, invece, vertono essenzialmente sul valore dei suddetti beni e, per effetto dell'*overreaching*, il loro diritto si trasferisce sul ricavato dell'alienazione. Come è stato esattamente osservato "la legge pertanto esclude che i diritti in questione debbano risultare dal registro immobiliare: il registro fondiario rimane sgombro da iscrizioni complesse quanto inutili, quali sarebbero quelle riguardanti il contenuto del *trust instrument*"<sup>77</sup>. Ciò, peraltro, appare coerente con la riforma del 1925 la quale, come si è

---

74 Per tutti HARPUM, *op. cit.*, 290; successivamente è, peraltro, intervenuto il *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996 che ha disciplinato nel dettaglio i poteri dei *trustees*. In particolare la *section 6* prevede che "*For the purpose of exercising their functions as trustees, the General powers of trustees of land have in relation to the land subject to the trust all the trustees powers of an absolute owner*".

75 In generale sulla funzione della *restriction* e sull'annotazione nei registri fondiari inglesi v. HARPUM - BIGNELL, *Registered Land: Law and Practice Under the Land Registration Act 2002*, cit., 105 ss; CLARKE - KOHLER, *op. cit.*, 542 ss.

76 Cfr. GRAZIADEI, *op. cit.*, 206 ss; BARTOLI, *op. cit.*, il quale rileva che "(...) una *restriction* debitamente annotata tutelerà il *minor interest* dei beneficiari del *trust*, impedendo la registrazione dell'acquisto se il terzo non esibisca la quietanza comprovante l'avvenuto versamento del prezzo al *trustee* (o meglio a due *trustees* o, se trattasi di *trust company*, ad un solo *trustee*)"; sulla c.d. *two-trustees rule* prevista dalla *Law of Property act* del 1925 cfr. CLARKE - KOHLER, *op. cit.*, 529 ss.

77 GRAZIADEI, *op. cit.*, 210; chiarissimi sul punto anche GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law*, cit., 541, i quali rilevano che "*Where trusts play a primary role in transactions concerning land, like in England and Scotland, the manager's power to convey good title is safeguarded by statute. Thanks to those statutory rules, acquisition of title to land held under a trust in England (in most cases) and in Scotland (always) will go through without playing any regard to the transferee's actual or constructive knowledge of the conflict of interest situation. The costs of uncertainty on the point for society would be simply too high to let private parties look after it. The same economic reasoning in the area of company directors throughout Europe*"; cfr. anche A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2011, 197, il quale, nel riportare le considerazioni svolte dalla *Scottish Law Commission* in occasione di un *Report* per la riforma della del sistema pubblicitario scozzese osserva che "In breve l'Autorità de qua ha focalizzato la sua attenzione sul



detto, grazie alla standardizzazione dei *property rights* e la riduzione ad un numero chiuso ha consentito di introdurre un sistema pubblicitario efficiente, ove le indagini da compiere al fine di apprendere le condizioni in cui si trova il bene risultano semplificate<sup>78</sup>.

### 1.3. (segue) La nozione di *trust fund* quale investimento

E' stato rilevato come una delle principali particolarità della *law of property* dei paesi di *common law* sia quella di concepire i beni principalmente in senso astratto, come espressivi di valore e ricchezza, piuttosto che in concreto, in ragione delle loro specifiche caratteristiche *uti singuli*<sup>79</sup>. La tendenza a considerare i beni principalmente come quote patrimoniali si è riflessa anche nella legislazione anglosassone che, sin dalla riforma del 1925, ha inteso assicurare una efficiente circolazione degli immobili, pur conservando un'elevata possibilità di frammentazione delle prerogative proprietarie tra una pluralità di titolari.

Al riguardo, va sottolineato che l'art. 2 del *Law of Property act* ha introdotto la nozione di *overreaching*, secondo cui il trasferimento di un *legal estate*, oggetto di un *trust of land*, rende inopponibili all'acquirente gli *equitable interests* che incidono sull'*estate* alienato, in quanto il diritto vantato dai titolari degli *equitable interests* si trasferisce sul prezzo della vendita incassato dai *trustees*. Appare evidente, pertanto, che la scelta di fondo della riforma del 1925 – coerente con la concezione del bene quale

---

problema della circolazione dei beni e quello della possibile influenza su di essa dei diritti dei beneficiari di un *trust*. E comparando il sistema locale di trascrizione del *trust* con il sistema *Torrens* (adottato dalla gran parte degli ordinamenti di *common law*), ha osservato che uno degli obiettivi di quest'ultimo è sempre stato quello di evitare di menzionare l'esistenza dei *trusts* nei registri, per indicarvi quindi solo il nome dei *trustees* ma non la loro qualità (ed escludere così qualsiasi forma di pubblicità dei beneficiari). Il tutto per facilitare le transazioni immobiliari, perché la distinzione tra *legal ownership* (del *trustee*) e l'*equitable ownership* (dei beneficiari) ha sempre creato ostacoli, in termini di certezza del diritto, agli acquirenti".

78 Cfr. il primo cap. § 1.1. Tale regola è rimasta invariata anche in seguito all'introduzione del *Land Registration Act 2002*. Come osservano HARPUM - BIGNELL, *Registered Land Law and Practise Under the Land Registration Act 2002*, cit., 107, "First, it is not possible to enter a notice in respect of an interest under trust of land, or a settlement under the SLA 1925. Where there is a disposition of land held in trust, the donee does not expect to take that land subject to the beneficial interests. The interests should instead be overreached. Any capital monies should therefore be paid to the trustees, of whom there should be at least two (unless the trustee is a trust corporation). A restriction is both the appropriate and, under the LRA 2002, the only form of entry that can be made to ensure that this occurs. An interest under a trust includes a charging order over an interest under a trust, which also only be protected by the entry of a restriction".

79 Il riferimento è al celebre contributo di RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, cit., 81 ss.; ma cfr. anche GRAZIADEI – RUDDEN, *op. cit.*, 461 ss.; LAWSON – RUDDEN, *op. cit.*, 19 ss.; CLARKE-KOHLER, *op. cit.*, 50 ss.

rappresentazione di un valore - è quella per cui gli *interests* costituiti sui beni - tutelati dall'*equity* - attribuiscono al loro titolare un diritto ad una certa quantità di ricchezza, in origine investita nel bene<sup>80</sup>.

Per la sua idoneità a distinguere tra “i beni compresi in un certo patrimonio, il capitale che essi rappresentano, e il reddito da esso prodotto”<sup>81</sup>, il *trust* si è rivelato un efficace strumento di gestione dei beni, innovando così profondamente la sua funzione rispetto a quella originaria, consistente nella conservazione e trasmissione del patrimonio all'interno della famiglia<sup>82</sup>.

Come è stato esattamente rilevato, tutto ciò ha inevitabilmente inciso sulla nozione stessa di *trust fund*, disancorato dalla fisicità dei beni che in concreto lo compongono e considerato, piuttosto, quale entità a sé stante comprensiva dell'insieme delle operazioni di volta in volta poste in essere dal *manager*.

Sorge così "l'idea di un diritto, avente natura proprietaria in forma di *equitable interest*, completamente sganciato dalla fisicità e - persino - dalla individualità del suo oggetto così inteso (in senso fisico); per essere riferito a un'entità astratta (*trust fund*) e concepito semplicemente come diritto a un reddito da essa ricavabile; ma non per questo meno 'reale'. Poiché si tratta, comunque, di un diritto legato all'attuale - e sia pur mutevole - consistenza del *trust fund* (...)"<sup>83</sup>.

Per effetto dell'istituzione di un *trust*, come si è visto, il *trustee* è proprietario *at law* dei beni che ne compongono il patrimonio essendo, quindi, legittimato a disporre verso i terzi: tuttavia, i beneficiari del *trust* vantano dei diritti sulla ricchezza costituita dal patrimonio fiduciario, in relazione ai quali non è rilevante il vincolo sul singolo bene,

---

80 Tale concezione è stata considerata in linea con il valore assunto, in età contemporanea, dai beni immateriali e dagli strumenti di investimento, divenuti progressivamente ben più rilevanti dei beni immobili in un'economia sempre più di mercato. Infatti, la qualificazione di tali beni quali parte di un “portafoglio di investimenti” ha consentito la costituzione, rispetto a questo patrimonio, di diritti limitati nel tempo, secondo il paradigma applicato originariamente (solo) ai beni immobili. In tal senso cfr. GRAZIADEI – RUDDEN, *op. cit.*, 472; cfr. anche GAMBARO, *op. cit.*, 511 s., il quale pone forte l'accento sulla concezione dematerializzata della *law of property* e rileva come nella “concezione di *common law* l'oggetto della proprietà non sia mai la cosa materiale, ma un diritto ben definito”.

81 GRAZIADEI – RUDDEN, *op. cit.*, 470; cfr. anche LAWSON – RUDDEN, *The Law of Property* cit., 42, ove gli Autori osservano che “*However, it is by no means necessary to interpose an abstract person between human beings and fund: it can be vested in human beings for the benefit of other human beings. In the common law this is done by means of the trust*”.

82 Sul punto cfr. LANGBEIN, *The contractarian Basis of the Law of Trusts*, cit., 637, secondo il quale “*Although feudal land law no longer needs evading, the trust has endured because it has changed function. The trust has ceased to be a conveyancing device for holding freehold land and has become instead a management device for holding financial assets. The management trust is a response to the radical change away from family real estate as the dominant form of wealth. As Roscoe Pound observed in an arresting epigram, 'Wealth, in a commercial age, is made up largely of promises'*”; MOCCIA, *op. cit.*, 139; GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 28 s.

83 MOCCIA, *op. cit.*, 139 s.

quanto piuttosto la sussistenza di un apparato rimediale che consente ai beneficiari di potere continuare a godere della ricchezza ad essi riservata<sup>84</sup>.

E' peraltro da rilevare che la suesposta regola subisce, talvolta, dei correttivi. A ben vedere, la presenza nell'ordinamento inglese dei c.d. *overriding interests* trova spiegazione nella circostanza per cui, in alcune ipotesi, il titolare dell'*equitable right* è interessato al singolo bene per le specifiche caratteristiche che quest'ultimo presenta anziché al bene quale mero investimento.

Si comprende, allora, per quale motivo i *trustees* che intendano alienare l'immobile che sia nell'*actual occupation* del beneficiario debbano ottenere il consenso di quest'ultimo<sup>85</sup>, mentre, quando tale situazione non ricorre, il meccanismo dell'*overreaching* non troverà applicazione, giacché il beneficiario potrà esperire l'azione di *following* nei confronti del terzo acquirente che abbia avuto *notice* dell'*interest* sull'immobile.

E' chiaro che in una simile ipotesi l'immobile non è apprezzato dal titolare dell'*interest* quale mero valore capitale e, pertanto, l'ordinamento accorda al beneficiario che abiti nell'immobile una tutela in forma specifica. Tutto ciò sembra confermare la peculiarità dell'ordinamento inglese, incline a distinguere le fattispecie in cui un bene è considerato in quanto tale o costituisce mero investimento di un capitale.

### **2.1. Il *trust* di *common law*: nozione**

L'analisi sin qui condotta rivela che nel sistema anglosassone l'operatività del *trust* è garantita, per un verso, dall'attitudine della *property* ad essere scomposta in un fascio di poteri e facoltà e, per altro verso, dalla rilevanza tendenzialmente esclusiva del valore patrimoniale dei beni per i beneficiari del *trust*<sup>86</sup>.

Va ora sottolineato che, dal punto di vista strutturale, il *trust* pur soggiacendo ad uno schema comune<sup>87</sup>, può essere articolato in una pluralità di tipologie a seconda delle finalità ovvero della fonte istitutiva.

Perciò, anche se si accoglie la nozione di *trust* che si trova nel testo classico di Maitland - "Quando ad una persona competono diritti che devono essere esercitati nell' interesse

---

84 In tal senso per tutti GAMBARO, *op. cit.*, 513.

85 Sull'esigenza di tutelare in forma specifica il c.d. *occupying beneficiary* cfr. CLARKE-KOHLER, *op. cit.*, 525 ss.; HARPUM, *op. cit.*, 277 ss.; JACKSON, *op. cit.*, 214 ss.

86 Sulla "*fragmentation of ownership*" e sulle tecniche mediante le quali la *law of property* anglosassone attua tale frammentazione cfr. per tutti LAWSON – RUDDEN, *op. cit.*, 90 ss.

87 FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 2 e 6; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 7 s.

altrui, o in vista di uno scopo particolare, costui è titolare di tali diritti in trust per l'interessato, o per lo scopo designato, e prende il nome di *trustee*<sup>88</sup> – non si può fare a meno di sottolineare la complessità dell'istituto.

In primo luogo, va sottolineato che esistono diverse tipologie di *trusts*, i quali vanno distinti in *constructive trusts*; *resulting trusts* nonché in *express trusts*, ossia i *trust*, espressamente istituiti<sup>89</sup>, in cui il soggetto A, detto disponente o *settlor*, trasferisce la proprietà di uno o più beni al soggetto B, detto *trustee*, conferendogli l'incarico di gestione del *fund* nell'interesse di C, detto *beneficiary* o *cestui que trust*, ovvero per il conseguimento di un determinato scopo<sup>90</sup>.

In secondo luogo, va rilevato che il rapporto che sorge in seguito all'istituzione di tali forme giuridiche non coinvolge necessariamente tre soggetti, in quanto l'unica figura veramente indispensabile è costituita dal *trustee*<sup>91</sup>. Infatti, può mancare la figura del disponente, come accade nei *constructive* e *resulting trusts*, ossia quei *trusts* che trovano la propria fonte istitutiva nella legge e che prescindono da alcuna attribuzione al *trustee*<sup>92</sup>. Ancora, lo stesso disponente potrebbe nominare se stesso come *trustee* o come beneficiario (ove vi siano più beneficiari), riunendo in tal modo due figure in capo ad un

---

88 F. W. MAITLAND, *L'equità* (traduzione italiana di *Lectures of Equity*), Cambridge, 1976), Milano 1979, 59; v. anche M. GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, 257.

89 Cfr. per tutti VAN ERP - AKKERMANS, *Property Law* cit., 554, ove si osserva che i *trusts* in questione "are sometimes called 'express' trusts to denote the fact that the declaration of trust must be pushed out (expressed)".

90 In linea generale i *constructive trusts* ed i *resulting trusts* sono quei *trusts* che trovano fonte nella legge e che prescindono da un'attribuzione al *trustee*. Tuttavia, come osserva LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 12 s., "Il diritto inglese non ha concettualizzato a sufficienza né i *constructive* né i *resulting trust*, inoltre, esistono rilevanti differenze fra la dottrina inglese e la dottrina statunitense. Le tipologie di *constructive trust* abbracciano una serie di fattispecie che, agli occhi civilistici, appaiono eterogenee: benefici impropri tratti da un rapporto fiduciario, promittente che mantenga il titolo di proprietà sul bene promesso, acquirente di beni in *trust* impropriamente alienati dal venditore, indebito oggettivo, ingiustificato arricchimento, dichiarazione verbale che produce affidamento, approfittamento di una situazione di affidamento e altre ancora (...) Con il termine *resulting trust* si indica quel vario complesso di casi, unificabile solo in base al risultato, nei quali, per effetto di una regola di diritto, il disponente mantiene, rispetto ai beni in *trust*, una posizione di aspettativa proprietaria che di norma non gli competerebbe e di cui non è necessario egli abbia alcuna cognizione né che corrisponda a un suo intendimento"; sulla distinzione fra *constructive resulting* ed *express trusts* cfr. anche PEARCE - STEVENS, *The Law of Trust and Equitable Obligation*, cit., 157 ss. I *trusts*, inoltre, possono variare anche a seconda della finalità per la quale sono istituiti: per fare un esempio, è possibile distinguere i *charitable trusts* i quali non hanno beneficiari "in senso tecnico" e sono istituiti per perseguire scopi assistenziali dai *private trusts*, ove vi è sempre la presenza di uno o più beneficiari che hanno diritto a pretendere dai *trustees* il rispetto degli obblighi fiduciari. Sul punto cfr. per tutti GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit., 260 s.; per una descrizione delle numerose tipologie di *trusts* cfr. LUPOI, *Trusts*, cit., 120 ss.

91 LUPOI, *op. ult. cit.*, 286 s.

92 Cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 554 s., i quali rilevano che alcuni *trusts* "are normally called 'constructive' trusts, the word 'constructive' indicating that they have been constructed or created by the court rather than by an individual right-holder. Constructive trusts, however, are hardly trusts at all, for they contain little of the content of express trusts"; v. anche LUPOI, *op. ult. cit.*, 3.

unico soggetto. Può accadere che non vi sia alcun *beneficiary*, come nei *charitable trusts*, ossia quei *trusts* con finalità di carattere caritatevole per la comunità<sup>93</sup>, in quanto in tal caso si ritiene, ma il linguaggio è chiaramente figurato, che beneficiario sia lo stesso scopo caritatevole ovvero la collettività.

In terzo luogo va aggiunto che in alcune tipologie di *trust* può mancare un'attribuzione patrimoniale: ciò può avvenire qualora il disponente sia egli stesso *trustee*; ovvero nei casi *trusts* non espressamente istituiti, quali i *constructive* e *resulting trusts*, dove mancando la figura del disponente, non può sussistere alcuna attribuzione patrimoniale a favore del *trustee*. Tuttavia, già in prima battuta, interessa rilevare che, anche quando non vi sia un trasferimento di beni o diritti, la creazione di un *trust* produce sempre un effetto patrimoniale estremamente rilevante, la segregazione dei beni o diritti oggetto del *trust* nel patrimonio del *trustee*, in virtù del quale il *trust fund* sarà destinato al perseguimento degli interessi del beneficiario e non sarà aggredibile dai creditori del *trustee*.

## **2.2. La law of trust anglo-americana ed il ruolo dell'*equity***

L'evoluzione della *law of trust* mostra come l'*equity* nasca per sopperire alle rigidità e per colmare le lacune del *common law*<sup>94</sup>. Caratteristica dell'*equity*, infatti, è la soluzione del conflitto in base alla comparazione degli interessi piuttosto che ad appigli formali o procedurali: essa trae origine dal diritto canonico ed è fondata sui principi di onestà, coscienza e buona fede<sup>95</sup>.

La *common law* in senso stretto non era capace di tutelare il beneficiario in caso di abuso del *trustee*, in quanto - nel caso in cui il titolare di un *estate* avesse formalmente trasferito il suo titolo ad altri sulla base di un rapporto di fiducia che obbligava (in coscienza) costui, quale *trustee*, a gestire il bene di cui era divenuto titolare nell'interesse di un altro soggetto - le Corti di *common law* non andavano oltre il riconoscimento del *trustee* come titolare effettivo dell'*estate*: le Corti non riconoscevano infatti alcun valore né alle obbligazioni fiduciarie, né alla *causa fiduciae*, mentre attribuivano pieno valore al trasferimento della proprietà avvenuto fra il costituente ed il

---

93 Per maggiori approfondimenti sulla qualifica «*charitable*» dello scopo del *trust*, cfr. LUIPOI, *op. ult. cit.*, 210 ss.

94 GAMBARO, *Trust*, cit., 450.

95 Cfr L. MOCCIA, voce *Equity*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 499, il quale rileva che la carica di Cancelliere fu per molto tempo appannaggio del clero; v. anche E. MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. Giur.*, 1995, I, 164 s.

*trustee*. In altri termini, per la *common law*, in seguito al trasferimento patrimoniale, il *trustee* diveniva titolare di una proprietà piena.

In questo quadro l'*equity*, intervenendo a titolo sussidiario per ragioni di moralità e di giustizia, ha posto un rimedio alle lacune del *common law* ed ha impedito che i *trustee* potessero avvantaggiarsi dei loro abusi, obbligandoli, mediante rimedi inibitori (*injunctions*), a tener fede alla loro promessa di agire in veste di fiduciari. Si deve al Cancelliere, chiamato ad intervenire in sede di *equity jurisdiction* con l'emanazione di provvedimenti diretti personalmente nei confronti del *trustee* inadempiente, la tutela del beneficiario, al quale è stata riconosciuta la posizione di *equitable owner*<sup>96</sup>.

I due ordinamenti sono coordinati grazie al principio «*equity follows the law*». L'*equity* "imita" la *common law* poiché modella le proprie regole su quelle della *common law*<sup>97</sup>, il che significa, nel caso del *trust*, che rispetta la piena efficacia degli atti di gestione e di disposizione posti in atto dal *trustee* sino a quando questi non si rivelino lesivi degli interessi del beneficiario. L'*equity*, essendo stata concepita come giurisdizione di coscienza, interviene in via sussidiaria per reprimere gli abusi, le frodi e la malafede: perciò, nel caso del *trust*, qualora si verifichi un abuso il *trustee* non potrà invocare il suo titolo per paralizzare i rimedi che l'*equity* accorda al beneficiario<sup>98</sup>.

Se si prende in considerazione l'intera evoluzione dell'*equity* e delle tutele da questa apprestate al *beneficiary*, il coordinamento fra i due ordinamenti emerge con chiarezza. Inizialmente la tutela accordata dal Cancelliere aveva carattere personale, in quanto poteva essere rivolta soltanto contro la persona del *trustee*. Il carattere relativo non costituiva un riflesso della natura del diritto riconosciuto al beneficiario, ma dell'esigenza che il *trustee* rispettasse i suoi doveri derivanti dal rapporto fiduciario: al contempo, però, l'intervento del Cancelliere non avrebbe potuto negare l'esistenza, *at law*, dei diritti del *trustee* riconosciuti dalla *common law* e pertanto non avrebbe potuto prendere di mira direttamente il bene che ne era oggetto, ma era costretto a rivolgere la propria attività esclusivamente contro la persona, o meglio ancora, la coscienza del fiduciario.

Per quanto possa apparire paradossale, questo modo di operare dell'*equity* è valso

---

96 Cfr. per tutti GAMBARO, *Trust*, cit., 453 s.; LUPOI, *op. ult. cit.*, 131 s.

97 In tal senso per tutti LUPOI, *op. ult. cit.*, 41 s.; GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, cit., 513, il quale rileva che "il Cancelliere non ordinerà mai al *trustee* di restituire i beni, ma piuttosto gli ordinerà di comportarsi come trustee e non come proprietario nel proprio interesse. Con ciò lo schema del *trust* viene preservato ed il diritto di *common law* non viene contraddetto, anzi si potrà dire che: *equity follows the Law*".

98 Cfr. GAMBARO, *Trust*, cit., 453.

storicamente a dare l'ingresso nell'ordinamento inglese a mezzi di tutela in forma specifica, alternativi rispetto al rimedio dei danni in *common law*<sup>99</sup>. Si trattava di rimedi capaci di assicurare, in relazione a situazioni ritenute in genere proprietarie, una maggiore e più efficace tutela rispetto a quella meramente risarcitoria.

Con il tempo, attraverso l'opera della giurisprudenza di *equity*, la tutela del *beneficiary* è stata ampliata nei confronti di chiunque avesse acquistato il *legal estate*, avendo notizia dell'esistenza di un *interest*, come pure, indipendentemente da questa conoscenza, nei confronti dell'erede del *trustee*<sup>100</sup>. Le Corti di *equity*, infatti, estesero la possibilità da parte dei beneficiari del *trust* di far valere il loro *interest* anche nei confronti dei creditori personali del *trustee* e degli acquirenti anche a titolo oneroso secondo la regola della «*notice*»<sup>101</sup>.

Pur essendo state unificate le Corti di *common law* e di equità sia in Inghilterra che negli Stati Uniti, l'originaria separazione dei due sistemi continua ad essere rilevante<sup>102</sup>. Proprio sulla base della contrapposizione fra *common law* ed *equity*, tuttora permane la distinzione fra *legal rights*, validi nei confronti di tutti, e gli *equitable interests* i quali, salvo il caso di *overreaching*, non possono essere opposti al compratore a titolo oneroso di buona fede e i suoi aventi causa<sup>103</sup>.

Le peculiarità di tali situazioni soggettive nascenti dall'*equity* si riflettono anche sul più peculiare dei rimedi posti a tutela del *beneficiary*, l'azione di *tracing*, che consente al beneficiario di «ricomporre» il patrimonio del *trust* qualora il *trustee* ponga in essere degli atti abusivi. Tale azione costituisce un'evoluzione dei rimedi tipici dell'*equity* - e segnatamente della *specific performance* e dell'*injunction* - e, come tale, conserva ancora alcuni dei loro tratti peculiari<sup>104</sup>.

---

99 Per tutti GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, cit., 513.

100 A tal proposito A. GAMBARO, in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property - Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova 1992, 59, osserva che “Nell’esperienza di *common law* non si poteva omologare la posizione dei fiduciari a quella dei creditori perché questi ultimi godevano di una tutela troppo limitata e quindi insuscettibile di espansione per via analogica. Perciò, manifestando una aderenza spontanea alla tassonomia di *common law*, la posizione giuridica dei fiduciari di un *trust* venne omologata alla posizione proprietaria, con il risultato di dare origine ad una *double ownership*, l’una in *law* e l’altra in *Equity*, il che costituisce la pietra d’angolo di tutto l’istituto”.

101 Per tutti G. C. CHESHIRE, *Il concetto di “Trust” secondo la common law inglese*, Ristampa, Torino, 1998, 20 s.

102 Cfr. MOCCIA, *Equity*, cit., 500 s.; CHESHIRE, *Il concetto di “Trust” secondo la common law inglese*, cit., 10. Con il *Judicature Act* del 1873 tutte le Corti superiori di *common law* e di *equity* sono state sostituite da una nuova organizzazione giudiziaria competente ad applicare le norme di *common law* e di *equity*.

103 Cfr. MOCCIA, *op. cit.* 124.

104 Per una distinzione fra *tracing* di *common law* e *tracing in equity* cfr. GALLARATI, *op. cit.*, 101 ss.

### 2.3. Le azioni a tutela del beneficiario: *following e tracing*

I beneficiari dispongono di una molteplicità di strumenti che consentono loro di tutelare i propri *interests*.

Essi sono titolari in primo luogo di un'azione personale nei confronti del *trustee* nell'ipotesi in cui costui violi uno degli obblighi previsti dalla *law of trust*. Al riguardo, va tenuto presente che al centro della disciplina del *trust* di *common law* non vi è solo il *fund*, ma anche le relazioni ed i rapporti che intercorrono fra i soggetti che entrano in contatto con esso, per cui la *law of trust* anglo-americana disciplina nel dettaglio le regole di comportamento e gli obblighi a cui il *trustee* si deve attenere nella gestione del *fund*<sup>105</sup>: fra i principali obblighi imposti dalla legge al *trustee* si ricorda l'obbligo di amministrare diligentemente il *trust fund* (*duty of care*), l'obbligo di non dar luogo a conflitti d'interesse (*duty of loyalty*), l'obbligo di tenere separato il *trust fund* dal proprio patrimonio personale (*duty not to commingle*)<sup>106</sup>.

L'elenco e il contenuto di questi obblighi è in continua evoluzione, in quanto il *trust* si è modificato nel tempo da strumento volto alla conservazione dei patrimoni a strumento di gestione volto alla massimizzazione degli investimenti: per cui al mutare della funzione dell'istituto si è accompagnata l'elaborazione di una serie sempre più dettagliata di *standard* comportamentali da parte dei *trustee*, sicché oggi la *law of trust* anglo-americana disciplina persino le regole di condotta che questi ultimi devono adottare in materia di investimenti<sup>107</sup>.

Il *breach of trust* consiste nell'inadempimento da parte del *trustee* di uno dei propri doveri. Qualora l'inadempimento del *trustee* provochi una diminuzione patrimoniale del *trust fund*, ai beneficiari è consentito agire nei confronti del *trustee* al fine di ottenere il risarcimento del danno<sup>108</sup>. Inoltre, qualora vi sia il pericolo che il *trustee* violi uno dei propri obblighi, sarà possibile ottenere un provvedimento del giudice che imponga o vieti al primo di tenere un determinato comportamento. In aggiunta ai rimedi risarcitori,

---

105 Cfr. per tutti J. EDELMAN, *When do Fiduciary Duties Arise?*, in *L.Q. Rev.* Vol. 126, 2010, 302 ss.

106 In argomento cfr GALLARATI, *op. cit.*, 28 ss.; PEARCE - STEVENS, *op. cit.*, 605 ss.; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2012, 164 ss.; A. BARBA, *La responsabilità del Trustee*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, 105 ss.

107 cfr. GALLARATI, *op. cit.*, 28 s.; GETZLER, *Legislative incursions into modern trusts doctrine in England*, cit., 3 ss; per un esame casistico degli *investment duties* del *trustee* v. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 558 ss.

108 Con riferimento al *breach of trust* ed alle azioni personali esperibili dai beneficiari cfr. GALLARATI, *op. cit.*, 89 ss.; GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit. 258; VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 557.



i beneficiari sono assistiti da alcuni rimedi estremamente efficaci che consentono loro di preservare e ricomporre il *trust fund*: si tratta dell'azione di *following* e dell'azione di *tracing*. Tali espressioni non individuano un determinato *petitum*, ma indicano piuttosto che l'attore mira a far valere la sussistenza del rapporto con il bene sottratto al *trust*<sup>109</sup>. In effetti queste azioni non mirano a conseguire il bene oggetto del *trust*, bensì il suo valore: pertanto esse possono essere definite azioni reali o *claims in rem* solo in senso lato.

Per essere più precisi, il *tracing* ed il *following* non consistono in azioni nel senso tecnico, bensì possono essere descritte come "tecniche di identificazione dell'oggetto della domanda prodromiche all'imposizione di un *constructive trust* sui beni individuati", ovvero prodromiche alla surrogazione del beneficiario nei diritti vantati nei confronti di terzi, nonché all'ottenimento della reimmersione del bene nel patrimonio del *trust* originario<sup>110</sup>.

Questi procedimenti consentono al beneficiario di ricercare il bene o le trasformazioni che il medesimo ha subito una volta uscito dal *trust fund* al fine di esperire, poi, l'azione restitutoria in senso proprio. Sebbene le due tecniche spesso tendono a confondersi, parte della dottrina distingue il *following* dal *tracing*<sup>111</sup>.

La prima consente di agire per la restituzione di un bene sul quale incide un *equitable interest*, non solo nei confronti del *trustee*, ma anche nei confronti dei terzi<sup>112</sup>. Tuttavia occorre osservare che la facoltà di recuperare il bene presso il terzo acquirente sorge raramente rispetto al passato per i beni immobili, mentre resta rilevante nel caso di beni mobili.

Il *following* infatti è tipicamente collegato al caso in cui il *trustee* sia privo del potere di

---

109 GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 453 ss.

110 GALLARATI, *op. cit.*, 99; cfr. anche PEARCE - STEVENS, *op. cit.*, 863 ss.; SMITH, *The Law of Tracing*, cit., 6 ss.; S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 533, secondo cui "il *tracing* non consiste in una "azione" nel senso tecnico che ci è noto, come talvolta si legge nella letteratura giuridica, ma in una "tecnica probatoria e di individuazione dell'oggetto della domanda". E' cioè una procedura istruttoria che presenta finalità reipersecutorie"; A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005, 144 ss.; in argomento cfr. anche S. FERRARI, *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*, Milano, 1988, 50 ss.

111 Secondo SMITH, *op. cit.*, 6, "The context of following is the movement of things in time and space. In contrast, the context of tracing is substitution. Tracing identifies a new thing as the potential subject matter of a claim, on the basis that it is the substitute for an original things, which was itself the subject matter of a claim"; cfr. anche GALLARATI, *op. cit.*, 100, il quale rileva che "il *following*, tuttavia, è stato da alcuni a sua volta etichettato come *tracing*, mediante una distinzione tra *tracing 'from hand to hand'* (che corrisponderebbe al *following*) e *tracing 'from form to form'* (che corrisponderebbe al *tracing*). Per di più, negli Stati Uniti, alcuni hanno sovrapposto del tutto le due procedure istruttorie, riconoscendo la possibilità di esperire un *tracing* tanto sui beni originari quanto su quelli che, in una nuova forma, rappresentano gli originari".

112 Cfr. GALLARATI, *op. cit.*, 99 s.; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 145.

alienare i beni: ma tale eventualità è, in linea di principio, ormai esclusa in Inghilterra rispetto agli immobili<sup>113</sup>, in quanto il *trustee* di un *trust of land* dispone per legge di tutti i poteri del proprietario, compreso il potere di alienare<sup>114</sup>. Per questo motivo, in generale nel caso di trasferimento abusivo opera il meccanismo dell'*overreaching*, sicché il diritto del beneficiario si trasferisce sul ricavato della vendita. Tuttavia, in relazione ai beni immobili, il *following* continua ad operare in alcuni casi specifici. In primo luogo nel caso in cui il beneficiario si trovi nell'*actual occupation* dell'immobile, in quanto il *trustee* non può alienare l'immobile senza il consenso del beneficiario: la posizione del beneficiario costituisce pertanto un *overriding interest* che, in quanto tale, è opponibile anche ai terzi acquirenti di buona fede secondo la risalente regola della *notice*. Per cui in tal caso il beneficiario può esperire l'azione di *following* nei confronti di un terzo per ottenere la restituzione di un bene immobile.

Il beneficiario può opporre il proprio *interest* anche agli eventuali *sub-acquirenti* del terzo che abbia acquistato secondo la regola della *notice*. Qualora, infatti, il terzo sia rimasto esposto all'azione di *following*, dovrà parimenti ritenersi esposto a detta azione il *sub-acquirente*, purché quest'ultimo abbia avuto *notice* dell'*interest* del beneficiario<sup>115</sup>. Ove nei confronti del terzo non sia stata esercitata l'azione di *following* il beneficiario non può opporre il proprio *interest* nei confronti del terzo *sub-acquirente* (*without notice*), tuttavia può esperire l'azione di *tracing* nei confronti del primo acquirente rivalendosi sul denaro da quest'ultimo incassato quale corrispettivo della vendita.

Un'altra ipotesi di *following* si configura qualora il *trustee* trasferisca a titolo gratuito l'immobile ad un terzo, in quanto anche in questo caso l'*overreaching* non trova applicazione<sup>116</sup>.

Il procedimento di *following*, pertanto, ha solitamente ad oggetto i beni mobili abusivamente alienati dal *trustee*<sup>117</sup>. La *law of trust* anglosassone prevede infatti che sussista la possibilità di limitare i poteri del *trustee di beni mobili*, il quale assume il dovere di conservare i beni per trasferirli in un secondo momento ai beneficiari (*bare*

---

113 Chiarissimo al riguardo GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit., 262.

114 Con riferimento alle principali modifiche apportate dal *Trust of Land Appointment of Trustee Act del 1996* cfr. BARTOLI, *op. cit.*, 253 ss.

115 In tal senso cfr. BARTOLI, *op. cit.*, 259 s. il quale tuttavia qualifica tale azione come *tracing*.

116 In questo caso come osserva BARTOLI, *op. cit.*, 258, l'azione condurrà all'accertamento dell'esistenza di un *constructive trust* per cui l'acquirente diviene *trustee* per l'originario beneficiario. Il nuovo *trustee* sarà, quindi, obbligato a trasferire l'immobile al *trustee* originario o, altrimenti, direttamente al beneficiario.

117 Peraltro come osserva GALLARATI, *op. cit.*, 100, il *fallawing* non può avere ad oggetto beni mobili non tangibili come il denaro depositato in un conto bancario o gli strumenti finanziari dematerializzati. Pertanto il *fallawing* nelle dinamiche del *trust* moderno è oggi almeno in parte circoscritto.

*trusts*)<sup>118</sup>.

L'altro istituto, il *tracing*, consente di agire sui beni che sostituiscono quelli originari. In altri termini con il *tracing* è possibile andare alla ricerca dei beni che costituiscono l'investimento del valore capitale attribuito al beneficiario del *trust*<sup>119</sup>.

Può accadere che il *trustee* sostituisca un bene del *trust fund* con un altro bene: in questo caso si parla di *clean substitution*<sup>120</sup>. Questa ipotesi sussiste tipicamente quando il *trustee* acquista dei beni con il denaro ricevuto quale prezzo dell'altro bene, per cui il beneficiario ha la possibilità di esperire il *tracing* sui beni acquistati i quali, per effetto della pronuncia del giudice, entreranno a far parte del *trust fund*.

Sussiste, invece, l'ipotesi di *mixed substitution* qualora il *trustee* acquisti un bene, in parte con il denaro oggetto del *trust*, ed in parte con denaro personale, restando impossibile individuare quale parte dei beni in commistione rappresenti ciò che appartiene al *trust fund*: nella fattispecie trovano applicazione discipline diverse a seconda che il *trustee* fosse autorizzato o meno a porre in essere l'operazione. Qualora l'acquisto sia compiuto abusivamente, opera la presunzione che il denaro impiegato per l'acquisto provenga interamente dal *trust fund*, per cui i beneficiari potranno estendere il proprio diritto sull'intero bene. Nel caso, invece, in cui l'acquisto del *trustee* sia lecito, i beneficiari potranno vantare il proprio diritto solo in proporzione alla quota del *trust fund* impiegata all'acquisto del bene.

Una fattispecie analoga si ha qualora il *trustee*, violando il dovere di tenere separato il *trust fund* dal proprio patrimonio personale, depositi tutte le somme in un unico conto bancario: in tal caso opera nei suoi confronti una regola particolarmente sfavorevole per cui si presume che il *trustee* abbia prelevato prima le somme che gli appartengono, per cui le somme che restano in conto si presumono appartenere al patrimonio separato<sup>121</sup>.

---

118 Sul punto cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 262.

119 Secondo la definizione di GALLARATI, *op. cit.*, 101, il *tracing* è "il meccanismo le cui regole e presunzioni permettono all'attore di accettare la sussistenza presso terzi di un bene mobile trasformato o di una somma di denaro in relazione ai quali l'attore stesso è in grado di vantare un diritto proprietario nonché di esperire un rimedio di tale natura"; in argomento cfr. anche GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 452; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 442 s.; NERI, *op. cit.*, 144 ss.; v. anche FERRARI, *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*, cit., 51, la quale osserva che "Il fenomeno del *tracing* è diventato ancor più importante mano a mano che l'oggetto del trust si è venuto per così dire smaterializzando: dalla terra a oggetti individuati e riconoscibili, a certificati azionari e *funds* cioè complessi di beni che possono via via mutare, attraverso un meccanismo simile alla nostra surrogazione reale, senza che il *beneficiary* perda il diritto di perseguirli tanto nelle mani del trustee originale quanto nelle mani di altre persone, che siano *constructive trustees* o curatori fallimentari ecc."

120 Per un'analisi approfondita circa le ipotesi di *clean substitution* e *mixed substitution* v. SMITH, *op. cit.*, 133 ss.; GALLARATI, *op. cit.*, 106 ss.

121 Per un'analisi approfondita sull'argomento cfr. GALLARATI, *op. cit.*, 117 ss.; cfr. anche SMITH, *op. cit.*, 183 ss.; PEARCE - STEVENS, *op. cit.*, 869 ss.; FERRARI, *op. cit.*, 52 s.

Infine, nell'ipotesi in cui il *trustee*, in violazione dei propri obblighi, compia una commistione tra *trust funds*, operano una serie di complicate presunzioni elaborate in via giurisprudenziale<sup>122</sup>.

### 3. *Trust* e separazione patrimoniale

Una delle principali peculiarità del *trust* è quella di assicurare, tramite la separazione patrimoniale dei beni, una dissociazione fra la titolarità del diritto di proprietà e l'interesse per cui esso è esercitato<sup>123</sup>: per effetto dell'istituzione del *trust*, infatti, il *fund* risulta «segregato» dal patrimonio personale del *trustee*, sicché esso non può essere aggredito dai creditori personali del *trustee* (anche in caso di fallimento<sup>124</sup>), né esso può fare parte del regime matrimoniale o del regime successorio di quest'ultimo.

I beni che compongono il *trust fund*, del resto, non potranno essere aggrediti dai creditori del disponente in quanto, in seguito al trasferimento al *trustee*, sono usciti dal patrimonio del *settlor*. Come si è visto, nei sistemi di *common law* la possibilità di opporre il vincolo ai creditori personali del *trustee* e del *settlor* è assicurato, per un verso, trasferendo al *trustee* la proprietà dei beni che andranno a costituire il *trust fund* - tale soggetto sarà quindi considerato proprietario *at law* (ossia secondo le regole del *common law*) - per un altro verso, riconoscendo ai beneficiari la titolarità di un *equitable interest*<sup>125</sup>.

La regola che garantisce l'opponibilità del vincolo fiduciario ai creditori personali del *trustee* è il risultato dell'evoluzione giurisprudenziale delle Corti inglesi<sup>126</sup>, della quale non si è trovata una univoca motivazione di "stretto diritto"<sup>127</sup>. La motivazione più

---

122 Per un'analisi approfondita cfr. GALLARATI, *op. cit.*, 119 ss.; SMITH, *op. cit.*, 203 ss.

123 Sul punto cfr. HANSMANN - MATTEI, *The Function of Trust Law*, cit., 438. Come affermano gli Autori: "In very general terms, our answer is that the most important contribution of the law of trusts is that it facilitates the portioning of assets into bundles that can conveniently be pledged separately to different classes of creditors. Of particular importance in this respect is the use of trust law to shield trust assets from claims of trustee's personal creditors".

124 Parte della dottrina distingue il fenomeno della *segregazione* dalla separazione patrimoniale, v. LUPOI, *Trusts*, cit., 565 s. Secondo l'A., mentre la separazione patrimoniale sarebbe una vicenda che coinvolge un complesso di posizioni soggettive attive e passive, la *segregazione* potrebbe essere riferita anche solo a una singola posizione soggettiva di qualunque genere, anche ad una mera aspettativa di fatto e, in *common law*, ad un *equitable interest*. Inoltre, la *segregazione* sarebbe caratterizzata dalla completa incomunicabilità fra i beni segregati e il soggetto che ne è titolare. In altri termini, in tale ipotesi non sarebbe possibile una commistione fra responsabilità dal patrimonio generale a quello separato, né la potenziale comunicazione degli arricchimenti dal patrimonio separato a quello generale.

125 Per tutti MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., 122 ss.

126 Per una sintesi dell'evoluzione storica di tale regola nel diritto inglese cfr. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit. 393 ss.

127 Il rilievo è di JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., 192, secondo il

ricorrente sembra essere quella secondo cui i creditori del *trustee* non avrebbero diritti maggiori di quelli che spettano al loro debitore<sup>128</sup>: ciò conduce a ritenere che la separazione patrimoniale dei beni facenti parte del *trust* dal patrimonio del *trustee* si fondi, sostanzialmente, su una giustificazione di carattere pratico e, quindi, sia funzionale ad assicurare l'esercizio del diritto di proprietà sui beni che costituiscono il *trust fund* nell'interesse dei beneficiari.

Invero, come è stato rilevato "la particolarità della *law of trust* rispetto al nostro diritto delle relazioni fiduciarie nasce dal fatto che il diritto inglese ha avuto meno esitazioni del nostro, e degli altri diritti di *civil law*, a considerare che (...) qualunque bene entri formalmente nella sfera proprietaria di un soggetto per essere da questo gestito al fine di soddisfare un interesse alieno [rimanga] al servizio di quello scopo e non vi è ragione che ne sia distratto per soddisfare l'interesse dei creditori del suo occasionale gestore"

129

Gli studi condotti da autorevole dottrina, inoltre, mettono in luce come la *law of trust* permette e facilita una particolare riorganizzazione della posizione degli attori del *trust* - ossia il disponente (*Transferor*), il *trustee* (*Manager*) e il beneficiario (*Recipient*) - nei confronti dei rispettivi creditori che non sarebbe perseguibile per mezzo dei normali strumenti contrattuali<sup>130</sup>. La *law of trust* anglo - americana si caratterizza per la

---

quale la maggior parte dei giuristi inglesi non avrebbe approfondito le ragioni di tale regola, limitandosi a proporre soluzioni "tautologiche". Per usare le parole dell'A.: " Tutto ciò che si può ricavare da queste spiegazioni alquanto tautologiche è la conclusione che, in materia di fallimento, l'*equity* prevale sulla *common law*, e che, pertanto nel conflitto, la massa attiva deve essere determinata secondo le regole del primo sistema; conclusione, d'altronde, sul piano storico, confermata dal rilievo che: «*the Court of Bankruptcy is a Court of Equity*»".

128 V. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 393, il quale rinvia ai casi *Burgh v. Francis* (1670) 1 Eq.Ca.Abr.320 e *Bennet v. Davis* (1725) 2 P. Wms 316; JAEGER, *op. cit.*, 192.

129 GAMBARO, *Trust*, cit., 457; è opportuno rilevare che nell'esperienza inglese i beneficiari del *trust* non ricevono una tutela esclusivamente dall'*equity*, ma anche da specifiche regole del *common law*. In particolare cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 206 ss. il quale rileva come i diritti dei beneficiari sono tutelati per l'effetto di una "restriction" nel registro previsto dal *Lend Registration Act* del 1925. Come afferma l'A.: "L'annotazione non svela il contenuto dell'atto istitutivo del *trust*, ma serve ad individuare i soggetti a cui deve essere versato il corrispettivo dovuto nel caso di alienazione del diritto. (...) Qualora invece l'annotazione a tutela dei beneficiari non sia stata eseguita, salva l'ipotesi di alienazione gratuita, il potere di disposizione spettante al *tenant for life* in quanto *registered proprietor* non subisce limiti". Sul punto cfr. anche LUPOI, *Trusts*, cit., 275 ss., il quale tuttavia sembra approdare a conclusioni in parte differenti.

130 Cfr. HANSMANN - MATTEI, *The Function of Trust Law*, cit., 434 ss. L'obiettivo che viene posto nell'indagine degli Autori è quello di verificare qual sia il ruolo delle regole che disciplinano il *trust* e se sia possibile affermare che tale disciplina sia ormai superflua nell'attuale sistema di *common law*, connotato dalla presenza delle regole contrattuali e delle società. L'indagine dottrinale menzionata ha avuto ad oggetto quattro tipi di rapporti diversi: "*For conveniince, we can categorize these into several groups: (A) relationships among the three principale parties (...); (B) relationships between the principal parties and their various personal creditors; (C) relationschips between the principal parties and the creditors who have claims against the Managed Property; (D) relationships between the principal parties and purchasers or donees of the Managed Property; and (E) relationships among successive Recipients*" e da essa emerge che, se la regolamentazione dei rapporti fra i tre soggetti coinvolti direttamente (gruppo

previsione di regole, estremamente dettagliate, volte a disciplinare i rapporti di tutti coloro che entrano in contatto con il *trust fund*. In questo modo, quindi, tramite regole - la cui natura secondo alcuni sarebbe di *default*<sup>131</sup>, secondo altri sarebbe invece *mandatory*<sup>132</sup> - sono disciplinati i rapporti fra i tre agenti principali - ad esempio le obbligazioni fiduciarie del *trustee* o la sua responsabilità nei confronti del beneficiario ed eventualmente del disponente - e ricevono, altresì, una precisa regolamentazione i rapporti fra gli agenti principali ed i rispettivi creditori, nonché i rapporti fra gli agenti principali e i creditori che vantano pretese sul *trust fund* ed i terzi aventi causa<sup>133</sup>.

#### 4. La responsabilità del *trustee*

Le considerazioni svolte in precedenza conducono a ritenere che negli ordinamenti di *common law* la separazione patrimoniale dei beni costituiti in *trust* è una regola funzionale al conseguimento delle finalità per le quali il *trust* è stato istituito, in quanto essa è volta ad evitare che i beni siano aggrediti da quei creditori estranei ai rapporti giuridici afferenti gli interessi che il *trust* è diretto a perseguire. Tuttavia da tale meccanismo non deriva l'impossibilità per i terzi di vantare le proprie pretese creditorie nei confronti del *trustee*, in quanto il particolare regime di separazione patrimoniale descritto non implica la soggettività giuridica del *trust*, né l'irresponsabilità di colui che agisce nell'interesse del *trust*.

Il *trustee* risponde personalmente delle obbligazioni contratte con i terzi nell'interesse

---

A) può essere facilmente ottenuta anche mediante gli strumenti contrattuali, lo stesso non si può affermare per quanto riguarda la gestione dei rapporti con le altre categorie di soggetti. (gruppo B,C,D,E); cfr. HANSMANN-MATTEI, *op. cit.*, 446; in argomento cfr. anche GALLARATI, *op. cit.*, 175, il quale descrive il fenomeno in questione come “[l]’ idoneità a separare il patrimonio gestito dal patrimonio personale del *trustee* mediante la riorganizzazione dei diritti e delle responsabilità tra gli attori del *trust* ed i rispettivi creditori”; ID., *La galassia del trust in common law una questione di (ottimale) path dependence*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl., 175 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, 136 ss.

131 HANSMANN-MATTEI, *op. ult. cit.*, 434 ss; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 173 ss. Dall'impostazione degli Autori citati discende che tali regole sarebbero sempre derogabili.

132 T. P. GALLANIS, *The contribution of fiduciary law*, (Dicembre 9, 2011) disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1970440>; anche in L. SMITH (a cura di), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, 2013; in argomento cfr. anche R. H. SITKOFF, *An Agency Costs Theory of Trust Law*, *Cornell Law Review*, 89, 2004, 621 ss.

133 Come osservano HANSMANN-MATTEI, *op. cit.*, 466: “*In sum, it appears that the important contribution of trust law lies not in its ordering, via default rules of contract, of the relationships among the three principal (...). The most significant of the contractual default rules that trust law establishes with respect to third parties are those governing creditors' rights. Those rules provide a convenient means by which the three principal parties can partition of a discrete set of assets – the Managed Property – not only for separate delegated management, but also for purposes of pledging those assets, taken together, to a distinct group of creditors as security*”

del *trust* e, a ben vedere, non agisce in qualità di rappresentante, ma come colui che dispone del diritto: la fattispecie, pertanto, deve essere inquadrata nell'ambito degli atti compiuti in nome proprio e per conto altrui<sup>134</sup>. Nella *law of trust* anglosassone la regola è, infatti, quella per cui il *trustee* risponde personalmente per le obbligazioni contratte con i terzi, salvo il diritto di rivalersi sul *trust fund* con privilegio sugli altri creditori<sup>135</sup>. Il *trustee* risponde personalmente anche sul piano extracontrattuale connesso alla gestione dei beni del *trust*<sup>136</sup>. Sotto questo profilo il regime di responsabilità del mandatario nei confronti dei terzi di cui all'art. 1705 c.c. e quello del *trustee* nella *law of trust* anglosassone sono molto vicini<sup>137</sup>.

Il *trustee* può, tuttavia, pattuire con il creditore una limitazione della responsabilità al valore dei beni che compongono il *trust fund* dichiarando espressamente che agisce “*in qualità di trustee e non altrimenti*”<sup>138</sup>. In alcuni Stati americani, invece, la limitazione della responsabilità del *trustee* è stata adottata come regola generale, sempre purché quest'ultimo renda noto al terzo la sua qualità di *trustee* e ponga in essere un atto cui è legittimato<sup>139</sup>.

Al *trustee* è naturalmente riconosciuta la possibilità di rivalersi sul *trust fund* per far fronte alle obbligazioni contratte. I creditori del *trustee* inoltre possono surrogarsi al loro debitore ed ottenere che i beni sul quale potrebbe rivalersi il *trustee* vengano destinati alle loro pretese, sempre purché ricorra il presupposto che il *trustee* possa vantare ragioni sui beni che compongono il *trust fund*.

Al ricorrere di determinate condizioni il *trustee* può esercitare il proprio diritto di rivalsa

---

134 Sul punto cfr. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 385 s., ove l'A. rileva che: “*La responsabilità personale del trustee è in linea con la mancanza di personalità giuridica, o di soggettività del trust; è comunque da escludere che i trustees siano organi o agents del trust*”.

135 LUPOI, *Trusts*, cit., 351 s., secondo il quale “*una delle ragioni, per quanto attiene ai rapporti fra trustee e terzi, risiede nel fatto che il trustee non è tenuto a qualificarsi come tale e che in Inghilterra i beni del trust sono spesso, per essi o per disposizione di legge, non specificatamente individuati agli occhi dei terzi*”; in argomento cfr. anche BARBA, *La responsabilità del Trustee*, cit., 100 ss.

136 GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 173 ss.

137 Com'è noto l'art. 1721 c.c. riconosce il diritto al mandatario “*di soddisfarsi sui crediti pecuniari sorti dagli affari che ha concluso, con precedenza sul mandante e sui creditori di questo*”.

138 Cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 386; Lupoi, *Trusts*, cit., 282 ss.

139 La *section 1010* dell' *Uniform Trust Code* rubricata *limitation on personal liability of trustee* prevede che: “*(a) Except as otherwise provided in the contract, a trustee is not personally liable on a contract properly entered into in the trustee's fiduciary capacity in the course of administering the trust if the trustee in the contract disclosed the fiduciary capacity.*

*(b) A trustee is personally liable for torts committed in the course of administering a trust, or for obligations arising from ownership or control of trust property, including liability for violation of environmental law, only if the trustee is personally at fault.*

*(c) A claim based on a contract entered into by a trustee in the trustee's fiduciary capacity, on an obligation arising from ownership or control of trust property, or on a tort committed in the course of administering a trust, may be asserted in a judicial proceeding against the trustee in the trustee's fiduciary capacity, whether or not the trustee is personally liable for the claim”.*

direttamente sul beneficiario, in quanto, salvo che l'atto dispositivo preveda diversamente, il *trustee* ha il diritto di essere tenuto indenne dal beneficiario maggiorenne e pienamente capace<sup>140</sup>, mentre non può vantare alcuna pretesa nei confronti del *settlor*.

## 5. La modificazione del *trust* e la sostituzione del *trustee*

Come è stato esattamente osservato, "il *trust* sarebbe alquanto fragile se non sopravvivesse alla morte del *trustee*"<sup>141</sup>: per questo motivo la *law of trust* prevede una serie di regole che disciplinano nel dettaglio le sopravvenienze.

In caso di morte del *trustee*, il *trust fund* rimane separato dal patrimonio personale, sicché non entrerà a far parte della massa ereditaria<sup>142</sup>. Talvolta l'atto istitutivo include la nomina uno o più *trustees* che sostituiscano il primo, ovvero designa il soggetto a cui spetta nominare i *trustees* successivi. Nel caso in cui l'atto istitutivo non provveda e non vi siano altri *trustees*, la *law of trust*, al fine di assicurare la sopravvivenza del *trust*, affida al giudice il compito di nominare un nuovo *manager*. La temporanea mancanza del *trustee*, invece, non influisce sulla perdurante validità del *trust*<sup>143</sup>.

In Inghilterra, la *law of trust* permette ai beneficiari di incidere sulla regolamentazione contenuta nel *trust instrument*, anche contro la volontà del disponente<sup>144</sup>, purché sussista il consenso di tutti i beneficiari pienamente capaci e, nel caso in cui uno o più dei beneficiari siano degli incapaci, vi sia l'autorizzazione giudiziale.

Invece negli USA la *law of trust* è imperniata sulla volontà del *settlor*: l'*Uniform Trust Code* prevede, infatti, la regola dell'*equitable deviation*, secondo cui ai beneficiari è

---

140 Sul punto per tutti cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 388 s.

141 GRAZIADEI, *op. cit.*, 397.

142 Sul punto cfr. per tutti LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit., 114 s. Come osserva l'A. in Inghilterra il passaggio al nuovo *trustee* avviene in forza di atto del *personal representative* del defunto, una funzione tipica del sistema ereditario inglese. Questa figura succede nel patrimonio ereditario in virtù delle disposizioni testamentarie o, in mancanza, delle *letters of administration* emesse dal giudice.

143 Cfr. GRAZIADEI, *op. cit.*, 397 ss; LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit., 114 s.

144 Al riguardo cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 158, il quale rileva che "il sistema così introdotto dal *Trust Variation Act* è stato definito come un «*triumph for the doctrine of equitable property over the doctrine of fidelity to the settlor*», in quanto veicolo di affermazione della *Equity* dei beneficiari, ai quali è così permessa la prevaricazione della volontà del disponente. Il modello inglese è dunque imperniato sulla tensione tra una riformulazione completa del *trust instrument* ed una sua ragionevole variazione, eventualmente alla luce di quanto prospettato in corte"; cfr. anche SITKOFF, *An agency Cost Theory of Trust Law*, cit., 662 s, il quale osserva che "*English law resolves significantly more of the settlor-beneficiary tension raised by questions of trust termination and modification in favor of the beneficiaries. Unlike the recent liberalizations to American law, however, English law places little emphasis in resolving these matters on evidence of what the settlor would have wanted*"; A. I. OGUS, *The Trust as Governance Structure*, in *Toronto University L.J.*, 36, 1986, 214 s.



consentito modificare il regolamento del *trust* solo in ragione di circostanze non previste dal *settlor* che potrebbero pregiudicare la gestione del *fund*<sup>145</sup>.

## 6. Considerazioni finali

L'indagine nella *common law* ha messo in luce due aspetti importanti del *trust*, la cui valutazione può risultare utile in relazione alle problematiche connesse con il recepimento dell'istituto nei paesi di *civil law*.

In primo luogo è evidente come l'*equity* offra al *beneficiary* una tutela estremamente efficace. Mentre nello schema della fiducia romanistica il fiduciante diviene creditore del fiduciario, con la conseguenza di essere esposto al concorso di tutti gli altri creditori del medesimo e di non poter «inseguire» i beni una volta usciti dal patrimonio del fiduciario, nel *trust* gli interessi del *beneficiary* ricevono indubbiamente una tutela più forte<sup>146</sup>. Infatti i beni in *trust* sono considerati a tutti gli effetti patrimonio separato da quello del *trustee*, con la conseguenza che su tali beni non potranno concorrere i creditori di quest'ultimo<sup>147</sup>. Come è stato rilevato in dottrina "*Equity has been always striving to prevent the cestui que trust from falling to the level of an unsecured creditor*"<sup>148</sup>.

Il secondo aspetto è strettamente legato al primo ed attiene alla posizione ambigua rivestita dal *beneficiary* di un *trust*<sup>149</sup>. La presenza di categorie sconosciute agli ordinamenti di *civil law*, quali *legal rights* ed *equitable interest*, sconsiglia qualsiasi tentativo di ricondurre la posizione del beneficiario nelle categorie diritti reali / diritti di credito<sup>150</sup>.

---

145 Come osserva SITKOFF, *op. cit.*, 658 ss, "*The American rule, which originated with Claflin v. Claflin, is unfriendly to termination and modification. (...) Certainly the recent Uniform Trust Code and Restatement (Third) of Trusts embrace this view. In fact, they extend it to the power of "equitable deviation" the idea that courts should permit modification of even the dispositive instructions of the trust instrument in light of circumstances not anticipated by the settlor. Likewise, there is burgeoning authority, perfectly sensible from an agency-costs contractarian perspective, for trust modifications where tax exigencies arise after the settlor establishes the trust*".

146 GAMBARO, *Trust*, cit., 451 ss.

147 Sul punto cfr. per tutti U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1990, 265 ss.

148 F. W. MAITLAND, *Equity. A Course of Lectures*, 2 nd. ed., Cambridge, 1936, 220, (già citato da MOCCIA, *op. ult. cit.*, 140); sul punto cfr. anche GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, cit., 514, secondo il quale "il complesso dei rimedi che tutelano il *beneficiary* gli conferisce quindi una posizione tipicamente proprietaria nel senso che i suoi diritti su quanto è costituito in *trust* sono tutelati non solo nei confronti del trustee, ma anche nei confronti dei suoi aventi causa e dei suoi creditori".

149 Sul punto cfr. MERRIL - SMITH, *The property /contract interface*, cit., 843; GETZLER, *op. cit.* 13 s.

150 In tal senso OGUS, *The Trust as Governance Structure*, cit., 192 s.; sul punto ampiamente MOCCIA, *op. cit.*, spec. 126 ss; ma cfr. anche GAMBARO, *Trust*, cit., 456, il quale rileva che "Al riguardo occorre

La *doctrine of notice* - secondo cui la possibilità di opporre gli *equitable interest* si arresta solo di fronte all'acquirente a titolo oneroso in buona fede che non ne abbia avuto notizia -, in seguito alla riforma del 1925 risulta fortemente ridimensionata. Per effetto dell'*overreaching*, infatti, l'*interest* del beneficiario si converte sul ricavato della vendita dei beni del *fund*. A tale regola fa da *pendant* la tutela riconosciuta dall'*equity* ai beneficiari del *trust*, ai quali non è sempre concessa una tutela reipersecutoria in senso proprio<sup>151</sup>. L'azione di *tracing* consente di seguire le eventuali trasformazioni dei beni che in origine componevano il *trust fund* con l'effetto di dare luogo ad una surrogazione reale, ossia una modificazione dell'oggetto del *trust*. In tal senso va confermata l'idea per cui i beneficiari del *trust* non vantano un diritto sui beni che compongono il *trust fund*, bensì sul valore investito negli stessi beni .

Inoltre, come già rilevato, secondo l'impostazione anglosassone, quando si parla di smembramento della proprietà si fa riferimento alla possibilità di separare il godimento delle utilità di un bene dal potere di gestione sullo stesso<sup>152</sup>. Tuttavia negli ordinamenti inglesi il *trust* non comporta uno sdoppiamento della proprietà, ma al contrario ha la funzione di ricompattare tutte le prerogative proprietarie nelle mani di un unico soggetto, il *trustee*, il quale ha il potere di disporre dei beni che compongono il *trust*

---

osservare come il problema sia mal posto ove le categorie dei diritti a base romanistica siano usate come effettive categorie ordinanti e non in funzione esplicativa. In quest'ultima direzione è invece da sottolineare che anche le dottrine dei paesi romanistici hanno talvolta proposto visioni in cui la categoria diritti reali è sciolta in una rete di rapporti obbligatori. Chi abbracci questa visione non avrà quindi difficoltà a considerare lo schema basilare del trust allo stesso modo, espungendo le qualificazioni fondate sui diritti reali. Tuttavia in tal modo non aggiunge molto a quanto era già noto"; A. GUARNERI, *Atti di disposizione illegittimi del trustee e possibili rimedi in civil law*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996, 115. La difficoltà nell'inquadrare il diritto del *beneficiary* nella rigida bipartizione *right in personam/right in rem* è ulteriormente testimoniata dal fatto che una parte della dottrina a tal fine è stata costretta a ricorrere alla tesi dei "diritti su diritti". Segue questa impostazione R. STEVENS, *Party Autonomy and Property Rights*, in R. WESTRIK - J. VAN DER WEIDE (a cura di), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011, 89 ss. spec. 94, ove osserva che "*How English law, indeed how any legal sistem, permits party autonomy in relation to the creation of property rights as between contracting parties can only be understood by employing the concept of a right in reation to another right (...). Once we realise thath this right is not effective as against third parties, but only as against the right holder from time to time, we can see that it is not operating in rem in the Roman sense*"; in senso critico alla tesi dei "diritti su diritti" cfr. M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, 2° ed., in *Tratt. di Dir. Civ. e Com.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2011, 121 ss.

151 In questi termini GRAZIADEI-MATTEI-SMITH, *op. cit.*, 541, secondo i quali "*It is tempting to argue that the far-reaching tracing rules of English, Irish and Scots law are, in a sense, the opposite sides of the same coin: the greater power of disposition the manger has, the more important it is to protect the client's claims to the exchange product of the transaction*".

152 Sul punto cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 170 ss.; in questo senso GALLARATI, *La galassia del trust in common law*, cit., 182 rileva che "(...) il *trust* si trova al centro di una galassia di fattispecie caratterizzate oltre che dai tratti tipici del descritto modello economico anche dalla dissociazione tra l'interesse in un patrimonio, in capo ai beneficiari, e il controllo dello stesso, ad opera del *trustee*, dalla cui attività dipende la funzione di utilità dei primi".

*fund*<sup>153</sup>. Come è stato esattamente rilevato "il potere di disposizione in capo ai *trustees*, in effetti, preserva il valore capitale dei beni che sarebbe invece praticamente azzerato laddove i medesimi beni fossero resi inalienabili"<sup>154</sup>.

L'esperienza inglese insegna che l'elevato tasso di incertezza sulle situazioni proprietarie – conseguente alla possibilità di costituire una molteplicità di *interests* - incide negativamente sulla circolazione dei beni, diminuendone il valore. Per questo motivo la *law of trust* fa sì che tutte le prerogative concernenti la gestione e la vendita del bene rimangano concentrate nelle mani del *trustee* il quale è titolare del *fee simple absolute in possession* e, tuttavia, è gravato dal dovere di esercitare il diritto affidatogli nell'interesse dei beneficiari.

I *trustees* sono per legge legittimati a disporre dei beni che compongono il *trust fund* giacché gli *interest* dei beneficiari vertono essenzialmente sul valore dei suddetti beni e per effetto dell'*overreaching* il loro diritto si trasferisce sul ricavato dell'alienazione. Ne discende che la prassi anglosassone esclude la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari l'intero regolamento del *trust*. Nei registri viene, infatti, annotata solo una *restriction* che ha la funzione di assicurare ai beneficiari che il denaro versato dagli acquirenti dei beni che compongono il *fund* sia rivolto in loro favore.

---

153 Al riguardo cfr. per tutti MOCCIA, *op. ult. cit.*, 142 ove si osserva che "tutto questo, ove lo si inquadri nell'attuale assetto normativo in materia di *real property*, così come disegnato dal *Law of Property Act* del 1925, porta a concludere che nella maggior parte dei *settlements* di grandi masse di beni (*large masses of property*), ossia di beni immobili unitamente anche ad altri beni, come ad esempio titoli e valori mobiliari, l'estate massimo che possa su di essi sussistere *at law*, ossia il *fee simple*, in pratica assimilabile ad un diritto di proprietà in senso assoluto, risulta attribuito (*vested*) ai *trustees*, i quali hanno pertanto pieni poteri di disposizione sui beni stessi, inclusi quelli immobili, comprando, vendendo e reinvestendo; mentre coloro che hanno diritto ad un reddito sono al riguardo titolari, nel senso indicato, di diritti equitativi su tali beni (*equitable interests in a trust fund*); cfr. anche GALLARATI, *op. ult. cit.*, 205, il quale osserva che una delle funzioni del *trust* è proprio quella di "unire (nella figura del gestore) il controllo verso l'esterno quando la proprietà è frazionata tra più soggetti i cui interessi concorrono".

154 GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit., 262, il quale prosegue rilevando che "Per questa ragione il *trust* non costituisce intralcio alla circolazione dei beni. Anzi (...) il *trust* riconduce ad unità il potere di disposizione rispetto ai beni su cui incide. Sotto questo profilo, l'esperienza inglese si propone come modello degno di attenzione"; chiarissimi sul punto anche MERRIL - SMITH, *op. ult. cit.*, 849, i quali osservano che "*The complexities of dividing the fruits of these efforts among different generations and classes need not trouble the third parties who deal with the trustee as the manager of the trust corpus. The division is a concern only of the settlor, the trustee, and the beneficiaries, and is dealt with among them as a matter of in personam obligation. In effect, the trust is a brilliant device that allows for considerable customization of beneficial interests using the building blocks of the old common law-thereby reducing the frustration costs associated with strict regimentation of property forms-while at the same time consolidating the assets used to fund these beneficial interests in a form that minimizes third-party information costs*"; GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law*, cit., 541, ove si rileva che "*Where trusts play a primary role in transactions concerning land, like in England and Scotland, the manager's power to convey good title is safeguarded by statute. Thanks to those statutory rules, acquisition of title to land held under a trust in England (in most cases) and in Scotland (always) will go through without paying any regard to the transferee's actual or constructive knowledge of the conflict of interest situation. The costs of uncertainty on the point for society would be simply too high to let private parties look after it. The same economic reasoning in the area of company directors throughout Europe*".

Indubbiamente una delle principali peculiarità di tale forma giuridica è quella di prevedere la separazione dei beni posti in *trust* dai beni personali del soggetto cui questi sono intestati. Tuttavia, questo meccanismo costituisce essenzialmente una tecnica volta ad assicurare che i beni che compongono il *trust fund* siano impiegati per il perseguimento dello scopo per cui il *trust* è stato istituito<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> Sul punto cfr. per tutti GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 475 ss.

## LA FIDUCIE

**SOMMARIO:** 1. Le ragioni che hanno spinto la Francia ad introdurre una disciplina sulla *fiducie* - 2.1. La disciplina - 2.2. Il *patrimoine d'affectation* - 2.3. La trascrizione del contratto di fiducie - 2.4. Il ruolo del fiduciario - 2.5. (segue) La modificazione della *fiducie* e la sostituzione del fiduciario - 3. Considerazioni finali.

### 1. Le ragioni che hanno spinto la Francia ad introdurre una disciplina sulla *fiducie*.

La legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211, successivamente modificata con legge 4 agosto 2008, n. 2008-776 e con l'*ordonnance* 30 gennaio 2009, n. 2009-112, ha istituito il Titolo XIV nel Libro III del *Code Civil* rubricato "*de la fiducie*"<sup>156</sup>.

Prima di tale riforma, l'ordinamento francese era sfornito di un istituto di portata generale che consentisse di trasferire uno o più beni ad un *manager* affinché fossero gestiti nell'interesse di un beneficiario o per il perseguimento di uno scopo<sup>157</sup>.

---

156 In argomento cfr. F. BARRIERE, *La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérences*, in *J.P.C.*, 2007, 2053 ss.; ID., *La fiducie-sûreté en droit français*, in *McGill L. J.*, 58:4, 2013, 869; ID., *La fiducie-sûreté*, in *TAF*, 2010, 5 ss.; ID. *The French fiducie or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in L. SMITH (a cura di) *Re-imagining the trust. Trusts in civil law*, Cambridge, 2012, 222; F. FRESNEL, *La fiducie et les personnes vulnérables*, in *R.J.P.F.*, 2005, 28 ss.; V. C. LARROUMET, *La loi du février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 1350 ss.; C. KUHN, *Une fiducie française*, in *Droit et patrimoine*, 2007, 32 ss.; V. C. WITZ, *La Fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au "trust"*, in *Recueil Dalloz, Dossier La fiducie*, 2007, 1369 ss.; P. CROCQ, *Le coeur du dispositif fiduciaire*, in *R. L. J. droit civil*, 2007, 1 ss.; GALLARATI, *Fiducie v Trust cit.*, 238 ss.; P. MATTHEWS, *The French Fiducie: And Now For Something Completely Different?*, in *Trust Law International*, 21, 2007, 17 ss.; S. MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2007, 5 ss.; Y. EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens*, in *R.I.D.C.*, 2009, 49 ss.; F. SUVAGE, *Reflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable*, in *R.J.P.F.*, 2009, 8 ss.; B. MALLET-BRICOUT, *Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie?*, in *McGill L. J.*, 58:4, 905 ss.

157 Per un'analisi degli istituti di gestione individualizzata e collettiva del patrimonio cfr. M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, in *Quadrimestre*, 1990, II, 277 ss., il quale osserva che la gestione individualizzata era generalmente assicurata ricorrendo al mandato tradizionale. Tuttavia da tale schema contrattuale "derivano numerosi limiti ai poteri del gerente. In qualità di mandatario, egli può esercitare senza difficoltà i diritti pecuniari inerenti il titolo (vendita, reimpiego del loro premio), ma è molto limitato nell'esercizio dei diritti non-pecuniari, in particolare nel diritto di voto alle assemblee: un mandato non può essere dato che ad altro azionista o al congiunto, e per una sola assemblea generale".

Già in epoca precedente alla codificazione, al fine di soddisfare le più varie esigenze legate all'opportunità di assicurare la custodia e l'amministrazione dei beni ad opera di un terzo, nell'ordinamento francese si è fatto uso della *fiducies innommées*<sup>158</sup>. In forza di questo contratto, il fiduciante trasferiva al fiduciario il diritto di proprietà di uno o più beni, con l'accordo di ritrasferirgli il diritto medesimo o di trasferirlo ad altri in un secondo momento. L'origine del termine è chiaramente legata alla derivazione dell'istituto dal diritto romano e segnatamente dalla *fiducia cum amico* e dalla *fiducia cum creditore*<sup>159</sup>.

La legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211 che ha introdotto nell'ordinamento francese la *fiducie* è il risultato di un sofferto dibattito durato quasi venti anni. Nel 1989 è stato presentato il primo progetto di legge volto ad introdurre una disciplina sulla *fiducie* e già nel 1991 è stato proposto un secondo progetto di legge più dettagliato<sup>160</sup>. Ma anche questo secondo progetto lasciava irrisolte alcune questioni. La proposta di introdurre la *fiducie* ha, infatti, da subito suscitato una forte opposizione, la quale, oltre che sui tradizionali problemi di carattere sistematico legati al principio di tipicità dei diritti reali e al dogma dell'unitarietà della responsabilità patrimoniale, poggiava anche su problematiche di tipo squisitamente pratico. In particolare si temeva che la *fiducie* potesse divenire strumento di evasione fiscale, per cui si riteneva necessario che la riforma fosse accompagnata da un'adeguata regolamentazione tributaria<sup>161</sup>.

Nel 2005 il senatore Philippe Marini ha presentato un nuovo progetto sulla *fiducie* accompagnato da un ampio *exposé des motifs*<sup>162</sup>.

---

Più di recente, sulla riforma del diritto delle società (*Loi MAF*) ed, in particolare, sulla gestione dei portafogli di investimento cfr. E. M. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 56 ss.

158 Come osserva GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, cit., 273, " (...) alcuni autori ed esperti nell'intento di rispondere ad alcune esigenze quali, lo sviluppo delle istituzioni caritatevoli, la gestione di valori mobiliari sparse tra piccoli risparmiatori, la sicurezza del credito, ed anche interessati da istituzioni straniere di successo, come il *trust* inglese, ad esempio, hanno rimesso la fiducia in primo piano"; cfr. anche BARRIÈRE, *The French fiducie or the chaotic awakening of a sleeping beauty* cit., 223.

159 Sul punto cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 571, ove si osserva che "*Although the fidéicommis and other fiduciary devices were known under the ancien régime, they were abolished during the codification process. Over the last 30 years or so, however, a number of transactions of a fiduciary nature (the so-called fiducies innommées) have been developed to satisfy needs of business and financial life*"; sempre con riferimento alle origini di tale figura contrattuale v. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, cit., 35.

160 Per un commento al progetto del 1991 v. M. GRIMALDI, *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, 1991, art. 35085, 897 e art. 35094, 961; M. CANTIN CUMYN, *L'avant-projet de loi relatif à la fiducie: un point de vue civiliste d'Outre-Atlantique*, in *chronique XXIII Dalloz*, 1992, 117 ss.; v. anche MASTROPAOLO, cit., 35 ss.

161 Sul punto per tutti VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 572.

162 Per un commento al progetto del 2005 cfr. A. NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *TAF*, 2006, 70 ss.; cfr. anche MATTHEWS, *The French Fiducie: And Now For Something Completely Different?*, cit., 18 ss.

Come emerge dagli *exposé des motifs* che hanno accompagnato i vari progetti di legge sulla *fiducie*, le ragioni che hanno portato a questa riforma sono legate all'esigenza di introdurre un efficace strumento giuridico che migliorasse la gestione dei patrimoni e consentisse di rendere più sicuro l'esercizio del credito ed il suo recupero. Tale finalità si ricollega alla necessità di rendere l'ordinamento francese competitivo con altri ordinamenti e, pertanto, favorire la possibilità di attrarre capitali esteri ed evitare la fuga degli investitori interni<sup>163</sup>.

Non è una coincidenza, peraltro, che i primi progetti di legge sulla *fiducie* siano apparsi pochi anni dopo la Convenzione dell'Aja relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento siglata il 1° luglio 1985.

La Francia, a differenza di altri paesi, pur firmando tale Convenzione nel 1991, ha ritenuto che fosse necessario dotare il proprio ordinamento di uno strumento equivalente al *trust* prima di procedere alla ratifica. La circolazione del *trust* per il tramite della Convenzione dell'Aja del 1985 ha attirato l'attenzione di molti ordinamenti ai quali questa forma giuridica era sconosciuta. A tal proposito si è anche parlato di una "corsa verso il *trust* ingaggiata da tutte le esperienze giuridiche contemporanee"<sup>164</sup>.

L'effetto più rilevante della Convenzione dell'Aja del 1985 è stato quello di permettere ai *trusts* costituiti nei sistemi di *common law* di operare nei così detti paesi non *trust*. Non avendo avuto un effetto più pervasivo, è rimasto fermo l'incentivo al trasferimento della gestione delle ricchezze in Paesi nei quali possano essere amministrare con strumenti più flessibili e snelli di quelli posseduti dai principali ordinamenti di *civil*

---

163 Sul punto cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 571, ove si osserva che "*On the one hand, it was clear that this institution could have multiple applications; on the other hand, there was also a need to make French law more attractive to foreign investors and, in particular, to provide for an alternative to the common law trust*"; già precedentemente alla riforma cfr. L. THÉVENOZ, *Civil Law Jurisdictions on their way to trusts? A swiss Viewpoint*, in D. J. HAYTON (a cura di), *Extending the Boundaries of Trusts and similar Ring-Fenced Funds*, London - New York, 2002, 115 ss.; sul punto v. anche MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust cit.*, 13, la quale suddivide in due le ragioni legate alla proposta di legge n. 178 del 2005, così come enunciate nel relativo *Exposé des motifs*: "1) esigenza di fornire uno strumento tecnico di ammodernamento del sistema francese e di risposta alle richieste di efficienza che provengono soprattutto dal settore economico e degli affari internazionali, anche al fine di evitare la 'delocalizzazione' (*délocalisations*) e la fruga degli operatori economici verso sistemi più attraenti e flessibili (...). 2) Accoglimento di una precisa scelta giuspolitica nel senso di ricorrere a strumenti concettuali interni in forza della consapevolezza secondo la quale '*un des rares pays européens à ne pas disposer de l'institution fiduciaire ou de son pendant anglo-saxon, le trust*', quali strumenti efficienti dei quali sembra non potersi fare a meno: '*le splendide isolement hexagonal n'en apparit que plus préjudiciable*'. Le istanze che provengono dall'esterno muovono ad avviso della Camera francese ad una presa di posizione chiara: 'il contesto giuridico comunitario ed internazionale spinge all'evoluzione del nostro diritto interno'".

164 GAMBARO, *Trust*, cit., 450; come osserva E. REED, *France creates a fiducie, at last, and makes other radical changes to the forced heirship rules*, in *Trusts & Trustees*, 2007, vol. 13, 111, con riferimento alla legge che ha introdotto in Francia la *fiducie*: "*This move is still a long way from the ratification of the 1985 Hague Trust Convention, where a number of other civil law countries (most notably now Switzerland) are light years ahead*".

*law*<sup>165</sup>.

Sul punto è stato anche osservato che "la *fiducie* rappresenta da tempo nel dibattito giuridico francese l'auspicata alternativa domestica al *trust*"<sup>166</sup>. L'approccio adottato dalla Francia, al fine di colmare tale lacuna normativa, è stato quello di rafforzare e rimodellare categorie note al proprio ordinamento, ispirandosi solo in parte all'esempio del *trust*. L'interesse dell'ordinamento francese al *trust* concerne soprattutto le applicazioni dell'istituto nel settore commerciale e, quindi, in tutte quelle relazioni che vedono coinvolti investitori e *managers*.

Si prenda in esame il seguente caso. *John* è un investitore professionista; *Sam* decide di servirsi dell'abilità di *John* negli investimenti; per questo motivo *Sam* conferisce a *John* pieni poteri di investimento su una somma di denaro che gli trasferisce tramite assegno. I poteri del *manager* sono irrevocabili per la durata di cinque anni e lo abilitano ad acquistare e vendere tutti i beni che compongono il portafoglio. L'accordo prevede, altresì, che *John* dovrà accreditare tutti i proventi derivanti dalla gestione del portafoglio su un conto intestato a *Sam*. Le parti pattuiscono, inoltre, che *John* potrà detrarre dai proventi una somma in percentuale all'incremento del patrimonio generato dagli investimenti<sup>167</sup>.

Escludendo eventuali specifiche norme di settore sulla gestione degli strumenti finanziari, negli ordinamenti di *civil law*, quali l'Italia e la Francia, *John* e *Sam* dovrebbero ricorrere al contratto di mandato: in questo modo la proprietà rimarrebbe in capo al mandante, il quale sarebbe tutelato da eventuali abusi del mandatario. Il mandante, tuttavia, in quanto proprietario, conserverebbe la possibilità di influire sulle decisioni del mandatario.

Nel settore degli investimenti, dove è necessario adottare decisioni rapide, è fondamentale che il *manager* disponga di pieni poteri decisionali e che la sua attività non sia influenzata da altri soggetti. Alcuni studi di diritto comparato approdano alla conclusione secondo cui la disciplina del mandato non permetterebbe di conseguire pienamente questo risultato<sup>168</sup>.

---

165 L'*exposé des motifs* del Ministère de la Justice che accompagnava il progetto sulla *fiducie* francese del 1991 si pronunciava in termini analoghi. In tal senso cfr. GAMBARO, *Il «Trust» in Italia e Francia*, cit., 510; VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 571 s.

166 MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust*, cit., 7; ID, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, 331.

167 Il caso è tratto da GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 103.

168 Sul punto ampiamente GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 40, ove si rileva che "*In that jurisdiction, trust law for inter vivos transactions between competent adults as a body of default, gap-filling rules could be almost perfectly substituted by the provisions on the contract of mandate, which are*



Nell'ordinamento francese, ad esempio, sarebbe dubbia la validità di una clausola volta ad escludere l'obbligo del mandatario di attenersi alle istruzioni del mandante<sup>169</sup>. Per ovviare a questo inconveniente, piuttosto che ricorrere allo schema del mandato, sarebbe necessario ricorrere ad un trasferimento fiduciario a favore del *manager*: ma la Francia non disponeva di un istituto che assicurasse un'efficace tutela all'investitore. In questo quadro, il *trust* di *common law* risulta essere uno strumento particolarmente attraente giacché, come si è visto, è in grado di combinare perfettamente i due aspetti e, segnatamente, la necessità di garantire al *manager* pieni poteri in relazione alla gestione del *fund* ed, al contempo, assicurare al beneficiario un'adeguata tutela<sup>170</sup>. In questo quadro, il profilo senza dubbio più interessante dell'istituto anglosassone consiste nella possibilità di limitare la responsabilità del *settlor* e del *beneficiario* in relazione agli investimenti compiuti dal *trustee* nel loro interesse. Il *trust* di *common law*, come si è visto, prevede una riorganizzazione delle responsabilità degli agenti che entrano in relazione con il *trust fund* difficilmente ottenibile tramite il ricorso agli strumenti contrattuali<sup>171</sup>.

---

*well developed in many civilian countries. (...) If the trust relationship is established by means of contract, without transfer of ownership, the trustee will find himself in a subordinate position before the beneficiary who, being the owner, will maintain a significant amount of decision-making power that can interfere with the free decision-making of the manager";* cfr. anche EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law* cit., 50, il quale osserva che "*La trasposizione du trust de la common law dans les pays de type romano-germaniques a longtemps été considérée comme inutile, en raison de la présence dans les pays civilites de techniques de gestion des biens d'autri fondées sur la possession et sur la représentation. L'internationalisation du droit dans un contexte de mondialisation, conjuguée à la très grande efficacité du trust, ont pourtant fait de cette institution un outil de plus en plus prisé quel que soit le système juridique*".

In tal senso anche GAMBARO, *Il «Trust» in Italia e Francia*, cit., 517, il quale osserva che "Il contratto di mandato tuttavia deve essere adattato di volta in volta alla operazione gestoria che si vuole realizzare ed il suo schema tipico mal si adatta ad un rapporto in cui il mandante non può dare istruzioni al mandatario perché non possiede le conoscenze tecniche necessarie. I sistemi di *civil law* come quello francese che conoscono solo il mandato con rappresentanza sono ancora più impacciati".

169 Sul punto cfr. GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 145 s. spec. 216, ove si osserva che "*The continental jurisdictions, understanding the relationship in terms of a mandate, seem to hold almost universally that the manager is obliged to follow instructions; if he thinks the instructions are ill-advised, he may resign. He most interesting exception to this pattern could be the French gestion sous mandat. This is a mandate relationship in which the mandator may not necessarily give ongoing direction to the mandatory, but scholarly writings and judicial decisions are divided on the question whether the mandator's instructions to the mandatory are actually without effect in this instance*".

170 In tal senso GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 41, "*It must be recognised, however, that from an economic perspective, such a division of labour is efficient. By granting proprietary protection to the beneficiary the law reduces agency costs. By granting proprietary powers to the trustee the law facilitates transfers to more efficient uses*".

Questo schema permetterebbe di ridurre i *transaction costs* in quanto il *manager* potrebbe dedicare le proprie risorse per investire nel modo migliore il patrimonio, senza doversi preoccupare di ottenere il consenso del beneficiario per poter compiere le singole operazioni. Il beneficiario, invece, non si dovrebbe preoccupare di sorvegliare l'attività del primo. Sul punto cfr. anche SITKOFF, *op. cit.*, 621.

171 In tal senso HANSMANN - MATTEI, *op. cit.*, spec. 472; GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 214 ss. Come rileva l'A.: "né il mandato senza rappresentanza né la fiducia, romanistica o germanistica, permettono agli attori del mercato di ottenere un assetto dei loro interessi tale per cui,

Il legislatore francese sembra, invece, aver affidato ad istituti diversi il compito di soddisfare le necessità avvertite dalla società moderna - in relazione alla possibilità di costituire patrimoni separati ed affidarli ad un terzo perché siano gestiti - che si collocano all'infuori del settore commerciale o degli investimenti della ricchezza<sup>172</sup>. Il riferimento è, in particolare, alla figura del *mandat postume* introdotto con la legge 23 giugno n. 2006-728 sulla riforma del diritto delle successioni.

Questo istituto, come è stato precisato nell'*exposés des motifs* che accompagna la riforma, ha la funzione di rispondere a quelle esigenze che in altri paesi sono soddisfatte tramite la "*fiducie successorale*", ossia il *testamentary trust*<sup>173</sup>. Il *mandat postume* consiste in un contratto con il quale il mandante attribuisce al mandatario il potere di gestire in tutto o in parte il patrimonio ereditario dopo la propria morte, nell'interesse di uno o più eredi. L'istituto sembra essere stato concepito principalmente quale modalità di gestione del patrimonio aziendale in caso di morte dell'imprenditore ed ha lo scopo di assicurare la continuità dell'azienda nel tempo nonché la trasmissione generazionale della stessa<sup>174</sup>.

Le *liberalités graduelles*, anch'esse introdotte con la riforma del diritto delle successioni del 2006, ricalcano sostanzialmente il meccanismo della sostituzione fedecommissoria e consentono di incaricare un soggetto di donare i propri beni ad un beneficiario a seguito del suo decesso. Tuttavia è stato osservato come tali istituti "attuino una tutela limitata e precaria dei confronti del beneficiario finale e, come tali, sono del tutto inadeguati a competere con il *trust*"<sup>175</sup>.

Il mandatario nel *mandat postume* è un semplice amministratore di beni per un periodo

---

contemporaneamente, i creditori dell'*agent* – mandatario o fiduciario – abbiano accesso soltanto ai beni personali di quest'ultimo e ai creditori del *principal* – sia esso mandante, fiduciante o comunque beneficiario – siano preclusi i beni oggetto di amministrazione nell'interesse altrui".

172 Per un dettagliato elenco degli ambiti in cui si rivela utile la *fiducie* - ma più in generale tutti i c.d. *trust-like devices* – nonché delle concrete modalità di impiego cfr. MATTHEWS, *op. cit.*, 28 s.

173 Cfr. MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust*, cit., 16; ID, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 342 ss.

174 Sul punto cfr. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, cit., 48, il quale anteriormente alla riforma prende in considerazione la suddetta ipotesi quale possibile impiego del contratto di *fiducie*. La "*fiducie-entreprise*" è descritta come una gestione che non è volta al profitto da destinare ad un beneficiario, bensì, "(...) alla continuazione dell'impresa nel tempo, senza che si presentino i tipici problemi di un cambiamento ai vertici aziendali dettati da una trasmissione improvvisa della titolarità dell'impresa: in questo senso appare interessante come i beni aziendali destinati ad essere gestiti dal fiduciario siano soprattutto i pacchetti azionari o comunque i titoli idonei all'individuazione del soggetto proprietario". Cfr. anche MEUCCI, *op. cit.*, ove, peraltro, si rileva che l'esigenza di garantire una sicura trasmissione generazionale dell'impresa può essere assolta per il tramite della più generale disciplina delle *donations-partages transgénérationnelles*, la quale applicata all'impresa "consente all'imprenditore di trasferire e ripartire in vita l'azienda o le partecipazioni sociali tra gli eredi". In definitiva tali esigenze sembrano essere le medesime che hanno condotto in Italia alla riforma sui patti di famiglia.

175 S. UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, in *Contratto e imp.*, 2008, 330.

limitato a due anni. Inoltre nelle *liberalités graduelles* l'onere ha la facoltà di concedere al beneficiario, fin da subito, il godimento dei beni oggetto della liberalità liberandosi in questo modo dell'obbligo di gestione degli stessi<sup>176</sup>.

## 2.1. La disciplina.

L'art. 2011 del *code civil* descrive la *fiducie* come l'operazione attraverso cui uno o più disponenti trasferiscono dei beni, dei diritti, o delle garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari, che li conservano in un patrimonio separato dal loro, agendo per il perseguimento di un determinato scopo ovvero a vantaggio di uno o più beneficiari<sup>177</sup>.

L'art. 2012 del *code civil* oltre al contratto indica la legge quali fonte istitutiva della *fiducie*: in entrambi i casi tuttavia la *fiducie* deve essere "*expresse*"<sup>178</sup>. Il legislatore francese sembrerebbe, pertanto, aver lasciato aperta la possibilità che la *fiducie* trovi la propria fonte costitutiva al di fuori del contratto in apposite previsioni legislative, come avviene per gli *statutory trusts* negli ordinamenti di *common law*. Il *code monétaire e financier (c.m.f.)*, già prima della legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211, prevedeva alcuni istituti in materia di gestione di strumenti finanziari e crediti modellati sullo schema della *fiducie innommées*. Qualora si ritenga che tali istituti rientrino nelle fonti legali della *fiducie* di cui all'art. 2012 del *code civil*, essi dovranno essere coordinati con la nuova disciplina<sup>179</sup>.

La formulazione degli artt. 2011 e 2012 del *code civil* sembra, invece, escludere la

---

176 In tal senso cfr. UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, cit., 312; in argomento cfr. anche REED, *France creates a fiducie, at last, and makes other radical changes to the forced heirship rules* cit., 111.

177 L'art. 2011 del *code civil* recita così: "*La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*".

178 Al riguardo cfr. EMERICH, *op. cit.*, 56, il quale rileva che "*La terminologie «opération», utilisée par le législateur à l'article 2011 du Code civil pour définir la fiducie, est symptomatique de la difficulté qu'il y a pour le civiliste à cerner la nature juridique de la fiducie. Il s'agit en effet d'un terme relativement vague et certainement ambigu, sans doute emprunté à la common law*"; ma si veda anche A. NERI, *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*, in *TAF*, 2007, 570, la quale osserva che la definizione di cui all'art. 2011 *code civil* corrisponde alla definizione prevista dal progetto del 2005 "sia pure con il ricorso al termine 'operazione' in luogo di 'contratto', dal momento che il successivo articolo 2012 precisa che la fiducia può avere la propria origine nella legge o nel contratto".

179 In tal senso UGOLINI, *op. cit.*, 312, nota 11, ove sono elencati i seguenti istituti: la *cession Dailly* di cui all'*article* 1. 313-23 *c.m.f.*; il prestito pronti contro termine di titoli finanziari di cui di cui all'*article* . 432-12 *c.m.f.*; la rimessa di strumenti finanziari, effetti o crediti di somme di denaro nell'ambito di sistemi di regolamenti interbancari di cui all'*article* 1. 330-2 *c.m.f.*; la rimessa in piena proprietà di valori, strumenti finanziari o crediti a titolo di garanzia di obbligazioni presenti o futuri di cui all'*article* 1. 330-2 *c.m.f.*; sul punto cfr. anche D. PAPPADÀ, *L'emulazione del trust in Francia*, 1, nota 2, reperibile sul sito [www.comparazioneDirittoCivile.it](http://www.comparazioneDirittoCivile.it).

possibilità che la *fiducie* sia costituita con sentenza del giudice, secondo uno schema assimilabile ai *constructive trusts*<sup>180</sup>.

Sebbene l'istituto francese possa trovare la sua fonte anche al di fuori del contratto, il suo schema ricalca sostanzialmente quello del contratto a favore del terzo<sup>181</sup>. La sua stipulazione avviene fra il disponente ed il fiduciario. Il beneficiario non è parte dell'accordo e può essere designato anche in un momento successivo. Qualora il beneficiario non sia stato individuato, il contratto deve prevedere sotto pena di nullità le regole in base alle quali dovrà avvenire la designazione<sup>182</sup>. L'accettazione da parte del beneficiario ha, invece, l'effetto di rendere il contratto irrevocabile. L'art. 2028 del *code civil* attribuisce, infatti, al costituente la facoltà di revocare il contratto fino a quando il beneficiario non manifesti la propria volontà di approfittarne<sup>183</sup>.

L'art. 2013 del *code civil* esclude sotto pena di nullità che la *fiducie* possa essere costituita per spirito di liberalità. Il beneficiario, pertanto, a fronte del valore dei beni che gli saranno trasferiti dal fiduciario al termine del contratto, deve eseguire una controprestazione a favore del disponente<sup>184</sup>. Il valore di tale prestazione non deve necessariamente essere proporzionata al valore dei beni oggetto della *fiducie*, purché esso non sia irrisorio<sup>185</sup>. Le soluzioni, tuttavia, sembra aprire la strada a gravi incertezze circa la sicurezza dell'operazione contrattuale. Poiché, come si è visto, il valore della prestazione non deve necessariamente essere proporzionato al beneficio ricevuto da quest'ultimo, all'interprete è inevitabilmente attribuita una certa discrezionalità circa la valutazione sul valore irrisorio della prestazione e, di conseguenza, sul carattere oneroso

---

180 Sul punto cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 573; EMERICH, *op. cit.*, 51.

181 Cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 575 ove si rileva che: "(...) *it seems that the contract is only concluded between the constituent and the fiduciaire. In other words the beneficiary is not a party to the contract. However, unless the constituent or the fiduciaire are themselves the beneficiaries, the relationship is a triangular one, in which case the nature of the fiducie is that of a contract in favour of third parties (stipulation pour autri, Article 1121 Cciv)*"; v. anche GALLARATI, *Fiducie v trust*, cit., 242; MATTHEWS, *op. cit.*, 21 s.; MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust*, 23.

182 L'art. 2018 de *code civil* individua sotto pena di nullità il contenuto del contratto di fiducie: "*Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité: 1. Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futures, ils doivent être déterminables; 2. La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dixneuf ans à compter de la signature du contrat; 3. L'identité du ou des constituants; 4. L'identité du ou des fiduciaires; 5. L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation; 6. La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition*".

183 Al riguardo cfr. per tutti MATTHEWS, *op. cit.*, 22.

184 Poiché il beneficiario non è parte del contratto, parte della dottrina ritiene che la controprestazione di quest'ultimo trovi la propria fonte in un separato accordo fra lo stesso ed il disponente cfr. al riguardo UGOLINI, *op cit.*, 313 s.

185 In tal senso GALLARATI, *op. ult. cit.*, 239; UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, cit., 314; cfr. anche WITZ, *La Fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au "trust"*, cit., 1371.

o meno della *fiducie*<sup>186</sup>.

L'impossibilità di utilizzare la *fiducie* per finalità liberali costituisce uno degli aspetti che ha ricevuto maggiori critiche da parte della dottrina. E' evidente che in questo modo l'operatività dell'istituto risulta fortemente limitata: in particolare, a differenza del *trust* di *common law*, non è possibile impiegare la *fiducie* come strumento di trasmissione all'interno della famiglia di patrimoni o per finalità assistenziali o, ancora, per finalità caritatevoli<sup>187</sup>.

Questa limitazione non era presente nel progetto del 1992 ed era stata introdotta per la prima volta nel progetto del 2005<sup>188</sup>: la ragione che ha spinto il legislatore francese a compiere tale scelta risiede nel timore che l'istituto potesse essere utilizzato quale strumento per aggirare principi di ordine pubblico e per evadere le tasse<sup>189</sup>.

Secondo una parte della dottrina il legislatore avrebbe adottato una soluzione estrema e probabilmente eccessivamente restrittiva per evitare l'uso fraudolento della *fiducie*<sup>190</sup>. Peraltro, la disciplina sulla *fiducie* prevede già altri meccanismi volti ad evitarne l'uso non consentito dalla legge. E' noto, infatti, che lo "spettro della frode fiscale ha costituito sin dall'inizio uno dei maggiori ostacoli all'introduzione della *fiducie*<sup>191</sup>".

In particolare, in occasione dell'entrata in vigore della l. 2007-211, sono state modificate numerose disposizioni tributarie. Tale coordinamento, oltre che per evitare eventuali operazioni fraudolente, è stato reso necessario dal carattere traslativo della *fiducie*: al fine di rendere competitivo questo istituto con altri modelli gestionali, è stato necessario prevedere una tassazione ridotta per i trasferimenti della proprietà al fiduciario<sup>192</sup>; è stato, inoltre, previsto che la restituzione del patrimonio fiduciario al disponente è esente da qualsiasi imposta di registro.

La legge che ha introdotto la *fiducie* dedica ben cinque sezioni alle disposizioni fiscali.

---

186 In tal senso cfr. WITZ, *op. ult. cit.*, 1371; come osserva MEUCCI, *op. ult. cit.*, 21, "tale previsione non convince considerato che il ricorso alla sanzione della nullità e, soprattutto la relativa ampiezza (la nullità colpisce quei contratti di fiducie caratterizzati da una '*intention liberale au profit du bénéficiaire*') possono mettere a rischio la sicurezza dell'operazione contrattuale"; cfr. anche VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 575, ove sono posti i seguenti interrogativi "(...) *when does the beneficiary have to confer the benefit, at the moment he receives his benefit or earlier? and who is to verify whether or not there is a sufficient consideration?*"

187 Sul punto cfr. per tutti EMERICH, *op. cit.*, 51, il quale osserva che "(...) *la fiducie-libéralité est néanmoins prohibée. Le champ d'application de la fiducie française est donc cantonné à la fiducie commerciale, alors que le trust de la common law a un domaine d'application extrêmement large*"; F. X. LUCAS, *Fiducie aussi...*, in *éditorial du Bulletin Joly Sociétés* n° 4, 2007.

188 V. al riguardo NERI, *La via francese al recepimento del trust*, cit., 76.

189 Cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 574, i quali, in particolare, fanno riferimento alla possibilità che la fiducie potesse divenire strumento per aggirare la disciplina sulla quota di legittima.

190 In tal senso cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 574; MEUCCI, *op. cit.*, 21 s.

191 UGOLINI, *op. cit.*, 325; v. anche D. PAPPADÀ, *Il registro francese della fiducie*, in *TAF*, 2010, 391.

192 Per una più approfondita analisi sull'aspetto fiscale cfr. UGOLINI, *op. cit.*, 323 ss.

L'art. 2019 del *code civil* prevede, in particolare, l'obbligo sotto pena di nullità di registrare gli atti con cui si costituisce o si modifica il contratto di *fiducie* presso il servizio delle imposte della sede del fiduciario, o, nel caso in cui il fiduciario non sia domiciliato in Francia, presso il servizio delle imposte dei non residenti.

L'art. 2020 del *code civil* prevede, inoltre, l'istituzione di un apposito registro nazionale dove saranno contenuti i dati dei soggetti coinvolti dalle operazioni fiduciarie, i dati relativi a ciascuna *fiducie*, nonché i dati relativi alla registrazione effettuata ai fini della pubblicità immobiliare<sup>193</sup>.

Va ribadito che la Francia ha concepito la *fiducie* come strumento destinato ad operare nell'ambito commerciale, potendo assolvere sia alla funzione di gestione, sia alla funzione di garanzia; l'intenzione del legislatore è stata quella di elaborare una figura unitaria capace di adattarsi ad entrambe le funzioni<sup>194</sup>, non prevedendo regole diverse fra la *fiducie-gestion* e la *fiducie-sûreté*<sup>195</sup>.

L'art. 2016 del *code civil* prevede che il disponente possa nominare anche se stesso o il fiduciante quale beneficiario. Secondo lo schema della *fiducie-sûreté*, infatti, il fiduciario è solitamente anche beneficiario: il debitore, pertanto, trasferisce uno o più beni al creditore che diviene fiduciario e si obbliga a ritrasferire al primo i beni ricevuti al momento in cui il debito sarà estinto. Peraltro, uno degli aspetti più delicati che ha accompagnato il lungo dibattito circa l'opportunità di introdurre una disciplina sulla *fiducie* riguarda la compatibilità della *fiducie-sûreté* con il divieto di patto commissorio<sup>196</sup>.

Al riguardo è interessante rilevare che la *law of trust* di *common law*, al fine di evitare possibili abusi dell'istituto, esclude la possibilità che l'unico beneficiario del *trust* possa rivestire anche il ruolo di *trustee*.

---

193 Il decreto n. 2010-219 ha dato attuazione all'art. 2020 del *code civil*. Tale decreto prevede tuttavia una disciplina 'quadro' rimettendo al Ministero del Tesoro il compito di regolare il funzionamento del registro. In argomento cfr. PAPPADÀ, *Il registro francese della fiducie*, cit., 391 ss.

194 Cfr. KUHN, *Une fiducie française* cit., 32; UGOLINI, *op. cit.*, 326 ss.

195 Per un'analisi della *fiducie* a fini di garanzia cfr., in particolare, J. BERTRAND DE BALANDA - A. SORESEN, *La fiducie: un enfer pavé de bonne intentions? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés*, in *Rev. Lammy dr. affaires*, 2007, 35 ss.; A. CERLES, *La fiducie, nouvelle reïnde des sûretés?*, in *Rev. dr. bancaire et financier*, 2007, 29 ss.; BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français* cit., 869 ss.; ID., *La fiducie-sûreté*, cit., 5 ss.; già prima della riforma, V. C. WITZ, *Reflexions sur la fiducie-sûreté*, in *J.C.P.*, 1993, 244 ss.

196 Sul punto cfr. per tutti GRIMALDI, *op. cit.*, 284, il quale rileva che: "E' vano voler negare queste numerose deroghe con l'affermare in modo perentorio e dogmatico che il fiduciario, in quanto proprietario, può sottrarsi al diritto delle garanzie. Così si manterrebbe la confusione, qui sopra denunciata, tra lo pseudo proprietario fiduciario e la proprietà ordinaria. Evidentemente, la «proprietà fiduciaria» è solo una garanzia, e quindi non si può senza una certa perplessità constatare che essa tende a sottrarsi al diritto... delle garanzie".

La disciplina sulla *fiducie*, tuttavia, contempla la possibilità per il disponente di nominare un terzo, ai sensi dell'art. 2017 del *code civil*, affinché si assicuri che siano preservati gli interessi posti a fondamento della *fiducie*<sup>197</sup>. Tale figura si avvicina a quella del *protector* della *law of trust* anglosassone e potrebbe risultare particolarmente utile nell'ipotesi ora menzionata, al fine di evitare possibili conflitti di interessi. Il terzo può esercitare l'azione di responsabilità contro il fiduciario qualora questi si renda inadempiente ai propri obblighi e può anche agire per chiederne la sostituzione; per consentire l'esercizio di queste azioni, è stato previsto dalla legge l'obbligo del fiduciario di rendere conto al terzo dell'attività svolta.

Al riguardo è stato anche osservato che alle rigide restrizioni circa i soggetti che possono assumere il ruolo di fiduciario, contemplate dalla disciplina sulla *fiducie*, non sono corrisposte altrettante restrizioni circa la posizione del beneficiario<sup>198</sup>.

L'approccio del legislatore nell'introdurre questo nuovo istituto è stato estremamente cauto: per evitarne l'utilizzo abusivo, la legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211 ha previsto notevoli restrizioni con riferimento ai soggetti legittimati a fare ricorso a tale strumento.

In una prima fase, la legge ha consentito solo alle persone giuridiche, sottoposte all'imposta sulle società secondo il diritto francese, di costituire *la fiducie*: la qualità di disponente era quindi preclusa sia alle società di diritto straniero, sia alle persone fisiche. La restrizione era diretta in primo luogo ad evitare che la *fiducie* potesse favorire l'evasione fiscale<sup>199</sup>. La legge 4 agosto 2008, n. 2008-776, tuttavia, al fine di potenziare la portata della *fiducie*, ha rimosso i limiti circa i soggetti che possono divenire disponenti<sup>200</sup> consentendo l'accesso anche alle società straniere e alle persone fisiche.

Particolari limiti sussistono, invece, con riferimento alla persona del *manager*. L'art. 2015 del *code civil* stabilisce che il ruolo di *fiduciario* può essere svolto solo da istituti

---

197 Cfr. per tutti V. LEROYER, *Fiducie - personnes physiques - avocats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, 381.

198 VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 577.

199 Al riguardo BARRIÈRE, *The french fiducie*, cit., 242, fa riferimento all'osservazione compiuta dal ministro della giustizia Pascal Clément alla discussione del Senato del 17 Ottobre 2006. Come riportato dall'A. "reason to exclude natural persons from the fiducie is in answer to a tax necessity. The fiducie should not serve natural persons as tool for the minimization of their taxes. Yet i do not believe that fear of fiducie's being annulled is sufficient to forearm us against this risk".

200 Cfr. BARRIÈRE, *op. cit.*, 246, secondo il quale "Finally, the removal of this distinctions makes French law more attractive. Indeed, the Law Introducing the Fiducie was meant to part of this movment, but the legislator itself had hampered this potential. By requiring the settlor to be a legal person subject to French company tax, the law seemingly prevented any employment of the fiducie by foreign companies not subject to this tax (for example, companies without a fixed long-term presence in France)"; al riguardo cfr. anche LEROYER, *Fiducie - personnes physiques - avocats* cit., 381 ss.

di credito, compagnie assicurative o altre società di investimento<sup>201</sup>. La novella del 2008 ha incluso anche gli avvocati fra i soggetti che possono divenire fiduciari, mentre sono rimasti esclusi i notai, i cui rappresentanti, nel corso del dibattito legislativo, non hanno mai espresso la volontà di poter svolgere tale ruolo<sup>202</sup>.

## 2.2. Il *patrimoine d'affectation*.

L'elemento centrale della *fiducie* è costituito dal trasferimento della proprietà di uno o più beni al fiduciario con l'obbligo per quest'ultimo di gestirli e ritrasferirli: oggetto della *fiducie* possono essere beni, diritti e garanzie<sup>203</sup>.

A prescindere dalla natura bilaterale dell'atto istitutivo della *fiducie*, è da escludere che il disponente nomini se stesso fiduciario. In questa ipotesi, infatti, dalla costituzione della *fiducie* non seguirebbe alcun effetto traslativo della proprietà dei beni che appartengono già al fiduciario. Unico effetto sarebbe quello di sottoporre tali beni al particolare regime patrimoniale previsto dalla disciplina sulla *fiducie*.

Oggetto della *fiducie* possono essere anche beni futuri purché determinabili, nel qual caso si deve ritenere che l'effetto traslativo si produrrà nel momento in cui i beni verranno ad esistenza.

E' interessante notare che l'art. 2018 del *code civil* prevede la possibilità che il fiduciante conservi l'uso o il godimento dei beni trasferiti al fiduciario.

I beni trasferiti al fiduciario costituiscono un *patrimoine d'affectation* distinto dal patrimonio personale di quest'ultimo<sup>204</sup>. L'art. 2025 del *code civil* stabilisce che il

---

201 Sul punto per tutti UGOLINI, *op. cit.*, 315, ove si rileva che "Il timore che la *fiducie* potesse servire a scopi illeciti, quali quelli del riciclaggio di capitali, ha spinto il legislatore a limitare la qualità di fiduciario esclusivamente a soggetti la cui attività fosse oggetto di controllo da parte della autorità.

202 Sul punto cfr. BARRIÈRE, *op. cit.*, 247; UGOLINI, *op. cit.*, 315; peraltro come osserva MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 337, "Il ridimensionamento dell'istituto non è andato esente da rilievi critici in dottrina ed anche in seno al Parlamento, giacché l'*Assemblée Nationale* non ha nascosto perplessità nel valutare la nuova versione del progetto. Tuttavia, il 'dilemme' che si è prospettato tra approvare un testo depotenziato ovvero dare vita ad un percorso legislativo di miglioramento che ne avrebbe di fatto impedito l'esito favorevole, è risolto in modo opportunamente pragmatico".

203 Cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 240, il quale rileva che "per contro *trust* e organizzazioni complesse si fondano sulla separazione del momento della creazione del rapporto da quello in cui i manager sono dotati del capitale da amministrare nell'interesse altrui. In entrambi i modelli infatti si distingue fra atto istitutivo e atto costitutivo da una parte e atto dispositivo e conferimento dall'altra".

204 La nota all'art. 2011 del *code civil* precisa che "*les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire*"; sul punto cfr. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., osserva che "Per la prima volta in termini così ampi si introduce espressamente la nozione di *patrimoine d'affectation* quale separazione di determinate entità patrimoniali in termini di responsabilità, gestione separata, individuazione, nonché contabilità. E' proprio



patrimonio fiduciario può essere aggredito solo dai titolari di diritti di credito sorti dalla conservazione o dalla gestione del patrimonio stesso; pertanto i creditori personali del fiduciario non potranno vantare diritti sui beni che compongono il patrimonio della *fiducie* nemmeno in caso di fallimento di quest'ultimo<sup>205</sup>.

A tutela dei creditori del disponente l'art. 2025 del *code civil* stabilisce che la *fiducie* non è opponibile ai titolari di una garanzia con diritto di seguito iscritta nei registri anteriormente al contratto di *fiducie*, né ai creditori che siano stati frodati e che siano, dunque, legittimati ad esperire l'azione pauliana. Il principale strumento volto ad evitare che la *fiducie* possa essere utilizzata a danno dei terzi è, dunque, costituito dall'azione revocatoria, strumento generale volto a preservare il patrimonio del debitore<sup>206</sup>.

Sul punto, l'*exposé des motifs* del progetto del 2005 si esprimeva nel senso che il pericolo che la *fiducie* divenisse strumento per frodare i creditori era evitato dall'azione revocatoria alla luce dell'evoluzione maturata in via giurisprudenziale<sup>207</sup>.

La legge si è, inoltre, preoccupata del coordinamento con le disposizioni fallimentari: l'art. 632-1 del codice del commercio, così come modificato dall'art. 18 della legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211, prevede la nullità degli atti di trasferimento a favore di un patrimonio fiduciario costituito ai sensi degli artt. 2011 *code civil* e ss. che siano stati posti in essere nel periodo intercorrente tra la data di cessazione dei pagamenti e la data di apertura di una procedura concorsuale<sup>208</sup>.

---

il *patrimoine fiduciaire* ed il regime che caratterizza i beni che ne fanno parte a mettere in risalto la novità dell'istituto nel panorama ordinamentale francese ove, nonostante le critiche e le evoluzioni più moderne, appare tradizionalmente radicato il principio di unità ed indivisibilità del patrimonio"; BARRIÈRE, *op. ult. cit.*, 238 s.; CROCQ, *Le coeur du dispositif fiduciaire*, in R. L. J. *droit civil*, 2007, 1 ss.; KUHN, *Une fiduciaire française* cit., 32 ss.; MATTHEWS, *op. cit.*, 23 ss.; critico sul punto EMERICH, *op. ult. cit.*, 63, secondo il quale "(...) le législateur français ne fait pas expressément référence à la notion de patrimoine d'affectation dans la définition qu'il donne de la fiduciaire à l'article 2011 du Code. Il y renvoie seulement de façon détournée, en indiquant que les fiduciaires tiennent les biens, droits ou sûretés «séparés de leur patrimoine propre». La notion de patrimoine fiduciaire est reprise dans plusieurs autres articles du Code civil, sans jamais pourtant que ce patrimoine ne soit qualifié de patrimoine d'affectation. A lignes, il est néanmoins possible d'en retrouver les contours. (...).

205 Cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 601, ove si osserva che: "According to Article 2024 the insolvency of the fiduciaire, though bringing the fiduciaire to an end, does not affect the patrimoine fiduciaire. In other words, the patrimoine fiduciaire does not fall into the insolvency estate, nor may personal creditors of the fiduciaire seize or attach things which are part of the Treugut".

206 Per tutti BARRIÈRE, *op. cit.*, 232 s. Peraltro, come osserva l'A. "In reality, the situation of the settlor's creditors will not be very different where the assets are transferred to a fiduciaire than it would been it there had been a sale: the property is no longer available to them".

207 Cfr. MEUCCI, *Contratti di fiduciaire, destinazione e trust*, 31 s., ove peraltro si osserva che "il problema della tutela dei diritti dei creditori del fiduciante non è dunque avvertito in termini urgenti o tali da giustificare una deviazione rispetto allo strumento generale di tutela"; UGOLINI, *op. cit.*, 319, il quale rileva che la giurisprudenza di legittimità esige dal creditore la sola prova della conoscenza da parte del debitore del pregiudizio arrecatogli. La prova della malafede del terzo è necessaria solo se l'atto di trasferimento è a titolo oneroso.

208 Sul punto VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 610 s.; BARRIÈRE, *La fiduciaire-sûreté*, cit., 12 ss.; anche UGOLINI, *op. cit.*, 319, il quale osserva che "(...) il beneficiario ed il fiduciario saranno sempre esposti al

La separazione patrimoniale opponibile ai creditori personali del fiduciario costituisce il principale meccanismo posto a protezione degli interessi del beneficiario<sup>209</sup>, assicurando che i beni che compongono il patrimonio fiduciario non siano distolti dallo scopo per cui la *fiducie* è stata costituita.

La *fiducie*, tuttavia, replica solo in parte la particolare riorganizzazione del patrimonio che caratterizza il *trust* di *common law*. L'art. 2025 *code civil* prevede, infatti, che i creditori del patrimonio fiduciario, qualora rimangano insoddisfatti, possano aggredire in via sussidiaria i beni del fiduciante, ma questa regola, utile qualora il fiduciante sia anche beneficiario della *fiducie*, appare del tutto inadeguata al di fuori di questa specifica ipotesi, in quanto il disponente si troverebbe a rispondere con il proprio patrimonio per l'attività posta in essere dal fiduciario nell'interesse di altri soggetti<sup>210</sup>.

Al riguardo sembra più coerente la *law of trust* anglo-americana che prevede una completa incomunicabilità fra il *trust fund* ed il patrimonio del disponente, il quale, per effetto del trasferimento dei beni al *trustee*, perde qualsiasi ruolo nel rapporto con il *trust fund*<sup>211</sup>.

---

rischio che il contratto possa essere dichiarato nullo per il solo fatto che il contratto di fiducie presenta una data anteriore a quella di cessazione dei pagamenti; né viene presa in considerazione la circostanza che della conoscenza dell'avvenuta cessazione dei pagamenti. Una tale previsione rende certamente l'istituto fiduciario francese per un ennesimo aspetto più debole rispetto al *trust*, il quale assicura stabilità e sicurezza al meccanismo fiduciario".

209 In tal senso cfr. per tutti MEUCCI, *op. ult. cit.*, 28.

210 Critici al riguardo anche LARROUMET, *La loi du février 2007 sur la fiducie. Propos critiques cit.*, 1350 ss.; BARRIÈRE, *op. cit.*, 250 ss.; sul punto cfr. anche GALLARATI, *op. ult. cit.*, 240, il quale rileva che "il contratto di *fiducie* mantiene il patrimonio del fiduciante a garanzia dei creditori del patrimonio su cui la fiducia insiste, anche qualora il disponente non abbia altro ruolo nel rapporto"; EMERICH, *op. ult. cit.*, 64 s.; con riferimento al *trust* cfr. L. SMITH, *The re-imagined trust*, in SMITH (a cura di), *Re-imagining the Trust*, cit., 267, il quale osserva che la possibilità che sia il disponente a rispondere in via sussidiaria al posto del *trustee* "may seem strange in the perspective of a genuine patrimonial division, but the common lawyer may again see echoes of his own system. As has been mentioned, the common law trustee is always potentially subject to personal liability, unless his liability is contractually excluded. (...) As for the settlor who is not a beneficiary, his potential liability is not normal in the common law, although it could arise in a case where the trustee was acting under the settlors' orders instead of independently";

211 Come si è visto, nel modello anglosassone il patrimonio aggredibile in via sussidiaria è quello del *manager*, salvo che quest'ultimo non pattuisca con il creditore una limitazione della responsabilità al valore dei beni che compongono il *trust fund* dichiarando espressamente che agisce in qualità di *trustee* e non altrimenti. In alcuni Stati americani, invece, la limitazione della responsabilità del *trustee* è stata adottata come regola generale, sempre purché quest'ultimo renda noto al terzo la sua qualità di *trustee* e ponga in essere un atto cui è legittimato. Come osserva GALLARATI, *op. ult. cit.*, 240, "nei modelli conosciuti, infatti, il patrimonio aggredibile in via sussidiaria, quando previsto, è generalmente scelto tra quello appartenente a ciascun beneficiario o quello dei *managers* (anche laddove beneficiari), ma mai è identificato con il patrimonio di un soggetto che può non rivestire alcuno di tali ruoli. Per di più, laddove questo soggetto sia anche beneficiario, si verrebbe al singolare risultato secondo cui egli sarebbe l'unico dei beneficiari a rispondere illimitatamente delle obbligazioni contratte dal *manager* per conto della fiducia, senza essere investito dell'amministrazione"; sul punto cfr. anche SMITH, *The re-imagined trust*, cit., 267 nota 21, ove rileva che talvolta in alcuni *trusts* in ambito commerciale può accadere che il *trustee* agisca sotto la direzione dei *beneficiaries*. In queste ipotesi "the court may conclude that the trustee is the agent of the beneficiaries, which can imply beneficiary liability under general principle of agency". A tal proposito è riportato il caso *Trident Holdings Ltd v. Danand Investments Ltd* (1988), 64

Lo schema della *fiducie* si allontana anche dalla disciplina italiana sul mandato senza rappresentanza. Il mandatario, infatti, assume in proprio gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, salvo l'obbligo del mandante *ex art. 1719 c.c.* di fornire i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni dal primo contraente in esecuzione del mandato.

Il regime descritto può essere derogato dalle parti, le quali possono prevedere che sia il fiduciario a rispondere delle obbligazioni assunte nell'esercizio delle proprie funzioni, pattuendo eventualmente con i creditori del patrimonio fiduciario una limitazione di responsabilità. Tuttavia, come è stato osservato da una parte della dottrina, tali deroghe troveranno presumibilmente una scarsa utilizzazione, in quanto determinano un notevole aumento dei costi transattivi del regolamento di interessi che il fiduciante deve adottare con il fiduciario e quest'ultimo con i creditori della *fiducie*<sup>212</sup>.

La *law of trust* sembra permettere un particolare "*asset partitioning*" rispetto ai creditori degli agenti principali (*Transferor, Manager e Recipient*) che la *fiducie* non è riuscita a replicare<sup>213</sup>. Come è stato osservato "la differenza tra *fiducie* e *trust* risiede nel fatto che quest'ultimo riorganizza la responsabilità degli attori che gli ruotano attorno in maniera molto simile ad un patrimonio autonomo"<sup>214</sup>.

Sotto questo profilo, la disciplina del *trust / fiducie* prevista dal *code civil* del Québec risulta preferibile giacché essa perviene a risultati molto simili a quelli della *law of trust* anglo-americana, anche se, secondo taluni, questo risultato sarebbe stato reso possibile

---

O.R. (2d) 65, 49 D.L.R. (4th) 1 (C.A.). Inoltre l'A. rileva che: "*There is also the principle that trustees who incur proper liabilities and then find that the trust property is inadequate to compensate them may, in certain circumstances, have a right of indemnity against the beneficiaries*"; cfr. anche BARRIÈRE, *op. cit.*, 251.

212 Sul punto GALLARATI, *op. ult. cit.*, 242 rileva che "anche questa deroga, dovendo essere negoziata con ciascuna controparte, porta con sé un incremento dei costi transattivi tanto in capo al *manger* quanto in capo alla sua controparte contrattuale. Tali costi sono rappresentati dalla negoziazione della diversa regola di responsabilità, nonché dalla ricerca delle informazioni in merito alla capienza del patrimonio fiduciario"; cfr. anche NERI, *op. ult. cit.*, 572, la quale osserva che "Il *dover*, tuttavia, richiedere l'accettazione espressa dei creditori rischia di aggravare la flessibilità dell'istituto, introducendo dei formalismi che avrebbero potuto essere evitati, perseguendo con coerenza la logica della separazione patrimoniale"; critico sul punto anche BARRIÈRE, *op. cit.*, 252 s.

213 HANSMANN-MATTEI, *op. cit.*, 438 s. Come affermano gli Autori: "*In very general terms, our answer is that the most important contribution of the law of trusts is that it facilitates the portioning of assets into bundles that can conveniently be pledged separately to different classes of creditors. Of particular importance in this respect is the use of trust law to shield trust assets from claims of trustee's personal creditors*"; sul punto cfr. anche GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 213 ss.; EMERICH, *op. ult. cit.*, 65, il quale osserva che "*Le législateur français n'a donc pas été au bout des conséquences de la reconnaissance du concept de patrimoine d'affectation, ce qui explique sans doute son hésitation à le nommer comme tel. S'agirait-il alors plutôt d'un patrimoine de division, forme de sous-patrimoine, situé au sein du patrimoine personnel du fiduciaire? La création de ce sou-patrimoine, au sein du patrimoine du fiduciaire, permettrait notamment d'expliquer le principe de l'article 2025 C.civ. et fait que le bénéficiaire soit protégé contre les actions des créanciers du fiduciaire*".

214 GALLARATI, *Fiducie v trust*, cit., 240.

tramite la personificazione del *trust fund*<sup>215</sup>.

Secondo lo schema adottato dal *code civil* del Québec il patrimonio fiduciario costituisce patrimonio autonomo da quello del disponente del fiduciario e del beneficiario<sup>216</sup>. I creditori del *trust / fiducie* possono soddisfare le proprie pretese esclusivamente sui beni che compongono il patrimonio fiduciario: è prevista perciò una completa incomunicabilità fra il patrimonio fiduciario e quello degli agenti principali<sup>217</sup>, mentre il fiduciario è considerato quale amministratore del patrimonio della *fiducie*<sup>218</sup>.

La *fiducie* francese, invece, produce un effetto segregativo del patrimonio meno intenso di quello del *trust*, anche se ricalca uno schema più vicino all'istituto di *common law* rispetto al *trust / fiducie* del Québec. Il modello francese infatti, al pari del *trust*, non contempla la creazione di un nuovo soggetto giuridico, ma prevede il trasferimento dei beni del fiduciante al fiduciario, che ne diviene proprietario, con la conseguente articolazione del patrimonio di quest'ultimo "in due compendi autonomi, uno personale e uno titolato"<sup>219</sup>.

### 2.3. La trascrizione del contratto di *fiducie*

Ai fine di rendere opponibile la separazione patrimoniale del patrimonio fiduciario che abbia ad oggetto beni sottoposti ad un regime pubblicitario, l'art. 2021 del *code civil*

---

215 In tal senso M. CANTIN CUMYN, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in SMITH (a cura di), *Re-imagining the Trust*, cit. 27, secondo la quale "*Québec law conceives of the fiducie as an autonomous entity which it could easily have recognized as legal person*".

216 Secondo la versione inglese dell'art. 1261 *code civil* del Québec "*The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right*".

217 Sul punto cfr. CANTIN CUMYN, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, cit., 22, la quale osserva che "*As a patrimony by appropriation, the fiducie becomes an autonomous entity, owner of the property dedicated to the specific purpose intended by settlor. Its patrimony forms a juridical university which the law sees as independent of the trust. Only the property that comes within the assets of fiducie patrimony is liable for the obligations which arise from the carrying out of the purpose*".

218 Secondo la versione inglese dell'art. 1278 del *code civil* del Québec "*A trustee has the control and the exclusive administration of the trust patrimony, and the titles relating to the property of which it is composed are drawn up in his name; he has the exercise of all the rights pertaining to the patrimony and may take any proper measure to secure its appropriation. A trustee acts as the administrator of the property of others charged with full administration*"; sul punto cfr. CANTIN CUMYN, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, cit., 27, secondo la quale "*Québec law conceives of the fiducie as an autonomous entity which it could easily have recognized as legal person*".

219 L'espressione con riferimento al *trust* è di ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 132; sul punto cfr. anche BARRIÈRE, *op. cit.*, 239.

prevede l'adempimento degli oneri pubblicitari<sup>220</sup>. Poiché il contratto con cui si costituisce la *fiducie* è al contempo atto traslativo della proprietà dei beni oggetto della disposizione fiduciaria, le trascrizioni avverranno a favore del *manager*, menzionando la sua qualità di fiduciario. Tale menzione è necessaria al fine di rendere possibile l'opponibilità ai terzi della disposizione fiduciaria<sup>221</sup>, in quanto i creditori personali del *manager* sapranno di non dover fare affidamento sui beni a lui intestati in veste di fiduciario, giacché essi saranno aggredibili solo dai creditori della *fiducie*<sup>222</sup>.

Quale ulteriore tutela per i terzi, l'art. 2021 del *code civil* stabilisce che il fiduciario, che agisca nell'interesse della *fiducie*, debba espressamente dichiarare la propria qualità<sup>223</sup>. Infine il legislatore ha previsto l'istituzione di un registro nazionale delle *fiducie*, il quale è volto principalmente ad assicurare alle autorità giudiziarie l'accesso alle informazioni necessarie per svolgere i controlli relativi al riciclaggio di denaro o altri impieghi abusivi della *fiducie*. Il decreto che ha istituito il registro delle *fiducie* prevede che siano riportate anche le eventuali trascrizioni relative ai beni del patrimonio fiduciario sottoposti a regime pubblicitario<sup>224</sup>: poiché queste ultime informazioni possono essere consultate pubblicamente, il registro nazionale della *fiducie* costituisce un ulteriore strumento informativo per i terzi.

#### 2.4. Il ruolo del fiduciario

La figura del fiduciario costituisce il perno del modello francese<sup>225</sup>. La *fiducie* ricalca

---

220 Art. 2021 del *code civil*: "*Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.*

*De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités*".

221 Cfr. NERI, *op. ult. cit.*, 572; UGOLINI, *op. cit.*, 322.

222 Sul punto tuttavia cfr. BARRIÈRE, *op. cit.*, 233, ove si osserva che "*As for the personal creditors of the trustee, the risk is that they would be taken in by the appearance of solvency which the fiducie patrimony gives to the trustee. Since the office of trustee is reserved for banking institutions and members of the Bar, that problem should not arise in practice. The separate bookkeeping for personal accounts and fiducie accounts will, in any event, provide a way to distinguish the relevant assets*".

223 Come osserva UGOLINI, *op. cit.*, 322, i terzi, in questo modo, "beneficiano di un generale sistema di «doppia informazione»: da una parte il fiduciario deve sempre esplicitare, in ogni atto che pone in essere, che agisce in tale sua qualità (art. 2021, comma 1, c.c.fr), dall'altra parte, nel caso in cui vengano effettuati atti di disposizione di beni in *fiducie* sottoposti ad un regime pubblicitario, tale pubblicità deve menzionare espressamente il nome del fiduciario (art. 2021, comma 2, c.c.fr)".

224 Cfr. PAPPADÀ, *op. cit.*, 391 s.; UGOLINI, *op. cit.*, 322.

225 Si veda, tuttavia, MALLET-BRICOUT, *Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie?* cit., 935, la quale osserva che "*La prééminence de la relation contractuelle sur la relation patrimoniale instaurée par l'opération de fiducie est très nette; elle distingue sans doute fondamentalement la situation du fiduciaire de droit français de celle du trustee en common law. Cette prééminence peut aboutir à vider de sa substance la fonction fiduciaire, envisagée dans sa dimension de*

infatti lo schema del *trust* sicché, per effetto del trasferimento al fiduciario, questi diviene pieno titolare dei beni che compongono il *fund*, potendo al pari del *trustee*, compiere validamente tutti gli atti di disposizione sui beni del patrimonio fiduciario. A tal proposito, il punto 6 dell'art. 2018 del *code civil* prevede, sotto pena di nullità, che nel contratto di *fiducie* siano determinate la finalità che il fiduciario deve perseguire, nonché l'estensione dei suoi poteri di "*administration*" e di "*disposition*".

La disciplina francese sembrerebbe, pertanto, ammettere la possibilità che il contratto di *fiducie* ponga dei limiti ai poteri di gestione e di disposizione del fiduciario, anche se non è specificato fino a che punto tali limitazioni possano estendersi: in particolare non è chiaro se sia valido l'eventuale divieto del fiduciario di alienare i beni che compongono il patrimonio della *fiducie*.

Al riguardo è interessante osservare che la riforma, in origine, prevedeva che il contratto di *fiducie* non potesse durare più di trentatré anni. Tale limitazione aveva evidentemente la funzione di evitare che la *fiducie* producesse l'effetto di rendere inalienabile la proprietà dei beni che ne compongono il patrimonio, intralciando la libera circolazione della ricchezza<sup>226</sup>. Tuttavia la novella del 2008 ha esteso la durata massima del contratto di *fiducie* a novantanove anni: la riforma, se comportasse un divieto per il fiduciario di alienare i beni che compongono il *fund*, potrebbe seriamente comprometterne la commerciabilità. Ma ad un risultato del tutto diverso si perverrebbe qualora si ritenga che tali limitazioni non siano opponibili ai terzi aventi causa.

La *law of trust* anglosassone, salvo alcune ipotesi, esclude che le limitazioni dei poteri del *trustee* siano opponibili ai terzi aventi causa a titolo oneroso, giacché tale eventualità è avvertita quale intralcio alla circolazione dei beni: gli acquirenti dovrebbero, infatti, espletare complicate indagini per verificare di volta in volta i poteri che spettano al *trustee*. Per questo motivo, oltre che per eventuali ragioni di segretezza, la *law of trust* anglosassone non contempla la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari il *trust instrument*, il cui contenuto sarebbe difficilmente standardizzabile: pertanto le eventuali limitazioni dei poteri del *trustee* sono destinate ad operare sul piano contrattuale sotto il profilo della responsabilità di quest'ultimo nei confronti del beneficiario.

---

*gestion ou dans sa dimension d'exercice d'un droit de propriété sur les biens mis en fiducie. Le fiduciaire apparaît ainsi moins comme un véritable pivot que comme un simple rouage multifonctions de l'opération de fiducie. Les qualifications juridiques utilisées dans la fiducie à la française manquent de clarté, semblent pouvoir être facilement étirées, ce qui entraîne par répercussion, et également en raison des lacunes du régime de la fiducie, de regrettables faiblesses, qu'il reviendra au juge d'atténuer".*

<sup>226</sup> In tal senso cfr. BARRIÈRE, *op. cit.*, 230.

Anche la disciplina sulla *fiducie*, al pari degli ordinamenti di *common law*, non permette la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari l'intero regolamento contrattuale e, dunque, le eventuali limitazioni dei poteri del fiduciario. Al riguardo va segnalato che l'art. 2023 *code civil* stabilisce che, nei rapporti con i terzi, il fiduciario dispone dei più ampi poteri sul patrimonio fiduciario, salvo che non si dimostri che i terzi fossero a conoscenza delle limitazioni dei suoi poteri<sup>227</sup>.

Il fiduciario, quale proprietario dei beni che compongono il *fund*, ha pieni poteri su questi e la violazione da parte sua delle eventuali limitazioni a tali poteri è destinata ad operare sul piano risarcitorio, salvo che non si dimostri la mala fede del terzo contraente. Non è stabilito quale sia il rimedio per il beneficiario in quest'ultima ipotesi: i primi commentatori della disciplina sulla *fiducie* ritengono che l'acquisto posto in essere dal terzo in mala fede sia invalido, anche se non viene specificato di che tipo di invalidità si tratti<sup>228</sup>.

In definitiva il legislatore francese nell'operare il difficile bilanciamento di interessi fra l'autonomia negoziale delle parti, da una parte, e l'esigenza di preservare l'affidamento dei terzi nonché una efficiente circolazione della ricchezza, dall'altra, sembra aver dato prevalenza a questi ultimi interessi<sup>229</sup>.

Al fiduciario è, inoltre, imposto l'obbligo di menzionare e di rendere nota la propria veste ai soggetti con i quali entra in contatto nell'espletamento dei propri incarichi.

L'art. 2026 del *code civil* sancisce la responsabilità del fiduciario per l'eventuale

---

227 L'art. 2023 del *code civil* recita così: "*Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs*".

228 In tal senso VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 613, secondo i quali: "*The French legislature does not specifically address what rights the beneficiary has against a third party transferee. It would seem that if the manager acts beyond his powers to the knowledge (and not merely notice) of the third party the contract will be void*"; cfr. anche MATTHEWS, *op. cit.*, 22, secondo il quale l'atto posto in essere dal fiduciario all'infuori dei propri poteri con il terzo in mala fede è invalido. Ne discendono i noti effetti restitutori: il terzo dovrà ritrasferire la proprietà del bene ed avrà diritto alla restituzione della somma pagata. Come rileva l'A., "*It is true that this is a long way from tracing – or even from subrogation réelle – but it is also significantly more protective of the beneficiary's rights than, say a purely contractual arrangement under which A transfers assets to B (for benefit of C), who then sells them to D in breach of his agreement*".

229 Chiarissimo sul punto BARRIÈRE, *op. cit.*, 233, il quale rileva che "*Third parties are therefore not required to verify the powers of the trustee. In this respect, the provision favours market transactions by protecting third parties, who do not have to make sure that the trustee is acting within the purposes of the fiducie. This legal presumption is logical: it is not for the third party, a stranger to the fiducie, but rather for settlor to bear the consequences of a situation where the trustee exceeded his powers. In addition, the obligation of the trustee to declare that he is acting in that capacity ensures that the creditors are informed, as does mention of the capacity under which he holds rights, where their transfer is subject to publication (in the land registry, for example)*"; cfr. anche MEUCCI, *op. ult. cit.*, 29, la quale osserva che "Uno degli ambiti più delicati del meccanismo fiduciario consiste nei rapporti con i terzi e nel contemperamento dell'esigenza di esecuzione del contratto di *fiducie* con la tutela dell'affidamento di coloro che contrattano con il fiduciario".

inadempimento ai propri obblighi derivanti dalla *fiducie*. Sebbene tale disposizione non lo espliciti, sembra corretto ritenere che la responsabilità di quest'ultimo nei confronti del disponente e del beneficiario sia da inquadrare nell'ambito contrattuale<sup>230</sup>. Il beneficiario, come si è visto, non è parte del contratto, tuttavia, il fiduciario in forza del contratto di *fiducie* assume degli obblighi nei confronti di quest'ultimo<sup>231</sup>.

Il fiduciario è gravato da un insieme di obblighi volti a garantire che i beni del *fund* siano gestiti nell'interesse altrui. Tuttavia, al contrario di quanto avviene nella *law of trust* anglo-americana, tali obblighi non ricevono una regolamentazione dettagliata<sup>232</sup>. La disciplina sulla *fiducie* tace sul grado di diligenza richiesto nonché sulle regole che il fiduciario deve seguire nell'effettuare eventuali investimenti<sup>233</sup>. Inoltre al fiduciario non sono richiesti specifici adempimenti al fine di mantenere separato il patrimonio della *fiducie* da quello personale, né, tantomeno, la legge prevede specifici rimedi in caso di violazione di tale obbligo.

Solo l'obbligo di rendere il conto della gestione riceve una disciplina maggiormente dettagliata. Il primo comma dell'art. 2022 del *code civil* affida ai contraenti la possibilità di stabilire le modalità con cui il fiduciario tenga informato il disponente circa l'attività

---

230 In tal senso per tutti NERI, *op. ult. cit.*, 572 s.; più cauti con riferimento alla posizione del beneficiario sono, invece, VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 588, i quali osservano che: "*Interestingly, the French legislature has not established precisely what type of liability is referring to. (...) The report drafted by Xavier de Roux tells us that this was a deliberate choice of the draftsmen. It is further explained that if the victim is party to the contract (such as is the constituent), he will probably sue the fiduciaire for breach of contract (in accordance with Article 1147 Cciv). On the other hand, if the victim is a third as third party, the rules on liability on tort will be applicable (Article 1382 Cciv). So far as third party beneficiaries are concerned, one has to consider whether the beneficiary has accepted the fiducie, in which case he could be considered a party to the contract and therefore sue for breach of contract. Otherwise, it is more likely that the tort rules will apply*".

231 Come osserva EMERICH, *op. ult. cit.*, 56, "*La fiducie française peut être papprochée du contrat, non seulement car le contrat peut être à l'origine de la fiducie, mai également car la fiducie produit un certain nombre d'effets personnels, en donnant naissance à des obligations. Le fiduciaire a pour principale obligation de réaliser l'objet de la fiducie. Il doit assui rendre des cptes sur sa gestion, tant au constituant qu'au bénéficaire ou au tiers désigné pour protéger les intérêts du constituant (2022 C. civ.)*".

232 Sul punto cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 244 s; NERI, *op. ult. cit.*, 572 s., la quale peraltro alla nota 13, osserva come il *Trustee Act* del 2000 presti particolare attenzione agli obblighi del *trustee*; EMERICH, *op. ult. cit.*, 58 ss.

233 Cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 588, ove si rileva che "*According to Article 2026, the liability of the French fiduciaire, differently to the liability of English trustee, is not strict but depends on the degree of his wrongdoing. (...) The initial proposal for the introduction of a fiducie foresaw a different grading of the liability based on the gravity of the wrong committed by the fiduciaire. The Senate, however, come to the conclusion that such distinctions were not necessary as the role of a fiduciaire can only be taken up by corporate bodies in the banking, insurance or finance sectors, already subject to state control. However, this has changed given that avocats can now act as a fiduciaire. Be that as it may, it appears that the French legislature intended to give the judiciary sufficient discretion in order to evaluate each specific case*".

Cfr. anche GALLARATI, *op. ult. cit.*, 244 s., il quale, con riferimento al grado di diligenza del fiduciario, ritiene che "(...) si potrà ancorare il comportamento del *manager* a diverse gradazioni di diligenza, come quella del buon padre di famiglia, quella modulata in base alla categoria professionale a cui appartiene il soggetto agente o, ancora, quella ancorata alla teoria di diversificazione del portafoglio titoli di Markovitz e Sharpe, implementata nel *duty to invest* dalla *Law of Trust* statunitense e inglese".



posta in essere in esecuzione dei propri incarichi. La disposizione in esame, all'ultimo comma, prevede invece come regola di *default* l'obbligo del fiduciario di rendere il conto della propria attività ai beneficiari nonché al *protector* di cui all'art. 2017 del *code civil*.

Come è stato osservato da una parte della dottrina, probabilmente sarebbe stato opportuno introdurre una disciplina simile a quella di *common law* sul *duty not to commingle* (cfr. il § 2.3 del primo capitolo)<sup>234</sup>.

Tale obbligo, che impone al *trustee* di mantenere fisicamente separato il *trust fund* dal patrimonio personale nonché da altri eventuali *trusts*, ha la duplice funzione di tutelare i beneficiari ed i creditori<sup>235</sup>. In base alla *law of trust* anglo-americana, il *trustee* risponde personalmente qualora dalla violazione del divieto di commistione del *trust fund* con il patrimonio personale derivi una perdita alla *trust property*<sup>236</sup>. Posto che la disciplina francese è priva di rimedi specifici quali il *tracing* ed il *following*, la previsione di obblighi maggiormente stringenti, simili al *duty not to commingle*, sarebbe alquanto utile al fine di tutelare il beneficiario.

Infine la disciplina francese non prevede una regolamentazione del conflitto di interessi del fiduciario: si ritiene che l'eventuale regolamentazione sia demandata alle parti, ove queste siano in grado di sopportare i relativi costi di transazione<sup>237</sup>. Con riferimento invece alla responsabilità sussidiaria del *trustee* nei confronti dei creditori della *fiducie*, il legislatore francese si è discostato dal modello anglosassone: è stata adottata la regola per cui, qualora i beni che compongono il patrimonio fiduciario non siano sufficienti a soddisfare i creditori, questi ultimi possono aggredire in via sussidiaria il patrimonio del disponente.

---

234 GALLARATI, *op. ult. cit.*, 245.

235 In argomento cfr. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 79, il quale osserva che "Il dovere di segregare fisicamente il *trust property* opera per facilitare i beneficiari nell'individuazione dei beni ed evitare che i creditori personali del *trustee*, ovvero i creditori di altri *trusts* dal *manger* amministrati siano tratti in inganno circa la solvibilità del loro creditore reale o addirittura riescano a soddisfarsi su beni non appartenenti a quest'ultimo, proprio in seguito alla violazione del *duty not to commingle the trust property*".

236 Sul punto cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 79 s., il quale precisa che in origine il *duty not to commingle the trust property* era concepito quale '*penalty rule*', pertanto la responsabilità del *trustee* era sganciata dal nesso di causalità fra violazione dell'obbligo e perdita subita dal *trust fund*. Tale regola è successivamente mutata in '*rule of damages*' giacché si fonda "sul necessario nesso di causalità intercorrente tra la perdita occorsa e la mancata separazione".

237 In tal senso per tutti GALLARATI, *Fiducie v Trust*, cit., 244 s.

## 2.5. (segue) La modificazione della *fiducie* e la sostituzione del fiduciario

Come si è visto, la *law of trust* anglo-americana prevede una serie di regole volte a garantire la sopravvivenza del *trust* nel caso in cui il disponente e/o il *trustee* vengano a mancare. Il disponente, in seguito alla costituzione del *trust*, salvo che non riservi a se stesso alcune prerogative, di regola esce dalla scena<sup>238</sup>, per cui si può affermare che il *trust* è del tutto insensibile alle sopravvenienze che lo riguardano. La stabilità del rapporto non riceve pregiudizi neanche dalle vicende che colpiscono il *trustee*, giacché è sempre possibile sostituirlo.

L'art. 2029 *code civil*, al contrario, stabilisce che il contratto di *fiducie* si scioglie in caso di morte del disponente e che, ai sensi dell'art. 2030 *code civil* i beni oggetto dell'operazione fiduciaria ritorneranno nel suo asse ereditario.

Inoltre, qualora il fiduciario perda i requisiti di nomina per un qualsiasi motivo - (nel caso di avvocati) morte, radiazione dall'albo, interdizione, (nel caso di persone giuridiche) liquidazione giudiziaria, incorporazione ecc. - il patrimonio fiduciario è trasferito di diritto ai beneficiari o, in loro assenza, al disponente<sup>239</sup>.

Tali regole si pongono in netto contrasto con il *trust*, la cui disciplina è volta ad assicurare ai beneficiari la continuità dei rapporti instaurati<sup>240</sup>. La maggiore stabilità del *trust* è assicurata, per un verso, da un insieme di regole che assicurano la nomina di un nuovo *trustee*<sup>241</sup>, per altro verso, dal completo distacco del *settlor* dai beni che compongono il *trust fund*<sup>242</sup>.

E' tuttavia necessario osservare che, allo stato attuale, le applicazioni del contratto di *fiducie* si estendono, prevalentemente, al settore commerciale<sup>243</sup>. In particolare la *fiducie*

---

238 Il disponente tramite l'atto istitutivo può riservare a se stesso il potere di revocare il *trust* e di sostituire il *trustee*. Sul punto cfr. per tutti GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 166 ss.

239 Come si è visto, la legge del 19 febbraio 2007 n. 211 attribuiva la possibilità di essere nominati fiduciari solamente ad alcune persone giuridiche qualificate. La novella del 2008 ha esteso tale possibilità anche agli avvocati. Sul punto cfr. VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 592 ove si rileva che "Given that practising lawyers too can now act as a fiduciare, the newly formulated paragraph 1 of the same Article states that the fiducie comes to an end if the fiduciare, who is a practising lawyer, is temporarily suspended or expelled from office. As mentioned earlier, and somewhat surprisingly, Article 2029 does not mention the death of the practising lawyer who acts as a fiduciare. It seems, however, likely that, as in Germany, and differently to England, the lack of a fiduciare brings the relationship to an end".

240 In tal senso GALLARATI, *Fiducie v Trust*, 243.

241 Cfr. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa* cit., 161 ss.

242 Per tutti LUPOI, *Trust* cit., 7: "La specificità del *trust* è molteplice: in primo luogo, essi pongono il *trustee* in uno stato di isolamento rispetto al soggetto che gli ha affidato un bene o diritto e che non ha azione contro lui; l'isolamento del *trustee* è massimo quando si tratti di *trust* destinati al raggiungimento di uno scopo, cosicché manchi qualsiasi beneficiario (...); in secondo luogo, l'evoluzione dei *trusts* è stata nella direzione di un affidamento che superi la vita del disponente, avvicinandosi quindi alla fiducia testamentaria che, incidentalmente, è l'unica che trovi riconoscimento legislativo nel codice civile (art. 627), ma che nulla ha che da spartire con il negozio fiduciario fra vivi".

243 Tuttavia sul punto cfr. BARRIÈRE, *op. ult. cit.*, 244, il quale osserva che, in seguito alla riforma del

non è stata concepita per assolvere a tutte le funzioni che il *trust* svolge negli ordinamenti di *common law*, non essendo previsto istituti analoghi ai *dinasty trusts*, che assumono importanza quali strumenti di trasmissione intergenerazionale di ricchezza, o ai *charitable trusts*, che necessitano di regole volte a garantire un'adeguata stabilità del rapporto gestionale.

Sotto questo profilo la disciplina francese sembra aver dato prevalenza al carattere *intuitu personae* del rapporto fra fiduciante e fiduciario, adottando regole tipicamente contrattuali in base alle quali le vicende che colpiscono uno dei contraenti sono destinate ad incidere sulla *fiducie*<sup>244</sup>.

Tuttavia, l'inadempimento del fiduciario ai propri obblighi non comporta la risoluzione del contratto di *fiducie*. L'art. 2026 del *code civil* stabilisce, infatti, che nel caso in cui il fiduciario si renda inadempiente alle proprie obbligazioni o vi sia il pericolo che possa pregiudicare gli interessi per cui la *fiducie* è stata costituita, il disponente, i beneficiari nonché il terzo designato ai sensi dell'art. 2017 del *code civil* possono richiedere al giudice la nomina di un fiduciario provvisorio o la sostituzione dello stesso. Questa regola si ispira chiaramente al modello di *common law*, anche se risulta limitata rispetto alla *law of trust* anglo-americana<sup>245</sup>. La disciplina inglese assicura infatti una pluralità di rimedi giurisdizionali che consentono non solo la sostituzione del *trustee*, ma anche l'ingiunzione di specifici obblighi di "*facere*", ancorchè non compresi nel *trust instrument* (cfr. § 2.3 del primo capitolo); il giudice può, altresì, interpretare in maniera vincolante per il *trustee* il regolamento del *trust* e, in alcune ipotesi, assumerne in proprio la gestione<sup>246</sup>.

---

2009 che ha consentito anche alle persone fisiche di stipulare il contratto di fiducie, tale strumento potrà essere impiegato per fini assistenziali; cfr. anche FRESNEL, *La fiducie et les personnes vulnérables* cit., 28 ss.; SUVAGE, *Reflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable* cit., 8 ss.

244 Sul punto cfr. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions* cit., 4, il quale, con riferimento alla *fiducie* ed alla *Treuhand*, rileva che "*These institutions lack the supervisory jurisdiction of the court or public authority that can be called upon to ensure that the purpose for which the assets have been set aside is carried out. They amount rather to special types of contract that give rise to contractual remedies*"; NERI, *op. ult. cit.*, 573; GALLARATI, *Fiducie v Trust*, cit., 243.

245 Come osserva GALLARATI, *op. ult. cit.*, "La regola come facilmente comprensibile, è tipicamente delle organizzazioni complesse e del trust, laddove in caso di infedeltà, non sia prevista la risoluzione del rapporto, secondo le generali regole dei contratti, bensì la sostituzione del manager, anche provvisoria. Anche in questo caso, però, la fiducie dimostra di avere una disciplina meno precisa, laddove non si prevede la possibilità che la corte nomini un amministratore di propria fiducia o assuma direttamente l'amministrazione per rimuovere intralci ed irregolarità determinati dai precedenti gestori".

246 Per una approfondita analisi del ruolo svolto dalle Corti rispetto alla gestione del *trust* v. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 204 ss.; cfr. anche LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 176 ss.

### 3. Considerazioni finali

L'approccio adottato dalla Francia, al fine di dotarsi di uno strumento simile al *trust*, è stato quello di rafforzare e rimodellare categorie note al proprio ordinamento, ispirandosi solo in parte al modello anglosassone.

Al riguardo in dottrina si è rilevato che "nonostante l'intenzione del legislatore francese fosse quella di servirsi di uno schema contrattuale - fiduciario di tipo *civilian*, l'ispirazione al *trust* e la necessità di elaborare un modello con esso concorrente hanno inevitabilmente determinato l'implementazione di alcune regole di organizzazione"<sup>247</sup>.

Il risultato sembra essere, in effetti, quello di un modello «ibrido» caratterizzato dalla presenza di regole contrattuali ed aspetti riconducibili al diritto delle organizzazioni complesse quali le società<sup>248</sup>. Fra quelle più rilevanti, si segnalano le regole che permettono di sostituire il fiduciario e l'introduzione della figura di un terzo, con funzione di *protector*.

Ciò che appare evidente è, inoltre, l'intenzione del legislatore francese di collocare la disciplina della *fiducie* sul piano obbligatorio<sup>249</sup>. La resistenza ad accogliere la «proprietà fiduciaria» nell'ordinamento francese ha costituito uno dei principali punti di attrito con riferimento all'introduzione della *fiducie*<sup>250</sup>. Prima della riforma

---

247 GALLARATI, *Fiducie v Trust*, cit., 247.

248 Rispetto alla scelta adottata dal legislatore francese assume una posizione particolarmente diffidente GALLARATI, *op. ult. cit.*, 247, secondo il quale "Ibridità e incompletezza non sono viste con favore dai giuristi, in quanto fonti di diseconomie. Esse, infatti riallocano dei costi transattivi agli attori del mercato, i quali, non potendo fare affidamento sulle regole di default, dovranno provvedere ad un'ampia regolamentazione del loro rapporto, sostenendone i relativi costi"; sul punto cfr. anche MATTHEWS, *op. cit.*, 23; più inline, invece, a ricondurre la *fiducie* nell'ambito proprietario EMERICH, *op. ult. cit.*, 52, secondo il quale "*Nous soumettons que la fiducie française a consacré une propriété fiduciaire, qui peut être créée par contrat, mais dont plusieurs des effets sont réels et, plus précisément, fondés sur la propriété. La fiducie française, qui ne fait qu'évoquer le concept de patrimoine d'affectation, repose fondamentalement sur la propriété fiduciaire, laquelle peut être vue comme une modalité de la propriété civiliste mais dont l'inspiration est celle de la common law*".

249 Tuttavia, più cauto sul punto AKKERMANS, *The principle of Numerus Clausus in European Property law*, cit., 159, secondo il quale: "*The fiducie creates a right of ownership that is limited by the contract of transfer. These limitations are limitations in time (the right of ownership for management purposes of the fiduciary may last for a maximum of thirty-three years) but are also limitations on the the rights and duties of the owner. Although the fiduciary becomes owner, his right of ownership can hardly be qualified as a standard right of ownership, even though doctrinally there is only one right of ownership. The fiducie creates a purpose-bound ownership that can, depending on the purpose of the transfer, be called either security ownership or management ownership*"; inline a ricondurre la *fiducie* nell'ambito proprietario EMERICH, *op. ult. cit.*, 67 ss., il quale a tal proposito evoca la nozione di *propriété fiduciaire*; in argomento cfr. anche BARRIÈRE, *op. ult. cit.*, 234 ss.; CROCO, *Le coeur du dispositif fiduciaire*, cit., 1 ss.; WITZ, *op. ult. cit.*, 1369; MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, 927 ss.

250 Cfr. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 127 s.: "La ragione del rifiuto (o della riluttanza, meglio) può spiegarsi per il permanere dell'idea, non sempre chiaramente esplicitata, ma sicuramente alla base di questo atteggiamento della dottrina, che una proprietà fiduciaria non sarebbe ammissibile non tanto perché si darebbe spazio ad un atto 'astratto' per poter trasferire il diritto di

l'inammissibilità della fiducia con riguardo ai problemi di organizzazione della proprietà era nettamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza. La *fiducie* darebbe luogo a una proprietà anomala non riconducibile al paradigma di cui all'art. 544 del *code civil*, poiché i diritti del fiduciante sul bene concorrerebbero con quelli del fiduciario. Sotto questa prospettiva la proprietà assumerebbe un connotato particolare, giacché su di essa incide un interesse alieno rispetto al titolare del diritto stesso. Una simile organizzazione delle prerogative proprietarie sul medesimo bene sarebbe inefficiente e, in ultima analisi, contraria al *numerus clausus* dei diritti reali<sup>251</sup>. Secondo questa impostazione la fiducia gestione rappresenterebbe una minaccia in quanto eliminerebbe il proprietario dalle sue prerogative di gestione, dissociando il diritto dai poteri<sup>252</sup>.

Il legislatore ha tuttavia superato tali rilievi critici<sup>253</sup>: nello schema adottato dalla *fiducie*, il fiduciario è l'unico proprietario dei beni del *fund* e a costui spettano tutti i poteri<sup>254</sup>. La disciplina sulla *fiducie*, al pari di quanto avviene negli ordinamenti di *common law*, non permette la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari l'intero

---

proprietà al fiduciario, ma perché si violerebbe il principio del numero chiuso dei diritti reali, ammettendo una 'proprietà' formale al fiduciario, concorrente con una 'proprietà' sostanziale (o effettiva) del fiduciante"; cfr. anche V. SAGAERT, *The Trust Book in the DCFR: A Civil Lawyer's Perspective*, in S. VAN ERP, A. SALOMONS, B. AKKERMANS (a cura di), *The Future of European Property Law*, Munich, 2012, 36 s.; GRIMALDI, *op. cit.*, 280 ss.; BARRIÈRE, *op. cit.*, 234 ss.; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, 2007, 51 s.; in una prospettiva più ampia cfr. anche HONORÉ, *op. ult. cit.*, 10 ss.

251 Per un'approfondita analisi sul punto cfr. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 88 ss.

252 Cfr. MORELLO, *op. cit.*, 89 ss.; GRIMALDI, *op. cit.*, 283; SAGAERT, *The Trust Book in the DCFR: A Civil Lawyer's Perspective*, cit., 36 s.; BARRIÈRE, *op. cit.*, 234 ss.

253 Sul punto cfr. MORELLO, *op. cit.*, 128, il quale rileva che "(...) proprio l'analisi dell'esperienza francese dimostra con chiarezza che le preoccupazioni dei giuristi non possono ritenersi fondate se sono giustificate soltanto da quelle ragioni di ordine pubblico (considerate da taluni ancora alla base del principio di tipicità dei diritti reali) che abbiamo dimostrato essere ormai superate, come ad esempio, le criticità e i problemi relativi alla efficiente gestione del bene (che sarebbe impedita dall'obbligo del fiduciario di seguire istruzioni predeterminate), quasi che la proprietà fiduciaria debba necessariamente comportare più proprietà concorrenti (*plura domina*) su uno stesso bene". Peraltro, l'esperienza inglese dimostra che l'eventuale dissociazione delle utilità generate da un bene rispetto ai poteri di gestione su di esso non costituisce di per sé un intralcio ad una efficiente circolazione della ricchezza. Nel *trust* di *common law*, le prerogative proprietarie relative al potere di gestione e di disposizione sono, infatti, concentrate nelle mani del *trustee*. Le decisioni circa le operazioni da compiere sul *trust fund* spettano solo a quest'ultimo. Tuttavia, come si è visto, la possibilità di opporre ai terzi le eventuali limitazioni ai poteri di quest'ultimo, può presentare delle criticità sotto il profilo «informativo». La prassi anglosassone, per questo motivo, esclude la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari l'intero regolamento del *trust*. Nei registri viene, infatti, annotata solo una *restriction* che ha la funzione di assicurare ai beneficiari che il denaro versato dagli acquirenti dei beni che compongono il *fund* sia rivolto in loro favore (cfr., per questi aspetti, *amplius*, il primo capitolo); cfr. anche EMERICH, *op. ult. cit.*, 71, il quale osserva che "*Si le droit français a sans doute fait entrer la fiducie par la petite porte, pour répondre principalement à des exigences d'ordre économique, la consécration à peine cachée d'une propriété fiduciaire revet une importance théorique majeure pour l'évolution du concept de propriété dans les pays de tradition romano-germanique*".

254 Sul punto, già agli albori dei primi progetti sulla *fiducie*, GRIMALDI, *op. cit.*, 284, aveva osservato che "senza farsi ingannare dalle parole «proprietà fiduciaria», occorre intendere la fiducia per quello che è: una esclusività di gestione per conto di un terzo, una garanzia assoluta e semplificata".

regolamento contrattuale e, dunque, le eventuali limitazioni dei poteri del fiduciario<sup>255</sup>. Tali limitazioni, in definitiva, non essendo opponibili ai terzi sono destinate a operare sul piano risarcitorio. La *fiducie* prevede, inoltre, una serie di regole che disciplinano i rapporti fra il patrimonio fiduciario ed i creditori degli agenti principali. La separazione del patrimonio fiduciario da quello personale del fiduciante e del fiduciario sembra essere la condizione necessaria ad assicurare che i beni posti in fiducia siano gestiti nell'interesse dei beneficiari<sup>256</sup>. Come si è visto, il regime pubblicitario francese prevede che sia menzionata la qualità di fiduciario di colui al quale sono intestati i beni oggetto della *fiducie*. Almeno con riferimento ai beni soggetti ad un regime pubblicitario, la separazione patrimoniale non sembra porre particolari problemi sotto il profilo «informativo»: i terzi creditori che entrino in contatto con il fiduciario, potranno sapere su quali beni sia possibile fare affidamento tramite la consultazione dei pubblici registri. Dai registri risulta il carattere fiduciario o meno del trasferimento senza che sia necessario riportare l'intero regolamento contrattuale. Si tratta di informazioni semplici e facilmente «standardizzabili» ai fini della trascrizione nei pubblici registri.

La *fiducie*, tuttavia, non offre al beneficiario una tutela paragonabile a quella offerta dal *trust* in caso di abuso da parte del fiduciario. Il beneficiario è, infatti, sempre esposto al pericolo che il fiduciario sia insolvente<sup>257</sup>. Probabilmente, in origine, l'esigenza di

---

255 Cfr. MORELLO, *op. cit.*, 91, "(...) la recente legge generale sulla fiducia conferma chiaramente che l'atteggiamento di fondo della dottrina tradizionale e della giurisprudenza è contrario all'ammissibilità di una fiducia non dichiarata apertamente (e quindi "riservata" e non "trasparente") e non regolata in modo chiaro, non solo perché di per sé la proprietà fiduciaria non sarebbe ammissibile, ma anche perché occorre tutelare il fiduciante (ordine pubblico di protezione) e stabilire regole chiare sia per i creditori del fiduciante che per i creditori del fiduciario".

256 Sul punto cfr. per tutti BARRIÈRE, *op. cit.*, 250 ss.

257 In tal senso VAN ERP - AKKERMANS, *op. cit.*, 613; sul punto v. anche i rilievi di BARRIÈRE, *op. cit.*, 237, secondo cui: "(...) *like ordinary ownership, fiduciary ownership will be exclusive. The trustee will exercise his prerogatives without any competitor. It will be possible to transfer the usus, fructus, and abusus to trustee; however, the trustee will not be able to use these prerogatives other than in the pursuit of the objectives of the fiducie*". (...) Moreover, the trustee should be subject to legal consequences on the basis of reach of faith if he diverts or misappropriates the property put under the fiducie, since he had agreed to set it to a determinate use"; AKKERMANS, *op. ult. cit.*, 159, il quale, sebbene ritenga che la proprietà del fiduciario non potrebbe essere esattamente inquadrata nel paradigma tradizionale, conclude nel senso che "However, compared with the English trust, the beneficiary only has a right against the trustee and not a right that he may be able to invoke against third parties. A fiducie is, contrary to an English trust, a mere contract creating personal rights. However, at the same time some proprietary effects, in particular on the right of ownership of the fiduciary, cannot be denied. It remains therefore unclear what is the status of the newly introduced fiducie in French law"; tuttavia cfr. anche EMERICH, *op. cit.*, 71, secondo il quale "La question de la qualification des droits du bénéficiaire pendant la fiducie reste ouverte: le bénéficiaire est-il le créancier du fiduciaire, ou bien est-il invest d'une forme de propriété? A-t-il un droit personnel plutôt qu'un droit réel, ou encore, un droit mixte? Cette question, comme celle de la nature juridique de la fiducie française et celle des droits du fiduciaire, devra être tranchée par la jurisprudence. On peut néanmoins penser que celle-ci se montrera réfractaire à admettre une véritable division du titre de propriété, qui consisterait en une transposition civiliste pure et simple de la propriété légale et de la propriété équitable de la common law".

tutelare il beneficiario mediante la previsione di strumenti che si pongano su un piano differente da quello risarcitorio non è stata avvertita dal legislatore francese giacché, come si è visto, il ruolo di fiduciario era riservato esclusivamente a determinate persone giuridiche munite di particolari requisiti di professionalità ed affidabilità. In queste ipotesi il rischio che il fiduciario sia infedele o che divenga insolvente appare minimo. Questo equilibrio sembrerebbe, tuttavia, essere stato incrinato dalla novella del 2008 che ha incluso anche gli avvocati fra i soggetti che possono divenire fiduciari. Questi ultimi, sotto il profilo della solvibilità e stabilità patrimoniale, non sono in grado di offrire le medesime garanzie.

## LA CONVENZIONE DELL'AJA RELATIVA ALLA LEGGE SUI *TRUSTS* ED AL LORO RICONOSCIMENTO

**SOMMARIO:** 1. Il contenuto della Convenzione dell'Aja relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento - 2. Lo schema tracciato dalla Convenzione ed il c.d. "*trust* amorfo" - 3. La legge applicabile - 4. Gli effetti minimi del riconoscimento. La separazione patrimoniale dei beni del *fund* - 5.1. Gli effetti eventuali del riconoscimento. Difficoltà nel replicare alla luce delle categorie dell'ordinamento italiano le azioni di *following* e di *tracing*. - 5.2. (segue) La surrogazione reale dei beni del *fund* - 6.1. La trascrizione del *trust*, l'art. 12 della Convenzione dell'Aja - 6.2. (segue) La prassi e le incertezze circa le modalità con cui eseguire la trascrizione del *trust* - 7.1. Il c.d. «*trust* interno». Le tesi favorevoli alla sua ammissibilità - 7.2. (segue) La tesi contraria all'ammissibilità del c.d. «*trust* interno».

### 1. Il contenuto della Convenzione dell'Aja relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento

La convenzione dell'Aja relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento (*infra* anche: Convenzione), siglata il 1° luglio 1985, è stata recepita dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

Tale trattato internazionale si distingue dalle numerose altre convenzioni internazionali sottoscritte all'Aja per la tecnica tramite la quale è stata redatta, in quanto non si limita ad indicare i criteri per determinare la legge applicabile. Piuttosto si preoccupa di definire in maniera analitica l'oggetto della Convenzione, stabilendo una nozione di *trust*<sup>258</sup>, indica quali sono i presupposti necessari (e quelli solo eventuali) per la costituzione di un *trust* e dispone quali sono gli effetti giuridici derivanti da siffatta fattispecie.

---

258 Sul punto cfr. A. GIARDINA, *Note introduttive*, A. GAMBARO - A. GIARDINA - G. PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, vol. II, 1211, secondo il quale: "la particolarità è data dalla estensione e dalla precisione della definizione stessa, fornita attraverso indicazioni di diritto sostanziale che appaiono fornire una descrizione di trust nei suoi contenuti essenziali e nei suoi effetti caratteristici"; LUPOI, *Trust*, cit., 501; A. GALLARATI, *La Pubblicità del diritto del trustee*, Torino, 2012, 2, il quale osserva che "diversamente dalle altre convenzioni dell'Aja, la convenzione sui *trust* è auto-referenziale, in quanto descrive l'oggetto delle proprie regole.



La particolare tecnica con cui è stata redatta la Convenzione ha dato origine ad un contrasto circa la natura della stessa. Un primo orientamento pone l'accento sulle peculiarità della Convenzione ed in particolare sul combinato disposto dell'art. 2 e 11, che prevede una specifica definizione del *trust*: la particolarità sarebbe data dalla estensione e dalla precisione della definizione stessa che fornisce una descrizione del *trust* nei suoi contenuti essenziali e nei suoi effetti caratteristici. Sulla scorta di tali rilievi, si qualifica la Convenzione come norma di diritto sostanziale uniforme, la quale avrebbe l'effetto di introdurre una disciplina unitaria del *trust* nei singoli ordinamenti<sup>259</sup>. Questa tesi è stata condivisa nel nostro ordinamento da parte della giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del c.d. «*trust* interno»<sup>260</sup>.

Secondo un altro orientamento, diffuso soprattutto in dottrina, la Convenzione, nonostante la peculiarità del testo, conterrebbe pur sempre norme di diritto internazionale privato<sup>261</sup> e, pertanto, si limiterebbe a determinare i criteri per l'individuazione del diritto applicabile<sup>262</sup>.

I sostenitori di questa seconda impostazione trovano argomento nella struttura della Convenzione, la quale sembra essere fondata sulla distinzione fra gli ordinamenti in cui

---

259 In tal senso C. MASI, *La Convenzione dell'Aja in materia di trusts*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 784 ss.; N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in I. BENEVENTI (a cura di), *Il trust in Italia oggi*, Milano, 1996, 73 s.; per una rassegna sulle differenti posizioni adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza cfr. anche S. BARTOLI, *Il trust interno e le principali questioni ad esso inerenti*, in M. BIANCA - A. DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, I quaderni - Ricerche, Fondazione Italiana del Notariato, Milano, n. 2/2013, 38 s.

260 *Ex multis* v. Trib. di Firenze, 2 luglio 2005, in *TAF*, 2006, 89, ove con riferimento al contrasto fra il *trust* interno e l'art. 2740 c.c. si legge che "(...) l'effetto segregativo è previsto proprio dalla convenzione in deroga all'ordinamento e che l'art. 11 della l. 364/89 deve ritenersi eccezione di fonte legislativa al principio della responsabilità limitata"; in senso conforme v. Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *TAF*, 2004, 67; Trib. Bologna, 30 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295; Trib. Reggio Emilia (ord.), 14 maggio 2007, in *TAF*, 2007, 425, Trib. Modena (decr.), 11 dicembre 2008, in *TAF*, 2009, 177.

261 M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. notariato*, 2009, III, 557 ss. rileva come la Convenzione disciplini i soli *trusts* volontari, con esclusione delle altre tipologie di *trusts* previste dalla disciplina di *common law*. In effetti come emerge dagli artt. 2 e 11, la "Convenzione" si concentra principalmente sul profilo della separazione dei beni che compongono il *trust fund* dal patrimonio personale del *trustee*. Probabilmente ciò a spinto parte della dottrina (e il legislatore quando ha introdotto l'art. 2645 *ter* c.c.) a ricondurre il (non) modello tracciato dalla Convenzione nell'ambito dei patrimoni separati o del vincolo di destinazione. Tuttavia appare corretto ritenere che la portata della "Convenzione" non sia quello di delineare un modello di *trust* ma semplicemente quello di tracciare delle linee guida generali in modo da poter abbracciare il maggior numero di fattispecie. "La Convenzione" presuppone, quindi, la legge di un paese che disciplini in modo compiuto i rapporti cui dà vita il *trust*. Ne discende che non appare corretto ravvisare nella "Convenzione" un modello di *trust* a se stante. Infatti, nel caso concreto, essa dovrà sempre essere letta in correlazione con la legge che disciplina il *trust* scelta dal costituente ai sensi dell'art. 7 della "Convenzione".

262 S. MAZZAMUTO, *Il Trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, I, 754 s.; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, III, 1324 s.; ID, *Il Trust e 'sosotiene Lupoi'*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 451; P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Eur. dir. priv.* 1998, 456 s.; L. ROVELLI, *Sulla diretta applicabilità della Convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei "trust interni"*, in D. ZANCHI (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, 643 s.

il *trust* è disciplinato e quelli in cui non è ammesso (cosiddetti ordinamenti «non *trust*»). Se la Convenzione avesse introdotto una disciplina sul *trust* comune a tutti gli ordinamenti, il riferimento agli ordinamenti non *trust* contenuto nello stesso documento sarebbe risultato assolutamente privo di senso<sup>263</sup>.

In questa prospettiva, si osserva, inoltre, che la sussistenza, all'art. 2 della Convenzione, di una definizione di *trust* non si configura quale argomento sufficiente a sostenere che la Convenzione abbia l'effetto di introdurre una disciplina sostanziale uniforme per tutti gli Stati aderenti<sup>264</sup>.

Piuttosto è stato rilevato che la peculiare tecnica con cui è stata redatta la Convenzione è dovuta alla particolarità dell'istituto disciplinato. Come emerge dalla premessa della Convenzione, "il *trust* è un istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della Common Law, adottato da altri paesi con alcune modifiche"<sup>265</sup>, per cui nei paesi firmatari non vi è univocità circa il concetto di *trust*. Questo rilievo diventa ancora più evidente laddove si consideri che il *trust* è un istituto sconosciuto a molti ordinamenti di *civil law*. In questo quadro è stato, pertanto, necessario delineare i contorni dell'oggetto della Convenzione<sup>266</sup>, come emerge dalla relazione esplicativa, nella quale si sottolinea altresì che gli obiettivi della Convenzione sono quelli di dettare regole certe e uniformi per l'individuazione della legge applicabile, costituendo un ponte fra i paesi di *common*

---

263 Sul punto cfr. ROVELLI, *op. cit.*, 641.

264 ROVELLI, *op. cit.*, 641.

265 Traduzione proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" reperibile all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it/aja/>.

266 In tal senso M. A. E. VON OVERBECK, *Explanatory Report*, in *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Vol. II, *Trusts - Applicable Law and Recognition (The Hague: HCCCH Publications, 1985)*, 372, reperibile anche sul sito [www.hcch.net/upload/expl30.pdf](http://www.hcch.net/upload/expl30.pdf), il quale osserva che: "This convention is intended to deal with institution, the trust, which is known in certain Member States of the Conference, most often States of common law, but which is unknown in the majority of the civil law States of the Members of the Conference. In this it differs essentially from the other Hague Conventions which deal on the level of conflict of laws, of conflict of jurisdictions or of recognition and enforcement of judgment (...)" ; M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience*, in SMITH (edited by), *Re-imagining the trust*, cit., 46, il quale rileva che: "With respect to an international legal instrument like the Hague Trusts Convention it was, however, virtually impossible to avoid this step. The lack of any clarification of the object of Convention could have rendered it meaningless. As a matter of fact, with respect to trusts, no common understanding of the institution could be taken for granted at The Hague. The risk of lack of agreement in this respect was real, at last for all the layers steeped in the laws of the countries that have had little contact with the common law world; but common layers had their problems too, as the Canadian delegate to the Convention frankly acknowledged in retrospect".

Nello stesso senso cfr. anche D. WATERS, *The Hague Trusts Convention Twenty Years On*, in GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law*, cit., 65 ss.; ROVELLI, *Sulla diretta applicabilità della Convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei "trust interni"*, cit., 643 s., secondo il quale la definizione di cui all'art. 2 sarebbe esclusivamente dovuta all'estraneità del *trust* agli ordinamenti di *civil law*.

law che conoscevano già il *trust* e quelli di *civil law*<sup>267</sup>.

Non vi è ragione per discostarsi da quanto emerge dalla relazione esplicativa sul reale obiettivo della Convenzione<sup>268</sup>. In precedenza, infatti, l'operatività di un *trust* risultava fortemente limitata negli ordinamenti nei quali tale istituto non era regolato: il giudice investito di una questione riguardante un *trust* con profili di internazionalità, in assenza di regole specifiche per la disciplina del conflitto di leggi, era costretto a ricondurre il *trust* alle categorie a lui note; un simile modo di procedere, tuttavia, comportava una situazione di grave incertezza, giacché l'esito della decisione poteva variare di molto a seconda della categoria alla quale il giudice ritenesse opportuno fare riferimento<sup>269</sup>.

Va quindi smentita l'idea che l'effetto della Convenzione sia stato quello di introdurre una disciplina comune sul *trust* in tutti gli ordinamenti firmatari<sup>270</sup>.

Le considerazioni svolte inducono, piuttosto, a ritenere che l'obiettivo della Convenzione non sia solo quello di dettare dei criteri uniformi per individuare la legge applicabile ad un *trust* che presenti elementi di estraneità rispetto alla legge dello Stato che lo disciplini, ma anche quello di consentire che il *trust* possa produrre effetto nei cosiddetti ordinamenti «non *trust*»<sup>271</sup>.

---

267 Cfr. OVERBECK, *Explanatory Report*, cit., 372, il quale rileva che "*If certain of these Conventions sought to reconcile the countries having the principle of domicile, this Convention is more particularly intended to build bridges between countries of common law and countries of civil law*"; in tal senso anche LUPOI, *Trusts*, cit., 495 s. il quale sottolinea l'elevato stato di incertezza delle regole di conflitto in materia di *trusts* dei paesi di *common law*. Sicché una delle finalità della Convenzione sarebbe stata certamente quella di dettare regole certe e uniformi.

268 Cfr. L. SANTORO, *Il Trust in Italia*, Milano, 2009, 10 s.; G. PONZANELLI, *Le annotazioni del comparatista*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, cit., 1226, il quale osserva che: "In altri termini: lo scopo specifico della Convenzione è il riconoscimento di *trusts* disciplinati da una legge che riconosca espressamente la figura del *trust*"; sul punto cfr. anche OVERBECK, *op. cit.*, 373 s.

269 In tal senso WATERS, *The Hague Trusts Convention Twenty Years on*, cit., 65, il quale rileva che: "*In those jurisdictions for which the common law law trust is a totally foreign concept, experience shows that, when an issue concerning a trusts arises, anything can happen. (...) Lacking any conflict of law rules, all the judge can do, having the forum's domestic concepts in mind, is to draw analogies between one or more those concepts and what appears to be the character, perhaps the effect, of 'a trust'. If they are called upon at all, forum conflict rules are then applied. To observers it is evident that this practice has been the approach to trust interpretation in non-common law jurisdictions for many years*"; cfr. anche GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention*, cit., 40 s. il quale riporta la nota sentenza del Trib. di Oristano, 15 Marzo 1956, cit., 1019. Il caso riguardava l'espropriazione di un terreno oggetto di un *trust* inglese. Il giudice italiano era stato chiamato a pronunciarsi su a chi spettasse l'indennità per l'espropriazione. Il Tribunale ha ritenuto corretto affermare l'invalidità del *trust* perché incompatibile con il principio del *numerus clausus*, tuttavia, in applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur* ha riconosciuto efficacia alla disposizione istitutiva del *trust*, individuando così nel beneficiario il proprietario dei beni e assimilando invece il *trustee* ad una sorta di mandatario.

270 Cfr. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1324, secondo il quale se è corretto affermare che in seguito alla Convenzione dell'Aja "il *trust* non sia più ignoto al nostro ordinamento, altra cosa è ritenere che esso sia divenuto istituto disciplinato o disciplinabile alla stregua di qualunque altro istituto del diritto interno italiano".

271 Peraltro, come precisa l'art. 1 "La presente Convenzione determina la legge applicabile ai *trust* e ne

In questa prospettiva, va considerato il contenuto normativo del capitolo III della Convenzione, il quale, agli articoli 11 e 12, disciplina gli effetti del *trust* costituito secondo la legge individuata in base ai criteri indicati dalla Convenzione. L'art. 11 e l'art. 12 non si limitano infatti ad individuare la legge applicabile, ma pongono anche regole sostanziali che disciplinano direttamente gli effetti del *trust* negli ordinamenti che non conoscono questo istituto<sup>272</sup>, assicurando in tal modo il conseguimento di risultati di efficienza che non sarebbero stati possibili mediante il mero rinvio alla legge straniera<sup>273</sup>.

Quanto esposto sembra trovare conferma nell'art. 12 della Convenzione che disciplina le modalità di trascrizione della qualità di *trustee* nei pubblici registri. E' noto che le forme di pubblicità degli atti costitutivi, modificativi ed estintivi dei diritti reali (in questo caso il trasferimento della proprietà al *trustee*) sono regolate dalla legge del luogo dove il bene si trova<sup>274</sup>: pertanto, qualora si ritenga che la trascrizione nei pubblici registri della qualità di *trustee* sia la condizione necessaria per opporre ai terzi creditori la separazione patrimoniale derivante dal *trust*, si dovrà concludere nel senso che il mero rinvio alla legge straniera non sia sufficiente a garantire tale effetto. Da qui, la necessità di prevedere alcune norme sostanziali circa gli effetti che le fattispecie che rientrano nella nozione di *trust* di cui all'art. 2 producono negli ordinamenti firmatari della Convenzione<sup>275</sup>.

---

regola il riconoscimento".

272 Come osserva GALLARATI, *La pubblicità del diritto del trustee*, cit., 61, "queste regole, secondo l'opinione dominante in *civil law* come in *common law*, sono norme di diritto materiale uniforme, introdotte dalla Convenzione negli ordinamenti degli Stati ratificanti, indipendentemente dal fatto che le stesse siano contemplate dalla legge applicabile"; cfr. anche R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2000, 107 s.

Secondo alcuni, tuttavia, le regole del terzo paragrafo dell'art. 11 della Convenzione non sarebbero norme di diritto materiale uniforme giacché trovano applicazione nella misura in cui siano previste dalla legge determinata ai sensi della Convenzione. In tal senso LUPOI, *op. ult. cit.*, 529; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention. Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, 2002, 315.

273 Sul punto cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 377, il quale rileva che "*The conference took into account the fact for trusts the situation is posed in a way which is different from that for other institutions, such as marriage or contracts of sale for example, which are known in all countries. On the contrary, the trust is an institution which in principle is unknown to the judges of civil law countries. They might stand perplexed before the pure and simple affirmation that a trust, from the mere fact that it is in conformity with the law designated by the Convention, should deploy effects in their countries. If the Convention, is wanted to be efficacious, it is necessary that it indicate, at least on the principal points, what recognition will consist of and what the effect will be that the trust will deploy*".

274 Con riferimento all'Italia v. art. 55 della l. 31 maggio 1995, n. 218. Inoltre l'art. 15 della Convenzione stabilisce che "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà delle parti (...)". Sul punto cfr. M. D. DELI, Commento all'art. 15, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit., 1291.

275 In tal senso per tutti LUPOI, *op. cit.*, 529; si avvicina a questa impostazione anche la tesi di A. GAMBARO, *Il trust in Italia*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit., 1215 s.; ID., *Trust*, cit., 464 s., secondo il quale la Convenzione non seguirebbe "gli

Si comprende pertanto la ragione per cui la Convenzione, oltre a prevedere norme di diritto internazionale privato che consentono di individuare la legge applicabile ad un *trust* caratterizzato da profili di internazionalità, contiene un nucleo di norme sostanziali volte ad assicurare l'operatività del *trust* negli ordinamenti che si sono obbligati a riconoscerne gli effetti. Ma da questo rilievo non si può ricavare l'ulteriore conseguenza per cui la Convenzione avrebbe introdotto l'istituto negli Stati firmatari cosiddetti «non *trust*», in quanto la disciplina degli effetti del *trust* non esclude la portata internazional-privatistica della Convenzione, il cui presupposto di applicazione è che il *trust* presenti criteri di collegamento con altri Paesi<sup>276</sup>.

## 2. Lo schema tracciato dalla Convenzione ed il c.d. "trust amorfo"

La Convenzione è composta da cinque capitoli: il primo capitolo definisce la nozione di *trust* (art. 2), il secondo individua il criterio di scelta della legge regolatrice (art. 6), il terzo è dedicato ai presupposti e agli effetti del riconoscimento, il quarto e il quinto capitolo contengono le disposizioni sulle eventuali eccezioni all'applicazione della Convenzione, nonché sulle modalità di ratifica ed entrata in vigore<sup>277</sup>.

Muovendo dalla nozione di *trust*, va in primo luogo esaminato l'art. 2 della Convenzione, primo comma, a norma del quale "Ai fini della presente Convenzione, 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*

---

schemi tipici delle convenzioni dell'Aja", giacché "il suo nucleo centrale non è costituito dalla predisposizione di norme di conflitto uniforme, ma dal riconoscimento da parte di un paese firmatario degli effetti di un meccanismo giuridico ancorché estraneo al suo sistema tradizionale". Secondo l'A. la convenzione acquisterebbe significato solo "ove venga ratificata da un paese non *trust*. Infatti le norme di diritto internazionale privato in materia di *trust* appartengono tutte alle esperienze di *common law*, e benché esistano delle differenze fra esse, le divergenze non sembrerebbero tali da giustificare l'intervento di un apposita Convenzione di diritto internazionale privato uniforme"; ID. *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, 263; in tal senso anche SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 108, nota 58, il quale rileva che "Intrapresa la strada del riconoscimento obbligatorio, non poteva sfuggire alla Convenzione la previsione, quanto meno, della possibilità di un'adeguata pubblicità del *trust*. La norma di cui all'art. 12 è stata introdotta allo scopo di evitare che l'efficacia dei *trusts* istituiti in conformità della legge regolatrice possa risultare di fatto pregiudicata dalla impossibilità di richiederne la pubblicità in quei sistemi (...) che ricollegano a tale adempimento l'opponibilità del vincolo di destinazione e la tutela dell'affidamento dei terzi (...)" ; sul punto cfr. anche A. BRAUN, *Trust interni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 575, la quale osserva che "Peraltro il carattere internazional-privatistico non impedisce, a parere di molti, che la Convenzione introduca alcune norme di carattere sostanziale nei singoli ordinamenti, laddove stabilisce per esempio all'art. 11 che i beni del *trust* sono separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo, o di sua bancarotta, e all'art. 12 che il *trustee* può richiedere la trascrizione del *trust*";

276 In tal senso per tutti GAMBARO, *Il «trust» in Italia e Francia*, cit., 502.

277 Cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 374 s.

nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato"<sup>278</sup>.

In relazione a tale disposizione, va in primo luogo osservato che la descrizione dell'istituto non affronta questioni controverse, quali la qualificazione del diritto del beneficiario in quanto si limita, per questo profilo, ad un generico riferimento a "rapporti giuridici"<sup>279</sup>. Lo schema del *trust* delineato dalla Convenzione, inoltre, non sembra considerare essenziale il trasferimento del diritto di proprietà da parte del *settlor* al *trustee*, giacché si limita a richiedere il requisito che i beni siano posti sotto il "controllo" del *trustee*<sup>280</sup>: coerentemente con tale impostazione, la lettera b) della disposizione in esame prevede che i beni che compongono il *trust fund* possono essere intestati al *trustee* o ad un altro soggetto per conto di quest'ultimo, rendendo così possibile l'esistenza di un *trust* senza che il *trustee* riceva l'intestazione diretta dei beni.

In questo modo, l'ampio schema tracciato dalla Convenzione potrebbe comprendere nel proprio campo non solo gli istituti modellati sullo schema del *trust* di *common law*, ma anche quelli di altri ordinamenti di *civil law*<sup>281</sup>. Un esempio è offerto dalla disciplina della *fiducie / trust* prevista dal *code civil* del Québec, il cui schema, come si è visto, può essere inteso come una «entificazione» del patrimonio, in quanto in quell'ordinamento il *fund* non è di proprietà del *trustee*, il quale tuttavia ha pieni poteri

---

278 Traduzione proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" reperibile all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it/aja/>.

279 Sul punto cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 46 s. il quale osserva che "*For the Hague delegates, how to frame a functional notion of trust was a challenge. The exercise was considered inherently difficult not only to the protean quality of the world 'trust', which makes it rather hard to spell out what a trust is, but also because of the need to use language that could be understood in the same way across different legal traditions*"; cfr. anche A. BUSATO, commento all'art. 2, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit., 1230.

280 Sul punto cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 2, il quale rileva che "la scelta di utilizzare la categoria economica del controllo, anziché quella giuridica del trasferimento dei beni al *manger*, è stata oggetto di ampio dibattito in sede di lavori preparatori e va ricondotta alla volontà di dettare un modello dai tratti non marcatamente anglo-americani". Peraltro l'*avant project* adottato dalla Commissione il 28 ottobre 1983 prevedeva una formula parzialmente diversa. L'art. 4 faceva riferimento ai rapporti giuridici costituiti "allo scopo di porre alcuni beni sotto il controllo di un *truste*". La traduzione italiana dell'*avant project* adottato dalla Commissione il 28 ottobre è pubblicata in G. LAURINI, *Il primo schema di convenzione sul trust*, in BIANCA - DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale*, cit., 32 ss. Secondo l'opinione dominante il trasferimento dei beni sarebbe dunque un requisito primario per la costituzione di un *trust*. Sul punto cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 383; BUSATO, commento all'art. 2 cit., 1231 s. Tuttavia, come è stato osservato da A. DE DONATO, V. DE DONATO, M. D'ERRICO, *Trust convenzionale: Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, 25, "(...) non può affermarsi che il trasferimento comporti necessariamente un ingresso dei beni nella titolarità del *trustee*. Ciò che è fondamentale, è che il *trustee* ne abbia la disponibilità. In conclusione il dettato normativo dell'art. 2,1° comma, può ritenersi attuabile sia attraverso un'intestazione nominativa, sia attraverso un rapporto di immedesimazione organica (quale ad esempio il rapporto che lega il *trustee* al trust ove a quest'ultimo si riconosca una soggettività di diritto)".

281 Come osserva OVERBECK, *op. cit.*, 378 con riferimento all'art. 2 della Convenzione "*This provision may appear as a definition of a trust. In reality, article 2 simply tries to indicate the characteristics which an institution must show - whether this is a trust from a common law country or an analogous institution from another country - in order to fall under the Convention's coverage*".

di disposizione sul medesimo<sup>282</sup>.

Il secondo comma dell'art. 2, ai fini dell'applicazione della Convenzione stessa, indica gli elementi essenziali che caratterizzano il *trust*<sup>283</sup>.

La lettera *a)* del secondo comma della predetta disposizione, quale prima caratteristica, prevede che i beni che compongono il *trust fund* costituiscano una massa distinta e non siano parte del patrimonio del *trustee*. La lettera *b)*, come si è detto, affronta, invece, l'aspetto della titolarità dei beni oggetto del *trust* stabilendo che essi possano essere intestati al *trustee* o ad un altro soggetto per conto di quest'ultimo. La lettera *c)* infine definisce i poteri e i doveri del *trustee*, riprendendo quei *fiduciary duties*, i quali legano il *trustee* al beneficiario, che costituiscono una parte consistente della *law of trust* anglo-americana ed un aspetto fondamentale dell'istituto: al riguardo, si dispone che "il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al *trustee*". Va infine rilevato che l'art. 2, terzo comma, della Convenzione, pone una regola di chiusura stabilendo che "Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il *trustee* abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*".

L'ampiezza dello schema tracciato dall'art. 2 ha determinato il sorgere di un contrasto circa l'oggetto della Convenzione stessa<sup>284</sup>, facendo schierare la dottrina in due orientamenti interpretativi di segno opposto.

Secondo il primo orientamento lo schema seguito della Convenzione sarebbe quello del

---

282 Art. 1261 *code civil* del Québec "The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right".

283 L'art. 2, secondo comma, della Convenzione recita così "Il *trust* è caratterizzato dai seguenti elementi:

*a)* I beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del *trustee*;

*b)* I beni in *trust* sono intestati al *trustee* o ad un altro soggetto per conto del *trustee*;

*c)* Il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al *trustee*" (Traduzione proposta dall'Associazione "Il trust in Italia").

Come osserva SICLARI, *op. cit.*, 95 s., "La Convenzione, con tecnica sostanzialmente auto-referenziale, delimita espressamente il proprio ambito di applicazione, enunciando essa stessa i caratteri essenziali dell'istituto che intende regolare. Da ciò discende che la facoltà di invocarne gli effetti (...) è subordinata alla pregiudiziale verifica della possibilità di assumere la fattispecie concreta in quella tipizzata nel testo convenzionale (...)".

284 Per tutti SICLARI, *op. cit.*, 96, il quale osserva che "Queste poche lacunose disposizioni esauriscono sostanzialmente la descrizione del modello convenzionale. Dunque, la Convenzione, lungi dall'introdurre una definizione puntuale e sintetica dell'istituto, si limita semplicemente ad evidenziarne alcuni caratteri, ricorrendo all'uopo ad una formulazione generica (...)" ; per una dettagliata analisi degli orientamenti adottati dalla dottrina cfr. GALLARATI, *op. ult cit.*, 3 ss.

*trust* di *common law*<sup>285</sup>, come dimostrerebbero gli artt. 5 e 6, secondo comma, della Convenzione. Poiché entrambe le disposizioni, infatti, fanno riferimento anche ad ordinamenti giuridici che non conoscono il *trust*, non si ammette che l'oggetto regolato dalla Convenzione possa essere una figura convenzionale in quanto, ove così fosse, la distinzione tra ordinamenti che regolano il *trust* e ordinamenti «non *trust*» sarebbe priva di senso<sup>286</sup>.

Questa tesi è coerente con quella già esaminata secondo la quale la Convenzione avrebbe quale finalità, come indicato nell'art. 1, quella di consentire il riconoscimento del *trust* anche nei sistemi giuridici ai quali quell'istituto è estraneo<sup>287</sup>, per cui la Convenzione sarebbe basata sulla premessa che il *trust*, così come descritto dall' art. 2, è un istituto disciplinato soltanto in alcuni ordinamenti giuridici.

Altra parte della dottrina, dalla comparazione fra il modello anglo-americano e il testo della Convenzione, ha tratto invece la conclusione che l'oggetto delineato da quest'ultima non sarebbe il *trust* così come concepito in *common law*, ma una figura negoziale dai caratteri neutri, tale da adattarsi a serie di istituti tanto negli ordinamenti di *common law* che di *civil law*. Tale figura viene definita "*trust* amorfo" (*shapeless trust*) o convenzionale<sup>288</sup>.

A sostegno di questa seconda prospettiva, si invoca, oltre la genericità del riferimento al "controllo" dei beni, l'inciso dello stesso art. 2 "per un fine determinato". Secondo

---

285 GAMBARO, *Il trust in Italia*, cit., 1214 s., G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 409 s.; L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 353 ss.

286 BROGGINI, *Trust e fiducia*, cit., 409, secondo il quale: "Tutta la dialettica della Convenzione si basa su questa premessa; che il *trust* così come descritto dall'art. 2, è un istituto conosciuto soltanto in alcuni ordinamenti giuridici e non in altri: la saggezza dell'interprete, la sua 'arte dell'argomentazione' sta dunque nel ricostruire le caratteristiche del *trust* indicate dall'art. 2 alla luce di questa premessa, senza forzature e senza premeditazioni. Il *trust* le cui caratteristiche sono descritte all'art. 2 non è un *trust* amorfo, che la convenzione non ha escogitato, ma il *trust* del modello anglo-americano".

287 Cfr. BROGGINI, *op. ult. cit.*, 409; tuttavia GALLARATI, *op. ult. cit.*, 7 s., replica a tali argomentazioni osservando che "Innanzitutto, non è da escludere l'eventualità che un giudice di *civil law* si trovi di fronte ad un modello, adottato in altro Paese civilistico e per il quale, in virtù delle particolari caratteristiche dello stesso - come la segregazione patrimoniale, di cui all'articolo 2 della Convenzione - si renderebbe necessario il riconoscimento, che rischierebbe di essere precluso laddove prevalesse la tesi restrittiva. In secondo luogo (...) anche attenendosi al significato più letterale, l'utilizzo della parola *trust* non implica necessariamente un riferimento al *trust* inglese ovvero a quello statunitense, atteso che il modello anglo-americano ha avuto larghissima diffusione, sotto il medesimo nome, in molti altri sistemi, i quali, di conseguenza conoscono istituti etichettati come *trust*, strutturalmente (e funzionalmente) collimanti con il modello inglese, le cui regole tradizionali, sono state in molti casi rovesciate".

288 Il termine "*trust* amorfo" è stato elaborato da LUPOI, *op. ult. cit.*, 501 s. secondo il quale "Il termine '*trust* amorfo' è polemico ed è proprio per questa ragione che ne sostengo l'uso. Esso nell'esuberanza del significante rispetto al significato e nella intima contraddizione di postulare una figura giuridica senza forma, serve per mostrare che la Convenzione non riguarda né il *trust* del modello inglese né alcuna altra figura conosciuta, ma una serie aperta di fattispecie che appartengono agli ordinamenti di *common law* come quelli di *civil law*"; in tal senso anche DE DONATO, DE DONATO, D'ERRICO, *Trust convenzionale: Lineamenti di teoria e pratica*, cit., 17 s.



quest'orientamento, siffatta precisazione allontanerebbe ancora una volta lo schema della Convenzione dal *trust* anglosassone. Nel diritto inglese, infatti, i *trusts* di scopo, tranne quelli *charitable*, sono di regola nulli e quelli *charitable* presentano delle rigorose limitazioni relativamente al loro oggetto (cfr. § 2.1. del primo capitolo)<sup>289</sup>.

Un ulteriore elemento, dal quale quest'orientamento trae le proprie conclusioni, consiste nella mancata individuazione del rapporto fra il *trustee* e gli altri soggetti.

Si osserva, infatti, che la Convenzione non chiarisce se si tratti di un rapporto trilaterale o di uno bilaterale e, in quest'ultimo caso, se il rapporto intercorra fra il *trustee* e il disponente ovvero fra il *trustee* ed il beneficiario, per cui verrebbe ampliata enormemente la portata della Convenzione, la quale finirebbe per abbracciare numerose figure giuridiche presenti negli ordinamenti di *civil law* non accostabili al *trust*<sup>290</sup>.

In tal senso si osserva che il distacco tra il disponente e i beni del *fund* sarebbe una caratteristica essenziale del *trust* anglosassone, in quanto il disponente sarebbe, di regola, sprovvisto di qualsiasi diritto nei confronti del *trustee*; la mancanza di un rapporto fra disponente e *trustee* costituirebbe infatti la necessaria conseguenza della mancanza del rapporto fra disponente e oggetto del *trust*<sup>291</sup>. La Convenzione al contrario, non disponendo nulla circa la sottrazione dei beni in *trust* dalla sfera di possibile soddisfazione dei creditori del disponente, darebbe per scontato che il semplice trasferimento del controllo possa non essere accompagnato dal trasferimento della proprietà, dando in tal modo per scontato che possa esistere un rapporto anche solo obbligatorio fra disponente e *trustee*<sup>292</sup>. Tale lettura troverebbe conferma nell'ultimo comma dell' art. 2 della Convenzione, la quale, in effetti, prevede che il disponente possa conservare taluni diritti.

Per contro, si può osservare che proprio dall'ultima disposizione richiamata si desume un'argomentazione di segno contrario alla tesi ora esposta. Dal tenore dell'art. 2, ultimo comma, così come formulato, si evince infatti che la possibilità che il beneficiario mantenga alcune prerogative sia ammessa come deroga allo schema principale -, come risulta anche la terminologia usata dal legislatore: "non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*" -, la quale sembra mettere in luce il valore residuale della fattispecie considerata. Nell'opposta prospettiva sarebbe stato ragionevole che la regola che ha ammesso suddetta facoltà del disponente fosse inserita prima, nell'elenco degli

---

289 Sui *trusts* di scopo e i *charitable trusts* cfr. ampiamente LUPOI, *op. ult. cit.*, 206 s.

290 LUPOI, *op. ult. cit.*, 505 s.

291 In tal senso LUPOI, *op. ult. cit.*, 565 s.

292 LUPOI, *op. ult. cit.* 508 s.

elementi essenziali del *trust*, e non nella parte finale, in separata sede.

Per cui sembra confermata l'idea che la Commissione, nel formulare la definizione di *trust* di cui all'art. 2, tenesse in mente proprio il modello anglosassone caratterizzato dall'assenza di un rapporto fra *trustee* e disponente, in cui il rapporto giuridico, menzionato al primo comma, sarà da intendere come bilaterale ed intercorrente fra *trustee* e beneficiario. Né sarebbe rilevante la circostanza che il disponente possa mantenere alcune prerogative, come ad esempio riservarsi la possibilità di revocare il *trustee*, essendo tale ipotesi ammessa anche nei paesi di *common law*<sup>293</sup>.

Ma, come si è già rilevato, da ciò non consegue che la Convenzione consenta il riconoscimento esclusivamente del *trust di common law*<sup>294</sup>. Come emerge dalla relazione esplicativa, la questione, circa l'opportunità di includere nel campo di applicazione della Convenzione altri strumenti di gestione patrimoniale presenti in alcuni ordinamenti di *civil law*, si è presentata sin dalle fasi iniziali e in quella fase la scelta è stata di circoscriverne l'applicazione ai *trusts* anglo-americani. In seguito, tuttavia, nella quindicesima sessione, la Commissione ha deciso di includere anche altri istituti non propriamente qualificabili come *trusts di common law*, estendendo i criteri dell'art. 2 della Convenzione<sup>295</sup>.

---

293 Ciò sembra, peraltro, essere confermato dallo stesso LUPOI, *op. ult. cit.*, 306, secondo il quale "Il disponente potrà ritenere poteri di vario genere, ma si tratta di un accidente che non tocca la struttura del rapporto e che, in ogni caso, trova un limite oltre il quale il trust è nullo o simulato"; sul punto cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 380.

294 Peraltro come osserva GALLARATI, *op. ult. cit.*, 9, alcuni degli autori che rinvergono nel trust di *common law* il modello ispiratore della Convenzione, finiscono per concludere nel senso che lo schema di cui all'art. 2 sia idoneo a ricomprenderne nel campo di applicazione altre fattispecie. In tal senso D. J. HAYTON, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trust and on their Recognition*, in 36, *I.C.L.Q.*, 1987, 262, (già citato da GALLARATI, *op. ult. cit.*, 9, nota 33); BUSATO, *op. cit.*, 1235.

295 Cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 375 ove si legge che "*The Conference's work was aligned first of all on trusts of common law countries (...). The special commission debated whether, the Convention's rules should apply to institutions of the civil law countries, whether these be patterned on the trusts of common law countries or otherwise bearing the essential traits of trusts. It finally decided to limit the preliminary draft to 'Anglo-American' trusts, but without so specifying in the text. The restriction was to appear in a preamble to be drafted later (...). The Fifteenth session, to the contrary, decided to include institutions other than the trust of common law legal systems properly speaking on the condition that these institutions met the criteria of article 2. The preamble recites that the trust'...adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution'. This phrase perhaps does not indicate with all of the clarity which one might wish that analogous institutions in other jurisdictions meeting the criteria of article 2 are included, even if they do not constitute a reception of the trust of the common law systems*".

In termini sostanzialmente analoghi WATERS, *op. cit.*, 66 s., il quale, peraltro, partecipò alla conferenza in veste di delegato del Canada. L'A. osserva che in occasione della quindicesima Sessione, i delegati dell'Egitto e della Polonia proposero l'inclusione nella Convenzione degli istituti presenti nei propri ordinamenti. L'esempio fu seguito dai delegati di altri paesi. Come osserva l'A. "*The solution reached was to hold to the existing wording of article 2 but to say that any institution that satisfies article 2 of the Convention - the 'gateway' clause - can properly be claimed to be a 'trust within the meaning of the Convention. (...) In the final session of the Conference we determined to secure recognition for a concept call 'a trust' in any system of law in the world*"; in tal senso cfr. anche GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 48 ss.

Pertanto, la soluzione più accreditata sembra essere quella per cui, ai fini dell'applicazione della Convenzione, sia determinante la presenza delle caratteristiche di cui all' art. 2, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito all' istituto in questione. Come è stato osservato da una parte della dottrina, qualora si ritenesse il contrario, si arriverebbe a concedere o meno il riconoscimento basandosi su di un mero dato nominalistico discriminando, in tal modo, due istituti analoghi, solo perché conosciuti con nomi diversi<sup>296</sup>. Sempre tenendo conto che, essendo la struttura di cui all'art. 2 della Convenzione riprodottriva, sebbene in termini più generali, della struttura del *trust* di *common law*, non è comunque possibile allargarne talmente tanto la portata da ricomprendervi forme giuridiche che presentino soltanto lontane similitudini funzionali con il *trust*, in quanto condizione imprescindibile è quella che tali istituti rivestano le caratteristiche strutturali di cui all'art. 2<sup>297</sup>.

Infine, è interessante osservare che l'art. 3 limita la portata della Convenzione "*ai trusts creati volontariamente e provati per iscritto*"<sup>298</sup>. Al riguardo, va sottolineato che fin dal primo momento la Commissione aveva optato nel senso di escludere dalla Convenzione i *constructive trusts*<sup>299</sup>: a tal proposito l'*avant project* adottato dalla Commissione il 28 ottobre 1983, all'art. 2 (corrispondente all'art. 3 del testo definitivo) limitava l'applicazione della Convenzione ai "*trusts constitués de manière expresse*"<sup>300</sup>. Ma la diversa formula utilizzata dalla Convenzione, i "*trusts créés volontairement*" cui fa riferimento il testo definitivo, sono una categoria "inventata" dalla Convenzione e non corrispondono ai c.d. *express trusts* di *common law*<sup>301</sup>. Dalla relazione esplicativa emerge che in occasione della quindicesima Sessione fu sollevata la questione se includere o meno nel campo di applicazione della Convenzione i "*resulting trust*":

---

296 Il rilievo è di BUSATO, *la figura dei trust* cit., 1235 s.

297 In tal senso OVERBECK, *op. cit.*, 372 s., il quale rileva che "*It will be noted for example that if the application of the Convention to trusts properly speaking is not in doubt, the question of whether analogous institutions existing in certain civil law countries also meet the criteria of the Convention will be more difficult to resolve (...). We note, along with the Chairman of the Commission, that it will be necessary to distinguish those institutions which are structurally analogous to the trust, and which fall under the Convention, from those which are only functionally analogous and which not covered*"; WATERS, *op. cit.*, spec. 72, ove rileva che "*The most important article in the first section (chapter I) is article 2, the 'gateway' provision, because any 'analogous institution' to the common law trusts that is to be included within the Convention must satisfy the criteria of article 2*"; BUSATO, *op. cit.*, 1235.

298 Traduzione proposta dall'associazione "Il trust in Italia". L'art. 3 del testo ufficiale della Convenzione in francese recita così "*La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit*". Il testo ufficiale della Convenzione redatto in lingua inglese fa invece riferimento ai trusts "*created voluntarily and evidenced in writing*".

299 Cfr. OVERBECK, *op. ult. cit.*, 375.

300 La traduzione italiana dell'*avant project* adottato dalla Commissione il 28 ottobre è pubblicata in LAURINI, *Il primo schema di convenzione sul trust*, cit., 32 ss.; sul punto cfr. anche BUSATO, *op. cit.*, 1236.

301 LUPOI, *op. ult. cit.* 511 s.

secondo il redattore della relazione, la scelta di omettere nel testo dell'art. 3 la formulazione "*constituted expressly*" sarebbe dovuta proprio alla volontà di estendere la portata della Convenzione anche ai *resulting trusts*<sup>302</sup>. Tesi non da tutti condivisa, in quanto altra parte della dottrina sostiene che l'argomento testuale sia irrilevante in quanto solo il frutto della confusione dei redattori della Convenzione<sup>303</sup>.

In ogni caso, la terminologia adottata dal testo definitivo dell'art. 3 (*trusts* creati volontariamente) ha portato la dottrina a domandarsi se la Convenzione sia applicabile o meno ai *resulting trusts*. La nozione, infatti, comprende sicuramente gli *express trusts*, ossia quelli istituiti con un'espressa dichiarazione di volontà ed esclude senz'altro i *constructive trusts*, ossia quei *trusts* istituiti in forza di una pronuncia giudiziaria, i quali potranno essere ricompresi nell'ambito di operatività della Convenzione solo nel caso in cui gli Stati contraenti si avvalgano di tale possibilità *ex art. 20* della stessa<sup>304</sup>.

La dottrina è invece divisa con riferimento ai *resulting trusts*<sup>305</sup>, in quanto la soluzione sembra dipendere dalla definizione di cosa sia in generale un *resulting trust*<sup>306</sup>, problema in relazione al quale, anche negli ordinamenti di *common law*, le posizioni sono tutt'altro che univoche<sup>307</sup>.

Qualora si ritenga che rientrino in questa categoria solo i *trusts* desunti dall'implicita volontà delle parti, si potrebbe ritenere che questi siano ricompresi nella nozione di *trusts* "*volontariamente istituiti*", ove si ritenga che tale espressione, lungi dall'essere il frutto di confusione da parte della Commissione, sarebbe stata utilizzata, in contrapposizione al termine "*constitués de manière expresse*" o "*constituted expressly*", al fine di estendere la portata della Convenzione a tutti i *trusts* nei quali fosse riscontrabile la volontà delle parti, ancorché implicita<sup>308</sup>.

Qualora invece si ritenga, invece, che la nozione di *resulting trusts* comprenda anche ipotesi nelle quali si prescinde dalla volontà delle parti, l'espressione adottata dall'art. 3 potrebbe non consentire di accogliere l'intera categoria e occorrerebbe selezionare,

---

302 Cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 380 s.

303 LUPOI, *op. ult. cit.* 512.

304 Cfr. per tutti BUSATO, *op. cit.*, 1237 s. L'art. 20 della Convenzione prevede infatti che gli stati contraenti possano "dichiarare che le disposizioni della convenzione saranno estese ai trusts dichiarati da provvedimenti giudiziari".

305 Nel senso che i *resulting trust* rientrerebbero senz'altro nella nozione di cui all'art. 3 cfr. P. PICCOLI, *L'avanprogetto di convenzione sul trust nei lavori preparatori della conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja, e i riflessi di diritto notarile*, in *Riv. notariato*, 1984, 844 s.; SANTORO, *Il trust. cit.* 42 s.; nel senso contrario, invece, per tutti cfr. A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti del trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 97 s.

306 Cfr. BUSATO, *op. cit.*, 1237.

307 Per tutti LUPOI, *op. ult. cit.*, 28.

308 OVERBECK, *op. cit.*, 380 s.; SANTORO, *op. cit.*, 42 s.

all'interno di questa, le ipotesi di *implied trusts*<sup>309</sup>.

### 3. La legge applicabile

Il criterio primario, scelto dalla Convenzione, in base al quale individuare la legge da applicare al *trust*, è la volontà del costituente. Qualora il disponente non compia alcuna scelta o la legge designata non preveda l'istituto del *trust* troveranno applicazione i criteri di collegamento oggettivo di cui all'art. 7<sup>310</sup>.

La Convenzione ha inteso, innanzitutto, attribuire prevalenza all'elemento volontaristico<sup>311</sup>. Tuttavia l'art. 6 della Convenzione, che riconosce la massima libertà di scelta della legge regolatrice, è accompagnato da numerose disposizioni che, prevedendo alcune restrizioni, limitano l'ambito di autonomia del disponente<sup>312</sup>. In particolare la Convenzione stabilisce che la legge scelta dal costituente deve appartenere ad un ordinamento che conosca l'istituto del *trust*. Poiché la stessa Convenzione individua un criterio di collegamento secondario, all'art. 7, in base al quale si dovrà applicare la legge del luogo con il quale il *trust* presenta più stretti legami, qualora la legge del luogo individuato *ex art. 7* non disciplini il *trust*, ai sensi dell'art. 5, alla fattispecie non potrà applicarsi la disciplina sancita dalla Convenzione.

Ulteriori restrizioni sono costituite dall'insieme delle norme volte a limitare la possibilità che la Convenzione possa essere utilizzata quale strumento per eludere norme imperative o principi di ordine pubblico<sup>313</sup>. L'art. 15 stabilisce che la

---

309Con riferimento ai *resulting trust in common law*, in questo senso, LUPOLI, *op. ult. cit.*, 28 s. secondo il quale "A mio modo di vedere, con il termine *resulting trust* si indica correttamente quel vario complesso di casi, unificabile soli in base al risultato, nei quali, per effetto di una regola di *equity*, il disponente mantiene, rispetto all'oggetto del *trust*, una posizione *equitable*, che di norma non gli compete e di cui non è necessario egli abbia alcuna cognizione né che corrisponda a un suo intendimento. Il confine fra *implied, constructive e resulting trusts* è spesso evanescente; non raramente un *trust* è inteso quale *constructive* da un autore e come *implied* o *resulting* da un'altro; perfino i giudici si contraddicono e diversamente interpretano i precedenti(...). Sembrerebbe preferibile allora parlare genericamente di *trusts ex lege* e tornare così alla visione unitaria del fenomeno che prevaleva al tempo dello *Statute of Frauds*".

310 L'art. 6 della Convenzione stabilisce che "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. Qualora la legge scelta in applicazione al precedente comma non preveda l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione, tale scelta è senza effetto e verrà applicata la legge di cui all'art.7".

311 Sul punto cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 54, il quale osserva che "*The drafters of Convention rejected all proposals to limit party autonomy in the choice of the applicable law to trusts having factors with a multiplicity of jurisdictions. They opted instead for a different solution, favouring party autonomy in the choice of the applicable law, as shown by the text of article 6 (1) of the Convention (...)*"; cfr. anche OVERBECK, *op. cit.*, 383; WATERS, *op. cit.*, 74 ss.; A. SARAVALLE, *Commento all'art. 6*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit., 1246 s.; SICLARI, *op. cit.*, 102.

312 Sul punto per tutti SARAVALLE, *Commento all'art. 6*, cit., 1249 ss.

313 Come rileva SICLARI, *op. cit.*, 110, "Seppur caratterizzate da ambiti e finalità sostanzialmente

Convenzione non può derogare le disposizioni imperative delle leggi designate dalle norme di conflitto del foro. L'art. 16 prende, invece, in considerazione le norme di applicazione necessaria<sup>314</sup>. L'art. 18 prevede l'eventuale inefficacia delle disposizioni della Convenzione qualora la loro applicazione sia contraria all'ordine pubblico<sup>315</sup>. L'art. 13 della Convenzione, infine, stabilisce che "nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione": norma la cui esatta portata sarà oggetto di esame in seguito, con riferimento alla questione del c.d. «*trust* interno».

Come si è detto, qualora il *settlor* non compia alcuna scelta, ovvero la legge designata non preveda l'istituto del *trust*, quest'ultimo sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami. L'art. 7 individua quattro criteri per determinare la legge da applicare<sup>316</sup>, i quali sono: il luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente, il luogo in cui si trovano i beni che compongono il *trust fund*, la residenza o domicilio del *trustee*, il luogo dove dovrà essere realizzato l'obiettivo del *trust*<sup>317</sup>.

---

differenti, tali disposizioni danno vita nel complesso ad un sistema organico di limitazioni, destinato, nell'economia del testo convenzionale, a funzionare come strumento di attenuazione dell'ampia autonomia concessa al costituente in ordine alla scelta della legge applicabile".

314 Cfr. DELI, *Commento all'art. 15, cit.*, 1289; SICLARI, *op. cit.*, 111 s.

315 Nel senso che l'art. 18 faccia riferimento all'ordine pubblico internazionale cfr. SICLARI, *op. cit.*, 112 s., secondo il quale "L'ordine pubblico cui la norma si riferisce ha un contenuto particolarmente ristretto, esso si identifica con l'ordine pubblico internazionale, così definito in contrapposizione all'ordine pubblico interno: il primo attiene per sua natura al funzionamento del diritto internazionale privato fungendo da filtro all'ingresso di valori giuridici stranieri ed è costituito da quel complesso di principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento positivo interno in un dato momento storico; l'altro esprime un concetto di portata più ampia, affine nel contenuto alla limitazione introdotta con l'art. 15, ricoprendo in generale la sfera sottratta alla libera disponibilità della volontà privata; sul punto cfr. anche M. E. CARRAO, *Commento all'art. 18*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts, cit.*, spec. 1314, ove, nel rilevare il contenuto ristretto della nozione di ordine pubblico di cui all'art. 18, prende in considerazione la particolarità delle finalità della Convenzione.

316 In argomento cfr. per tutti A. SARAVALLE, *Commento all'art. 7*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts, cit.*, 1252 ss., secondo il quale il testo definitivo di cui all'art. 7 sarebbe il frutto di un compromesso fra i delegati degli ordinamenti di *common law* e i delegati dei paesi di *civil law*. Questi ultimi, infatti, non disponendo di criteri specifici a cui fare riferimento manifestarono la preferenza per "criteri rigidi più omogenei con i propri sistemi di conflitto". I primi al contrario "temevano che l'introduzione di una serie di circostanze di collegamento gerarchicamente posizionate avrebbe finito per irrigidire eccessivamente la norma ed auspicavano conseguentemente l'adozione di un modello semplice ed *open-ended*, quale è appunto il «collegamento più stretto». Tale criterio era peraltro già ben noto in quegli ordinamenti dove era stato impiegato anche in materia di *trust* (...". Il risultato sarebbe appunto quello di un compromesso ove al fine di individuare la legge del paese con il quale il trust ha il collegamento più stretto sono elencati quattro criteri che "faciliteranno il compito dei giudici nell'affrontare i problemi di conflitto posti da un istituto ancora così estraneo alla loro tradizione".

317 La formulazione del quarto criterio potrebbe non risultare particolarmente precisa aprendo ampi spazi alla discrezionalità dell'interprete, salvo a non ritenere che il luogo in cui debba essere realizzato l'obiettivo del *trust* coincide con il luogo di residenza dei beneficiari.

Secondo l'opinione dominante, l'elencazione dei criteri non sarebbe tassativa, sicché al giudice non è preclusa la possibilità di fare riferimento ad ulteriori criteri di collegamento<sup>318</sup>. Si pongono inoltre dubbi con riferimento alla determinazione del momento in cui assumono rilevanza i criteri individuati dall'art. 7 della Convenzione<sup>319</sup>: al riguardo la teoria più accreditata sembra essere quella per cui si debba fare riferimento ai collegamenti esistenti al momento della costituzione del *trust*, deponendo in questo senso il rilievo per cui solo in tale modo sarebbe possibile verificare che il *trust* sia stato validamente costituito<sup>320</sup>.

#### **4. Gli effetti minimi del riconoscimento. La separazione patrimoniale dei beni del *fund***

L'art. 11 della Convenzione apre il terzo capitolo relativo al riconoscimento del *trust*: la disposizione elenca, al secondo comma, gli effetti minimi indispensabili, ai fini dell'esistenza del *trust*, derivanti dal riconoscimento<sup>321</sup>; al terzo comma sono elencati, inoltre, gli effetti che possono scaturire dal riconoscimento solo nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda.

Gli effetti minimi derivanti dal riconoscimento del *trust* previsti dall'art. 11, secondo comma, della Convenzione sono : *a)* la separazione dei beni del *trust* dal patrimonio personale del *trustee*; *b)* la capacità del *trustee* di agire come attore e convenuto; *c)* la capacità di agire in qualità di *trustee*, comparando davanti a notai e pubbliche autorità.

Indubbiamente, l'effetto più rilevante previsto da questa disposizione è quello della separazione dei beni del *trust* dal patrimonio personale del *trustee*. Come si è visto precedentemente, l'effetto della separazione patrimoniale appare essere la peculiarità e la caratteristica irrinunciabile del *trust*. Questa regola è, infatti, funzionale al conseguimento delle finalità per le quali il *trust* è stato istituito, atteso che la separazione è volta ad evitare che i beni possano essere aggrediti dai creditori che siano estranei ai rapporti giuridici che coinvolgono gli interessi che il *trust* è diretto a

---

318 In tal senso per tutti SARAVALLE, *Commento all'art. 7 cit.*, 1256; SANTORO, *op. cit.*, 60 s.

319 Sul punto cfr. SARAVALLE, *op. ult. cit.*, 1256.

320 In tal senso SARAVALLE, *op. ult. cit.*, 1257 il quale peraltro osserva che "Tenuto conto della facilità con la quale possono trasferirsi o essere sostituiti i *trustees* e della rapidità con la quale vengono spostati al giorno d'oggi i capitali da un paese all'altro, sarebbe, infatti, estremamente difficile prendere in considerazione, in ogni dato momento, la residenza o sede degli affari del *trustee* e soprattutto la situazione dei beni del *trust*. Cristallizzando la situazione al momento della costituzione del *trust* si rende quindi ben più agevole il compito del giudice".

321 Cfr. per tutti C. AMATO, *Commento all'art. 11*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts, cit.*, 1268 s.

perseguire<sup>322</sup>.

Il particolare regime cui sono sottoposti i beni che compongono il *trust fund* è stato invocato da parte della dottrina per affermare l'incompatibilità del *trust* con l'ordinamento giuridico italiano. L'art. 2070, secondo comma, c.c. è tradizionalmente interpretato quale specificazione della tutela che il primo comma del medesimo articolo riconosce ai creditori<sup>323</sup>. In quest'ottica, poiché l'art. 2740, secondo comma, c.c., si concretizzerebbe in un divieto posto dall'ordinamento a tutela del credito, le eventuali violazioni dello stesso sono risolte in termini di invalidità dell'atto.

L'effetto di segregazione patrimoniale si porrebbe, in quest'ottica, in contrasto con il principio dell'unitarietà della responsabilità patrimoniale consacrato nell'art. 2740 c.c.<sup>324</sup>: l'art. 2740 c.c. assume il valore di norma imperativa, sicché per mezzo del mero rinvio alla legge straniera, all'autonomia privata non sarebbe consentito dare luogo ad una separazione dei beni atipica e il *trust* straniero regolato dal diritto italiano sarebbe dunque nullo<sup>325</sup>. La Convenzione, infatti, si porrebbe esclusivamente quale norma di

---

322 Come osserva LUPOI, *op. cit.*, 565 s., qualora i beni istituiti in *trust* potessero essere aggrediti, in virtù di vicende estranee alle finalità del *trust*, l'affidamento non potrebbe attuarsi. Infatti si rischierebbe di vedere pregiudicate le finalità per le quali il *trust* è stato istituito. Il riconoscimento determina dunque una intangibilità «bidirezionale» del patrimonio costituito in *trust*. Cfr. anche P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la convenzione dell'Aja*, in *Riv. notariato*, 1995, 58 s.

323 Cfr. per tutti L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale - Disposizioni generali*, in *Il codice civile - Commentario, diretto da P. Schlesinger, art. 2740 - 2744*, Milano, 1991, 132; per ulteriori riferimenti cfr. ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 71 s.; MEUCCI, *op. cit.*, 362.

324 Al riguardo, appare utile ricordare la più celebre delle teorie giuridiche francesi che è la *théorie du patrimoine* concepita da Charles Marie Aubry e Charles Fèderèric Rau. Per un'analisi dell'influenza di tale teoria sull'ordinamento italiano cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, vol.1, 552 s., il quale nell'illustrare la teoria dei due A.A. francesi osserva che "Il patrimonio è un diritto che trova il suo fondamento nella stessa personalità del proprietario: la persona non ha un diritto sul patrimonio, ma è un patrimonio, nel senso che per il diritto privato essa s'identifica con la vicenda patrimoniale che le compete". Da tale impostazione discendono tre corollari: a) il patrimonio non è trasmissibile tra vivi; b) è indivisibile; c) ogni persona ha un patrimonio e non può averne che uno solo; cfr. anche A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *TAF*, 2000, 155. Per un'approfondita indagine sul principio della responsabilità patrimoniale del debitore e sulla sua evoluzione storica cfr., da ultimo, ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 1 ss.; in argomento cfr. anche L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 48 ss.; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale, profili normativi*, Napoli, 2004, 324 ss.; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 1 ss.; MEUCCI, *op. cit.*, 43 ss.

325 In tal senso F. GAZZONI, *In italia tutto è permesso, anche quel che è vitato (Lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. notariato*, 6, 2001, 1247 s. secondo il quale "Il vero ostacolo è dunque l'art. 2740 c.c., secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore, nel senso dell'aggregabilità del suo patrimonio, sono fissate dalla legge (e non dunque dall'autonomia privata, che in questa materia ha un ben ristretto campo di azione, sul piano, peraltro, puramente obbligatorio, cioè *inter partes*)"; v. anche ID. *Il trust*, in E. GABRIELLI - F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, II, Milano, 2012, 479 s.; cfr. anche CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'* cit., 450 s.; il quale tuttavia in un altro scritto ha ritenuto che il contrasto fra la separazione patrimoniale cui dà luogo il *trust* e l'art. 2740 c.c. debba essere risolto in termini di inefficacia dell'atto piuttosto che in termini di invalidità. In tal senso ID., *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1329.



diritto privato internazionale, sicché non avrebbe l'effetto di derogare al divieto di cui all'art. 2740 c.c.: tale rilievo, seppure con riferimento al «*trust* interno», è stato condiviso anche da un orientamento giurisprudenziale<sup>326</sup>.

Altra parte della dottrina osserva, invece, che la limitazione della responsabilità di cui tratta l'art. 2740 c.c. sarebbe da collocare su un piano diverso rispetto alla separazione patrimoniale. In particolare, secondo questa impostazione, nella regola dell'art. 2740 c.c. è necessario distinguere la limitazione del patrimonio, che sarebbe sempre consentita, e le limitazioni della responsabilità, che, al contrario della prima, sarebbero da intendersi vietate al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.

In tal senso è stato osservato che l'art. 2740 c.c. "sebbene colleghi la regola di responsabilità patrimoniale ai beni che rientrano nella propria sfera di appartenenza, non crea una relazione di carattere quantitativo tra patrimonio e responsabilità, atteso che ad un incremento di patrimonio non consegue un aumento della responsabilità e, per converso, non ogni diminuzione del patrimonio determina una limitazione della responsabilità.(...)"<sup>327</sup>.

---

326 Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in *TAF*, 2004, 256 s. "Pur essendo il diritto di eguaglianza una conquista di ogni Stato moderno e democratico, che supera persino i valori ed i principi espressi nelle Costituzioni nazionali, e che comunque ha nel nostro ordinamento giuridico rango costituzionale, la previsione dell'art. 13 della Convenzione rimane difficilmente superabile, soprattutto in riferimento al possibile conflitto tra norme italiane e straniere, che la ammissibilità del *trust* interno può provocare, e che nel caso di specie sicuramente si registra, in riferimento al conflitto tra la separazione, *rectius* segregazione del patrimonio conferito al *trust*, e la revocabilità degli effetti compiuti dal debitore allo scopo di diminuire la propria garanzia patrimoniale nei confronti dei propri creditori. (...) La clausola contrattuale inserita nell'atto in notar Y istitutivo del *trust* sull'impossibilità per i creditori di soddisfare i loro diritti di credito, per la quale i beni in *trust* sono separati dal patrimonio personale del trustee (...) è certamente nulla perché in frode alla legge, ossia in frode ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore approntati dal nostro ordinamento ex art. 1344 c.c.(...)".

327 MAZZAMUTO, *Il trust*, cit., 629; GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, cit., 156, il quale osserva che "Nelle posizioni dei nostri interpreti non vi è una minor dose di precomprensione di quanta non ve ne fosse nella teoria scopertamente giusnaturalistica e dogmatica di Aubry e Rau. In realtà quella teoria aveva almeno il pregio della forza logica". Secondo l'A. la *ratio* dell'art. 2740 c.c. sarebbe quella di tutelare gli interessi dei creditori, e pertanto tale interesse riceverebbe adeguata tutela tramite l'azione revocatoria; cfr. anche A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive, in Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche normative*, Milano 2003, 23; G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 414 ss.; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione, in Destinazione dei beni allo scopo*, cit., 251; sul punto cfr. anche SALAMONE, *op. ult. cit.*, 369 s., il quale osserva che "(...) la lettura sistematica del principio di tassatività dell'art. 2740, comma II, c.c. - in combinazione cioè con le regole cardine della responsabilità patrimoniale, espresse negli artt. 2914, 2915, 1707 - induce a pensare che il principio stesso sia *complementare, piuttosto che antitetico, all'autonomia privata*. Non che i privati siano liberi di limitare la responsabilità; ma a certe condizioni (...) l'autoregolamento di privati interessi può rendersi opponibile ai terzi creditori, l'art. 2914 c.c. essendo norma cardine dell'opponibilità della disposizione traslativa e non; gli artt. 2915 e 1707 c.c. costituendo invece la norma cardine della opponibilità della funzione. In questa prospettiva merita piena adesione la proposta recentemente avanzata dalla migliore dottrina, secondo la quale il baricentro della disciplina di tutela dei creditori deve essere individuato non nel divieto dell'art. 2740, comma II, c.c., bensì *nel sistema revocatorio* (art. 2901 - 2903 c.c.; artt. 71 l. fall.): a mano a mano che si aprono spazi all'autonomia privata sulla disciplina della responsabilità patrimoniale, la protezione del credito non si sorregge più su divieti di carattere generale, ma su rimedi

In questa prospettiva il discrimine sarebbe collocato tra gli atti che mirano a ridurre la responsabilità del debitore sottraendo i beni alla garanzia dei creditori e gli atti volti a conferire ad alcuni beni una specifica destinazione<sup>328</sup>.

Sulla base di questa premessa, la dottrina in esame giunge alla conclusione secondo cui un'incompatibilità dell'effetto segregativo del *trust* con il disposto di cui all'art. 2740 c.c. non si porrebbe né sotto il profilo del disponente, né sotto quello del *trustee*<sup>329</sup>.

Con riferimento al disponente, poiché l'atto istitutivo del *trust* sarebbe da intendersi come un qualsiasi atto traslativo della proprietà, si osserva che il rimedio offerto dall'ordinamento ai creditori di costui, eventualmente danneggiati da tale atto, è costituito dall'azione revocatoria. Mentre invece nessun pregiudizio si pone per i creditori personali del *trustee*, poiché i beni che compongono il *trust fund* non sono mai appartenuti a quest'ultimo essendo stati conferiti dal disponente.

La questione, invece, appare più complessa con riferimento al rapporto intercorrente fra il *trustee* ed i creditori del *trust*. Nella *law of trust* anglosassone, la regola è quella per cui il *trustee* risponde personalmente per le obbligazioni contratte con i terzi, salvo il diritto di rivalersi sul *trust fund*<sup>330</sup>. La *law of trust* anglosassone, tuttavia, prevede che il *trustee* possa pattuire con il creditore una limitazione della responsabilità al valore dei beni che compongono il *trust fund* dichiarando espressamente che agisce "in qualità di trustee e non altrimenti". In alcuni Stati americani la limitazione della responsabilità del

---

diretti a valutare nel concreto - caso per caso - la lesione degli interessi dei terzi".

328 Cfr. S. MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, vol. 3., 813 s., il quale osserva che "La separazione patrimoniale quale conseguenza di un atto di autonomia privata apre una linea di confronto con l'art. 2740 c.c. che non deve condurre necessariamente ad un conflitto ovvero alla assoluta prevalenza del divieto rispetto all'atto negoziale; ma ad un ripensamento a valle dell'atto di autonomia, laddove venga dimostrato un concreto e specifico pregiudizio, e non a monte, in termini preclusivi a prescindere dalla causa del trasferimento e dalla singola concreta situazione fattuale".

329 MAZZAMUTO, *Il trust*, cit., 629 s.; ID. *Trust interno e negozio di destinazione*, cit., 815 s.; cfr. anche M. LUPOI, *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corr. giur.*, 1995, Vol. 2, 1209 s. Tale impostazione è stata condivisa anche in alcune pronunce. V. Trib. Velletri dec. 8 giugno 2005, in *Eur. dir. priv.* 2005, 785 s., con nota di S. MAZZAMUTO. Nella pronuncia si legge che "In concreto, si osserva come un problema di violazione dell'art. 2740 c.c. non può porsi in relazione alla posizione del disponente. Egli, infatti, si spoglia dei beni trasferendoli al trustee. Eventualmente, i suoi creditori potranno agire in revocatoria (o far valere la nullità del negozio per frode alla legge o la sua inefficacia per simulazione relativa) qualora ne ricorrano i presupposti). Considerando invece, i creditori del trustee, bisogna mettere in luce la necessità di garantire il loro legittimo affidamento. Se essi sono stati edotti della destinazione dei beni in favore dei beneficiari, non si porrà un problema di violazione dell'art. 2740 c.c. poiché non avevano fatto affidamento su tali beni come garanzia dei propri diritti, dovendosi scindere il profilo della destinazione dei beni da quello attributivo (...)".

330 Una strada simile sembra essere stata seguita dall'ordinamento francese. La disciplina della *fiducie* prevede che il disponente risponda in via sussidiaria per le obbligazioni contratte dal fiduciario nell'esercizio delle proprie funzioni. Le parti possono altresì stabilire che sia il fiduciario a rispondere con il proprio patrimonio. In definitiva, la disciplina sulla *fiducie* prevede che vi sia, in ogni caso, un soggetto che risponda in via sussidiaria per le obbligazioni contratte per il perseguimento degli interessi per cui la *fiducie* è stata costituita. In queste ipotesi, dunque, dalla separazione patrimoniale non scaturisce alcuna limitazione di responsabilità.

*trustee* è stata adottata come regola generale, sempre purché quest'ultimo renda noto al terzo la sua qualità di *trustee*. In questi casi, quindi, il *trust* dà luogo ad una completa incomunicabilità dei patrimoni e, pertanto, il *trustee* risponderà delle obbligazioni assunte per conseguire le finalità del *trust* nei limiti dei beni a tal scopo destinati<sup>331</sup> (cfr., per questi aspetti, *amplius*, § 4 del primo capitolo).

Altra parte della dottrina, pur ravvisando nell'art. 2740 c.c., secondo comma, una riserva di legge circa la possibilità di dar luogo a forme di separazione patrimoniale, ha suggerito di collocare quest'ultima norma sul piano dell'efficacia, piuttosto che su quello dell'invalidità<sup>332</sup>.

Questa impostazione, al pari di quella precedentemente illustrata, muove dalla premessa secondo cui la tutela del credito trova la sua collocazione nell'art. 2740, primo comma, c.c. a cui si riconnettono un serie di azioni volte a preservare l'integrità del patrimonio. In questa prospettiva, le azioni a tutela del credito di cui all'art. 2900 e ss. c.c. sarebbero un'estrinsecazione di tale norma.

Come è stato osservato "la relazione fra il fenomeno della separazione patrimoniale e la classe dei creditori trova un'agevole composizione attraverso l'istituto dell'azione revocatoria senza dovere invocare la sanzione della nullità. Conseguentemente, il 1° comma dell'art. 2740 c.c., insieme con l'azione revocatoria, risolve il problema della tutela del credito senza coinvolgere né il tipo né la causa dell'operazione"<sup>333</sup>. Secondo questa dottrina, la separazione patrimoniale sarebbe, pertanto, di per sé neutra rispetto ai

---

331 Alcuni studi condotti nella prospettiva dell'analisi economica del diritto mettono in luce che la completa incomunicabilità fra il patrimonio personale e quello separato (*affirmative asset partitioning* e *defensive asset partitioning*) è più efficiente poiché permette ai creditori di monitorare in maniera più agevole il livello di rischio assunto dal proprio debitore e, pertanto, riduce i costi informativi. Tuttavia è, altresì, necessario tenere presente che in alcuni casi la limitazione della responsabilità può favorire dei comportamenti di *moral hazard*. Per tali aspetti cfr. per tutti H. HANSMANN - R. KRAAKMAN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, in *Riv. soc.*, 2001, I, 21 ss.; ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 130 ss.

332 ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 89, secondo il quale "L'opzione a favore della riserva di legge esplicitata dal legislatore del 1942 nell'art. 2740, 2° comma, c.c. deve essere verificata, pertanto, in un'ottica diversa da quella tradizionalmente adottata in dottrina ove si guarda al fenomeno della separazione patrimoniale del debitore, unicamente nella prospettiva della tutela del credito. Il fenomeno separativo, infatti, non può essere interamente spiegato nell'esigenza di comporre l'interesse della classe creditoria con quello della realizzazione dell'autonomia negoziale ma coinvolge utilità e costi ulteriori che investono più in generale la collettività"; cfr. anche F. MACARIO, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, in *Atti di destinazione - Guida alla redazione*, Studio Civilistico n. 375-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, disponibile sul sito [foro.romoloromani.it](http://foro.romoloromani.it), 2012, 69 (già citato da ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 89, nota 29), il quale osserva che la responsabilità patrimoniale "esprime in ogni caso anche l'esigenza irrinunciabile dell'ordinamento di guardare al di là del rapporto obbligatorio (...) per considerare il complesso reticolato costituito dai numerosi e diversi rapporti, in senso giuridico ed economico, che ruotano intorno al patrimonio del debitore assoggettato alla garanzia (...), nell'interesse dell'intero ceto creditorio e dei terzi".

333 Il rilievo è di ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 90.

principi dell'ordinamento giuridico<sup>334</sup>.

Tale rilievo sembrerebbe essere corroborato anche dalle scelte operate dal legislatore. All'interno dell'ordinamento sono molteplici le figure di patrimoni autonomi o separati. In particolare si può ricordare la disciplina degli art. 2447-*bis* e ss. c.c. sui patrimoni delle società per azioni destinate ad uno specifico affare, le Sim, i fondi comuni di investimento, i fondi pensione, le società che gestiscono i titoli di credito di cui all'art. 3 della legge 30 aprile 1999, n. 130, le società fiduciarie, il fondo patrimoniale di cui all'art. 167 c.c. e, da ultimo, la disciplina degli atti di destinazione trascrivibili ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c.

E' stato, inoltre, osservato come il medesimo risultato, ossia quello della separazione patrimoniale e della limitazione della responsabilità, possa essere conseguito mediante la creazione di una persona giuridica<sup>335</sup>.

Sulla base di tali premesse, la dottrina in esame approda alla conclusione secondo cui dalla riserva di legge posta al secondo comma dell'art. 2470 c.c. non sarebbe dato desumere un divieto, bensì un principio di «standardizzazione» degli strumenti utilizzabili dall'autonomia privata per dar luogo alla separazione patrimoniale. Da tale principio discenderebbe pertanto l'inefficacia e non l'invalidità dell'atto di separazione patrimoniale atipico<sup>336</sup>.

In ogni caso, anche muovendo da tale prospettiva, sembra necessario verificare l'esistenza di una fonte legale che, nel rispetto della logica della tipicità dei modelli separativi, attribuisca rilevanza al *trust*.

In questo senso, la parte maggioritaria della dottrina rinviene nell'art. 11 della Convenzione dell'Aja, ratificata con la l. 16 ottobre 1989, n. 364, la norma idonea a conferire una copertura legale a questa nuova ipotesi di separazione patrimoniale.

Come si è detto, infatti, sembra corretto ritenere che l'obiettivo della Convenzione non

---

334 Cfr. ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 91 secondo il quale "il problema della tutela della classe creditoria, invece, si pone, indistintamente, con riguardo a qualsivoglia ipotesi di separazione patrimoniale ed è risolto, attraverso l'azione revocatoria, su di un piano logicamente diverso da quello della validità. E' del tutto evidente, allora, che al 2° comma dell'art. 2740 c.c. debba essere dato un significato diverso da quello tradizionale".

335 In tal senso cfr. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 570 s.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 648 s.; ID., *Segregazione e unità del patrimonio*, cit., 155 ss.

336 Come osserva ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 92 " (...) Una volta escluso che l'art. 2740, 2° comma, c.c. sia una norma imperativa posta a tutela del credito e che la separazione patrimoniale sia portatrice di valori disapprovati dall'ordinamento, la norma in esame deve essere letta sul piano dell'efficacia alla stregua di altre norme dell'ordinamento che, parimenti, escludono la produzione di effetti da parte di un atto unilaterale atipico del disponente (si cfr. ad es. il dettato dell'art. 1987 c.c.)"; sebbene da una prospettiva diversa, nel senso che il contrasto fra la separazione patrimoniale cui da luogo il *trust* e l'art. 2740 c.c. debba essere risolto in termini di inefficacia dell'atto, cfr. anche CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 1329.

sia solo quello di dettare dei criteri uniformi per individuare la legge applicabile ad un *trust* che presenti elementi di estraneità rispetto alla legge dello Stato che lo disciplina, bensì permettere che questi ultimi possano produrre effetto nei c.d. ordinamenti non *trust*. Sotto questa prospettiva, dunque, l'art. 11 della Convenzione, disciplinando gli effetti del *trust* assume carattere sostanziale. Come è stato rilevato, la separazione patrimoniale "è un effetto connaturale al riconoscimento del *trust* che, al pari delle altre ipotesi nominate di separazione patrimoniale, non può considerarsi in contrasto con i valori dell'ordinamento italiano"<sup>337</sup>.

In ogni caso, anche qualora si ritenga che la Convenzione si ponga esclusivamente quale norma di diritto privato internazionale, sembra corretto ritenere che il *trust*, nell'ottica di una tipizzazione della separazione patrimoniale, riceva una copertura legale dalla legge straniera, in virtù del rinvio operato dalla Convenzione stessa. E' chiaro, infatti, che ai fini dell'applicazione della Convenzione, qualora si ravvisasse nell'art. 2740 c.c. una norma imperativa o di applicazione necessaria, si finirebbe per negare la funzione primaria di quest'ultima, ossia permettere ai *trusts* di *common law*, che presentino profili di internazionalità, di produrre effetti negli ordinamenti in cui tale istituto è sconosciuto.

### **5.1. Gli effetti eventuali del riconoscimento. Difficoltà nel replicare alla luce delle categorie dell'ordinamento italiano le azioni di *following* e di *tracing***

Come si è accennato, l'art. 11 della Convenzione, al terzo comma, elenca una serie di effetti che possono scaturire dalla Convenzione solo nella misura in cui la legge applicabile al *trust* lo richieda o lo preveda<sup>338</sup>: pertanto in concreto gli effetti prodotti

---

337 Il rilievo è di ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 119 s.; sul carattere sostanziale dell'art. 11 cfr. anche GAMBARO, *Il trust in Italia*, cit., 1215 s.; ID., *Trust*, cit., 464 s.; ID. *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aia*, cit., 263; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 61; SICLARI, *op. cit.*, 107 s.; secondo alcuni, tuttavia, le regole del terzo paragrafo dell'art. 11 della Convenzione non sarebbero norme di diritto materiale uniforme giacché trovano applicazione nella misura in cui siano previste dalla legge determinata ai sensi della Convenzione. In tal senso LUPOI, *op. ult. cit.*, 529; HARRIS, *The Hague Trusts Convention*, cit., 315.

338 Sul punto cfr. AMATO, *Commento all'art. 11*, cit., 1268, secondo la quale dinanzi alla Commissione ai fini del riconoscimento del *trust* si ponevano due opposte alternative. La prima consisteva nel rendere compatibile gli istituti dell'ordinamento dello stato che deve effettuare il riconoscimento con il *trust*. La seconda, consisteva, invece, nel prevedere "una recezione del *trust* incondizionata, con tutti gli effetti che sarebbero potuti derivare dalla legge applicabile". L'art. 11 della Convenzione sarebbe stato, pertanto, il frutto di un compromesso da parte dei delegati degli stati firmatari. Sebbene sia stata adottata la metodologia internazionalista, è stata prevista una recezione soltanto parziale degli effetti della legge applicabile al *trust*.

dal *trust* potranno variare in base alla legge adottata.

Le lettere *a)*, *b)* e *c)* dell'art. 11 in realtà non fanno altro che definire e specificare gli effetti della separazione del *trust fund* dal patrimonio personale del *trustee*<sup>339</sup> prevedendo: "a) che i creditori personali del trustee non possano rivalesi 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; c) che i beni in trust non rientrano nel regime matrimoniale o nella successione del trustee".

Assume, invece, particolare rilevanza la lettera *d)* dell'art. 11, secondo comma, della Convenzione secondo cui "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".

Come si è visto, in base alla *law of trust* anglo-americana, il *breach of trust* legittima il beneficiario all'esercizio di azioni di natura diversa. Un primo rimedio è costituito dall'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno nei confronti del *trustee* inadempiente. Dalla violazione dei *fiduciary duties* discende, infatti, la responsabilità contrattuale del *trustee*<sup>340</sup>. Tuttavia al beneficiario tramite le azioni di *tracing* e di *following* è consentito anche «ricercare» il bene o le trasformazioni che il medesimo ha subito una volta uscito dal *trust fund*.

Il *tracing* ed il *following*, tuttavia, non consistono in azioni in senso tecnico, bensì possono essere descritte come tecniche di identificazione dell'oggetto della domanda. Inoltre, specialmente per quanto riguarda i beni immobili, la facoltà per il beneficiario di recuperare presso il terzo acquirente il bene sottratto sorge raramente. Nella *law of trust* anglosassone la regola della «*notice*» secondo cui il diritto del beneficiario si arresta solo di fronte ad un acquirente a titolo oneroso che non ne abbia avuto conoscenza risulta limitata dal meccanismo dell'*overreaching*. L'*interest* del beneficiario si converte, infatti, sul ricavato della vendita dei beni del *fund*. Pertanto la nozione di *tracing*, piuttosto che essere assimilata ad una tutela reipersecutoria in senso proprio, sembrerebbe richiamare il meccanismo della surrogazione reale, ossia una modificazione dell'oggetto del *trust*<sup>341</sup>.

---

339 Cfr. per tutti AMATO, *op. cit.*, 1270.

340 Per tutti cfr. GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit., 261 s.; LANGBEIN, *op. cit.*, 655 ss.; GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 89 ss.

341 Tuttavia sul punto cfr. MOCCIA, *op. ult. cit.* 128 s., il quale osserva che "In particolare il mezzo all'uopo elaborato dalla giurisprudenza di *equity* è conosciuto con la denominazione di *tracing*: chiaramente allusiva al fatto di seguire e rintracciare i beni (originali), oppure ciò (denaro, azioni, valori

In ogni caso la dottrina è concorde nel ritenere che l'art. 11, comma 2, lettera *d*), della Convenzione, nel richiamare il concetto di "*revendication des biens*" (o "*recovered*" nella versione inglese del testo ufficiale) faccia riferimento all'azione di *tracing* e di *following*<sup>342</sup>. Nell'ipotesi in cui l'azione dovrà essere esperita nei confronti del *trustee*, il quale abbia confuso i beni del *trust fund* con il proprio patrimonio personale non sembra possano sorgere profili problematici. In questo caso, infatti, appare corretto ritenere che la fattispecie riguardando un rapporto diretto fra il *trustee* ed il beneficiario, a prescindere dalla qualificazione della natura dell'azione di quest'ultimo, possa essere attratta dalla legge regolatrice del *trust*<sup>343</sup>.

Al contrario, si ravvisano particolari criticità qualora l'abuso del *trustee* si concretizzi in un atto di disposizione per effetto del quale i beni in *trust* sono trasferiti ad un terzo.

Invero tale ipotesi tocca alcuni profili che non sembra possano essere attratti dalla legge regolatrice del *trust*, quali i principi che attengono alla circolazione dei beni e sanciscono la tutela dell'affidamento dei terzi. In questo senso deve essere intesa la decisione della Commissione di prevedere in simili ipotesi un rinvio alla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro. Un rinvio fisso alla legge designata dal disponente, avrebbe potuto dare luogo ad un conflitto con i suddetti principi<sup>344</sup>.

In virtù del rinvio di cui all'art. 11, secondo comma, lettera *d*) della Convenzione, nel caso in cui i beni di cui il *trustee* abbia abusivamente disposto si trovino in Inghilterra, sarà applicabile la normativa inglese sicché il beneficiario potrà avvalersi dell'azione di *tracing* e di *following* secondo i principi di *comon law*<sup>345</sup>. Qualora, invece, i beni che compongono il *trust fund* si trovino in Italia, in virtù della *lex fori* si applicherà il diritto

---

d' altro tipo) in cui essi siano stati convertiti (*traceable product o substitute*)".

342 Per tutti cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 395 il quale rileva che "*Sub-paragraph d of the third paragraph deals with tracing, which is a right that legal systems which have trusts grant to the trust beneficiary when the trustee has violated his obligations by mingling trust assets with his own property or by alienating such assets*"; AMATO, *op. cit.*, 1270 ss.

343 Sul punto cfr. AMATO, *op. cit.*, 1271.

344 Sul punto cfr. AMATO, *op. cit.*, 1272, la quale rileva che in sede dei lavori preliminari fu molto dibattuto se rinviare alle norme di diritto internazionale privato o prevedere, al contrario, un criterio uniforme quale la legge regolatrice del *trust*. Come osserva l'A., "La decisione finale, di ritornare cioè alle regole di conflitto interne, è stata dettata dalla necessità di rispettare la disciplina che ogni singolo stato appresta ai problemi interni al trasferimento a terzi del titolo, in via onerosa o gratuita, su beni mobili o immobili"; cfr. anche OVERBECK, *op. cit.*, 395 s. il quale osserva che il delegato del Regno Unito propose di subordinare la possibilità da parte del beneficiario di avvalersi del *tracing* alla compatibilità di questo rimedio con la legge che applicabile per l'acquisto dei beni. La proposta fu tuttavia scartata in quanto lasciava molte questioni irrisolte; LUPOI, *op. ult. cit.*, 611, il quale osserva che "Si manifesta così una ripartizione di competenze fra legge straniera e quella italiana: la prima determina i poteri del trustee di disporre dei beni in *trust*, la seconda quali conseguenze l' eccesso del trustee rispetto a tali poteri produca rispetto ai terzi".

345 In tal senso cfr. AMATO, *op. cit.*, 1272 ss.; PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, cit., 58 s.

interno<sup>346</sup>. Nel caso in cui i beni si trovino in Italia la dottrina alla luce dell'art. 11, secondo comma, lettera *d*), nonché dell'art. 15 lettera *f*)<sup>347</sup>, è concorde nel ritenere che i conflitti del beneficiario con i terzi aventi causa sono disciplinati dalle regole del conflitto del foro che, in forza dell'art. 51 della l. 31 maggio 1995 n. 218, sono individuate nella *lex rei sitae*<sup>348</sup>.

La questione risulterebbe ancora più problematica, coinvolgendo anche i *trusts* i cui beni sono posti in Paesi di *common law*, qualora si ritenga che il *tracing* ed il *following* non siano configurabili come azioni in senso tecnico, bensì come strumenti processuali diretti all'individuazione dell'oggetto della domanda, in quanto al giudice italiano sarebbe, in ogni caso, impossibile ricorrere a questi rimedi, poiché, in forza dell'art. 12 della l. 31 maggio 1995 n. 218, la legge regolatrice del processo civile che si svolge in Italia è costituita dalla *lex fori*<sup>349</sup>.

La dottrina si è, dunque, sforzata di elaborare, alla luce delle categorie e dei principi del nostro ordinamento, dei meccanismi che consentano al beneficiario di pervenire al medesimo risultato che otterrebbe avvalendosi dei rimedi previsti dalla *law of trust* anglo-americana<sup>350</sup>.

---

346 V. LUPOI, *op. ult. cit.*, 609 s.; AMATO, *op. cit.*, 1272, la quale osserva che in tale ipotesi "vengono in rilievo problemi di tutela del terzo che avesse acquistato in buona fede, senza essere a conoscenza del vincolo di destinazione che grava su detti beni".

347 L'art. 15 stabilisce che "La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme sul conflitto di leggi quando per un atto volontario non possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie: (...) f) protezione dei terzi in buona fede".

348 Come osserva LUPOI, *op. ult. cit.*, 610, il quale con riferimento all'illegittima disposizione dei beni da parte del *trustee* rileva che "(...) la parte finale dell'art. 11 III co. d) rimette la determinazione dei diritti e delle obbligazioni del terzo «*détenteur des biens du trust*» alla legge individuata dalle norme di conflitto del foro (...); in tal senso cfr. anche NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 55, secondo la quale "La scelta effettuata risulta peraltro del tutto conforme ad un principio fondamentale di diritto internazionale privato, per cui i diritti e gli obblighi di colui al quale il bene viene trasferito sono soggetti alla legge determinata sulla base delle regole del foro e tale legge normalmente sarà la *lex situs*. (...). Quel che tuttavia qui rileva è l'ipotesi in cui la *lex fori* rinvii al diritto interno italiano, perché i beni illegittimamente trasferiti al terzo sono situati nel nostro territorio"; MOCCIA, *Il modello inglese della proprietà*, cit., 146; PICCOLI, *op. ult. cit.*, 58; BARTOLI, *op. ult. cit.*, 562 ss., spec. 572; G. BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 26, il quale osserva che "nella sostanza il rapporto si avvicina all'istituto della proprietà. Il patrimonio del «trust» ha quindi pur sempre un aggancio con la *lex rei sitae* e quindi ad essa bisognerà ricorrere per definire quale tipo di diritti abbia il trustee-fiduciario o il beneficiario del trust sul patrimonio. (...) Al primato della *lex rei sitae* giunge del resto anche la Convenzione dell'Aja quando considera inderogabili, all'art. 15, fra l'altro, le norme sul trasferimento della proprietà. Così il patrimonio italiano di un trust «straniero», costituito nel quadro di un ordinamento giuridico che conosca l'istituto del trust, non potrà sfuggire alle norme italiane sul «contenuto» del diritto di proprietà e sulle regole di acquisto e di trasferimento"; ID., *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, cit., 415 ss., ove mette in luce la rilevanza del rinvio alla *lex rei sitae*.

349 In questi termini cfr. LUPOI, *op. ult. cit.*, 609; L. RICCA, *Oggetto del trust, doveri del trustee e strumenti coercitivi o sanzionatori nel diritto interno*, in *I Trusts in Italia oggi*, cit., 100; NERI, *op. ult. cit.*, 125; BARTOLI, *op. ult. cit.*, 562.

350 Per una rassegna delle diverse posizioni assunte dalla dottrina cfr. GUARNERI, *Atti di disposizione illegittimi del trustee e possibili rimedi in civil law*, cit., 118 ss.; MEUCCI, *op. ult. cit.*, 509 ss; sul punto ampiamente NERI, *op. ult. cit.*, 361 ss.



A tal proposito una parte della dottrina, nel caso in cui si tratti di beni mobili ed il terzo fosse stato a conoscenza dell'illegittimità dell'atto di disposizione suggerisce di applicare per via analogica il primo comma dell'art. 1706 c.c., sicché il beneficiario potrebbe rivendicare i beni mobili che il *trustee* abbia abusivamente trasferito a terzi in mala fede<sup>351</sup>.

La tesi, tuttavia, non appare del tutto convincente, giacché il *trust* non sembra possa essere ricondotto pienamente allo schema del mandato senza rappresentanza<sup>352</sup>. La dottrina è, infatti, concorde riguardo al fatto che il mandante diviene proprietario dei beni mobili acquistati dal mandatario in esecuzione del contratto<sup>353</sup>. Vi possono essere incertezze se il mandante acquisti la proprietà in modo diretto ovvero in via mediata, passando dunque per il mandatario, ma questa distinzione, in questa sede, non sposterebbe i termini del problema. In ogni caso l'operatività del primo comma dell'art. 1706 c.c. sembra presupporre che il mandante sia proprietario dei beni che vengono rivendicati<sup>354</sup>. Al contrario, secondo lo schema del *trust* di *common law*, il *trustee* è proprietario dei beni costituiti in *trust*<sup>355</sup>, per cui l'art. 1706 c.c. difficilmente potrebbe essere applicato in via analogica al *trust*.

Un'altra parte della dottrina ha evidenziato una certa fungibilità del rimedio del *tracing* con quello dell'invalidità dell'atto compiuto dal *trustee*<sup>356</sup>. In tal senso è stato anche

---

351 In tal senso cfr. AMATO, *op. cit.*, 1272 ss.; E. Corso, *Trust e diritto italiano: Un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, 513 ss.

352 Sul punto cfr. CASTRONOVO, *Il Trust e 'sostiene Lupoi'* cit., 445 ss.; NERI, *op. ult. cit.*, 342 s.

353 In tal senso per tutti CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 445, il quale osserva che " (...) quanto al preteso acquisto della proprietà da parte del mandatario, va fatta una distinzione tra beni mobili e beni immobili, perché quanto ai primi non è il mandatario ad acquistare ma direttamente il mandante. L' art. 1706, 1°co. c.c. depono in questo senso, non solo per quello che normalmente si osserva e cioè l'attribuzione dell'azione di rivendica al mandante, la rivendica essendo prerogativa del proprietario (art. 948 c.c.) come tutti sanno; ma pure per quello che subito dopo lo stesso primo comma dell'art.1706 aggiunge: che sono salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede. La formula richiama chiaramente l'art. 1153 c.c., la cui rubrica suona appunto Effetti *dell'acquisto* del possesso, e la regola 'possesso vale titolo' in esso disciplinata riguarda un acquisto a non domino (...)"

354 Sul punto cfr., tuttavia, SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 405 s., il quale osserva che "a nostro avviso, però, quando assume centralità il fatto gestorio, marginale diventa la titolarità dei diritti: sul piano normativo, ciò significa che la rivendicazione del mandante (art. 1706, comma I, c.c.) non è equiparabile alla rivendicazione del proprietario (art. 948 c.c.), poiché la disciplina risente di ciò, che una diversa situazione – tutta fatta di negoziazioni e di trasferimenti di ricchezza – viene in considerazione. Coerentemente al generale assunto – desumibile dall'art. 1711 c.c. – secondo cui l'atto dispositivo del gestore deviante dalla funzione resta a carico di chi l'ha abusivamente posto in essere, deve immaginarsi un'azione recuperatoria a beneficio del gerito a) a prescindere dalla proprietà dei beni b) sulla base invece del fatto gestorio. Pertanto, a nostro modesto avviso, dovrebbe concedersi al mandante nei confronti del terzo un'azione recuperatoria sul presupposto generale che è stata realizzata una negoziazione abusiva del gestore con un terzo: ciò, tanto in ipotesi di alienazione al terzo di una cosa determinata, quanto in ipotesi di alienazione di denaro o di cose fungibili non individuate".

355 Come si è visto, la disciplina sulla fiducie francese ricalca lo stesso schema. Regole differenti sono invece previste per la fiducie del *code civil* del Québec.

356 Come osserva LUPOI, *op. ult. cit.*, 488, "Chi volesse discutere se l'azione di annullamento sia più o

rilevato come tale via sia stata seguita dalla maggior parte degli ordinamenti civilistici che hanno adottato una disciplina sul *trust*<sup>357</sup>.

Tuttavia, l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi nonché l'esigenza di assicurare un'efficiente circolazione dei beni inducono a ritenere che la possibilità di annullare il contratto posto in essere dal *trustee* in violazione dei propri obblighi debba essere necessariamente subordinata alla prova da parte del beneficiario della mala fede del terzo acquirente. Come si è visto, infatti, in questo senso deve essere intesa la riforma inglese del 1925 in materia di *property*, la quale introducendo il meccanismo dell'*overreaching* ha ridimensionato la c.d. *bona fide purchaser doctrine*.

E' evidente che, nel caso in cui si tratti di beni immobili o beni mobili soggetti ad un regime pubblicitario, la soluzione prospettata dovrebbe essere coordinata con i principi in materia di trascrizione<sup>358</sup>. Come si vedrà più avanti, è dibattuto se il nostro sistema pubblicitario permetta di trascrivere nei registri immobiliari il carattere fiduciario del trasferimento della proprietà al *trustee*. Ma anche qualora si ammettesse questa possibilità, sembra corretto ritenere, alla luce di quanto avviene negli ordinamenti di *common law* ed in Francia, che nella nota di trascrizione non possa essere riportato l'intero regolamento del *trust*. Pertanto, come è stato osservato - sebbene con riferimento alla possibilità che l'avente causa dal *trustee* risponda per colpa *ex art. 2043 c.c.* - qualora si imponesse al terzo acquirente di compiere indagini circa la

---

meno efficace del *tracing* dimenticherebbe che il *tracing* è non un rimedio, ma una tecnica istruttoria e che il raffronto va allora compiuto fra gli effetti del *constructive trust* e quelli dell'azione di annullamento. Il primo ha il vantaggio di estendersi a qualunque bene nel quale il terzo abbia trasformato o convertito il bene il bene ottenuto dal *trustee*; la seconda ha il vantaggio di produrre effetti reali, sia pure limitati al bene oggetto del negozio fra il *trustee* e il terzo. Gli effetti reali, però sono prodotti anche dal *constructive trust*, sebbene in via mediata e cioè obbligando il *constructive trustee* al ritrasferimento piuttosto che disporlo con sentenza".

357 Sul punto cfr. LUPOI, *op. ult. cit.*, 413 ss., spec. 486, ove osserva che "*Estesa l'azione a qualunque negozio dispositivo, questa è la soluzione alla quale si ispirano gli altri, fra gli ordinamenti in esame, che posseggono norme specifiche sulla materia: Giappone, Liechtenstein, Colombia, Israele, Perù*"; cfr. anche GUARNERI, *op. cit.*, 118. In particolare l'art. 529 del codice civile etiopico (ed. franc.) stabilisce che "*Les dispositions par lesquelles l'acte constitutif du fideicommiss limite les pouvoirs du fideicommissaire, ou règle la manière dont ces pouvoirs doivent être exercés, ne peuvent être opposées aux tiers, à moins qu'il ne soit prouvé que ces tiers ont connu ou dû connaître ces dispositions*". L'art. 18 della *ley de fideicomisos* del Venezuela stabilisce che "*Son anulables todos los actos efectuados por el fiduciario en violación de sus obligaciones resueltas del fideicomiso, siempre que el acto sea a título gratuito o se haya celebrado con terceros que conocieren o deberian conocer las obligaciones del fiduciario*";

358 In questo senso anche BARTOLI, *op. ult. cit.*, 572, il quale alla luce della circostanza per cui gli artt. 11 e 15 della Convenzione "affidano non già alla legge regolatrice del *trust*, bensì alla *lex fori* (che, nel caso dell'ordinamento italiano, è rappresentata dalla *lex rei sitae*, *ex art. 51 legge 218/1995*) il compito di disciplinare il profilo della tutela spettante ai terzi aventi causa dal *trustee* in caso di *breach of trust*" rileva l'importanza che assume la possibilità di trascrivere o meno il *trust* nei pubblici registri *ex art. 12* della Convenzione qualora i beni oggetto del *fund* siano situati in Italia, giacché "il nostro ordinamento attribuisce a siffatte forme di pubblicità una funzione incidente sull'opponibilità *erga omnes* della relativa situazione giuridica soggettiva".

legittimazione del *trustee* a disporre del bene che vadano oltre la consultazione dei registri immobiliari, si finirebbe per vulnerare le stesse ragioni dell'istituzione di un sistema pubblicitario, giacché l'acquirente, che non trovi trascrizioni incompatibili a carico del suo dante causa, dovrebbe porsi il problema se sussistono indizi esterni rivelatori di tali limitazioni<sup>359</sup>.

Tale impostazione, peraltro, sembra trovare una conferma nella disciplina francese sulla *fiducie* - laddove l'art. 2023 *code civil* stabilisce che nei rapporti con i terzi, il fiduciario si reputa disporre dei più ampi poteri sul patrimonio fiduciario, salvo che non si dimostri che i terzi fossero a conoscenza delle limitazioni dei suoi poteri - nonché nel dibattito che vede coinvolti i diversi formanti in Québec<sup>360</sup>.

Ciò posto, con riferimento all'ordinamento italiano, resterebbe poi da verificare quale sia la norma in virtù della quale al beneficiario sarebbe consentito agire per ottenere l'annullamento del contratto stipulato dal *trustee*. A tal proposito, secondo una parte della dottrina, la vicenda si configurerebbe come un'ipotesi di conflitto di interessi tra lo scopo del *trust* e l'atto compiuto dal *trustee* e ritiene pertanto che sia applicabile per analogia l'art. 1394 c.c. sulla rappresentanza<sup>361</sup>.

E' stata altresì prospettata la possibilità da parte del beneficiario di agire nei confronti

---

359 GUARNERI, *op. ult. cit.*, 119; in questi termini, con riferimento alla possibilità di ricorrere al rimedio aquiliano al fine di attribuire rilevanza degli stati soggettivi nel sistema delle trascrizioni, anche GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, cit., 460. Particolarmente incisivi, inoltre, i rilievi di A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002, spec. 397, il quale, nell'escludere la possibilità di ricorrere al risarcimento in forma specifica nelle ipotesi in cui il trasferimento di un bene avvenga in violazione di una precedente obbligazione (come ad esempio di quella connessa ad un *pactum fiduciae*) osserva che "(...) il concreto atteggiarsi della tutela in forma specifica sembra porsi in contraddizione - è il caso dei rapporti tra tecnica aquiliana in natura e previsioni degli artt. 2644 o 1380 c.c. - con altre scelte effettuate dall'ordinamento nel disciplinare le regole della circolazione dei beni e della validità e dell'efficacia dei negozi giuridici. Si da evidenziare non solo un'antinomia tra diversi giudizi che le regole del diritto privato operano in relazione ad una medesima condotta (...); ma, di, più, una radicale messa in discussione delle regole oggettive di circolazione dei beni nel nostro ordinamento (*qualora il risarcimento in natura si concreti in un obbligo di ritrasferimento in capo al soggetto il cui acquisto è stato garantito dalle regole di circolazione*)".

360 Con riferimento all'*avant-projet de loi relatif à la fiducie* del 1992 che tuttavia presentava una regola analoga a quella dell'art. 2023 *code civil*) cfr. GUARNERI, *op. ult. cit.*, 177, il quale osserva che secondo lo schema tracciato dal legislatore francese "(...) la malafede del terzo, che gli sottrae ogni protezione, è legata alla conoscenza effettiva. E mentre nei Paesi di *common law* l'ignoranza negligente è equiparata a conoscenza effettiva, il progetto di legge francese tace sul punto, ma un orientamento di pensiero favorevole alla protezione dell'acquirente a non domino è nel senso di porre fino a un certo punto l'ignoranza colpevole in non cale, di considerarla irrilevante, impedendo così la persecuzione della cosa. Ciò comporta una possibilità di sequela assai più ridotta"; con riferimento alla disciplina sulla *fiducie* del *code civil* del Québec cfr. L. SMITH, *Unauthorized Dispositions of Trust Property: Tracing in Quebec Law*, in *McGill LJ*, 78:4, 2013, 799, il quale osserva che "*the other possibility is that the seller was in good faith and neither knew nor had reason to know that the trustee had misappropriated trust property. In this case, the seller will be protected by the law, because although the trustee lacked or misused the power to enter into the sale, the third party had no way to know this. The latter's reliance, in good faith, on the appearance of regularity will afford him a defence to an action in nullity*".

361 In tal senso v. LUPOI, *op. ult. cit.*, 611 ss.; per ulteriori riferimenti cfr. NERI, *op. ult. cit.*, 367 ss.; BARTOLI, *op. ult. cit.*, 564 ss.

del terzo acquirente in mala fede *ex art. 2043 c.c.*, similmente a quanto avviene nei casi di doppia vendita immobiliare. In particolare, tale possibilità sarebbe ammessa per il tramite del rimedio dell'*exceptio doli* che consentirebbe al beneficiario di far valere la propria posizione sostanziale nei confronti di colui che abbia acquistato dal *trustee*<sup>362</sup>. In questa prospettiva è stata anche valutata la possibilità di ricorrere al risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*<sup>363</sup>

E' stata, infine, ipotizzata la possibilità di esperire l'azione revocatoria<sup>364</sup>. In questo senso si osserva che i beni costituiti in *trust* compongono la garanzia della realizzazione dello scopo del *trust*. Il *trust fund*, pertanto, non potrebbe essere distolto dalla sua destinazione senza arrecare pregiudizio alle ragioni dei beneficiari, che in questa prospettiva sarebbero creditori del *trustee*. Essi potrebbero quindi agire *ex art. 2901 c.c.* per rimuovere gli effetti delle disposizioni a titolo gratuito e qualora ne ricorrano gli estremi, delle disposizioni a titolo oneroso.

In conclusione, le soluzioni prospettabili sono molteplici, anche se quella che appare maggiormente efficace per la tutela degli interessi del beneficiario sembra essere l'azione di annullamento, proposta contro il terzo acquirente. Tuttavia appare quantomeno dubbia la possibilità di applicare, ancorché in via analogica, l'art. 1394 c.c.

---

362 In tal senso CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1331, spec. 1333 ove osserva che "(...) *l'exceptio doli* può essere rivolta nei confronti di chi, avendo acquistato il bene immobile nella consapevolezza dell'appartenenza esclusivamente formale di esso al dante causa, pretendesse, in forza della trascrizione contro l'ultimo titolare secondo le risultanze dei pubblici registri, di avere acquistato come se tale consapevolezza non gli fosse stata fornita dai registri stessi mediante la risultanza da essi del vincolo di appartenenza sostanziale difforme da quello formale".

363 Per ulteriori riferimenti cfr. GUARNERI, *op. ult. cit.*, 118 s. In senso critico a tale impostazione F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione*, in *Riv. notariato*, 1, 2001, 26, ove rileva che: "(...) mi sembra questa l'obiezione più grave, l'uso dell'art. 2058 c.c. in tale distorta maniera, avrebbe come esito finale quello di porre nel nulla l'art. 2644 c.c., norma cardine dell'intero sistema della trascrizione, essendo, a chi ha studiato la materia, ben noto che il rifiuto di dare rilevanza alla buona fede nel contesto di tale norma, risponde, così come ha risposto nella scelta del legislatore, all'ovvia esigenza di certezza nella soluzione dei conflitti circolatori, che debbono prescindere da qualsivoglia indagine psicologica e soggettiva. (...) Mi sembra dunque che la teoria di Castronovo ponga nel nulla, ma sotto altro profilo, proprio l'art. 2644 c.c., perché priva di ogni rilevanza il fatto che il terzo avente causa dal trustee abbia trascritto per primo e quindi, ai sensi del comma 2 di tale norma, possa opporre il proprio acquisto a qualsivoglia altro avente causa dallo stesso autore che trascriva successivamente un acquisto incompatibile (o un preliminare o una domanda *ex art. 2652 n. 2 c.c.*) sicché, sul piano circolatorio e dei possibili conflitti, egli sarà sempre vincitore". Più in generale, circa l'impossibilità di ricorrere al risarcimento in forma specifica nelle ipotesi in cui il trasferimento di un bene avvenga in violazione di una precedente obbligazione, D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 365 ss.

364 In tal senso, LUPOI, *op. ult. cit.*, 614 s.; F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, «trust» e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, 1471, il quale rileva che " Più interessante risulta constatare come – sulla base di un altro principio affermato dalla corte: l'azione revocatoria presuppone solo l'esistenza del debito e non anche la sua esigibilità, «potendo la stessa essere esperita [...]» anche per crediti condizionati o non scaduti» - sia possibile prefigurare, nel nostro ordinamento, la possibilità, per i beneficiari del *trust*, di agire in revocatoria contro gli atti di disposizione dei beni in *trust* che il *trustee* compie in violazione degli obblighi che su di lui gravano (c.d. *breaches of trust*)".

sul conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato. L'applicazione in via diretta è certamente esclusa se si accoglie la tesi per cui tale disposizione operi soltanto con riferimento alla rappresentanza diretta, mentre nelle altre ipotesi dell'agire nell'interesse altrui il conflitto d'interessi non rilevi nei confronti del terzo<sup>365</sup>. Muovendoci in questa prospettiva, il *trust*, a tutto concedere, potrebbe essere assimilato al mandato senza rappresentanza, anche in considerazione dell'agire in nome proprio del *trustee*<sup>366</sup>.

Ma il dubbio sull'applicabilità in via analogica deriva dalla circostanza che, come risulta dall'analisi di diritto comparato, l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi, nonché quella di assicurare una efficiente circolazione dei beni, inducono a ritenere che la possibilità di annullare il contratto posto in essere dal *trustee* non possa poggiare sulla mera conoscibilità del conflitto di interessi, bensì richieda la prova della mala fede dell'acquirente.

Più condivisibile appare, invece, la tesi che prospetta la possibilità di impugnare il negozio dispositivo tramite l'azione revocatoria. È evidente che anche tale soluzione imponga degli sforzi ermeneutici: in particolare, sotto il profilo dell'*eventus damni* non si dovrà tener conto dell'intero patrimonio del *trustee*, bensì esclusivamente dei beni che compongono il *fund*, in quanto il pregiudizio del beneficiario dovrebbe assumere rilevanza, non con riferimento alla complessiva garanzia patrimoniale del *trustee*, bensì con riferimento a ciascun atto volto a sottrarre abusivamente i beni dal *trust fund*. In questo quadro, infatti, l'azione revocatoria non è diretta unicamente a garantire la solvibilità di quest'ultimo per le eventuali pretese risarcitorie del beneficiario, ma assume una valenza più estesa, giacché è diretta alla conservazione del *fund*<sup>367</sup>.

La soluzione illustrata appare, tuttavia, percorribile anche alla luce della separazione patrimoniale di cui agli artt. 2 e 11 della Convenzione. Il *trust fund* costituisce un patrimonio autonomo a tutti gli effetti e le pretese dei beneficiari, che in questa

---

365 Come rileva RICCA, *Oggetto del trust, doveri del trustee e strumenti coercitivi o sanzionatori nel diritto interno*, cit., 106 s., con riferimento al *trust* "non mi sembra che i principi dettati in tema di conflitto d'interessi siano utilmente invocabili e non soltanto perché non vi è alcuna omogeneità tra l'interesse del *dominus* e quello del beneficiary, (...) ma anche e soprattutto perché il fenomeno del conflitto d'interessi acquista rilevanza solo in materia di rappresentanza diretta, mentre nei casi di mandato senza rappresentanza (ai quali, da questo punto di vista, è in qualche modo assimilabile il *trust*), il conflitto d'interessi non può certo portare all'annullamento, e quindi non è in nessun caso opponibile al terzo, per la semplice ma decisiva ragione della inconfigurabilità di rapporti tra mandante e terzi (...)"

366 In tal senso cfr. anche NERI, *op. ult. cit.*, 389, secondo la quale "In tale contesto la circostanza che quest'ultimo sia vincolato ad uno scopo 'esterno', quindi sia legittimato ad agire nell'interesse altrui, non può di per sé costituire elemento sufficiente per un ricorso all'analogia, essendo la *ratio* dell'annullamento in materia di conflitto di interessi quella di conferire un rilievo a tale situazione, giustificato però sulla base della circostanza della spendita del nome. Il rapporto diretto tra il rappresentato e il terzo è evidentemente escluso in materia di trust, sulla base della titolarità formale in capo al *trustee* (...)"

367 Sul punto cfr. NERI, *op. ult. cit.*, 416 s.

prospettiva sono considerati creditori del *trustee*, sono rivolte in primo luogo su tale massa patrimoniale. Ciascun atto volto a distogliere i beni dallo scopo cui sono destinati si concretizza, dunque, in un pregiudizio nei confronti degli stessi. Inoltre l'applicazione dell'azione revocatoria - quantomeno in via analogica in quanto dovrebbe fondarsi su dei presupposti in parte differenti da quelli previsti dall'art. 2901 c.c. - potrebbe essere corroborata dall'inciso finale di cui all'art. 15 della Convenzione. La norma in esame, nel sancire la prevalenza delle norme inderogabili dell'ordinamento in cui il *trust* è destinato a produrre effetti, stabilisce che "qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli scopi del trust in altro modo"<sup>368</sup>. Alla luce del panorama prospettato ed in considerazione, in particolare, della necessità di individuare uno strumento diretto ad assicurare al beneficiario del *trust* una tutela adeguata, o quantomeno idoneo ad evitare che quest'ultimo sia esposto al pericolo di insolvenza del *trustee*, sembra corretto ritenere che la disposizione menzionata possa costituire un valido sostegno all'interprete<sup>369</sup>.

Non può essere condiviso, inoltre, il rilievo per cui la funzione meramente conservativa dell'azione revocatoria, la quale chiaramente non è finalizzata al recupero del bene bensì, come si è detto, alla conservazione del valore del *fund* che nei singoli beni è investito, escluderebbe al beneficiario qualsiasi forma di tutela restitutoria degli stessi<sup>370</sup>. Come si è visto, anche la *law of trust* anglosassone, sovente, esclude che il *beneficiary* possa ottenere la restituzione del bene alienato dal *trustee*, giacché il diritto si converte sul prezzo della vendita<sup>371</sup>.

---

368 La versione inglese dell'art. 15 del testo ufficiale della Convenzione precede che "*If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means*".

369 Come osserva NERI, *op. ult. cit.*, 64, "(...) la disposizione si presenta comunque rilevante sotto il profilo della previsione dell'opportunità per le corti di adottare soluzioni conformi all'obiettivo del singolo trust, per quanto si riveli possibile. E' evidente che il trasferimento finale della proprietà costituita in trust al beneficiario, o comunque il godimento garantito al medesimo dalla rendita della stessa può facilmente costituire lo scopo della singola operazione giuridica posta in essere dal disponente. In questa prospettiva la disposizione in esame dà la possibilità al giudice di mitigare il sistema normativo interno ove venga in rilievo quale limite per la concessione di adeguata tutela al beneficiario di un trust, individuando nel nostro sistema strumenti idonei a tal fine".

370 In tal senso NERI, *op. ult. cit.*, 411 ss., la quale, anche alla luce di tale considerazione, giunge a ritenere che sarebbe opportuno accordare al beneficiario uno strumento di tutela più efficace e quest'ultimo, solo in via residuale, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 2901 c.c. potrebbe agire in revocatoria.

371 In questa prospettiva, dunque, la posizione del beneficiario, eventualmente potrebbe essere ricondotta nella categoria del diritto di credito. Sul punto cfr. anche DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, «trust» e negozio fiduciario*, cit., 1471, secondo il quale "(...) si può ritenere che i beneficiari vantano, nei confronti del *trustee*, un diritto che noi *civilians* dobbiamo tradurre in termini obbligatori come diritto di credito"; cfr. anche SALAMONE, *op. ult. cit.*, il quale, sebbene pervenga a conclusioni

In definitiva l'azione revocatoria sembra essere il rimedio che meglio concilia l'esigenza di tutelare il beneficiario con i principi afferenti alla circolazione dei beni e l'affidamento dei terzi. Sotto un primo profilo, la possibilità di avvalersi dell'azione revocatoria presenta, invero, alcuni vantaggi rispetto alla possibilità di far valere la responsabilità contrattuale nei confronti del *trustee*, specialmente nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia insolvente. Sotto un secondo profilo, tuttavia, qualora l'atto dispositivo posto in essere dal *trustee* sia a titolo oneroso, tale rimedio richiede la prova della mala fede dell'avente causa, per cui l'affidamento del terzo acquirente non risulta essere pregiudicato; nelle ipotesi in cui il beneficiario non sia in grado di assolvere all'onere probatorio, sarà costretto ad agire nei confronti del *trustee* infedele per ottenere il risarcimento del danno con tutti i rischi che ne discendono, giacché egli concorrerà con i creditori personali di quest'ultimo.

## 5.2. (segue) La surrogazione reale dei beni del *fund*

Si può osservare che la maggior parte delle soluzioni fin qui illustrate appaiono muovere da una concezione statica del *trust*, ove l'interesse del beneficiario è destinato ad incidere sui beni del *fund* considerati per le loro specifiche qualità: da qui l'esigenza di accordare a quest'ultimo una tutela che gli consenta di recuperare il bene abusivamente sottratto. Se tale modo di procedere, nell'ipotesi in cui l'atto abusivo sia stato posto in essere a titolo gratuito, è reso necessario dall'assenza di un controvalore del bene su cui il beneficiario possa soddisfare le proprie ragioni, lo stesso non si può dire nell'ipotesi in cui l'atto dispositivo sia stato compiuto a titolo oneroso<sup>372</sup>.

La ragione della difficoltà che gli ordinamenti di *civil law* avvertono nel replicare la disciplina del *tracing* e del *following*<sup>373</sup>, a ben vedere, non risiede soltanto negli ostacoli

---

differenti da quelle prospettate, osserva che “Il *tracing* in questa prospettiva non si attesta come un rimedio di carattere reale, come potrebbe in prima battuta immaginarsi in un ordinamento di derivazione romanistica, ma si realizza in un'azione personale rivolta al «foro interno» del *trustee* o del terzo e diretta a costringerlo a ripristinare nel regime di segregazione il bene – ma faremmo meglio a dire la ricchezza che questo rappresenta – illegittimamente alienato oppure espropriato. Per questa ragione – la non inerenza dell'azione alla cosa – è pacificamente ammesso l'inseguimento anche di denaro e di beni fungibili non individuati”.

372 Come osserva M. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, in *Destinazione di beni allo scopo* cit., 178, “Occorre utilizzare un rimedio che consenta di reintegrare il valore dei beni destinati, proprio al fine di conservare il vincolo di destinazione. Il riferimento è al valore e non ai beni, perché l'evoluzione in senso dinamico del patrimonio e in particolare del patrimonio destinato testimonia come oggetto della destinazione non siano più, come avveniva in passato, beni individuati, ma valori, flussi che derivano da uno specifico affare, e sono quelli che devono essere conservati”.

373 Sul punto cfr. per tutti SMITH, *The Re-imagined Trust*, cit., 258 s., il quale rileva che “*The common*

che si riscontrano nel ricostruire il diritto del beneficiario nell'ambito delle categorie del diritto reale e del diritto di credito note al *civil lawyer*, quanto piuttosto nella circostanza che gli ordinamenti di *civil law* appaiono meno proclivi degli ordinamenti di *common law* a prendere in considerazione i beni come investimento di una ricchezza<sup>374</sup>.

Se tutti gli istituti modellati sull'esempio del *trust*, che sono stati introdotti per via legislativa in molti sistemi giuridici cosiddetti misti e anche in alcuni di *civil law*, prevedono, sebbene con tecniche diverse, la separazione del *fund* dal patrimonio del *manager*, quasi nessuna di queste discipline prevede un rimedio assimilabile al *tracing*. Come si è visto, secondo la disciplina francese sulla *fiducie*, il fiduciante, essendone proprietario, ha pieni poteri sui beni che compongono il *fund* e la violazione da parte sua delle eventuali limitazioni a tali poteri è destinata ad operare sul piano risarcitorio, salvo che non si dimostri la mala fede del terzo contraente<sup>375</sup>, nel qual caso, però, non è stabilito quale sia il rimedio per il beneficiario. Secondo l'opinione corrente, il legislatore sembrerebbe risolvere il contrasto fra il diritto del beneficiario ed i terzi aventi causa in termini di invalidità dell'atto posto in essere dal fiduciario<sup>376</sup>.

Al pari della disciplina francese, il *code civil* del Québec non prevede un apposito rimedio per il beneficiario nel caso in cui il *trustee* ponga in essere un atto di disposizione abusivo<sup>377</sup>. Anche qui, la parte maggioritaria della dottrina suggerisce di

---

*law's trust is a strange hybrid of property and obligation; indeed, it is a obligational relationship with respect to property that has been allowed to affect third parties and that has, therefore, in a most uncivilian way, given property-like characteristics to the obligational claims of the beneficiaries. It is not surprising that civilian systems have not been able to adopt this conceptual structure directly; and this is particularly true of those that still draw closed on the 19th century codifications"; cfr. anche GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, op. cit., 542 ss.*

374 In argomento cfr. RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, cit., 81 ss.; LAWSON- RUDDEN, op. cit., 169 ss.; GRAZIADEI - RUDDEN, op. cit., 458 ss.; si vedano, tuttavia, i rilievi di SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 402 ss.

375 Come si è visto, l'art. 2023 *code civil* stabilisce che nei rapporti con i terzi, il fiduciario si reputa disporre dei più ampi poteri sul patrimonio fiduciario, salvo che non si dimostri che i terzi fossero a conoscenza delle limitazioni dei suoi poteri.

376 Sul punto cfr. per tutti VAN ERP - AKKERMANS, op. cit., 613; per ulteriori riferimenti v. capitolo 2 (§ 2.4).

377 L'art. 1290 del *code civil* del Québec si limita a stabilire che: "*The settlor, the beneficiary or any other interested person may, notwithstanding any stipulation to the contrary, take action against the trustee to compel him to perform his obligations or to perform any act which is necessary in the interest of the trust, to enjoin him to abstain from any action harmful to the trust or to have him removed. He may also impugn any acts performed by the trustee in fraud of the trust patrimony or the rights of the beneficiary*". Sul punto cfr. SMITH, *Unauthorized Dispositions of Trust Property: Tracing in Quebec Law*, cit., 795, il quale osserva che: "*The trustee of a Quebec trust is an administrator of the property of others, with full administration. As such, he holds a wide range of powers over the trust property; typically, his powers will exceed his his authority; in the sense that it will be possible for him to make unlawful dispositions of the trust property. In such a case, he will be liable of course, but sometimes, particularly if the trustee is insolvent or absent, it will be important to understand the effects of the unauthorized dispositions on the trust property*".



ragionare in termini di invalidità dell'atto<sup>378</sup>, anche se tale possibilità sarebbe percorribile solo nel caso in cui l'atto di disposizione sia stato compiuto a titolo gratuito. Secondo lo schema tracciato dalla disciplina del Québec, infatti, il *trustee* è sostanzialmente concepito quale amministratore di un patrimonio autonomo, per cui non avrebbe la facoltà di compiere atti di disposizione a titolo gratuito. Ma l'argomento non vale nel caso in cui l'atto abusivo sia stato posto in essere a titolo oneroso, in quanto non solo l'art. 1278 del *code civil* del Québec attribuisce al *trustee* pieni poteri di disposizione, ma assume rilievo anche l'affidamento del terzo avente causa<sup>379</sup>.

Nel corso dell'indagine svolta è emersa, quale principale caratteristica discretiva del *trust*, l'attribuzione al *trustee* di pieni poteri di amministrare e disporre dei beni componenti il *fund*<sup>380</sup>. Una delle caratteristiche del *trust* di *common law* consiste nella tendenziale irrilevanza degli specifici beni vincolati in *trust*<sup>381</sup>, in quanto il diritto del beneficiario del *trust* ha per oggetto non già i singoli beni nella disponibilità del *trustee*, bensì il valore di essi.

In forza di tale premessa una parte della dottrina si è sforzata di individuare un meccanismo che permetta di estendere il vincolo del *trust* alle successive trasformazioni e sostituzioni dei beni che ne compongono il *fund*, ravvisando il meccanismo nella

---

378 Cfr. per tutti SMITH, *Unauthorized Dispositions of Trust Property: Tracing in Quebec Law*, cit., 798.

379 Cfr. SMITH, *op. ult. cit.*, 798 s.; v. anche CANTIN CUMYN, *op. ult. cit.*, 22, la quale rileva che "The administration of this legal entity falls exclusively to the trustee. As an administrator charged with full administration of the property of others, the trustee is empowered to do any juridical act by onerous title which is useful to the fulfilment of this task. His administration is closely regulated by the application of the framework for the administration of the property of others and remedies associated with it"; in tal senso cfr. anche HONORÉ, *op. ult. cit.*, 11 s.

380 Come rileva SAGAERT, *The Trust Book in the DCFR: A Civil Lawyer's Perspective*, cit., 42 s., "A frequently raised argument in order to argue 'imperfectness' of trust-like devices in European civil law relates to the dynamic nature of the trust fund. (...) The trust funds, has, according to the common law, a dynamic nature: as the trustee can, within the terms of the trust, dispose of the object of the trust, the proprietary effects should extend to the newly acquired goods. The property (or, more precisely, its value). (...) The core featured of the trust is that the trustee manages and disposes of the trust property. That underlies the dynamic nature of the trust fund".

381 Cfr. in tal senso GRAZIADEI – RUDDEN, *op. cit.*, 458 ss.; GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit., 262 ss.; SMITH, *op. ult. cit.*, 797 ss.; SAGAERT, *The Trust Book in the DCFR: A Civil Lawyer's Perspective*, 42 s.; con riferimento all'ordinamento scozzese cfr. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, cit., 192, il quale rileva che "In sintesi, ai sensi della section 2(1) del TRUSTS (SCOTLAND) ACT 1961, quando un *trustee* commette *breach of trust* stipulando un accordo *ultra vires*, né l'accordo né il titolo acquistato dal cessionario possono essere impugnati (da chiunque vi abbia interesse) se il *trustee* ha esercitato i suoi poteri compiendo, in relazione ai beni del *trust*, uno degli atti previsti dal paragrafo (a) al paragrafo (ee) della section 4 (1) del TRUSTS (SCOTLAND) ACT 1921. Come nel caso in cui il *trustee* abbia venduto uno o più beni (mobili o immobili) del *trust fund*; sottoscritto un contratto di locazione su immobili (...). Nondimeno, in questi casi si ritiene che, dato che il bene è stato trasferito amministrando il *trust*, in forza del principio di surrogazione reale, quanto ricevuto dal *trustee* diventi parte del *trust fund*. Ma questa regola (...) non è altro che espressione di un principio più generale secondo cui, quando un *trustee* cede beni del *trust*, si presume che incassi i proventi per conto del *trust fund* da lui gestito, distinto dal suo patrimonio personale".

disciplina della surrogazione reale<sup>382</sup>. A sostegno di questa tesi si è osservato che la maggior parte degli ordinamenti di *civil law*, ed anche gli ordinamenti cosiddetti misti, prevedano delle ipotesi di modificazione dell'oggetto del rapporto giuridico<sup>383</sup>: con riferimento all'ordinamento italiano si può menzionare l'esempio dell'art. 179 lettera f) c.c. che esclude dalla comunione dei coniugi le successive trasformazioni o investimenti dei beni personali<sup>384</sup>, ma ancora più interessante appare la fattispecie dell'art. 2038 c.c. in tema di indebito oggettivo. Ai sensi di questa disposizione, qualora taluno, che abbia ricevuto in buona fede una cosa determinata non dovuta, la alieni, il diritto di colui che ha eseguito la prestazione non dovuta si trasferisce sul ricavato della vendita; mentre, il soggetto che abbia ricevuto la prestazione indebita in mala fede, è obbligato a restituirla in natura o a corrisponderne il valore. Colui che ha eseguito indebitamente la prestazione tuttavia può "esigere il corrispettivo dell'alienazione e può anche agire direttamente per conseguirlo".

Quest'ultima regola è molto simile a quella della *clean substitution* della *law of trust*

---

382 In tal senso SMITH, *op. ult. cit.*, 802, secondo il quale "What is the legal technique that may be capable of overriding the common intention of the seller and the trustee, thereby allowing us to draw the conclusion that the purchased asset falls into the trust patrimony? The most relevant possibility is real subrogation. This technique, or doctrine, can be defined as the '[r]eplacement of... property for other property in a juridical relationship"; SAGAERT, *op. cit.*, 44 s.; A. GIANOLA, voce *Surrogazione Reale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1999, 239, in una prospettiva più ampia, con riferimento ai patrimoni destinati M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 228 ss. spec. 241, ove l'A. osserva che "La surrogazione reale potrebbe anzi assumere rilievo di strumento tecnico capace di svolgere nel nostro sistema una funzione analoga a quella che, nei sistemi di *common law*, viene svolta con riferimento al trust dall'azione di *tracing* che consente, attraverso l'azione restitutoria nei confronti dell'acquirente del bene oggetto del trust, di assicurare al beneficiario il recupero del bene o quanto meno del valore di questo"; con riferimento all'art. 2645-ter c.c.; ID., *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, 178 ss.; v. anche MEUCCI, *op. ult. cit.*, 522, la quale osserva che "Nell'ambito dei meccanismi di tutela a fronte del compimento di atti dispositivi dei beni destinati, meritevole di approfondimento è l'aspetto della surrogazione reale, quale fenomeno di 'sostituzione nell'oggetto dello stesso rapporto giuridico"; M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, 37; L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645-ter c.c.*, in BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*. cit., 154 s.

383 Con riferimento al Québec cfr. SMITH, *op. ult. cit.*, 802 ss., il quale riporta l'esempio degli artt. 450-451 del *code civil* del Québec in tema di comunione dei beni dei coniugi in base ai quali come osserva l'A. "private property includes both property that is acquired to replace private property and property that is acquired with private property". L'A. riporta altresì l'istituto del *substitution* di cui all'art. 1218 del *code civil* (corrispondente in sostanza alla sostituzione fedecommissoria) secondo cui "Substitution exists where a person receives property by a liberality with the obligation of delivering it over to a third person after a certain period". L'art. 1224 *code civil* prevede che, nel caso in cui i beni oggetto della *substitution* siano stati alienati, "the institute delivers over whatever has been acquired through reinvestment or, failing that, the value of the property at the time of the alienation"; cfr. anche A. MAGAZZÙ, *Surrogazione reale*, in *Enc. del dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1519, secondo il quale: "Con l'espressione «surrogazione reale», intesa usualmente nel suo più generico significato si vuol dire che un bene (*bien nouveau*, secondo la terminologia francese) viene a sostituirsi ad un altro (*bien ancien*), e ne prende il posto, assumendone lo stesso regime giuridico". L'A. appare, tuttavia, critico circa la possibilità di individuare una nozione unitaria di surrogazione reale che vada al di là delle singole fattispecie previste dal legislatore.

384 In tal senso cfr. anche BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 237 s.

anglo-americana: la pretesa del beneficiario, infatti, non si arresta al semplice controvalore del bene alienato dal *trustee*, bensì a quanto quest'ultimo abbia ricavato dall'alienazione<sup>385</sup>.

Tuttavia è discusso se la surrogazione reale possa operare in assenza di un'apposita previsione legislativa<sup>386</sup>. Il dibattito tra dottrina e giurisprudenza in Francia mette in luce la progressiva tendenza a configurare tale meccanismo quale principio generale e, di conseguenza, ad estenderlo a fattispecie che non ricevono un'apposita disciplina in tal senso<sup>387</sup>. Infatti, sulla scorta della premessa per cui la posizione del beneficiario non potrebbe essere ridotta a quella di un mero creditore del fiduciario, una parte della dottrina sia in Francia che in Québec ritiene che il meccanismo della surrogazione reale possa trovare applicazione con riferimento al *trust / fiducie*<sup>388</sup>.

Va però obiettato, anche in relazione al nostro ordinamento, che possono sorgere dubbi sull'idoneità dell'eventuale applicazione della surrogazione reale ad una piena tutela dell'interesse del beneficiario, soprattutto nel caso in cui le somme che costituiscono il prezzo della vendita siano già state trasferite dall'acquirente al *trustee*, in quanto vi sarebbe il rischio che il denaro si confonda con il patrimonio personale del *trustee*<sup>389</sup>.

---

385 Sull'operatività della *clean substitution* cfr. per tutti GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 106, il quale espone le seguenti considerazioni: "Pensiamo ad un manager che acquisti strumenti finanziari o immobili con il denaro consegnatogli. Tali immobili e strumenti finanziari potranno poi essere alienati e, con il ricavato, il trustee potrà ad esempio costituire una società per l'esercizio di un'impresa nell'interesse dei beneficiari oppure depositare il denaro ricavato in banca per aspettare tempi più favorevoli per gli investimenti. In questi casi, la *clean substitution* avrà per oggetto rispettivamente gli strumenti finanziari o gli immobili (acquistati con il denaro) ovvero il denaro e le quote della società che esercita un'attività economica (ottenuti dall'alienazione degli strumenti finanziari e dagli immobili) o, ancora, le somme ricavate dalle alienazioni. Secondo la regola di *common law*, infatti, i beneficiari possono esercitare un *tracing* su quanto il trustee ha ricavato (ed eventualmente reinvestito) dai beni affidatigli in gestione. La regola opera indipendentemente dal fatto che il trustee abbia il potere di alienare quel determinato bene nell'esecuzione del programma gestorio di cui è incaricato".

386 Per ulteriori riferimenti cfr. GIANOLA, *Surrogazione Reale*, cit., 239 ss.; MAGAZZÙ, *Surrogazione reale*, cit., 1499 ss., il quale sembra, tuttavia, dare risposta negativa. Secondo l'A., pag. 1502, "Dinnanzi ad una simile tendenza a generalizzare, a raffigurarsi una 'teoria generale della surrogazione', per poi trovarsi costretti a distinguere tra fattispecie aventi caratteristiche essenzialmente diverse, si devono avanzare forti riserve".

387 Sul punto cfr. H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, in *RTD*, 18, 1919, civ. 385-392 (già citato da SMITH, *op. cit.*, 804, nota 27); SMITH, *op. ult. cit.*, 806.

388 Con riferimento alla *fiducie* in Francia cfr. F. ZENATI - CASTAINING & T. REVET, *Les biens*, 3d ed., Paris, 2008, 278; per ulteriori riferimenti v. SMITH, *op. ult. cit.*, 809, nota 49; con riferimento alla *fiducie* in Québec cfr. SMITH, *op. ult. cit.*, 808, secondo il quale "In the type of situation that he addressed, Capitant noted that, without the operation of real subrogation, the person in control of another's patrimony would be able to deplete that patrimony and reduce its holder to a mere creditor. That is exactly what would happen in the Quebec trust if real subrogation did not operate. Where a trustee misappropriates and spends trust property, the trust patrimony is reduced. (...) And in that case, in the absence of real subrogation, the trustee's other creditors would take an unjustifiable benefit: if the price received for trust property should fall into the trustee's personal patrimony, then the assets in that patrimony will have been inappropriately increased at the expense of the trust patrimony, simply by the unlawful act of the trustee".

389 Sul punto, in una prospettiva più ampia, cfr. SALAMONE, *op. ult. cit.*, 40 ss.

Il problema potrebbe porsi, in particolare, nel caso in cui sorga un conflitto fra il beneficiario con i creditori personali del primo. L'art. 15 della Convenzione, infatti, fa salva l'applicazione delle "disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie: (...) e) protezione dei creditori in caso di insolvenza". Tale considerazione induce a ritenere che, nel caso in cui sorga un conflitto con i creditori del *trustee*, l'applicazione del meccanismo della surrogazione reale sarebbe in ogni caso subordinata alle condizioni di opponibilità dell'art. 1707 e dell'art. 2915, comma 1, c.c.<sup>390</sup>, facendo emergere nuovamente la rilevanza di una disciplina che preveda specifici obblighi al *trustee* nell'attività di gestione del patrimonio in *trust*, diretta ad individuare e contrassegnare i beni che ne fanno parte. Solo al ricorrere di questi presupposti si potrebbe eventualmente ritenere che, per effetto della surrogazione reale, la separazione patrimoniale di cui agli art. 2 e 11 della Convenzione si estenda alle successive trasformazioni dei beni del *fund*; tuttavia, anche qualora si aderisca all'impostazione prospettata, il beneficiario resterebbe, in ogni caso, esposto al pericolo che il *trustee* infedele confonda le somme di denaro con il proprio patrimonio.

### **6.1. La trascrizione del *trust*. L'art. 12 della Convenzione dell'Aja**

L'art. 12 della Convenzione recita così: "Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa".

La possibilità di pubblicizzare nei registri immobiliari i *trusts* costituiti in applicazione della Convenzione rappresenta in Italia uno dei temi più dibattuti in dottrina e in giurisprudenza.

La corrente di pensiero più restrittiva, che nega la possibilità di trascrivere il *trust* nei pubblici registri, fonda la propria posizione su due ordini di considerazioni.

Analogamente a quanto è avvenuto in Francia con riferimento alla *fiducie*, si è sostenuto

---

390 In tal senso, sebbene con riferimento all'art. 2645 *ter* c.c., cfr. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare*. cit., 154, il quale individua negli artt. 1707 e dell'art. 2915, comma 1, c.c.: "lo statuto generale della opponibilità dei vincoli di destinazione (...) non invece nel nuovo art. 2645-*ter* c.c., il che mi fa pensare che quest'ultimo non possa essere fatto oggetto di una interpretazione estensiva, fino a ricomprendere- attraverso la surrogazione- qualsiasi bene, anche non di natura immobiliare, a parte il caso dei frutti (...)".

che le peculiarità della proprietà del *trustee* non consentirebbero di ricondurla nel paradigma di cui all'art. 832 c.c., per cui vi sarebbe, oltre al contrasto con il dogma dell'unitarietà della proprietà, una violazione del principio di tipicità dei diritti reali<sup>391</sup>. Tale rilievo, tuttavia, potrebbe essere condiviso solo qualora si dimostri che abbia dei fondati risvolti pratici: ma, come si è visto, il *trust* di *common law*, di per sé, non costituisce un intralcio ad una efficiente circolazione della ricchezza, giacché le prerogative proprietarie relative al potere di gestione e di disposizione sono concentrate in capo al *trustee*, per cui, sotto questo profilo, la proprietà del *trustee* è inquadrabile quale proprietà piena<sup>392</sup>.

Più convincente appare, invece, l'argomentazione secondo cui il sistema della trascrizione sarebbe improntato a rigidi criteri di tipicità, sicché non sarebbe consentito trascrivere atti che producono effetti diversi da quelli tipici<sup>393</sup>. Se è vero che il combinato disposto degli articoli 2643 e 2645 c.c. consentirebbe la trascrizione anche di atti non esplicitamente menzionati nell'elenco di cui all'art. 2643 c.c., tale facoltà sarebbe in ogni caso da intendere riservata esclusivamente agli atti che producono i medesimi effetti di quelli ivi indicati: pur non potendo ammettere la tipicità degli atti, si deve ritenere quantomeno che vi sia tipicità degli effetti trascrivibili *ex art.* 2643 c.c.<sup>394</sup>.

---

391 In tal senso GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile* cit., 15 ss.; CASRTONOV, *Trust e diritto civile italiano* cit., 1335; L. RAGAZZINI, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. notariato*, 1999, 279.

392 Come osserva GALLARATI, *op. ult. cit.*, 41, "Per di più, dottrina e giurisprudenza prevalenti sono unanimi nel ritenere che la struttura del diritto del trustee non sia idonea ad infrangere il numero chiuso dei diritti reali, in quanto lo stesso gestore è unico proprietario dei beni trasferitigli per l'adempimento del programma racchiuso nell'atto istitutivo di trust. In questa prospettiva, non è allora possibile rinvenire alcun contrasto con l'art. 823 c.c., poiché il diritto del trustee non può che essere trattato alla stregua di un titolo proprietario (ex articolo 832 c.c.) compresso (di diritto o di fatto) nella facoltà di godere"; in tal senso già GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, cit., 266 il quale peraltro rileva che "è evidente che le prese di posizione negative di cui si faceva cenno agli inizi muovono dall'assunto per cui la proprietà, ed i diritti reali in generale, sussistono solo quando siano allineati in capo al suo titolare: il diritto di al possesso, il diritto di trarre utilità che la cosa legittimamente può dare, il diritto il diritto di disporne, il rischio del perimento (...) Ogni diverso assetto dominicale fuoriuscirebbe dal concetto di proprietà e perciò si sostiene che la proprietà del *trustee* non è affatto riferibile al dettato espresso nell'art. 2645, n. 1. In questo caso il nesso tra titolarità e destinazione alla responsabilità patrimoniale mi pare conforme alla logica di un sistema pubblicitario, ma in linea generale è da negare che nel nostro sistema l'allineamento predetto sia ancora un principio vigente idoneo quindi a caratterizzare l'istituto della proprietà; ma sul punto si v. anche ID. *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, 2002,II, 920 s.

393 GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile* cit. 17 ss.; ID, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. notariato*, 2002, 1113 ss.; da ultimo ID. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in GABRIELLI - GAZZONI (diretto da), *Trattato della trascrizione*, cit., 467 ss.

394 Cfr. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit. 17 s., secondo il quale "Il richiamo a quest'ultima norma (l'art. 2645 c.c) 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, per quanto già detto, una nozione di effetto giuridico in senso formale e tipico. L'art. 2645 c.c., infatti, ha il solo (ma importante)

Pertanto, in assenza di un'apposita norma che ampli le fattispecie tipiche, non sarebbe possibile trascrivere il *trust* nei pubblici registri. Secondo questa impostazione, la portata dell'art. 12 della Convenzione - in quanto norma di diritto privato internazionale - non sarebbe quella di permettere la trascrivibilità della qualità del *trustee* nei registri immobiliari, ma, al contrario, di negarla<sup>395</sup>. La disciplina sulla trascrizione dell'ordinamento italiano sarebbe, infatti, incompatibile con la possibilità di dare pubblicità al diritto del *trustee* di cui all'art. 12 della Convenzione.

Sul versante opposto si collocano numerosi Autori che, sebbene con argomentazioni diverse, ammettono la possibilità di trascrivere il *trust* nei pubblici registri.

Una parte della dottrina ritiene che i trasferimenti compiuti nei confronti del *trustee*, essendo riconducibili alla proprietà piena, andrebbero trascritti *ex art.* 2643 n. 1<sup>396</sup>. Secondo questa impostazione, l'effetto della separazione patrimoniale del *fund*, e quindi la possibilità di opporre il *trust* ai creditori personali del *trustee*, non sarebbe subordinato alla trascrizione<sup>397</sup>, poiché tale onere si renderebbe necessario ai soli fini di cui all'art. 2644 c.c. e, dunque, per risolvere gli eventuali conflitti con i terzi acquirenti. L'effetto della separazione patrimoniale deriverebbe, invece, direttamente dagli art. 2 e 11 della Convenzione, la cui portata sarebbe quella di escludere che i creditori personali del *trustee* possano aggredire i beni del *trust fund*<sup>398</sup>.

Secondo questa impostazione, pertanto, la trascrizione non sarebbe richiesta ai fini di cui all'art. 2915 c.c., in quanto, in sede di esecuzione, al *trustee* sarebbe consentito opporre ai creditori pignoranti il vincolo del *trust* in forza degli art. 2 e 11 della Convenzione<sup>399</sup>. A sostegno di questa tesi è stato invocato l'orientamento da ultimo adottato dalla Corte di Cassazione in tema di fondi comuni di investimento disciplinati

---

scopo 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. Per quanto riguarda l'art. 2643 n. 1 c.c., poi, è evidente che la proprietà del *trustee* nulla ha a che vedere con quella che acquista un acquirente nella compravendita o un donatario nella donazione o anche il fiduciario, atteso che, come è ben noto, i limiti derivanti dal *pactum fiduciae* non hanno rilevanza esterna e, risolvendosi in obblighi, legittimano, in caso di inadempimento, il solo risarcimento del danno. Il fiduciante dunque, sul piano della opponibilità, può solo sperare di trascrivere tempestivamente la domanda *ex art.* 2652 n. 2 c.c. in virtù del diritto di credito al ritrasferimento che egli vanta, per prevalere sugli aventi causa dal fiduciario infedele o che, inadempiente nei confronti di terzi, rischi di subire un pignoramento immobiliare".

395 In tal senso GAZZONI, *op. ult. cit.*, 12 ss.; ID. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 475 s.

396 In tal senso M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. notariato*, 2001, 1160 ss.; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 57.

397 LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, cit., 1165, secondo il quale: "il tema della trascrizione è posto male quando essa sia vista quale formalità alla quale affidare l'opponibilità ai terzi del vincolo del *trust* e, ancora di più, quando tale vincolo sia collocato sul piano dominicale piuttosto che su quello obbligatorio"; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 58 ss.

398 LUPOI, *op. ult. cit.*, 1165 ss.; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 58 ss.

399 LUPOI, *op. ult. cit.*, 1165; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 62.

dal Testo Unico della Finanza e dal Decreto del Ministero dell'Economia e della Finanza n. 197 del 5 ottobre 2010: in particolare l'art. 36 del TUF stabilisce che il fondo costituisce un "patrimonio autonomo distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per suo conto, il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio"<sup>400</sup>.

Analogamente a quanto è accaduto per il *trust*, sono sorte incertezze circa il regime da applicare agli investimenti immobiliari compiuti dalla società di gestione<sup>401</sup>. In un primo momento era prevalso l'orientamento che, ai fini della trascrizione, riconosceva al fondo di investimento la soggettività giuridica<sup>402</sup>. A tale orientamento ha fatto seguito la Circolare del Ministero delle Finanze n. 218/T dell'11 novembre 1999, secondo la quale gli acquisti dei beni immobiliari devono essere trascritti a favore del fondo di investimento, specificando con annotazione a margine della trascrizione l'esistenza del rapporto gestorio<sup>403</sup>. In questo quadro, è intervenuta nel 2010 una pronuncia della Corte di Cassazione ove è stata negata la possibilità di ravvisare una soggettività giuridica in capo ai fondi comuni di investimento<sup>404</sup>; sulla scorta di questa premessa la Corte di Cassazione - sebbene con un *obiter dictum* - ha ritenuto che i beni immobili debbano essere intestati alla società di gestione del risparmio, accompagnati da un'annotazione idonea a rendere nota anche ai terzi l'esistenza del vincolo, non essendo al contrario possibile trascrivere questi ultimi a favore del fondo stesso<sup>405</sup>. In questa prospettiva, la

---

400 In tal senso GALLARATI, *op. ult. cit.*, 62 ss.

401 Come osserva GALLARATI, *op. ult. cit.*, 67, con riferimento alla questione circa l'appartenenza del fondo e la sua qualificazione giuridica "Il tema, tuttavia, è di assoluta rilevanza laddove la società di gestione investa in diritti reali immobiliari, atteso che la trascrizione non può prescindere dall'appartenenza, la quale, a sua volta, è strettamente correlata alla qualificazione giuridica. (...) Gli orientamenti, infatti, oscillano tra chi ha enfatizzato la posizione dei partecipanti del fondo, chi quella del gestore del fondo e chi ha insistito per la sua soggettività".

402 Cons. St., sez. III, parere 11 maggio 1999, n. 608, in *Cons. St.*, 1999, 2216, ove si legge che dalla "spiccata autonomia del patrimonio del fondo di investimento conseguirebbe che quest'ultimo dovrebbe essere considerato come uno specifico centro di imputazione di interessi, nettamente distinto anche dalla relativa società di gestione".

403 Per ulteriori riferimenti cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 69 s.

404 Cass., civ., 15 luglio 2010, n. 16605, in *Foro it.*, 2011, 6, I, 1853, con nota di PELLEGGATTA; ed in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 4, II, 417.

405 Cass., civ., 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*, 1853, ove si legge che "(...) per le ragioni già dianzi chiarite, tali fondi non costituiscano soggetti di diritto a sé stanti, bensì patrimoni separati della società di gestione che li ha istituiti, rende evidentemente insostenibile la pretesa di far intestare beni immobili al fondo, in luogo della società di gestione. Si può ipotizzare - ma non è questo il tema della presente causa - che l'intestazione debba essere accompagnata da un'annotazione idonea a rendere nota anche ai terzi l'esistenza del vincolo pertinenziale in favore del fondo, in coerenza con il regime di separazione patrimoniale che lo connota, ma non si può certo postulare l'esistenza di un rapporto di mandato o di rappresentanza tra la medesima società di gestione ed il fondo: perché questo implicherebbe una duplicità

possibilità di opporre la separazione patrimoniale del fondo di investimento ai creditori della società di gestione sembrerebbe prescindere dalla trascrizione del vincolo, trovando diretto fondamento dalle norme contenute nel TUF<sup>406</sup>. Una parte della dottrina ha perciò ravvisato in tale pronuncia una conferma della possibilità di trascrivere a favore del *trustee* gli acquisti immobiliari *ex art.* 2643, n. 1, c.c., menzionando nel quadro D della nota di trascrizione l'esistenza del vincolo: tale segnalazione avrebbe, tuttavia, una funzione meramente informativa per i creditori, giacché l'effetto di separazione patrimoniale deriverebbe direttamente dagli art. 2 e 11 della Convenzione<sup>407</sup>. Invece, in risposta alla dottrina che nega la possibilità di trascrivere il *trust*, si sostiene che non sarebbe necessaria, ai fini dell'opponibilità della separazione patrimoniale ai creditori del *trustee*, una trascrizione contro quest'ultimo, analogamente a quanto previsto dall'art. 2915 c.c.<sup>408</sup>.

---

soggettiva che non è invece ravvisabile".

406 Sul punto cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 70, il quale osserva che la società di gestione "dovrà trascrivere ai soli fini di cui all'art. 2644 c.c. in proprio favore e render noto con l'annotazione a margine della trascrizione il vincolo gestorio esistente sul fondo. Ciò significa che la sottrazione dei beni inclusi nel fondo alla garanzia generale del debitore di cui all'art. 2740 c.c. è realizzata per mezzo del solo Testo Unico della Finanza, al quale non deve essere aggiunta alcuna forma di trascrizione a carico della società di gestione del risparmio e ai fini (di cui all'articolo 2915 c.c. e, quindi) dell'opponibilità ai terzi della separazione del fondo, se non l'informazione relativa all'esistenza del rapporto gestorio"; in senso contrario, tuttavia, G. BARALIS, *Fondi immobiliari e SGR: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. notariato*, 2012, 1249.

407 In tal senso GALLARATI, *op. ult. cit.*, 71, secondo il quale "(...) a nulla rileverà l'opponibilità o meno delle informazioni contenute nel quadro D, il quale, come la Suprema Corte ha confermato, può ben contenere una segnalazione riguardante una qualità della parte, dando notizia dell'esistenza del rapporto gestorio".

408 In tal senso GALLARATI, *op. ult. cit.*, 71; in senso contrario GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, cit., 1115, secondo il quale la segnalazione della qualità di *trustee* nel quadro D della nota di trascrizione sarebbe del tutto irrilevante ai fini dell'opponibilità del vincolo ai creditori. Secondo l'A. "La verità è che il legislatore avrebbe dovuto dettare un art. 2649 bis c.c. con il quale disciplinare la trascrizione dell'effetto di separazione patrimoniale e il conseguente vincolo di destinazione che nasce dal trust. Se tale norma esistesse si potrebbe così trascrivere agevolmente, con una prima nota contro il settlor e a favore del trustee, l'acquisto della proprietà da parte di costui *ex art.* 2643 n. 1 c.c. e poi, con una seconda nota, contro il trustee e a favore del settlor, (o, forse, del beneficiary, o di entrambi), il vincolo, con conseguente opponibilità della separazione ai creditori personali del trustee *ex art.* 2915 c.c.". In senso contrario alla tesi prospettata sembrerebbe andare la disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis e ss. c.c. L'art. 2447-*quinquies*, secondo comma, c.c. nel caso in cui il patrimonio destinato abbia ad oggetto beni soggetti ad un regime pubblicitario, subordina la possibilità di opporre la destinazione allo specifico affare ai creditori della società alla trascrizione nei relativi registri. Anche l'art. 2645-*ter* c.c., in virtù del richiamo al primo comma dell'art. 2915 c.c. sembrerebbe ricollegare la possibilità di opporre il vincolo di destinazione ai creditori estranei a tale interesse alla trascrizione nei pubblici registri. In tal senso con riferimento all' art. 2645-*ter* c.c. cfr. SALAMONE, *op. ult. cit.*, 154. Su punto, tuttavia, cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. di dir. civ., diretto da R. Sacco*, 4, Milano, 2012, 51, il quale osserva che in difetto di un'espressa previsione legislativa, la formalità pubblicitaria non potrebbe ritenersi disposta a titolo di onere. Con riferimento al fondo patrimoniale che, come è noto, è sottoposto ad un doppio regime di pubblicità, la questione è stata affrontata da autorevoli autori. Nel senso che l'opponibilità del fondo patrimoniale ai terzi sarebbe da ricollegarsi all'annotazione nei registri dello stato civile, dovendosi, invece, riconoscere all'art. 2647 c.c. la funzione di pubblicità notizia G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1982, 315; in senso contrario T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Art. 167-171, in *Comm. al cod. civ., diretto da*



Altra parte della dottrina ammette la possibilità di trascrivere il *trust*, argomentando nel senso che l'elenco delle fattispecie trascrivibili non sarebbe tassativo, osservando un continuo allargamento delle fattispecie soggette a trascrizione per il tramite dell'art. 2645 c.c.: pur restando in una prospettiva di tipicità degli effetti trascrivibili, la tendenza sarebbe quella di estendere la trascrizione a fattispecie anche solo parzialmente identiche a quelle descritte dall'art. 2643 c.c.<sup>409</sup>

La dottrina dominante fonda, invece, la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari il carattere fiduciario del trasferimento dei beni al *trustee* sull'articolo 12 della Convenzione, il quale, in forza della legge di attuazione emanata dall'ordinamento italiano, amplierebbe l'elenco degli atti trascrivibili di cui all'art. 2643 c.c.<sup>410</sup> La Convenzione, infatti, oltre a contenere norme di diritto internazionale privato, avrebbe posto alcune norme sostanziali uniformi, tra le quali proprio l'art. 12 che, collocandosi in questo contesto, comporterebbe l'effetto di introdurre negli ordinamenti che non conoscono il *trust* una nuova fattispecie trascrivibile al fine di permetterne l'operatività<sup>411</sup>. In tal senso è stato osservato come l'art. 12 della Convenzione - al pari

---

*P. Schlesinger*, Milano, 1992, 152, il quale, peraltro, rileva che "(...) se nel concetto di modifiche del fondo non rientrano i mutamenti della sua consistenza patrimoniale, gli atti relativi non devono essere annotati ma solo trascritti nei registri immobiliari (...). Ma, se la trascrizione *ex art.* 2647 non fosse richiesta per l'opponibilità ai terzi del vincolo derivante dal fondo, si creerebbe una grave incongruenza nel sistema perché detto vincolo potrebbe, in alcune ipotesi, opporsi ai terzi, quantunque non pubblicizzato in alcuna forma".

409 In tal senso cfr. A. PALAZZO, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in *TAF*, 2002, 342, secondo il quale "L'art. 2645 c.c., prescrivendo la trascrizione anche di ogni altro atto o provvedimento che produca taluno degli effetti menzionati dall'art. 2643 c.c., impone infatti di considerare che il legislatore ammette la costituzione di situazioni giuridiche reali non conformi ai modelli legali tipici, benché simili a questi quanto ad effetti"; in tal senso anche F. STEIDL, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, in *TAF*, 2002, 350, il quale con riferimento al principio di tipicità degli atti soggetti a trascrizione in connessione con il principio di tipicità dei diritti reali osserva che "questa regola, va detto, sembra aver perso gran parte della propria forza, essendo stata sottoposta a continui attacchi sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, ed è diventata, se così si può dire, quasi un simbolo, una linea del fronte, per la dottrina civilistica tradizionale, mentre ha trovato nel diritto positivo, piaccia o non piaccia, sempre più consensi"; NERI, *op. ult. cit.*, 275 s.; M. C. PAGNI, *Commento all'art. 12*, in GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts cit.*, 1278. In tal senso sono riportati dagli Autori gli esempi della multiproprietà o la trascrizione a favore di enti pubblici territoriali di vincoli di natura amministrativa i quali solo di recente sembra possano aver trovato una disciplina unitaria nell'art. 2645 *quater* c.c.; in senso contrario alla tassatività anche degli effetti cfr. G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e del negozio di destinazione disciplinati dal diritto italiano* in *Riv. del dir. comm.*, 2001, 416 ss.

410 In tal senso cfr. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja*, cit., 260 s.; ID., *Trust e trascrizione*, in *TAF*, 2002, 346 ss.; BARTOLI, *op. ult. cit.*, 582 ss.; L. BATTISTELLA, *Pubblicità: registri mobiliari, immobiliari e sistema tavolare* in M. G. MONEGAT - G. LEPORE - I. VALAS (a cura di), *Trusts, aspetti sostanziali e applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2007, 131 s.; PICCOLI, *op. ult. cit.*, 62; S. BUTTÀ, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in *TAF*, 2000, 551 ss.; M.L. CENNI, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, in *TAF*, 2002, 361 ss.

411 GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja*, cit., 263, il quale osserva che "Tutti ma proprio tutti i suoi lettori hanno già rilevato che essa si divide in due parti, la prima è effettivamente dedicata a profili di diritto internazionale privato,

delle norme contenute nel capitolo terzo sul riconoscimento dei *trusts* - è essenzialmente destinato ai paesi di *civil law*, "nei quali è quasi sempre necessario specificare che le caratteristiche intrinseche alla proprietà del *trustee* debbono essere oggetto di manifestazione pubblicitaria per potersi affermare con sicura efficacia".<sup>412</sup>

Tale rilievo sembra, in effetti, trovare una conferma nella relazione esplicativa della Convenzione, dalla quale emerge che l'art. 12 è stato introdotto per risolvere alcuni problemi pratici che si sarebbero potuti verificare negli Stati che non conoscono il *trust*: la difficoltà cui si fa riferimento è appunto legata alla necessità di riportare il più fedelmente possibile nei pubblici registri le peculiarità del *trust*<sup>413</sup>.

Questa impostazione è stata condivisa dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito<sup>414</sup>. In numerose pronunce si osserva, ad ulteriore argomentazione, che qualora si negasse la possibilità di trascrivere l'atto costitutivo del *trust*, non sarebbe possibile rendere opponibile ai terzi il carattere fiduciario del trasferimento con la conseguenza di vanificare le finalità del *trust* stesso<sup>415</sup>.

---

ma la seconda, in cui si inseriscono appunto gli articoli 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 degli 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".

412 GAMBARO, *op. ult. cit.*, 260; ID., *Trust e trascrizione*, in *TAF*, 2002, 347.

413 Cfr. OVERBECK, *op. ult. cit.*, 396, ove si legge che "Article 12 deals with a problem which raise difficulties in the practice of States which do not have trusts: this problem is that of reflecting as faithfully as possible in the public registers of such States the peculiarities of trusts"; sul punto cfr. anche PAGNI, *Commento all'art. 12*, cit., 1274 ss. Dalla relazione emerge, altresì, che la precisazione finale per cui la trascrizione della qualità del *trustee* è ammessa salvo che la legge del luogo ove deve avvenire la trascrizione non lo vieti è stato inserito quale clausola di salvaguardia. Si legge che "This restriction might possibly have been included in article 15; however, it was preferred to insert it directly in this special provision. In addition, the escape clauses of articles 13,15 and 16 may also limit the scope of article 12". Tuttavia ritenere che l'incompatibilità di cui all'art. 12 derivi, in Italia, dall'assenza di un'apposita norma che ammetta la possibilità di trascrivere il *trust* avrebbe poco senso giacché tale norma sembrerebbe fare riferimento proprio agli stati che non conoscono il *trust*. Sulla portata dell'inciso finale dell'art. 12 cfr. anche GAMBARO, *op. ult. cit.*, 261 s.

414 In tal senso *ex multis* Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *TAF*, 2007, 425.

415 Cfr. Trib. Bologna, decreto 18 aprile 2000, in *TAF*, 2000, 373 s. con nota di A. TONELLI, ove il giudice di merito rileva che "ove fossero individuati elementi ostativi verrebbe a cadere qualsiasi effetto al riconoscimento che lo Stato italiano ha operato dell'istituto del trust con la sottoscrizione e successiva ratifica della Convenzione dell'Aja sopra richiamata atteso che, il trust non potrebbe trovare alcuna applicazione ed in particolare: i beni non potrebbero essere intestati al trustee, con quanto ne consegue in ordine ai poteri di autonoma gestione e disposizione dei beni oltreché di legittimazione attiva e passiva in giudizio, ma soprattutto non potrebbe trovare attuazione poiché inapplicabile ai terzi l'effetto della separazione dei beni in trust da quelli personali del trustee". In senso conforme v.: Trib. Chieti, ordinanza del 10 marzo 2000, in *TAF*, 2000, 372 ss.; Trib. Pisa, sentenza del 22 dicembre 2001, in *TAF*, 2002, 241 ss.; per ulteriori riferimenti cfr. anche BRAUN, *Trust interni*, cit., 591. Non si rinvencono pronunce della Corte di Cassazione sul punto. Da ultimo si segnala Cass. Civ., Sez. II, 22 dicembre 2011, n. 28363, in *I contratti*, 8-9/2012, 693, con nota di G. M. TANCREDI e in *TAF*, 2013, 260, con nota di A. TONELLI ove la Suprema Corte ha negato la possibilità di riconoscere la soggettività giuridica al *trust*, confermando che il *trustee* è da ritenersi il titolare dei beni che compongono il *fund*.

## 6.2. (segue) La prassi e le incertezze circa le modalità con cui eseguire la trascrizione del *trust*

Sebbene la prassi sia nel senso di consentire la trascrizione del *trust* nei pubblici registri, allo stato attuale permangono grosse incertezze circa le modalità con cui la trascrizione debba essere eseguita<sup>416</sup>.

Nella maggior parte dei casi si effettua un'unica trascrizione contro il disponente ed a favore del *trustee* menzionando nella nota di trascrizione nel quadro C o nel quadro D la qualità di *trustee*<sup>417</sup>. Talvolta la prassi è, invece, quella di effettuare una doppia pubblicità, ossia una prima trascrizione del trasferimento *ex art.* 2643 e 2645 c.c. a favore del *trustee* ed una successiva trascrizione del carattere fiduciario contro quest'ultimo, in applicazione analogica dell'art. 2647 c.c. che disciplina la trascrizione degli atti costitutivi del fondo patrimoniale<sup>418</sup>.

E' interessante osservare come da ultimo si stia sviluppando un orientamento che afferma la possibilità di trascrivere il trasferimento dei beni costituiti in un *trust* contro il disponente ed a favore del *trust*. Il descritto indirizzo sembra essere stato accolto da due recenti pronunce del Tribunale di Torino<sup>419</sup>, il quale ha ritenuto che ai fini della

---

416 Per una prima rassegna delle diverse modalità adottate per trascrivere il *trust* nei registri immobiliari cfr. BARTOLI, *op. ult. cit.*, 578; D. PARISI, *Trascrizione a favore del trust: l'uovo di Colombo?*, in *TAF*, 2011, 608; in dottrina il tema è stato di recente affrontato sotto una prospettiva di analisi economica del diritto da GALLARATI, *op. ult., cit.*, 106 ss.

417 Per riferimenti più precisi cfr. BARTOLI, *op. ult. cit.*, 580, il quale oltre ad elencare numerosi casi concreti in cui la trascrizione è avvenuta con tale modalità, riproduce in allegato alla propria opera alcune di queste trascrizioni. Per ulteriori riferimenti cfr. CENNI, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., 355 ss.; STEIDL, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., 350 ss.; BRAUN, *op. ult. cit.*, 591.

418 In tal senso la sentenza del Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, cit., 241 ss.; in dottrina CENNI, *op. cit.*, 360 s. la quale distingue fra effetti traslativi ed effetti vincolanti del *trust*. Mentre i primi si verificherebbero in forza di una prima trascrizione a favore del *trustee ex artt.* 2643 e 2645 c.c., per conseguire gli effetti vincolanti sarebbe necessario eseguire una seconda trascrizione contro il *trustee*. Per le modalità di questa seconda trascrizione prevista, ma non disciplinata dall'art. 12 della Convenzione, si dovrebbe fare riferimento alle modalità previste dall'art. 2647 c.c.; G. GALLIZIA, *Trattamento tributario dell'atto dispositivo di un trust di beni immobili*, in *TAF*, 2001, 148 s.; BATTISTELLA, *Pubblicità: registri mobiliari, immobiliari e sistema tavolo*, cit., 133 s.; in senso nettamente contrario alla possibilità di fare riferimento all'art. 2647 c.c. ai fini dell'opponibilità di cui all'art. 2915 c.c. GALLARATI, *op. ult. cit.*, il quale come si è visto ritiene che la trascrizione non sarebbe necessaria a tal fine giacché l'effetto di separazione patrimoniale discenderebbe direttamente dagli artt. 2 e 11 della Convenzione. Secondo l'A., inoltre, anche qualora si ammettesse la possibilità di estendere in via analogica le norme sulla trascrizione, l'art. 2647 c.c. costituirebbe un'ipotesi di pubblicità notizia, del tutto irrilevante pertanto ai fini dell'opponibilità dell'atto. In una prospettiva più ampia sull'applicazione analogica ed interpretazione estensiva delle disposizioni sulla trascrizione GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 47 ss.; secondo altri Autori, invece, la trascrizione contro il *trustee* sarebbe eseguibile in forza dell'art. 2915 c.c. Sul punto cfr. D. MURITANO, *Conflitti giurisprudenziali in tema di trascrizione del trust*, in *TAF*, 2014, 363 nota 11.; in senso contrario cfr. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze* cit., 2012, 491 ss., secondo il quale l'art. 2915 c.c. sarebbe una "norma secondaria" ed, al contrario, ai fini della trascrizione del *trust* occorrerebbe un norma che preveda espressamente tale possibilità.

419 Trib. Torino, 10 febbraio 2011, in *Riv. Notariato*, 2011, 408, con nota adesiva di A. STEFANI,

pubblicità non sia richiesta la personalità giuridica del *trust* e che la soluzione trovi anche riscontro in alcune modalità di trascrizione, come ad esempio le formalità che sono trascritte a favore del condominio, anziché dei singoli condomini.

Deve essere, peraltro, chiaro che la circostanza per cui, per effetto dell'istituzione di un *trust*, alcuni beni risultino separati dal patrimonio personale del soggetto cui sono intestati, non implica che il *trust* costituisca un centro autonomo di diritti ed obblighi. In una prospettiva più ampia è, infatti, possibile affermare che il fenomeno della separazione patrimoniale non determina la creazione di un nuovo soggetto di diritto, ma richiede soltanto la riferibilità del patrimonio separato ad altro soggetto, che nel caso in questione è il *trustee*<sup>420</sup>.

Come è stato rilevato dal Tribunale di Torino, la possibilità di effettuare la trascrizione a favore del *trust* presenta il vantaggio di non richiedere una nuova trascrizione nel caso di sostituzione del *trustee*, essendo in tale ipotesi sufficiente l'annotazione alla

---

*Trascrizione a favore del trust: una nuova frontiera?* ed in *TAF*, 2011, 627 con nota adesiva di PARISI, *Trascrizione e favore del trust* cit., Nel caso di specie, in seguito alla costituzione di due *trusts* il notaio aveva presentato le relative note di trascrizione, compilando il quadro C relativo ai soggetti inserendo i disponenti quali soggetti contro i quali avveniva la trascrizione ed i *trusts* con relativo codice fiscale quali soggetti a favore della trascrizione. Il conservatore tuttavia del registro immobiliare aveva eseguito le trascrizioni con riserva, rilevando che non sarebbe prevista una norma che permetta espressamente, di considerare, ai fini della pubblicità immobiliare, validamente attuativo per il trasferimento un atto di devoluzione effettuato direttamente al *trust*. Il conservatore aveva, inoltre, rilevato che il *trust* non è provvisto di personalità giuridica e pertanto un atto di trasferimento nei suoi confronti non esplicherebbe alcun effetto. Il notaio con due reclami gemelli aveva proposto reclamo per ottenere la cancellazione della riserva formulata dal conservatore del registro immobiliare; in tal senso v. anche Trib. Torino, decr. 10 marzo 2014, in *TAF*, 2014, 307; invece, in senso contrario alla possibilità di trascrivere a favore del *trust* v. Trib. Reggio Emilia (Giudice dell'esecuzione), 25 marzo 2013, in *TAF*, 2013, 636, confermato dal Trib. Reggio Emilia, 25 febbraio 2014, in *TAF*, 2014, 433; v. anche Trib. Udine, ord. 4 novembre 2013, in *TAF*, 2014, 437. In senso favorevole a tale prassi e per un commento ai diversi orientamenti menzionati cfr. D. PARISI, *Trascrizione nei confronti del trust: appunti per una rilettura dell'art. 2659 cod. civ.*, in *TAF*, 2014, 374 ss.; O. MOSCHETTI, *Le formalità trascritte a favore e contro il trust*, in *TAF*, 2014, 487, in senso nettamente contrario, invece, MURITANO, *Conflitti giurisprudenziali in tema di trascrizione del trust*, cit., 361 ss.; sembrerebbe propensa per una soluzione di compromesso B. FRANCESCHINI, *Trascrizione degli atti di onferimento di immobili in trust*, in *TAF*, 2014, 389, la quale - nel fare riferimento alla prassi adottata da alcuni conservatori dei registri immobiliari di richiedere una nota contro il disponente e a favore del *trustee* e di una seconda per dare pubblicità al vincolo contro il *trustee* ed a favore del *trust* - prospetta la possibilità (per quanto riguarda la compilazione di quest'ultima nota) di "utilizzare in via analogica la disposizione secondo cui nella nota debbono essere indicati, relativamente ad associazioni non riconosciute e a società semplici, la denominazione, la sede e il numero di codice fiscale nonché le generalità delle persone che la rappresentano secondo l'atto costitutivo".

420 Sul punto cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 384, il quale descrive il fenomeno dei patrimoni separati come ipotesi nelle quali più insieme di beni "pur non cessando di appartenere allo stesso soggetto; stanno ciascuna a se"; ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 130 ss.; il quale con riferimento all'ordinamento italiano individua tre modelli tramite i quali è possibile realizzare la separazione patrimoniale. In particolare il terzo modello, al quale è riconducibile il *trust*, prevede il trasferimento dei beni ad un gestore con "conseguente articolazione del patrimonio del terzo in due compendi autonomi, uno personale e uno titolato"; HANSMANN - KRAAKMAN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, cit., 21 ss.; v. anche QUADRI, *La destinazione patrimoniale, profili normativi*, Napoli, 2004, 4 ss., spec. nota 5.

trascrizione originaria<sup>421</sup>. Qualora, infatti, il *trustee* revocato si rifiutasse di intervenire nell'atto in virtù del quale eseguire la successiva trascrizione, in mancanza del suo consenso, occorrerebbe un provvedimento giudiziale<sup>422</sup>.

Tuttavia, la soluzione del Tribunale di Torino, di trascrivere l'atto di trasferimento a favore del *trust*, sembrerebbe porsi in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale di legittimità, che ritiene necessaria ai fini della trascrizione l'intestazione dei beni ad un soggetto dotato di personalità giuridica<sup>423</sup>: in particolare si è visto come il più recente arresto della Corte di Cassazione, nel negare la soggettività giuridica ai fondi comuni di investimento, è nel senso che la trascrizione debba essere compiuto a favore della società di gestione, menzionando il vincolo nella nota di trascrizione<sup>424</sup>.

A prescindere delle diverse modalità con cui procedere concretamente alla trascrizione, il dato che appare maggiormente rilevante, ai nostri fini, è da ravvisare nella conformità al diritto della prassi che non prevede la possibilità di riportare nella nota di trascrizione l'intero regolamento del *trust*<sup>425</sup>.

Una parte della dottrina infatti, al fine di rendere opponibile ai terzi acquirenti le eventuali limitazioni dei poteri del *trustee*, ha prospettato tale possibilità<sup>426</sup>. Come si è potuto riscontrare esaminando l'esperienza degli ordinamenti di *common law*, tuttavia, la scelta di riassumere in poche caratteristiche essenziali («standardizzare» e

---

421 La prassi è, invece, quella di effettuare una doppia pubblicità, ossia una prima trascrizione del trasferimento ex art. 2643 e 2645 c.c. e una successiva trascrizione del carattere fiduciario contro il *trustee*, in applicazione analogica dell'art. 2647 c.c. che disciplina la trascrizione degli atti costitutivi del fondo patrimoniale. In alternativa si ritiene possibile effettuare un'unica trascrizione contro il disponente ed a favore del *trustee* menzionando nella nota di trascrizione il carattere fiduciario di tale trasferimento. Sul punto cfr. CENNI, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., 361 ss.; STEIDL, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., 350 ss.

422 Trib. Torino, 10 febbraio 2011, cit. 408. Sul punto cfr. anche STEFANI, *op. cit.*, 413 s.

423 In tal senso *ex multis*, Cass., 12 giugno 1986, n. 3898, in *Giur. it.*, 1987, I, 1015, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Riflessioni in tema di natura giuridica e soggettività del comitato*, ove la Suprema Corte, in un caso di acquisto di beni immobili per conto del comitato, ha ravvisato un'ipotesi di scissione tra l'intestazione del bene nei registri immobiliari a favore della persona che agiva come organo dell'ente e la proprietà del bene; con riferimento al *trust* v. Trib. Reggio Emilia, 25 marzo 2013, cit., 636, Trib. Udine, ord. 4 novembre 2013, cit., 437; sul punto cfr. anche GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, cit., 137 ss.; MURITANO, *op. cit.*, 361 ss.; in senso contrario tuttavia cfr. PARISI, *op. ult. cit.*, 378 ss.

424 Cass., civ., 15 luglio 2010, n. 16605, cit., 1853.

425 Sono rari i casi in cui è stata ammessa tale possibilità. Il Trib. di Trieste, decr. 23 settembre 2005, in *TAF*, 2006, 83, con nota di L. BATTISTELLA, *Il trust e le implicazioni di diritto tavolare*, ha ammesso l'intavolazione specificando non solo che l'acquirente aveva la qualifica di *trustee* ma riportando anche gli elementi rilevanti del regolamento del *trust*; in senso contrario *ex multis* Trib. Chieti, ordinanza del 10 marzo 2000, cit., 372, secondo il quale nella nota di trascrizione deve essere riportata la qualità del *trustee* senza la possibilità di riportare l'intero regolamento del *trust*.

426 In tal senso PAGNI, *op. ult. cit.*, 1281; BATTISTELLA, *op. cit.*, 133, secondo il quale " - nel QUADRO D potranno (ma sembra opportuno) essere indicati tutti gli elementi contenuti nell'atto istitutivo ai quali si vuole dare conoscibilità e che si ritengono opportuni per una esatta pubblicità immobiliare, questo anche ai fini di una chiara opponibilità ai terzi".

«semplificare») il contenuto del regolamento del *trust* non appare possibile, poiché la *mission* del gestore - e di conseguenza le prerogative spettanti al *beneficiary* - possono variare di molto a seconda dello scopo per cui il *trust* è costituito<sup>427</sup>. Per queste ragioni sembra corretto ritenere che nella nota di trascrizione, pur annotando che il trasferimento è stato effettuato in qualità di *trustee*, non è possibile riportare le eventuali limitazioni dei poteri del *trustee* o le caratteristiche del diritto del beneficiario<sup>428</sup>.

In questa prospettiva, quindi, appare corretto ritenere che l'eventuale diritto del beneficiario di recuperare i beni abusivamente alienati dal *trustee* non discende dall'opponibilità delle eventuali limitazioni dei poteri del *trustee* ai terzi acquirenti, giacché al relativo regolamento non è data pubblicità<sup>429</sup>. Sotto questo profilo, la prassi sembra conforme al principio della tassatività degli effetti della trascrizione, riconducendo l'acquisto del *trustee* a fattispecie tipizzate: l'acquisto da parte del *trustee* è qualificabile quale proprietà piena; l'annotazione della qualità di *trustee* è, invece, compiuta agli esclusivi fini della separazione patrimoniale, avendo la funzione di informare i creditori che tale bene non contribuisce a comporre il patrimonio personale di quest'ultimo<sup>430</sup>.

La questione sarà approfondita ulteriormente nel prossimo capitolo, laddove si tenterà

---

427 Come si vedrà più ampiamente nel quarto capitolo (§ 4.3.), i termini «standardizzazione» e «semplificazione» sono adottati in questa prospettiva da MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 122; SMITH - MERRILL, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, cit., 3 ss.; in una prospettiva di «standardizzazione» dei patrimoni separati cfr. invece ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, spec. 92.

428 Imprescindibili al riguardo appaiono i rilievi di MORELLO, *op. ult. cit.*, 137 ss.; particolarmente incisive anche le osservazioni di STEIDL, *op. cit.*, 350 ss., secondo il quale, peraltro, "L'ammettere l'opponibilità assoluta ai terzi di tutte le clausole dell'atto istitutivo di un trust, solo per effetto della trascrizione del vincolo, provocherebbe una grave ferita nel sistema della circolazione dei beni, e questo perché il trust non è ancora disciplinato dal nostro ordinamento, ma trova la sua legittimazione nella Convenzione dell'Aja che obbliga gli stati firmatari al riconoscimento solo di quegli elementi minimi del trust sopra evidenziati"; cfr. anche MOSCHETTI, 487, la quale osserva che "La trascrizione del vincolo, per quanto previsto dall'art. 12 della Convenzione, sarà facoltativa, inoltre, tale trascrizione non sortirà gli effetti dell'art. 2644 c.c., ossia non sarà utile a risolvere i conflitti inerenti gli atti di disposizione dei beni in trust, ma avrà la funzione di rendere opponibile ai terzi il vincolo della 'segregazione', in deroga speciale a quanto previsto dall'art. 2740 c.c.". Non sembra che tali rilievi possano essere messi in crisi dall'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., qualora si ritenga che la norma non disciplini il *trust*, bensì un istituto che presenta solo alcune affinità con esso. Sul punto cfr. il quarto capitolo.

429 Sul punto cfr. per tutti NERI, *op. ult. cit.*, 279 ss.

430 Come si è visto, inoltre, secondo una parte della dottrina tale annotazione avrebbe una funzione meramente informativa giacché l'effetto della separazione patrimoniale discenderebbe direttamente dagli artt. 2 e 11 della Convenzione. In tal senso LUPOI, *op. ult. cit.*, 1165 ss.; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 58 ss. Secondo un'altra parte della dottrina invece l'annotazione del carattere fiduciario del trasferimento si renderebbe necessario ai fini dell'opponibilità ai creditori della separazione patrimoniale. In tal senso per tutti MORELLO, *op. ult. cit.*, 138, il quale rileva come ai fini dell'effetto di separazione patrimoniale di cui alla Convenzione debba "necessariamente essere data pubblicità al carattere fiduciario dell'acquisto. Il sistema italiano infatti fonda la tutela dei creditori sul principio dell'*affidamento* (e non contiene regole che assicurino comunque al fiduciante una tutela 'quasi reale' dei suoi diritti)"; cfr. anche PALAZZO, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trustee*, cit., 337 ss. secondo cui il tema della trascrivibilità del *trust* costituirebbe "il banco di prova della concreta operatività di questo istituto nel nostro ordinamento".

di verificare se lo schema di cui all'art. 2645-ter c.c. si ponga in linea con i modelli gestori sin qui esaminati sotto il profilo di una efficiente circolazione dei beni e, dunque, con riferimento all'opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi acquirenti.

### **7.1. Il c.d. «trust interno». Le tesi favorevoli alla sua ammissibilità**

Solo dopo avere verificato la sostenibilità della tesi che intende la disciplina della Convenzione nella sua portata di norma di diritto internazionale privato, inquadrando le disposizioni di diritto sostanziale quali regole volte a consentire l'applicazione del *trust* negli ordinamenti «non *trust*», è possibile affrontare con consapevolezza la diversa questione se la medesima disciplina possa essere posta a fondamento della prassi negoziale che, proprio a seguito della ratifica della Convenzione dell'ordinamento italiano, ha configurato la possibilità di costituire nel nostro ordinamento la fattispecie di «trust interno». Con siffatta espressione si intende quel *trust* i cui elementi costitutivi siano tutti riconducibili all'ordinamento del giudice adito ed il cui esclusivo profilo di estraneità sia soltanto la legge, straniera, scelta dal costituente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione<sup>431</sup>.

L'articolo 6 della Convenzione, come si è visto, sembrerebbe assegnare al *settlor* la più ampia libertà di scelta della legge regolatrice, ponendo quale unico limite che la legge scelta preveda “*l'istituto del trust o la categoria di trust in questione*”<sup>432</sup>. Sulla base di questa premessa, alcune correnti di pensiero, che hanno trovato ampi riscontri nella prassi negoziale, ritengono che in virtù della Convenzione sia possibile costituire da parte di cittadini italiani residenti in Italia un *trust* che abbia ad oggetto beni siti in Italia e che sia, tuttavia, disciplinato da una legge straniera<sup>433</sup>.

A tale soluzione si perviene sulla base di due diverse argomentazioni.

Secondo una parte della dottrina, la Convenzione, ponendosi quale norma di diritto sostanziale uniforme, avrebbe introdotto in Italia la figura del *trust*<sup>434</sup>: non essendo

---

431 In una prospettiva internazionale rilevano la peculiarità del fenomeno cui si assiste in Italia WATERS, *op. ult. cit.*, 92; GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience*, 65 ss.

432 Cfr. per tutti GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 54 s.

433 La letteratura è vasta sull'argomento. Per una rassegna delle diverse teorie prospettate cfr. BRAUN, *op. ult. cit.*, 577 ss.; BARTOLI, *Il trust interno e le principali questioni ad esso inerenti*, 36 ss.

434 S. M. CARBONE, *La disciplina regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, in *TAF*, 2000, 146 s.; ID. *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche ed unica funzione*, in *NGCC*, 2013, II, 603 ss.; MASI, *La Convenzione dell'Aja in materia di trusts*, cit., 784 ss.; LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, cit., 73 s., il quale osserva che: "Il trust è ormai, a tutti gli effetti (...) un «istituto giuridico» e non si pone quindi più rispetto

norma di diritto internazionale privato, la scelta della legge applicabile sarebbe di per sé un elemento sufficiente per giustificare l'applicazione di un ordinamento straniero e, quindi, non sarebbe necessaria la sussistenza di un altro elemento di internazionalità della fattispecie.

Secondo altra parte della dottrina, invece, va ammessa la possibilità di riconoscere la figura del *trust* interno sulla base del presupposto secondo cui l'oggetto della Convenzione non sarebbe il *trust* di *common law*, bensì il *trust* "amorfo" o "*shapeless*"<sup>435</sup>. Sulla scorta di questa premessa, si ritiene che rientrino nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja diversi rapporti fiduciari, comprese figure note al nostro ordinamento quali, ad esempio la gestione patrimoniale affidata alle SIM. Poiché la Convenzione, in questa prospettiva, trova applicazione con riferimento a qualsiasi negozio che sia inquadrabile nella fattispecie delineata nell'art. 2, si dovrebbe concludere che probabilmente non vi siano più Stati che non prevedono l'istituto del *trust*<sup>436</sup>. L'interprete, pertanto, più che porsi la questione dell'ingresso nel proprio ordinamento di un istituto di diritto straniero, dovrebbe porsi quella dell'applicabilità di una legge straniera - secondo i criteri generali del diritto internazionale privato -, per cui la Convenzione imporrebbe agli Stati aderenti di applicare la legge straniera regolatrice dei negozi giuridici inclusi nell'art. 2. Ritenerne, pertanto, non ammissibile la possibilità di assoggettare un *trust* che presenti tutti gli elementi di collegamento con l'Italia ad una legge straniera, significherebbe impedire la stessa operatività della Convenzione.

Secondo questa impostazione, l'art. 13 non avrebbe l'effetto di vietare il riconoscimento dei *trusts* che non presentino elementi di internazionalità, ma si porrebbe quale norma di chiusura del sistema delineato dalla Convenzione.

Questa interpretazione dell'art. 13 della Convenzione è condivisa anche da un'altra corrente di pensiero che, muovendo da presupposti diversi, al pari della prima approda alla conclusione per cui la Convenzione permetterebbe il riconoscimento del *trust* interno, ponendo l'accento sul disposto di cui all'art. 6 della Convenzione, il quale non

---

ad esso un problema di tutelabilità, ma semmai una questione di regolamento di confini con altre fattispecie giuridiche di più risalente sedimentazione nella nostra tradizione giuridica. Al di là delle apparenze, la convenzione non è infatti semplicemente collocabile nel territorio del diritto internazionale privato (...)"

435 M. LUPOI, *Trusts II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, 1995, 3; ID., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 437.

436 LUPOI, *Trusts II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano* cit., 6; ID. *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. dir. priv.*, cit., 437, secondo il quale "(...) La convenzione trova applicazione rispetto a qualsiasi negozio che sia inquadrabile nella fattispecie delineata dall'art. 2 della Convenzione. (...) In conclusione, la Convenzione impone agli Stati aderenti di applicare la legge straniera regolatrice dei negozi giuridici inclusi nella fattispecie di cui all'art. 2".



lascerebbe dubbi sull'applicabilità della Convenzione indipendentemente dalla presenza di elementi di internazionalità della fattispecie<sup>437</sup>. Dopo avere osservato che la Convenzione dell'Aja del 1955 in tema di vendita di cose mobili delinea espressamente il proprio ambito di applicazione, limitandolo esclusivamente alle vendite a carattere internazionale, si rileva che al contrario, la Convenzione dell'Aja sui *trust*, se per un verso contiene limitazioni specifiche agli art. 15, 16 e 18 (le c.d. clausole di salvaguardia), per altro verso non pone un esplicito divieto alla possibilità di applicare una legge straniera ad una fattispecie i cui elementi costitutivi siano tutti collegati all'ordinamento di riferimento<sup>438</sup>.

Si osserva, quindi, come la rilevanza dell'autonomia privata nella scelta della legge applicabile anche in assenza di altri elementi di internazionalità della fattispecie, costituirebbe l'esito di un'evoluzione che ha visto il ricorso alla volontà delle parti assumere sempre più un ruolo centrale nei vari sistemi<sup>439</sup>. La scelta delle parti sarebbe considerata dalla Convenzione sufficiente a sottrarre una fattispecie alla *lex fori* dell'ordinamento di riferimento, in quanto tale scelta sarebbe valutata come espressiva del loro interesse comune. In tal senso una conferma sarebbe offerta dall'art. 15 della Convenzione quale limite alla produzione degli effetti del *trust*, il quale sembrerebbe consistere soltanto nel rispetto delle norme imperative, mentre non sarebbe rilevante l'inderogabilità della *lex fori*<sup>440</sup>.

---

437 ROVELLI, *op. cit.*, 655, secondo il quale "Il ruolo della volontà va preliminarmente chiarito, in relazione alle nostre nuove regole di diritto internazionale e privato e alla Convenzione di Roma del 1980 per cui, in sostanza la scelta negoziale di una legge straniera è sufficiente a creare quella situazione che implica un conflitto di leggi, cui la Convenzione stessa subordina la propria applicazione. L'art. 3 di questa Convenzione esordisce affermando che il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti e termina, art. 3, n. 3, disponendo che la scelta della legge straniera, qualora tutti gli altri dati di fatto si riferiscono ad un solo Paese, non può recare pregiudizio alle norme imperative di tale paese, intese come le norme alle quali la legge di tale Paese non consente di derogare con contratto"; CARBONE, *op. ult. cit.*, 149 ss. giunge alla medesima conclusione, sebbene con argomentazioni in parte diverse SICLARI, *op. ult. cit.*, 113 ss. secondo il quale i destinatari dell'art. 13 sarebbero gli Stati e non l'interprete.

438 Per tutti cfr. ROVELLI, *op. cit.*, 654.

439 Cfr. ROVELLI, *op. cit.*, 656, il quale osserva che la convenzione del 1980 estenderebbe al massimo la *potency* dell'autonomia negoziale, mantenendo solo il limite delle disposizioni imperative, non già della *lex fori*, ma della legge applicabile in virtù degli altri convergenti elementi di collegamento.

440 ROVELLI, *op. cit.*, 656; a tale impostazione sembra aver aderito anche MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja* cit., 754 ss., il quale osserva che "La risposta a tale interrogativo deve necessariamente muovere dal rilievo che la Convenzione non detta i requisiti di internazionalità del *trust*, così come di norma accade nelle convenzioni di diritto internazionale privato, la cui applicazione consegue al previo accertamento della sussistenza di una fattispecie concreta connotata da elementi internazionalità. Pertanto, nel nostro caso, dacché la Convenzione non identifica il proprio ambito di applicazione in ordine ad uno o più elementi di internazionalità, si deve concludere nel senso che il meccanismo di innesco della disciplina convenzionale è rappresentato dai criteri sanciti dall'art. 3 della Convenzione medesima(...). La legge straniera ben potrà regolare una fattispecie che non presenta alcun criterio di collegamento con l'ordinamento richiamato, con il solo limite della frode, vale a dire della strumentale sottrazione del rapporto alla disciplina naturale per finalità abusive. A ben vedere tale conclusione non contrasta con il fondamentale principio dell'applicazione delle norme inderogabili della

Da questa teoria ne deriva come corollario che l'art. 13 assumerebbe la funzione di norma di chiusura del sistema delineato dalla Convenzione. Secondo la dottrina in esame, l'art. 13 serve ad evitare che, per effetto della scelta di una legge straniera da applicare al *trust*, si possano conseguire risultati riprovevoli per l'ordinamento. In altri termini, l'art. 13 andrebbe applicato dal giudice, laddove non risultino sufficienti tutte le altre disposizioni poste a salvaguardia dell'ordinamento interno<sup>441</sup>.

Sebbene il formante giurisprudenziale, in un primo momento, fosse contrario all'ammissibilità del *trust* interno, successivamente ha mutato orientamento aderendo all'impostazione prospettata<sup>442</sup>.

## 7.2. (segue) La tesi contraria all'ammissibilità del c.d. «*trust* interno»

Sul versante opposto si colloca la corrente di pensiero che pone maggiormente l'accento sul carattere internazional-privatistico della Convenzione e ritiene che, per l'applicazione della stessa, sia necessaria la sussistenza di oggettivi elementi di estraneità della fattispecie rispetto all'ordinamento di riferimento<sup>443</sup>. In altri termini, posto che la sola legge scelta dal costituente non sarebbe sufficiente a costituire elemento di estraneità della fattispecie rispetto all'ordinamento di riferimento, la mera

---

*lex fori* che, anche nella materia in esame, opera senza limitazione alcuna, al fine di evitare forme, per l'appunto, di abuso del potere pattizio di scelta della legge regolatrice della fattispecie"

441 Cfr. ROVELLI, *op. cit.*, 659 ss.; PICCOLI, *op. ult. cit.*, 68 s.; in tal senso anche LUPOI, *Trusts cit.*, 544 ss.; CARBONE, *op. ult. cit.*, 151 s., i quali assimilano l'art. 13 della Convenzione all'art. 1344 c.c.

442 Questa impostazione è stata adottata dal Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, cit., 1304, ove si legge che "In altri termini, non sarà sufficiente rilevare la presenza di un trust, i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo Stato italiano, per disapplicare la legge scelta per la sua disciplina e per la sua costituzione evitando di riconoscere gli effetti, ma sarà, invece, necessario desumere un intento in frode alla legge, volto, cioè a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare (...). Poiché il *trust* 'interno' non può essere ritenuto invalido *ex se* per la carenza di elementi di estraneità (...), né per suo contrasto con norme inderogabili o di applicazione necessaria o di ordine pubblico (...), l'unica possibile e ragionevole soluzione ermeneutica (a meno di non voler dare all'art. 13 un *interpretatio abrogans* degli art. 6 e 11) è quella, appunto, di considerare le disposizioni 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 specifica". In senso conforme *ex multis*: Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 in *Giur. Mer.*, 2002, 384; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *TAF*, 2003, 581; per ulteriori riferimenti cfr. BARTOLI, *op. ult. cit.*, 37 nota 7.

443 Come osserva CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'* cit., 450: "Parlare di primato della volontà a proposito della legge applicabile, senza scontare la necessità del presupposto dell'internazionalità, significa passare sopra gratuitamente al principio primo di quello che non per nulla gli anglosassoni dei quali ci si invita a fare studio chiamano conflict of laws. Lì dove non ci può essere conflitto di leggi non c'è diritto internazionale privato, e perciò manca il passaggio necessario alla questione della scelta della legge applicabile e di quale criterio in vista di questa possa o debba considerarsi, a seconda delle norme di diritto internazionale privato o delle convenzioni, prioritario"; in tal senso cfr. anche GAMBARO, *Il trust in Italia* cit., 1216 s., BROGGINI, *op. cit.*, 411; GIARDINA, *Note introduttive*, cit., 1212; GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile* cit. 11 s; L. FUMAGALLI, *Commento all' art. 13* in GAMBARO- GIARDINA- PANZANELLI *Convenzione relativa alla legge sui trusts* cit., 1284.

volontà delle parti non sarebbe a sua volta sufficiente a derogare le regole del foro.

Secondo la dottrina in esame, mancherebbe, quindi, il presupposto per l'applicazione delle norme della Convenzione, ossia l'internazionalità della fattispecie. Ne consegue pertanto, che nell'ambito del diritto internazionale privato la scelta del diritto applicabile diverso da quello al quale tutti gli elementi della fattispecie fanno riferimento, rappresenterebbe un abuso della regola normativa che permette la scelta del diritto applicabile<sup>444</sup>.

In tal senso è stata rilevata la contraddizione in cui incorrono le tesi che ammettono la possibilità di costituire un *trust* interno sottoposto a legge straniera<sup>445</sup>. Si osserva come le tesi prospettate dovrebbero necessariamente presupporre la natura internazional-privatistica della Convenzione giacché, qualora si ritenesse che la stessa abbia inteso introdurre una disciplina sul *trust* comune a tutti gli ordinamenti firmatari, non avrebbe senso fare rinvio alla legge straniera. Come è stato affermato in dottrina, qualora si aderisse alla seconda alternativa, cadrebbe "l'assunto dell'assenza nel nostro ordinamento di una regolamentazione del *trust* che sarebbe, invece, rappresentata proprio dalla convenzione medesima"<sup>446</sup>. In definitiva, se la Convenzione avesse davvero introdotto una disciplina comune sul *trust* in tutti gli Stati firmatari, il rinvio ad una legge straniera non sarebbe necessario, dovendo l'istituto trovare una disciplina compiuta nel testo della stessa<sup>447</sup>.

In effetti, come si è visto nei paragrafi precedenti, la presenza di una disciplina sostanziale sul riconoscimento degli effetti del *trust* non sembra escludere la portata internazional-privatistica della Convenzione<sup>448</sup>. Ove ci si muova in questa prospettiva,

---

444 Cfr. per tutti BROGGINI, *op. cit.*, 412.

445 Cfr. L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2009, 87 ss.; ID. *Il trust italiano*, in BIANCA- DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale*, cit., 114 ss.; ID. *La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, in *NGCC*, 2013, 624 s.; al riguardo cfr. anche SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 395 ss.

446 Il rilievo è della GATT, *Il trust italiano* cit., 114; ID., *La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, cit., 624.

447 Come osserva GATT, *Il trust italiano*, cit., 114, "In altre parole delle due l'una: o si qualifica la Convenzione de L'Aja come atto normativo di diritto internazionale privato ovvero si qualifica la stessa come atto normativo di diritto sostanziale uniforme idoneo a legittimare tout court il "trust" italiano quale vera e propria fattispecie tipica, regolata a livello legislativo nazionale a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja, e non, invece, il c.d. trust interno (atipico?) regolato dal diritto straniero"; ID. *Dal trust al trust*, cit., 88.

448 In tal senso sembra propendere anche GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, cit., 262, il quale osserva che "In particolare non è esatto che la XV Convenzione dell'Aia per essere applicata necessita di un conflitto tra norme di diversi ordinamenti e non è quindi essa stessa fonte di un diritto interno italiano. Se con ciò si vuol dire che la Convenzione in sé non riguarda i *trusts* puramente interni, si impinge nell'ovvio (...). Se con ciò si vuol dire, come il contesto fa temere, che la Convenzione non può derogare alle norme di diritto interno ed al massimo può prevedere che nel caso di conflitto con altre norme straniere si

ne discende che la legge regolatrice scelta dal disponente non sia elemento idoneo a conferire profili di internazionalità ad una fattispecie<sup>449</sup>. Ciò sembra, peraltro, trovare conferma nell'art. 13 della Convenzione<sup>450</sup>, che consente il riconoscimento degli effetti del *trust* solo in presenza di elementi di collegamento oggettivi e non già in base a valutazioni circa le finalità abusive che le parti intendono perseguire<sup>451</sup>.

Inoltre, qualora si aderisse all'impostazione prospettata, l'art. 13 diverrebbe sostanzialmente un doppione di altre norme contenute della Convenzione. Il pericolo che i contraenti ricorrano all'istituto del *trust* per propositi fraudolenti è evitato già dalle c.d. clausole di salvaguardia e, segnatamente, dagli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione che si riferiscono rispettivamente alle norme inderogabili, alle norme ad applicazione necessaria e all'ordine pubblico internazionale<sup>452</sup>.

Infine, la relazione esplicativa della Convenzione sembra confermare che l'art. 13 sia stato predisposto per limitare la regola generale secondo cui la legge regolatrice del *trust* può essere liberamente scelta dal *settlor*.

Emerge, infatti, che i delegati di alcuni paesi, quali la Francia, la Spagna e la Grecia, nel

---

applicano queste ultime a preferenza delle prime, allora ciò indica che la Convenzione non la si è nemmeno letta"; ID, *Il trust in Italia e Francia*, cit., 502 s.

449 La questione è stata affrontata in una prospettiva più ampia da autorevole dottrina. Sul punto cfr. in particolare R. DE NOVA, voce *Obbligazioni (dir. int. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979, 456 ss.; più di recente G. ALPA, *Autonomia privata delle parti e scelta della legge applicabile al contratto «interno»*, in *NGCC*, II, 2013, 575, il quale configura la vicenda del *trust* quale applicazione per effetto del rinvio ad una legge straniera di un istituto ignoto al diritto italiano. Secondo l'A. "L'esempio sintomatico è dato dal *trust*. In tal caso non sarebbe possibile per le parti (italiane) compiere l'operazione economica desiderata perché nel nostro ordinamento non vi sono norme utilizzabili direttamente per costituire un *trust*, anche se si potrebbero utilizzare istituti disciplinati dall'ordinamento italiano per produrre effetti simili, come il negozio fiduciario, la costituzione di patrimoni separati o destinati ad uno scopo e così via"; Cfr. anche GATT, *La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, cit., 642 s.; ID, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta* in *Riv. notariato*, 2011, 280 s., la quale distingue il «contratto alieno» "inteso come contratto in lingua straniera (generalmente lingua inglese), conforme (pressoché totalmente al modello straniero (generalmente quello imposto dalla prassi nordamericana) ma in cui le parti espressamente scelgono, come legge applicabile, il diritto italiano e, conseguentemente, rinviando la soluzione di eventuali controversie al giudice italiano (o ad arbitri italiani, più raramente internazionali)" dal *trust* interno il quale si presenterebbe piuttosto "come contratto anomalo, dato che la sua configurazione prevede la scelta di una legge straniera e di un giudice italiano".

450 Cfr. sul punto GATT, *Il trust italiano*, 115; ID, *La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, cit., 624 s.

451 In tal senso cfr. SICLARI, *op. cit.*, 120, il quale sulla base del tenore letterale della norma che la stessa possa essere intesa quale norma di chiusura del sistema. Secondo l'A. tuttavia la norma non si porrebbe quale divieto alla possibilità di costituire *trust* interni giacché, a differenza di altre disposizioni quali ad esempio l'art. 15 e l'art. 16, sarebbe diretta agli Stati e non all'interprete. Sembra propendere per la soluzione secondo cui l'art. 13 non sarebbe rivolto all'interprete ma agli Stati e, pertanto, in assenza di un'apposita norma di adattamento da parte dell'Italia, tale norma non potrebbe operare quale limite al principio generale di cui all'art. 6, anche GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 61 ss. il quale in tal senso riporta l'esempio del Belgio che ha introdotto una norma che esclude espressamente la possibilità che siano riconosciuti *trusts* che siano privi di un elemento di collegamento con un ordinamento in cui sia presente l'istituto del *trust*.

452 In tal senso anche SICLARI, *op. cit.*, 120.

*draft* preliminare proposero un testo dell'art. 14 (corrispondente all'art. 13 del testo definitivo) che vietava a tutti gli Stati di riconoscere i *trusts* che presentassero dei criteri di collegamento più stretti con gli ordinamenti «non *trust*», in quanto temevano che per effetto della Convenzione, si introducesse di fatto il *trust* in questi ordinamenti<sup>453</sup>.

L'opposta posizione era stata supportata dai delegati degli ordinamenti di *common law*, i quali erano contrari al divieto assoluto di riconoscere simili *trusts*, giacché in alcuni casi a questa possibilità si poteva già accedere ricorrendo alla legislazione nazionale: a loro avviso pertanto la versione dell'art. 13, così come prospettata dagli altri delegati avrebbe condotto a risultati eccessivamente stringenti<sup>454</sup>. Il testo definitivo dell'art. 13 è stato il frutto di un compromesso in quanto la frase "*shall not recognize*" è stata sostituita con "*shall not bound to recognize*"<sup>455</sup>.

In questa prospettiva appare chiaro che la regola dell'art. 13, sebbene ridimensionata, sia diretta principalmente all'interprete degli ordinamenti di *civil law* per evitare, appunto, che il mero rinvio ad una legge straniera consenta di sottrarre la fattispecie alla disciplina nazionale<sup>456</sup>. Ove si condivida tale argomento, si dovrà concludere nel senso dell'autonomia della questione relativa alla presenza, nel nostro ordinamento, di una disciplina idonea a consentire la realizzazione di effetti analoghi a quelli del *trust* o della *fiducie*, rispetto al distinto tema dell'applicabilità della Convenzione che, invece, sembrerebbe presupporre, nella fattispecie di riferimento, elementi di internazionalità.

---

453 Cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 398, il quale osserva che "*it appeared in the end that the authors of the proposal feared that, despite article 14 of the preliminary draft, the Convention might lead to introduction of trusts as an institution in the civil law countries*". Il testo che era stato proposto è riportato nella relazione esplicativa della Convenzione: "*The States Parties shall not recognize trusts involving property which, at time of the trust's creation, is primarily located in States which do not provide for trusts. The same rule applies where, at the time of creation of the trust, the settlor and the beneficiaries have the nationality of a State which does not provide for trusts and reside habitually in States which do not have this institution*".

454 Cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 398, il quale osserva che "*Several delegates from common law countries sharply opposed this idea. They could not agree for the Convention to obligate common law States to refuse recognition to trusts created under their own law or under the laws of other States having trusts, where under their ordinary rules of law they would have recognized them. However, these delegates declared that they were ready to protect the civil law States against fraudulent trusts in an appropriate fashion, for exemple through the use of mandatory rules. The proposal of the five delegations in contrast would, it seemed to them, lead to the non recognition of numerous trusts which were entirely proper*".

455 Cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 398.

456 Cfr. OVERBECK, *op. cit.*, 397, il quale rileva che "*The option offered by article 13 is open to the judges of all the Contracting States, but it is clear that it is in fact an escape clause in favour of States which do not have trusts. The clause will be used above all by judges who think that the situation has been improperly removed from under the application of their own laws*"; in tal senso anche FUMAGALLI, *Commento all'art. 13*, cit., 1284.

## IL NEGOZIO FIDUCIARIO E L'ART. 2645-TER C.C.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2.1. Le problematiche di carattere «operativo» del negozio fiduciario. 2.2. Gestioni fiduciarie, società di intermediazione mobiliare 2.3. La separazione patrimoniale quale tecnica volta a garantire la dissociazione fra titolarità della proprietà dei beni ed interesse per cui il diritto di proprietà è esercitato. 3.1. L'art 2645-ter c.c. 3.2. (segue) Lo schema tracciato dall'art. 2645-ter c.c. 4.1. L'opponibilità dell'atto di destinazione nei confronti dei terzi. 4.2. (segue) L'impatto dell'art. 2645-ter c.c. sulla circolazione dei beni. Aspetti sistematici. 4.3. (segue) L'impatto dell'art. 2645-ter c.c. sulla circolazione dei beni ed il problema dei costi informativi. 4.4. (segue) La meritevolezza degli interessi ed il rinvio all'art. 1322, secondo comma, c.c. 5. Conclusioni

### 1. Premessa

Le considerazioni svolte con riferimento al campo di applicazione della Convenzione inducono a ritenere che l'indagine relativa alla presenza in Italia di una disciplina, che consenta all'autonomia privata di perseguire risultati paragonabili a quelli conseguibili con il *trust* o con la *fiducie*, debba essere condotta avendo riguardo alle categorie e agli istituti del nostro ordinamento<sup>457</sup>. In questa prospettiva una parte consistente della dottrina ha ravvisato una contiguità fra il *trust* ed il negozio fiduciario<sup>458</sup>.

---

457 Come osserva GATT, *Il trust italiano*, cit., 115, "(...) il testo della convenzione non può e non deve costituire il supporto normativo necessario ed esclusivo alla soluzione del diverso problema, da considerarsi di ambito strettamente *civilistico*, quale è quello relativo al «se nell'ordinamento italiano possa operare e sia *previsto*, vale a dire *regolato* un atto negoziale (eventualmente ma non necessariamente denominabile come *trust*) idoneo a generare il complesso degli effetti indicati nell'art. 2 (e nell'art. 11) della Convenzione». La risposta a quest'ultima domanda deve attingere all'intero sistema giuridico privatistico italiano".

458 M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, I, 1 ss.; MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 267 ss.; LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 224 ss.; PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, cit., 391 ss.; GATT., *Dal trust al trust*, cit., spec. 99 ss., la quale distingue fra il negozio fiduciario (segreto) quale tradizionalmente inteso con effetti meramente obbligatori ed il negozio fiduciario reso noto ai terzi e dunque opponibile. Secondo l'A. tale ultima nozione finirebbe per coincidere con il *trust*. Come osserva I. A. "(...) o si distingue il *trust* dalla *fiducia* (continuando a considerare quest'ultima nel senso limitato e limitante e. comunque, univoco in cui essa fino ad oggi è stata intesa in Italia e non solo in Italia) ovvero si reinterpreta la *fiducia*, estendendone la concezione e l'operatività (salvo capire, poi, fino a che punto tale estensione non produca

Sul punto è stato osservato come il negozio fiduciario tradizionalmente sia stato studiato principalmente sotto il profilo della sua giustificazione causale (nella dottrina classica la tematica del negozio fiduciario si è dipanata attorno al profilo della sua giustificazione causale)<sup>459</sup>. L'impostazione illustrata, tuttavia, non permette di cogliere l'essenza del fenomeno.

Se si sfogliano le pronunce giurisprudenziali sull'argomento, risulterà subito chiaro come nella prassi non vi sia uno schema unitario di negozio fiduciario. Può infatti accadere che non vi sia un trasferimento diretto di un bene dal fiduciante al fiduciario, trattandosi ad esempio di un ipotesi di fiducia c.d. statica, così come può accadere che non vi sia un patto scritto precedente al trasferimento dei beni<sup>460</sup>. Come è stato osservato, "il negozio fiduciario in senso stretto si pone in posizione di contiguità rispetto alle ipotesi in cui il titolare di una determinata situazione di potere assuma un impegno di comportamento in ordine al bene oggetto di quel potere nei confronti di un altro soggetto (...)"<sup>461</sup>.

Qualora ci si muova in questa prospettiva sembra possibile affermare che l'essenza del fenomeno fiduciario consiste nella "dissociazione tra la posizione giuridica attribuita al fiduciario e l'interesse sottostante"<sup>462</sup>. E' in questi termini che una parte della dottrina fa

---

un'identificazione - sostanziale - della *fiducia* con il *trust* inteso, in senso ampio, in una prospettiva funzionale-rimediale. E' chiaro che in Italia finora si sia andati nella prima direzione. Si è continuato, cioè, a ritenere che in *civil law* il fenomeno fiduciario e in particolare, la proprietà fiduciaria avente titolo in un atto negoziale abbia determinati caratteri di *inopponibilità* (*alias* di 'segretezza', nel senso di limitata rilevanza giuridica *inter partes*) e che, in ragione di ciò, si distingua dalla proprietà cosiddetta in trust che invece è - negli ordinamenti di provenienza e nel contesto convenzionale - opponibile e palese (e, per ciò stesso, ritenuta - ancora oggi - da alcuni inammissibile nel nostro sistema giuridico".

459 Cfr. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 239 s.; U. CARNEVALI, voce *Negozi fiduciario*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 3; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, 52.

460 Sulla fiducia statica per tutti N. LIPARI, *Il negozio fiduciario* (ristampa), Milano, 1971., 187, il quale rileva che "La direzione funzionale ad operare al di fuori degli schemi legali non si collega necessariamente ad una situazione giuridica effettuale creata dai contraenti del negozio fiduciario, ma ben può incidere su di una situazione trovata, che essi distorcono, per così dire dalla sua finale destinazione lungo i binari dell'ordinamento".

461 Il rilievo è di LIPARI, *Il negozio fiduciario* cit., 193.

462 Cfr. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario*, cit., 1.; peraltro come osserva ID, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 68, "La civilistica italiana del ventesimo secolo, nel ripensare la teoria del diritto soggettivo, non ha invece dedicato altrettanta energia all'esame critico della pretesa necessaria coincidenza tra il diritto e l'interesse - l'interesse privato - corrispondente. In altre parole, l'ipotesi di diritti ascritti al soggetto, nell'interesse altrui, non è stata quasi mai apertamente discussa come problema di parte generale, e tanto meno è divenuta un modello un modello ulteriore, scolpito a chiare lettere nel codice, illustrato dai manuali, utilizzato dalla giurisprudenza, tanto familiare quanto lo schema elementare che allinea il diritto e l'interesse"; sul punto cfr. anche MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 269, il quale rileva che "Le particolari tecniche (tratte dal «sistema» di concetti e argomentazioni della pandettistica tedesca incentrata sulla teoria del negozio giuridico) per costruire l'istituto «negozio fiduciario» hanno lasciato in ombra il contenuto sostanziale delle *operazioni fiduciarie*".

riferimento alla proprietà fiduciaria, la cui nozione indica una particolare conformazione o funzionalizzazione della proprietà, la quale genera utilità destinate ad un soggetto diverso dal suo titolare<sup>463</sup>. Questa impostazione permette di inquadrare in modo unitario il fenomeno fiduciario, che può attuarsi per mezzo di una pluralità di schemi, in quanto il perseguimento di determinati interessi può rendere opportuna, o anche necessaria, l'attribuzione ad un *manager* della proprietà di uno o più beni in modo tale che essa venga gestita nell'interesse altrui<sup>464</sup>.

Muovendo da tali premesse risulterà, allora, possibile cogliere anche l'essenza del *trust*, o dei *trusts*, di *common law*, i quali presentano una regolamentazione differente a seconda della funzione che assolvono. La figura, come è noto, si presta a una molteplicità di funzioni: si ricorre al *trust*, ad esempio, al fine di curare la gestione degli interessi patrimoniali di minori o incapaci ovvero in ambiti commerciali laddove, ad esempio, l'investitore ha interesse ad affidare un patrimonio ad un *manager* affinché quest'ultimo lo gestisca in modo da accrescerne il valore o, ancora, in materia fallimentare<sup>465</sup>. Talvolta si attinge a questa figura giuridica per costituire e gestire una particolare forma di multiproprietà<sup>466</sup>.

Tutti i *trusts* però si fondano sul medesimo principio: la presenza di un soggetto titolare

---

463 Come osserva R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Terza ed., Torino, 2004, 816 s.: "chi vede nella fiducia la dissociazione fra titolarità e legittimazione scopre precisamente questa contrapposizione fra l'appartenenza economica sostanziale del bene (l'interesse protetto alla cosa, al suo reddito, all'aumento del suo valore) e l'appartenenza giuridica formale del potere di disposizione". Anche se con riferimento al vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter*, cfr. anche A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato dei diritti reali* cit., 336.; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 *ter* c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, I, 2007, 40 s., il quale ricostruisce la proprietà fiduciaria quale proprietà funzionalizzata; cfr. anche A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999, I ss., il quale rileva come in talune ipotesi la proprietà è caratterizzata dal fatto che le facoltà di godere e di disporre del bene sono attribuite al proprietario per soddisfare un interesse altrui anziché un interesse proprio; in senso critico, invece, all'espressione proprietà nell'interesse altrui G. MINNITI, «*La proprietà nell'interesse altrui*», in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 275 s., secondo il quale nell'attuale fase di evoluzione sistema giuridico le situazioni giuridiche soggettive dovrebbero essere intese "quali strumenti, che l'ordinamento mette a disposizione degli individui per la realizzazione di quegli interessi che, alla luce degli stessi principi, risultino meritevoli di tutela. Consegua da ciò l'impossibilità di teorizzare una proprietà, così come del resto un qualsiasi altro diritto soggettivo, funzionale alla realizzazione degli interessi non già del titolare, bensì di soggetti diversi". Secondo I. A. la formula sarebbe piuttosto idonea a rappresentare "l'eventualità che, su uno stesso bene - o, per meglio dire, su una stessa *res* (...), che in senso giuridico-formale per «bene», inteso come quel *quid* idoneo a soddisfare un determinato interesse, sembra debba propriamente intendersi per l'appunto la situazione giuridica soggettiva, nella quale viene a concretizzarsi la tutela accordata all'interesse stesso - si vengano a concentrare interessi di più soggetti".

464 In tal senso già C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 353; più di recente cfr. MATTEI, *La proprietà*, 250 ss.; GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. ult., cit.*, 24 ss.; GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 75.

465 Sul punto da ultimo A. GALLARATI, *La crisi del debitore «civile» e «commerciale» tra accordi di ristrutturazione e trust*, in *Contratto e impresa*, 1, 2013, 104 ss.

466 G. ALPA - I. CAVANNA, *Trust e multiproprietà* in BENEVENTI (a cura di) *I trust in Italia oggi*, cit., 163 ss.



di un patrimonio che agisce per un interesse altrui, cui corrisponde una dissociazione fra l'interesse economico allo sfruttamento del bene e la titolarità della proprietà di esso<sup>467</sup>. Sotto questa prospettiva fiducia e *trust* si pongono indubbiamente in una posizione di estrema contiguità<sup>468</sup>. Questa impostazione, come si è visto, sembra peraltro trovare una conferma nell'esperienza francese ove l'approccio seguito è stato quello di rafforzare e rimodellare il negozio fiduciario ispirandosi in parte all'esempio del *trust*. Come è noto, l'art. 39 *novies* del D.l. 30 dicembre 2005, convertito nella legge 23 febbraio del 2006 n. 51, ha inserito nel libro VI del codice civile l'art. 2645-*ter* c.c. La disposizione dal carattere estremamente indefinito lascia aperti una molteplicità di problemi che tutt'ora non sembra abbiano trovato una soluzione soddisfacente. Comunque si ricostruisca il contenuto della disposizione, sembra corretto ritenere che l'art. 2645-*ter* c.c. sia uno strumento volto a governare il fenomeno della scissione fra la titolarità dei beni e le utilità da questi generati<sup>469</sup>. Questo aspetto è stato colto dalla dottrina che ha ravvisato nell'art. 2645-*ter* c.c. uno strumento che consentirebbe all'autonomia privata di incidere sullo stesso contenuto della proprietà<sup>470</sup>.

---

467 Cfr. per tutti GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 155 ss.

468 S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, (ristampa), Milano, 1964, 224, nell'affrontare la celebre indagine sul diritto di proprietà adottava un approccio che guardava all'istituto sotto un duplice profilo: soggettivo e oggettivo. Sul punto l'A. osservava come "Il profilo soggettivo, polarizzandosi verso la nozione formale della proprietà, la assottiglia e riduce alla semplice titolarità; correlativamente si ha occasione di notare che la realizzazione economica, la possibilità di godimento effettivo, di utilizzazione, di sfruttamento della cosa, munita di tutela giuridica, raccoglie la sostanza dell'istituto. Si possono così individuare situazioni di proprietà formale e situazioni di proprietà sostanziale (...). La contrapposizione così netta fra una proprietà formale e una sostanziale elaborata dall'illustre Autore sfuma qualora anziché restare ancorati al paradigma proprietario noto agli ordinamenti di *civil law* si adotti una visione dematerializzata e scomponibile delle prerogative proprietarie. Sul punto per tutti MATTEI, *La proprietà* cit., 248 s il quale osserva come da tale prospettiva la domanda corretta che occorre porsi non è chi sia il vero proprietario, "quanto quali prerogative (diritti, doveri, poteri, facoltà soggezioni ecc.) abbiano i vari soggetti coinvolti nel rapporto sul *trust fund* (...)"

469 In tal senso cfr. M. GRAZIADEI, *L'art. 2645-ter del Codice Civile e il trust: prime osservazioni*, in E. QUINTORASSI - F. TASSINARI (a cura di), *I trust interni e le loro clausole*, Roma, 2007, 217 ss.; GAMBARO, *op. ult. cit.*, 336, secondo il quale "il vincolo di destinazione reso opponibile ai creditori del proprietario indica un modo di essere della proprietà la quale genera utilità destinate non già al suo titolare, ma ad un beneficiario"; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2007, 727; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010, 8 s., il quale osserva che "La destinazione quindi – intesa si ripete come effetto destinatorio, oppure come termine sintetico utile a rappresentare la fattispecie partendo dal suo dato effettuale – può definirsi, in via di prima approssimazione, come la funzionalizzazione di un diritto ad uno scopo determinato, che determina una scissione tra la titolarità del diritto e l'interesse sotteso al suo esercizio: tutto questo non attraverso l'imposizione al titolare di una semplice obbligazione fiduciaria, ma conformando dall'interno il diritto in relazione alla causa che regge l'operazione. Conseguenza ne è che la destinazione deve sempre essere opponibile ai terzi".

470 Cfr. in questo senso A. GAMBARO, *La proprietà*, in GAMBARO – MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, cit., 336 ss.; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 180 ss.; ID. *La destinazione tra atto e rimedi*, in G. VETTORI, (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, 219 s., la quale, peraltro, ritiene che la codificazione dell'atto di destinazione sia il frutto di una precisa scelta del legislatore che "rivela una tensione comune a vari paesi di *civil law* verso il rafforzamento della dimensione negoziale nell'effetto di limitazione della responsabilità patrimoniale. Anche in questa

Sotto questo profilo è stata anche suggerita l'opportunità di svolgere un'indagine sul rapporto "della nuova norma, ed in generale della destinazione patrimoniale, con i principi in materia di appartenenza dei beni"<sup>471</sup>. In tal senso, ad un modo di costruire la relazione tra persone e cose in termini di appartenenza come titolarità, è stata proposta un'alternativa che individua l'appartenenza come godimento, giacché "la varietà di impieghi utili dei beni nell'epoca contemporanea va ben al di là del novero dell'appartenenza formale"<sup>472</sup>.

In una prospettiva più ampia si deve rilevare come sia emersa l'inadeguatezza dell'impostazione unitaria imperniata sui poteri del proprietario ed immedesimata con la *res* corporale stessa, ad abbracciare nuove forme di appartenenza<sup>473</sup>, così che dalla formula della *new property* si è passati a quella delle *new properties*<sup>474</sup>. Con riferimento all'analisi sul *trust* si è anche visto come la nozione di proprietà familiare ai giuristi di *common law*, "che decompone la proprietà in un fascio di facoltà, poteri, soggezioni ed

---

occasione, come già nella recezione della Convenzione dell'Aja sul Diritto applicabile ai Trusts ed il loro Riconoscimento, il legislatore italiano - al di là di giudizi più o meno positivi - ha manifestato maggiore rapidità rispetto ai colleghi europei nel fornire uno strumento interno"; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notariato*, 2007, 1070; F. BENATTI, *Le forme della proprietà*, Milano, 2010, 172;

471 L'osservazione è di GENTILI, *La destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, cit., 49.

472 Come osserva GENTILI, *op. ult. cit.*, 50, "Modi diversi quanto all'organizzazione concreta dei rapporti sociali, ed alla progettazione del sistema degli scambi. E diversi quanto alla costruzione teorica sottostante, descrittiva nel primo caso, prescrittiva nel secondo. La destinazione tra *dominium eminens* e *dominium utile* è molto antica. Eppure ancora oggi la logica del primo, nonostante singole eccezioni, sovrasta la logica del secondo. A pensarci, è un po' assurdo. Assurdo per la pratica: la varietà di impieghi utili dei beni nell'epoca contemporanea va ben al di là del novero dell'appartenenza formale. (...) L'appartenenza a colui cui il bene giova risponde direttamente alla logica economica dei bisogni e delle utilità ed alla logica giuridica dei diritti come poteri che proteggono interessi. Invece il *dominium eminens* è una pura astrazione formale, che descrive un rapporto persona-cosa senza di per sé poterne esprimere la *ratio*".

473 Il riferimento è soprattutto ai c.d. nuovi beni immateriali definiti come "quei beni privi di espresso riconoscimento legislativo, o comunque non riconducibili al catalogo tradizionale dei diritti di privativa", v. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in G. Resta (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011, 4, in argomento v. anche U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. del dir.*, annali, V, Milano, 2012, 1123 ss.; Già Pugliatti, come è noto, aveva rilevato il diverso atteggiarsi della proprietà in relazione ai diversi settori nonché agli interessi pubblici o privati coinvolti e suggeriva, pertanto, di parlare di proprietà al plurale, poiché al tradizionale schema unitario si sostituivano una pluralità di schemi "più o meno autonomi l'uno rispetto all'altro. Cfr. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 308 s., il quale approda alla conclusione secondo cui "la parola proprietà non ha oggi, se ha mai avuto, un significato univoco. (...) In ogni caso l'uso di essa, con le cautele e i chiarimenti necessari, anche se si potrà ancora nel prossimo futuro, non può ormai mantenere l'illusione che all'unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto"; v. anche S. RODOTÀ, *Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi problemi dal dopoguerra ad oggi*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, 451; A. GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in BENEVENTI (a cura di), *I trust in Italia oggi*, cit., 59.

474 Cfr. G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISINTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 13 ss; GAMBARO, *La Proprietà*, cit., 299 e 351 ss.; ID, *Dalla new property alle new properties*, in V. SACALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, 678 ss.

immunità secondo la celebrata analisi hohfeldiana<sup>475</sup>, consenta di ragionare con schemi più ampi e permetta di separare le utilità di un bene quali porzioni frazionabili del suo godimento dal potere di gestione sullo stesso.

Sul punto è stato anche osservato come la nozione di proprietà unitaria e compatta - qualora raffrontata con le situazioni di appartenenza delle organizzazioni complesse quali le associazioni, fondazioni e le società - non appaia pienamente idonea a cogliere le molteplicità di regole operazionali tramite cui le utilità di un bene possono essere ripartite tra più soggetti. In queste ipotesi, dove le utilità economiche sono ripartite fra più persone, titolarità e gestione sono dissociate dal godimento:<sup>476</sup> il titolare dei beni è la società o l'associazione, ma il godimento o lo sfruttamento di essi è destinato ai soci o ad altri soggetti<sup>477</sup>.

Tale aspetto, tuttavia, è stato colto anche da altra parte della dottrina che si è mossa da una prospettiva differente. La nozione di destinazione allo scopo è stata frequentemente invocata dalla dottrina italiana che si è approcciata al *trust* per descriverne i rapporti che sorgono nel momento in cui esso è costituito<sup>478</sup>. In tal senso alcuni Autori hanno, infatti, osservato come l'essenza del *trust* dovrebbe essere individuato nella destinazione dei

---

475 U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, 2° ed, a cura di A. CHIANALE, Torino, 1995, 124; per l'inquadramento giuridico della proprietà come fascio di poteri accompagnati da limitazioni v. anche ID, *Una teoria economica della proprietà*, in R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, 1° ed., Bologna, 1999, 83 ss.

476 Peraltro non è un caso che una parte della dottrina abbia invocato tali forme giuridiche al fine di sostenerne la fungibilità con il patrimonio separato, cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 570 ss.; ID, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 41 ss. ove il raffronto fra fondazione e *trust* si dipana in una duplice prospettiva: l'equivalenza funzionale fra i due istituti e il raffronto degli stessi in termini competitivi; altra parte della dottrina, invece, riscontrata una notevole somiglianza fra le organizzazioni complesse e il *trust* sotto il profilo della riorganizzazione delle posizioni degli attori coinvolti e dei relativi creditori, ha invece efficacemente applicato a quest'ultimo la teoria dei *connected contracts*, cfr. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 1 ss.;

477 Cfr. MATTEI, *La proprietà*, cit., 251, il quale rileva come nella fondazione i beni che compongono il patrimonio "sono esplicitamente dedicati ad un interesse ulteriore e terzo, rispetto alla massimizzazione del beneficio di chi investe e di chi amministra"; in termini di equivalenza funzionale fra le due forme giuridiche cfr. ZOPPINI, *Fondazioni e trusts*, cit., 41 ss.; sulla proprietà della *corporation* v. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, cit., 1120 ss.; per ulteriori spunti cfr. GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, cit., spec. 65; SALAMONE, *op. ult. cit.*, 358 ss.; GALLARATI, *La pubblicità del diritto del trustee*, 44 s.

478 Il rilievo è di GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 218. Sui vincoli di destinazione in generale cfr. FUSARO, *Destinazione (vincoli di)*, cit., 322 s., il quale rileva come sia arduo individuare un'accezione specifica ed unitaria del fenomeno attesa la "disomogeneità dei significati che il termine assume così nel linguaggio normativo, come in quello giurisprudenziale e dottrinale"; M. COMPORI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, 859, il quale descrive il fenomeno come "il complesso degli obblighi imposti per garantire il raggiungimento di un fine predeterminato fra le tante possibili utilizzazioni della cosa: le facoltà di utilizzare ed usare la cosa, che sono le più varie, risultano invece ridotte e limitate dal particolare statuto prescelto"; v. anche BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., 559 s.; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 Ter c.c.*, Padova, 2010, 45 ss.

beni per la realizzazione di uno scopo<sup>479</sup>. In questo contesto si inserisce, dunque, una corrente di pensiero che ravvisa nel vincolo di destinazione la "risposta italiana al *trust*"<sup>480</sup>. Altra parte della dottrina ritiene che la norma possa costituisca un significativo apporto al negozio fiduciario<sup>481</sup>.

Queste osservazioni suggeriscono, pertanto, di focalizzare l'analisi relativa all'ordinamento italiano sul negozio fiduciario e sull'art. 2645-ter c.c.<sup>482</sup>.

## 2.1. Le problematiche di carattere «operativo» del negozio fiduciario

La difficoltà dei formanti nell'ordinamento italiano ad accogliere una proprietà gestita nell'interesse altrui si riflettono sull'individuazione dei rimedi di cui il fiduciante si possa avvalere nei confronti del fiduciario nonché con riferimento all'opponibilità del *pactum fiduciae* nei confronti dei terzi. Sul punto particolarmente proficua appare l'indagine che è stata svolta con riferimento all'esperienza francese.

In dottrina è stato, infatti, osservato che la resistenza ad accogliere la proprietà

---

479 In tal senso FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, cit., 25; M. D'ERRICO, *Trust e destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 227 ss; BIANCA, *op. ult. cit.*, 559 ss.; cfr. anche SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 397 s.

480 Cfr. M. BIANCA, voce *Destinazione (negozio di)*, in *Il diritto, Enc. giur. del Sole 24 ore*, Bergamo, 2007, V, 17; ID *Il nuovo art. 2645-ter c.c. notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste* in, *Giust. civ.*, 2006, I, 187, ove l'A. afferma che "(...) il legislatore, con il nuovo art. 2645-ter, non ha introdotto il *trust*, ma come risulta testualmente, ha inteso introdurre l'atto generale di destinazione"; D'ERRICO, *Trust e destinazione*, 228, secondo il quale "E così, se la destinazione di beni allo scopo è l'essenza del *trust*, il negozio di destinazione di beni allo scopo finisce con il divenire la lettura italiana del *trust*, se si eccettuano particolari strutture di *trust*, quali, ad esempio, il *trust* discrezionale o protettivo"; sebbene da una prospettiva in parte diversa anche GATT, *Dal trust al trust*, cit., 132 ss. secondo la quale lo schema del 2645-ter sarebbe riconducibile al *trust* di cui alla convenzione dell'Aja.

481 Per usare le parole di G. PALERMO, *I negozi di destinazione nel sistema di diritto positivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, I, 94 s.: "Ed è su questa base che può cogliersi lo sforzo di ricondurre le operazioni, tradizionalmente caratterizzate dalla *fiducia cum amico*, a una fattispecie, come quella contemplata dall'art. 2645 ter c.c., nella quale l'autoregolamento negoziale, quand'anche aperto all'attività dell'intermediario, risulta comunque idoneo a fondare l'acquisto del diritto in capo al soggetto destinatario dell'attribuzione, e ciò proprio attraverso l'attività dall'intermediario posta in essere; GATT, *op. ult. cit.*, 122, la quale riconduce la figura del *trust* del vincolo di destinazione e del negozio fiduciario ad unità. Secondo l'A. "già prima della novella legislativa [era] stato affermato chiaramente e - a nostro avviso - opportunamente che i temi del *trust* («interno» in particolare) e del *negozio atipico di destinazione* fossero contigui, se non sovrapponibili, tanto da meritare un'analisi congiunta da estendersi, altresì, al *negozio fiduciario*".

482 Si deve escludere che l'art. 2645-ter c.c. costituisca una mera attuazione della Convenzione e che, dunque, il legislatore abbia voluto inserire una disposizione volta a regolamentare la trascrizione dei *trusts* internazionali. Come si vedrà in questo capitolo (§ 3.1.) la norma contiene alcune regole di carattere sostanziale quali quelle in tema di durata del vincolo, dei soggetti beneficiari nonché di meritevolezza degli interessi perseguibili. Tuttavia, non appare possibile che il legislatore possa subordinare il riconoscimento dei *trusts* di cui alla Convenzione alla presenza di requisiti ulteriori e non previsti dalla stessa. Sul punto cfr. per tutti GALLARATI, *op. cit.*, 165 ss. Questa impostazione trova, peraltro, una conferma nelle proposte di legge antecedenti all'art. 2645-ter c.c., le quali erano volte ad introdurre un nuovo istituto di certo non identificabile con il *trust*.

fiduciaria nel nostro ordinamento sembra fondarsi sulle medesime ragioni che permangono - sebbene la questione sia stata sensibilmente ridimensionata<sup>483</sup> - in Francia<sup>484</sup>. Come si è visto, prima della riforma l'inammissibilità della *fiducie* con riguardo ai problemi di organizzazione della proprietà era nettamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza. Secondo questa impostazione la *fiducie* rappresenterebbe una minaccia in quanto eliminerebbe il proprietario dalle sue prerogative di gestione, dissociando il diritto dai poteri.

Il legislatore, tuttavia, ha superato tali rilievi critici. Come è stato osservato più volte nel corso dell'indagine, l'eventuale dissociazione delle utilità generate da un bene rispetto ai poteri di gestione su di esso non costituisce di per sé un intralcio ad una efficiente circolazione della ricchezza<sup>485</sup>. In quest'ambito assume senza dubbio un rilievo centrale la previsione di un efficace meccanismo che attribuisca importanza all'interesse che il fiduciante o il beneficiario hanno sul patrimonio gestito dal fiduciario. Anche in questo senso devono intendersi gli sforzi della dottrina, che da sempre si è impegnata ad elaborare una struttura del negozio fiduciario che fosse compatibile con il paradigma proprietario di cui all'art. 832 c.c.<sup>486</sup>.

La dottrina tradizionale è consolidata nel ritenere che il rapporto intercorrente fra fiduciante e fiduciario sia di carattere obbligatorio; sicché, in caso di abuso, la via percorribile dal fiduciante sarebbe quella di invocare la responsabilità contrattuale, non potendo tale soggetto vantare alcuna pretesa sui beni posti in fiducia<sup>487</sup>.

---

483 Il riferimento è alla *loi* del 7 febbraio 2007 che ha introdotto nel *code civil* la disciplina sulla *fiducie*.

484 MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 127 s., il quale osserva che "La ragione del rifiuto (o della riluttanza, meglio) può spiegarsi per il permanere dell'idea, non sempre chiaramente esplicitata, ma sicuramente alla base di questo atteggiamento della dottrina, che una proprietà fiduciaria non sarebbe ammissibile non tanto perché si darebbe spazio ad un atto 'astratto' per poter trasferire il diritto di proprietà al fiduciario, ma perché si violerebbe il principio del numero chiuso dei diritti reali, ammettendo una 'proprietà' formale al fiduciario, concorrente con una 'proprietà' sostanziale (o effettiva) del fiduciante"; con riferimento all'ordinamento francese coglie bene questo profilo SAGAERT, *op. cit.*, 36 s.; rileva il problema anche GENTILI, *op. ult. cit.*, 39.

485 Cfr. per tutti GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 79.

486 In tal senso cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 611 ss.; ID *La proprietà* cit., 245 ss; SATURNO, *op. ult. cit.*, 25 ss; GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 73, che osserva come la dottrina dello scorso secolo abbia preferito affrontare la tematica della dissociazione tra diritto e interesse muovendo dalla teoria del contratto piuttosto che dallo studio della proprietà; tuttavia si vedano i rilievi di SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale* cit., 332 ss.

In tal senso si veda anche GATT, *Dal trust al trust*, cit., 101, la quale rileva che "A ben vedere, questa distinzione tra le due nozioni di proprietà, 'fiduciaria' o 'in trust' (dizione quest'ultima che qui si impiega, semplicisticamente, come sinonimo di opponibile *erga omnes*), ha una sua ragion d'essere perché si pone in linea di continuità con una certa visione del fenomeno fiduciario affermatasi negli ordinamenti continentali, e in particolare in Italia, da un certo momento in poi, sia in ambito dottrinale sia in ambito giurisprudenziale"; F. GALGANO, *La fiducia romanistica*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, 189, già citato da GATT, *Dal trust al trust*, cit., 101, nota 213.

487 Come osserva GAMBARO, *La proprietà* cit. 245, la "classica ricostruzione conserva da un lato la nozione di proprietà una e compatta, dall'altro sfrutta l'opposizione tra diritti reali e diritti obbligatori".

Tuttavia, la linearità dell'impostazione che ricostruisce il negozio fiduciario in termini puramente obbligatori risulta in parte incrinata dalle spinte operate dalla dottrina più recente e dalla giurisprudenza volte ad assicurare al fiduciante una tutela di tipo reale (o meglio «quasi reale») in caso di insolvenza o abuso del fiduciario. Questo fenomeno sembra riconducibile al più ampio *trend* che vede come protagonista la c.d. obbligazione di dare cui è riconosciuta in certi casi tutela reale, con il conseguente assottigliamento della distinzione fra *jus ad rem* e *jus in re*<sup>488</sup>.

La dottrina dominante, sul presupposto per cui il fiduciario è gravato da un obbligo di ritrasferire i beni, ritiene che il fiduciante possa ottenere l'esecuzione in forma specifica di tale obbligo *ex art. 2932 c.c.*<sup>489</sup>.

Nella medesima prospettiva, al fiduciante creditore di un'obbligazione di dare è riconosciuta la possibilità di ottenere il sequestro giudiziario dei beni posti in fiducia *ex art. 670 c.p.c.*<sup>490</sup> La giurisprudenza è, infatti, saldamente attestata nel concedere tale provvedimento cautelare, tipicamente concepito per i titolari di un diritto reale, al titolare di un *jus ad rem*<sup>491</sup>.

---

488 Cfr. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, cit., 99 s.; per una dettagliata indagine sulla c.d. obbligazione di dare condotta in termini di smembramento delle prerogative proprietarie CHIANALE, *op. ult. cit.*, 3 ss, spec. 349 ss; in argomento si veda anche P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, Radici storiche e realtà applicativa, Torino, 1999, 38 ss.

489 In tal senso MORELLO, *Fiducia e Trust* cit., 245; ROPPO, *op. ult. cit.*, 642; LIPARI, *op. ult. cit.*, 410 ss., spec. pag. 418, secondo il quale, tuttavia, il richiamo all'art. 2932 c.c. sarebbe superfluo nei casi in cui il bene originariamente trasferito dal fiduciante al fiduciario debba essere ritrasferito all'originario proprietario. In tali ipotesi secondo l'A. "l'operatività di uno strumento risolutorio dell'effetto dell'attribuzione è sufficiente a realizzare l'interesse del creditore senza necessità di ricorrere, con evidente artificio, ad un mezzo sostitutivo, in via coattiva, della manifestazione di volontà dell'obbligo"; GAMBARO, *op. ult. cit.*, 611; ID., *La proprietà* cit., 245; CHIANALE, *op. ult. cit.*, 43; E. CORSO, *Trust e diritto italiano: Un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, 516 ss; VECCHI, *op. ult. cit.*, 51; SATURNO, *op. ult. cit.*, 28;

Con riferimento all'ipotesi dell'interposto di un comitato non riconosciuto che acquisti per conto di quest'ultimo un immobile, GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto*, cit., 151 s., osserva come l'emissione a favore dell'ente di una sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* non confermerebbe l'ipotesi che anteriormente alla sentenza l'intermediario sia titolare di tutte le prerogative proprietarie. L'A. osserva che tale sentenza, la quale ha natura costitutiva e "produce effetti *ex nunc*, nella maggior parte dei casi rileva nei confronti dei creditori e dei subacquirenti in modo identico a una sentenza dichiarativa. E per quanto attiene alla reciproca posizione delle parti, è agevole comprendere che, in quanto non interferiscono con i terzi, le loro pattuizioni possono regolare variamente il rapporto. Per questa ragione può trovar credito la tesi favorevole a una sentenza costitutiva, che operi fra le parti in conformità al contenuto del loro accordo, e cioè - se è il caso - retroattivamente".

L'A. sul punto, alla nota 108, cita quanto autorevolmente osservato da GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 83 s. secondo il quale la retroattività dell'atto di ritrasferimento, o della sentenza che ad esso si sostituisce, "non rappresenta altro che un modo di regolare, secondo certi criteri piuttosto che altri, le conseguenze degli accadimenti verificatisi secondo pendenza; e finché tale regolamento incida solo sugli interessi delle parti che lo hanno voluto, esse debbono considerarsi libere di prescegliarlo". In giurisprudenza *ex multis* Cass., 14 ottobre 1995, n. 10768, in *Società*, 2006, 1996, 407.

490 Cfr. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 611 s.; ID., *La proprietà* cit., 247 s; SATURNO, *op. cit.*, 28.

491 Sul punto per tutti VECCHI, *op. ult. cit.*, 108, il quale rileva che "in diritto italiano (...) la controversia sull'esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare un contratto traslativo della proprietà viene considerata rientrare tra quelle aventi ad oggetto la proprietà o il possesso del bene, per le quali è possibile ottenere il

Sempre in considerazione del fatto che la costruzione che si fonda sul rapporto obbligatorio conduce a risultati inappaganti in caso di insolvenza o di abuso da parte del fiduciario, si è riscontrata una ulteriore tendenza tesa a rafforzare la posizione del fiduciante. Essa si è sviluppata in una duplice direzione. Sotto un primo versante, il legislatore con normative di settore ha introdotto nuove forme di gestione di valori mobiliari che prevedono particolari tutele per gli investitori in caso di insolvenza del gestore. Tutti i modelli di gestione disciplinati dalle leggi speciali hanno, peraltro, ad oggetto beni di investimento, ossia beni che sono "acquistati (e alienati) al solo fine di valorizzarne un certo capitale"<sup>492</sup>.

Sotto un secondo versante, si riscontra la tendenza, sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza, ad estendere alla proprietà fiduciaria le regole sul mandato senza rappresentanza. Il comune approdo sembra essere quello secondo cui al negozio fiduciario si potrebbero applicare le medesime regole previste per il mandato senza rappresentanza in quanto entrambe le figure negoziali, come visto, danno luogo ad una proprietà dove titolarità ed interesse sono disallineati<sup>493</sup>.

Con riferimento ai beni mobili, una parte della dottrina, sul presupposto secondo cui fra le parti sarebbe liberamente possibile regolare l'effetto reale mediante il gioco delle condizioni, ritiene applicabile il primo comma dell'art. 1706 c.c., sicché il fiduciante potrebbe esperire l'azione di rivendica<sup>494</sup>.

---

sequestro giudiziario del bene stesso (...)"

492 GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 76.

493 In giurisprudenza v. Trib. Cagliari, ordinanza del 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 661 ss. con nota di C. CICERO, (sentenza già citata da G. DI ROSA, *Il Mandato*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busenelli, Milano, 2012, 116 nota 12) ove si legge che "deve essere richiamata e sicuramente condivisa l'osservazione secondo cui, ove in termini pratici il patto, oltre che per la dissociazione tra titolarità ed interesse, si caratterizza soprattutto per l'obbligo di compimento di attività giuridica per conto del fiduciante, il rapporto deve essere ricondotto alla fattispecie tipica del mandato senza rappresentanza".

In tal senso anche Trib. Como, sentenza del 2 marzo 2005 in *Società*, 2006, 741, con nota di S. RIZZINI BISINELLI, (sentenza già citata da DI ROSA, *Il Mandato* cit., 117, nota 13) ove il Tribunale nell'accogliere la domanda proposta dalla curatela di restituzione delle somme erogate dalla società fallita alla società fiduciaria, la quale a sua volta aveva ritrasferito tali somme al fiduciante, nel ricondurre l'intestazione fiduciaria di quote azionarie allo schema del mandato senza rappresentanza, ha ritenuto che l'unico legittimato passivo fosse la società fiduciaria e non anche il fiduciante.

494 GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 613, il quale per un verso, ammette che nel rapporto fiduciario i beni acquistati dal fiduciario non si ritrasferiscono immediatamente al fiduciante in quanto devono essere gestiti dal primo, ma per un altro, osserva che "nel caso di beni mobili non registrati (...) il principio consensualistico e quello della libertà di forme negoziali operano con i soli limiti della tutela dei terzi che abbiano acquistato in buona fede dal titolare apparente, oppure a non domino, e dei creditori che abbiano compiuto atti di esecuzione sui beni apparentemente ricompresi nella sfera di titolarità del loro debitore. Le regole di cui all'art. 1706, comma 2°, c.c. fanno espressamente, anche se forse superflamente, salvi questi interessi, e tanto basta". Con riferimento alla possibilità da parte dei contraenti di prevedere deroghe al principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c. cfr. anche DI ROSA, *op. ult. cit.*, 119, il quale alla nota 18, proprio con riferimento alla posizione di Gambaro, osserva come la derogabilità del principio consensualistico sembrerebbe confermato dall'art. 1465, quarto comma, c.c.

L'aspetto più interessante è, tuttavia, quello relativo ai rapporti fra il fiduciario e i suoi creditori personali.

Sul punto, si ritiene estensibile al negozio fiduciario l'art. 1707 c.c.<sup>495</sup>. In questo modo i creditori del fiduciario non potrebbero far valere le loro ragioni sui beni che sono stati trasferiti in fiducia a tale soggetto o sui beni acquistati in esecuzione delle indicazioni impartite dal fiduciante, purché, trattandosi di beni mobili o di crediti, il vincolo fiduciario risulti da atto scritto avente data anteriore al pignoramento.

Inoltre in caso di fallimento del fiduciario, qualora si applicasse lo schema della fiducia romanistica, poiché il bene sarebbe a tutti gli effetti di proprietà del fiduciario, l'unico rimedio del fiduciante sarebbe quello di insinuarsi al passivo, facendo valere il suo credito in via chirografaria.

In forza dell'art. 45 l.f.<sup>496</sup> - nonché sul presupposto per cui il rinvio operato dall'art. 79 l.f., successivamente confluito nell'attuale art. 103 l.f., all'art. 1706 c.c. debba, in realtà, intendersi riferito all'art. 1707 c.c. - si ritiene che il *pactum fiduciae* sia opponibile anche ai creditori del fiduciario in caso di fallimento, qualora naturalmente ricorrano le condizioni previste dalla richiamata disposizione sul mandato senza rappresentanza<sup>497</sup>.

Tali soluzioni, tuttavia, presentano alcune criticità: quella di cui all'art. 1707 c.c. è, infatti, una disciplina che mal si attaglia alla gestione fiduciaria che abbia ad oggetto beni immobili e beni mobili registrati<sup>498</sup>. In tali ipotesi, l'opponibilità di cui all'art. 1707

---

poiché si ammette che l'apposizione di una condizione sospensiva è idonea ad incidere sulla ripartizione del rischio contrattuale. L'A., tuttavia, osserva anche che la derogabilità del principio di cui all'art. 1376 c.c. "non sempre appare in linea con gli interessi che l'ordinamento ritiene di tutelare rispetto allo stesso (logico) operare dei meccanismi attributivi". Sembra deporre in questo senso l'art. 1465, comma 2 c.c. che considera irrilevante l'apposizione di un termine ai fini della ripartizione del rischio derivante dall'impossibilità sopravvenuta. Sul punto l'A. rinvia a C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ. it.*, fondato da Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, 88 ss. Tuttavia si veda anche VECCHI, *op. ult. cit.*, 30 nota 92 e 106 s., secondo il quale con riferimento ai principali ordinamenti giuridici "(...) la disciplina del rischio, vale a dire la sorte della controprestazione nel caso di perimento fortuito della cosa alienata, non appare connessa al regime di circolazione del diritto".

495 MORELLO, *Fiducia e trust*, cit., 252; GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, cit., 2 ss.; ROPPO, *op. ult. cit.*, 643; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, 2° ed., Milano, 2000, 675; CORSO, *Trust e diritto italiano*, cit., 513 s.; sul punto ampiamente SALAMONE, *op. ult. cit.*, 335 ss.

496 L'art. 45 l.f. stabilisce che "le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori". Tale disposizione assieme all'art. 1707 c.c. è interpretata nel senso che i creditori del fallimento non possano aggredire i beni mobili acquistati dal mandatario - fiduciario qualora l'atto negoziale abbia data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento. Lo stesso vale con riferimento alla trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale per i beni immobili.

497 Sul punto JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., spec. 340 s.; GALLARATI, *Il Trust come organizzazione complessa*, cit., 215.

498 Per tutti GALLARATI, *op. ult. cit.*, 214 ss. Come rileva l'A.: "né il mandato senza rappresentanza né la fiducia, romanistica o germanistica, permettono agli attori del mercato di ottenere un assetto dei loro interessi tale per cui, contemporaneamente, i creditori dell'*agent* - mandatario o fiduciario - abbiano accesso soltanto ai beni personali di quest'ultimo e ai creditori del *principal* - sia esso mandante, fiduciante o comunque beneficiario - siano preclusi i beni oggetto di amministrazione nell'interesse



c.c. postula l'avvenuta trascrizione dell'atto di trasferimento dei beni dal mandatario al mandante o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo, purché, ovviamente, anteriori alla trascrizione del pignoramento.

Pertanto, se la regola può certamente trovare operatività nel mandato, il quale prevede sostanzialmente l'immediato trasferimento da parte del mandatario di quanto acquistato nell'esercizio del mandato, lo stesso non si può dire per quanto riguarda il negozio fiduciario, dove il ritrasferimento al fiduciante dei beni posti in fiducia, di regola, avviene solo all'esito dell'attività fiduciaria<sup>499</sup>. Affinché il fiduciario possa gestire il *fund* nel modo migliore o per perseguire una determinata finalità è, infatti, necessario che egli sia il proprietario dei beni fino alla fine dell'attività<sup>500</sup>. Pertanto, come è stato osservato, subordinare l'opponibilità del *pactum fiduciae* nei confronti dei creditori personali del fiduciario all'avvenuta trascrizione della domanda giudiziale di ritrasferimento dei beni immobili o i beni mobili registrati equivale a rendere "sul piano pratico, la tutela del fiduciante quasi completamente illusoria"<sup>501</sup>.

Inoltre, l'applicazione delle norme sul mandato senza rappresentanza comporta l'impossibilità di opporre il vincolo fiduciario ai creditori del fiduciante, in quanto ai creditori del mandante è riconosciuta la possibilità di agire in via surrogatoria nei confronti del mandatario<sup>502</sup>.

Inoltre, le regole del mandato senza rappresentanza non garantiscono la sopravvivenza del rapporto instaurato alla morte del mandante<sup>503</sup>. Nei casi in cui si ricorra al negozio fiduciario quale soluzione alternativa al *trust* e si nomini, quindi, un beneficiario è necessario che l'obbligo del fiduciario di gestire il *fund* nell'interesse altrui divenga autonomo rispetto al rapporto con il fiduciante. In queste ipotesi, quindi, il ricorso alla

---

altrui".

499 Sulla base di considerazioni in parte simili a quelle ora svolte, CARPINO, *op. ult. cit.*, 24, ritiene che la regola di cui all'art. 1707 c.c. non troverebbe applicazione neanche con riferimento ai beni mobili. Secondo l'A. "l'equivoco in cui incorre la tesi qui rifiutata è nel considerare la proprietà del mandatario e quella del fiduciante su un piano identico, nel senso che l'acquisto immediato o successivo della proprietà non avrebbe alcun valore discrezionale. In realtà la differenza non è meramente cronologica, ma incide sulla diversa struttura dei due atti (...)".

500 In tal senso cfr. GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 40 s.; SITKOFF, *op. cit.*, 621;

501 JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., 385.

502 Sul punto cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, 675, il quale rileva che "(...) deve ammettersi che i creditori del fiduciante possano fare valere le loro ragioni sul bene fiduciariamente trasferito. Questa possibilità deve ammettersi quanto meno in termini di esperimento dell'azione surrogatoria (2900 cc.)"; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 215 s. A ben vedere, il mandato senza rappresentanza regolato dal codice civile non soddisfa pienamente quelle esigenze le quali implicano che l'attività demandata al gestore debba essere svolta in modo indipendente. Sul punto cfr. per tutti GAMBARO, *op. ult. cit.*, 646; M. GRAZIADEI, *Mandato. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1997, 169

503 Cfr., A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in AA. VV., *La Trasmissione familiare della ricchezza familiare*, Padova, 1995, 46 ss; GRAZIADEI, *Mandato. Sintesi di informazione*, cit., 169.

disciplina del mandato senza rappresentanza risulta inattuabile perché questa è incentrata sul rapporto fra *principal* e *agent* ed implica che le decisioni del primo influiscano sull'attività del secondo<sup>504</sup>.

## 2.2. Gestioni fiduciarie, società di intermediazione mobiliare.

L'attribuzione alle società fiduciarie di valori mobiliari per fini di gestione riceve una regolamentazione di settore<sup>505</sup>. Il nucleo centrale di tale disciplina è costituito dalla l. 23 novembre 1939, n. 1966 la quale all'art. 1 definisce le società fiduciarie come quelle che, “comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa, di assicurare l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni”. Nel corso degli anni si sono susseguiti una serie di interventi del legislatore che in maniera disorganica e frammentata hanno aggiunto altri tasselli alla regolamentazione<sup>506</sup>.

---

504 Cfr. GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 40 s.; GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 77; GAMBARO, *Il «Trust» in Italia e Francia*, cit., 517. Peraltro, DI ROSA, *op. ult. cit.*, 119, rileva che i due modelli sono lungi dall'essere perfettamente sovrapponibili poiché "oggettivamente differenti e dunque, non assimilabili, pur rimanendo incontestabile che si tratta di strumenti deputati a realizzare interessi (variamente e diversamente articolati) nell'ambito dell'agire per conto d'altri". Le due figure contrattuali, effettivamente, presentano delle differenze sia sul piano del contenuto sia sul piano degli effetti: se il mandato ha ad oggetto il compimento di atti il negozio fiduciario ha, invece, ad oggetto l'intestazione di un diritto reale. In tal senso cfr. CARPINO, *op. ult. cit.*, 24. Tuttavia GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 612, osserva come tale distinzione sfumi qualora si consideri che il compimento di atti per conto altrui è spesso destinato a scivolare sul terreno del regime di appartenenza dei beni e che, di converso, l'intestazione di beni per conto altrui implica anche il compimento di atti. Sul punto cfr. anche GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria*, cit., 3; ID, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, cit., 164 s. secondo il quale "La contiguità tra fiducia a scopo di gestione e mandato potrebbe indurre ad una analisi più articolata della titolarità fiduciaria, la quale tenga in debito conto il nesso tra le due figure, provvedendo ad inventariare in dettaglio le varie situazioni soggettive giuridicamente rilevanti. Se si percorresse fino in fondo questa via si giungerebbe a stabilire con maggior chiarezza che il mandato – o un'altra fonte del potere di agire per conto altrui – e titolarità fiduciaria sono due diverse facce di del medesimo fenomeno giuridico, considerato rispettivamente nel suo aspetto dinamico (il compimento di atti) e statico (la titolarità per conto altrui)"; DI ROSA, *op. ult. cit.*, 117 ss., il quale, sebbene approdi a conclusioni in parte differenti rispetto a quelle prospettate da Gambaro e Graziadei, non prescinde dal considerare quest'aspetto.

505 Parte della dottrina a tal proposito parla di «fiducia legale». Cfr. per tutti A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1979, 19 ss.

506 Si segnala in particolare: l'art. 1 del R.D. 29 marzo 1942, n. 239; l'art. 9 della l. 29 dicembre 1962, n. 1745; l'art. 32, e 74 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600; l'art. 4-bis e l'art. 5 della l. 7 giugno 1974, n. 216, così come modificata dalla l. 4 giugno 1985, n. 281; il D.L. 5 giugno 1986, n. 223; la l. 2 gennaio 1991, n. 1 la quale ha introdotto le sim la cui disciplina è da ultimo confluita nel D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF). Come rileva L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, 65, "Emerge chiaramente come il dettato legislativo sia troppo sintetico e impreciso. Il legislatore, infatti, assorbito interamente in un'ottica di controllo e delimitazione degli ambiti operativi delle società fiduciarie ha tralasciato di considerare l'aspetto genetico del rapporto e di chiarire il momento fondamentale della intestazione fiduciaria dei beni dal fiduciante alla società fiduciaria (...)"; ID, *Trust e fiducia*, in *Contratto e impresa*, 1995, III, 987 ss.; cfr. anche M. NUZZO, voce *Società fiduciaria*, in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, 1095; SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, cit., 42 ss.; L. DE ANGELIS - P. GAGGERO, *Società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2, 2003, 940 ss.;

L'attività delle società fiduciarie è stata incisa in modo rilevante dai provvedimenti normativi volti a disciplinare i mercati finanziari e le attività di intermediazione sui valori mobiliari<sup>507</sup>. In tale settore si è, infatti, diffusa la prassi da parte degli investitori di affidarsi, in ragione delle specifiche competenze in materia, ad operatori qualificati affinché questi ultimi compiendo investimenti e disinvestimenti sul patrimonio affidatogli ne incrementino la produttività o il valore<sup>508</sup>.

Questo tipo di attività che tipicamente verte sui c.d. strumenti finanziari, tra cui segnatamente le azioni e le quote di società, non è tuttavia riservata alle società fiduciarie alle quali, nel corso del tempo, si sono affiancate le SIM e le banche abilitate a compiere operazioni in nome proprio e per conto dei clienti<sup>509</sup>. Allo stato attuale, pertanto, assume senz'altro rilevanza la distinzione fra la gestione su base individuale di portafogli per conto altrui, nella quale sussiste l'obbligo da parte delle società di mantenere distinte le posizioni patrimoniali riferibili a ciascun cliente, dalla gestione per conto altrui in forma collettiva (detta anche «in monte») ove i beni dei singoli risparmiatori confluiscono in un unico patrimonio, se pure separato da quello dell'ente

---

507 Peralto, a seguito dell'introduzione della l. 2 gennaio 1991, n. 1, la quale ha riservato l'attività di consulenza in materia di valori mobiliari alle SIM ed alle banche autorizzate, nonché dell'introduzione del d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 88, il quale ha riservato l'incarico di revisori contabili ad alcuni soggetti in possesso di determinati requisiti, l'attività delle società fiduciarie risulta limitata alla gestione di beni o patrimoni per conto di terzi. Per una panoramica sull'evoluzione cui si è assistiti a partire dagli anni ottanta in questo settore cfr. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 256 ss.; SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, cit., 39 ss.

508 Come rileva G. FAUCEGLIA, voce *Gestione fiduciaria*, in *Enc. del dir.*, Aggiornamento, VI, 2002, Milano, 381, "Nell'ambito delle attività svolte dalle società finanziarie è venuto progressivamente ampliandosi il potere di modificare la composizione e le caratteristiche del patrimonio mobiliare dei fiducianti, sostituendo titoli ad altri titoli ovvero aumentandone o diminuendone, mediante operazioni di acquisti e di vendite, la qualità ed il valore. Quest'ultimo genere di attività si è diffuso nella prassi sulla base di un contratto atipico, che ha preso il nome di «contratto di gestione di patrimoni mobiliari», altrimenti denominato «di amministrazione dinamica» (...)" . Parte della dottrina distingue inoltre l'attività di gestione dall'attività di amministrazione (detta anche intestazione fiduciaria statica) ove i titoli rimangono in proprietà del fiduciante ed alla società fiduciaria è attribuita la legittimazione ad esercitare le prerogative che al titolo sono inerenti con l'obbligo da parte di quest'ultima di restituire al termine dell'incarico i medesimi titoli ricevuti. In tal senso cfr. per tutti NUZZO, *Società fiduciaria*, cit., 1103; ma sul punto si vedano anche i rilievi di DE ANGELIS - GAGGERO, *Società fiduciarie*, cit., 953 s., i quali osservano che, ai fini della distinzione, non sarebbe decisivo quanto pattuito dalle parti nel regolamento contrattuale ma, piuttosto, la natura stessa dei beni affidati. In seguito all'introduzione della l. 2 gennaio 1991, n. 1 e successive modifiche, le società fiduciarie non iscritte nella sezione speciale dell'albo degli intermediari finanziari alle quali è ancora applicabile la l. 23 novembre 1939, n. 1966 potrebbero esercitare esclusivamente l'attività di amministrazione dei titoli. Sul punto cfr. G. MERUZZI, *L'intestazione fiduciaria di portafogli di investimento dopo il decreto Eurosim: prime riflessioni*, in *Contratto e impresa*, 1997, 290 s.

509 La società di intermediazione mobiliare introdotta la prima volta con la l. 2 gennaio 1991, n. 1 sono definite dall'art. 1 comma 1 lett. e TUF come "l'impresa, diversa dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario, autorizzata a svolgere servizi di investimento, avente sede legale e direzione generale in Italia". L'art. 17, secondo comma, del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (c.d. decreto Eurosim) stabilisce che "Nello svolgimento dei servizi, le imprese di investimento e le banche possono, previo consenso scritto, agire in nome proprio e per conto del cliente".

che lo amministra<sup>510</sup>. Quest'ultima attività è riservata alle SGR alle quali è affidata interamente la gestione del fondo comune, senza possibilità per i risparmiatori di disporre direttive in relazione ai possibili investimenti da compiere<sup>511</sup>.

La gestione su base individuale di portafogli per conto altrui, ove il *manager* si deve attenere alle eventuali istruzioni impartite dal risparmiatore con riferimento agli investimenti da compiere - che, come si è detto, costituisce la moderna evoluzione dell'attività di gestione fiduciaria - è invece riservata alle SIM ed alle società fiduciarie iscritte in una sezione speciale dell'albo degli intermediari finanziari le quali, peraltro, sono tenute ad aggiungere alla propria denominazione l'espressione «società d'intermediazione».

Come è stato osservato, le società fiduciarie iscritte nel predetto albo “ormai ben poco si distinguono dalle società d'intermediazione” sia in considerazione della circostanza per cui di fatto svolgono la medesima attività, sia in quanto ad esse è applicabile il medesimo regime giuridico delle SIM disciplinato dal TUF<sup>512</sup>.

Parte della dottrina ritiene che, nonostante le innovazioni introdotte con il decreto Eurosim<sup>513</sup> ed il TUF, l'attività delle società fiduciarie debba comunque essere distinta da quella degli altri intermediari finanziari, giacché soltanto alle prime sarebbe consentito operare mediante l'intestazione fiduciaria<sup>514</sup>. In tal senso alcuni Autori pongono forte l'accento sul disposto del quarto comma dell'art. 60 del decreto Eurosim,

---

510 Sul punto cfr. R. RORDORF, *Società di intermediazione mobiliare*, in *Enc. del dir.*, aggiornamento, V, 2001, 1049 s.; G. VISENTINI, *I valori mobiliari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 16, II, Torino, 1985, 670; NUZZO, *op. ult. cit.*, 1104 s.; SANTORO, *op. ult. cit.*, 74 ss.; BIANCA *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 29 ss.; SATURNO, *op. cit.*, 48 ss.; C. PETRONZIO, *I patrimoni distinti nel diritto del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, *I contratti del mercato finanziario*, 2° ed., Milano, 2011, 403 ss.; in argomento cfr. anche SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 23 ss.

511 Peraltro, come osserva SANTORO, *op. ult. cit.*, 77, tale interferenza risulta il più delle volte nociva, giacché il risparmiatore il più delle volte non dispone delle conoscenze tecniche per valutare la convenienza di un investimento. Del resto come rileva NUZZO, *op. ult. cit.*, 1095, “la specializzazione professionale della società fiduciaria è al servizio dei risparmiatori che ad essa si affidano per una gestione competente degli investimenti”.

512 RORDORF, *Società di intermediazione mobiliare*, cit., 1049; in tal senso cfr. anche SALAMONE, *op. ult. cit.*, 322 ss., spec. 344.

513 D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 il quale, come è noto, ha recepito la direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari nonché la direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi.

514 In tal senso F. DI MAIO, *Il Problema del “mandato fiduciario”*, in *Contratto e impresa*, 2014, I, 148 ss.; cfr. anche ID. *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2012, I, spec. 23, il quale al riguardo cita P. FERRO LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 53 secondo il quale “è invero chiarissimo che il fiduciario, quando agisce in tale qualità verso i terzi, agisce appunto in nome proprio, ma per conto del fiduciante; tale caratteristica dell'agire è però una conseguenza dell'intestazione fiduciaria, ma non è tipica di questa, né caratterizzante, né tantomeno esclusiva, e basta pensare al mandato senza rappresentanza e alla commissione, ecc., fenomeni tutti che la fiducia tecnicamente intesa nulla hanno a che fare (...)”; G. FERRARINI, *Novità e problemi del decreto Eurosim*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, 886 ss.; DE ANGELIS - GAGGERO, *op. cit.*, 979 ss.

in base al quale le società fiduciarie iscritte nella sezione speciale dell'albo degli intermediari finanziari "(...) continuano a prestare il servizio di gestione di portafogli d'investimento, anche mediante intestazione fiduciaria (...)”<sup>515</sup>.

L'intestazione fiduciaria costituirebbe una fattispecie autonoma, rispetto a quella degli altri intermediari, giacché darebbe luogo ad una amministrazione la quale consentirebbe “che il bene amministrato appaia ‘personalizzato’ senza le generalità del fiduciante e senza appartenere alla società fiduciaria”<sup>516</sup>. Da questa impostazione ne discenderebbe che alla società fiduciaria, sarebbe attribuita la legittimazione a compiere le operazioni di gestione i cui effetti ricadrebbero direttamente sui fiducianti, i quali resterebbero proprietari dei titoli oggetto dell'incarico ed ai quali sarebbe riconducibile direttamente ogni rapporto obbligatorio<sup>517</sup>.

Altra parte della dottrina, nel valorizzare i profili gestori dell'attività posta in essere dalle società fiduciarie abilitate a prestare i servizi di intermediazione mobiliare e dalle SIM, ricostruisce in maniera unitaria il rapporto intercorrente fra tali soggetti ed il risparmiatore attingendo alle regole sul mandato senza rappresentanza<sup>518</sup>. In tal senso è

---

515 Cfr. per tutti DI MAIO, *Il Problema del “mandato fiduciario”*, cit., 148 s.

516 DI MAIO, *op. ult. cit.*, 149.

517 DI MAIO, *op. ult. cit.*, 150 ss.; ID. *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, cit., 27 ss.; secondo FERRARINI, *Novità e problemi del decreto Eurosim*, cit., 886 s.; la differenza starebbe, invece, nella circostanza per cui “la Sim opera sì in nome proprio, ma gli strumenti finanziari acquisiti sono immediatamente ed automaticamente ritrasferiti al cliente al quale dovranno anche essere intestati, se si tratti di titoli nominativi (...)” mentre “(...) la fiduciaria potrà mantenere l'intestazione dei titoli, anche se la titolarità degli stessi spetti al cliente (che li abbia conferiti in gestione o per conto del quale siano stati acquistati)”.

518 Cfr. FAUCEGLIA, *Gestione fiduciaria*, cit., 381, il quale con riferimento all'attività di gestione posta in essere dalle società fiduciarie e dalle SIM osserva che “quest'ultimo genere di attività si è diffuso nella prassi sulla base di un contratto atipico, che ha preso il nome di «contratto di gestione di patrimoni mobiliari» (...); G. VISENTINI, *Aspetti giuridici del rapporto fiduciario*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1985, 85 ss.; MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 258, il quale osserva che “(...) la qualificazione giuridica di questi rapporti dimostra una chiarissima tendenza ad inquadrare i contratti di gestione nella disciplina del mandato (e non in quella della fiducia), pur con riferimento alle norme sul deposito (o del deposito irregolare) in talune modalità di attuazione”; cfr. anche ID, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla “riservatezza” alla “trasparenza”*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 83; ma si vedano anche i rilievi di SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., 998 ss.; SATURNO, *op. cit.*, 61, il quale con riferimento alle SIM “(...) qualunque inquadramento dei contratti esaminati sia da accogliere dal punto di vista del negozio (mandato, oppure fattispecie innominata legislativamente tipica), appare comunque, dal diverso punto di vista dell'assetto proprietario, che la posizione dell'intermediario mobiliare sicuramente non è quella di una proprietà «ordinaria»: si tratta, invece, di una proprietà con profili particolari, quantomeno perché detenuta per conto altrui”. Sulla nozione di contratto di «gestione di portafogli» cfr. anche M. COSSU, *Contratto di gestione di portafogli, Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I contratti del mercato finanziario*, cit., 769 ss., secondo la quale esso sarebbe ormai un contratto nominato e tipico, in quanto disciplinato dal TUF nelle sue linee essenziali. In ogni caso, si deve rilevare che la disciplina sulle società fiduciarie ed il TUF non chiarisce se la legittimazione a far valere i diritti inerenti agli strumenti finanziari spetti al fiduciario o alla società intestataria. La giurisprudenza, al fine di ricostruire i rapporti fra fiduciaria e risparmiatore e tra risparmiatori e terzi, fa ampio ricorso alle regole sul mandato senza rappresentanza. Al riguardo v. Cass., 14 ottobre 1995, n. 10768, in *Le società*, 1996, 406, con nota di A. MONTESANO; Cass., 23 giugno 1998, n. 6246, in *Le società*, 1999, 76, con nota di R. AMBROSINI; Cass., 27 novembre 1999, n. 13261, in *Giur. it.*, 2000, I, 1430; Corte App. Milano, 28 marzo 1997, in

stato osservato che “la distinzione tra agire in nome proprio e gestione mediante intestazione fiduciaria non si presenta sempre così nitida, posto che anche alla seconda risulteranno applicabili le regole generali in tema di gestione di portafogli di investimento e, sul piano specifico, non può essere dimenticato che connotati fiduciari sono presenti anche in quell’agire in nome proprio, che presuppone il rilascio di un mandato senza rappresentanza (...)”<sup>519</sup>.

In ogni caso, deve essere messo in luce che, sebbene la disciplina di riferimento non qualifichi espressamente il rapporto che intercorre fra le società fiduciarie (o gli altri intermediari finanziari) ed i risparmiatori né risolve la questione relativa all’imputazione della proprietà dei titoli oggetto dell’incarico di gestione, essa, all’art. 22 TUF, prevede espressamente che le somme di denaro nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti “costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell’intermediario e da quello degli altri clienti”<sup>520</sup>.

Una delle questioni che da sempre ha interessato il fenomeno dell’intestazione di beni alle società fiduciarie attiene alla necessità di attribuire ai fiducianti (o investitori) la possibilità di opporre il rapporto fiduciario ai creditori della fiduciaria, consentendogli di esperire un’azione di restituzione dei beni in sede concorsuale. Già prima dell’entrata in vigore della l. 2 gennaio 1991, n. 1, tale possibilità era stata affermata da un orientamento giurisprudenziale, più incline - in questo settore - ad individuare i fiducianti quali proprietari «sostanziali» di azioni o quote affidate alla società di

---

*Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 409. Sulla base di tale presupposto, i giudici di merito in talune occasioni hanno ritenuto che unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del terzo contraente per esercitare le azioni derivanti dal contratto stipulato per conto del cliente fosse esclusivamente la società fiduciaria. In tal senso v. Trib. Milano, 13 febbraio 2008 in *Giustizia a Milano*, 2008, 13; da ultimo Trib. Cuneo, 27 settembre 2011, in *TAF*, 2012, ove si legge che “(...) la concezione germanistica del *pactum fiduciae* e la conseguente distinzione della titolarità formale dalla titolarità sostanziale di azioni e titoli per effetto della separazione dei patrimoni normativamente disciplinata viene seguita in quelle fattispecie (e solo in quelle) nelle quali si discetti circa la proprietà effettiva di azioni e/o titoli, o per legittimare i fiducianti alla rivendica sui beni formalmente intestati alla società fiduciaria in liquidazione coatta amministrativa o per legittimare l’azione esecutiva dei creditori dei fiducianti su azioni e/o titoli formalmente intestati a società fiduciarie. Ma tale concezione non supera la riconduzione della fiduciaria come mandataria senza rappresentanza nel momento in cui agisce verso terzi. Nella disciplina delle società fiduciarie, la fattispecie va inquadrata nell’ambito della figura tipica del mandato senza rappresentanza”.

519 FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, 394; MERUZZI, *op. cit.*, 295, il quale osserva che “Inoltre, anche a voler prescindere dai dubbi, già altrove sollevati, circa la qualificabilità del rapporto fiduciante – fiduciaria di gestione in termini di contratto fiduciario, la distinzione, appena delineata tra l’attività svolta dalla fiduciaria-Sim e l’attività svolta dalle Sim e dalle banche tramite intestazione fiduciaria risulta essere, sotto il profilo operativo, così evanescente da risultare priva di significato”; cfr. anche M. BIANCHI, S. FABRIZIO, S. SICILIANO, *Aspetti proprietari, struttura e performance del settore dell’intermediazione mobiliare in Italia*, in *Banca, Impresa e Società*, 1996, 258, nota 1.

520 Il principio della doppia separazione patrimoniale era stato introdotto per la prima volta dall’art. 8, secondo comma, l. 2 gennaio 1991, n. 1.

gestione<sup>521</sup>.

In questo contesto, il rapporto fra la società fiduciaria ed il fiduciario è stato talvolta ricondotto alla c.d. fiducia «germanistica». Questa nozione di proprietà fiduciaria si appunta sulla distinzione tra proprietà (o titolarità) e legittimazione formale e introduce uno schema ove il fiduciante rimane proprietario, mentre al fiduciario è attribuita la legittimazione, con la conseguenza della “non aggredibilità del patrimonio fiduciario da parte dei creditori della società fiduciaria”<sup>522</sup>.

Tale impostazione attribuisce rilievo ad alcuni dati normativi come, ad esempio, l'art. 2 del R.D. 29 marzo 1942, n. 239 che impone alle società fiduciarie alle quali siano intestati titoli azionari di "dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi" e l'obbligo di cui all'art. 120 TUF di comunicare le partecipazioni azionarie delle società con azioni quotate in borsa, se superiori da una determinata soglia<sup>523</sup>. In ogni caso, deve essere rilevato che l'operatività della fiducia «germanistica» è consentita dal particolare regime cui sono sottoposte le azioni e, più in generale, i titoli di credito ove è

---

521 *Ex multis* Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Foro it.*, 1998, I, 851, con nota di M. CRISOSTOMO - F. MACARIO.

522 Cass. 23 settembre 1997, n. 9355, in *Giur. it.*, 1998, II, 876 ove si legge che "le società fiduciarie non sono istituzionalmente proprietarie dei titoli azionari loro affidati in gestione: e ciò in virtù della disciplina legislativa che le regola e quindi manifestamente anche nei confronti dei terzi. Con la conseguenza della non aggredibilità del patrimonio fiduciario da parte dei creditori della società fiduciaria"; in senso conforme v. Cass., 10 dicembre 1984, n. 1984, in *Foro it.*, 1985, I, 2325; App. Milano, 29 gennaio 1991, in *Società*, 1991, 1215; in dottrina per tutti, JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario*, cit., 394; ID., *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 181 ss.; G. DI CHIO, voce *Società fiduciarie*, in *Noviss., Dig. it.*, app., VII, Torino, 1987, 348; SATURNO, *op. cit.*, 33 ss.; cfr. anche i rilievi di GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., spec. 616 s.; di recente C. FRIGENI, *La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, spec. 191, ove osserva che: "In questa cornice, la disciplina legale in tema di società fiduciarie - distinguendo tra titolarità effettiva e intestazione delle partecipazioni - non fa altro che far emergere a livello normativo quello che, in realtà, è il contenuto tipico di ogni intestazione fiduciaria, cioè, la dissociazione tra la posizione di proprietario delle partecipazioni e quella di legittimato nei confronti dell'organizzazione sociale o, forse più propriamente, secondo una distinzione che va acquistando consensi in dottrina, tra quella di titolare dell'interesse economico sotteso alla quota di partecipazione (soggetto «proprietario» dell'investimento) e quella di titolare della posizione organizzativa rilevante verso la società quale soggetto che concorre a determinare le modalità di esercizio dell'attività". La fiducia romanistica si distingue, infatti, dalla fiducia germanistica. Quest'ultima figura trae fondamento da una particolarità dell'ordinamento tedesco. La regola contenuta nel § 185 BGB consente che anche il non titolare possa compiere validamente atti di disposizione sul bene qualora ottenga l'autorizzazione del titolare. Dunque secondo lo schema della fiducia germanistica il fiduciante rimane proprietario dei beni posti in fiducia mentre la gestione spetta al fiduciario. Il vantaggio dello schema delineato è quello di garantire una piena tutela al fiduciante che rimane proprietario dei beni. Non si pone, quindi, il problema dell'opponibilità ai terzi del vincolo fiduciario.

523 Sulla base di questa premessa, MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 255 ss., ritiene che nell'intestazione fiduciaria di titoli, “le parti possano scegliere tra due diverse impostazioni (poiché i principi del sistema lo consentono). Possono cioè trasferire effettivamente la proprietà del titolo, con un negozio causale (...); oppure possono optare per il trasferimento della sola legittimazione, e in tal caso, dar luogo ad una fiducia di tipo germanistico, cioè ad una fiducia dove l'esistenza del rapporto fiduciario è nota ai terzi e dove il fiduciario ha solo una legittimazione ad agire, mentre il fiduciante conserva la proprietà «effettiva»”; sul punto cfr. anche DE ANGELIS-GAGGERO, *op. cit.*, spec. 951.

consentito trasferire la legittimazione ad esercitare i diritti in essi incorporati senza che ciò comporti il passaggio della proprietà<sup>524</sup>. Tale schema difficilmente potrebbe essere applicato ai beni non sottoposti al regime cartolare e, pertanto, l'impostazione prospettata si limita esclusivamente a casi analoghi alla circolazione dei titoli di credito<sup>525</sup>.

Come anticipato, l'art. 22 TUF ha introdotto il principio della doppia separazione patrimoniale che implica la separazione del patrimonio della società fiduciaria da quello gestito nell'interesse dei risparmiatori, nonché la reciproca separazione dei valori riferibili a ciascuno di essi (separazione reciproca dei patrimoni dei singoli investitori). Tale principio è ispirato dall'intento del legislatore di garantire la tutela degli investitori i quali abbiano affidato i propri beni ad una SIM o ad una società fiduciaria. Per effetto della separazione patrimoniale, infatti: ai creditori dell'intermediario è preclusa la possibilità di aggredire i suddetti beni; l'intermediario deve utilizzare i medesimi nell'interesse degli investitori e le azioni promosse dai creditori del singolo cliente sono limitate alla porzione del patrimonio a quest'ultimo riferibile<sup>526</sup>. Inoltre, come è stato precisato dalla giurisprudenza, tale principio si rivela particolarmente utile soprattutto in situazioni di crisi dell'intermediario, giacché esso permette di sottrarre alla liquidazione concorsuale i beni dai quali i patrimoni separati dei fiducianti sono costituiti, consentendone l'immediato recupero da parte dei rispettivi titolari ai sensi dell'art. 103 L. fall.<sup>527</sup>.

Tuttavia, l'operatività di questa tutela è assicurata solo nel caso in cui la società di intermediazione rispetti effettivamente il regime di separazione. Può, infatti, accadere che essa confonda il proprio patrimonio con quello gestito per conto dei clienti: in tale caso a questi ultimi è riconosciuto esclusivamente un diritto di credito e dovranno,

---

524 Cfr. per tutti MORELLO, *op. ult. cit.*, 255; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 614 s.; DE ANGELIS - GAGGERO, *op. cit.*, 950 s.

525 MORELLO, *op. ult. cit.*, 255; peraltro, come osserva A. GENTILI, *La fiducia*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 612 s., lo schema descritto che prevede uno sdoppiamento in capo a due soggetti diversi della titolarità e della legittimazione di uno stesso diritto presente in altri ordinamenti europei, non risulta "atingibile senza una base normativa che introduca tale sdoppiamento". Alcune riforme nel settore dei valori mobiliari sembrano muoversi nella medesima direzione, si pensi ad esempio all'attività di gestione accentrata degli strumenti finanziari disciplinata dal D. Lgs n. 58 del 1998. In estrema sintesi, tutti gli strumenti finanziari di una stessa specie vengono immessi in un'unica massa presso la società di gestione, che assume la veste di subdepositaria, ed il disponente diviene *pro concurrenti quantitate* titolare di una quota ideale di questa massa e conserva l'esercizio dei diritti inerenti agli strumenti finanziari immessi nel sistema. Sul punto cfr. per tutti G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 12° ed., Milano, 2006, 743 ss.; SATRUNO, *op. cit.*, 52 s.

526 V. art. 22 TUF.

527 V. Cass., 11 marzo 2005, n. 5383 in *Foro. it.*, I, 2033, con nota di F. S. COSTANTINO; Cass., 12 settembre 2008, n. 23560, in *NGCC*, I, 2009, 243, con nota di P. BONTEMPI.



pertanto, concorrere con i creditori personali dell'intermediario<sup>528</sup>. In verità, già prima dell'introduzione della disciplina sulle SIM la dottrina più attenta aveva rilevato che, in concreto, la possibilità di far prevalere l'interesse del fiduciante su quello dei creditori concorsuali della società fiduciaria si dovesse misurare con la più complessa questione afferente all'individuazione del bene di cui si chiede la restituzione<sup>529</sup>. Queste forme di gestione dei patrimoni hanno tipicamente ad oggetto beni fungibili, quali azioni o altri strumenti finanziari, sicché nel caso in cui il *manager* non adotti degli accorgimenti al fine di mantenere separati i patrimoni, diviene impossibile per i clienti individuare i beni conferiti al fine di ottenerne la restituzione.

---

528 Prima dell'introduzione della disciplina sulle SIM, la giurisprudenza di merito in numerosi casi aveva escluso la possibilità da parte dei risparmiatori di rivendicare i beni affidati alla società fiduciaria sul presupposto in base al quale, ai fini dell'ammissibilità della domanda di restituzione ex art. 103 l. Fall. era necessario che la cosa fosse stata determinata nella sua specifica e precisa individualità e che, in caso contrario, era configurabile solo un diritto di credito. In tal senso v. *ex multis* Trib. Torino 28 febbraio 1991, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, II, 478; per ulteriori riferimenti cfr. CRISOSTOMO - MACARIO, *Separazione e individuazione del patrimonio dei fiducianti nelle azioni reipersecutorie contro la società fallita*, cit., 856, nota 1. In questo quadro è intervenuta Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, cit., 851, la quale nel pronunciarsi su tale questione ha stabilito che "Va accolta la domanda di rivendica o di restituzione proposta dai fiducianti in sede di liquidazione coatta amministrativa di una società fiduciaria, avente ad oggetto i titoli azionari acquistati dalla fiduciaria per conto dei fiducianti, indipendentemente dal fatto che: a) i titoli non siano intestati singolarmente e nominativamente, non siano raggruppati in un unico certificato azionario rappresentativo di tutti i titoli appartenenti ai fiducianti; b) le risultanze contabili della fiduciaria e la documentazione presso la banca agente ovvero l'istituto di credito depositario non permettono di ricollegare i titoli azionari ai singoli fiducianti; c) gli amministratori della società fiduciaria abbiano compiuto indebite commistioni fra i conti d'ordine intestati ai fiducianti". Tuttavia Cass., 12 settembre 2008, n. 23560, cit., 243: nel richiamare la predetta pronuncia ha precisato che "E' indubbio che la specifica individuazione delle res nella rivendica di titoli o altri strumenti finanziari non richiede altro che l'indicazione della specie e quantità dei beni rivendicati, perché la natura fungibile del bene esclude che sussista un interesse giuridicamente rilevante ad una più specifica individuazione del bene stesso, diversamente dal caso che esso abbia natura infungibile. Tuttavia è necessario che sia stato rispettato il principio della separazione tra i singoli patrimoni gestiti, intestati ai singoli fiducianti, perché altrimenti le successive domande di rivendica riferite a strumenti finanziari della stessa specie potrebbero non essere capienti".

529 JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario*, cit., 388 s., secondo il quale "In sostanza mentre è arbitrario richiedere, per l'applicabilità al fallimento dell'obbligazione di restituzione, una condizione (che il soggetto attivo dell'obbligazione stessa abbia il diritto di proprietà, o inversamente, che il soggetto passivo non lo abbia) della quale non si ritrova traccia nella legge, si deve invece dire che rappresenta un presupposto essenziale (che si desume con sicurezza dalle norme applicabili alla materia) per la permanenza dell'obbligazione di restituzione il fatto che i beni che ne formano oggetto non siano confusi nel patrimonio del fallito in maniera tale da non poterne essere distinti"; cfr. anche BIANCA, *op. ult. cit.*, 39, la quale rileva che "(...) la nozione di individuazione si pone su un piano differenziato rispetto a quella di separazione. L'individuazione è infatti il presupposto per l'esercizio dell'azione di rivendica fallimentare. E' tuttavia necessario che i beni rispetto ai quali si chiede la rivendicazione siano entrati nel fallimento; tale azione costituisce infatti un rimedio che in astratto è volto a tutelare il soggetto che si dichiara titolare di tali beni. La separazione è invece una nozione tecnico-giuridica che esprime una speciale regola della responsabilità patrimoniale che prescinde dall'esercizio di azioni in sede fallimentare e che, anzi, per essere operativa dovrebbe portare ad escludere i beni separati dall'aggressione dei creditori e quindi dal fallimento. Tuttavia in mancanza di disposizioni in tal senso il problema si sposta dal piano tecnico-giuridico a quello pratico materiale di evitare che in sede fallimentare i beni dei clienti siano confusi con quelli della società di intermediazione"; CRISOSTOMO - MACARIO, *op. cit.*, spec. 864 s.; GAMBARO, *op. ult. cit.*, 627, nota 47; ma al riguardo si veda l'approfondita indagine di SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, 40 ss.

Al riguardo, è interessante rilevare che nel caso in cui il patrimonio personale sia stato mantenuto distinto da quello gestito per conto dei clienti, ma vi sia stata confusione tra i singoli patrimoni di investimento, l'art. 57 del TUF, nel richiamare l'art. 91 del TUB, ha introdotto il principio in base al quale, qualora il patrimonio separato non abbia la capienza sufficiente per assicurare le restituzioni in favore di tutti costoro, la soddisfazione delle loro ragioni avviene in misura proporzionale. Per la parte rimasta insoddisfatta, i risparmiatori concorrono, invece, con i creditori personali della società di intermediazione<sup>530</sup>. Tale regola è volta ad evitare che l'impossibilità di individuare in modo specifico i beni affidati in gestione possa rendere vano l'effetto della separazione patrimoniale, pregiudicando in questo modo i risparmiatori.

Il criterio applicato assomiglia alle regole adottate negli ordinamenti di *common law* in materia di «*mixed funds*», le quali consentono al beneficiario di esperire l'azione di *tracing* anche nel caso in cui il *trustee* abbia operato una commistione tra *trust funds*<sup>531</sup>. In definitiva, l'evoluzione della disciplina sulla gestione dei patrimoni mobiliari sembra confermare l'importanza che in questo contesto assume la separazione patrimoniale quale garanzia per gli investitori (fiducianti). Il legislatore, sebbene non regoli in maniera dettagliata il rapporto che intercorre tra le società fiduciarie o gli altri soggetti abilitati a gestire i patrimoni per conto di terzi ed i clienti, si è mostrato attento al profilo ora segnalato<sup>532</sup>. La previsione dell'obbligo da parte della società di intermediazione di mantenere separati i patrimoni affidati da quello personale, nonché l'applicazione del

---

530 V. Cass., 12 settembre 2008, n. 23560, cit., 243; sul punto in dottrina S. FORTUNATO, *Liquidazione coatta della Sim e rapporti pendenti: il «patrimonio separato» della clientela e i relativi atti di amministrazione*, in *Dir. banc.*, 2000, I, 563 ss.; F. S. COSTANTINO, *Brevi note sui crediti dei clienti degli intermediari finanziari nelle procedure concorsuali*, cit., 2036 s.

<sup>531</sup> Per un'approfondita analisi sulle regole del *tracing* con riferimento all'ipotesi di *mixed funds*, cfr. SMITH, *The law of tracing*, cit., 160 ss.; cfr. anche GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa* cit., 120, il quale rileva che in simili ipotesi le Corti, per ragioni di giustizia, disapplicano la regola FIFO ed ai beneficiari dei *trusts* è consentito "dividersi *pari passu*, proporzionalmente a quanto avevano contribuito, ciò che era rimasto dei loro investimenti". Già JAEGER, *op. ult. cit.*, 389, aveva rilevato che "il limite alla separabilità del patrimonio fiduciario, consistente nella necessità che i beni oggetto di fiducia restino individuabili con certezza, e non si siano confusi con quelli appartenenti al fallito, è invero, presente in tutti i sistemi considerati, con l'eccezione degli ordinamenti di *Common law*, che hanno raggiunto, con la «dottrina» del *mixed fund*, l'obiettivo di assicurare al *cestui que trust* una tutela pressoché assoluta".

532 Come osserva GAMBARO, *op. ult. cit.*, 627 s., giova precisare come molte delle conclusioni cui è pervenuta la dottrina più attenta mediante l'analisi delle dissociazioni interne alla proprietà fiduciaria abbiano poi trovato conferma nella legislazione che negli ultimi anni è stata introdotta in materia di gestioni di patrimoni mobiliari. E' il caso ad esempio della legge in tema di fondi comuni di investimento o di quella sulle Sim. In entrambi i casi infatti la disciplina ruota attorno ai concetti cardinali della separatezza del patrimonio che viene gestito dal fiduciario nell'interesse del fiduciante, e della estraneità di esso alla sfera patrimoniale del gestore con conseguente inaggregabilità del medesimo da parte dei suoi creditori anche in caso di fallimento"; sul punto cfr. anche BIANCA, *op. ult. cit.*, 29 ss. Tuttavia MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 260, rileva che "Il settore delle gestioni fiduciarie e dei fondi comuni di investimento sembra seguire linee di evoluzione sue proprie senza interesse (o con interessi molto limitati e certo non operativi) a rivisitare la teoria del negozio fiduciario.

principio della proporzionalità di cui all'art. 57 TUF - volta, sostanzialmente, a sganciare la possibilità di ottenere la restituzione dei beni conferiti dalla necessità di individuarli in modo specifico - attestano l'esigenza di attribuire ai risparmiatori una tutela efficace<sup>533</sup>.

### **2.3. La separazione patrimoniale quale tecnica volta a garantire la dissociazione fra titolarità della proprietà dei beni ed interesse per cui il diritto di proprietà è esercitato**

Come è stato rilevato da una parte della dottrina, sia i negozi fiduciari di tipo romanistico che il *trust* danno luogo ad una dissociazione fra controllo della proprietà ed interesse sottostante<sup>534</sup>. Tuttavia, ad ognuna di tali forme giuridiche si accompagnano regole e meccanismi diversi volti ad assicurare che “il diritto sia esercitato a vantaggio di soggetti diversi dal suo titolare”<sup>535</sup>. Una delle principali peculiarità del *trust* è, infatti, quella di attribuire rilevanza alla posizione soggettiva del beneficiario tramite la separazione patrimoniale del *trust fund*<sup>536</sup>.

Al contrario, alla luce delle considerazioni svolte con riferimento all'operatività del negozio fiduciario, appare corretto ritenere che tale strumento - se si prescinde dalla normativa di settore in materia di intermediazione mobiliare - non assicuri un'adeguata tutela all'interesse del fiduciante o dei beneficiari sui beni affidati al fiduciario.

Come si è visto, le problematiche di maggior rilievo sorgono, in relazione ai mezzi di tutela di cui il fiduciante si può avvalere nei confronti del fiduciario e all'opponibilità del *pactum fiduciae* nei confronti dei terzi. Come sembrerebbe indicare l'esperienza francese, un modello contrattuale che possa competere con il *trust* deve necessariamente prevedere un efficace meccanismo per separare i beni che sono affidati in gestione al fiduciario dal patrimonio personale di quest'ultimo. In questo contesto emerge, infatti, l'inidoneità del contratto, qualora sprovvisto di appositi correttivi predisposti dal

---

<sup>533</sup> Sul punto cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, 40 ss., la quale rileva che il decreto Eurosim ha implementato le regole volte a prevenire la materiale confusione tra il patrimonio del gestore e quello dei clienti. A tal proposito l'A. prende in esame l'art. 19, terzo comma del decreto Eurosim il quale stabilisce che “salvo consenso scritto dei clienti, l'impresa d'investimento e la banca non possono utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, gli strumenti finanziari, di pertinenza dei clienti, da esse detenuti a qualsiasi titolo”; l'art. 39 volto a sanzionare penalmente la confusione dei patrimoni e l'art. 64 secondo e terzo comma, ora trasfuso nell'art. 57 del TUF il quale, come si è detto, ha introdotto il principio in base al quale, qualora il patrimonio separato non abbia la capienza sufficiente per assicurare le restituzioni in favore di tutti i risparmiatori, la soddisfazione delle loro ragioni avviene in misura proporzionale.

<sup>534</sup> Sul punto cfr. GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, cit., 164 s.; ID, *Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario*, cit., 1 s.; v. anche A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *TAF*, 2007, 169 ss.

<sup>535</sup> GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit., 257.

<sup>536</sup> Sul punto cfr. HANSMANN-MATTEI, *op. cit.*, 438.

legislatore, a gestire gli effetti esterni del trasferimento di ricchezza rispetto ai contraenti<sup>537</sup>.

Diverse possono essere le regole volte ad attribuire rilevanza all'interesse del beneficiario sul *fund*. Segnatamente, a tale interesse ciascun ordinamento potrà accordare rilevanza più o meno marcata rendendolo opponibile ai terzi aventi causa ed ai creditori<sup>538</sup>. La scelta dei singoli ordinamenti si traduce nell'adozione di regole diverse tramite le quali disciplinare il fenomeno<sup>539</sup>. Tuttavia, uno strumento di gestione dei beni nell'interesse altrui per essere competitivo deve necessariamente assicurare che l'interesse del fiduciante o del beneficiario prevalga su quello dei creditori del fiduciario.

Come si è visto, la *law of trust* anglosassone consente, a determinate condizioni, di opporre l'interesse del beneficiario sui beni di cui è titolare il *trustee*, sia ai creditori personali di quest'ultimo che ai suoi aventi causa. Ciò è permesso tramite il coordinamento dell'*equity* con il *common law*. Negli ordinamenti che non conoscono l'*equity*, invece, i cosiddetti *trust-like devices* fondano la possibilità di opporre l'interesse del beneficiario nei confronti dei creditori personali del *manager* sulla nozione di patrimonio separato<sup>540</sup>.

Al contempo, la *fiducie* in Francia dà luogo ad un «*patrimoine d'affectation*» e la disciplina del *trust / fiducie* in Québec poggia sul concetto di «*patrimony by appropriation*». Anche la *section 1:202* del libro X del DCFR sul *trust* introduce la nozione di patrimonio separato che è estranea agli ordinamenti di *common law*<sup>541</sup>.

---

537 Sul punto cfr. MATTEI, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, cit., 34, il quale osserva che la proprietà, sotto il profilo del governo delle conseguenze derivanti dal trasferimento di ricchezza "continua a presentarsi come il più efficiente strumento di controllo delle esternalità che i contraenti tendono a scaricare sui terzi. Sulla scorta di questo ragionamento, risulta non difficile comprendere per quale motivo vi sia una vera e propria domanda di strumenti di governo della ricchezza nella sue forme complesse basata sulla struttura proprietaria piuttosto che sull'obbligazione".

538 Sul punto CHIANALE, *op. ult. cit.*, 265 ss.

539 Come osserva REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, cit., 173, "Perché la caratteristica fondamentale di ogni *trust* (a parte l'effetto tipico che esso produce, e cioè la segregazione patrimoniale dei beni ivi conferiti) non si identifica nella divisione tra *legal* ed *equitable ownership* (che è solo un mezzo per raggiungere gli obiettivi), bensì nella dissociazione tra il controllo che deriva dall'attribuzione della proprietà e i benefici della stessa".

540 In tal senso cfr. SMITH, *The re-imagined trust*, cit., 262 ss.; in argomento cfr. anche ID. *Trust and Patrimony*, in *Estates, Trust and Pensions Journal*, 28, 2009, 333 ss.; MATTHEWS, *op. cit.*, 24 ss.; con riferimento all'ordinamento scozzese, G. L. GRETTON, *Trusts without equity*, *Int. Comp. L. Quarterly*, 49, 2000, 610, il quale rileva che "Thus the assets of the special patrimony are segregated from the general patrimony, and to some extent the civilian tradition has likewise accepted segregation of liabilities also. Real subrogation is the key to the doctrine of patrimony, and patrimony is the key to the trust. In other words, a trust is a special patrimony"; REALI, *op. cit.*, 186 ss.

541 La *section* del DCFR X. – 1:202 stabilisce che "A trust takes effect in accordance with the rules in Chapter 10 (Relations to third parties) with the effect that the trust fund is to be regarded as a patrimony distinct from the personal patrimony of the trustee and any other patrimonies vested in or managed by the

Per quanto riguarda il negozio fiduciario, appare necessario poter opporre il trasferimento fiduciario ai creditori personali del fiduciario. Questa sembra essere la condizione imprescindibile per assicurare che le pretese dei terzi non influiscano sull'attività del gestore<sup>542</sup>. Si riscontra, pertanto, un collegamento fra l'aspetto della dissociazione fra interesse e controllo sulla proprietà e quello della separazione patrimoniale dei beni che compongono il *fund*<sup>543</sup>.

In questa prospettiva è, quindi, possibile descrivere il fenomeno della separazione patrimoniale quale tecnica volta a garantire in modo efficace la dissociazione fra titolarità della proprietà dei beni ed interesse per cui il diritto di proprietà è esercitato, poiché impedisce che i beni possano essere aggrediti da quei creditori che siano estranei ai rapporti giuridici che coinvolgono lo scopo che il gestore deve perseguire<sup>544</sup>. Queste osservazioni, peraltro, trovano un riscontro nello schema tracciato dalla Convenzione relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento. Come si è visto la Convenzione,

---

*trustee*". Come osserva W. SWADLING, *The DCFR Trusts: A Common Law Perspective*, in VAN ERP, SALOMONS, AKKERMANS (a cura di), *The Future of European Property Law*, cit., 24, con riferimento alla nozione di patrimonio separato cui fa riferimento la *section 1:202* "This is difficult for a common lawyer, for the common law as no concept of 'patrimony'; it is instead one peculiar to civilian systems. In this respect, the DCFR trust is clearly directed to a civil law, rather than a common law, audience, and hardly reflects any 'common' frame of reference"; in tal senso cfr. anche STEVENS, *Party Autonomy and Property Rights*, cit., 93 s.

542 Rileva l'importanza di questo aspetto JAEGER, *op. ult. cit.*, 325, il quale osserva come "in ogni fattispecie in cui si è identificata l'esistenza di un «rapporto fiduciario» si è potuto constatare che i beni affidati ad un soggetto per uno scopo specifico e determinato vengono esclusi dalla massa attiva del fallimento nel quale tale soggetto venga a cadere, e, più in generale, che i beni in parola sono sottratti all'aggressione dei creditori del «fiduciario» medesimo".

543 Cfr. R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e imp.*, 2006, 1738, il quale, sebbene con riferimento al c.d. vincolo di destinazione, osserva che "(...) senza il momento della separazione viene eroso il carattere di effettività della destinazione, attestandosi il fenomeno su di un piano meramente obbligatorio. La separazione, pertanto, ancorché strumentale alla destinazione del bene allo scopo, non è momento secondario rispetto alla destinazione (...)"; sempre con riferimento all'art. 2645-ter c.c. come osserva ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, cit., 727: "La destinazione patrimoniale, qual è descritta dall'art. 2645-ter cod. civ. nei riflessi ulteriori rispetto alla pubblicità cui consegue l'opponibilità ai terzi, condivide con il *trust* una duplice caratteristica: *i*) l'essere una tecnica per governare la specializzazione della responsabilità patrimoniale; *ii*) il realizzare una forma di titolarità di diritti nell'interesse altrui. Si tratta di aspetti rispetto ai quali è centrale il momento funzionale della fattispecie, atteso che la separazione patrimoniale si risolve nella distinta imputazione dei rapporti giuridici e nel *vincolo* del patrimonio ad una specifica funzione di *garanzia* e di *utilità*"; sul punto cfr. anche FALZEA, *op. ult. cit.*, il quale osserva che "Soltanto con la separazione dei beni il loro vincolo giuridico voluto allo scopo dal destinante acquista lo stato di intangibilità che è richiesto da chi ricorre a questo istituto. Per la realizzazione dei fini del destinante appare indispensabile che, mediante l'atto di destinazione venga identificato un «centro di interesse» distinto e autonomo rispetto allo stesso autore della destinazione (...)"; ulteriori spunti in M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 13 ss.

544 Sul punto cfr. GALLARATI, *La galassia del trust in common law una questione di (ottimale) path dependence*, cit., 182, il quale rileva che "il *trust* si trova la contro di una galassia di fattispecie caratterizzate oltre che dai tratti tipici del descritto modello economico [il c.d. modello economico dell'*agency*] anche dalla dissociazione tra l'interesse in un patrimonio, in capo ai beneficiari, e il controllo dello stesso, ad opera del *trustee*, dalla cui attività dipende la funzione di utilità dei primi". Il testo nelle parentesi è aggiunto da noi.

agli artt. 2 e 11, individua quale requisito imprescindibile del *trust* la separazione patrimoniale del *fund* rispetto ai beni personali del *trustee*. Tali considerazioni, inoltre, ci portano a concludere che il negozio fiduciario come tradizionalmente concepito non possa essere ricompreso nella nozione di *trust* di cui alla Convenzione, giacché tramite questo strumento contrattuale, in assenza di una previsione legislativa che lo consenta espressamente, non è possibile dar luogo ad una separazione patrimoniale adeguata. Si pongono, infatti, per il negozio fiduciario alcune problematiche analoghe a quelle che sono state affrontate con riferimento al riconoscimento dei *trust* di cui alla Convenzione. Alla luce del disposto di cui all'art. 2740, secondo comma, c.c., e del principio della tassatività delle fattispecie trascrivibili, prima che nel nostro ordinamento facesse ingresso l'art. 2645-ter c.c., la dottrina nettamente dominante e la giurisprudenza erano concordi nel negare la possibilità di trascrivere il negozio fiduciario al fine di renderlo opponibile ai creditori personali del fiduciario<sup>545</sup>.

### **3.1. L'art 2645-ter c.c.**

Come è noto, l'art. 39-novies del D.l. 30 dicembre 2005, convertito nella legge 23 febbraio del 2006 n. 51, ha inserito nel libro VI del codice civile l'art. 2645-ter c.c. che prevede la possibilità di trascrivere nei pubblici registri gli "atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili registrati sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma".

---

545 In senso contrario, invece, PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia. (Breve saggio sulla libertà dalle forme)*, cit., 355 ss., secondo il quale il negozio fiduciario a pari del contratto preliminare sarebbe caratterizzato "da natura spiccatamente procedimentale, nonché dall'essere introduttivi di una sequenza volta a produrre solo nella sua fase finale l'attribuzione patrimoniale corrispondente allo scopo perseguito dalle parti. (...) Conseguente da codesto carattere è l'inserimento del negozio, tradizionalmente definito «fiduciario», nel sistema che regola la circolazione dei diritti e ne detta la relativa disciplina: inserimento da realizzare, individuando da un lato il negozio stesso come idoneo titolo di acquisto, dall'altro lato stabilendo i criteri di prevalenza di siffatto titolo nelle singole ipotesi di conflitto, attraverso il ricorso alle norme di carattere generale che, pur in assenza di specifica previsione legislativa, ben possono essere estese al negozio in oggetto, quale atto di carattere potenzialmente attributivo, suscettibile di realizzare il risultato perseguito dal disponente attraverso il compimento delle attività da lui stesso programmate"; in tal senso anche GATT, *Dal trust al trust*, cit., 177, secondo la quale sarebbe stato possibile trascrivere il negozio fiduciario anche prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c.; estremamente interessante e ricca di spunti è poi la tesi di MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 133 ss., il quale fonda la possibilità di palesare nella nota di trascrizione il carattere fiduciario del trasferimento su presupposti completamente differenti da quelli solitamente prospettati ed ancorati, invece, al rispetto di regole di standardizzazione e di semplificazione del contenuto delle notizie a cui si intende dare pubblicità. Tale prospettiva sarà meglio approfondita nel corso dell'indagine.

Costituisce comune approdo quello per cui la disposizione richiamata "presenta un testo allusivo, redatto in modo da lasciare in ombra numerosi profili riguardanti la fattispecie e la disciplina"<sup>546</sup>. Infatti, a circa sette anni dall'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c., sia la dottrina che la giurisprudenza continuano ad interrogarsi se questa disposizione abbia introdotto un nuovo istituto nell'ordinamento italiano ovvero, se sia volta a regolamentare - tramite la trascrizione - gli effetti di fattispecie atipiche<sup>547</sup>. A tal proposito, una prima corrente di pensiero ritiene che tale disposizione rappresenti una precisa scelta del legislatore volta a disciplinare l'atto negoziale di destinazione, sicché l'art. 2645-ter c.c. avrebbe introdotto esplicitamente all'interno dell'ordinamento italiano questa forma giuridica "quale risposta italiana al *trust*"<sup>548</sup>.

Il c.d. negozio di destinazione è descritto come quella figura negoziale che ricorre quando, "per volontà di un soggetto, uno o più beni vengono vincolati ad uno scopo (...) e detto vincolo risulta rafforzato da un meccanismo di separazione patrimoniale"<sup>549</sup>. Secondo tale impostazione, la disposizione in esame sarebbe norma sostanziale in quanto non regolerebbe soltanto gli effetti della trascrizione, ma fornirebbe anche la nozione dell'atto di destinazione<sup>550</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene che l'art. 2645-ter c.c., pur contenendo al contempo

---

546 GRAZIADEI, *L'art. 2645-ter del Codice Civile e il trust: prime osservazioni*, cit., 217; v. anche GAMBARO, *La proprietà*, in GAMBARO – MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 336; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, II, Milano, 2008, 1371; GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 182 secondo il quale "non si riesce a comprendere il motivo per il quale si è disciplinato, in concorrenza, [con la figura del c.d. *trust* interno], uno strumento bensì vagamente affine, perché sostanzialmente molto diverso, ma a tal punto extravagante rispetto ai principi che disciplinano la materia, da suscitare più problemi di quanti forse, non ne risolva".

547 Sul punto cfr. per tutti GALLARATI, *La pubblicità del diritto del trustee*, cit., 133 s.

548 M. BIANCA, voce *Destinazione (negozio di)*, cit., 17; ID. *Il nuovo art. 2645-ter c.c. notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste* cit., 187.

549 S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, nota 2, secondo il quale il negozio di destinazione si collocherebbe poi "nel più ampio fenomeno del cosiddetto «atto di destinazione», il quale comprende gli atti giuridici (di natura negoziale o meno) per effetto dei quali dei beni subiscono un vincolo giuridico di tipo finalistico, accompagnato o meno da un meccanismo di separazione patrimoniale"; v. anche BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., 559 s.; ID. *Novità e continuità dell'atto di negoziale di destinazione*, in *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 29 ss.; anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter v. U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 81 ss.; non ritiene, invece, possibile individuare un'accezione specifica ed unitaria del "vincolo di destinazione" FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, cit., 322 s.; in quest'ultimo senso anche GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 219; in argomento v. anche MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., spec. 62 ss; QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 282 ss.

550 BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c.*, cit., 1301; ma sul punto cfr. anche M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di un trust*, in *Riv. notariato*, 2006, 467 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 166, il quale rileva che: "(...) l'art. 2645-ter c.c. è, prima ancora che norma sulla pubblicità e quindi sugli effetti, norma sulla fattispecie, che avrebbe meritato dunque, previa scissione, di figure in un diverso contesto, di disciplina sostanziale; ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 183.

norme sostanziali e norme sugli effetti, non disciplinerebbe un nuovo istituto, ma farebbe riferimento a destinazioni patrimoniali atipiche<sup>551</sup>.

Su un versante differente si colloca, inoltre, l'impostazione adottata da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza secondo cui l'art. 2645-ter c.c. non introdurrebbe nell'ordinamento italiano il negozio di destinazione, ma soltanto "un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione (...) accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi"<sup>552</sup>. Questo orientamento prende spunto dalla già rilevata indeterminatezza o insufficienza della norma nel delineare i contorni della figura negoziale.

Al fine di fornire un quadro più chiaro, vale la pena compiere alcune osservazioni sulle origini della novella del 2006. Il contesto nel quale si colloca l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. e la fretta con cui il testo è stato redatto, sfortunatamente, non sono di aiuto ai fini dell'individuazione della *ratio* della norma<sup>553</sup>. Tuttavia l'art. 2645-ter c.c. trova il suo antecedente nella proposta di legge 3972 presentata alla Camera dei deputati il 14 maggio 2003 intitolata "disciplina della destinazione di beni in favore di soggetti

---

551 G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, relazione al seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645-ter c.c.*, Consiglio Notarile di Milano e Scuola notarile della Lombardia, Milano 19 giugno 2006, già citato da GALLARATI, *op. ult. cit.*, 135; in senso simile anche R. LENZI, *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, 201, secondo il quale l'atto di destinazione sarebbe figura già ammessa nell'ordinamento italiano sicché "la norma non innova sul piano della fattispecie ma, riconoscendone implicitamente l'esistenza e la legittimità, ne regola gli effetti e detta alcuni presupposti senza i quali tali effetti non si produrranno"; sul punto cfr. anche R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*; in *Atti di destinazione e trust cit.*, 48 s. secondo il quale la norma non introdurrebbe la fattispecie degli atti di destinazione quale categoria generale. La norma dando per presupposto l'esistenza di tali atti, si limiterebbe a prevedere i requisiti in presenza dei quali questi potrebbero essere trascritti ai fini dell'effetto a rilievo reale. Nell'interpretazione della norma sarebbe pertanto necessario distinguere "una categoria generale presupposta ed una fattispecie specifica direttamente disciplinata".

552 Trib. Trieste, 7 aprile 2006 in *Italia Oggi* del 20 aprile 2006, 52 già citata da BARTOLI, *op. ult. cit.*, nota 8; negli stessi termini Trib. Reggio Emilia, 23.3.2007, in *Giur. merito*, 2007, 12; da ultimo Trib. Regio Emilia, 22 giugno 2012, in *Giur. it.*, 2012, 2274, con nota critica di R. CALVO, *Trust e vincoli di destinazione: "conferire" vuol dire trasferire?*; ulteriori riferimenti in A. PICIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, cit., 300. In dottrina in tal senso P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.* 2006, I, 632; CALVO, *Trust e vincoli di destinazione*, cit., 2274 s., secondo il quale "attraverso la pubblicità costitutiva del vincolo reale è stata assegnata rilevanza esterna (...) al vincolo di scopo (...), il cui contenuto non è circoscritto da un numero chiuso o predefinito di destinazioni".

553 Come osserva G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in BIANCA (a cura di) *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, cit., 171: "E' difficile individuare la *ratio* degli elementi della disposizione perché il contesto è ambiguo, (il famoso decreto mille proroghe) e la modalità priva di dati significativi, se non la fretta. Leggendo gli ultimi passaggi sull'*iter* di approvazione, questo emerge. Non di più"; cfr. anche GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 165; ID. *Osservazioni*, in BIANCA (a cura di) *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, cit., 209, il quale osserva che "Misteriosi sono i motivi per i quali si è ritenuto di dover approfittare della legge n. 51 del 2006, di conversione di un decreto omnibus, c.d. milleproroghe, n. 273 del 30 dicembre 2005, quindi di fine legislatura, per infilarvi all'art. 39-nonvies una norma sulla trascrizione di atti di destinazione dei beni immobili (...)".



portatori di gravi handicap per favorirne l'autosufficienza"<sup>554</sup>. E' interessante notare che la proposta di legge ha preso le mosse da una prospettiva completamente differente rispetto alle ragioni che hanno portato la Francia ad introdurre la *fiducie*. La disciplina sulla destinazione di beni di cui alla proposta era concepita esclusivamente a favore di soggetti portatori di gravi *handicap* nonché per "il mantenimento, l'istruzione e il sostegno economico di discendenti"<sup>555</sup>.

La relazione di accompagnamento esordiva, infatti, con la seguente premessa: "La presente proposta di legge è intesa a fornire una risposta articolata ed efficace al bisogno, sempre più avvertito, di introdurre nel nostro ordinamento strumenti giuridici idonei a consentire ai genitori o agli altri soggetti interessati di destinare, eventualmente *mortis causa*, una parte del proprio patrimonio all'obiettivo dell'autosufficienza economica dei soggetti portatori di gravi *handicap* ovvero del mantenimento, dell'istruzione e del sostegno economico dei discendenti. L'ordinamento vigente non contempla istituti idonei allo scopo"<sup>556</sup>.

Appare inoltre rilevante il fatto che la disciplina tracciata nella proposta ruotava attorno alla nozione di patrimonio "con vincolo di destinazione"<sup>557</sup>. La disciplina si soffermava in particolare sulla figura del gestore del patrimonio che poteva anche coincidere con il disponente ed al quale spettava l'amministrazione dei beni. L'art. 3 disciplinava i doveri del gestore nello svolgimento dei propri compiti. I poteri di quest'ultimo non trovavano una disciplina compiuta, tuttavia, l'art. 2 stabiliva che, in ogni caso, al gestore doveva essere consentito disporre dei beni, qualora l'alienazione fosse dal medesimo ritenuta

---

554 Sul punto cfr. M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 67 s.; C. PRIORE, *La problematica ed i disegni di legge*, in BIANCA - DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale*, cit., 72 s.; BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 30 s., la quale in questa prospettiva osserva che "(...) il tema della destinazione dei beni ad uno scopo viene ampiamente dibattuto in una Giornata di Studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2003 che può considerarsi una prima significativa tappa verso l'elaborazione di una disciplina dell'atto di destinazione del patrimonio di fonte negoziale. In quella sede viene discusso un progetto di legge di iniziativa parlamentare sulla destinazione del patrimonio a favore dei soggetti portatori di *handicap*".

555 V. Art. 1 della proposta di legge n. 3972 (XIV legislatura).

556 Relazione di accompagnamento alla proposta di legge n. 3972 (XIV legislatura).

557 L'art. 2, quinto comma, della proposta di legge n. 3972 (XIV legislatura) stabiliva che "Per le finalità di cui al comma 1, il disponente può costituire un patrimonio con vincolo di destinazione ai sensi dell'articolo 2". Anche nella relazione di accompagnamento si legge che "Alla luce di queste considerazioni, l'articolo 1 prevede la possibilità di istituire un patrimonio separato, vincolato allo scopo di favorire l'autosufficienza economica dei soggetti portatori di gravi handicap, ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, ovvero di favorire il mantenimento, l'istruzione e il sostegno economico dei discendenti. Il patrimonio costituisce una massa distinta rispetto al patrimonio del disponente, il soggetto che destina i beni per le finalità indicate, e del gestore, il soggetto investito della amministrazione dei medesimi beni. (...) Il ricorso alla costituzione di patrimoni destinati al perseguimento di specifiche finalità non costituisce, peraltro, una assoluta novità per il nostro ordinamento. Merita ricordare, infatti, che il nuovo 2447-bis del codice civile".

necessaria per le finalità per le quali era stato costituito il patrimonio. La medesima proposta fu ripresentata alla Camera dei deputati il 10 novembre 2004<sup>558</sup>. I testi che non furono approvati, hanno sicuramente ispirato il legislatore nella redazione dell'art. 2645-ter c.c. anche se le differenze fra tali proposte ed il testo di cui all'art. 2645-ter c.c. sono indubbiamente numerose. In particolare le proposte erano prive di precisi riferimenti sulla trascrizione ed, inoltre, non vi era alcuna indicazione sulle categorie dei beni che potevano comporre il patrimonio con vincolo di destinazione.

In ogni caso, nel testo della novella del 2006 sembra possibile individuare molti degli elementi che caratterizzavano le proposte menzionate. In particolare entrambe le versioni, probabilmente con un linguaggio approssimativo e poco tecnico, poggiano sulla nozione di (vincolo di) destinazione. Le proposte di legge ponevano maggiormente l'accento sul patrimonio (con vincolo di destinazione) e sull'aspetto negoziale della vicenda. In molti articoli del testo é, infatti, possibile rinvenire il riferimento alla "destinazione negoziale".

Ciò posto, l'interpretazione secondo la quale l'art. 2645-ter c.c. non avrebbe alcuna valenza sostanziale, essendo una norma "sugli effetti", non appare condivisibile. Già da una prima lettura del testo emerge che la norma contiene alcune regole di carattere sostanziale quali quelle in tema di durata del vincolo, dei soggetti beneficiari nonché di meritevolezza degli interessi perseguibili<sup>559</sup>. Questa impostazione sembra trovare una conferma nelle proposte menzionate le quali erano volte ad introdurre un'apposita disciplina sul patrimonio con vincolo di destinazione. Oscure sono le ragioni che hanno

---

558 Proposta di legge n. 5414 (XIV legislatura).

559 In tal senso cfr. GATT, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust interno*, cit., 127; A. DE DONATO, *L'interpretazione dell'art. 2645-ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, in BIANCA - DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale*, cit., 85; G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in BIANCA, (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* cit., 74, il quale pone l'accento sul più ampio riconoscimento che il legislatore avrebbe attribuito all'autonomia negoziale sicché "(...) mentre gli art. 2643 e 2645 c.c. prendono in considerazione, al pari degli art. 2684 e 2685 c.c., solo gli effetti riconducibili ad una serie di atti di autonomia privata, la cui tipicità è presupposta, l'art. 2645-ter introduce invece, sia pure a grandi linee, un nuovo schema di negozio - caratterizzato dalla destinazione di uno o più beni allo scopo - il cui effetto vincolante viene a prendere forma, nel momento stesso in cui è attratto nell'orbita della pubblicità dichiarativa"; MEUCCI, *op. ult. cit.*, 160, la quale osserva che "(...) non è corretto qualificare l'art. 2645-ter c.c. come norma sulla sola pubblicità giacché contiene indici (la forma, la durata, e la riferibilità dell'interesse di destinazione ad uno o più beneficiari) che identificano i requisiti di validità del vincolo ed i presupposti del titolo. Ciò che manca a ben vedere è la disciplina degli aspetti che sorgono nel profilo patologico e di funzionamento dell'operazione, nonché un'espressa previsione in ordine alla configurabilità del soggetto gestore ed i connessi obblighi"; perviene sostanzialmente alla medesima conclusione anche A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 115, secondo il quale la norma riguarderebbe sia la fattispecie che l'effetto. Più precisamente l'art. 2645-ter c.c. "(...) ha riguardo principalmente alla forma di tutela che deve sorreggere l'effetto perseguito ma, ciò statuendo, essa legittima e/o rende tipico il c.d. atto avente ad oggetto la destinazione di beni alla finalità prevista".

spinto il legislatore a racchiudere l'intera disciplina in un unico articolo; appare chiaro, tuttavia, come tale modo di procedere abbia ulteriormente accentuato il carattere indefinito dell'istituto.

### 3.2. (segue) Lo schema tracciato dall'art. 2645-ter c.c.

L'art. 2645-ter c.c. lascia aperte numerose questioni circa la struttura dell'atto idoneo ad essere trascritto. Segnatamente è controverso se tale atto sia unilaterale o bilaterale nonché se esso debba comportare o meno il trasferimento del patrimonio ad un terzo<sup>560</sup>. Sul punto una prima corrente di pensiero ritiene che il vincolo di destinazione possa essere costituito tramite atto unilaterale e tramite il contratto, sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito<sup>561</sup>.

Altra parte della dottrina nega la possibilità che la destinazione dei beni possa avvenire tramite atto unilaterale, invocando la riserva di legge per le promesse unilaterali di cui all'art. 1987 c.c., la quale viceversa non sarebbe integrata dall'art. 2645-ter c.c.<sup>562</sup>.

Non è chiaro, altresì, se l'atto di destinazione presupponga il trasferimento della proprietà dei beni ad un terzo o possa essere anche "auto imposto"<sup>563</sup>. Secondo la

---

560 Cfr. Trib. Regio Emilia, 22 giugno 2012, cit. 2276, ove si legge che "in particolare la citata disposizione riguarda esclusivamente gli effetti, complementari rispetto a quelli traslativi ed obbligatori, delle singole figure negoziali a cui accede il vincolo di destinazione e non consente la configurazione di un 'negozio destinatorio puro', cioè di una nuova figura negoziale atipica imperniata sulla causa destinataria".

561 Cfr. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 334 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 161; BARTOLI, *op. ult. cit.*, 5 ss.

562 GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 196; in senso contrario GALLARATI, *op. ult. cit.*, 139, il quale rileva che l'impostazione in esame "non coglie la natura prevalentemente unilaterale della destinazione, confondendo quest'ultima con l'attribuzione, che caratterizza alcuni tipi di destinazione ma non quella di cui all'art. 2645 - ter c.c."; P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, relazione al seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645-ter c.c.*, Consiglio Notarile di Milano e Scuola notarile della Lombardia, Milano 19 giugno 2006, (già citato da GALLARATI, *op. ult. cit.*, 139 nota 22); QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1722, distingue le ipotesi in cui l'imposizione del vincolo avvenga senza il trasferimento della titolarità dei beni da quelle in cui la proprietà di essi è trasferita ad un *manger*. In quest'ultimo caso l'A. osserva che "appare preferibile ricostruire la vicenda destinataria, sotto il profilo strutturale, in chiave contrattuale: è il contratto, nel nostro ordinamento, lo strumento generalmente (...) individuato dal legislatore per la produzione di effetti reali (...)".

563 Come osserva DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 115, "Potrà allora aversi presente che, quanto agli atti destinati alla circolazione, si è storicamente legati al modello dell'attribuzione, e ciò nel senso che l'atto o è dismissivo di poteri o non è nulla. V'è dunque non poca difficoltà a pensare ad atti che invece non comportino passaggio definitivo di poteri, ma siano atti recanti previsione di scopi o di finalità e ciò in ordine a beni, non oggetto di trasferimento ma strumento per loro realizzazione, così da soddisfare interessi 'altri' ma sempre su indicazione e scelta del soggetto autore della destinazione e ciò con evidente sacrificio di interessi che non coincidono con quelli oggetto della scelta. Ecco il problema, al quale fu dedicata riflessione, qualche secolo fa, da illustri giuristi (Bekker e altri) che avevano collocato, accanto agli atti traslativi di atti, gli atti recanti fissazione di scopi (*Zwecksatzungen*), tali da imporre vincoli conseguenti a soggetti destinatari di tali atti".

dottrina dominante, l'atto di destinazione prescinderebbe dal trasferimento a un altro soggetto dei beni oggetto della destinazione<sup>564</sup>.

La disposizione, al riguardo, si limita a prevedere la possibilità di vincolare uno o più beni per il perseguimento di un determinato fine e la possibilità di trascrivere l'atto stesso. In linea generale, quindi, tale schema sembra ammettere la possibilità che i beni sottoposti al vincolo di destinazione rimangano intestati al disponente al quale spetterebbe la gestione del patrimonio, salvo che non conferisca un apposito mandato ad un gestore<sup>565</sup>. Al riguardo il *trust* anglosassone concepisce la possibilità che la proprietà del *trust fund* rimanga nella titolarità del disponente: in questa ipotesi, il *settlor*, in seguito all'istituzione del *trust*, diviene *trustee* nell'interesse del beneficiario. Le proposte di legge menzionate non prendevano posizione sul punto, ma consentivano che il disponente assumesse il ruolo di gestore del patrimonio, per cui sembra corretto ritenere che in questa ipotesi l'atto di destinazione non implica un trasferimento della proprietà, la quale rimane in capo al disponente. Una parte della giurisprudenza, tuttavia, attribuendo un significato restrittivo alle espressioni "conferente" e "beni conferiti" di cui all'art. 2645-ter c.c., nega l'ammissibilità di un vincolo di destinazione "auto impresso", in quanto queste espressioni indicherebbero la necessità di un trasferimento della proprietà<sup>566</sup>.

In ogni caso un dato è certo: la figura di un gestore cui sia affidato il compito di

---

564 In tal senso cfr. GATT, *Dal trust al trust*, cit., 148 s., la quale rileva che "(...) la formulazione letterale e concettuale dell'art. 2645-ter c.c. appare di così ampia portata che ogni limitazione sul piano della struttura (unilaterale, bilaterale o trilaterale dell'operazione di destinazione) così come degli interessi perseguibili con la struttura medesima (...), risulta inevitabilmente arbitraria in quanto palesemente contraria ai dettami dell'art. 12 Preleggi (...)" ; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.* in VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, cit., 108, il quale osserva che "A dover essere resi opponibili ai terzi sono proprio i mutamenti che, nella struttura del diritto reale sui beni vincolati, si determinano in conseguenza della creazione del vincolo di destinazione e della funzionalizzazione della titolarità del diritto allo scopo. Indipendentemente dall'eventuale effetto traslativo, la destinazione, anche quando si esaurisca nell'ambito dell'unica sfera giuridica del disponente, produce la conseguenza della separazione patrimoniale e determina la modificazione del regime di titolarità dei beni destinati in testa al disponente (...)" ; BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. notazioni a margine di un provvedimento del Giudice Tavolare di Trieste*, cit., 187 s.; ID. *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 33, secondo la quale l'ampiezza delle possibilità tramite cui attuare la vicenda sarebbe connaturata alla destinazione stessa "la quale, a differenza di singoli istituti, si presenta come fattispecie generale, la quale non si caratterizza per il profilo strutturale, ma solo per quello funzionale. L'atto di destinazione non è altro che l'atto attraverso il quale un soggetto imprime ad una massa patrimoniale una data finalità"; R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, cit., 68, il quale distingue l'effetto di destinazione dagli effetti costitutivi modificativi ed estintivi "propri degli atti negoziali intesi quali atti di attribuzione"; cfr. anche QUADRI, *Trust e vincoli di destinazione: "conferire" vuol dire trasferire?*, cit., 2277 ss.; ID. *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1722 ss.

565 Per tutti GAZZONI, *op. ult. cit.*, 203.

566 Trib. Reggio Emilia,, 22, giugno 2012, cit., 2274.

amministrare il patrimonio, sebbene non espressamente prevista dall'art. 2645-ter c.c., appare essenziale, come peraltro sembra essere confermato dalle proposte di legge antecedenti alla novella del 2006<sup>567</sup>. Le forme di destinazione più semplici potrebbero implicare un semplice "pati" da parte del disponente, in quanto il beneficiario potrebbe essere in grado di trarre autonomamente dal bene le utilità che gli spettano, mentre in altri casi l'atto di destinazione ben potrebbe necessitare di un'attività di gestione del patrimonio da parte di un soggetto legittimato a farlo<sup>568</sup>.

Sotto questo profilo l'art. 2645-ter c.c. lascia indubbiamente il più ampio spazio all'autonomia privata. A tal proposito una parte della dottrina ha osservato come la nozione di "causa di destinazione" evocerebbe un concetto del tutto oscuro e indefinito<sup>569</sup>: sulla base di questa premessa è stato enfatizzato l'aspetto organizzativo della vicenda, rilevando che "destinare vuol dire, in principio, disciplinare; poi, disciplinare la produzione giuridica"<sup>570</sup>. Questa impostazione, in definitiva, permetterebbe di recuperare quella dimensione relativa ai doveri ed alle modalità di gestione dei beni imposti al proprietario dei beni vincolati che è del tutto trascurata dall'art. 2645-ter c.c.

In effetti, in assenza di alcun riferimento normativo sul punto, appare corretto ritenere che l'atto di destinazione dovrebbe includere una disciplina o un regolamento predisposto dal conferente circa le modalità di gestione dei beni sottoposti al vincolo<sup>571</sup>.

---

567 Sul punto cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 140 s.; GAZZONI, *op. ult. cit.*, 202, il quale osserva anche nel caso di destinazione d'uso del bene è necessaria la presenza di un gestore a cui sia demandata la realizzazione dell'interesse anche "in termini di manutenzione del bene, funzionale alla destinazione e, se del caso, di riscossione ed erogazione dei frutti"; L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645-ter c.c.*, in BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 148; sul punto cfr. anche MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 250 ss.

568 Come osserva GENTILI, *op. ult. cit.*, 34, "Laddove, per esempio, la destinazione consista nel vincolare al mantenimento di qualcuno le rendite di un immobile, è preliminare, ma resta estraneo al beneficio, provvedere a riscuoterle, o ancor prima ad impiegare l'immobile affinché le produca e il beneficiario possa poi acquisirle. Però non si può pensare che debba farlo direttamente il beneficiario, che essendo creditore delle rendite e non titolare dell'immobile non ha titolo; sicché deve provvedervi il disponente, o qualcuno da lui obbligato e legittimato a farlo. Di qui l'emersione di uno specifico compito gestorio".

569 Cfr. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare*, cit., 140 s.

570 Il rilievo è di SALAMONE, *op. ult. cit.*, 141; in tal senso anche LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 112 ss.

571 Sul punto cfr. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 115 s., secondo il quale "Oltre all'effetto conformativo derivante dall'apposizione del vincolo di destinazione, riflettentesi sulla struttura della situazione soggettiva con rilevanza reale, a completare l'efficacia dell'atto, quando questo produca effetti traslativi, concorre un rapporto gestorio, che, costituito in occasione della destinazione, assicura la cooperazione dell'attributario all'attuazione del fine destinatorio"; G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645-ter cod. civ.*, in *NGCC*, 2007, II, 404, il quale osserva che "Ad ogni modo, pare che il vincolo possa risolversi non soltanto in un limite al diritto dominicale sui beni, tale da implicare un non poter fare per il suo titolare mediante la paralisi di una o più facoltà rientranti nel contenuto del diritto (come, ad esempio, nel caso degli usi civici) o in una funzionalizzazione del contenuto del diritto (cioè nel condizionare

Pertanto, sebbene l'ampiezza dello schema tracciato dall'art. 2645-ter c.c. sembra permettere la possibilità di strutturare l'atto di destinazione alla stregua del modello del *trust* di *common law*, i due istituti presentano una prima rilevante differenza sotto il profilo della disciplina dei poteri e degli obblighi che spettano al gestore<sup>572</sup>. Come si è visto, il *trust* non si esaurisce nel fenomeno della separazione patrimoniale o del vincolo di destinazione, ma presuppone un insieme di regole dirette a regolamentare i rapporti fra tutti i soggetti che ne sono coinvolti<sup>573</sup>. A ben vedere la presenza di una disciplina che regoli i poteri del soggetto investito della gestione del patrimonio separato appare essenziale, specie nel caso in cui la destinazione sia di natura dinamica e, pertanto, al manager sia consentito compiere atti di investimento e di disposizione. Il problema fondamentale risiede nella circostanza per cui l'assenza di regole precise al riguardo può produrre degli effetti negativi sulla circolazione dei beni e sull'affidamento dei terzi acquirenti. Come si vedrà nelle pagine che seguono, l'istituto in esame, sotto questo profilo, presenta alcuni problemi interpretativi estremamente rilevanti.

#### **4.1. L'opponibilità dell'atto di destinazione nei confronti dei terzi**

Occorre innanzitutto osservare che sorgono alcune incertezze con riferimento agli effetti da attribuire alla trascrizione di cui all'art. 2645-ter c.c., in quanto non è chiaro se l'opponibilità del vincolo di destinazione valga solo nei confronti dei creditori o anche nei confronti dei terzi acquirenti<sup>574</sup>: al riguardo è stato osservato che la formula dell'opponibilità, utilizzata nella prassi, è estranea al linguaggio del legislatore "in cui il riferimento abituale è agli atti che, se non trascritti 'non hanno effetto'"<sup>575</sup>.

---

l'esercitabilità di una perdurante *facultas agendi* al soddisfacimento di un determinato scopo), ma altresì in un *facere* a carico del gestore".

572 Sul punto cfr. anche MEUCCI, *op. ult. cit.*, 160 s.

573 Sul punto cfr. HANSMANN - MATTEI, *op. cit.*, 466; ma si veda anche GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 220 ss.; ID. *Fiducie v trust.*, cit., 243 ss., il quale rileva l'importanza di regole di *default* che disciplinino i rapporti fra le parti coinvolte dal fenomeno nonché gli obblighi e responsabilità del *trustee*. Tuttavia esclude la possibilità di raggiungere gli stessi risultati della *trusts law* degli ordinamenti di *common law*, tramite un modello contrattuale. I limiti di tale modello sarebbero quelli di non poter prevedere tramite uno strumento contrattuale regole di *default* tali da disciplinare tutti i rapporti e le posizioni cui dà vita l'istituzione di un *trust* e di non poter attuare una segregazione patrimoniale adeguata.

574 Come osserva BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 37, "Qui la norma prevede come effetto del vincolo di destinazione quello della separazione patrimoniale; nulla dice però, sull'effetto nei confronti dei terzi acquirenti e quindi l'opponibilità del vincolo vale solo nei confronti dei terzi creditori o vale anche nei confronti dei terzi acquirenti?".

575 Il rilievo è di GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., 1387 s., il quale in tal senso richiama la formula utilizzata nell'art. 2644 c.c.

La dottrina dominante ritiene che l'opponibilità prevista dalla norma sia senz'altro da riferire anche agli aventi causa di un diritto sul bene che sia incompatibile con il vincolo di destinazione. Secondo una prima impostazione la pubblicità di cui all'art. 2645-ter c.c. avrebbe carattere dichiarativo al pari di quella che caratterizza gli atti traslativi di proprietà e costitutivi o modificativi di diritti reali, sicché essa sarebbe chiamata a risolvere i conflitti con terzi aventi causa, non essendo, peraltro, ravvisabile alcuna ragione per sottrarla al meccanismo di cui all'art. 2644 c.c.<sup>576</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, attribuisce alla pubblicità di cui all'art. 2645-ter c.c. una funzione costitutiva; pertanto il vincolo, qualora trascritto, sarebbe efficace nei confronti di tutti coloro che pongono in essere un comportamento incompatibile con il contenuto dello stesso<sup>577</sup>. In tal senso si osserva che la funzione costitutiva della formalità pubblicitaria dovrebbe essere predicata quanto meno al fine della separazione

---

ed osserva che "(...) soprattutto, la formula è per quest'aspetto equivoca, non avendo provveduto ad identificare con precisione i terzi nei cui confronti il vincolo di destinazione è, in difetto di pubblicità, inopponibile: può intendersi che siano soltanto coloro che sul bene hanno acquistato diritti incompatibili con il vincolo, provvedendo a trascrivere il proprio titolo prima della trascrizione dell'atto costitutivo del vincolo stesso; ma può anche ritenersi che siano tutti coloro, diversi dal costituente, che tengano un comportamento incompatibile con il contenuto di tale vincolo". Sul punto cfr. anche VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, cit., 178 ss.; BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 34 s.

576 In tal senso MEUCCI, *op. ult. cit.*, 516 s. la quale rileva che "Non si può non osservare come la lettera e la collocazione della norma siano chiare nel giustificare l'applicabilità della regola dichiarativa. L'art. 2645-ter in altri termini rende trascrivibile ed opponibile l'atto di destinazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2644 c.c.(...) Il che trova conferma nei recenti interventi normativi con i quali si è riconosciuta la trascrivibilità di contratti diretti a fare acquisire la titolarità di un diritto reale (indicativi sono l'art. 2645-bis c.c. e la norma a tutela degli acquirenti di immobili da costruire del 2005) e, più ampiamente, nella predisposizione di strumenti idonei a garantire la conoscibilità dei vincoli per i terzi"; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., spec. 123; M. D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645-ter c.c.: prime riflessioni*, in BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 124; VETTORI, *op. ult. cit.*, 181, il quale osserva che "L'indicazione generica ai terzi fa sì che in tale categoria possano essere ricompresi sia i creditori che i terzi acquirenti di qualsiasi diritto incompatibile con lo scopo di destinazione. Ciò comporta un vincolo di indisponibilità quando l'atto di disposizione è pregiudizievole alla realizzazione dello scopo di destinazione. Mentre l'alienazione consente di seguire i beni anche in capo al nuovo proprietario. L'analogia con l'istituto anglosassone del *tracing* è evidente; BIANCA, *op. ult. cit.*, 38, secondo la quale per effetto dell'atto di destinazione il bene circola gravato dall'onere; in questo senso sembrerebbe andare anche SALAMONE, *op. ult. cit.*, 156, il quale con riferimento all'inciso "i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione" esclude che si possa applicare la regola di cui all'art. 1711, comma, 1, c.c. Infatti, rispetto ai terzi acquirenti l'art. 2645-ter c.c. attribuirebbe all'art. 1711, comma 1, c.c. "una posizione suvalente rispetto al sistema della trascrizione e, soprattutto, al principio *prior in tempore* nell'assolvimento all'onere pubblicitario: *l'art. 2645-ter si integra nel principio dell'art. 2644 c.c.* In altri termini, nella prospettiva del conflitto con i terzi la destinazione è disciplinata come acquisto di diritto, senza che rilevi se 'a soggetto' ovvero 'ad uno scopo'". L'A. osserva come la regola della prevalenza delle trascrizioni si porrebbe in una prospettiva molto differente rispetto agli strumenti di tutela di cui dispongono i beneficiari di un *trust*, salvo non spiegare, tuttavia, quale sia il rimedio configurabile a tutela del beneficiario dell'atto di destinazione; in tal senso sembrerebbe andare anche MOCCIA, *Il modello inglese della proprietà*, cit., 146; per un'analisi delle differenti posizioni adottate dalla dottrina sul punto cfr. S. TROIANO - A. ZACCARIA, *Gli effetti della trascrizione*, 2° ed., Torino, 2008, 195 ss.

577 In tal senso GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 1388.

patrimoniale "dal momento che in difetto di questa non si dà limite alcuno all'azione esecutiva dei creditori del proprietario vincolato". In questa prospettiva sarebbe irragionevole attribuire alla trascrizione del medesimo atto due funzioni differenti e segnatamente una funzione costitutiva nei confronti dei creditori ed una funzione dichiarativa nei confronti degli aventi causa. Infine si osserva che la formulazione letterale della disposizione sembrerebbe subordinare il potere di agire per la tutela del vincolo da parti di chi ne abbia interesse all'avvenuta trascrizione<sup>578</sup>.

Altri autori rinvergono il presupposto dell'opponibilità nei confronti dei terzi aventi causa nella natura reale del vincolo<sup>579</sup>. Secondo questa impostazione l'art. 2645-ter c.c. avrebbe introdotto uno strumento che consente all'autonomia privata di incidere sul regime di appartenenza dei beni. A tal proposito, è stato osservato che "il vincolo di destinazione, in quanto non si riduca ad un'obbligazione gravante il proprietario nei cui confronti esso sia stato costituito, importa (...), se ha efficacia assoluta o reale, una modificazione del contenuto della proprietà, limitando il potere di disposizione, giuridica o materiale, del proprietario ed eventualmente comprimendo, altresì, il potere di soddisfacimento coattivo dei creditori di lui"<sup>580</sup>. Per effetto del vincolo di destinazione, di cui all'art. 2645-ter c.c., al proprietario sarebbe consentito allocare

---

578 GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 1388 s., il quale, peraltro, con riferimento alla tesi di Gazzoni, osserva che "Contro il riconoscimento di carattere costitutivo alla trascrizione è stato osservato che tale riconoscimento comporterebbe la prevalenza dell'avente causa del proprietario vincolato, pur se abbia acquistato dopo il perfezionamento dell'atto costitutivo del vincolo. Tale conseguenza non può, peraltro, essere considerata come un inconveniente, ma costituirebbe il naturale corollario dell'assunto. All'accettazione di quest'ultimo osta soltanto, in realtà, l'idea preconcepita secondo cui 'il vincolo obbligatorio non si trasforma di certo in vincolo reale per il fatto di essere suscettibile di trascrizione e poi effettivamente trascritto'; che si tratti di un'idea preconcepita, contraddetta, dalla disciplina legale, mostrano le previsioni pubblicitarie in materia di locazione, incompatibili con l'affermazione secondo cui 'chi ha alienato, non essendo più, in virtù dell'art. 1376 c.c., proprietario, non può assumere vincoli obbligatori con riguardo al bene': dal combinato disposto degli artt. 2643 n. 8 e 2644 c.c. si desume, invece, che il già proprietario, finché l'alienazione non sia stata trascritta, può vincolare il bene con una locazione suscettibile di trascrizione, sol che questa venga resa pubblica prima dell'alienazione stessa"; sul punto cfr. anche TROIANO - ZACCARIA, *op. ult. cit.*, 192 secondo i quali "(...) il riconoscimento della natura *costitutiva* della trascrizione, per quanto concerne il c.d. effetto segregativo, parrebbe, invero, obbligato. Infatti, ragionare in termini di opponibilità ha un senso soltanto lì dove si possa presupporre che l'atto da pubblicizzare abbia già prodotto i propri effetti per quanto riguarda i diretti interessati e si tratti di renderlo rilevante per i terzi, quando l'effetto segregativo è qualcosa che non interessa in alcun modo le parti, bensì, soltanto i terzi (...)"

579 In tal senso cfr. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 116, secondo il quale (...) la realizzazione del vincolo non può che avere un rilievo di carattere reale, che altrimenti la sua realizzazione resterebbe affidata alla tutela obbligatoria, recata da obblighi gravanti su coloro che sono onerati di rispettare (e primo tra tutti il costituente). Una siffatta situazione implicherebbe sostituzione di una tutela reale, quale quella che intende assicurare la destinazione, ad una per equivalente. Va così ribadito che il vincolo di destinazione ha 'bisogno del supporto della regola di opponibilità, e cioè di una regola di rilievo reale, così da essere opponibile, quindi, ai soggetti recanti interessi 'diversi' ed opposti a quelli di coloro che figurano beneficiari della destinazione"; GAMBARO, *op. ult. cit.*, spec. 339.

580 GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale*, cit., 1368; ma sul punto cfr. anche GAMBARO, *op. ult. cit.*, 336 ss.; MEUCCI, *op. ult. cit.*, 180 ss.



diversamente le utilità di un bene e di rendere la particolare conformazione impressa sulla proprietà opponibile *erga omnes*.

In questo quadro, parte della dottrina - al fine di dare una coerenza alla norma, recuperando l'autonomia e generalità dell'atto di destinazione sotto il profilo dell'assetto di interessi cui questo darebbe luogo - giustifica la presenza di norme di carattere operativo, quali gli effetti della trascrizione, e norme di carattere sostanziale, quali il riferimento alla meritevolezza degli interessi, all'interno dell'art. 2645-ter c.c.<sup>581</sup>. In tal senso, si è detto che la norma in esame “ tipizza (...) una modalità nuova di sfruttamento del bene di cui si è titolari, diversa dalle tradizionali modalità di sfruttamento diretto (uso e godimento) o indiretto (...)”<sup>582</sup>.

Il carattere generale e l'autonomia della categoria deriverebbe dalla funzione dell'atto di destinazione quale strumento deputato “a stabilire un preciso statuto dei beni vincolati”<sup>583</sup>. È stato perciò visto nell'art. 2645-ter il risultato di un percorso, dipanatosi lungo la disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447-*bis* c.c. nonché lungo la figura del c.d. *trust* interno, diretto ad attribuire all'atto di destinazione una “rilevanza giuridica propria, quale regola di circolazione e godimento della *res*”<sup>584</sup>.

In definitiva, sebbene muovendo da prospettive differenti, la maggior parte della dottrina giunge alla conclusione per cui il vincolo di destinazione, una volta trascritto nei pubblici registri, sarebbe opponibile anche nei confronti degli eventuali aventi causa<sup>585</sup>.

#### **4.2. (segue) L'impatto dell'art. 2645-ter c.c. sulla circolazione dei beni. Aspetti sistematici.**

Il problema si sposta a questo punto sul regime della circolazione dei beni che

---

581 In questo senso MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 201, rileva che la norma in esame opera su “un piano di atipicità, secondo previsioni di ordine pubblico ma anche di fattispecie, le quali determinano i requisiti di rilevanza e validità del vincolo di destinazione”.

582 LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, cit., 1070; in tal senso anche MEUCCI, *op. ult. cit.*, 199 ss.

583 MEUCCI, *op. ult. cit.*, 202; sul punto v. anche GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliare*, cit., 1368.

584 MEUCCI, *op. ult. cit.*, 149.

585 Come si vedrà in questo capitolo (§ 4.3.) risulta minoritaria, allo stato attuale, la tesi secondo cui la trascrizione del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. non è idonea ad attribuire al beneficiario la possibilità di opporre il proprio diritto ai terzi che abbiano acquistato il bene dal gestore del patrimonio e pertanto, in caso inadempimento di quest'ultimo, al primo sarebbe riconosciuta esclusivamente una tutela risarcitoria.

compongono il patrimonio destinato e sui rimedi a disposizione del beneficiario<sup>586</sup>. La disposizione nella parte conclusiva si limita, infatti, a stabilire che "i beni conferiti ed i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione"<sup>587</sup>. In assenza di una disciplina concernente i poteri del gestore e la possibilità di compiere investimenti, la dottrina si è quindi interrogata sulla sorte dell'eventuale atto di disposizione posto in essere sul bene destinato.

Sembra possibile escludere che la costituzione del patrimonio destinato debba tradursi in un divieto assoluto di alienazione dei beni ricompresi<sup>588</sup>. Secondo una corrente di pensiero l'indisponibilità del bene - intesa quale impossibilità di porre in essere sul bene atti che esulino dalla sua destinazione - dovrebbe essere distinta dall'intrasferibilità, poiché i beni destinati potrebbero circolare ancorché gravati dal vincolo<sup>589</sup>. Sembra doversi rilevare, tuttavia, che questa distinzione, almeno sul piano pratico, rischi di divenire del tutto sterile<sup>590</sup>, in quanto appare necessario valutare se l'alienazione del

---

586 In una prospettiva più ampia, cfr. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati* cit., 161 ss.

587 Come osserva R. QUADRI, *La circolazione del bene destinato*, in BIANCA - DE DONATO (a cura di) *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 200, "(...) l'enunciazione del vincolo di destinazione dei beni allo scopo prefissato non sembra idonea a risolvere, cioè, il problema dell'opponibilità del vincolo medesimo, allorché il bene destinato sia oggetto di un successivo atto di disposizione. Il legislatore, in altre parole, non prende posizione in merito al profilo della circolazione del bene destinato, né delinea la sorte dell'atto dispositivo medesimo, ove posto in essere per finalità estranee rispetto a quelle che caratterizzano la vicenda destinataria".

588 In questa prospettiva già prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. era stata, infatti, avvertita la necessità di distinguere il divieto di disposizione che si traduce nell'impossibilità di "trasferire ad altri o dismettere il proprio diritto reale sulla cosa" dal vincolo di destinazione il quale, invece, "incide sulla utilizzazione del bene prevedendone un uso particolare". In tal senso COMPARTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 864; Con riferimento all'art. 2645-ter c.c. cfr. per tutti CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., 263, secondo il quale "La destinazione, proprio perché dà vita ad un patrimonio separato, pare implicare una tal quale indisponibilità, cioè una limitazione al potere di disposizione, vale a dire alla possibilità di compiere atti che determinino una *diminutio* patrimoniale nella sfera del disponente. L'indisponibilità, cioè, non necessariamente comporta anche inalienabilità, ben potendo i beni destinati (e separati) essere «alienabili a certe condizioni o in subordine alla realizzazione della destinazione; specularmente, poi, la graduazione dell'indisponibilità varierebbe a seconda delle varie finalità perseguite con le singole figure e, potrebbe aggiungersi in questa sede, a seconda dello scopo meritevole di volta in volta perseguito con la fattispecie del 2645 ter c.c."; GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui* cit., 172 s.

589 In tal senso CEOLIN, *op. ult. cit.*, 273 s., secondo il quale "In astratto è allora possibile che un atto di disposizione sia o meno compatibile con la destinazione impressa al bene; se l'atto è compatibile, *nulla quaestio*: il gestore potrà disporre del bene, il vincolo permarrà sul bene, il quale circolerà così come risulta destinato e il vincolo sarà opponibile al terzo. L'altra possibilità è che, invece, l'atto di disposizione si ponga intrinsecamente in contrasto con la destinazione; se l'atto giuridico è incompatibile esso sarà inficiato da inefficacia relativa, che potrà essere fatta valere dal beneficiario; questa inefficacia relativa, però, altro non è se non l'opponibilità del vincolo. In sostanza, dunque, pare che l'unica differenza tra atto dispositivo compatibile e non compatibile con il fine destinataria consista nel sorgere o meno della responsabilità del conferente/gestore infedele, il quale, se compie un atto incompatibile con la destinazione commette evidentemente un illecito contrattuale e sarà tenuto, pertanto, a risarcire il danno; relativamente al terzo, invece, la soluzione non cambia, perché il bene comunque circola vincolato ed il vincolo è ad esso opponibile"; GAMBARO, *La proprietà*, cit., 341 ss.

590 Qualora si ritenga che l'alienazione compiuta dal disponente o del gestore non sia idonea a far cessare

bene compiuta dal gestore o dal disponente, a determinate condizioni, possa comportare l'estinzione del vincolo<sup>591</sup>. Qualora ci si muova, infatti, in una prospettiva che tende ad assimilare sotto il profilo funzionale lo schema di cui all'art. 2645-ter con il *trust*, non pare si possa omettere di valutare questo aspetto. Nel corso dell'indagine si è, infatti, più volte insistito sulla natura dinamica della gestione dei beni del *trust* nel quale i beni, spesso, sono vincolati quali investimento produttivo di un reddito.

Una parte della dottrina risolve la questione posta in senso affermativo, in quanto la costituzione del vincolo di destinazione non comporta necessariamente anche l'inalienabilità dei beni, ogni qualvolta la *mission* del gestore ne preveda la vendita, purché compiuta nell'interesse dei beneficiari. Il vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c., in definitiva, non implicherebbe il divieto assoluto di trasferire i beni a titolo oneroso poiché tale atto ben potrebbe essere compatibile con la realizzazione della destinazione<sup>592</sup>. Qualora l'alienazione del bene compiuta dal gestore risulti conforme allo scopo per cui è destinato, tale atto sarebbe idoneo a far cessare il vincolo sullo stesso<sup>593</sup>.

La disciplina di cui all'art. 2645-ter c.c., tuttavia, risulta assolutamente carente sotto questo profilo<sup>594</sup>.

In una prospettiva sistematica, una parte della dottrina ha tentato di ricostruire il regime

---

il vincolo e che, pertanto, quest'ultimo sarebbe opponibile al terzo, occorrerebbe, infatti, domandarsi chi sia disposto ad acquistare un bene gravato da un simile peso. E' chiaro che in linea di principio l'inalienabilità del bene debba essere distinta dalla mera difficoltà di mercanteggiarlo, tuttavia, come è stato osservato da GRAZIADEI, *L'art. 2645-ter del Codice Civile e il trust: prime osservazioni*, cit., 223; non sembra si possa sottovalutare la circostanza per cui il vincolo di destinazione finché permane sul bene ne riduce fortemente il valore rendendolo "davvero poco attraente come oggetto di un potenziale acquisto"; sul punto cfr. anche GAMBARO, *La proprietà*, cit., 341 s.; secondo il quale "(...) tutt'al più si deve osservare che l'appetibilità di quel diritto di proprietà è fortemente incisa, ma ciò non diversamente da quanto accada nella ipotesi di una proprietà asservita a scopi di interesse generale come accade spesso in seno alla disciplina urbanistica (...). L'indisponibilità del diritto è tuttavia altra cosa rispetto alla difficoltà di mercanteggiarlo. Quest'ultima difficoltà può essere anche estrema, specie nel caso previsto dall'articolo in esame ove il vincolo può riguardare la destinazione all'interesse altrui di tutte le utilità generate dal bene. In questa ipotesi il diritto di proprietà cessa di essere un elemento attivo patrimoniale del titolare ma non per questo cessa di essere oggetto di vicende circolatorie, come del resto avviene in tutti i casi di beni negativi, rispetto ai quali l'indisponibilità sarebbe disastrosa"; al riguardo v. anche BENATTI, *Le forme della proprietà*, cit., 191 ss.

591 Più in generale come osserva MEUCCI, *op. ult. cit.*, 519, "E' chiaro, allora come la questione si concentri sull'individuazione dei negozi dispositivi posti in essere dal titolare delle *res* (sia esso il conferente od il gestore) in violazione del vincolo".

592 Cfr. in tal senso per tutti MEUCCI, *op. ult. cit.*, 516 ss; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 196; STEFINI, *op. ult. cit.*, 169 ss., secondo il quale qualora espressamente previsto nel negozio di destinazione potrebbe operare la surrogazione reale di quanto ricevuto quale corrispettivo.

593 In tal senso cfr. per tutti PETRELLI, *op. ult. cit.*, 196.

594 Come osserva GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui* cit., 169 s., "non si ravvisano ostacoli di carattere teorico circa la possibilità di imprimere un vincolo di indisponibilità su uno o più beni. Il discorso tuttavia è diverso se si analizza il problema sotto l'aspetto operativo. Il problema è che nel diritto italiano non esiste una disciplina unitaria relativa alla violazione dei vincoli di destinazione".

di circolazione del bene destinato alla luce delle fattispecie, presenti nel nostro sistema, che danno luogo alla separazione patrimoniale<sup>595</sup>. Con riferimento alla disciplina sui patrimoni destinati ad uno specifico affare questa dottrina si è appuntata sull'art. 2447-*quinquies*, ult. comma, c.c. secondo cui "gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo". Si è, quindi, osservato che la trascrizione del vincolo nei registri immobiliari dei beni immobili che compongono il patrimonio destinati ad uno specifico affare renderebbe il medesimo sempre opponibile nei confronti del terzo avente causa sicché, ai fini dell'efficacia dell'atto dispositivo del bene, decisiva sarebbe la necessità di menzionare espressamente in quest'ultimo l'esistenza del vincolo stesso<sup>596</sup>. In questo modo l'espressa menzione del vincolo, coordinato con l'annotazione del medesimo nel registro immobiliare darebbe luogo ad una sorta di "presunzione di conformità dell'atto dispositivo allo scopo della destinazione e, dovendosi presumere, secondo i principi generali, la buona fede in capo al terzo contraente, sarà a carico dei soggetti interessati (...) l'onere di dimostrare la mala fede, al fine di far valere l'inefficacia dell'atto dispositivo"<sup>597</sup>.

In assenza dell'espressa menzione del vincolo nell'atto di disposizione, invece, questo sarebbe da reputarsi inefficace. Alcune considerazioni portano, tuttavia, lo stesso Autore ad escludere la possibilità di estendere tale regola all'art. 2645-*ter* c.c. In assenza di un'espressa previsione legislativa in questo senso ci si domanda, infatti, se il medesimo criterio possa trovare applicazione per risolvere i conflitti fra il beneficiario e gli aventi causa qualora l'obbligo da parte del gestore, di dichiarare espressamente l'esistenza del vincolo nell'atto di disposizione, non sia stato inserito in via convenzionale nell'atto di destinazione. Inoltre è stato osservato che la regola dell'espressa menzione del vincolo, in quanto criterio formale, non sarebbe idonea ad assicurare in concreto la rispondenza dell'atto di disposizione posto in essere con lo scopo per il quale il vincolo è stato costituito, per cui in definitiva la regola non assicurerebbe al beneficiario o al conferente

---

595 Cfr. QUADRI, *La circolazione del bene destinato*, cit., 202 ss.; S. BARTOLI - D. MAURITANO, *Le clausole di attuazione del vincolo*, in BIANCA - DE DONATO, *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., 249 ss.

596 Cfr. QUADRI, *op. ult. cit.*, 202; ID., *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, in NGCC, 2006, II, 13; sul punto cfr. anche P. MANES, *Art. 2447 quinquies*, in P. MANES- F. PASQUARIELLO, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja - Branca- Galgano*, Bologna, 2013, 161, secondo la quale, invece, l'impiego dei beni del patrimonio destinato per operazioni non inerenti allo specifico affare non sarebbe opponibile ai terzi se non nei limiti dell'art. 2384, secondo comma, c.c.

597 QUADRI, *La circolazione del bene destinato*, 202; ID., *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, cit., 13; sul punto cfr. anche BARTOLI - MAURITANO, *Le clausole di attuazione del vincolo*, cit., 252 s.

un'adeguata tutela nel caso di abuso del gestore<sup>598</sup>.

Nella medesima prospettiva si è tentato di rinvenire un più adeguato criterio per risolvere gli eventuali conflitti legati alla circolazione dei beni, oggetto del patrimonio destinato, nella disciplina del fondo patrimoniale. Si deve, infatti, osservare come tale istituto preveda una precisa disciplina, sebbene in parte derogabile, relativamente al regime di circolazione dei beni che compongono il fondo. L'art. 169 c.c., ai fini della validità o efficacia dell'atto di disposizione dei beni, richiede il consenso congiunto dei coniugi nonché, in caso di presenza di minori, la previa autorizzazione del giudice<sup>599</sup>. È stata pertanto prospettata la possibilità di subordinare la validità o efficacia dell'atto di disposizione del gestore al consenso del beneficiario il quale "potrebbe risultare idoneo a porre una presunzione di conformità dello stesso atto dispositivo allo scopo della destinazione"<sup>600</sup>.

Tuttavia la necessità di assicurare l'autonomia del gestore, nonché un'agevole circolazione del bene, sconsiglia la possibilità di estendere tale regola allo schema tracciato dall'art. 2645-ter c.c.<sup>601</sup>.

In definitiva sembra corretto ritenere che il raffronto dell'art. 2645-ter c.c. con altre fattispecie che danno luogo ad un patrimonio separato non permetta di individuare regole precise circa il regime di circolazione dei beni sottoposti al vincolo<sup>602</sup>. Le regole prospettate, eventualmente, potrebbero offrire un criterio da seguire durante la redazione

---

598 In tal senso QUADRI, *La circolazione del bene destinato*, 202.

599 Come osserva QUADRI, *op. ult. cit.*, 201, "(...) nell'ipotesi di violazione dell'art. 169 c.c., della norma, cioè, deputata a regolare il regime circolatorio dei beni del fondo, il vincolo di indisponibilità risulta sempre opponibile al terzo contraente, quindi, l'atto illegittimo di disposizione versa necessariamente in una situazione patologica, salvo verificare di quale forma di patologia si tratti (...). Tale conclusione, peraltro, sembra trovare implicita conferma nell'intenzione del legislatore, tradottasi nella duplice regola disposta con l'art. 169 c.c.; la prima, nel senso di attribuire ai coniugi il potere di verificare la pertinenza dell'atto ai bisogni della famiglia, quasi a voler escludere che l'atto dispositivo posto in essere con il consenso di entrambi i coniugi possa reputarsi estraneo ai bisogni della famiglia; la seconda, in presenza di figli minori, nel senso di attribuire quella stessa valutazione all'autorità giudiziaria, quasi a voler significare che, in presenza di figli minori, i bisogni della famiglia tendono ad identificarsi (fino al punto di sovrapporsi) con i bisogni di questi ultimi"; su punto v. anche ID., *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, cit., 16 ss.

600 QUADRI, *op. ult. cit.*, 205.

601 Cfr. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 151 spec. nota 204; in questo senso lo stesso QUADRI, *op. ult. cit.*, 205, il quale osserva che "(...) se il consenso del beneficiario all'atto dispositivo, da un lato, pare rappresentare senz'altro una garanzia nel senso della più approfondita valutazione dell'interesse del beneficiario medesimo, lo stesso consenso, dall'altro, può costituire un concreto ostacolo alla circolazione del bene destinato e, quindi, in ultima analisi, può rendere non tanto agevole la gestione del bene destinato soprattutto nelle ipotesi di conflitto, contrasto o, comunque, dissidio, tra gestore e beneficiario medesimo. In secondo luogo - e questa è considerazione intimamente connessa alla precedente - la partecipazione del beneficiario all'atto dispositivo ben potrebbe dipendere dal rilascio di eventuali autorizzazioni (ad es., nel caso di minori e incapaci), così venendo a dilatare i tempi necessari al perfezionamento dello stesso atto dispositivo, con il conseguente rischio di pregiudizio proprio per l'interesse del medesimo beneficiario".

602 In tal senso anche BARTOLI - MAURITANO, *op. ult. cit.*, cit., 254.

del contratto che disciplini la *mission* del gestore, ma non sembra che dall'analisi delle predette discipline possa emergere un criterio generale cui poter fare riferimento in assenza di espresse previsioni da parte del legislatore. Questa analisi, tuttavia, sembra confermare l'idea per cui gli istituti che danno luogo ad un patrimonio separato sono destinati ad avere un impatto sul regime di circolazione dei beni che ne fanno parte<sup>603</sup>. Queste forme giuridiche, pertanto, dovrebbero essere per, quanto possibile, accompagnate da una disciplina che regoli il regime di circolazione dei beni. Come è stato osservato, "(...) il tema della circolazione del bene destinato finisce col ruotare attorno alla conciliazione di almeno due opposti interessi (...)"<sup>604</sup>.

Il legislatore, a seconda della rilevanza dell'interesse sotteso alla fattispecie, potrà prevedere regole più rigide a tutela del destinatario del patrimonio separato, come ad esempio in caso avviene di fondo patrimoniale, ove la regola dell'agire congiunto dei coniugi può rallentare la celerità degli scambi. In altre ipotesi, invece, sarà attribuita prevalenza proprio alla celerità degli scambi sacrificando gli interessi specifici dei beneficiari del patrimonio<sup>605</sup>. Tuttavia, a prescindere dalla scelta operata in concreto, queste regole nell'operare un bilanciamento fra l'esigenza di tutelare il beneficiario o i creditori del patrimonio destinato e quella di tutelare il terzo acquirente, rispondono ad una logica di certezza dei traffici giuridici: quanto più queste regole sono precise, quanto più il terzo acquirente sarà tutelato e la circolazione della ricchezza efficiente<sup>606</sup>.

#### **4.3. (segue) L'impatto dell'art. 2645-ter c.c. sulla circolazione dei beni ed il problema dei costi informativi**

Nella prospettiva tracciata, spunti interessanti sono offerti da alcuni argomenti giuseconomici che di recente sono stati avanzati a sostegno del principio del *numerus clausus* dei diritti reali<sup>607</sup>. E' ben noto come non vi sia un'opinione unanime circa le

---

603 Cfr. per tutti BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati* cit., 161 ss.

604 QUADRI, *op. ult. cit.*, 203.

605 In questo senso sembrerebbe andare la disciplina sui patrimoni destinati ad un specifico affare nonché altre ipotesi di patrimoni separati come la cortolarizzazione di cui alla l. 130/99, ove parte della dottrina ritiene che l'acquisto del terzo in buona fede sia fatto salvo. Sul punto cfr. per tutti QUADRI, *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, cit., 10 ss.

606 Sul punto cfr. ROJAS ELEGUETA, *op. ult. cit.*, 149 ss., il quale in questo senso parla di standardizzazione dei modelli di separazione patrimoniale che possono essere impiegati dall'autonomia privata.

607 Il principio di tipicità dei diritti reali costituisce tradizionalmente il principale strumento tramite cui sono vagliate le limitazioni imposte all'autonomia dei privati nella conformazione degli schemi di appartenenza delle risorse corporali e talvolta anche immateriali. Sul punto cfr. F. MEZZANOTTE, «Liberté

ragioni che giustificerebbero tale principio<sup>608</sup>. Parte della dottrina, peraltro, giunge a negarne la fondatezza<sup>609</sup>. E' stata, infatti, posta in discussione da più fronti l'impostazione secondo cui il fondamento della tipicità dei diritti reali risiederebbe nell'esigenza di impedire che la frammentazione della proprietà dei beni possa determinare un'allocatione poco efficiente<sup>610</sup>. Per contro è stato anche osservato che le logiche del mercato sembrerebbero muoversi nella direzione esattamente opposta: il problema non sembra quello di evitare l'imposizione di vincoli che possano condurre ad una immobilizzazione e ad uno sfruttamento inefficiente del bene; piuttosto, le esigenze del mercato sembrano essere quelle di individuare nuovi meccanismi che permettano di sfruttare al massimo i beni e le risorse scarse<sup>611</sup>. Questa tendenza sembra attestata, tra

---

contratuelle» e «droits réels» (*A proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese*), in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 857 s.; con riferimento ai beni immateriali RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, cit., 21 ss. Alcuni autori distinguono, poi, il principio del numero chiuso da quello della tipicità dei diritti reali. Secondo questa impostazione, i due principi sarebbero separati ma interdipendenti: per *numerus clausus* si intenderebbe l'impossibilità delle parti di dare vita a nuovi diritti reali; per tipicità (*Typenzwang*) si farebbe, invece, riferimento al potere riconosciuto alle parti di determinare il contenuto del diritto reale nell'ambito del tipo ammesso dalla legge. Sul punto cfr. A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 236, il quale rileva che "Per parte mia condivido (...) la identificazione del problema della tipicità di contenuto dei diritti reali con quello del loro numero chiuso: infatti la determinazione legislativa di un contenuto tipico, inderogabile dell'autonomia privata, di singole figure di diritti reali, e la impossibilità per i privati di dar vita a figure atipiche, non legislativamente previste, dei medesimi, costituiscono due facce della stessa medaglia"; cfr. anche COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 225 s.

608 Per un'approfondita analisi e ricostruzione storica della diffusione del principio di tipicità dei diritti reali in Italia e Francia cfr. A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, 445 ss.

609 Cfr. per tutti R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 908.

610 Le ragioni sottese al principio del *numerus clausus* dei diritti reali sono comunemente individuate nell'esigenza di politica economica di assicurare il più intenso sfruttamento della ricchezza e la sua massima circolazione. In estrema sintesi, secondo questa impostazione, tale principio sarebbe giustificato dall'esigenza di impedire che la frammentazione della proprietà dei beni possa determinare una allocatione poco efficiente. In questo senso cfr. per tutti F. GALGANO, *Diritto privato*, 6° ed., Padova, 1990, 155. Tale impostazione è spiegata in una prospettiva giuseconomica con la nota *tragedy of the anticommons*. L'eccessiva frammentazione delle prerogative proprietarie tra loro non più coordinate condurrebbe, infatti, ad un risultato inefficiente ossia, ad una sorta di stallo circa la possibilità di disporre del bene e adottare decisioni gestionali. Si osserva, in questo senso, che i costi di transazione imposti alla collettività per riunificare un diritto sarebbero molto più alti di quelli che il titolare sopporta per frammentarlo, da qui l'esigenza di contenere tale fenomeno. In tal senso cfr. M. A. HELLER, *The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111, *Harv. L. Rev.*, 1998, 621 – 688, spec. 670: "An object is held as anticommons property if one owner holds one Honorè's core rights in an object, and a second owner holds the same or another core rights in an object, and so on, with no hierarchy among these owners' rights or clear rules for conflict resolution"; F. PARISI, *The Asymmetric Coase Theorem: Dual Remedies for Unified Property*, *George Mason Law & Economics Research Paper*, No. 13, 2001, reperibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=264314>, B. W. F. DEPOORTER - F. PARISI, *Fragmentation of Property Rights: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes*, *Global J. F.*, 3, 2003, Article 2; E. BAFFI, *Gli «anticommons» e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 2005, 455 ss.; U. MATTEI - A. GALLARATI, *Economia politica del diritto civile*, Torino, 2009, 28.

611 Cfr. MORELLO, *op. ult. cit.*, 75, secondo il quale "(...) sono venute meno in modo definitivo, noi crediamo, quelle ragioni di ordine pubblico che un tempo erano alla base del principio del numero chiuso dei diritti reali. Di conseguenza, la frammentazione della proprietà (*plura domina*) col rischio di pregiudicare l'efficiente gestione dei beni non è più considerato un limite che possa impensierire i giuristi"; in tal senso cfr. anche GAMBARO, *La proprietà*, cit., 95, secondo il quale il mercato sarebbe più

gli altri fenomeni, dalla comparsa nel mercato della figura della multiproprietà. E' stato inoltre osservato che il principio del numero chiuso dei diritti reali non sarebbe nemmeno perfettamente idoneo ad impedire l'eccessiva frammentazione della proprietà. Nulla esclude che sia possibile dar luogo a situazioni inefficienti sotto il profilo dello sfruttamento del bene, anche mediante la costituzione sul medesimo di una molteplicità di diritti reali tipici o attribuendo il medesimo in comproprietà<sup>612</sup>.

In tale contesto, un particolare interesse rivestono a nostro avviso gli studi di Merrill e Smith, i quali mettono in luce come la tendenza delle Corti americane sia quella di riconoscere nuove forme di *property rights* solo qualora queste siano riconducibili a schemi tipici<sup>613</sup>. Mediante questo procedimento, le Corti assicurerebbero una «standardizzazione» del contenuto di questi diritti, nel senso che impedirebbero il proliferare di nuove categorie il cui effettivo contenuto sia di difficile accertamento<sup>614</sup>.

---

efficiente laddove i diritti di proprietà fossero tutti commerciabili ma anche frazionati, piuttosto che "severamente ricompattati in un'unica forma di appartenenza"; MATTEI, *La proprietà*, cit., 223, secondo il quale "lo smembramento della proprietà, dunque, ha delle potenzialità efficienti, perché consente l'allocazione del potere decisionale, rispetto ad un bene, a chi lo valuta di più, con la possibilità di esclusione di tutti gli altri dal bene stesso"; RESTA, *op. cit.*, 24, il quale rileva che "Oggi il tema dell'efficiente utilizzazione di beni connotati dal carattere della rivalità nel consumo non è più considerato dirimente, se non altro perché si è imposta l'idea che il miglior giudice dell'economicità nell'uso delle risorse non possa essere se non il mercato medesimo"; S. VAN ERP, *A numerus quasi clausus of Property Rights as a constitutive Element of a Future European Property Law, in Netherlands Comparative Law Association*, vol. 7/2, 2003, il quale osserva che "*Numerus clausus doctrine also serves an economic purpose and that this purpose should always be borne in mind. For that reason, i would argue that the strict civil law numerus clausus doctrine should not be applied as strictly as it is done in, e.g. The Netherlands. It should devoloop towards a numerus quasi-clausus: some flexibility is needed to regulate new forms of rights in property, such as the trust and time-share arrangements. If the legislature does not act, courts should, but with extreme care*"; B. RUDDEN, *La Teoria economica contro la «Property Law»: Il problema del «numerus calusus» in Riv. crit. dir. priv.* 2000, 468, secondo il quale "Ciò che il restatement non spiega è perché le corti, e non il mercato, debbano risolvere i problemi complessi relativi all'utilizzo dei fondi"; MEZZANOTTE, «Libertè contratuelle» e «droits réeles» (*A proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese*), 868 s. Per di più, come osserva GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, cit., 226 s., le applicazioni concrete, sembrano essere ulteriormente ostacolate dall'attuale crisi nella messa a punto delle distinzioni tra diritti reali e diritti di credito. Al riguardo cfr. anche cfr. A. GUARNERI, voce *Diritti soggettivi* (categorie di), in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, V, Torino, 1989, 438 ss.; ID, *Diritti reali e diritti di credito*, in GAMBARO - MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, cit., 28 ss.

612 In tal senso per tutti MERRIL- SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, cit. 6, i quali rilevano che *The primary candidate for an economic explanation has been the suggestion that the numerus clausus is a device for minimizing the effects of durable property interests on those dealing with assets in the future, and in particular the effects of excessive fragmentation of interests. On this view, the numerus clausus serves to prevent situations in which too many individuals have a veto right over the use or disposition of resource. But whatever the merits of this anti-fragmentarian view for the other property doctrines, it does not fully explain the numerus clausus, which is aimed at limiting types of rights, not the number of rightolders. As ve show below, limiting fragmentation is at best an incidental effects of the numerus clausus, and does not appear to be a sufficinely robust explanation to account for the univesal nature of the doctrine and its tenacious hold on postfeudal legal systems*; cfr. anche MEZZANOTTE, *The Interrelation Between Itellectual Property Licenses and The Doctrine of Numerus Clausus*, cit., 14 ss.

613 Cfr. MERRIL- SMITH, *op. ult. cit.*, 579 s.

614 MERRIL- SMITH, *op. ult. cit.*, 18 ss.; sul punto cfr. anche MORELLO, *op. ult. cit.*, 103 ss.



Quindi nel sistema statunitense, per ragioni pratiche, è utilizzato solo un numero limitato di categorie di *property rights*, anche se ciò non significa che il numero sia completamente chiuso. La necessaria «standardizzazione» dei *property rights* deriverebbe dall'esigenza di garantire ai terzi una più agevole conoscibilità del contenuto del diritto che si intende acquistare, attenuando i costi legati alle indagini preventive preordinate a accertarne il contenuto<sup>615</sup>. Nella prospettiva delineata sarebbe, infatti, possibile raggiungere una «standardizzazione ottimale» dei *property rights* quando i benefici offerti dalle nuove figure superano o eguagliano i costi sociali connessi intendo alla determinazione del contenuto del diritto che si intende acquistare<sup>616</sup>.

In una prospettiva analoga, altri Autori ritengono, invece, che l'esigenza di «*standardization*» non sarebbe tanto legata alle caratteristiche del diritto che si intende acquistare (tesi della «*communication*») quanto alle indagini che gli acquirenti dovrebbero espletare per verificare a chi spetti la titolarità del diritto e, dunque, i poteri di disporre<sup>617</sup>. In caso contrario, gli acquirenti non sarebbero in grado di avere le informazioni corrette per accertare gli oneri gravanti sui beni e, quindi, il valore degli stessi, stimando correttamente i rischi connessi all'acquisto<sup>618</sup>.

---

615 MERRIL- SMITH, *op. ult. cit.*, cit., 6, "The root of the different we suggest (gli Autori si riferiscono, ad un lato del confronto alla possibilità delle parti di dar vita ad ipotesi negoziali senza alcun limite, dall'altro lato alla presenza di «forme proprietarie» limitate e standardizzate), *steams from the in rem nature of property rights: When property rights are created, third parties must expend time and resources to determinate the attributes of these tights, both to aviod violating them and to determinate the attributes of these rights, both to aviod violating them and to acquire them from present holders. The existence of unusual property rights increases the cost of processing information about all property rights,. Those creating or transferring idiosyncratic property rights cannot always be expected to take these increases in measurement costs fully into account, making them a true externality. Standardizdation of property rights reduces these measurement costs*"; H. E. SMITH, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, *Stanford L. R.*, 55, 2003, 1160 ss; ID. *Property and Property Rules*, *N. Y. U. L. Rev.*, 79, 2004, 1768 ss.; in tal senso ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 159, osserva che "La legge, attraverso la creazione di modelli predefiniti assolverebbe una funzione informativa consegnando alle parti pacchetti standard di diritti di pronta comprensione".

616 Cfr. MERRIL- SMITH, *op. ult. cit.*, 38 s., i quali osservano che: "We are now in a position to see how the *numerus clausus* functions to promote the optimal standardization of property rights. From a social point of view, the objective should be to minimize the sum of measurement (and error) costs, frustration costs, and administrative costs (...). Extreme standardization would frustrate many of the purposes to which property rights are put. On the other hand, total freedom to customize rights would create large third-party measurement and error costs and hig administrative costs (...). The *numerus clausus* principle can be seen from this prospective as a device that moves the system of property rights in the direction of the optimal level of standardization (...). By creating a strong presumption against judicial recognition of new forms of property rights, the *numerus clausus* imposes a brake on efforts by parties proliferate new forms of property rights. On the other hand, by grandfathering in exisiting forms of property, and permitting legislative creation of new forms, the *numerus clausus* permits some positive ositive level of diversification in the recognized forms of property".

617 HANSMANN - KRAAKMAN, *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, cit., 373 ss.

618 Come rilevano HANSMANN - KRAAKMAN, *op. cit.*, 384, "A central problem of property law is to

Entrambe le tesi, in ogni caso, mettono in luce l'esigenza avvertita dall'ordinamento statunitense di assicurare in capo ai terzi (acquirenti, creditori, etc.) informazioni chiare e precise su diritti che «seguono il bene», garantendo così una loro efficiente circolazione ed una maggiore certezza e fluidità nelle contrattazioni<sup>619</sup>.

Detto in altri termini, il problema che tradizionalmente sembra essere ricollegato al principio di tipicità dei diritti reali, viene inquadrato quale problema di comunicazione ai terzi del contenuto dei diritti che «seguono il bene». Come è stato osservato "Le informazioni chiare e precise favoriscono ed assicurano una più efficiente circolazione dei beni, poiché semplificano gli accertamenti necessari per i terzi acquirenti ed evitano anche i problemi connessi ad eventuali accordi con terzi titolari di diritti opponibili ai terzi (accordo che comporta sempre negoziati complessi ed accertamenti difficili dei diritti concorrenti alla proprietà). In tal modo diminuiscono fortemente i costi di transazione e si attenua il rischio di esternalità a carico di acquirenti e creditori con problemi ed inefficienze"<sup>620</sup>.

La tesi illustrata è stata accolta, e per alcuni versi ulteriormente sviluppata, in Italia da Umberto Morello, il quale ha osservato come tale risultato, ossia la formazione di informazioni chiare e semplici sul contenuto dei diritti insistenti sul bene opponibili ai terzi, sia raggiungibile: a) qualora il contenuto del diritto sia riassumibile in pochi

---

*provide mechanisms for solving these verification problems - or, as it is more commonly put, to assure effective notice. To solve these problems, property law employs a variety of verification rules. A verification rule sets out the conditions under which a given right in a given asset will run with the asset. There is a strong relationship between verification rules and the types of property rights - or rather, the forms of ownership - that the law is prepared to recognize. Indeed, the two are inextricably intertwined in any legal regime for property rights"; sul punto cfr. anche R. A. EPSTEIN, *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes Comments*, *Southern California L. R.*, vol. 55, 1981, 1353 ss.; BENATTI, *Le forme della proprietà*, cit., 170 ss.*

619 Come osserva MORELLO, *op. ult. cit.*, 119, nota 131 s., "Alla fine l'approccio di HANSMAN - KRAAKMAN non è sostanzialmente diverso da quello di MERRIL - SMITH. MERRILL - SMITH sottolineano soprattutto la comunicazione di notizie che è implicita nel *nomen* del nuovo diritto e quindi nei contenuti del diritto comunemente condivisi (ma i contenuti possono derivare anche da prassi consolidate). HANSMANN - KRAAKMAN spostano l'attenzione piuttosto sulle regole di verifica"; BAFFI, *op. ult. cit.*, 469, il quale con riferimento alla tesi di Merrill - Smith, osserva che "L'analisi dei lavori dei due Autori sembra rivelare cioè una qualche sovrapposizione dei due problemi: da una parte vi è il problema dei maggiori costi di informazione che devono sopportare i soggetti intenzionati ad acquistare beni nel caso in cui vi sia la possibilità che sui beni stessi gravino diritti reali atipici (e in questo caso si ricade nella *verification theory*), dall'altra vi è il problema dei maggiori costi di transazione che due soggetti che intendono compiere uno scambio devono sopportare nel caso in cui il linguaggio non sia codificato (e in tal caso si può correttamente parlare di «*communication theory*»); BENATTI, *op. ult. cit.*, 172.

620 MORELLO, *op. ult. cit.*, 121; in tal senso anche STRUYCKEN, *The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property*, 80, secondo il quale "*I opt for maintaining and enhancing the primacy of the the legislature. Apart from the well-known general reasons for codified law, such as legal certainty, foreseeability, and democratic legitimacy, the primacy of the legislature in the development of property law is justified by the impact of property rights in society. Their effect on third parties requires a higher level of certainty: third parties should be able to know what to expect. Also, the long-term effects of property rights require policy choices for which the legislature is better equipped than a court*"; sul punto cfr. anche RESTA, *op. cit.*, 24; AMBROSOLI, *op. cit.*, 255.

elementi essenziali che lo caratterizzano (standardizzazione); b) qualora si preveda una limitazione delle comunicazioni essenziali per i terzi ai soli punti rilevanti in ordine alla circolazione del bene, accompagnate dalla regola dell'irrilevanza al richiamo di titoli complessi e, quindi, alla necessità di una nota informativa come unico punto di riferimento per la pubblicità. Questa seconda regola può essere riassunta con il termine "semplificazione"<sup>621</sup>.

Senza entrare nel tema dei rapporti tra tali riflessioni e il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, va avvertito che gli studi menzionati mettono in luce, dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, la circostanza per cui le informazioni chiare e precise favoriscono ed assicurano una più efficiente circolazione dei beni, in quanto semplificano gli accertamenti necessari per i terzi acquirenti<sup>622</sup>. Tale lettura ha, inoltre, rilevato il ruolo centrale che i sistemi pubblicitari assumono in questo contesto e come vi sia una connessione fra l'esigenza di standardizzare il contenuto dei diritti opponibili ai terzi e le regole sulla trascrizione<sup>623</sup>, così come ampiamente dimostrato dalla

---

621 Come osserva MORELLO, *op. ult. cit.*, 121 ss. "Ora, le informazioni sono chiare e semplici se: il contenuto del nuovo diritto reale è sufficientemente condiviso e noto; se è riassumibile in pochi elementi essenziali (standardizzazione); se è legalmente irrilevante il rinvio a titoli che implicano regole di verifica complesse in fase di trasferimento. (...) Per 'semplificazione' intendiamo l'obbligo di sintetizzare le notizie rilevanti per i terzi (che devono essere rese pubbliche con il sistema della trascrizione o con altre forme di pubblicità) strettamente correlate alla circolazione dei beni e cioè le notizie in ordine ai poteri di amministrazione ed alienazione del bene da parte del titolare (...) Sottolineiamo ancora che la semplificazione deve essere accompagnata da regole tali da rendere irrilevante il richiamo ai titoli che giustificano l'acquisto del diritto. Per essere efficiente la semplificazione deve infatti essere *esaustiva*: non deve essere consentita alcuna *relatio* ad elementi esterni".

622 In tal senso già EPSTEIN, *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes Comments*, cit., 1355 s., secondo il quale, con riferimento alle servitù, il principio di tipicità sarebbe necessario solo in assenza di un adeguato sistema pubblicitario. Quest'ultimo, infatti, sarebbe in grado di abbattere i costi informativi imposti ai terzi acquirenti. Come osserva l'A., "*Record notice becomes the uniform coin of the real. It is superior to actual notice and to any alternative form of constructive notice, e.g., notorious possession, because of the greater certainty it creates. And while it imposes upon prospective purchasers thereby protects those who make the search with a completeness that the common-law rules could not provide*".

623 Già N. COVIELLO, *Della trascrizione*, 2° ed, I, in *Il diritto civile italiano diretto* da Fiore e Brugi, Napoli - Torino, 1924, 243 ss., aveva osservato che: "quando s'adduce l'argomento che il proprietario è libero di disporre delle cose sue nella maniera più assoluta, e quindi può limitare il suo diritto di proprietà come voglia, costituendo dei diritti reali, non si tiene conto che del solo elemento individuale della proprietà e si trascura del tutto quello non meno importante ch'è il sociale (...) E invero se il diritto reale ha la sua pratica e maggiore importanza in quanto ha efficacia *erga omnes*, è evidente l'interesse dei terzi di sapere (...) quali siano i pesi che possono gravare su di una cosa, per avere, prima di contrattare, modo di eseguire le opportune ricerche, onde l'acquisto che vengono a compiere sia sicuro per quanto possibile"; sulla posizione di Coviello si vedano tuttavia i rilievi di BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, cit., 590 ss.; ma soprattutto RUDDEN, *La teoria Economica contro la «Property Law»: il problema del «Numerus Clausus»* cit., 470 s., e 480, aveva già rilevato come una efficiente circolazione dei beni sia legata ai problemi informativi dei terzi acquirenti sicché "in primo luogo i costi transattivi possono essere ridotti organizzando un sistema di registri fondiari"; H. E. SMITH, *Property as the law of things*, in *Harvard L. R.*, 125, 2012, 1709; GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, cit., 229, il quale rileva che "(...) è da osservarsi che se il problema di fondo si riduce a quello generato da una disimmetria informativa, allora la soluzione ovvia coincide con l'introduzione di un sistema di pubblicità. Per conseguenza la tipicità deve considerarsi una regola ancillare, dipendente dal

discussione tedesca sul "*Vereinfachungsprinzip*"<sup>624</sup>.

Anche nell'ordinamento italiano, sembra corretto ritenere che, qualora vi sia un conflitto fra più aventi causa da risolvere in base al criterio di cui all'art. 2644 c.c., l'opponibilità ai terzi possa essere assicurata nei limiti del contenuto della nota di trascrizione. Come è stato osservato "E' principio da tutti condiviso, infatti, che il titolo è necessario per richiedere la trascrizione (artt. 2657 e 2658 c.c.), ma solo il contenuto della nota, che ne deve riassumere i soli effetti reali, può delimitarne con esattezza i

---

tipo di organizzazione del sistema di pubblicità in uso e non già un principio dotato di una giustificazione a se stante"; ID., *La proprietà*, cit., 74 s.; sul punto ampiamente MEZZANOTTE, «Liberté contratuelle» e «droits réelles» (*A proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese*), cit., spec. 872 s.; ID., *The Interrelation Between Intellectual Property Licenses and The Doctrine of Numerus Clausus*, cit., 10 ss.; P. SPARKERS, *Certainty of Property: Numerus Clausus or the Rule with No Name?*, in *Eu. Rev. Private Law*, 20, 2012, 784 s. Del resto, anche coloro che hanno criticato la tesi prospettata, in quanto ritengono che il principio del *numerus clausus* dei diritti reali si fondi su ragioni giuridico formali, riconoscano che la loro standardizzazione facilita l'organizzazione dei sistemi pubblicitari e limita, pertanto, i costi informativi dei terzi. In tal senso cfr. A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi economica del diritto*, in *NGCC*, 2011, II, 331 ss., secondo il quale "Partendo da certe premesse e volendo dimostrare che la libertà di creare contrattualmente diritti reali è contraria ai principi economici, il ragionamento è fondamentalmente corretto anche se (come del resto ogni ragionamento economico) si basa su un modello astratto, presuppone attori del mercato improntati a razionalità e calcola costi e vantaggi in modo necessariamente soggettivo e in parte arbitrario, rischiando così di risultare talvolta più astratto dello stesso metodo concettuale (...). I diritti reali sono tipici e in numero limitato non, come pure spesso si è scritto, perché in questo modo è più facile organizzare la pubblicità e la conoscibilità da parte dei terzi. Certo, questi scopi sono più facilmente raggiungibili quando i diritti reali sono figure limitate; ma il punto fondamentale è che in nessun modo la conoscibilità di un limite posto ad un diritto reale che si è acquistato può essere equiparata alla conoscenza né, tanto meno (ed è questo il solo punto che interessa) al consenso manifestato dall'acquirente". E', peraltro, singolare rilevare in alcuni Autori che sostengono la tipicità dei diritti reali e la tassatività delle fattispecie trascrivibili una circolarità di argomentazioni. Come osserva, G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, in *I quaderni della Riv. dir. civ.*, Padova, 2010, 103 s., "(...) collegare come supporto al principio del numero chiuso dei diritti reali il disposto dell'art. 2643 c.c., che individua i diritti reali soggetti a pubblicità, è argomento circolare perché da una parte si afferma quanto sopra dall'altra si proclama la tassatività della pubblicità degli effetti, per quanto riguarda i diritti reali, invocando la tipicità dei diritti reali". Sebbene il predetto modo di argomentare non possa essere condiviso, esso rileva senz'altro una connessione fra i due principi i quali in qualche modo assolvono alla medesima funzione, ossia quella della certezza dei traffici giuridici. Utilizza tale argomentazione lo stesso G. BARALIS, *I diritti reali di godimento: aspetti generali*, in N. LIPARI - P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile, La proprietà e il possesso*, vol. 2, Milano, 2009, 181, ove l'A. osserva che "Il principio del numero chiuso trova un primo riscontro di diritto positivo. L'art. 2643 c.c. delimita chiaramente i diritti reali soggetti a trascrizione. L'elencazione è da ritenersi tassativa". L'A., tuttavia, a pag. 193, s. osserva che "Riteniamo incompleto anche il criterio collegato alla difesa delle aspettative dei terzi, essendo il diritto reale tipicamente destinato a circolare, pur concordando, come prima scritto, che tale esigenza è una di quelle che fondano il principio di tipicità. Per la verità l'esigenza non è solo quella generica di tutelare i terzi acquirenti che si informeranno tramite il mezzo pubblicitario, ma di garantire una certa uniformità della struttura dei diritti reali, rispetto alle aspettative del mercato composto di (...) terzi in genere che fanno affidamento su una certa divisione di poteri e obblighi fra proprietario e titolare del diritto reale di godimento; soggetti tutti per i quali è impensabile una previa consultazione dei registri immobiliari e anzi sarebbe contro le ragioni del mercato imporgliela. Si tratta, quindi, più propriamente di una esigenza di tutela del traffico giuridico"; al riguardo cfr. anche A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, 159.

624 Sul punto MORELLO, *op. ult. cit.*, 92 ss; CEOLIN, *op. ult. cit.*, 250 s., il quale rileva che "Il principio ha trovato una applicazione più concreta rispetto alle teorizzazioni francesi mediante l'elaborazione del principio-corollario in forza del quale gli elementi essenziali del diritto reale devono risultare in modo chiaro, semplice ed esaustivo; deve cioè esserci una semplificazione o standardizzazione (c.d. *Vereinfachungsprinzip*) dei contenuti del diritto al fine della pubblicità e (quindi) dell'opponibilità ai terzi".

diritti opponibili ai terzi"<sup>625</sup>. La Corte di Cassazione è saldamente attestata nell'affermare tale principio<sup>626</sup> il quale trova, in primo luogo, una giustificazione formale nell'art. 2665 c.c., poiché dalla norma si evince che, la possibilità di superare l'invalidità della nota derivante da eventuali inesattezze ed omissioni delle indicazioni contenutistiche (prescritte dall'art. 2659 c.c.), si può fondare esclusivamente sulla base dell'apprezzamento della nota stessa<sup>627</sup>. In altre parole, deve emergere esclusivamente dalla nota se essa è in grado o meno di svolgere la sua funzione di identificare e

---

625 MORELLO, *op. ult. cit.*, 78 s.; in tal senso cfr. anche L. FERRI, M. D'ORAZI – FLAVONI, P. ZANELLI, *Trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja –Branca – Galgano*, 3° ed., Bologna – Roma, 1995, 387, secondo i quali "(...) si deve intendere reso pubblico solo ciò che risulta dalla nota. La misura della pubblicità, e quindi della opponibilità, di un titolo è data dalla nota di trascrizione, così [inserita] riprodotta nel registro particolare delle trascrizioni"; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 19, *Tutela dei diritti*, primo tomo, 2° ed., Torino, 1997, 170; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La Trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IX, 3° ed., Torino, 2012, 316 ss.; E. FABIANI - A. PROTO PISANI, *Ipotesi «anomale» di trascrizione delle domande giudiziali e invalidità della trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 221 ss.; E. FABIANI, *Trascrizione erronea, apparenza del diritto, pignoramento e conflitto fra più «pretendenti» in relazione al medesimo bene immobile* in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 547 ss.; G. BARALIS, *La nota di trascrizione*, in *Trattato della Trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, III, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, Milano, 2014, 22 ss.

626 Particolarmente chiara sul punto Cass., 31 agosto 2009, n. 18892 in *Giust. civ.*, Mass., 2009, 7-8, 1206, la quale ha ribadito il principio secondo cui "La nota di trascrizione rende infatti opponibile a terzi solo ed esclusivamente quanto emerge dalla nota medesima. Per Stabilire se e in quali limiti un determinato atto trascritto sia opponibile a terzi deve aversi riguardo esclusivamente al contenuto della nota di trascrizione, dovendo, le indicazioni riportate nella nota stessa consentire di individuare, senza possibilità di equivoci e di incertezze, gli estremi essenziali del negozio ed i beni ai quali esso si riferisce, senza necessità di esaminare anche il contenuto del titolo, che insieme con la nota, viene depositato presso la conservatoria dei registri immobiliari"; in senso conforme *ex multis* v. Cass., 6 giugno 2014, n. 12835 in *Guida al diritto*, 2014, 49; Cass., 4 dicembre 2012, n. 21758 in *Giust. civ.*, Mass. 2012, 12, 1374, Cass., 5 marzo 2007 n. 5028 in *Guida al diritto*, 2007, 68; Cass., 1 giugno 2006, n. 13137, in *Dir. famiglia*, 2007, 1102 e *Il civilista*, 2007, 6. Con riferimento alle servitù prediali, v. Cass., 25 marzo 1980, n. 1992, in *Riv. notariato*, 1980, 945, ove si legge che "In tema di servitù prediali convenzionali l'indagine sulla opponibilità della servitù ai terzi acquirenti del fondo servente va effettuata con esclusivo riferimento al contenuto della nota di trascrizione del contratto, dalla quale soltanto debbono potersi desumere l'indicazione del fondo dominante e di quello servente la volontà delle parti di costituire la servitù, nonché l'oggetto e la portata del diritto."; Cass., 16 novembre 1985, n. 5626, in *Riv. giur. edil.*, 1986, I, 88, ove si legge che "Allorquando un contratto di compravendita contenga una clausola costitutiva del diritto di servitù prediale a favore dell'immobile oggetto del contratto stesso e a carico di altro immobile di proprietà del venditore, è necessario - al fine dell'opponibilità della servitù ai terzi successivi acquirenti del fondo servente - che costoro possano individuare quest'ultimo bene dal contenuto della nota di trascrizione, senza possibilità di equivoci o incertezze e senza compiere ulteriori indagini"; Corte d'Appello di Palermo, 10 ottobre 1986, in *La Temi siciliana*, 1989, 618, secondo cui "Per stabilire se ed in quali limiti un determinato atto sia opponibile ai terzi, deve, aversi riguardo esclusivamente al contenuto della relativa trascrizione; perché possa considerarsi efficacemente trascritto anche il negozio costitutivo di servitù, stipulato contestualmente ad un contratto di compravendita, è sufficiente che, dal contenuto della nota di trascrizione, siano individuabili la natura della servitù ed i fondi cui inerisce, ancorché non risulti la precisa espressione giuridica".

627 Cass., 6 giugno 2014, n. 12835 cit., ove si legge che "Il principio per cui la posizione dei terzi in ordine all'opponibilità di un atto trascritto si misura esclusivamente su quanto risulta nella nota di trascrizione trova riscontro proprio nella norma dell'art. 2655 c.c., di cui è denunciata la violazione, poiché da essa emerge che le conseguenze delle eventuali inesattezze ed omissioni delle indicazioni contenutistiche della nota (prescritte dall'art. 2659) sono disciplinate con una regola che ammette il loro superamento soltanto sulla base di essa (cioè del suo tenore) così come risulta nonostante le inesattezze ed omissioni stesse, e non già con una regola che consenta di superarle attraverso il ricorso ad elementi esterni alla nota".

riassumere la notizia cui si riferisce.

L'obbligo della compilazione della nota di trascrizione ai fini della trascrizione nei pubblici registri, le rigide prescrizioni circa il contenuto (art. 2659 c.c.) e la predisposizione di un'apposita invalidità consentono di ritenere che il nostro sistema pubblicitario si fonda sul principio dell'autonomia della nota di trascrizione rispetto al titolo<sup>628</sup> o, come è stato definito in dottrina, sul principio dell'«autosufficienza» della nota<sup>629</sup>. E' quindi possibile rinvenire alcuni principi fondamentali in materia di trascrizione condivisi dalla giurisprudenza unanime e dalla dottrina assolutamente prevalente, i quali sono stati efficacemente riassunti nel seguente modo: “quello tendente ad identificare l'oggetto della pubblicità (e della conseguente opponibilità degli effetti ai terzi) con quanto risulta dalla nota (e non dal titolo) e ad escludere, al contempo, la sussistenza di un obbligo del terzo, che effettui una visura in Conservatoria, di consultare (anche) il titolo; quello della c.d. prevalenza della nota sul titolo in ipotesi di divergenza fra gli stessi”<sup>630</sup>.

Ovviamente, come già precisato, la prevalenza della nota rispetto al titolo è affermata nel senso di escludere la possibilità di opporre ai terzi tutto ciò che, sebbene contenuto nel titolo, non sia riportato nella nota. E' da escludere, tuttavia, che il medesimo principio possa valere nell'ipotesi in cui la nota riporti informazioni che non trovano riscontro nella realtà e siano quindi difformi dal titolo (come ad esempio qualora la nota indichi il bene X, ma oggetto dell'atto di vendita sia il Y). La pubblicità immobiliare in Italia svolge, nella maggior parte dei casi, una funzione dichiarativa e, pertanto, non costituisce elemento di validità del negozio trascritto. Ne consegue che essa non può avere l'effetto di mutare la realtà dei fatti, ma da tale circostanza, non sembra possa trarsi un'argomentazione valida per contestare i suddetti principi.

Peraltro, in questo caso è corretto ritenere che l'errore, determinando incertezza sul bene, comporti la nullità della trascrizione *ex art. 2655 c.c.*, sicché il conflitto fra i

---

628 In tal senso cfr. FERRI, D'ORAZI – FLAVONI, ZANELLI, *Trascrizione* cit., 387 s.; FABIANI - PROTO PISANI, *Ipotesi «anomale» di trascrizione delle domande giudiziali e invalidità della trascrizione* cit., 221 ss.; FABIANI, *Trascrizione erronea, apparenza del diritto, pignoramento e conflitto fra più «pretendenti» in relazione al medesimo bene immobile* cit., 549, secondo il quale tali principi risiedono "nella scelta di fondo a suo tempo operata dal nostro legislatore in favore, non del sistema - proprio della originaria impostazione francese (...) ma di quello - già in uso per le iscrizioni ipotecarie - della «pubblicità fondata sulla copia nel registro pubblico, delle indicazioni contenute nella nota»; da cui anche la configurazione della nota quale «sunto del titolo»; da ultimo BARALIS, *La nota di trascrizione*, cit., 22 ss., il quale, peraltro, a pag. 22, rileva che "Il titolo rimane valido ed efficace fra le parti indipendentemente dalla nota e quest'ultima costituisce (...) autonoma 'informazione dell'informazione', come già scritto. La pubblicità immobiliare, quindi, è pubblicità forte proprio in ragione di tale autonomia (...).

629 TRIOLA, *La Trascrizione*, cit., 318.

630 FABIANI, *op. cit.*, 549.

soggetti che vantino pretese incompatibili sul bene non potrà essere risolto sulla base dei principi della trascrizione<sup>631</sup>. Nell'ipotesi illustrata, quindi, non appare corretto affermare che vi sarebbe la prevalenza del titolo sulla nota. Per tali ragioni, non è condivisibile la tesi - rimasta del tutto isolata - secondo cui, ai fini dell'opponibilità sarebbe sempre necessario fare riferimento al titolo e non al contenuto della nota, con la conseguenza che il terzo, nell'espletare le indagini nei pubblici registri, avrebbe sempre l'onere di consultare tutti i titoli<sup>632</sup>.

In secondo luogo, l'autonomia della nota rispetto al titolo risponde ad esigenze di efficienza, poiché sintetizza le informazioni cui deve essere resa pubblicità, velocizzando il procedimento e rendendo più agevole la consultazione dei pubblici registri<sup>633</sup>. La nota, proprio perchè autonoma, esime i terzi dalla consultazione del titolo,

---

631 In tal senso anche FABIANI, *op. cit.*, 552 ss.

632 In questo senso cfr. V. TAGLIAFERRI, *Circolazione dei beni immobili e trascrizione*, in GAMBARO - MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 838, la cui tesi sembrerebbe fondarsi sul presupposto per cui il titolo prevarrebbe sempre rispetto alla nota. Tuttavia, come si è detto, anche alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza, è necessario compiere una distinzione. Qualora nella compilazione della nota si ometta di riportare alcune informazioni rilevanti, vigendo il principio dell'autoresponsabilità, le conseguenze negative di tali omissioni dovranno essere sopportate da colui che compila la nota e, pertanto, quest'ultimo non potrà opporre al terzo le informazioni che abbia ommesso di riportare in nota. In questo caso è, quindi, possibile affermare la prevalenza della nota sul titolo. Come si è detto, diversa è l'ipotesi in cui la nota riporti informazioni inesatte che non trovano riscontro nel titolo, come l'indicazione del ben X piuttosto che del bene Y. In questo caso, il principio dell'autosufficienza della nota non può portare a ritenere che la trascrizione determini un mutamento della realtà con effetti costitutivi. Il limite, come si è detto, deriva della stessa natura degli effetti della trascrizione. Tale ipotesi, pertanto, non può essere assimilata a quella precedente riguardante l'opponibilità al terzo di informazioni non trascritte. Pertanto, tale circostanza non costituisce ragione valida per predicare la prevalenza del titolo sulla nota, né tantomeno per ritenere che sul terzo incomba l'onere di consultare il titolo. Al riguardo, particolarmente convincenti le osservazioni di BARALIS, *op. ult. cit.*, 26 ss.; FABIANI, *op. cit.*, 550 ss.; in giurisprudenza v. *ex multis* Cass., 6 giugno 2014, n. 12835 cit., la quale, in questo senso, ha precisato che "Rispetto al terzo, l'atto al quale la notizia si riferisce e, quindi, il soggetto, affinché la pubblicità - notizia (nella quale consiste la trascrizione) possa svolgere i suoi effetti nei suoi confronti, risultano individuati esclusivamente da quel contenuto. L'individuazione di quest'ultimo è affidata, a sua volta, all'esclusiva responsabilità del soggetto che richiede la trascrizione, al quale, per quel che interessa gli atti tra vivi, incombe l'onere di procedervi redigendo la nota di trascrizione (art. 2659 cod. civ.), il cui contenuto viene dalla legge dettagliatamente specificato e si sostanzia in una rappresentazione per riassunto dell'atto da trascrivere. Una volta redatta la nota ed avvenuta la trascrizione sulla sua base il contenuto della pubblicità - notizia è solo quello da essa desumibile, ed a colui che della notizia si avvale (almeno agli effetti delle conseguenze che la legge ricollega alla trascrizione con riferimento alla circolazione dei beni Immobiliari) non incombe alcun onere di controllo ulteriore. Nella giurisprudenza di questa Corte i principi appena indicati sono consolidati".

633 Come osserva BARALIS, *op. ult. cit.*, 3 s., "Sistemi, invece, che premiano l'efficienza non solo prescindono dalla buona fede, ma in nome della prima e della celerità, usano il titolo come base di una informazione, che può dar luogo ad opponibilità, realizzata però con un documento separato che sintetizza, velocizzando, gli elementi precipi dell'informazione, appunto la nota, la quale a questo punto diventa patentemente la 'spia', per così dire, di un sistema pubblicitario che poggia su tali principi"; già I. LUZZATI, *Delle forme e degli effetti della trascrizione*, Torino, 1875, 18 s.; (citato da FABIANI, *op. cit.*, 549 s., nota 11), aveva rilevato che "Le note devono contenere una esposizione compendiosa del contenuto dell'atto. Ad esse realmente, non al titolo, è applicata la trascrizione. E questa trascrizione costituisce la parte ostensibile, la forma pubblica del contratto, in una parola, l'essenza della pubblicità. Ad essa meglio si applica il concetto elementare di ogni pubblicità, e nell'ordine materiale il modo più sensibile, l'ispezione. Quindi la necessità di subordinare l'efficacia delle note a tali requisiti che ne facciano un vero

onere che è, invece, da ritenere eccezionale<sup>634</sup>. E' indubbio che in alcune ipotesi può sorgere tale esigenza. Tuttavia la nota deve esaurire le informazioni essenziali, ossia quelle informazioni che normalmente sono sufficienti a fornire un quadro esaustivo ai fini della circolazione del bene<sup>635</sup>.

Solo a titolo esemplificativo, l'art. 2659 c.c. al n. 1) impone di indicare il regime patrimoniale delle parti poiché, come è noto, esso influisce sul regime di circolazione cui il bene è sottoposto. Per tale motivo, nella nota sono inserite le lettere C, S, P, o D le quali significano rispettivamente: comunione, separazione, personale (il bene è personale *ex art. 179*) e *de residuo*<sup>636</sup>. In questo modo è escluso l'onere di consultare il titolo al fine di apprendere tali informazioni<sup>637</sup>.

Ne discende quale corollario, che nella nota non è consentito compiere rinvii al titolo circa i suoi elementi qualificanti giacché, come è stato esattamente osservato, "altrimenti la nota sarebbe perfettamente inutile; una *relatio* significherebbe semplicemente incompletezza della nota"<sup>638</sup>.

La questione che si pone pertanto è se siffatti argomenti possono essere valorizzati quali strumenti di interpretazione della portata dell'art. 2645-ter c.c., anche qualora si neghi, come appare plausibile, che tale disposizione non dia vita ad un nuovo diritto reale, o

---

e proprio sunto dell'atto da sottoporsi a trascrizione". L'A., nel precisare il rapporto intercorrente fra la nota ed il titolo, mette in luce come "*la vera, la sensibile, la voluta pubblicità* sia quella che risulta dal contenuto delle note, siccome la sola che, mediante semplice *ispezione* dei registri ipotecari, riveli la condizione giuridica di un immobile".

634 Cfr. BARALIS, *op. ult. cit.*, spec. 26, secondo il quale, ritenere il contrario "importerebbe non solo un vero e proprio abbandono di quei principi di rapidità, efficienza, semplicità che la legislazione recente e la giurisprudenza ritengono fondamento del sistema; reintrodurrebbe anche quella irragionevole incertezza sull'opponibilità o sulla valenza notiziale che è proprio ciò che il legislatore nazionale, vuole infrangere".

635 Chiarissima sul punto Cass., 4 dicembre 2012, n. 21758, cit., la quale ha avuto modo di precisare che "In tema di trascrizione, al fine di stabilire se ed in quali limiti un determinato atto sia opponibile ai terzi, deve aversi riguardo esclusivo al contenuto della nota di trascrizione, unico strumento funzionale, *ex lege*, alla conoscenza, per gli interessati, del contenuto, dell'oggetto e del destinatario dell'atto". In dottrina cfr. BARALIS, *op. ult. cit.*, 28, il quale osserva che in certi casi la consultazione del titolo si rivela necessario: "chi intenda sapere se l'ascendente ha compiuto una donazione indiretta, se il proprietario di un fondo rustico ha permutato – come appare in nota – il fondo con altri, oppure, per l'esiguità di valore del bene avuto in cambio e per il forte conguaglio, si tratta più fondatamente di una vendita soggetta a prelazione agraria, non può che consultare il titolo. Tuttavia, come rileva l'A., ciò non esclude che "la nota esaurisce le informazioni fondamentali per la circolazione giuridica che normalmente sono bastevoli; quando non lo sono, perché l'interessato vuole un esame a trecento sessanta gradi, bisogna ricorrere al titolo, ma ciò deve essere oggetto di uno specifico incarico professionale, come pure oggetto di uno specifico incarico professionale deve essere il controllo del titolo per verificare la coerenza con la nota".

636 Sul punto cfr. BARALIS, *op. ult. cit.*, 10; FERRI, D'ORAZI - FLAVONI, ZANELLI, *Trascrizione*, cit., 396 ss.

637 Tuttavia, come rilevano FERRI, D'ORAZI - FLAVONI, ZANELLI, *op. cit.*, 397 s., l'indicazione nel registro immobiliare, non esime l'acquirente dalla consultazione del registro dello stato civile, giacché tali informazioni non modificano il sistema di pubblicità e opponibilità ai terzi dei regimi patrimoniali, non incidendo la menzione dei medesimi sulla cointestazione o meno del bene.

638 BARALIS, *op. ult. cit.*, 30.



che un diritto possa essere qualificato reale solo perché opponibile *erga omnes*<sup>639</sup>. Il recepimento di questa impostazione, piuttosto, si può giustificare in quanto la possibilità di opporre con efficacia verso i terzi il vincolo di destinazione, o le limitazioni dei poteri del gestore, sembra porre le medesime problematiche cui darebbe luogo un diritto reale, giacché il vincolo si configura in termini di sacrificio alla certezza della circolazione del bene<sup>640</sup>. Va infatti ravvisato che, sia che si aderisca alla tesi secondo cui l'atto di disposizione posto in essere in violazione del vincolo sarebbe inefficace, sia che si aderisca alla tesi secondo cui in tale ipotesi il vincolo di destinazione circolerebbe assieme al bene<sup>641</sup>, il rimedio del beneficiario è destinato ad operare sul piano reale e non su quello risarcitorio nei confronti del gestore infedele<sup>642</sup>, per cui il terzo

---

639 Sulla base delle medesime considerazioni MORELLO, *op. ult. cit.*, 139 ss., prende atto della circostanza per cui i diritti dei *beneficiaries* di un *trust* dovrebbero essere inquadrati come diritti di credito e tuttavia ritiene opportuno applicare a tale istituto e all'art. 2645-ter c.c. i medesimi principi del *numerus clausus* dei diritti reali. Secondo l'A., inoltre, "l'individuazione dei *beneficiaries* e le finalità del *trust* non debbono (non possono) essere indicate nella nota di trascrizione, perché si tratta comunque di limiti alla proprietà piena del *trustee* di carattere solo obbligatorio e non reale". Tale soluzione è appunto il risultato dell'applicazione in concreto del principio del *numerus clausus* dei diritti reali così come elaborato dall'Autore. Al contrario, per queste ragioni non appare convincente l'impostazione di BENATTI, *op. ult. cit.* 172 s., la quale, pur condividendo la tesi che fonda il principio del *numerus clausus* di diritti reali sulle esigenze informative dei terzi, non lo ritiene applicabile all'art. 2645-ter c.c. sul presupposto per cui "La norma non sembra introdurre un nuovo diritto reale, ma semplicemente una forma di proprietà conformata dall'autonomia privata".

640 In questo senso cfr. SMITH, *Property as the law of things*, cit., 1707, il quale per tali ragioni ritiene che anche agli *equitable estates* dei *trusts* "*wich are mostly in personam*" debbano essere sottoposti ai medesimi principi; sul punto cfr. anche TAGLIAFERRI, *Circolazione dei beni immobili e trascrizione*, cit., 835 s., il quale osserva che "Nel quadro così prospettato si deve, però a questo punto, sottolineare come la mentalità dei consociati, condizionata dalle forti spinte internazionaliste, avvicini con sempre più insistenza il concetto della realtà del diritto a quello della sua opponibilità. (...) Opponibilità che significa libertà di esercizio e sicurezza di titolarità. Opponibilità che significa anche certezza di non subire interferenze o aggressioni, o per lo meno di ottenere tutela giudiziale rapida a fronte di una qualsiasi intromissione. In contrapposizione, il principio nuovo che si affianca a questo nuovo sentire è proprio l'affidamento, che si presume in capo a chiunque entra in contatto con un proprietario il cui titolo di acquisto risulta trascritto".

641 Come sarà illustrato nelle pagine che seguono, infatti, secondo una parte della dottrina il vincolo di destinazione circolerebbe assieme al bene, sicché il terzo acquirente sarebbe gravato dalle medesime obbligazioni del gestore. Secondo un'altra parte della dottrina, invece, l'atto di disposizione abusivo posto in essere dal gestore sarebbe inefficace.

642 Sotto questa prospettiva, in definitiva è possibile cogliere un'equivalenza funzionale fra la tutela attribuita dall'ordinamento al titolare di un diritto reale (opponibilità della situazione soggettiva) e al beneficiario dell'atto di destinazione qualora si ritenga che quest'ultimo sia opponibile ai terzi. Secondo il noto modello tracciato da G. CALABRESI - A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard L. R.*, 85, 1972, 1089 ss.; SMITH, *Property and Property Rules* cit., 1719 ss.; sul punto cfr. anche HANSMAN - KRAAKMAN, *op. ult. cit.*, 378 s., i quali osservano che "*For our purposes, the attribute that distinguishes a property right from a contract right is that a property right is enforceable, not just against the original grantor of the right, but also against other persons to whom possession of the asset, or other rights in the asset, are subsequently transferred. In the parlance of property law, the burden of a property right 'runs with the asset'*"; per ulteriori riferimenti cfr. MEZZANOTTE, *The Interrelation Between Intellectual Property Licenses and The Doctrine of Numerus Clausus*, cit., 6 ss.; sebbene in una prospettiva differente si vedano anche gli autorevoli rilievi di BELFIORE, *op. cit.*, 439 ss., il quale, peraltro, a pag. 441 s., osserva che: "(...) in tanto ha senso porre mano ad una attività di costruzione di un concetto scientifico del diritto reale in quanto si sia preliminarmente proceduto a fissare il tipo di problema che si intende risolvere, lo specifico universo

acquirente, in entrambe le ipotesi, dovrà subire le pretese che il beneficiario faccia valere sul bene. In altri termini, se non è possibile parlare di un'equivalenza strutturale fra la posizione ricoperta dal beneficiario dell'atto di destinazione e quella del titolare di un diritto reale di godimento, sembra possibile cogliere un'equivalenza funzionale sotto il profilo dei rimedi<sup>643</sup>.

Come è stato esattamente rilevato "il problema si pone perché l'atto di destinazione è previsto dalla legge (e quindi tipico), ma il suo contenuto non è chiaramente determinato (e quindi può risultare atipico)"<sup>644</sup>. In particolare, come si è visto, il legislatore sembrerebbe demandare all'autonomia privata la possibilità di delimitare i diritti che rimangono in capo al conferente, nonché i diritti che spettano al gestore e ai beneficiari. Alcune di queste informazioni, tuttavia, possono risultare di difficile semplificazione ai fini della trascrizione. I compiti ed i poteri del gestore (o del conferente) potrebbero variare di molto a secondo del fine per il quale il vincolo è costituito (pertanto non standardizzabili) e il regolamento contrattuale potrebbe essere estremamente articolato<sup>645</sup>. Per questo motivo appare difficile che tutte queste informazioni possano essere riportate nella nota di trascrizione: ne discende che, al

---

di interessi conoscitivi rispetto al quale il concetto risulterà rilevante (pertinente)".

643 Come rileva ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 166, "(...) i soggetti beneficiari del vincolo, potendo agire nei limiti sopra chiariti per la declaratoria di inefficacia di un atto di disposizione del bene vincolato, si pongono come veri e propri titolari di un diritto di veto sulla disponibilità dei beni separati (in questo senso la norma in esame si qualifica secondo lo schema classico di Calabresi e Melamed come una *property rule*. L'analisi economica, allora, rende ulteriormente evidente che ove l'art. 2645-ter c.c. fosse interpretato quale forma generale a rilevanza reale, rompendo la logica dell'esclusività della fonte legislativa nella valutazione dell'efficienza delle ipotesi separative, si rischierebbe di creare allocazioni inefficienti di dimensioni patologiche"; STEFINI, *op. ult. cit.*, 148 s., il quale osserva che "(...) il diritto che deriva in capo al beneficiario – o al soggetto "interessato" nel caso di beneficiario indeterminato – dall'atto di destinazione è sicuramente un credito alla destinazione nei confronti del titolare del bene, ma è dotato di indubbi caratteri di realtà, in quanto *inerente* al bene, opponibile ai terzi. Stando infatti al tenore letterale della norma, in caso di inadempimento il beneficiario potrà agire esecutivamente sui beni destinati, con esclusione degli altri creditori del titolare, anche se i beni nel frattempo siano stati alienati (...). Il rapporto che viene ad instaurarsi tra il titolare del bene ed il beneficiario della destinazione patrimoniale è sicuramente un rapporto obbligatorio, dotato tuttavia di quell'opponibilità che è propria dei diritti reali limitati"; in tal senso da ultimo G. D'AMICO, *La Proprietà «destinata»*, in *Riv. dir., civ.*, 2014, III, 527 s. il quale partendo dalla premessa secondo cui l'opponibilità ai terzi non deve essere confusa con la realtà, conclude nel senso che "L'opponibilità ai terzi della destinazione del bene, infatti, sta comunque ad indicare l'esistenza di un *quid* che riguarda la cosa come tale, ancorché questa «pretesa» non si esprima - lo si ripete- nella forma di un (tradizionale) diritto reale".

644 MORELLO, *op. ult. cit.*, 150.

645 Come osserva MORELLO, *op. cit.*, 151, nota 204, "Limitare i poteri di alienazione del Gestore con effetto verso i terzi comporta infatti tre problemi: i) se i poteri sono variamente articolati (atti che possono essere compiuti, atti che non possono essere compiuti, etc.) mancherebbe sovente (se non quasi sempre) la chiarezza necessaria per evitare ai terzi di dover raccogliere informazioni complesse circa la legittimazione del Gestore a compiere determinati atti; ii) se si impedisce al Gestore di alienare i beni (...) si violerebbe certamente il principio di ordine pubblico che deve ritenersi presente nel nostro attuale sistema di diritto privato iii) se si demandasse a terzi (garanti? beneficiari?) la possibilità di decidere sulle alienazioni, si violerebbe l'autonomia del Gestore e comunque si renderebbero incerti e rimessi all'arbitrio di altri anche i diritti dei creditori del disponente".

contrario di quanto sostiene una parte della dottrina, la possibilità di trascrivere l'atto di destinazione non sarebbe di per sé sufficiente ad assicurare informazioni chiare e precise ai terzi circa il regime cui è sottoposto il bene che lo stesso ha ad oggetto<sup>646</sup>.

Al riguardo va tenuto presente che non solo non sembra che tali informazioni possano essere esaustive, ma anche che, a causa dell'impossibilità di «standardizzare» e «semplificare» il contenuto dell'atto di destinazione, si porrebbero problemi di interpretazione delle stesse informazioni trascritte con riferimento, in particolare, all'incarico del gestore, come dimostra l'esempio dell'alienazione del bene fiduciario, rispetto alla quale, qualora non sia espressamente vietata, l'atto risulterebbe di per sé neutro, ossia astrattamente idoneo anche a perseguire la finalità dell'atto di destinazione. Per cui il terzo dovrebbe preoccuparsi in concreto se l'alienazione contrasti o meno con tale finalità<sup>647</sup> e nonostante la pubblicizzazione dell'atto di destinazione ai fini dell'opponibilità delle eventuali limitazioni dei poteri del gestore, sarebbe sottoposto pur

---

646 Peraltro già P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, 221 s., sebbene in una prospettiva differente, già da tempo aveva rilevato che “La ragione giustificatrice dell'inopponibilità dei diritti di credito ai terzi sta in un'esigenza di dinamismo e di sicurezza dei traffici. A qualcuno potrebbe sembrare che questa non giustifichi l'irresponsabilità del terzo estesa alle ipotesi in cui egli abbia conosciuto il pregiudizio arrecato al diritto di credito altrui. Occorre peraltro considerare che, se venisse sancita una responsabilità per dolo, questa dovrebbe necessariamente operare anche nelle ipotesi di colpa grave: la difficoltà di provare direttamente lo stato soggettivo di malafede impone infatti di procedere per illazioni fondate su dati oggettivamente rilevabili, e così di presumere le conoscenze delle circostanze evidenti. Ne consegue che una regola innovativa, che sancisse la responsabilità del terzo contraente ogni volta che abbia conosciuto il pregiudizio arrecato all'altrui diritto di credito, incepperebbe i traffici, per le remore determinate in chiunque, pur essendo di buona fede, possa temere di sentirsi domani imputare una colpa grave”.

647 Sul punto cfr. ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 44 s.; con riferimento ai patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo e all'art. 32 c.c. questo profilo è ben illustrato da NONNE, *patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, cit., 1316, (già citato da ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 45, nota 121), il quale osserva che “Nasce però a questo punto un'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo che, data l'elasticità del parametro di valutazione relativo alla conformità del singolo atto allo scopo, non sarebbe in grado, pur se quest'ultimo fosse pubblicizzato, di prevedere l'inefficacia del negozio che va a concludere. E' opportuno, pertanto, ritenere inopponibile l'inefficacia stessa qualora si riferisca ad atti che, seppur concretamente lesivi del vincolo di destinazione, appaiano al terzo, ad una valutazione astratta, non manifestamente contrari rispetto a questo”; tuttavia, come si è visto, la dottrina dominante ritiene che la trascrizione del vincolo di destinazione permetterebbe di opporre al terzo acquirente qualsiasi atto che sia contrario allo scopo per il quale è stato costituito. Prende atto di tale criticità anche PETRELLI, *op. ult. cit.*, 197, il quale osserva che “(...) si pone l'ulteriore problema della *verificabilità ad opera del terzo, della «congruenza» o meno dell'atto di disposizione rispetto allo scopo di destinazione*”. Per le ragioni illustrate, tuttavia, non sembra si possa accogliere la soluzione prospettata dall'A. secondo il quale “(...) mentre negli altri casi [l'A. si riferisce alle ipotesi in cui l'incompatibilità non sia “evidente o risulti *per tabulas*”] sarà onere delle parti non solo trascrivere il vincolo di destinazione anteriormente all'acquisto del diritto ad opera del terzo, ma altresì provare che il terzo medesimo era a conoscenza dell'incompatibilità dell'atto di disposizione con lo scopo di destinazione, o poteva conoscerla mediante l'impiego dell'ordinaria diligenza. Tutto ciò evidentemente rende assolutamente consigliabile una tecnica redazionale esperta, che evidenzi – chiaramente – nel conteso dell'atto pubblico notarile – se e quali atti di disposizione risultino incompatibili con lo scopo di destinazione”. E' chiaro, infatti, che corollario dell'impostazione adottata dall'A. è quello per cui il terzo acquirente avrebbe sempre l'onere di verificare i poteri del gestore alla luce dell'atto istitutivo del vincolo di destinazione; rilevano il problema anche TROIANO - ZACCARIA, *op. ult. cit.*, 202.

sempre all'onere di consultare il regolamento contrattuale<sup>648</sup>. Siffatto risultato sembra condurre ad una situazione inefficiente sotto il profilo della certezza della circolazione dei beni che sono sottoposti al vincolo, giacché in questo modo si impone ai terzi interessati all'acquisto l'onere di espletare indagini complesse al fine di valutare i rischi che sono connessi con l'acquisto dei medesimi (c.d. *verification costs*).

Per le stesse ragioni, si deve escludere che il problema possa essere risolto riportando nel quadro D della nota di trascrizione l'intero regolamento contrattuale. Innanzitutto, appare corretto ritenere che l'applicazione dei principi che governano il sistema pubblicitario italiano escluda questa possibilità. Invero, qualora si consentisse di riprodurre nella nota il testo integrale del titolo, verrebbe meno la funzione stessa della nota, ossia sintetizzare e semplificare le informazioni cui dare pubblicità al fine di consentire regole di verifica sicure e un'organizzazione dei registri più efficiente. In particolare, come si è detto, si porrebbero problemi di interpretazione del regolamento stesso, il quale non sempre sarebbe chiaro. In definitiva, la possibilità di riportare

---

648 L'argomentazione di PETRELLI, *op. ult. cit.*, 187, e STEFINI, *op. ult. cit.*, 29 s., per cui il legislatore con riferimento alle servitù avrebbe tracciato lo schema ma non il contenuto, lasciando alle parti la possibilità di regolamentarne liberamente il contenuto non sembra costituire argomentazione tale da smentire quanto fin ora sostenuto. In primo luogo, si deve osservare come anche in questo ambito la tendenza della dottrina e della giurisprudenza sia quella di procedere in un'ottica di standardizzazione delle caratteristiche delle servitù, in particolare si può parlare di servitù volontarie nella misura in cui siano rispettati determinati parametri. Come rileva COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., 157, anche nelle servitù è rinvenibile un nucleo tipico. Segnatamente "l'utilità o la necessità del fondo dominante, che giustificano la costituzione del peso sul fondo servente rispettivamente nelle servitù volontarie ed in quelle coattive, possono essere considerate quali limiti strutturali e connaturali della situazione reale, componenti il nucleo fondamentale di essa". Il peso del fondo salvo ipotesi eccezionali (tassative) deve avere carattere negativo e soprattutto non è possibile asservire un fondo se non a vantaggio di un fondo dominante. Sul punto cfr. MORELLO, *op. ult. cit.*, 164 ss; RUDDEN, *La teoria Economica contro la «Property Law»: il problema del «Numerus Clausus»*, cit., 470; con riferimento all'ordinamento francese cfr. AKKERMANS, *op. ult. cit.*, 118 ss., il quale rielva come la giurisprudenza sia particolarmente restrittiva al riguardo. Tutto ciò premette appunto, non solo una standardizzazione delle servitù, ma anche una semplificazione delle informazioni ai fini della trascrizione. L'art. 2645-ter c.c., a tutto voler concedere, circa il regime cui dovrebbe essere sottoposto, piuttosto che ad una servitù dovrebbe essere equiparato ad un'obbligazione *propter rem* o ad un onere reale, ma anche qui giurisprudenza e dottrina, per le medesime ragioni legate al principio del *numerus clausus* dei diritti reali, sono sostanzialmente concordi nel ritenere tali fattispecie tipiche. Peraltro, in senso contrario alla possibilità di ricondurre l'art. 2645-ter c.c. nell'ambito delle obbligazioni *propter rem* sulla base delle medesime argomentazioni CEOLIN, *op. ult. cit.*, 268 s. secondo il quale "Il rinvio all'art. 1322, comporta un'ampiezza così notevole per l'autonomia privata da sfociare nell'atipicità; si è già precisato sopra come l'atto di destinazione individuati una disposizione «aperta», perché aperta è la categoria degli interessi meritevoli di tutela; è infatti la legge che riconosce al soggetto la possibilità di selezionare autonomamente un determinato assetto di interessi meritevoli di tutela; insomma, qualsiasi interesse (certo purché meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 o, meglio, nel senso che a tale concetto si ritenga di attribuire) può costituire fondamento idoneo alla «causa di destinazione»; manca, insomma, totalmente, nell'art. 2645 ter, la determinazione di un contenuto certo, standardizzato, e ciò proprio perché esso è rimesso all'autonomia privata in virtù del richiamo dell'art. 1322". Resta, poi, da valutare cosa accada qualora si trascriva un'informazione di questo tenore: "il gestore può compiere tutti gli atti volti al perseguimento dell'interesse del beneficiario dell'atto di destinazione". In pratica, come si è visto, si porrebbero problemi di interpretazione delle informazioni con riferimento, in particolare, alla *mission* del gestore. E' di tutta evidenza come le servitù prediali, ancorché non apparenti, non pongano queste criticità.

integralmente il titolo nella nota, reintrodurrebbe quell'incertezza sulla valenza notiziale delle informazioni che il legislatore ha inteso infrangere<sup>649</sup>.

Infine, non sembra che possa essere ravvisato un argomento di segno contrario nella vicenda che vede coinvolti i regolamenti condominiali cc. dd. contrattuali. Si assiste oggi alla tendenza ad espandere l'efficacia di tali regolamenti, con la conseguenza di ritenere gli stessi opponibili anche ai successivi acquirenti degli immobili. E' indubbio che l'atipicità di tali regolamenti non consente di semplificarne il contenuto per la trascrizione e, per tale motivo, spesso vengono compiuti rinvii al titolo che, come si è detto, non dovrebbero essere consentiti<sup>650</sup>.

La questione circa la natura dei regolamenti condominiali cc. dd. contrattuali nonché la necessità di renderne pubblicità per il tramite della trascrizione nei registri immobiliari è estremamente complessa e, nel corso dell'indagine, non può essere affrontata in modo esaustivo. In questa sede, interessa soltanto rilevare che si tratta di una prassi sulla cui legittimità, allo stato attuale, si nutrono forti dubbi ed incertezze.

La dottrina più attenta ha, infatti, rilevato la contraddizione in cui incorre quell'orientamento giurisprudenziale<sup>651</sup> che, per un verso, afferma la tipicità delle obbligazioni *propter rem* e degli oneri reali, e per un altro, al fine di rendere opponibili i regolamenti contrattuali (i quali per definizione sono nella libera disponibilità delle parti

---

649 Cfr. MORELLO, *op. ult. cit.*, 78, nota 33; FERRI – D'ORAZI - FLAVONI - ZANELLI, *op. cit.*, 393, i quali, peraltro, con riferimento alla meccanizzazione informatica osservano che "Il sistema comporta in qualche modo la soppressione della libertà di forma della redazione della nota che viene ridotta a un contenuto minimo essenziale espresso nel linguaggio leggibile dall'elaboratore con conseguente eliminazione del rischio insito nella precedente libertà di forma, e delle difficoltà di lettura e di discernimento in fase di immissione nel sistema computerizzato. (...) Cosicché la nota non costituisce più il riassunto dell'atto a cura e rischio dell'interessato, fatta eccezione soltanto per il quadro «D» della modulistica predisposta dal Ministero, che raccoglie «Patti particolari e condizioni» non destinati all'immissione nell'elaboratore". Ora, se è vero che il quadro D permette una maggiore flessibilità, proprio in ragione della atipicità delle informazioni che in esso possono essere inserite, appare chiaro che in esso non sia possibile riportare l'intero testo del titolo (o parti di esso), nel dubbio che esso in qualche punto possa essere opponibile ai terzi. A ben vedere, anche la compilazione del quadro D deve avvenire mediante la semplificazione delle informazioni da riportare. Ritenere il contrario equivarrebbe a negare la funzione stessa della nota di trascrizione, con tutte le conseguenze che ne discendono.

650 Cfr. MORELLO, *op. ult. cit.*, 166. Peraltro, anche con riferimento alla trascrizione dei regolamenti condominiali, Cass., 25 giugno 1999, n. 6588 in *Guida al diritto*, 1999, 29, 52, nel ribadire il principio della prevalenza della nota sul titolo ha ritenuto che "con riferimento al divieto di destinazione ad usi particolari degli appartamenti di esclusiva proprietà dei condomini, nel caso di divergenza tra il contenuto della nota di trascrizione ed il contenuto del regolamento condominiale, è il primo a dover prevalere, in quanto il titolo viene a porsi quale oggetto soltanto mediato della trascrizione, che investe, invece, immediatamente la sola nota, predisposta sulla sua base; di conseguenza, il contenuto della nota di trascrizione rappresenta la misura in cui il titolo è reso pubblico ed è, quindi, opponibile ai terzi, i quali, pertanto, non sono tenuti a consultare il titolo".

651 Per l'orientamento che inquadra i regolamenti condominiali nella categoria degli oneri reali v. App. Genova, 4 ottobre 1989, in *NGCC*, 1991, I, 28; Cass., 4 febbraio 2004, n. 2106 in *Giust. civ., Mass.*, 2004, 2. Per l'orientamento che inquadra i medesimi nella categoria delle *obligationes propter rem* v. Cass., 5 settembre 2000, n. 11684 in *Giur. it.*, 2001, 446, e *Vita not.*, 239 con nota di R. TRIOLA; Cass., 1 aprile 2003, n. 4905, in *Giur. it.*, 2004, I, 981; Cass., 25 marzo 2005, n. 6474, in *NGCC*, 2006, I, 339.

e quindi atipici) e consentirne la trascrizione, ricorre a tali categorie<sup>652</sup>. Maggiormente condivisibile appare, pertanto, l'orientamento che ammette la possibilità di trascrivere i regolamenti condominiali solo se inquadrabili nelle servitù prediali, garantendo in questo modo una standardizzazione dei vincoli imposti dai regolamenti ed imponendo la necessità di una chiara definizione dei limiti in sede di trascrizione<sup>653</sup>. Nel caso in cui i vincoli imposti dai regolamenti contrattuali non possano essere ricondotti alle servitù prediali, perché ad esempio prevedano un obbligo di *facere*, o siano privi del requisito della predialità, essi avranno efficacia obbligatoria, con la conseguenza che potranno essere opposti ai terzi acquirenti solo qualora il regolamento contrattuale sia espressamente richiamato nell'atto di vendita<sup>654</sup>.

Queste considerazioni, qualora condivise, inducono a ritenere che, nonostante il silenzio della lettera della disposizione, la trascrizione del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* non sia idonea ad attribuire al beneficiario la possibilità di opporre il proprio diritto ai terzi che abbiano acquistato il bene dal gestore del patrimonio. In una prospettiva funzionale - tale da preservare una efficiente circolazione della ricchezza - vanno riconosciuti, in capo al gestore, ampi poteri dispositivi sul bene. Pertanto, deve ritenersi che la tutela di cui disponga il beneficiario sia di tipo obbligatorio e, come tale, affidata - in caso di infedeltà del gestore rispetto ai propri obblighi fiduciari - a rimedi risarcitori e non a carattere reale<sup>655</sup>. Questa soluzione, oltre ad evitare incertezze circa il

---

652 In tal senso M. CEOLIN, *Regolamenti di condominio e vincoli di destinazione, anche alla luce del nuovo art. 2645-Ter c.c.*, in *Riv. notariato*, 2009, 888 ss.; ma cfr. anche MORELLO, *op. ult. cit.*, 166 ss., i cui rilievi appaiono come sempre illuminanti.

653 Come osserva MORELLO, *op. ult. cit.*, 168, nota 223, "Qualificando come servitù i vincoli indicati, ne consegue la necessità di una chiara definizione dei limiti. Infatti il 'peso' su un fondo è sempre stato interpretato come limite eccezionale da definire con rigore, sia pure nell'ambito di funzioni - *utilitates* - più ampie di quelle tradizionalmente ritenute fondiari (come indica chiaramente l'art. 1032 c.c.) (...). D'altra parte, per tutte queste ipotesi, può in ogni caso affermarsi che gli elementi essenziali della servitù prediale sono comunque esistenti anche se la 'reciprocità' delle servitù ed il carattere essenzialmente 'urbano' ne determinano un contenuto per più versi 'atipico'. Infatti, nei casi considerati, viene rispettata la tipicità del diritto nei suoi elementi essenziali (*Typenzwang*), pur con modifiche importanti del contenuto (allargamento dei contenuti; deroga al principio di *Typenfixierung*).

654 Sul punto cfr. CEOLIN, *op. ult. cit.*, 890; in giurisprudenza v. Cass., 4 febbraio 1992, n. 1195, in *Giust. civ.*, 1992, 2407, con nota di M. DE TILLA e *Riv. notariato*, 1992, 1239. Peraltro, l'orientamento prevalente ammette le limitazioni inerenti alle porzioni immobiliari individuali nella misura in cui esse siano funzionali al migliore godimento delle parti comuni, al decoro del dell'edificio o, comunque, rispondano ad "un interesse meritevole di tutela". In tal senso v. Cass. 11 settembre 2009, n. 19229, ove si legge che "Il regolamento condominiale di origine contrattuale può imporre divieti e limiti di destinazione alle facoltà di godimento dei condomini sulle unità immobiliari in esclusiva proprietà sia mediante elencazione di attività vietate, sia con riferimento ai pregiudizi che si intende evitare. In quest'ultimo caso, peraltro, per evitare ogni equivoco in una materia atta a incidere sulla proprietà dei singoli condomini, i divieti ed i limiti devono risultare da espressioni chiare, avuto riguardo, più che alla clausola in sé, alle attività e ai correlati pregiudizi che la previsione regolamentare intende impedire, così consentendo di apprezzare se la compromissione delle facoltà inerenti allo statuto proprietario corrisponda ad un interesse meritevole di tutela.

655 In tal senso GAZZONI, *op. ult. cit.*, 186; ID. *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 166 ss.;

soggetto legittimato a disporre del bene, in maniera tale da ridurre i costi che i terzi devono sostenere per reperire tali informazioni (c.d. *verification costs*), risulta in linea con l'art. 1379 c.c. che disciplina il divieto convenzionale di alienazione.

La possibilità di limitare i poteri del gestore (o del disponente) con effetto verso i terzi, escludendo la possibilità di disporre del bene o subordinandola al consenso di un altro soggetto, pone indubbiamente un problema di confronto con tale norma la quale, secondo una parte della dottrina e un consolidato orientamento giurisprudenziale, “è espressione di un principio di portata generale che deve trovare applicazione anche in relazione a pattuizioni che, pur non rispondendo interamente al modello del divieto di alienazione, tuttavia comportino limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà ed abbiano quindi il medesimo risultato dal punto di vista generale”<sup>656</sup>.

Infatti, almeno con riferimento ai beni che pacificamente possono essere oggetto del vincolo, l'art. 2645-ter c.c., più che derogare la norma richiamata, sembrerebbe porla nel nulla<sup>657</sup>. E' questa, infatti, la conclusione prospettata da alcuni Autori i quali - muovendo dal presupposto secondo cui l'unica ragione per la quale il legislatore avrebbe limitato *inter partes* l'efficacia del patto di indisponibilità sarebbe dovuta alla difficoltà di predisporre un sistema pubblicitario al fine di darne notizia ai terzi - ritengono che in seguito all'introduzione dell'atto di destinazione, la portata dell'art. 1379 c.c. sarebbe limitata ai divieti convenzionali di alienazione relativi ai beni non soggetti ad un regime pubblicitario<sup>658</sup>. Non può essere messo in dubbio che proprio

---

*Osservazioni, in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, cit., 212 ss., secondo il quale, peraltro, dall'atipicità del contenuto del vincolo di destinazione discenderebbe, necessariamente il carattere obbligatorio del vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c. La norma, infatti, non sarebbe idonea a tipizzare un nuovo vincolo reale.*

656 In questi termini Cass., 11 aprile 1990, n. 3082 in *Riv. dir. comm.* 1992, 485, con nota di P. COLOMBO; Cass., 17 novembre 1999, n. 12769 in *Giust. civ.*, Mass., 1999, 2283; in dottrina cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 438; A. FUSARO, *Contratto e terzi*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, Milano, 2006, 193, GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.* cit., 172; LUMINOSO, *Contratto fiduciario, Trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, 997 ss. spec. pag. 998, nota 26; in senso contrario COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 859 ss. Per ulteriori riferimenti circa la distinzione fra il vincolo di destinazione dal divieto di alienazione v. cap. 4, § 4.2.

657 La costituzione del vincolo di destinazione, infatti, permetterebbe sempre di superare i limiti di cui all'art. 1379 c.c., sia con riferimento all'efficacia del divieto, sia con riferimento alla sua durata. Per le stesse ragioni, in dottrina si discute circa la validità della clausola risolutiva di non alienare. In argomento v. per tutti FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 424 ss.; R. CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, Milano, 2014, 28 ss.

658 In questi termini PETRELLI, *op. ult. cit.*, 198 s.; sul punto cfr. anche VETTORI, *op. ult. cit.*, 179 s. il quale osserva che il legislatore prevede già la possibilità di limitare la circolazione dei titoli azionari e delle quote societarie; F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo articolo 2645-ter del codice civile*, in *Vita not.*, 2006, III, 995; per ulteriori riferimenti cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 181 s. In giurisprudenza v. Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *NGCC*, 2008, I, 114, con nota di C. MURGO; in *Riv. dir. civ.*, II, 2008, 451, con nota di A. MORACE PINELLI, ove si legge che "l'art. 2645-ter cod. civ.

l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi abbia indotto il legislatore ad attribuire al divieto di alienazione effetti obbligatori, come peraltro confermato dalla relazione al Re del codice civile<sup>659</sup>, tuttavia – fermo restando quanto osservato con riferimento al legame che sussiste fra il problema della standardizzazione dei diritti ed i sistemi pubblicitari – sembra corretto ritenere che la valenza complessiva della norma debba essere declinata in un senso più ampio<sup>660</sup>. L'efficacia obbligatoria si aggiunge, infatti, alle due condizioni di validità del patto di inalienabilità previsti dall'art. 1379 c.c.<sup>661</sup> sicché è opinione diffusa che questa regola sia stata posta a presidio della libera circolazione dei beni e costituisca espressione del più ampio principio della relatività degli effetti negoziali<sup>662</sup>. Probabilmente alcune delle ragioni su cui la norma si fonda, quali la volontà di scongiurare il pericolo della cristallizzazione degli assetti proprietari - alla luce dell'evoluzione della realtà economica e sociale - devono essere

---

(norma successiva e speciale), nel prevedere l'opponibilità ai terzi della predetta inalienabilità (ove trascritta nei R.R.II.), scardina il disposto dell'art. 1379 cod. civ. (...) il quale sancisce (*rectius*, sanciva) che il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti".

659 La Relazione al Re del codice civile (n. 630) recita così: "(...) è parso esorbitante riconoscere al patto di inalienabilità una efficacia reale, data la difficoltà di organizzare per esso un sistema di pubblicità che potesse attuarsi rispetto ad ogni categoria di beni e di diritti: perciò l'obbligo convenzionale di non alienare si è mantenuto nell'orbita delle semplici obbligazioni personali come, sotto l'impero del codice del 1865, la dottrina che non aveva ritenuto la validità, aveva opinato di doverlo considerare, in mancanza di una disposizione testuale, che ne affermasse la opponibilità ai terzi".

660 Come osserva CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali* cit., 31, "Concentrando l'attenzione sull'argomento saldato alla *ratio legis*, si ricorderà che l'art. 1379 c.c. vuole proteggere plurime situazioni soggettive e molteplici beni della vita quali - sebbene in modo mediato - il numero chiuso dei diritti reali, la libertà dei singoli contro le insidie suscitate dalla perpetuità dei vincoli obbligatori, nonché l'interesse del mercato a contrastare l'emarginazione della ricchezza dal traffico commerciale".

661 Con riferimento al limite temporale entro cui deve essere contenuto il patto cfr. per tutti FRANZONI, *op. ult. cit.*, 426, il quale rileva che "Nell'ambito degli immobili, si ritengono validi i patti di non alienazione di durata pari a vent'anni, sulla scorta di certe convenzioni urbanistiche che vincolano per quel tempo i privati nei confronti della pubblica amministrazione".

662 In dottrina non vi è univocità circa le ragioni su cui si fonda la norma. Prevalente sembra la corrente di pensiero che identifica la *ratio* dell'art. 1379 c.c. con l'interesse generale alla libera circolazione dei beni. In tal senso, C. A. FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione* (dir. priv.), in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, 403, FRANZONI, *op. ult. cit.*, 416 s.; F. GALGANO – G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1993, 133; COMPORI, *op. ult. cit.*, 853; sebbene con alcune precisazioni, anche V. LOJACONO, voce *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, 894 ss. Non mancano, poi, Autori che colgono una connessione fra la norma ed il principio del *numerus clausus* dei diritti reali. In tal senso cfr. CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali* cit., 11, il quale da un'attenta analisi delle origini storiche della norma ricava "(...) l'impressione che il divieto pattizio di alienazione funga da crocevia tra diritti reali e diritti di credito, qualificandosi come una sorta di canale sotterraneo collegante la dommatica degli *iura in re* allo sconfinato territorio del negozio giuridico in generale, e del contratto in particolare. Il nesso tra queste due aree sta alla base dell'evoluzione iniziata in epoca moderna nel 1804 e portata ad ulteriore compimento dal codice italiano del 1942"; cfr. anche N. COVIELLO, *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 288 cpv. del progetto del III libro c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 393, secondo il quale l'efficacia meramente obbligatoria sarebbe dovuta all'impossibilità delle parti di porre fuori commercio un dato bene, essendo tale ultima possibilità riservata al legislatore.



riconsiderate<sup>663</sup>, ma questa circostanza non appare sufficiente per escludere che l'art. 1379 c.c. continui ad avere una propria valenza all'interno ordinamento<sup>664</sup>.

Queste considerazioni potrebbero avvalorare ulteriormente la tesi secondo cui le clausole volte a limitare i poteri del gestore abbiano effetto solo tra le parti ed inducono a ritenere che, qualora esse prevedano un regime di vera e propria inalienabilità dei beni, dovranno rispettare il limite temporale previsto dall'art. 1379 c.c.<sup>665</sup>.

La soluzione accolta può poi trovare ulteriore argomento nella riflessione, peraltro isolata, di quell'Autore, secondo il quale la portata obbligatoria del vincolo troverebbe conferma nella collocazione dell'art. 2645-ter c.c., al quale, in assenza di un espresso rinvio, non sarebbe applicabile la regola di cui all'art. 2644 c.c., secondo cui gli atti elencati nell'art. 2643 c.c. non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi<sup>666</sup>. In questo quadro sembra pertanto

---

663 Al riguardo cfr. MORELLO, *op. ult. cit.*, spec. pag. 85, nota 56; GALLARATI, *op. ut. cit.*, 46 e 160 ss. Con riferimento al *trust*, si riscontra da parte degli ordinamenti di *common law* una progressiva tendenza ad aumentarne l'arco di durata massimo o ad abbandonare la *rule against perpetuities*. Per maggiori approfondimenti cfr. il primo cap., § 1.1. in note. Sembra, tuttavia, corretto rilevare che in tali ordinamenti il pericolo che questo istituto possa comportare una cristallizzazione degli assetti proprietari sia scongiurato mediante altri meccanismi, quali la possibilità per i beneficiari maggiorenni di sciogliere il *trust* nonchè (almeno per quanto riguarda l'esperienza inglese) la tendenza ad estendere i poteri di gestione del *trustee*. In argomento cfr. per tutti OGUS, *op. cit.*, 216 ss.

664 Sebbene approdi ad una conclusione differente da quella prospettata, cfr. sul punto LUMINOSO, *op. ult. cit.*, 997 ss. secondo il quale, il vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c., sarebbe opponibile anche ai terzi aventi causa. L'A., tuttavia, proprio alla luce dell'art. 1379 c.c. ritiene che il requisito della meritevolezza degli interessi previsti dalla norma andrebbe interpretato in maniera restrittiva. Come osserva l'A., facendo riferimento all'art. 2645-ter c.c. "Che debba trattarsi di un interesse «particolarmente» apprezzabile discende dall'art. 1379 c.c., che già prevede in termini generali, per la validità del vincolo, che esso sia diretto a soddisfare un «interesse apprezzabile». Solo un interesse di rango superiore rispetto ad un generico «interesse apprezzabile» può infatti giustificare la deroga al principio generale, ossia dissociazione tra il potere giuridico (del proprietario) e il suo contenuto economico (destinato ad altri) per un arco temporale assai più lungo di quello consentito dall'art. 1379 c.c.".

665 Nel caso in cui le clausole che limitino i poteri del gestore non si traducano in un vincolo di inalienabilità assoluto, perché ad esempio sia previsto l'obbligo di ottenere il consenso dei beneficiari, o la compatibilità dell'atto con una determinato scopo, ai fini della durata del vincolo non sembra ragionevole applicare il limite temporale più restrittivo dell'art. 1379 c.c. o, in ogni caso, nel compiere il giudizio sull'apprezzabilità della durata, si potrà fare riferimento al termine di novanta anni previsto dall'art. 2645-ter c.c. Sul punto cfr., BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione* cit., 38, la quale nel distinguere l'ipotesi della destinazione negoziale dal patto di inalienabilità - nel senso che per effetto del primo il bene è destinato a circolare seppure con il vincolo - ritiene che il limite temporale di cui all'art. 1379 c.c. debba essere rispettato solo dalla clausola che si traduca nell'inalienabilità assoluta del bene.

666 In tal senso GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 178, secondo il quale; "Che il vincolo di destinazione non abbia natura reale è dunque ulteriormente confermato dalla collocazione dell'art. 2645-ter c.c. fuori dal contesto disciplinare dell'art. 2644 c.c. Ove reale, esso sarebbe dovuto necessariamente figurare all'art. 2645-ter o a un nuovo art. 2643-bis c.c., perché si sarebbe fatta eccezione alla regola implicitamente fissata dall'art. 2643. n. 2 c.c., là dove il contratto modificativo non è riferito al diritto di proprietà, che come tale, è immodificabile. Non si può nemmeno astrattamente ipotizzare, infatti, una conformazione proprietaria atipica, in esito a vicende pattizie"; PICIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.* cit., 310; per ulteriori riferimenti v. MEUCCI, *op. ult. cit.*, 516, nota 401. In giurisprudenza v. Trib. Trieste, Giudice tavolo (A. Piciotto), decr. 7 aprile 2006, in

possibile porre una distinzione tra opponibilità nei confronti dei creditori e opponibilità nei confronti degli aventi causa *ex art. 2644 c.c.* Sarebbe, dunque, corretto ritenere che la trascrizione di cui all'*art. 2645-ter c.c.*, produca effetti esclusivamente nei confronti dei creditori del disponente ed, eventualmente, del gestore qualora le due figure non coincidano.

Deve essere rilevato, tuttavia, che per quanto coerente con il dato della comparazione, la lettura prospettata, allo stato attuale, sembra essere disattesa dalla regolamentazione secondaria e, conseguentemente, dalla prassi. In questo senso deve essere valutata la circolare n. 5/2006 relativa alle modalità con cui trascrivere gli atti di destinazione di cui all'*art. 2645-ter c.c.* emanata dall'agenzia del territorio, secondo la quale nel quadro D della nota di trascrizione si devono indicare "gli aspetti contenutistici essenziali dell'atto di destinazione" ed in particolare le regole inerenti all'amministrazione e gestione dei beni che questo ha ad oggetto<sup>667</sup>.

Alla luce di tale richiamo, secondo la tesi più diffusa, lo schema di cui all'*art. 2645-ter c.c.* consentirebbe al conferente di regolamentare le modalità con cui i beni sottoposti al vincolo possono circolare<sup>668</sup>. In questo modo il conferente potrebbe prevedere delle

---

*Notariato*, 2006, 539, con nota di A. ALESSANDRINI CALISTI, il quale, con riferimento all'*art. 2645-ter c.c.*, ha ritenuto che "stante la collocazione della norma non è a essa applicabile il disposto dell'*art. 2644 c.c.*, il quale solo con riferimento agli atti enunciati nel precedente *art. 2643 c.c.* stabilisce che gli stessi non hanno effetto riguardo ai terzi che, a qualunque titolo, abbiano acquistato diritti sugli immobili in base ad atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi".

667 Circolare 5/2006 del 7 agosto 2006 della Direzione dell'Agenzia Territorio inclusa anche fra i materiali e commenti a cura di S. MEUCCI in VETTORI (a cura di) *Atti di destinazione e trust*, cit., 435 ss.

668 Cfr. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., 81 s., spec. 82, ove rileva che "Limitandosi a far da 'contenitore', l'*art. 2645-ter* non si pronuncia, con l'eshaustività che sarebbe stata necessaria, in ordine a quella che può essere la conformazione, e la conseguente trascrivibilità, sia dell'accordo gestorio, sia degli atti posti in essere dal gestore, nell'ipotesi in cui il perseguimento dello scopo - ovvero la finale erogazione, in capo al beneficiario, delle utilità a lui riservate - abbia a realizzarsi per il tramite di quella 'fiducia', che si suole comunemente definire 'attributiva' (...) Risultando, anche su piano logico, l'impossibilità di concepire una rilevanza puramente interna dall'accordo gestorio - e, con essa, una inopponibilità del vincolo ai creditori del gestore nonché agli aventi causa da quest'ultimo - a fronte del regime circolatorio che l'*art. 2645-ter*, con espressa statuizione, è venuto ad imprimere sui beni assoggettati al vincolo destinatorio, ritengo che ben possano oggi essere riproposti, a livello interpretativo, tutti gli argomenti che, per circa un settennio, sono venuti a svolgere, al fine di dimostrare l'idoneità della c.d. fiducia attributiva ad assumere quelle caratteristiche di realtà - nonché di opponibilità ai terzi (...); ID. *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, in VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, cit., 293 ss.; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 123; VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-Ter*, cit., 178 s.; MEUCCI, *op. ult. cit.*, spec. 518 s.; BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 37 s.; GATT, *Il trust italiano*, cit., 126, nota 44; ID. *Dal trust al trust*, cit., 178, nota 370; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 197 ss.; GALLARATI, *La pubblicità del diritto del trustee*, cit., 181 ss.; C. PRIORE, *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione*, in BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 97; D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645-ter c.c.: prime riflessioni*, cit., 124 ss.; in questo senso sembrerebbe propendere anche GAMBARO, *La proprietà*, cit., spec. 337, ove prospetta una gestione dinamica del patrimonio destinato; cfr. anche BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul*

limitazioni ai poteri del gestore, ad esempio subordinando l'efficacia dell'atto di disposizione al consenso del beneficiario.

Tali limitazioni, qualora trascritte nei pubblici registri, sarebbero opponibili ai terzi acquirenti. Secondo la corrente di pensiero in esame, l'annotazione nei pubblici registri sarebbe idonea di per sé ad assicurare un'adeguata conoscibilità da parte dei terzi delle limitazioni dei poteri del gestore, sicché non si porrebbe alcun problema con riferimento all'affidamento dei terzi acquirenti<sup>669</sup>. Corollario di questa impostazione sarebbe, inoltre, la completa irrilevanza dello stato soggettivo del terzo acquirente. L'opponibilità si porrebbe, infatti, in stretta connessione con il meccanismo pubblicitario *ex art. 2644 c.c.*<sup>670</sup>, da cui nascerebbe, la necessità di elencare nella nota di trascrizione tutti gli atti di disposizione sul bene che non possono essere compiuti<sup>671</sup>.

Con riferimento poi ai rimedi nel caso in cui il gestore compia un atto che non sia conforme allo scopo per cui è stato costituito il patrimonio, come si è accennato, una

---

*rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., 1305 ss; BARTOLI-MURITANO, *op. ult. cit.*, 249 ss; i quali, sebbene rilevinano la necessità di tutelare gli acquirenti di buona fede, sembrerebbero propendere per l'estensione alla fattispecie dell'art. 1394 c.c. in tema di rappresentanza. In definitiva, l'impostazione adottata dagli Autori non sembra differire da quello in rassegna giacché il risultato è quello di imporre al terzo acquirente oneri informativi che vadano oltre la consultazione dei pubblici registri. Poiché l'art. 1394 c.c. fa riferimento al conflitto di interessi conosciuto o conoscibile, il corollario dell'estensione della regola al terzo che entri in contatto con il gestore di un patrimonio destinato sarebbe che il primo dovrebbe sempre indagare sui poteri di cui dispone quest'ultimo.

669 In tal senso cfr. GATT, *Il trust italiano*, cit., 126, nota 44, la quale osserva che "Certamente va affrontato anche il problema di come riempire i quadri della nota di trascrizione automatizzata dato che è necessario puntare *all'adeguatezza del regime pubblicitario*, ritenendo tale quel regime idoneo ad escludere nel terzo qualsivoglia incertezza circa l'effetto contenuto della destinazione e ciò al fine di poter far valere da parte degli interessati l'inefficacia dell'atto contrario al programma destinatorio, posto in essere dal trustee. Adeguatezza, in concreto, potrebbe voler dire chiarezza massima sulla nota di trascrizione e sulla compilazione dei relativi riquadri (B: beni oggetto del vincolo; C: soggetti (gestore, beneficiari, guardiani); D in particolare, dove fine della destinazione, *poteri* assegnati all'attributario/trustee/ gestore e *programma* gestorio dovrebbero essere ben espressi in modo da non lasciare adito a dubbi sull'ambito di azione del gestore/trustee); MEUCCI, *op. ult. cit.*, 186, secondo la quale "L'ordinamento conosce strumenti atti a moltiplicare le utilità derivanti dai beni ed a funzionalizzare gli stessi a scopi differenti, con limiti - necessari e non trascurabili - dalla predisposizione di meccanismi pubblicitari e di rimedi a tutela delle posizioni giuridiche dei terzi, idonei a garantire un sistema sicuro ed ordinato di circolazione"; PALERMO, *op. ult. cit.*, 81 s.

670 In tal senso STEFINI, *op. ult. cit.*, 175 s., secondo il quale "Nelle forme di tutela viste si concreta quella dimensione "reipersecutoria" del vincolo reale di destinazione, che è messa in evidenza dalla maggior parte della dottrina, e che costituisce elemento caratterizzante pure del *trust* di derivazione anglosassone: dimensione reipersecutoria che da noi è stata introdotta facendo ricorso al meccanismo pubblicitario della trascrizione nei pubblici registri, con le connesse regole di inopponibilità *ex art. 2644 c.c.* È questo insomma il sistema scelto dall'ordinamento per dotare di tutela reale il beneficiario della destinazione patrimoniale, quello cioè dell'inefficacia relativa discendente dall'operare dei meccanismi pubblicitari, senza alcuna valutazione, stante l'imprescindibile pubblicizzazione del vincolo, dell'eventuale buona fede del terzo acquirente del bene destinato".

671 Cfr. per tutti STEFINI, *op. ult. cit.*, 177, nota 125, "Se si vuole opporre al terzo l'incompatibilità dell'atto dispositivo con la destinazione, e quindi far valere l'inefficacia dell'atto rispetto ai beneficiari della destinazione patrimoniale trascritta prima, è indispensabile che l'indisponibilità risulti *per tabulas*, ovvero sia nel negozio che ha prodotto l'effetto destinatorio, sia nella nota di trascrizione dello stesso, cosicché i terzi siano resi edotti della precisa portata del vincolo (che per esempio deve prevedere che il bene vincolato non possa essere oggetto di precisi tipi di atti dispositivi)".

parte della dottrina ritiene che il bene circolerebbe assieme al vincolo e pertanto gli obblighi del gestore graverebbero sul terzo acquirente<sup>672</sup>. Tale impostazione, tuttavia, suscita alcune perplessità, in quanto sembra corretto ritenere che gli obblighi assunti dal gestore non possano gravare sul terzo acquirente: come si è già avuto modo di osservare, nelle forme di destinazione più semplici il beneficiario potrebbe essere in grado di trarre autonomamente dal bene le utilità che gli spettano; in altri casi, tuttavia, l'atto di destinazione ben potrebbe necessitare di un'attività di gestione del patrimonio da parte di un soggetto legittimato a farlo<sup>673</sup>. In definitiva anche volendo aderire all'impostazione che colloca il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. nella controversa categoria delle obbligazioni *propter rem*<sup>674</sup>, non sembra sia possibile imporre all'acquirente obblighi così gravosi. In tal senso, condivisibile appare l'ulteriore rilievo secondo cui la scelta del gestore risulta connotata da un elemento di fiduciarità rispetto al quale il terzo sarebbe da ritenersi del tutto estraneo<sup>675</sup>.

---

672 In tal senso cfr. GENTILI, *op. ult. cit.*, spec. 47 s., il quale ricollega l'opponibilità del vincolo alla sua trascrizione ed osserva che "grazie alla trascrizione della destinazione, ma solo a questa condizione, *res transit cum onere suo*. L'avente causa acquista un diritto di cui entra a far parte il particolare regime giuridico del bene costituito dall'autonomia privata di chi ha istituito e trascritto la destinazione"; GAMBARO, *op. ult. cit.*, 340 ss.; G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contratto e imp.*, 2008, 1070; anche BIANCA, *op. ult. cit.*, 37 s., ritiene che il vincolo di destinazione essendo opponibile al terzo circolerebbe assieme al bene. L'A. tuttavia non chiarisce quali siano le conseguenze dell'opponibilità. L'esempio del provvedimento di assegnazione della casa familiare il quale, essendo trascrivibile, può essere opposto al acquirente dell'immobile richiamato dall'A. sembrerebbe far propendere nel senso che il terzo acquirente non sia gravato dalle obbligazioni del gestore.

673 Come osserva CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., 266, "mi pare che l'affermazione secondo la quale il bene circola *cum onere* significhi, non già che vi sia un onere reale (o un'obbligazione *propter rem*), bensì unicamente che il vincolo è opponibile; detto aspetto va riguardato cioè unicamente sotto l'opponibilità; il che sta a significare che il soggetto terzo può subire l'ingerenza del conferente/gestore che mantiene la legittimazione ad amministrare il bene, a compiere, più specificatamente, tutti quegli atti necessari a realizzare la destinazione e quindi a soddisfare il beneficiario".

674 In questo senso LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, cit., 1066, secondo il quale l'art. 2645-ter c.c. non darebbe luogo ad un nuovo diritto reale essendo, piuttosto, riconducibile alla categoria delle obbligazioni *propter rem*. Secondo l'impostazione adottata dall'A. "(...) v'è un *agere necesse* in capo al destinante, quale «momento» essenziale dell'attuazione dell'interesse altrui. Tale modalità deontica è, per definizione, incompatibile con la struttura di qualsivoglia situazione di appartenenza e, dunque, preclude in radice la configurabilità di un diritto reale"; in senso contrario cfr. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 84 s.; sempre in senso contrario, particolarmente incisivi appaiono i rilievi di CEOLIN, *op. ult. cit.*, 267 ss. L'A., a fronte del condivisibile orientamento della dottrina e della giurisprudenza circa la tipicità delle obbligazioni *propter rem*, rileva l'impossibilità di standardizzare il contenuto degli obblighi che scaturiscono dalla costituzione dell'atto di destinazione, atteso il carattere aperto di tale fattispecie "che ruota tutta attorno al principio di autonomia privata". Tale aspetto sarà ulteriormente approfondito nei prossimi paragrafi.

675 Il rilievo è di QUADRI, *La circolazione del bene destinato*, cit., 207; con riferimento, inoltre, al particolare ruolo del gestore cfr. ID. *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione* cit., 1724 ss.; peraltro come osserva CEOLIN, *op. ult. cit.*, 269, "Oltretutto l'articolo parla unicamente di «opponibilità» e desumere da tale espressione l'esistenza di obbligazioni di fare sarebbe alquanto peculiare. Sarebbe infatti una nozione di opponibilità piuttosto singolare e difforme da quello che per esempio vale per l'azione revocatoria o per l'ipoteca, dove l'opponibilità si traduce nell'inefficacia relativa".

Un'altra corrente di pensiero, sul presupposto secondo cui l'art. 2645-ter c.c. traccerebbe una nuova fattispecie di patrimonio autonomo a rilevanza reale assimilabile a quelli già esistenti nel nostro ordinamento, ritiene che l'atto di disposizione abusivo posto in essere dal gestore sarebbe inefficace (salvo poi comprendere in che senso ed entro quali termini la qualifica di inefficacia vada declinata in una specifica disciplina). In questo senso è stato osservato che l'effetto separativo si concretizzerebbe in una serie di regole di gestione e amministrazione vincolata del patrimonio autonomo e, quindi, i beni che ne fanno parte assumerebbero uno specifico regime di circolazione<sup>676</sup>. Pertanto, gli atti aventi ad oggetto i beni che compongono il patrimonio separato, qualora manifestamente contrari allo scopo, sarebbero inefficaci, posta l'opponibilità ai terzi dell'assenza di legittimazione all'atto di disposizione<sup>677</sup>. Alla medesima soluzione approda la corrente di pensiero secondo la quale il negozio di destinazione sarebbe idoneo ad incidere sul contenuto della proprietà. L'effetto conformativo del regime di appartenenza dei beni oggetto del vincolo si dovrebbe ripercuote sull'atto compiuto in violazione del medesimo, determinandone l'inefficacia<sup>678</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, l'atto posto in essere in violazione del vincolo sarebbe inefficace nei confronti del beneficiario, il quale potrebbe agire nei confronti del terzo per l'attuazione del vincolo o per ottenere la restituzione del bene<sup>679</sup>: anche se l'atto

---

676 ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 44, nota 120.

677 In questi termini ROJAS ELGUETA *op. ult. cit.*, 44 s.; QUADRI, *op. ult. cit.*, 207 s.; più in generale con riferimento all'art. 32 c.c. ed ai patrimoni fiduciari destinati ad uno scopo non lucrativo, cfr. anche L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. e prc. civ.*, 2003, 1313, il quale osserva che "Nel caso di atti non conformi al vincolo di destinazione nasce il problema di individuarne il regime normativo: a ben vedere, poiché i poteri dominicali dell'ente sono compresi dal *modus* e determinati in funzione di questo, l'atto che non si conforma al vincolo di destinazione è posto in essere senza potere, e, mancando la legittimazione, dovrebbe essere inefficace".

678 Cfr. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 124 s., il quale in questo senso osserva che "L'effetto conformativo dell'atto determina la strutturazione interna della situazione soggettiva a rilevanza reale; la modalità di impiego dei beni, le regole di amministrazione, di contabilizzazione espressamente indicati in atto comunque funzionali all'attuazione dell'interesse del disponente non costituiscono obbligazioni del titolare del diritto conformato bensì doverosità espressive della natura stessa del diritto, la cui violazione non può trovare soddisfazione attraverso il risarcimento del danno senza limitare il fenomeno alla tradizionale rappresentazione romanistica della fiducia ma deve trovar risposta nel meccanismo della inefficacia derivante dalla mancanza di legittimazione all'atto per difetto di titolarità delle facoltà esercitate";

679 In tal senso cfr. MEUCCI, *op. ult. cit.*, 519 s., la quale, sebbene muova dalla premessa per cui l'atto di destinazione sarebbe idoneo ad incidere sul contenuto della proprietà dei beni vincolati, ritiene che il compimento di un atto contrario allo scopo del patrimonio destinato dia luogo ad inefficacia relativa. Secondo l'A. "E' chiaro, allora, come la questione si concentri nell'individuazione dei negozi dispositivi posti in essere dal titolare della *res* (sia esso il conferente od il gestore) in violazione del vincolo. A questo riguardo assume carattere determinante la pubblicità realizzata attraverso la trascrizione nei registri immobiliari ex art. 2645-ter e l'effetto di conoscibilità che ne deriva. I conflitti tra gli interessi dei beneficiari (o di chiunque ne abbia interesse), volti a garantire la permanenza del vincolo da un lato, e quelli dei terzi aventi causa dall'altro, si ridimensionano dal momento che le conseguenze giuridiche sono valutate alla luce del regime di opponibilità. Se così è, ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. deve potersi ritenere

posto in essere dal gestore infedele sarebbe idoneo a trasferire al terzo acquirente la proprietà del bene, quest'ultimo dovrebbe poi subire le azioni del beneficiario volte alla soddisfazione del proprio interesse<sup>680</sup>.

Sembra a questo punto possibile compiere alcune osservazioni. Come si è visto, le ragioni giuseconomiche che si fondano sulla necessità di garantire l'efficiente circolazione della ricchezza inducono a ritenere che i poteri di gestione debbano essere accentrati su una persona sola, alla quale spetta il compito di adottare le decisioni rilevanti per l'utilizzo del bene<sup>681</sup>. Tale soluzione, oltre a garantire una più efficiente organizzazione delle prerogative proprietarie, risponde all'esigenza di assicurare la certezza dei poteri che spettano all'alienante.

Le regole di un sistema giuridico volte a favorire lo scambio dei beni semplificano anche le ricerche e le verifiche che i terzi acquirenti sono tenuti ad espletare e, quindi, riducono i costi legati alla necessità di reperire le informazioni necessarie. In altre parole, tanto più le regole di un ordinamento volte a disciplinare questo aspetto sono precise, tanto più la circolazione dei beni risulta efficiente, poiché si riducono i costi

---

che l'atto dispositivo incompatibile con il perseguimento dello scopo di destinazione sia inefficace rispetto al beneficiario il quale potrà legittimamente agire per la realizzazione dell'interesse"; in tal senso appare più coerente la posizione assunta da CEOLIN, *op. ult. cit.*, 265 ss., secondo il quale il vincolo di destinazione, al pari del negozio fiduciario, non inciderebbe sul contenuto del diritto di proprietà, bensì rilevarebbe sul piano obbligatorio. A fronte della trascrizione si tratterebbe, tuttavia, di un' obbligazione opponibile ai terzi sicché "l'indisponibilità ad esso collegata non incide sulla validità del negozio, ma opera unicamente sul piano dell'efficacia/inefficacia (relativa). L'indisponibilità, intrinseca alla destinazione, si ricollega al difetto di legittimazione del titolare del bene vincolato, all'esistenza di un potere altrui (*i.e.*: quello del beneficiario) di determinare l'inefficacia relativa dell'atto attraverso l'esercizio dei rimedi di cui all'art. 2645 *ter c.c.*".

680 Come osserva CEOLIN, *op. ult. cit.*, 272 s., "Quindi il fatto che il bene circoli *cum onere* vuol dire non che il terzo è obbligato a fare ma che deve sopportare l'invasione della propria sfera giuridica da parte del soggetto che mantiene la legittimazione. La situazione è molto simile a quella che si viene a creare con l'ipoteca; dunque il terzo acquirente del bene destinato, che nulla è obbligato a fare per realizzare la destinazione, si trova «in una situazione analoga a quella dell'acquirente di un bene ipotecato, potendogli essere opposto l'atto di destinazione trascritto in precedenza»; siccome il vincolo è opponibile al terzo, questi acquista divenendo una sorta di nudo proprietario"; in tal senso cfr. anche STEFINI, *op. ult. cit.*, 174, secondo il quale nelle ipotesi in cui il vincolo di destinazione non si traduca in un vero e proprio onere reale, i beneficiari oltre all'azione di adempimento nei confronti dell'obbligato avrebbero a disposizione un'azione reale assimilabile a quella ipotecaria da esercitare sul bene indebitamente alienato al terzo. Come osserva l'A., i legittimati attivi "possono cioè agire esecutivamente sugli stessi come se mai fossero usciti dal patrimonio del titolare (il "debitore" della destinazione), oltretutto senza che essi possano essere aggrediti dai creditori personali sia dell'originario titolare che del terzo acquirente; in ciò è la maggior tutela che la separazione realizza rispetto alle cause legittime di prelazione". Secondo l'A., tuttavia, il vincolo di destinazione in alcune ipotesi si potrebbe configurare quale onere reale. In questo caso il beneficiario potrebbe esperire un'azione assimilabile all'azione confessoria applicando per via analogica l'art. 1079 c.c., per cui ai beneficiari e al disponente (nel caso, si ricorda, di destinazione "dinamica", con trasferimento dei beni ad un attuatore) sarebbe dato di chiedere, in caso di violazione della destinazione, l'accertamento del loro diritto "inerente", la reintegrazione nel diritto leso – attraverso l'azione di esatto adempimento o addirittura la rimessione in pristino dei beni destinati – ed infine il risarcimento dei danni patiti in conseguenza della violazione dell'obbligo destinatorio".

681 Cfr. per tutti MORELLO, *op. ult. cit.*, 133 ss., con riferimento all'art. 2645-*ter c.c. spec.* 151; ID. *Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»*, cit., 85 ss.

transattivi legati agli scambi<sup>682</sup>. I sistemi pubblicitari costituiscono lo strumento principale per assicurare un corretto e ordinato svolgimento dei traffici economici, poiché essi oltre a regolare i conflitti che si possono verificare fra i soggetti che vantano diritti sul medesimo bene, rendono conoscibili le situazioni che incidono sulla circolazione immobiliare. In altri termini, deve senz'altro essere valorizzata la funzione informativa dei sistemi pubblicitari, giacché essi soddisfano l'esigenza di fornire una rappresentazione della posizione giuridica dei beni, la cui conoscibilità è necessaria, in primo luogo, per coloro che sono interessati all'acquisto<sup>683</sup>.

Le osservazioni svolte in precedenza, tuttavia, inducono a ritenere che un sistema pubblicitario sia in grado di svolgere in modo efficace questa funzione, solo nella misura in cui le informazioni in esso riportate siano semplici e, in ragione della loro chiarezza, non siano soggette ad interpretazione, in modo tale da non dare luogo ad incertezze circa il loro contenuto<sup>684</sup>. Ciò consente un'organizzazione più efficiente dei pubblici registri ed assicura regole di verifica per i terzi più semplici con la conseguente

---

682 Come osserva AMBROSOLI, *op. cit.*, 267 s. "La possibilità di alienare beni, dunque, è carattere necessario al fine di permettere il funzionamento del mercato: come il teorema di Coase pone in chiara luce, questo obiettivo può essere ostacolato dalla presenza di costi transattivi. Ne consegue che un ordinamento che voglia perseguire scopi di efficienza economica, dovrebbe adottare regole idonee a contenere e limitare i costi transattivi. La direttiva in questione suggerisce di agire anche sul fronte della certezza delle situazioni giuridiche; questo obiettivo può essere raggiunto attraverso l'istituzione di un sistema di registrazione dei diritti. L'opportunità di un sistema di registrazione dipende dal raffronto tra il suo costo di istituzione e mantenimento, rapportato al beneficio che genera: il confronto tra questi dati suggerisce di limitare le situazioni iscrivibili nei registri (ciò che deprime i costi di mantenimento ed incrementa il livello di certezza giuridica generato dal sistema) e di prevedere la registrazione dei soli beni di maggior valore economico (ed aventi carattere durevole)".

683 In questi termini TAGLIAFERRI, *op. ult. cit.*, 833, il quale nel rilevare la progressiva espansione dell'utilizzo dello strumento pubblicitario osserva che "La conoscenza conseguibile attraverso il sistema di trascrizioni soddisfa l'interesse dei privati a valutare sia l'appartenenza formale dei beni, sia la presenza di diritti diversi sugli stessi beni, nonché le eventuali azioni giudiziarie che possono interessare i beni e le vicende che influiscono sulla legittimazione a disporre del patrimonio. Pertanto, oltre l'efficacia tipica, la pubblicità nei registri immobiliari nelle forme di trascrizione, iscrizione, annotamento e ora anche comunicazione, ha la capacità di fornire una rappresentazione della posizione giuridica dei beni, la cui conoscibilità è utile per tutti gli interessati alla loro circolazione".

684 La necessità di abbattere i costi di verifica semplificando e limitando le ricerche da compiere anche all'interno dei registri immobiliari ed, al contempo, assicurare la massima certezza delle informazioni in essi riportate sono alla base di tutti i più moderni sistemi pubblicitari. Molti ordinamenti americani, non sono ancora riusciti a perseguire questi obiettivi. La consultazione dei registri è ancora estremamente complessa e da' ancora luogo a forti incertezze dovute, anche, al ruolo incisivo che l'*equity* continua a svolgere negli ordinamenti americani. Nasce da qui la prassi di assicurare il titolo di proprietà (*title insurance*). In ragione di queste inefficienze, alcuni Stati americani hanno, tuttavia, preso in considerazione la possibilità di adottare il sistema *Torrens* ed altri lo hanno già adottato. Il sistema *Torrens* sviluppato nell'ordinamento australiano comporta elevati costi iniziali, anche a carico di coloro che procedono alla registrazione dei beni, tuttavia garantisce un elevato grado di certezza. Questi aspetti sono trattati ampiamente da DI COSTANZO, *op. cit.*, 96 ss.; per un'approfondita indagine comparatistica sui diversi sistemi pubblicitari cfr. R. MURRAY, *Characteristics of the International Model of Land Title Registration Illuminated by Comparative Study of the German and Torrens Systems*, in *European Property L. R.*, 2012, 54 ss.; sulla trascrizione di tipo *Torrens* cfr. anche M. D. PANFORTI, *Torrens Title*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 715 ss.

diminuzione dei costi transattivi ed un incremento della stabilità delle contrattazioni<sup>685</sup>.

Questi rilievi, appaiono coerenti con il principio della tassatività delle fattispecie soggette a trascrizione (o quantomeno dei loro effetti) nonché con il principio dell'autonomia o «autosufficienza» della nota di trascrizione rispetto al titolo. E' evidente, infatti, che la possibilità di sintetizzare e riassumere in maniera esaustiva nella nota le informazioni rilevanti circa il contenuto del diritto è possibile nella misura in esso sia standardizzato e, quindi, non liberamente modificabile da parte dei privati<sup>686</sup>.

La pretesa possibilità di pubblicizzare le regole di gestione del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* si pone in evidente contrasto con tali principi a causa del contenuto atipico - e quindi non standardizzabile - del vincolo stesso. Allo stato attuale, l'*art. 2645-ter c.c.* riceve un'applicazione che comporta delle inefficienze di carattere generale, poiché essa non consente ai terzi di poter fare affidamento sulla nota di trascrizione, sminuisce la funzione della nota stessa e complica le regole di verifica ponendo delle incertezze circa le prerogative che spettano al gestore.

Queste considerazioni suggeriscono di verificare se sia possibile attribuire alla norma un'ulteriore lettura che la renda coerente con l'esigenza di preservare una efficiente circolazione della ricchezza.

#### **4.4. (segue) La meritevolezza degli interessi ed il rinvio all'art. 1322, secondo comma, c.c.**

A tal proposito, appare di centrale importanza il rinvio che l'*art. 2645-ter c.c.* compie agli interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche

---

685 Come osserva AMBROSOLI, *op. cit.*, 268 s., limitare le situazioni iscrivibili nei registri permette di contenere i costi di mantenimento del sistema pubblicitario ed incrementa il livello di certezza giuridica generato dal sistema; sul punto ampiamente MORELLO, *op. ult. cit.* 75 ss.; GAMBARO, *La proprietà*, cit., 74 s. Tali osservazioni trovano, peraltro, una conferma nell'esperienza inglese dove la riduzione ad un elenco tassativo dei *property rights*, compiuta dalla riforma del 1925 ha permesso di introdurre un sistema pubblicitario efficiente. Sul punto cfr. per tutti PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., 189 ss.; per ulteriori riferimenti v. il primo capitolo, § 1.1. in note. Ulteriori modifiche sono state apportate dal *Land Registration Act 2002*, le cui finalità sono quelle di favorire la celerità delle contrattazioni, non soltanto attraverso una notevole semplificazione delle investigazioni, ma anche tramite l'introduzione di un procedimento amministrativo di risoluzione di controversie che possano sorgere in merito alle domande di registrazione, ciò allo scopo di aumentare il grado di certezza delle informazioni riportate nei registri.

686 Cfr. MORELLO, *op. cit.*, 79, il quale con riferimento agli artt. 2643 ss. c.c. e 2659 c.c. rileva che "Queste norme, nel loro insieme, limitano dunque la trascrizione degli atti da cui derivano diritti reali su immobili e questo avviene certamente a tutela dell'affidamento dei terzi. Non è vero quindi che qualunque diritto anche del tutto atipico potrebbe essere trascritto con un'appropriata organizzazione dei sistemi di pubblicità (...). Vi è invece un doppio limite. Occorre innanzitutto che si tratti di un diritto definibile per i suoi contenuti come diritto reale tipico (o assimilabile ad un diritto reale tipico) e quindi previsto dalla legge o, se non previsto o non compiutamente previsto dalla legge, standardizzabile nei suoi elementi essenziali in modo chiaro e preciso".



amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c. Come è stato esattamente osservato, "l'interpretazione del requisito della meritevolezza degli interessi è cruciale, perché in grado di restringere o ampliare a dismisura l'area d'impiego del vincolo"<sup>687</sup>. Non per caso la dottrina si è divisa su questo punto giungendo, in relazione all'impostazione adottata, a letture sul piano applicativo o funzionale della norma molto distanti le une dalle altre<sup>688</sup>. Le posizioni assunte dalle diverse correnti di pensiero, benché numerose e variegate, possono essere ricondotte a due filoni principali.

Una prima corrente di pensiero pone l'accento sul rinvio che la disposizione compie all'art. 1322, secondo comma c.c. In questa prospettiva si sostiene che il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c. dovrebbe coincidere con quello di liceità dello scopo in conformità della lettura che dottrina e giurisprudenza compiono della norma richiamata<sup>689</sup>. Si sostiene in tal senso che sarebbe incoerente attribuire all'interno dello stesso codice due significati diversi della medesima espressione e, pertanto, meritevole di tutela sarebbe qualsiasi interesse lecito<sup>690</sup>. Non sembra, tuttavia, che costituisca elemento decisivo in tal senso l'osservazione contenuta nel parere espresso dalla Commissione Permanente di Giustizia in relazione al piano d'azione per lo sviluppo economico - ove all'art. 27 era contenuto il testo dell'attuale art. 2645-ter c.c. - per cui "secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, il giudizio di meritevolezza di cui al citato articolo 1322 coincide sostanzialmente con l'accertamento di non contrarietà del negozio realizzato alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume (...)"<sup>691</sup>. Vale la

---

687 GALLARATI, *op. ult. cit.*, 147 s.; come osserva anche ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 98, "Immediatamente è apparso evidente agli interpreti il ruolo decisivo che, ai fini di una corretta ricostruzione sistematica, assume la clausola della meritevolezza degli interessi ai sensi dell'art. 1322, 2° comma, c.c."

688 In particolare coloro che interpretano in senso ampio il requisito della meritevolezza degli interessi previsto dalla norma giungono ad identificare, quantomeno sul piano funzionale, l'art. 2645-ter c.c. con il *trust*; in tal senso cfr. per tutti GATT, *Dal trust al trust*, cit., 159 s. Al contrario coloro che interpretano in senso restrittivo il requisito della meritevolezza approdano alla conclusione per cui l'art. 2645-ter c.c. debba essere nettamente distinto dall'istituto di *common law* non potendo essere impiegato per le medesime finalità; in tal senso per tutti cfr. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 147 ss.; ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 97 ss.; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 165 ss.

689 Peraltro, occorre precisare che la tesi secondo cui il giudizio della meritevolezza di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c. finirebbe per coincidere con quello di liceità degli scopi perseguibili non risulta affatto pacifica. In giurisprudenza v. Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Giur. it.* 2004, 1886; in dottrina cfr. per tutti A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2001, 187; per ulteriori riferimenti cfr. G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari* in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, cit., 171 ss.; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore* cit., 161 ss.; MEUCCI, *op. ult. cit.*, 236 ss.; cfr. anche A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli cit., spec. 594.

690 In tal senso per tutti GALLARATI, *op. ult. cit.*, 153.

691 Parere espresso dalla Commissione Permanente di Giustizia del 28 giugno 2005, reperibile

pena al riguardo rilevare che, proprio sulla base di tali premesse, il Presidente aveva proposto alla Commissione di esprimere parere favorevole a condizione che fosse soppresso l'art. 27 e così è in effetti avvenuto<sup>692</sup>. Come è noto il testo dell'art. 2645-ter c.c. è stato successivamente inserito nel cd. "Decreto mille proroghe" senza passare nuovamente per il giudizio della Commissione Giustizia.

Più convincente appare, piuttosto, il rilievo in base al quale l'interpretazione secondo cui la meritevolezza degli interessi richiamati dall'art. 2645-ter c.c. esigerebbe una comparazione di valori contrapposti andrebbe incontro a problemi applicativi<sup>693</sup>. Si porrebbe, infatti, il problema di individuare l'autorità che dovrebbe procedere al giudizio in ordine alla meritevolezza dell'interesse. Tale giudizio non potrebbe essere rimesso alla valutazione dei notai né, tantomeno, a quello dei conservatori dei pubblici registri<sup>694</sup>. In senso contrario si è tuttavia rilevato come ai fini del giudizio di meritevolezza non sarebbe richiesto al notaio un controllo "qualitativamente diverso" da quello relativo alla non contrarietà all'ordine pubblico e buon costume<sup>695</sup>. A ben vedere, questo giudizio non si traduce in una valutazione soggettiva o comunque extragiuridica, bensì si risolve "in una valutazione comparativa tra diversi interessi in gioco alla stregua del trattamento che quegli interessi ricevono nel nostro sistema di diritto privato"<sup>696</sup>.

---

all'indirizzo [http://www.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/200506/0628/pdf/02.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/200506/0628/pdf/02.pdf). A sostegno della tesi prospettata è infatti invocato tale parere. In tal senso VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, cit., 176 s.; STEFINI, *op. ult. cit.*, 64; PICCIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.*, cit., 298.

692 Come si legge nel parere espresso dalla Commissione Permanente di Giustizia del 28 giugno 2005: "In considerazione delle ampie possibilità applicative della norma – il riferimento all'articolo 1322 del codice ne consente l'utilizzo per il perseguimento delle più svariate finalità, purché non illecite – e degli effetti che da un uso strumentale della medesima potrebbero derivare (sottrazione dei beni ai creditori), andrebbe valutata l'opportunità di consentire, analogamente a quanto disposto dall'articolo 171 in materia di fondo patrimoniale, l'esecuzione sui beni anche per debiti contratti per finalità estranee o differenti rispetto a quelle risultanti dall'atto di conferimento, nella ipotesi in cui il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza. La disposizione in esame andrebbe, altresì, valutata alla luce del generale principio di cui all'articolo 2740 del codice civile, in virtù del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri; la normativa in esame infatti rischia di compromettere il sistema delle garanzie generali attualmente previste dal codice civile. Per tali considerazioni propone l'espressione di un parere favorevole a condizione che venga soppresso l'articolo 27".

693 In tal senso GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche* cit., 16 ss.; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 153.

694 Cfr. GENTILI, *op. ult. cit.* 16 s.; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 153.

695 In tal senso M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in BIANCA (a cura di) *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 65; CEOLIN, *op. cit.*, 216 s., nota 299; sul punto cfr. anche OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari* cit., 178 s.

696 Come osserva NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela* cit., 71 s., (...) troveranno applicazione a quel giudizio gli stessi criteri già elaborati in relazione al divieto per il notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge il quale 'si riferisce non solo agli atti singolarmente e specificamente vietati, ma a tutti quelli comunque contrari a norma cogente, per ragioni formali e sostanziali'; purché però si tratti di vizi che danno luogo, in modo equivoco, alla nullità assoluta dell'atto per contrarietà a norme imperative'. Il che ha indotto a ritenere che per le ipotesi di contrasto con il buon

Proprio in considerazione del ruolo che il notaio svolge nella fase della redazione dell'atto pubblico non vi sarebbe ragione per escludere che quest'ultimo non possa compiere il giudizio di meritevolezza.

Si potrebbe inoltre aggiungere che in questo quadro un ruolo decisivo è assunto dalla giurisprudenza le cui pronunce consentirebbero di individuare in modo più preciso l'ambito entro il quale l'autonomia privata possa ricorrere all'atto di destinazione<sup>697</sup>. Del resto all'interno del nostro ordinamento non mancano norme - come ad esempio l'art. 699 c.c. - che attribuiscono al giudice il compito di compiere un simile giudizio. Un ulteriore apporto potrebbe giungere infine dalla prassi, giacché con il passare del tempo si potrebbe pervenire ad una standardizzazione dei settori in cui si ricorra all'atto di destinazione. In definitiva, non sembra che l'impostazione che attribuisce all'art. 2645-ter c.c. una portata ristretta possa tradursi in una caduta di certezza per l'ordinamento.

La corrente di pensiero secondo la quale il giudizio di meritevolezza dovrebbe coincidere con quello di liceità dello scopo finisce, pertanto, per configurare l'atto di destinazione come uno schema di portata generale a rilevanza reale. Ciò, quantomeno sotto il profilo funzionale, consentirebbe senz'altro di assimilare - se non addirittura di identificare - tale istituto con il *trust*<sup>698</sup>. La novella realizzerebbe in questo contesto un "un salto qualitativo" giacché riconoscerebbe all'autonomia privata, non solo di dar luogo ad un patrimonio separato, bensì di incidere sul regime della circolazione dei beni destinati essendo il vincolo opponibile ai terzi. Come si è visto, secondo l'impostazione in rassegna, la trascrizione del vincolo nei pubblici registri sarebbe idonea di per sé ad assicurare un'adeguata conoscibilità da parte dei terzi del regime cui i beni sono sottoposti, sicché non si porrebbe alcun problema con riferimento alla circolazione dei medesimi.

Sul versante opposto si colloca la corrente di pensiero più restrittiva secondo la quale per interessi meritevoli di tutela di cui all'art. 2645-ter c.c. si devono intendere solo le

---

costume e l'ordine pubblico, è sufficiente che la contrarietà sia desumibile da una interpretazione extraletterale delle norme giuridiche, purché però avente certezza e diffusione, dottrinale e giurisprudenziale, tale da rendere 'manifesta' la detta contrarietà".

697 In senso contrario GENTILI, *op. ult. cit.*, 17, secondo il quale "Ma non si vede neppure come gli stessi giudici lo farebbero, se vogliono applicare e non creare il diritto. Essendo per l'opinione qui respinta la meritevolezza di tutela oltre il confine della liceità, saremmo in balia delle loro ideologie personali".

698 In tal senso cfr. per tutti GATT, *Dal trust al trust*, cit., 159, secondo la quale "Adottando questa nozione così ampia di *atto di destinazione* appare verosimile affermare che nel raggio applicativo dell'art. 2645-ter c.c. cada il «trust interno» o, meglio, il trust italiano, vale a dire quell'operazione negoziale tipica a struttura variabile a causa variabile, caratterizzata da effetti di destinazione e di separazione patrimoniale bilaterale, che opera ormai da più di un decennio nel nostro sistema giuridico (...)".

finalità di utilità sociale<sup>699</sup> o, comunque, le finalità socialmente e moralmente apprezzabili o, ancora, legate a doveri di solidarietà nell'ambito familiare<sup>700</sup>.

Tale impostazione trae fondamento, in primo luogo, da alcuni dati testuali. Per un verso si osserva che il rinvio all'art. 1322, secondo comma, c.c., sarebbe volto ad indicare il carattere aperto della fattispecie tracciata dall'art. 2645-ter c.c. non essendo, invece, riferibile agli interessi meritevoli di tutela la cui nozione è già enunciata dalla disposizione testualmente ("...realizzazione di interessi meritevoli di tutela...")<sup>701</sup>.

---

699 In tal senso cfr. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 170, secondo il quale il vincolo di destinazione potrebbe essere costituito solo per il perseguimento di finalità di pubblica utilità come in origine avveniva per le fondazioni. Come osserva I. A. "Lo scopo della pubblica utilità aveva un tempo lo scopo di giustificare, con il perseguimento di un interesse superiore, il limite alla libera circolazione dei beni e al libero sfruttamento delle risorse economiche, che il vincolo di destinazione posto con l'erezione della fondazione comporta"; come afferma ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, cit., 737, con riferimento all'art. 699 c.c." concordo con quanti ritengono che da tale norma possano trarsi evidenze argomentative in ordine al fatto che la destinazione patrimoniale e la conseguente e necessaria trascrizione è soggetta ad un limite analogo a quello previsto dall'art. 699 cod. civ., atteso che l'autonomia del patrimonio è garantita solo a condizione ch'essa sia lo strumento attraverso il quale realizzare un fine «socialmente utile»; LENER, *op. cit.*, 1062.

700 In tal senso cfr. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., 1380 s., secondo il quale "La selezione degli interessi, al fine di verificare se il vincolo di destinazione sia idoneo a giustificare la separazione, non può operarsi che sulla base del sistema costituzionale: potrà ammettersi, allora, la costituzione del vincolo non soltanto se diretto al perseguimento di un interesse collettivo (...) ma anche di un interesse individuale, purché incondizionatamente tutelato e, quindi, di natura non meramente patrimoniale: quegli stessi interessi corrispondenti a 'valori della persona costituzionalmente garantiti' (...)"; LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, cit., 1000; NUZZO, *op. ult. cit.*, 65 ss., il quale all'interno dell'art. 2645-ter c.c. individua due norme. La prima riguarderebbe l'atto di destinazione e sarebbe volta a disciplinare la "fattispecie primaria". La seconda riguarderebbe, invece, l'opponibilità dell'atto di destinazione. Ai fini dell'opponibilità e, quindi del riconoscimento di tale effetto, la norma opererebbe una valutazione comparativa. Secondo l'A. infatti "il giudizio di meritevolezza costituisce il risultato di una valutazione comparativa tra l'interesse sacrificato, che è quello dei creditori generali, e l'interesse realizzato con l'atto di destinazione"; P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, *Quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, 2007, 126, il quale evoca il concetto di autonomia provata della solidarietà; in questo senso sembra propendere anche MORELLO, *op. ult. cit.*, 149 s.; CEOLIN, *op. ult. cit.*, 217, secondo il quale "(...) è da ritenere che effettivamente gli interessi *de quibus* debbano consistere in un *quid* che rispondono a superiori interessi, sociali, morali, o di pubblica utilità che dir si voglia; non possano, in sostanza, essere interessi meramente lucrativi, egoistici e futili del soggetto disponente, il che, peraltro, non significa che non possano essere interessi propri, nel caso di specie, del solo disponente, siano essi a contenuto patrimoniale o non patrimoniale; nulla esclude, infatti, che l'interesse esclusivo del disponente sia l'espressione, in astratto, di un interesse più elevato, espressivo di valori superindividuali e pertanto pare da condividere l'affermazione di chi osserva che la natura egoistica dell'interesse del disponente non costituisce ostacolo alla formulazione del giudizio di meritevolezza (...)"; DE DONATO, *L'interpretazione dell'art. 2645-ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, cit., 92; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore* cit., 190 ss.; ID., *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, cit., 468 ss.; estremamente interessante è inoltre la posizione di ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 111 ss., il quale approda alle medesima conclusione anche sulla base di valutazioni che si fondano sull'analisi economica del diritto; tuttavia per altrettanto interessanti valutazioni giuseconomiche contro tale impostazione cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 157 ss.

701 Come osserva CEOLIN, *op. ult. cit.*, 211, "il rinvio all'art. 1322, comma 2, pertanto sarebbe, non tanto al concetto della meritevolezza dell'interesse, non essendoci bisogno di ciò vista la testuale previsione che la disposizione già contiene, quanto un rinvio teso a rimarcare il fatto che l'atto di destinazione è fattispecie «aperta», di carattere generale, similmente al contratto atipico di cui al 2° comma dell'art. 1322 c.c., dato che al privato è riconosciuto il potere di selezionare, da sé solo, pur con le limitazioni che

Peraltro, anche qualora si ritenesse il contrario, la norma non potrebbe prevedere un mero rinvio agli interessi meritevoli di tutela di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c. giacché essa stabilisce che tali interessi devono essere riferibili a persone con disabilità o a pubbliche amministrazioni e pertanto, questa nozione dovrebbe essere interpretata alla luce dei riferimenti enunciati dall'art. 2645-ter c.c.<sup>702</sup>.

Per altro verso, si osserva che la successiva previsione normativa, relativa ad "altri enti o persone fisiche" andrebbe necessariamente interpretata tenendo conto del riferimento alle persone con disabilità ed alle pubbliche amministrazioni. Ciò in quanto, in primo luogo, in favore di tale interpretazione deporrebbe lo stesso dato testuale, dovendo ritenersi che la disgiuntiva "o" subordini la più ampia categoria soggettiva a quella più specifica e limitata, individuata nella parte iniziale della disposizione<sup>703</sup>. In secondo luogo, non parrebbe opportuno ritenere che "il riferimento «eticamente più forte», quello ai disabili, venga soppresso ed annullato da quello successivo, più generale"<sup>704</sup>.

Questa impostazione, peraltro, potrebbe trovare una conferma nella proposta di legge che ha costituito l'antecedente dell'art. 2645-ter c.c., la quale limitava la possibilità di costituire il patrimonio autonomo al solo scopo di favorire i "soggetti portatori di gravi *handicap*" ovvero per il "mantenimento, dell'istruzione e del sostegno economico dei discendenti"<sup>705</sup>.

---

si vedranno, detti interessi".

702 Cfr. per tutti CEOLIN, *op. ult. cit.*, 211, il quale rileva che "Questi 'interessi meritevoli' poi non sono e non possono essere (solo) quelli di cui all'art. 1322, perlomeno nel significato tradizionale in cui questi vengono intesi, anche per l'espresso richiamo di essi che l'art. 2645 ter fa, non limitandosi, dunque, ad un mero rinvio. Inoltre il rinvio all'art. 1322, comma 2, c.c. non è, in sé e per sé, spoglio da qualsivoglia altro appiglio; esso, infatti, va collegato al fatto che tali interessi devono essere «riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni [...]» ed anche alla luce di tali riferimenti il rinvio all'art. 1322 va interpretato".

703 Come osserva DE DONATO, *op. ult. cit.*, 90, "la costruzione sintattica della norma con la doppia particella disgiuntiva 'o' 'o' crea volutamente una sospensione, ma in uno spazio unificato, non spezzato dalla successione delle virgole. La 'o' non contrappone, ma salda con valenza esemplare gli 'altri enti' o 'persone fisiche' ai soggetti speciali individuati all'inizio"; in tal senso cfr. anche CEOLIN, *op. ult. cit.*, 211.

704 CEOLIN, *op. ult. cit.*, 212; in tal senso anche GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 1379, il quale rileva che "(...) è vero anche che, a fronte di quest'ultimo omnicomprensivo riferimento, quello specifico che precede, ai disabili ed alla pubblica amministrazione, non avrebbe alcun significato precettivo, se l'interprete non vi attribuisse il senso di indicare, con la tecnica rozza di una povera esemplificazione, la natura degli interessi, anche degli 'altri enti o persone fisiche', che possono considerarsi idonei a giustificare la separazione".

705 Cfr. NUZZO, *op. ult. cit.*, 67; come osserva MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, cit., 470, "Peraltro, un importante elemento di continuità tra la *ratio* che ispirava i progetti nn. 3972 e n. 5414 e la nuova norma è rappresentato dalla previsione, nel testo dell'art. 2645ter c.c., di due ipotesi nominative gli interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. «riferibili a persone con disabilità» e a «pubbliche amministrazioni» (...). Il riferimento non può essere considerato pleonastico, una sorta di relitto giuridico superato, se non addirittura assorbito, dal successivo richiamo agli interessi riferibili «ad altri enti o persone fisiche», categorie di soggetti che ricomprendono certamente anche disabili e le P.A."; OBERTO, *op. ult. cit.*, 184.

Decisivo appare il rilievo per cui l'esigenza di attribuire al giudizio di meritevolezza previsto dall'art. 2645-ter c.c. una valenza differente rispetto all'art. 1322, secondo comma, c.c. si giustifica per il fatto che diversi sono la portata e l'effetto delle disposizioni in esame, giacché l'atto di destinazione, a differenza del contratto atipico, produce effetti esterni rilevanti anche per i terzi<sup>706</sup>.

Sotto un primo profilo, alcuni Autori, hanno osservato che in questo contesto l'autonomia delle parti e, quindi, la possibilità di destinare uno o più beni ad un determinato scopo, incontrerebbe un limite nell'interesse generale dell'ordinamento ad una efficiente circolazione dei beni<sup>707</sup>. Occorrerebbe, pertanto, interrogarsi sulla coerenza dell'impostazione orientata a ricostruire l'art. 2645-ter c.c. come uno schema di portata generale a rilevanza reale con il nostro ordinamento, che fino a questo momento sembrerebbe essersi mosso in una prospettiva di tipicità degli istituti tramite i quali è possibile destinare uno o più beni ad uno specifico fine con la conseguenza, in definitiva, di assoggettarne la circolazione ad un regime particolare<sup>708</sup>.

---

706 In questi termini GAMBARO, *La proprietà* cit., 339; CEOLIN, *op. ult. cit.*, 212 s.; chiarissimo sul punto ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 161, il quale, peraltro, alla nota 81, rileva che "Nelle indagini sul fenomeno separativo e, più di recente, in quelle relative all'art. 2645-ter c.c., la dottrina omette di considerare che l'efficacia reale del fenomeno destinatorio, da un lato, coinvolge interessi terzi rispetto a quelli delle parti coinvolte e, dall'altro, produce esternalità negative che vengono trasferite sulla collettività"; estremamente interessante anche l'indagine di E. MORANDI, *Gli atti di destinazione nell'esperienza degli Stati Uniti d'America* in AA. VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 44 ss. la quale a tal proposito rileva che anche nel sistema statunitense vi è una standardizzazione dei *property rights* e delle fattispecie che danno luogo alla separazione patrimoniale.

707 Come osserva GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 222, "(...) il vincolo potrebbe effettivamente porre un serio ostacolo alla circolazione del bene, in quanto lo renda davvero poco attraente come oggetto di un potenziale acquisto. Un vincolo di questa specie ha di regola senso qualora si voglia salvaguardare la fruizione in specie del bene da parte di determinati soggetti. (...) Il bene però potrebbe essere vincolato anche solo per assicurare che vi sia un investimento produttivo di reddito mediante il quale finanziare meritevoli di tutela. Nuovamente, emerge come l'espressione 'vincolo di destinazione' non sia di per sé idonea ad individuare uno preciso statuto del bene. Per certo si sa che il vincolo grava sul bene, e ne varia il valore. Bisognerà individuare con cura gli interessi che giustificano l'eventuale diminuzione di valore derivante dagli ostacoli frapposti alla realizzazione del suo valore capitale. Se il vincolo tende addirittura a distruggere completamente il valore del bene senza giovamento per alcuno l'operazione potrebbe essere ritenuta contraria all'ordine pubblico economico (...)"; GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 1380; ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 735; sul punto cfr. anche LUMINOSO, *op. ult. cit.*, 996 ss.; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 104; ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 165 ss.; MORANDI, *Gli atti di destinazione nell'esperienza degli Stati Uniti d'America* cit., 44 ss. CEOLIN, *op. ult. cit.*, 213 s.; da ultimo D'AMICO, *La Proprietà «destinata»*, cit., 531, il quale osserva che "la «meritevolezza» degli interessi che attraverso questo strumento possono perseguirsi andrebbe pertanto intesa in senso *pregnante*, in quanto sarebbe indicativa di una tendenziale «eccezionalità» dei vincoli imposti alla proprietà (vincoli che - volenti o nolenti - collocano, quanto meno di fatto, il bene fuori dal mercato, per di più per un periodo di tempo che può essere anche molto lungo), i quali devono poter trovare la loro giustificazione in effettive esigenze di natura «sociale», che possano legittimare il sacrificio non solo di interessi privati (come quelli dei creditori «generali» del proprietario), ma anche dell'interesse pubblico racchiuso nel principio di «libertà della proprietà», quale principio idoneo a favorire la più ampia circolazione della ricchezza".

708 In questo senso ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 99 ss.; QUADRI, *La circolazione del bene destinato*, cit., 200 ss.

Nei paragrafi precedenti si è, infatti, rilevato che gli istituti che danno luogo ad una separazione patrimoniale sono destinati ad avere un impatto sul regime di circolazione dei beni che ne fanno parte e, pertanto, in questi casi una disciplina che regoli questo aspetto assume un ruolo centrale<sup>709</sup>.

Al contrario, non sembra che la trascrizione nei pubblici registri dell'atto di destinazione sia di per sé idonea a risolvere tutti i problemi che sono legati a questo profilo. Infatti, come si è visto, l'applicazione concreta che l'art. 2645-ter c.c., sembra ricevere allo stato attuale, può comportare delle inefficienze di carattere generale<sup>710</sup>.

I compiti e, quindi, i poteri del gestore potrebbero variare di molto a secondo del fine per il quale il vincolo è costituito e il regolamento contrattuale potrebbe essere estremamente articolato. Questa circostanza porta ad escludere che tali informazioni siano sintetizzabili in modo esaustivo in pochi punti rilevanti nella nota di trascrizione. La trascrizione del vincolo di destinazione, anche qualora eseguita secondo le modalità prospettate dalla circolare n. 5/2006, mette in crisi alcuni principi su cui il nostro sistema pubblicitario sembra fondarsi e non appare idonea a fornire ai terzi in maniera chiara le informazioni circa i poteri del gestore (nonché le prerogative che sui beni spettano ai beneficiari) necessarie per valutare i rischi connessi all'acquisto<sup>711</sup>. Questa soluzione pregiudica la circolazione della ricchezza giacché produce delle esternalità per la collettività (l'incremento dei c.d. *verification costs*) le quali, peraltro, sono interamente addossate sui terzi interessati all'acquisto del bene<sup>712</sup>.

E' necessario tenere conto, tuttavia, che nel nostro ordinamento sono presenti alcune fattispecie che possono determinare risultati inefficienti sotto il profilo indicato. Si è così osservato che il modello tracciato per le società semplici di cui all'art. 2266 c.c. potrebbe imporre al terzo di accertare, sulla base del regolamento interno della società, i poteri attribuiti a colui che spende il nome della stessa<sup>713</sup>. Il conferimento di immobili in una società semplice, in cui tutti i soci siano anche amministratori e ciascuno di essi sia in grado di influire sulle decisioni da compiere, ricorrendo al proprio diritto di veto,

---

709 Sul punto cfr. ampiamente ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 160 ss.

710 Cfr. il quarto capitolo (§ 4. 3.).

711 Cfr., per questi aspetti, *amplius*, quarto capitolo (§ 4.3).

712 Sul punto cfr. per tutti ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 735, il quale riferendosi all'art. 2645-ter c.c. rileva che "(...) si possono considerare e raffrontare i benefici del disponente nel selezionare un vincolo di destinazione, a fronte dell'utilità e della disutilità che ciò provoca per i beneficiari (che potrebbero dare una diversa e più efficiente destinazione a quei beni se ne fossero pieni proprietari), e così pure delle esternalità, ossia dei costi che l'utilizzo di un determinato istituto fa gravare sui terzi (che ad esempio potrebbero essere interessati all'acquisto del bene e ne sono impossibilitati per l'esistenza del vincolo) e più in generale sulla funzionalità del sistema economico; ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 170 ss.

713 Cfr. GALLARATI, *op. ult. cit.*, 185 s.

consentirebbe di limitare la circolazione dei beni intestati a quest'ultima<sup>714</sup>.

E' altresì vero che, proprio la disciplina sulle società, presenta alcune regole che attestano la necessità avvertita dall'ordinamento di preservare l'efficiente circolazione dei beni e sono dirette a tutelare l'affidamento dei terzi nonché a semplificare le indagini che essi devono compiere al fine di valutare i rischi connessi all'acquisto.

Tali principi con riferimento alla disciplina delle società di capitali, si concretizzano nell'art. 2384 c.c., il quale stabilisce che le limitazioni ai poteri degli amministratori non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società. Inoltre, per quanto riguarda gli enti che agiscano senza fine di lucro, l'art. 19 sembrerebbe deporre nella medesima direzione. Ciò sembra, peraltro, trovare un'ulteriore conferma nella disciplina sulla circolazione delle azioni delle s.p.a. e delle s.a.p.a., le quali costituiscono tipicamente uno strumento di investimento e, come tale, sono destinate a circolare: l'art. 2355-*bis* c.c., infatti, ammette la possibilità di limitare la circolazione delle azioni tramite apposite previsioni statutarie, a condizione che tali limitazioni risultino dal titolo.

Regole differenti sono, invece, previste con riferimento alle limitazioni del trasferimento delle partecipazioni delle s.r.l. (art. 2469 c.c.) e per le quote delle società cooperative. Con riferimento a questi ultimi modelli societari, si deve tuttavia rilevare che si tratta, per lo più, di società a ristretta base azionaria, dove l'elemento associativo è senz'altro prevalente. La possibilità di limitare la circolazione delle quote o delle azioni risponde, dunque, all'interesse dei soci di mantenere all'interno della stessa un determinato assetto. Ciò sconsiglia di equiparare le quote o le azioni di questi modelli societari a qualsiasi altro bene, poiché esse, più che incorporare un investimento, hanno ad oggetto la posizione associativa all'interno dell'ente e, in molti casi, potrebbero anche non circolare<sup>715</sup>.

Non pare, inoltre, che un'indicazione di segno contrario possa essere ravvisata nei cc. dd. sindacati azionari di blocco o, più in generale, nei patti parasociali. In seguito all'introduzione dell'art. 2341-*bis* c.c. non sussiste più alcun dubbio sulla validità di tali accordi, tuttavia la giurisprudenza è costante nell'escludere l'efficacia reale degli stessi, i quali possono essere invocati esclusivamente nei confronti di coloro che gli hanno

---

714 GALLARATI, *op. ult. cit.*, 185 s.

715 Tali considerazioni, a bene vedere, spiegano anche la ragione per la quale in tale ambito al patto di inalienabilità delle quote ed azioni il legislatore riconosce confini più ampi, rispetto alla regola generale di cui all'art. 1379 c.c. In argomento cfr. per tutti GALGANO – VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare* cit., 134 ss.; FRANZONI, *op. ult. cit.*, 445 ss.;



sottoscritti<sup>716</sup>.

Nella parte precedente dell'indagine si è altresì, rilevato, che anche con riferimento alla trascrizione nei registri immobiliari, il principio dell'«autosufficienza» della nota rispetto al titolo è volto a garantire la conoscibilità delle informazioni essenziali, ossia quelle necessarie a fornire un quadro esaustivo ai fini della circolazione del bene. Vi sono alcune ipotesi, tuttavia, che potrebbero rendere necessarie delle verifiche più approfondite, come l'ipotesi in cui il terzo voglia verificare se l'ascendente abbia compiuto una donazione indiretta<sup>717</sup>.

In definitiva, sebbene per le ragioni illustrate il conseguimento dell'obiettivo volto a ridurre i costi informativi dei terzi al fine di assicurare una più efficiente circolazione della ricchezza sia sicuramente desiderabile ed auspicabile, esso probabilmente non può costituire la ragione sufficiente ad imporre una lettura eccessivamente restrittiva dell'art. 2645-ter c.c.

Sotto un altro profilo, numerosi Autori si sono interrogati circa le conseguenze che l'art. 2645-ter c.c. produce nei confronti dei creditori dei soggetti che sono coinvolti nella vicenda destinataria<sup>718</sup>. L'istituto pone indubbiamente un problema di confronto con l'art. 2740 c.c. giacché, come è noto, a seguito della costituzione del vincolo, i beni conferiti ed i loro frutti possono essere aggrediti esclusivamente per il soddisfacimento dei debiti contratti per tale scopo<sup>719</sup>.

Questa disciplina, per un verso, prevede la separazione tra i beni del patrimonio generale del disponente (o del gestore) ed i beni del patrimonio destinato, escludendo

---

716 Cfr. *ex multis* Cass. 23 aprile 1969, n. 1290, in *Giust. civ.*, 1969, 1695, con nota di C. CINATTASIO; Cass., 17 dicembre 1975, n. 4143, in *Giur. it.*, 1977, 967; Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Le società*, 2002, 1246, con nota di D. PROVERBIO; Trib. Reggio Emilia 11 ottobre 1996, in *Giur. comm.*, 1999, 377; Trib. Milano 2 luglio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 562; si veda, tuttavia, Trib. Genova, 8 luglio 2004 (ord.), in *Le società*, 2004, con nota di G. SEMINO, secondo il quale è ammissibile la domanda cautelare che ordini al socio inadempiente agli obblighi scaturenti da un sindacato di voto e di blocco e che abbia posto in essere una cessione in violazione di una clausola di prelazione statutaria, di esprimere il voto in assemblea in conformità alle delibere adottate a maggioranza dagli aderenti al patto di sindacato. Anche la dottrina prevalente ritiene che i patti parasociali abbiano efficacia meramente obbligatoria. Cfr. per tutti G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942 104; ID. *I patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 215 ss.; GALGANO –VISINTINI, *op. ult. cit.*, 134; FRANZONI, *op. ult. cit.*, 441.

717 Per maggiori approfondimenti cfr. il quarto capitolo (§ 4.3.) in note.

718 Sul punto cfr. per tutti GAZZONI, *op. ult. cit.*, 165 ss.; NUZZO, *op. ult. cit.*, 59 ss.; SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta cit.*, 126 ss.; ID. *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 203 s.; BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione cit.*, 14 ss.; A. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 235 ss.; ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 97 ss.; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 180 ss.; MEUCCI, *op. ult. cit.*, 147 ss., spec. 419, ove l'A. osserva correttamente che "Il dato problematico che dovrà essere affrontato concerne, pertanto, le interazioni tra le classi di creditori che la separazione genera e l'articolazione di efficaci meccanismi di soluzione di conflitti".

719 Per ulteriori riferimenti circa il principio dell'unicità della garanzia patrimoniale di cui all' art. 2740 c.c. cfr. il terzo capitolo (§ 4.), in note.

che i creditori generali possano aggredire questi ultimi beni (c.d. *affirmative asset partitioning*) ma, per un altro, non mette al riparo il patrimonio generale dalle azioni esecutive dei creditori titolati (c.d. *defensive asset partitioning*), ai quali non è preclusa la possibilità di estendere le proprie pretese anche su quest'ultimo patrimonio<sup>720</sup>.

Ciò posto, con riferimento ai creditori del disponente, l'atto istitutivo del vincolo dovrebbe essere equiparato ad un qualsiasi atto dispositivo del bene, pertanto - anche alla luce dell'esperienza francese sulla *fiducie*<sup>721</sup> - sembra corretto ritenere che il rimedio offerto dall'ordinamento ai creditori di costui, eventualmente danneggiati da tale atto, sia costituito dall'azione revocatoria<sup>722</sup>. Questa soluzione, non solo dovrebbe trovare applicazione laddove l'atto di destinazione avvenga tramite il trasferimento della proprietà dei beni al gestore, ma anche qualora il patrimonio vincolato rimanga intestato al disponente, posto che egli si priva delle utilità generate dal patrimonio destinandole ad un beneficiario o al perseguimento di un determinato scopo<sup>723</sup>.

La questione appare più complessa, invece, con riferimento ai creditori del gestore (o del disponente qualora i beni rimangano intestati a quest'ultimo) poiché, come si è detto, la norma dà luogo ad una separazione unilaterale dei patrimoni: all'effetto *affirmative* della separazione non si accompagna l'effetto *defensive*. I creditori titolati risultano notevolmente avvantaggiati rispetto ai creditori generali giacché, oltre a fare affidamento sui beni del patrimonio destinato, potranno estendere le proprie pretese sui

---

720 Sul punto cfr. per tutti ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 102, il quale in questo senso rileva che l'art. 2645-ter c.c. dà luogo ad una separazione unilaterale dei patrimoni; MEUCCI, *op. ult. cit.*, 433 ss.; tuttavia v. anche SALAMONE, *op. ult. cit.*, 151 s., il quale non esclude che l'istituto possa dare luogo anche ad una separazione "bilaterale". Sulla nozione di *affirmative* e *defensive asset partitioning* v. soprattutto HANSMANN - KRAAKMAN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law cit.*, 26 ss.

721 Cfr. il secondo capitolo (§ 2.2.).

722 Come osserva GENTILI, *op. ult. cit.*, 19 s. "Se i creditori del disponente già tali al momento della destinazione avevano garanzia sufficiente nella residua massa, sono del tutto indifferenti alla destinazione stessa (...). Se invece non avevano garanzia sufficiente, o se il bene destinato era essenziale alla loro soddisfazione (per una garanzia reale, o per un diritto personale di godimento ad esso specifico), l'atto di destinazione è loro inopponibile, e quindi, se lesi, eserciteranno una revocatoria se la destinazione è reale, un'azione di simulazione se è fittizia. La loro garanzia patrimoniale resta dunque intatta ed intangibile, nonostante la sopravvenuta limitazione di responsabilità. Quanto poi ai creditori posteriori, che trovano una situazione cui non possono più reagire, neppure sono suscettibili di lesione per effetto dell'insensibilità del bene destinato alle loro ragioni, perché possono e debbono valutare al momento della sua concessione il rischio del credito proprio sulla base della situazione patrimoniale del disponente (...)" ; in tal senso cfr. anche GALLARATI, *op. ult. cit.*, 154 s.; D'AMICO, *La Proprietà «destinata» cit.*, 535 e 541, nota 42; sul punto cfr. anche MEUCCI, *op. ult. cit.*, 458 ss. In senso critico invece GAZZONI, *op. ult. cit.*, 165, il quale osserva che "è facile profetizzare l'uso fraudolento che sarà fatto di questo strumento incautamente offerto dal legislatore ai più furbi, quegli stessi cui la ben nota e spregiudicata *lobby* del *trust* interno, assecondata da giudici non rigorosi, già offre sotterfugi da disapprovare"; MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 181 ss.

723 In tal senso GENTILI, *op. ult. cit.*, 19 s.; GALLARATI, *op. ult. cit.*, 154 s.; cfr. anche GAZZONI, *op. ult. cit.*, 184; con riferimento alla revocabilità dell'atto di destinazione *ex art. 64 l.f.* cfr. MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 271 ss.

beni non vincolati. Si potrebbe pertanto ritenere che soltanto il perseguimento di un interesse pubblico o, comunque, socialmente apprezzabile potrebbe giustificare il *favor* per i creditori titolati rispetto a quelli generali<sup>724</sup>. Inoltre, sempre sotto il profilo segnalato, alcuni studi condotti nella prospettiva dell'analisi economica del diritto mettono in luce che la separazione unilaterale del patrimonio, creando asimmetrie informative nei confronti dei diversi creditori, può dare luogo a delle inefficienze di carattere generale<sup>725</sup>.

D'altra parte, si deve rilevare che le soluzioni adottate dai singoli ordinamenti su questo punto non sempre coincidono. Come si è visto, la disciplina sulla *fiducie* prevede che i creditori del patrimonio fiduciario, qualora rimangano insoddisfatti, possano aggredire in via sussidiaria i beni del fiduciante ed, inoltre, anche nel *trust* l'effetto *defensive* della separazione dei beni non è sempre previsto, sicché in alcuni casi il *trustee* risponde in via sussidiaria con il proprio patrimonio<sup>726</sup>. Inoltre, analoghe argomentazioni giuseconomiche potrebbero essere, probabilmente, avanzate contro la regola della limitazione della responsabilità, poiché essa può incentivare il *manager* a compiere delle operazioni rischiose (*c.d. moral hazard*), addossando intermente le esternalità sui creditori titolati<sup>727</sup>. Nella *law of trust* questo pericolo è in parte evitato grazie alla presenza di una disciplina sui doveri fiduciari dei *trustees* estremamente dettagliata<sup>728</sup>. E' chiaro, infatti, che le regole di condotta che questi ultimi devono adottare in materia

---

724 In questo senso cfr. per tutti GAZZONI, *op. ult. cit.*, 181; MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 269 s.. In argomento cfr. anche G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 4 s., secondo il quale si dovrebbe applicare la regola della sussidiarietà e, pertanto, il disponente sarebbe chiamato a rispondere solo in questi termini; MEUCCI, *op. ult. cit.*, 435 ss.

725 Cfr. per tutti HANSMANN - KRAAKMAN, *op. ult. cit.*, 32 ss., i quali, nell'analizzare il ruolo essenziale svolto dall'*organizational law*, rilevano che la completa incomunicabilità fra il patrimonio della società e quello personale dei soci realizza una riduzione del costo del credito attraverso la riduzione per i creditori dei costi di monitoraggio. La traslazione del rischio sarebbe, infatti, efficiente qualora avvenga nei confronti dei soggetti in grado di sopportarlo ad un costo più basso; ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 567 ss.; con particolare riferimento all'art. 2645-ter c.c. cfr. ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, spec. 164, secondo il quale l'istituto proprio sotto questo profilo darebbe luogo a delle inefficienze di carattere generale, poiché "il trasferimento del rischio avviene nei confronti non dei creditori titolati (...), bensì nei confronti dei creditori generali, in particolare quelli involontari, i quali diverranno inconsapevoli e non renumerati assicuratori del disponente. In questo senso l'art. 2645-ter c.c. pone evidenti problemi di *moral hazard* nel senso che il potenziale debitore sarà incentivato ad intraprendere attività più rischiose godendo di una forma gratuita di assicurazione. Anche relativamente ai creditori istituzionali è facile prevedere effetti distorsivi della nuova disciplina. Evidentemente, alla diffusione dello strumento di destinazione seguirà per i creditori un aumento dei costi di monitoraggio *ex ante* (...) posto che questi dovranno, innanzitutto, verificare se il finanziamento richiesto dal disponente sia o meno riconducibile allo scopo"; MORANDI, *Gli atti di destinazione nell'esperienza degli Stati Uniti d'America* cit., 44 ss.; in senso contrario a quest'ultima impostazione cfr., tuttavia, GALLARATI, *op. ult. cit.*, 157 ss.; GENTILI, *op. ult. cit.*, 21 ss.

726 Cfr. il primo capitolo (§ 4.).

727 Sul problema dei comportamenti di *moral hazard* in riferimento alla limitazione di responsabilità cfr. per tutti ROJAS ELGUETA, 128, nota 11.

728 Cfr. il primo capitolo (§ 2.3.).

di investimenti, sebbene siano poste principalmente nell'interesse dei beneficiari, costituiscono una notevole garanzia anche per i creditori del *trust*<sup>729</sup>.

L'atto di destinazione è completamente carente di una disciplina sui doveri fiduciari del *manager* e, pertanto, una regola che limitasse la responsabilità di quest'ultimo ai soli beni del patrimonio vincolato potrebbe comportare dei problemi sotto il profilo segnalato.

Particolari criticità si pongono, infine, con riferimento ai creditori del beneficiario, poiché non è chiaro se ad essi sia consentito soddisfare le proprie ragioni sui diritti che al primo competono nei confronti del gestore. La formulazione dell'art. 2645-ter c.c., laddove stabilisce che "i beni conferiti e i loro frutti (...) possono costituire oggetto di esecuzione (...) solo per debiti contratti per tale scopo", sembrerebbe escludere tale possibilità<sup>730</sup>. In questa prospettiva, risulta senz'altro difficoltoso giustificare la deroga all'art. 2740 c.c., specialmente qualora si ritenga che il disponente possa nominare se stesso quale beneficiario. Secondo la *law of trust* anglo-americana, le somme erogate ai beneficiari e i beni ad essi trasferiti possono essere aggredite dai loro creditori personali, ai quali è anche consentito esercitare in via surrogatoria i diritti che ai primi competono nei confronti del *trustee*. Fanno eccezione a questa regola solo i cc. dd. *asset protection trusts* e gli *spendthrift trusts* della cui ammissibilità nel nostro ordinamento – proprio per tali ragioni – si dubita<sup>731</sup>. Sotto questo profilo pertanto, il *trust* – a differenza dell'art. 2645-ter c.c. – appare maggiormente in linea con i principi posti a tutela dei creditori e non sembra dar luogo a particolari criticità.

In una prospettiva sistematica, la dottrina più attenta si è, inoltre, interrogata sul rapporto che dovrebbe intercorrere fra l'art. 2645-ter c.c., e le fattispecie – normativamente previste – idonee a consentire all'autonomia privata di realizzare una separazione patrimoniale<sup>732</sup>. E ciò, in ragione dello stringente vaglio – operato dallo

---

729 Cfr. il primo capitolo (§ 2.3.).

730 In tal senso cfr. per tutti GRAZIADEI, *L'art. 2645-ter c.c. del Codice civile e il trust*, cit., 222, secondo il quale l'art. 2645-ter c.c. esclude che "il vincolo generi posizioni giuridiche a favore dei beneficiari della destinazione tali da incrementare la garanzia generica offerta da questi ultimi ai loro creditori"; in senso contrario, invece, GALLARATI, *op. ult. cit.*, 156, il quale "quando il disponente di un atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. è anche beneficiario, somme erogate e beni trasferiti potranno essere aggredite dai suoi creditori generali".

731 In argomento cfr. MORELLO, *op. ult. cit.*, 145; GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa* cit., 138 ss.; ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 139; ma si veda anche HANSMANN - KRAAKMAN, *op. ult. cit.*, 27.

732 Sul punto cfr. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 1374; ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 103 ss; CEOLIN, *op. ult. cit.*, 212 s; MORANDI, *op. cit.*, 44 ss.; MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 185 ss.; si è posto il problema, sebbene in una prospettiva in parte differente, anche altra autorevole dottrina. Come osserva T. AULETTA, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *fam. persone e succ.*, 2012, 334, con riferimento al *trust* e all'art. 2645-ter c.c. "(...) mi sembra che gli interpreti, forse presi da un eccessivo entusiasmo, non si siano chiesti

stesso legislatore – in ordine alla meritevolezza di tali istituti. E' stato quindi osservato come l'interpretazione della clausola di meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c., qualora intesa quale mera liceità dello scopo perseguito, comporterebbe persino profili di incostituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza ex art. 3 Cost.

Si perverrebbe infatti alla conseguenza per cui, per un verso, i soggetti contemplati dalle ipotesi tipiche rimarrebbero assoggettati a rigidi vincoli, sia sotto il profilo degli scopi perseguibili sia sotto il profilo della disciplina (si consideri il fondo patrimoniale e la disciplina sui patrimoni destinati ad uno specifico affare), mentre, per un altro verso, i soggetti diversi dai primi potrebbero raggiungere il medesimo risultato senza essere sottoposti ad alcuna limitazione<sup>733</sup>. Senza considerare peraltro che, come si è visto, secondo l'interpretazione della dottrina dominante l'art. 2645-ter c.c. sembrerebbe prevedere una tutela più efficace per i beneficiari rispetto alle altre fattispecie tipiche<sup>734</sup>. Per superare questo *impasse* si dovrebbe considerare la nuova fattispecie attingibile anche per il perseguimento degli scopi già tipizzati dal legislatore ma, allora, "si perverrebbe all'assurdo di ritenere desuete tutte le forme di separazione patrimoniale già previste nel nostro ordinamento"<sup>735</sup>.

In definitiva, posto che il vincolo di destinazione presenta indubbiamente alcune criticità con riferimento ai creditori dei soggetti coinvolti nell'operazione, potrebbe essere condivisibile l'opinione di coloro i quali ritengono che la meritevolezza imporrebbe un giudizio o, meglio una valutazione comparativa, tra l'interesse di questi ultimi e l'interesse che con l'atto di destinazione si intende perseguire, sicché questo strumento potrebbe essere impiegato esclusivamente per il perseguimento di finalità di utilità sociale o, comunque, giustificate da ragioni socialmente apprezzabili<sup>736</sup>.

---

con sufficiente rigore quando sia consentito ricorrervi e soprattutto quali contenuti sia possibile dare a un trust o a un patrimonio dedicato in presenza di uno schema legale, per lo più inderogabile, qual è appunto il fondo patrimoniale costruito proprio per soddisfare i bisogni della famiglia”.

733 Per tutti cfr. ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 103 s.

734 In questo senso con riferimento al rapporto con il fondo patrimoniale cfr. per tutti GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 1376 s., il quale rileva che dei beni che compongono il fondo patrimoniale, qualora non vi siano figli minori di età, si potrebbe sempre disporre anche a fini diversi da quelli per cui sono destinati. Come osserva l'A. "dalla norma dell'art. 2645-ter c.c. risulta, per contro, che i beni vincolati - per esempio, se lo si consentisse, anche al fine di fare fronte ai bisogni della famiglia di fatto - 'possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione': dal che si desume che anche l'alienazione per un fine diverso sarebbe in ogni caso impossibile, e quindi inefficace, sol che il vincolo sia stato reso opponibile ai terzi in forza della pubblicità. Ne conseguirebbe che l'interesse del terzo all'acquisto non sarebbe mai tutelato, cedendo sempre di fronte a quello di rispetto del vincolo di destinazione (atipico, perché non direttamente individuato dalla legge), anche nei casi in cui l'interesse del terzo viene fatto salvo pur a fronte del vincolo tipico, dato dalla destinazione ai bisogni della famiglia fondata sul matrimonio (...)"

735 ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 103 s.; in tal senso cfr. anche CEOLIN, *op. ult. cit.*, 212 s.

736 In tal senso per tutti cfr. NUZZO, *op. ult. cit.*, 68, il quale in questo senso definisce il rilievo del giudizio di meritevolezza "relazionale"; GAMBARO, *op. ult. cit.*, 339, secondo il quale "(...) la

Inoltre, come si è accennato, questa impostazione – ponendosi quale soluzione di *second best* - appare maggiormente in linea con la necessità di preservare un'efficiente circolazione della ricchezza: le inefficienze cui dà luogo la costituzione del vincolo di destinazione sarebbero, infatti, compensate e giustificate dalla natura del fine perseguito<sup>737</sup>.

---

meritevolezza deve essere intesa nel senso che l'interesse promosso dalla creazione di una proprietà nell'interesse altrui deve essere potiore rispetto a quello dei creditori del disponente"; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 170, il quale osserva che "(...) la pubblica utilità può ora, in punto di meritevolezza pretesa dall'art. 2645-ter c.c., giustificare non tanto il vincolo di novant'anni, visto il mutato orientamento del legislatore, quanto la limitazione della responsabilità e quindi la soccombenza dell'interesse del creditore in punto di azione esecutiva"; DI RAIMO, *op. ult. cit.*, 76 s., secondo il quale "(...) il giudizio di meritevolezza è sempre l'esito di un bilanciamento di interessi, con particolare riguardo ai patrimoni assistiti da separazione l'interesse rilevante ai fini del bilanciamento è quello dei soggetti coinvolti dall'attività di attuazione della destinazione, primi fra tutti i creditori ma anche i beneficiari. Non tuttavia i creditori precedenti, ai quali è riconosciuta l'azione revocatoria al fine di garantire i loro interessi, ma quelli successivi, rispetto ai quali si può porre un problema di utilizzazione strumentale abusiva della destinazione"; cfr. anche MORELLO, *op. ult. cit.*, 149, il quale osserva che (...) i diversi limiti che l'art. 2645-ter c.c. contiene ed il suo carattere eccezionale (rispetto al principio generale espresso dall'art. 2740 c.c.), difficilmente giustificerebbero interpretazioni talmente ampie da dare spazi alla libertà di contrarre limitati solo dalle norme imperative e da principi di ordine pubblico: ciò sarebbe veramente eccessivo e potrebbe essere perfino in contrasto con interessi legittimi dei creditori del disponente"; GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 1380 s.; MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 187 ss.; in senso contrario, invece, cfr. per tutti MEUCCI, *op. ult. cit.*, spec. 416 s. secondo la quale "La separazione infatti assurge a disciplina regolare di responsabilità che caratterizza la categoria autonoma della destinazione (...). Sicché con riguardo alla novella (2645-ter), ne va respinta la configurazione in termini di ulteriore eccezione al principio sancito dall'art. 2740 comma 1 c.c. Si tratta di una regola supportata da esigenze stabili delle quali si fa portavoce l'intervento normativo, una norma generale che concorre con la previsione di cui all'art. 2740 c.c. alla composizione del sistema". In giurisprudenza v. Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, ined., secondo il quale "la portata applicativa della norma, da intendersi come sugli effetti e non sugli atti, deve essere interpretata in senso restrittivo, e quindi limitata alle sole ipotesi di destinazione traslativa collegata ad altra fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa (...). In ogni caso e comunque, anche a volere in mera ipotesi diversamente opinare, e ritenere quindi in linea teorica ammissibile il negozio destinatorio puro, così accedendo ad una tesi minoritaria e più liberale pur sostenuta in giurisprudenza, non sarebbe comunque revocabile in dubbio la necessità di un penetrante scrutinio, previsto peraltro dalla stessa norma con l'inciso 'meritevoli di tutela' e con il richiamo all'art. 1322 comma 2 c.c., sulla meritevolezza del negozio: è infatti pacifica opinione che, per affermare la legittimità del vincolo di destinazione, non basta la liceità dello scopo, occorrendo anche un *quid pluris* integrato dalla comparazione degli interessi in gioco, ed in particolare dalla prevalenza dell'interesse realizzato rispetto all'interesse sacrificato dei creditori del disponente estranei al vincolo"; v. anche Trib. Verona, 13 marzo 2012, in *TAF*, 2014, 58. Nel caso in esame, prima della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo era stato costituito un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. "al fine di evitare che l'aggressione disordinata del patrimonio dell'impresa in crisi potesse comportare una dispersione di valore che danneggiasse i creditori e impedisse un'equa distribuzione degli effetti dell'insolvenza". Il Tribunale, tuttavia, ha ritenuto che tale vincolo di destinazione non fosse opponibile ai creditori poiché "ammettere l'opponibilità significherebbe rimettere al debitore la scelta della concreta soddisfazione dei propri creditori, con evidente violazione del principio della *par condicio creditorum*".

737 In questi termini ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 171, secondo il quale "In questo modo, a fronte di uno schema particolarmente flessibile dal punto di vista del modello organizzativo, e quindi inefficiente nella gestione dei costi 'informativi' ed 'organizzativi', l'autonomia privata incontrerebbe il limite della pubblica utilità, idoneo a compensare, secondo la logica di Kaldor e Hicks, le esternalità trasferite sulla collettività"; ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica* cit., 734 ss., il quale peraltro a pag. 735, rileva che tale scelta restrittiva "non costituisce necessariamente il portato di una concezione illiberale o propria di uno Stato etico, quanto piuttosto la considerazione che il costo sociale dell'istituto dev'essere bilanciato dal perseguimento di un interesse collettivo o generale (se non pubblico in senso proprio)"; sul punto cfr. anche LA PORTA, *L'atto di*

La soluzione prospettata presenta, tuttavia, un risvolto negativo poiché esclude la possibilità di assimilare l'art. 2645-ter c.c. al *trust* di *common law* o alla *fiducie*<sup>738</sup>. Non sarebbe possibile, infatti, attribuire allo schema tracciato dall'art. 2645-ter c.c. quell'elasticità e malleabilità di impieghi che caratterizza il *trust*<sup>739</sup>.

Tale istituto potrà essere impiegato per il perseguimento di finalità di utilità sociale o, comunque, giustificate da ragioni socialmente apprezzabili le quali sono, peraltro, compatibili con una gestione statica del *fund*. Sotto questo profilo è possibile cogliere alcuni tratti comuni dell'atto di destinazione con i *charitable trusts* o i *dinastery trusts* nei quali, spesso, l'attività del *trustee* si concretizza nell'obbligo di conservare e preservare il *fund*. Del resto, in questo quadro, l'assenza di un'adeguata disciplina che regoli il regime di circolazione dei beni del patrimonio separato conduce a dubitare dell'idoneità dell'istituto di cui all'art. 2645-ter c.c. ad essere impiegato in ambiti – specie quelli commerciali o volti al perseguimento di interessi individuali – nei quali sia richiesta una gestione dinamica del patrimonio<sup>740</sup>. L'istituto risulta completamente

---

*destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 104, il quale da atto della circostanza per cui "l'interprete non può limitarsi alla valutazione dell'interesse del disponente bensì deve con esso - e con la sua rilevanza - comparare gli altri interessi comunque toccati dall'atto di autonomia, che sono: quello generale alla rapida e sicura circolazione dei beni, direttamente connessa alla certezza di contenuto delle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti (intaccato dalla funzionalizzazione del diritto relativamente ai beni oggetto dell'atto)". L'A., tuttavia, non sembra percorrere l'impostazione tracciata fino in fondo, giacché conclude nel senso che il requisito della meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c. sarebbe rispettato anche nel caso in cui si intenda perseguire interessi egoistici purché non siano meramente "futili e/o capricciosi"; cfr. da ultimo D'AMICO, *op cit.*, spec. 543. Si vedano tuttavia anche i rilievi critici di GALLARATI, *La pubblicità del diritto del trustee* cit., 163 s.

738 Contrario all'impostazione prospettata GENTILI, *op. ult. cit.*, 22, il quale in questo quadro rileva che "Del resto, si è a lungo lamentato come esempio di inefficienza che il nostro ordinamento non possedesse, come invece quelli anglosassoni, uno strumento di destinazione patrimoniale. L'art. 2645-ter c.c. lo introduce. Si può probabilmente discutere sulla sua incisività. Ma non si può coerentemente tacciarlo di inefficienza: qualcosa è meglio che nulla".

739 Come osserva GRETTON, *Trusts without equity*, cit., 599, "(...) cannot identify the function of the trust because there is no such function. The trust is functionally protean. Trusts are quasi-entails, quasi-usufructus, quasi-wills, quasi-corporations, quasi securities over assets, schemes for collective investment, vehicles for the administration of bankruptcy, vehicles for bond issues, and so on and so forth. In software terminology, trust are emulators. They are not even confined to private law. They can exist in public law, and also straddle the private/public boundary"; al riguardo cfr. anche HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions* cit., 4 s.

740 Sul punto cfr. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 223 ss., spec. 225, ove l'A. rileva che "Per cogliere meglio questa fondamentale differenza basterà ricordare qui l'assorbente disciplina delle obbligazioni fiduciarie che incombono al trustee (con la relativa disciplina del conflitto di interessi) e l'assenza di ogni cenno in proposito nella norma italiana. Proprio perché il trust consiste nell'attribuzione di poteri ad un soggetto, tali poteri si presentano in genere scolpiti in modo nitido, diversamente dai poteri che oggi competono a chi soggiace al vincolo efficace ai sensi dell'art. 2645-ter c.c."; sono, pertanto, senz'altro da condividere le conclusioni a cui approda quella parte della dottrina che, sulla base dell'incompletezza della disciplina fornita dalla disposizione e sulla base della sua limitata operatività, qualifica il negozio di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c. come un "frammento del trust". In tal senso LUPOI, *Gli "atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, cit., 468 ss.; GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 174.

carente di una disciplina che regoli i doveri fiduciari del gestore ed i rapporti che intercorrono fra i soggetti coinvolti dalla vicenda<sup>741</sup>. La disciplina di tali aspetti, per le ragioni illustrate, non sembra possa essere interamente demandata all'autonomia privata<sup>742</sup>. Peraltro è piuttosto controverso se l'atto di destinazione possa avere ad oggetto anche i beni mobili non soggetti ad un regime pubblicitario. E' chiaro, dunque, che il vincolo non potrebbe essere esteso al ricavato della vendita degli stessi<sup>743</sup>.

## 5. Conclusioni

L'indagine conduce a ritenere che l'interpretazione preferibile sia quella per cui la trascrizione del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* non sia idonea a rendere opponibile ai terzi aventi causa il diritto del beneficiario sui beni che ne compongono il *fund*<sup>744</sup>. La trascrizione, invece, darebbe luogo alla separazione patrimoniale che, come si è visto, caratterizza tutte le forme di gestione dei patrimoni nell'interesse altrui presenti nei diversi ordinamenti.

E' emerso, tuttavia, che allo stato attuale l'art. 2645-ter c.c. sembrerebbe ricevere un'applicazione differente da quella prospettata ed in particolare secondo l'opinione più diffusa, la trascrizione del vincolo consentirebbe al beneficiario di opporre ai terzi aventi causa il proprio diritto sui beni che ne compongono il patrimonio. Questa

---

741 Sul punto GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 225; cfr. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 730 ss., il quale rileva che "(...) la centralità e capillare disciplina dei doveri fiduciari di comportamento del *trustee* (diffusamente documentato dalle leggi previste dagli ordinamenti che conoscono il trust, dalla giurisprudenza su di esse formata e dai principi elaborati nella common law) consente di mettere in evidenza quello che è - a mio parere - il limite più evidente della trascrizione degli atti di destinazione, atteso che l'art. 2645-ter cod. civ. non offre non solo risposte espresse, ma neanche sufficienti indizi per scegliere in modo univoco i problemi della disciplina che dovrà applicarsi (...). Gli esempi che propongo non sono casuali, atteso che attengono a profili della disciplina dai quali può apprezzarsi in maniera evidente il contenuto fiduciario della gestione del diritto nell'interesse altrui e sottendono conflitti di interessi . che - non a caso - sono compiutamente disciplinati dagli ordinamenti che prevedono il *trust*";

742 Sul punto cfr. anche GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 556 s., i quali per queste ragioni rilevano l'importanza della presenza nel *trust* o negli istituti ad esso assimilabili di regole "*mandatory*". Come osservano gli Autori, "(...) *the sense that our enquiry is located in the domain of mandatory law is quite strong because of the impact of the trust relationship on third parties and of the role of legal system in protecting entitlements*".

743 In tal senso cfr. per tutti GALLARATI, *op. ult. cit.*, 146 s; STEFINI, *op. ult. cit.*, secondo il quale, per tale motivo, la surrogazione potrà tutt'al più riguardare quelle stesse categorie di beni che possono formare oggetto dell'atto di destinazione e sarà, inoltre, necessario compiere per i nuovi beni vincolati le medesime formalità pubblicitarie previste per i beni originari; sul punto cfr. anche MEUCCI, *op. ult. cit.*, 527 ss., secondo la quale la pubblicità costituirebbe il criterio guida per individuare le categorie di beni oggetto del vincolo di destinazione; in senso contrario PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., 78 s; il quale estende l'operatività della norma a tutte le categorie di beni. L'unico presupposto sarebbe la data certa dell'atto di destinazione con un meccanismo simile a quello di cui all'art. 1707, primo comma, c.c.

744 Cfr. il quarto capitolo (§ 4.3).



soluzione, per le ragioni illustrate, costituisce un intralcio alla circolazione della ricchezza dando luogo a delle inefficienze di carattere generale<sup>745</sup>.

Ulteriori criticità emergono, inoltre, con riferimento all'art. 2740 c.c., poiché la separazione patrimoniale dei beni sottoposti al vincolo può pregiudicare i creditori dei soggetti coinvolti nell'operazione e, pertanto, la necessità di compiere una valutazione comparativa, tra l'interesse dei primi e l'interesse che con l'atto di destinazione si intende perseguire potrebbe costituire una valida ragione per interpretare in modo rigoroso il requisito della meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c.<sup>746</sup>

In questa prospettiva, sembra possibile aderire alla corrente di pensiero più restrittiva secondo la quale per interessi meritevoli di tutela di cui all'art. 2645-ter c.c. si devono intendere solo le finalità di utilità sociale o, comunque, le finalità socialmente e moralmente apprezzabili. Tale soluzione, inoltre - ponendosi quale soluzione di *second best* - appare in linea con la necessità di preservare un'efficiente circolazione della ricchezza, poiché le esternalità cui dà luogo la costituzione del vincolo di destinazione sarebbero giustificate dalla natura del fine perseguito.

Probabilmente, il conseguimento dell'obiettivo volto a ridurre i costi informativi dei terzi al fine di assicurare una più efficiente circolazione della ricchezza, di per se, non costituisce ragione sufficiente ad imporre una lettura eccessivamente restrittiva dell'art. 2645-ter c.c. Tuttavia è necessario tenere presente che il *trust* ed i cosiddetti *trust-like devices* sono in primo luogo strumenti di investimento e di trasmissione dei beni e della ricchezza e, pertanto, in una prospettiva funzionale volta ad assimilare il vincolo di destinazione a tali istituti, non si dovrebbe omettere di valutare il profilo segnalato.

La soluzione prospettata esclude, pertanto, la possibilità di configurare l'art. 2645-ter c.c. quale schema di portata generale che possa essere impiegato in tutti i settori nei quali, in altri ordinamenti, l'autonomia privata ricorre al *trust* o ad istituti ad esso assimilabili. L'assenza di un'adeguata disciplina che regoli il regime di circolazione dei beni del patrimonio separato conduce a dubitare dell'idoneità dell'istituto di cui all'art. 2645-ter c.c. ad essere impiegato in ambiti - specie quelli commerciali o volti al perseguimento di interessi individuali - nei quali sia richiesta una gestione dinamica del patrimonio. La presenza di queste regole, appare, infatti, assumere un ruolo centrale per il *trust* ed i cosiddetti *trust-like devices*<sup>747</sup>. Risulta, al contrario, confermata la corrente

---

745 Cfr. il quarto capitolo (§ 4.3).

746 Cfr. il quarto capitolo (§ 4.4).

747 In una prospettiva più ampia e, quindi, anche con riferimento ai creditori dei soggetti coinvolti dall'operazione cfr. ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.*, 170, il quale osserva che "(...) l'assenza di una

di pensiero che ravvisa nell'istituto soltanto un «frammento»<sup>748</sup> di *trust* ossia "una minima parte delle soluzioni ottenibili che il modello angloamericano offre agli attori del mercato"<sup>749</sup>.

In questo quadro, pertanto, l'operatività del *trust* nell'ordinamento italiano, allo stato attuale, sembrerebbe fondarsi esclusivamente sull'applicazione della Convenzione dell'Aja.

I risultati cui si è pervenuti con riferimento al sistema italiano trovano conforto nei dati offerti dalla comparazione con l'esperienza anglosassone e quella francese. L'indagine in entrambe le esperienze è stata, infatti, condotta con particolare attenzione all'impatto che il *trust* e la *fiducie* hanno sulla circolazione dei beni che ne compongono il patrimonio. E' emerso che la legislazione inglese e quella francese, sebbene con tecniche differenti, sono attente a preservare una efficiente circolazione dei beni del *fund* e prevedono regole precise volte a tutelare l'affidamento dei terzi acquirenti. Come si è visto, il *trust* e gli istituti ad esso analoghi, possono comportare dei problemi di tipo «informativo». In particolare, la possibilità di opporre ai terzi acquirenti le eventuali limitazioni dei poteri del *trustee* può comportare degli oneri investigativi per i primi i quali aumentano notevolmente i costi transattivi e conducono, in ultima analisi, ad inefficienze.

Pertanto entrambi gli ordinamenti, oltre che per eventuali esigenze di segretezza, escludono la possibilità di trascrivere il contenuto del regolamento del *trust* o della *fiducie* il quale può risultare estremamente articolato e di difficile semplificazione. Le

---

definizione *ex ante* dello scopo perseguibile non sembra incidere in modo determinante sui costi informativi ed organizzativi che spiegano, invece, il senso dell'intervento del legislatore nella regolazione della struttura di *governance* consegnata ai privati. In quest'ottica, allora, non si può omettere di chiedersi se resista ad un *test* di coerenza sistematica un ordinamento che, da un lato, attraverso il riconoscimento del *trust* interno, consegna ai privati uno schema a rilevanza reale, puntualmente regolato sul punto della *governance* ma sprovvisto di una definizione tipologica degli scopi perseguibili e, dall'altro, disciplina all'art. 2645-ter c.c. un 'frammento' di *trust*, lasciando all'autonomia privata il compito di costruire l'intero apparato organizzativo della fattispecie". In questa prospettiva non appaiono, pertanto, fondati i rilievi di MEUCCI, *op. ult. cit.*, 280, secondo la quale "Il fine di utilità sociale che si assume essere richiesto dall'art. 2645-ter c.c., in quanto previsione non derogabile che disciplina il fenomeno destinatorio nel nostro ordinamento, si imporrebbe quale filtro di ammissibilità non solo per il *trust* interno (ove ritenuto ammissibile), ma anche per quei *trust* dotati di elementi di internazionalità, con conseguenti dubbi di conformità rispetto agli obblighi assunti dall'Italia nel ratificare la Convenzione dell'Aja del 1985". Peraltro, come rileva BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione cit.*, 44, "La nuova disciplina è disciplina dell'atto negoziale di destinazione e solo una lettura banale può interpretare l'art. 2645-ter c.c. quale legge sul *trust*. Mancano di tale modello, non solo le coordinate strutturali che lo caratterizzano, ma altresì l'apparato rimediabile. Deve quindi negarsi che l'art. 2645-ter possa essere considerato quale legge applicabile ai sensi dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja"; sul punto cfr. anche MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, 287 s.

748 LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di un trust cit.*, 472; GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., 174; GALLARATI, *La pubblicità del diritto del trustee cit.*, 165 ss.

749 In questi termini GALLARATI, *op. ult. cit.*, 166.

eventuali limitazioni dei poteri del gestore non sono opponibili al terzo acquirente di buona fede. Questi ordinamenti, nel compiere un bilanciamento di interessi fra una efficiente circolazione dei beni e tutela del beneficiario, attribuiscono prevalenza al primo aspetto. In particolare la disciplina del *trust* e quella della *fiducie* escludono che la tutela accordata al beneficiario si traduca in oneri informativi troppo gravosi per i terzi acquirenti dei beni del *fund*<sup>750</sup>.

Ulteriori spunti di riflessione sono offerti dalla disciplina sul *trust* di cui al *Common Frame Of Reference*. Nel 2009 è stato redatto il libro X del *Common Frame Of Reference* intitolato "*Trusts*"<sup>751</sup>. Come è noto gli obiettivi del *DCFR* sono quelli di conferire maggiore coerenza all'*acquis* comunitario in materia contrattuale. La *section* 10:401 prevede che il vincolo cui sono sottoposti i beni oggetto del *trust* permane non solo nel caso in cui l'acquirente del bene sia in mala fede ma anche qualora quest'ultimo "*could reasonably be expected to know that the transfer is by a trustee and is not in accordance with the terms of the trust*"<sup>752</sup>. E' tuttavia interessante notare che la disciplina di cui al libro X del *Common Frame Of Reference* a tal fine, si preoccupa espressamente di non imporre oneri informativi troppo gravosi al potenziale acquirente. Il paragrafo (4) della *section* 10:401, infatti, stabilisce che "*A transferee can reasonably be expected to know a matter if: (a) it would have been apparent from a reasonably careful investigation; and (b) having regard to the nature and value of the asset, the nature and costs of such investigation, and commercial practice, it is fair and reasonable to expect a transferee in the circumstances to make that investigation*".

La soluzione adottata non appare del tutto condivisibile. In particolare il *DCFR* sembrerebbe prospettare un compromesso fra la risalente *bona fide purchaser doctrine* e la più moderna impostazione che è stata adottata negli ordinamenti presi in esame. A tal

---

750 In tal senso con riferimento al *trust* cfr. SMITH, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, cit., 1190, il quale osserva che "*Even the trust, that quintessential creation of equity, is designed to hide much informational complication behind the trust form where only the settlor, the trustee, and the beneficiary-but not potential purchasers and others in the 'world' at large have to process the complexity*"; MERRIL - SMITH, *The property /contract interface*, cit., 848 s.; sul punto cfr. anche STRUYCKEN, *op. cit.*, 68 s.; REALI, *op. ult. cit.*, 197 ss.

751 Per un'approfondita analisi del libro X del *DCFR* cfr. A. BRAUN, *Trusts in the Draft Common Frame of Reference: the "Best Solution" for Europe?*, in *Cambridge L. J.*, 70, 2011, 327 ss.; SWADLING, *The DCFR Trusts: A Common Law Perspective*, cit., 21 ss.; SAGAERT, *The Trust Book in the DCFR: A Civil Lawyer's Perspective*, cit., 31 ss.

752 Peraltro come rileva BRAUN, *Trusts in the Draft Common Frame of Reference: the "Best Solution" for Europe?*, cit., 342, "*Article X-10:401(1) states that the transferee takes the assets subject to the trust. However, the exact nature of the trust and the duties and obligations of the purchaser are not explained. Furthermore, it is not clear whether the proceeds of the trust asset will also be subjecte to the trust: we know only that the third party purchaser still in possession of the assets will have to return them*"; sul punto cfr. anche SWADLING, *op. ult. cit.*, 28.

fine, il legislatore sembrerebbe invocare principi piuttosto elastici quali "*reasonable*", che in questo contesto rischiano di dar luogo ad incertezze piuttosto che risolverle<sup>753</sup>. La norma, in ogni caso, offre interessanti spunti di riflessione perché prende espressamente posizione su questo punto.

In particolare, il *DCFR* sembra confermare l'idea per cui il *trust*, e gli istituti ad esso assimilabili, possono comportare problemi sotto il profilo informativo dei terzi e come tale aspetto sia inevitabilmente collegato alle regole ed i principi che governano la circolazione dei beni. Al contrario, come si è detto, sembra corretto ritenere che la gran parte della dottrina italiana che si è approcciata al *trust* nonché coloro che prospettano la possibilità di assimilare l'art. 2645-ter c.c. a questo istituto non hanno preso in considerazione in modo adeguato questo profilo<sup>754</sup>.

Altra parte della dottrina, tuttavia, ha suggerito di inquadrare i termini della questione in maniera differente. E' stato sostenuto, infatti, che il *trust* ed anche l'art. 2645-ter c.c. dovrebbero essere sottratti alle regole sulla «standardizzazione» dei diritti reali, giacché tali istituti andrebbero, piuttosto, assimilati alle società ed alle altre organizzazioni complesse<sup>755</sup>. Si è così osservato che il modello tracciato per le società semplici di cui all'art. 2266 c.c. imporrebbe al terzo di accertare, sulla base del regolamento interno della società, i poteri attribuiti a colui che spende il nome della stessa. Ciò consentirebbe, pertanto, di limitare la circolazione dei beni intestati a quest'ultima, subordinando l'alienazione al consenso degli amministratori o anche dei soci non amministratori<sup>756</sup>. Tale modello, in questa prospettiva, potrebbe costituire il punto di riferimento per il *trust*. La trascrizione del *trust* ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. permetterebbe di opporre ai terzi le eventuali limitazioni dei poteri del *trustee*. Sotto questa prospettiva, nulla escluderebbe la possibilità di imporre al terzo di effettuare le

---

753 Inoltre la scelta adottata sembrerebbe porsi, per ceti versi, in contrasto con il progetto sulla Direttiva comunitaria in materia di patrimoni separati ad uso commerciale redatto dall'international *Working Group on European Trust Law* la cui disciplina (*article* 8.7), proprio al fine di preservare un efficiente circolazione dei beni, esclude la possibilità di opporre ai terzi le eventuali limitazioni dei poteri del gestore. Sul punto cfr. REALI, *op. ult. cit.*, 198 s.; KORTMANN - HAYTON- FABER –REID – BIEMANS, *cit.*, 13, ove si legge che "*In order to facilitate the use of protected funds in the commercial sphere, third parties dealing with an administrator are well-protected. In particular, administrators are given full full power over the assets of the protected fund, with the result that a juridical act in respect of such assets is fully effective even if prohibited or restricted by a provision in the constitutive document. Moneys or other assets received in exchange for a disposition of fund assets become part of the funds in turn. The intention is that third parties should be as ready to deal with an administrator as with an ordinary owner, and that it should not matter whether the existence of the fund is known*".

754 Cfr. per tutti VETTORI, *op. ult. cit.*, 180, secondo il quale "l'art. 2645-ter c.c. in termini più generali attribuisce maggior meritevolezza alla destinazione rispetto alla libera circolazione dei beni".

755 GALLARATI, *op. ult. cit.*, 183 ss.

756 GALLARATI, *op. ult. cit.*, 185 s.

indagini "richieste dal *prudent man of business*"<sup>757</sup>.

L'osservazione, per quanto ricca di spunti, non appare decisiva. In primo luogo, sembra corretto ritenere che anche con riferimento ai modelli societari ed associativi il nostro sistema giuridico attribuisca rilevanza alla necessità di assicurare una efficiente circolazione dei beni e di preservare l'affidamento dei terzi<sup>758</sup>. Tali principi con riferimento alla disciplina delle società di capitali, si concretizzano in modo piuttosto evidente nell'art. 2384 c.c., il quale stabilisce che le limitazioni ai poteri degli amministratori non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società. Inoltre per quanto riguarda gli enti che agiscano senza fine di lucro, l'art. 19 sembrerebbe deporre nella medesima direzione<sup>759</sup>.

Per altro verso, senz'altro condivisibile appare l'osservazione per cui il *trust* non si esaurisce nel fenomeno della separazione patrimoniale o del vincolo di destinazione, ma

---

757 GALLARATI, *op. ult. cit.*, 191.

758 Sul punto per tutti cfr. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale*, cit., 1379, nota 22, il quale con riferimento alle fondazioni rileva che "La rappresentanza di cui sono investiti gli amministratori dell'ente è generale, onde non può essere fatta valere l'inefficacia dell'atto da essi compiuto per estraneità allo scopo statutario, se non si dimostri la mala fede del destinatario dell'atto stesso (...); regola che rappresenta la generalizzazione di quella dettata in materia di società per azioni (...). Oggi, almeno nel campo delle società per azioni, l'oggetto sociale ha rilevanza interna, importando l'atto *ultra vires* responsabilità dell'amministratore che lo ha compiuto, ma non si configura più come limite del potere gestorio, con la sola eccezione del caso in cui i terzi abbiano intenzionalmente agito a danno della società"; M. FRANZONI, *Società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna - Roma 2008, 214, il quale con riferimento alle società per azioni osserva che "Di norma il terzo non è tenuto ad accertarsi se il legale rappresentante agisca in esecuzione di un valido atto di gestione compiuto dal competente organo. In sostanza le esigenze di sicurezza nella circolazione della ricchezza impongono di salvaguardare la posizione del terzo, così da evitargli il rischio della incertezza nella conclusione dell'affare"; con riferimento alla disciplina delle s.r.l. cfr. L. SALVATORE, *Art. 2475-bis*, in A. L. SANTINI - L. SALVATORE - L. BENATTI - M. G. PAOLUCCI, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 459, il quale osserva che "In un sistema nel quale i poteri di gestione possono essere liberamente modellati dai soci è, indubbiamente, assai forte la necessità di garantire ai terzi la sicurezza delle loro contrattazioni con la società. A tale riguardo l'art. 2475-bis, per un verso, attribuisce agli amministratori la rappresentanza generale della società; per un altro, sancisce l'inopponibilità ai terzi di ogni limitazione, anche se iscritta nel registro delle imprese, ai loro poteri concernenti sia la gestione sia la rappresentanza. Fa eccezione, il solo caso, previsto anche dall'art. 2384 in tema di s.p.a., in cui i terzi abbiano agito intenzionalmente a danno della società, ipotesi nella quale essi evidentemente non meritano tutela"; in una prospettiva più ampia cfr. GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *Commercial trusts in european private law* cit., 541, i quali osservano che il problema legato ai costi informativi porta ad escludere, in ambito europeo, la possibilità di opporre ai terzi le eventuali limitazioni dei poteri degli amministratori delle società.

759 Come osserva QUADRI, *La circolazione del bene destinato*, cit., 208, nota 8, "Rispetto al sistema legislativamente delineato per le società di capitali - pur emergendo un differente rilievo della pubblicazione della limitazione e pur divergendo il requisito soggettivo da verificarsi in capo al terzo («aver intenzionalmente agito a danno della società»), nelle società di capitali; mera 'conoscenza' della limitazione del potere rappresentativo, negli enti del libro I c.c.), probabilmente per una maggiore esigenza di tutela del terzo quando abbia a contrattare con un ente che agisca per fini di lucro - medesima appare, comunque, anche in relazione al sistema degli enti del libro I c.c. (...) quell'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole del terzo contraente".

presuppone un insieme di regole dirette a regolamentare i rapporti fra tutti i soggetti che ne sono coinvolti. Sotto questo profilo, sembra per certi versi possibile assimilare la disciplina del *trust*, o di un istituto che possa competere con esso, con quella delle organizzazioni complesse<sup>760</sup>.

In secondo luogo, è necessario rilevare che anche gli ordinamenti che hanno adottato una disciplina sul *trust* in parte modellata sugli schemi societari, come ad esempio il Québec, escludono la possibilità di opporre ai terzi acquirenti le eventuali limitazioni dei poteri del *trustee*<sup>761</sup>. La previsione di regole precise circa il regime di circolazione dei beni del *trust fund* contribuiscono a tutelare l'affidamento dei terzi. La più recenti evoluzioni delle altre legislazioni convergono sulla tendenza ad attribuire al *trustee* i poteri di gestione più ampi<sup>762</sup>. In definitiva, la scelta adottata sembra essere quella di favorire una efficiente circolazione dei beni limitando al massimo i costi informativi che il terzo interessato all'acquisto deve sopportare.

Le considerazioni svolte sembrano deporre a favore del cammino intrapreso dalla Francia che ha tentato di colmare la lacuna del proprio ordinamento giuridico ricorrendo ad un istituto ispirato al negozio fiduciario (*fiducie*) e modellato in parte sull'esempio del *trust*. Nel corso dell'indagine è emerso come l'assenza di un rimedio assimilabile al

---

760 In questo quadro appare, infatti, estremamente interessante la posizione di GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 211 ss. L'Autore osserva come la riorganizzazione intorno alla *trust property* della posizione dei soggetti coinvolti sarebbe caratterizzata da una rete di relazioni di *principal & agent*, in cui l'azione di un soggetto è in grado di incidere sulla posizione di un altro e viceversa. Sulla base di tali premesse, l'autore propone di modellare gli atti istitutivi dei *trust*, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1985, e una eventuale legge italiana sul *trust*, sulla base della disciplina delle società per azioni. In particolare il sistema c.d. dualistico di cui all'art. 2409 *octies* e seguenti del codice civile, unitamente ad alcune regole della società a responsabilità limitata, sarebbe in grado di replicare i risultati ottenibili con il *trust* sotto il profilo giuridico – economico; cfr. anche l'indagine di OGUS, *op. cit.*, 186 ss.

761 Sul punto cfr. per tutti SMITH, *Unauthorized Dispositions of Trust Property: Tracing in Quebec Law*, cit. 799.

762 Chiaramente in questo senso, in Inghilterra, il *Trustee Act* del 2000 nonché il *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996, il quale, peraltro, alla *section 16*, limita la possibilità di opporre le eventuali violazioni del regolamento contrattuale dei *trustees* esclusivamente agli acquirenti che ne abbiano avuto una *actual notice*. Sul punto cfr. per tutti LAWSON - RUDDEN, *The law of property*, cit., 172 ss.; GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, 224; ID. *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 79, ove l'A. rileva che "(...) in termini economici, il valore capitale dei beni è correlato al potere di disposizione. In altre parole: azzerato il potere di disposizione, i beni rimangono privi di capitale. Naturalmente tanto gli inglesi, quanto i continentali, non intendono affatto concedere ai singoli opzioni illimitate in proposito. Pertanto, prima di trarre conclusioni affrettate, è bene controllare il significato operativo della fraseologia che dipinge i trusts come altrettante ipotesi di «frammentazione della proprietà». Eseguito il controllo, risulterà chiaro che il diritto inglese non intende affatto garantire tanto ai trustees, quanto ai beneficiari, l'esercizio di prerogative proprietarie rispetto ai beni. E' vero, invece, il contrario. Il trust normalmente offre il mezzo per evitare che si applichi ai beni lo statuto della comunione. Sotto questo profilo, quindi, il trust sia affianca al principio del numero chiuso delle situazioni reali - niente affatto ignoto ai sistemi di common law - quale tecnica preziosa tramite cui viene garantita l'alienabilità dei beni."; in una prospettiva comparatistica GRAZIADEI - MATTEI - SMITH, *op. cit.*, 541; più in generale anche LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 75; con riferimento, invece, all'ordinamento scozzese REALI, *op. ult. cit.*, 198 s.; K. C. REID, *National Report for Scotland*, in KORTMANN - HAYTON - FABER - REID - BIEMANS, cit., 266 (già citato da REALI, *op. ult. cit.*, 199 nota 202).

*tracing* non garantisca al beneficiario della *fiducie* una tutela equiparabile a quella che ricevono i *beneficiaries* del *trust* di *common law*. Tuttavia, sembra corretto ritenere che questa problematica possa essere risolta rafforzando ed implementando la disciplina sull'attività di amministrazione del fiduciario sul *fund*. In questo senso si dovrebbero imporre a quest'ultimo specifici obblighi di contrassegnare i beni oggetto del negozio fiduciario anche nelle loro eventuali trasformazioni nonché l'obbligo di conservare il denaro in appositi conti bancari.

Del resto il *trust* e le regole giurisprudenziali sul *tracing* sono il frutto di una lunghissima tradizione. Peraltro, anche l'Italia sembra essere orientata nella direzione tracciata dall'esperienza francese. Nel corso degli ultimi anni si sono, infatti, susseguite numerose proposte di legge presentate alla camera dei deputati per l'introduzione del contratto fiduciario<sup>763</sup>. La disciplina delineata da tali progetti di legge è molto simile alla *fiducie* ed è senz'altro concepita anche per le ipotesi in cui è richiesta una gestione dinamica dei beni. In questo senso, il cammino intrapreso dall'esperienza francese costituisce indubbiamente un ottimo punto d'avvio.

---

763 Si fa riferimento alla proposta di legge n. 4554 presentata alla Camera dei Deputati il 27 luglio 2011 e al disegno di legge n. 2284, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano il 15 luglio 2010. Già a partire dal 2009 in Italia si sono susseguiti diversi progetti volti ad introdurre nel codice civile la disciplina del contratto fiduciario. L'art. 12 del disegno di legge comunitaria 2010 approvato dal Senato in prima lettura il 2 febbraio 2011 prevedeva una delega al governo già piuttosto articolata e specifica. Nella seduta del 2 marzo 2011, tuttavia, il Comitato per la legislazione, ha ritenuto opportuno che l'articolo 12 venisse espunto dal provvedimento, in quanto estraneo al contenuto proprio della legge comunitaria. Uno degli aspetti più interessanti è senz'altro quello di prevedere la possibilità di trascrivere il carattere fiduciario del trasferimento nei registri immobiliari in modo tale da garantire la separazione patrimoniale dei beni del *fund* dal patrimonio personale del fiduciario. A tal proposito è prevista la sostituzione dell'attuale testo dell'art. 2645-ter c.c. con la possibilità di trascrivere il trasferimento fiduciario contro il fiduciante e a favore del fiduciario.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991.
- AA. VV., *La Trasmissione familiare della ricchezza familiare*, Padova, 1995.
- AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche normative*, Milano 2003.
- AA.VV., *Atti di destinazione - Guida alla redazione*, Studio Civilistico n. 375-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, disponibile sul sito [foro.romoloromani.it](http://foro.romoloromani.it), 2012.
- G. ALPA, *Autonomia privata delle parti e scelta della legge applicabile al contratto «interno»*, in *NGCC*, 2013, II, 573.
- G. ALPA - M.J. BONELL - D. CORAPI - L. MOCCIA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato: istituzioni e problemi*, Roma, 2008.
- G. ALPA - M. GRAZIADEI - A. GUARNERI - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001.
- G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645-ter cod. civ.*, in *NGCC*, 2007, II, 398.
- T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Art. 167-171, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992.
- T. AULETTA, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Fam. persone e succ.*, 2012, 326.
- E. BAFFI, *Gli «anticommons» e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 2005.
- G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, in *I quaderni della Riv. dir. civ.*, 2010.
- G. BARALIS, *Fondi immobiliari e SGR: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. notariato*, 2012, 1249.
- G. BARALIS, P. BOERO, G. SICCHERO, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, in *Trattato della Trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, III, Milano, 2014.
- A. BARBA, *La responsabilità del Trustee*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010.
- L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale - Disposizioni generali*, in *Il codice civile - Commentario*, diretto da P. Schlesinger, art. 2740 - 2744, Milano, 1991.
- F. BARRIERE, *La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérences'*, in *J.P.C.*, 2007, 2053.
- F. BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, in *McGill L. J.*, 58:4, 2013, 869.
- F. BARRIÈRE, *La fiducie-sûreté*, in *TAF*, 2010, 5.
- S. BARTOLI, *Trust*, Milano, 2001.
- S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 1297.
- A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.



- F. BENATTI, *Le forme della proprietà*, Milano, 2010.
- I. BENEVENTI (a cura di), *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996.
- J. BERTRAND DE BALANDA - A. SORESEN, *La fiducie: un enfer pavé de bonne intentions? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés*, in *Rev. Lammy dr. affaires*, 2007, 35.
- C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ. it.*, fondato da Vassalli, VII, 1, Torino, 1993.
- C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, 2° ed., Milano, 2000.
- M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.
- M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste* in, *Giust. civ.*, 2006, I, 187.
- M. BIANCA, voce *Destinazione (negozio di)*, in *Il diritto, Enc. giur. del Sole 24 ore*, VI, Bergamo, 2007, 15.
- M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007.
- M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. notariato*, 2009, 557.
- M. BIANCA - A. DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, I quaderni - Ricerche, Fondazione Italiana del Notariato, Milano, n. 2/2013.
- M. BIANCHI, S. FABRIZIO, S. SICILIANO, *Assetti proprietari, struttura e performance del settore dell'intermediazione mobiliare in Italia*, in *Banca, Impresa e Società*, 1996, 258.
- A. BRAUN, *Trust interni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 573.
- A. BRAUN, *Trusts in the Draft Common Frame of Reference: the "Best Solution" for Europe?*, in *Cambridge L. J.*, 70, 2011, 327.
- G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 399.
- A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 307.
- A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 226.
- S. BUTTÀ, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in *TAF*, 2000, 551.
- L. CABELLA PISU - L. NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, Padova, 1998.
- G. CALABRESI - A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard L. R.*, 85, 1972, 1089.
- R. CALVO, A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 19, Milano, 2014.
- A. CANDIAN - A. GAMBARO - B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992.
- M. CANTIN CUMYN, *L'avant-projet de loi relatif à la fiducie: un point de vue civiliste d'Outre-Atlantique*, in *cronique XXIII Dalloz*, 1992, 117.
- H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, in *RTD*, 18, 1919, 385.

- S. M. CARBONE, *La disciplina regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell' Aja del 1985*, in *TAF*, 2000, 145.
- S. M. CARBONE, *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche ed unica funzione*, in *NGCC*, 2013, II, 591.
- U. CARNEVALI, voce *Negoziio giuridico - III) Negoziio fiduciario*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990,
- C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, III, 1323.
- C. CASTRONOVO, *Il Trust e 'sosotiene Lupoi'*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 32.
- C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. 2, Milano, 2007.
- A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2001.
- M. L. CENNI, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, in *TAF*, 2002, 355.
- M. CEOLIN, *Regolamenti di condominio e vincoli di destinazione, anche alla luce del nuovo art. 2645-Ter c.c.*, in *Riv. notariato*, 2009, 873.
- M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 Ter c.c.*, Padova, 2010.
- A. CERLES, *La fiducie, nouvelle reinde des sûretés?*, in *Rev., dr. bancaire et financier*, 2007, 29.
- Y. CHANG – H. E. SMITH, *An economic analysis of civil versus common law property*, in *Notre Dame L. R.*, 88, 2012, 1.
- L. CHEN – C. H. VAN RHEE (a cura di), *Towards a Chinese Civil Code*, Leiden – Boston, 2012.
- G. C. CHESHIRE, *Il concetto di "Trust" secondo la common law inglese*, Ristampa, Torino, 1998.
- G. C. CHESHIRE - E.H. BURN, *Modern Law of Real Property*, 16 th. ed., London, 2000.
- A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.
- A. CLARKE – P. KOHLER, *Property Law*, Cambridge, 2009.
- M. COMPORITI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, 856.
- M. COMPORITI, *Diritti reali in generale*, 2° ed., in *Tratt. di Dir. Civ. e Com.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2011.
- R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Anali economica del diritto civile*, 1° ed., Bologna, 1999.
- E. CORSO, *Trust e diritto italiano: Un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, 496.
- N. COVIELLO, *Della trascrizione*, 2° ed, I, in *Il diritto civile italaino diretto da Fiore e Brugi*, Napoli - Torino, 1924.
- P. CROCQ, *Le coeur du dispositif fiduciaire*, in *R. L. J. droit civil*, 2007, 1.
- A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002.
- G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»* in *Riv. dir. civ.*, 2014, III., 325.
- F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, 2007.

- L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II., 353.
- L. DE ANGELIS - P. GAGGERO, *Società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2003, II, 940.
- A. DE DONATO, V. DE DONATO, M. D'ERRICO, *Trust convenzionale: Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999.
- G. DE NOVA - B. INZITARI - G. TREMONTI - G. VISINTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991.
- G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, relazione al seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645-ter c.c.*, Consiglio Notarile di Milano e Scuola notarile della Lombardia, Milano 19 giugno 2006.
- R. DE NOVA, voce *Obbligazioni (dir. int. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- B. W. F. DEPOORTER - F. PARISI, *Fragmentation of Property Rights: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes*, in *Global J. F.*, 3, 2003, Article 2.
- G. DI CHIO, voce *Società fiduciarie*, in *Noviss., Dig. it., app.*, VII, Torino, 1987, 334.
- F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, «trust» e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I., 1469.
- L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, Napoli, 2005.
- A. C. DI LANDRO, *Trust e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli, 2010.
- F. DI MAIO, *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2012, I, 9.
- F. DI MAIO, *Il Problema del “mandato fiduciario”*, in *Contratto e impresa*, 2014, I, 138.
- G. DI ROSA, *Il Mandato*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busenelli, Milano, 2012.
- M. DIXON - G. LL. H. GRIFFITHS (a cura di), *Contemporary Perspectives on Property, Equity, and Trusts Law*, Oxford., 2007.
- J. EDELMAN, *When do Fiduciary Duties Arise?*, in *L.Q. Rew.*, 126, 2010, 302.
- Y. EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens*, in *R.I.D.C.*, 2009, 49.
- R. A. EPSTEIN, *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes Comments*, in *Southern California L. R.*, 55, 1981, 1353.
- E. FABIANI - A. PROTO PISANI, *Ipotesi «anomale» di trascrizione delle domande giudiziali e invalidità della trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 179.
- E. FABIANI, *Trascrizione erronea, apparenza del diritto, pignoramento e conflitto fra più «pretendenti» in relazione al medesimo bene immobile* in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 543.
- G. FAUCEGLIA, voce *Gestione fiduciaria*, in *Enc. del dir.*, Aggiornamento, VI, 2002, Milano, 381.
- S. FERRARI, *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*, Milano, 1988.
- G. FERRARINI, *Novità e problemi del decreto Eurosim*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, 883.
- G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 12° ed., Milano, 2006.
- L. FERRI, M. D'ORAZI – FLAVONI, P. ZANELLI, *Trascrizione*, in *Commentario del codice*

- civile Scialoja –Branca – Galgano*, 3° ed., Bologna – Roma, 1995.
- P. FERRO LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 44.
- R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935.
- M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999.
- M. FRANZONI, *Società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna - Roma 2008.
- F. FRESNEL, *La fiducie et les personnes vulnérables*, in *R.J.P.F.*, 2005, 28.
- C. FRIGENI, *La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 179.
- C. A. FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione* (dir. priv.), in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, 401.
- A. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, Torino, 1989, 321.
- A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 439.
- G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 293.
- G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 395.
- G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, II, Milano, 2008, 1367.
- G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. Sacco, 4, Milano, 2012.
- E. GABRIELLI – F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, II, Milano, 2012.
- F. GALGANO, *Diritto privato*, 6° ed., Padova, 1990.
- F. GALGANO – G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1993.
- T. P. GALLANIS, *The contribution of fiduciary law*, (Dicembre 9, 2011). disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1970440>.
- A. GALLARATI, *La galassia del trust in common law una questione di (ottimale) path dependence*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl., 173.
- A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010.
- A. GALLARATI, *Fiducie v trust. Spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciari in diritto italiano*, in *TAF*, 2010, 238.
- A. GALLARATI, *La Pubblicità del diritto del trustee*, Torino, 2012.
- A. GALLARATI, *La crisi del debitore «civile» e «commerciale» tra accordi di ristrutturazione e trust*, in *Contratto e impresa*, 1, 2013, 104.
- G. GALLIZIA, *Trattamento tributario dell'atto dispositivo di un trust di beni immobili*, in *TAF*, 2001, 147.
- A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti del trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, 93.

- A. GAMBARO, *Il «Trust» in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 494.
- A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU - F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1995.
- A. GAMBARO, voce *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XV, Torino, 1997, 502.
- A. GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino 1999, 449.
- A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *TAF*, 2000, 155.
- A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 257.
- A. GAMBARO, *Trust e trascrizione*, in *TAF*, 2002, 346.
- A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *TAF*, 2007, 167.
- A. GAMBARO - A. GIARDINA - G. PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, II, 1993.
- A. GAMBARO - U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2008.
- L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2009.
- L. GATT, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta* in *Riv. notariato*, 2011, 280.
- L. GATT, *La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, in *NGCC*, II, 2013, 622.
- F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione*, in *Riv. notariato*, 2001, 11.
- F. GAZZONI, *In italia tutto è permesso, anche quel che è vitato (Lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. notariato*, 2001, 1247.
- F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. notariato.*, 2002, 1107.
- F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165.
- A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1979.
- A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, I, 1.
- J. GETZLER, *Legislative incursions into modern trusts doctrine in England: The Trustee Act 2000 and the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Global Jurist Topics*, 2, 2002, 1.
- A. GIANOLA, voce *Surrogazione Reale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1999, 239.
- C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345.
- M. GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 119.
- M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, I, 1.
- M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, 161.

- M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995.
- M. GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, 257.
- M. GRAZIADEI - U. MATTEI - L. SMITH (a cura di), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005.
- M. GRAZIADEI – B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, 458.
- G. L. GRETTON, *Trusts without equity*, in *Int. Comp. L. Quarterly*, 49, 2000, 599.
- M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, in *Quadrimestre*, 1990, II, 273.
- M. GRIMALDI, *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, *Defrénois*, 1991, art. 35085, 897 - art. 35094, 961.
- A. GUARNERI, voce *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 438.
- B. HAKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Oxford, 2008.
- H. G. HANBURY – J. MARTIN, *Modern equity*, 16 th. ed., 2001.
- H. HANSMANN - R. KRAAKMAN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, in *Riv. soc.*, 2001, I, 21.
- H. HANSMANN- R. KRAAKMAN, *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, in *L. J. Studies*, 31, 2002, 373.
- H. HANSMANN - U. MATTEI, *The Function of Trust Law: A Comparative Trust Legal And Economic Analysis*, in *N.Y.U. Law Rev.*, 73, 1998, 438.
- C. HARPUM, *Overreaching, Trustees' Powers and The Reform of The 1925 Legislation*, in *Cambridge L. J.*, 49, 1990, 277.
- C. HARPUM - J. BIGNELL, *Registered Land: Law and Practice Under the Land Registration Act 2002*, Bristol, 2004.
- J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention. Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, 2002.
- D. J. HAYTON, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trust and on their Recognition*, in *I.C.L.Q.*, 36, 1987, 260.
- D. J. HAYTON (a cura di), *Extending the Boundaries of Trusts and similar Ring-Fenced Funds*, London - New York, 2002.
- M. A. HELLER, *The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harv. L. Rev.*, 111, 1998, 621.
- T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions*, in *Oxford Legal Studies Research, Paper No. 27/2008*.
- N. JACKSON, *Overreaching in Registered Land Law*, in *Mod. L. Rew*, 69, 2006, 216.
- P. G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.
- S. C. J. J. KORTMANN - D. J. HAYTON- N. E. D. FABER – K. C. REID - J. W. A. BIEMANS (a cura di), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, 2009.

- C. KUHN, *Une fiducie française*, in *Droit et patrimoine*, 2007, 32.
- J. H. LANGBEIN, *The contractarian Basis of the Law of Trusts*, *Yale L. Jour.*, 105, 1995, 625.
- V. C. LARROUMET, *La loi du février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 1350.
- F. H. LAWSON - B. RUDDEN, *The Law Of Property*, 3 rd. ed., Oxford, 2002.
- U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994.
- U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notariato*, 2007, 1069.
- G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contratto e imp.*, 2008, 1054.
- V. LEROYER, *Fiducie - personnes physiques - avocats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, 381.
- N. LIPARI, *Il negozio fiduciario* (ristampa), Milano, 1971.
- N. LIPARI - P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile, La proprietà e il possesso*, vol. 2, Milano, 2009.
- V. LOJACONO, voce *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, 892.
- F. X. LUCAS, *Fiducie aussi...*, in *éditorial du Bulletin Joly Sociétés* n° 4, 2007.
- A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007.
- M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971.
- M. LUPOI, *Trusts II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. giur.*, XXXI, 1995, 1.
- M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997.
- M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 427.
- M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001.
- M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. notariato*, 2001, 1164.
- M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di un trust*, in *Riv. notariato*, 2006, 467.
- M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2012.
- I. LUZZATI, *Delle forme e degli effetti della trascrizione*, Torino, 1875.
- A. MAGAZZÙ, *Surrogazione reale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1519.
- F. W. MAITLAND, *Equity. A Course of Lectures*, 2 nd. ed., Cambridge, 1936.
- F. W. MAITLAND, *Lequità (traduzione italiana di Lectures of Equity, Cambridge, 1976)*, Milano, 1979.
- B. MALLET-BRICOUT, *Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie?*, in *McGill L. J.*, 58:4, 905.
- P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, I, 626.
- P. MANES- F. PASQUARIELLO, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja – Branca- Galgano*, Bologna, 2013.
- E. MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. Giur.*, 1995, I, 162.

- E. M. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 35.
- U. MATTEI, *Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 18, 1994-1995, 157.
- U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, 2° ed, a cura di A. Chianale, Torino, 1995.
- U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 1° ed., Torino, 2001.
- U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. del dir.*, annali, V, Milano, 2012, 1123.
- U. MATTEI – A. GALLARATI, *Economia politica del diritto civile*, Torino, 2009.
- P. MATTHEWS, *The French Fiducie: And Now for Something Completely Different*, *Trust Law International*, 21, 2007, 17.
- S. MAZZAMUTO, *Il Trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell' Aja*, in *Vita not.*, 1998, I, 754.
- S. MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 785.
- T. W. MERRILL - H. E. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, in *Yale Law Journal*, 110, 2000, 1.
- T. W. MERRILL - H. E. SMITH, *The property/contract interface*, in *Colum. L. Rev.*, 101, 2001, 773.
- T. W. MERRILL - H. E. SMITH, *Property: Principle and Policies*, New York, 2007.
- G. MERUZZI, *L'intestazione fiduciaria di portafogli di investimento dopo il decreto Eurosim: prime riflessioni*, in *Contratto e impresa*, 1997, I, 289.
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957.
- S. MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 5.
- S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009.
- F. MEZZANOTTE, *The Interrelation Between Intellectual Property Licenses and The Doctrine of Numerus Clausus. A Comparative Legal and Economic Analysis*, in *CoLR*, 3, 2012, 1.
- F. MEZZANOTTE, «Libertè contractuelle» e «droits réeles» (A proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese), in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 857.
- L. MOCCIA, voce *Equity*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, 498.
- M. G. MONEGAT - G. LEPORE - I. VALAS (a cura di), *Trusts, aspetti sostanziali e applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2007.
- A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007.
- A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina* in *Riv. dir. civ.*, II, 2008, 451.
- U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1990, 251.
- D. MURITANO, *Conflitti giurisprudenziali in tema di trascrizione del trust*, in *TAF*, 2014, 361.
- R. MURRAY, *Characteristics of the International Model of Land Title Registration Illuminated by Comparative Study of the German and Torrens Systems*, in *European*



- Property L. R.*, 2012, 54.
- A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988.
- A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi economica del diritto*, in *NGCC*, 2011, II, 319.
- A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005.
- A. NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *TAF*, 2006, 69.
- A. NERI, *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*, in *TAF*, 2007, 569.
- R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 904.
- L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. e prc. civ.*, 2003, 1299.
- M. NUZZO, voce *Società fiduciaria*, in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, 1094.
- A. I. OGUS, *The Trust as Governance Structure*, in *Toronto University L.J.*, 36, 1986, 186.
- G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942.
- G. OPPO, *I patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 215.
- A. PALAZZO, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in *TAF*, 2002, 337.
- G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 391.
- G. PALERMO, *I negozi di destinazione nel sistema di diritto positivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, I, 94.
- M. D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese. Storia di un problema nell'analisi comparativa*, Milano, 1992.
- M. D. PANFORTI, *Intervento legislativo e reazione giurisprudenziale nella vicenda inglese del trust for sale*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 485.
- M. D. PANFORTI, *Torrens Title*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 715.
- D. PAPPADÀ, *Il registro francese della fiducie*, in *TAF*, 2010, 381.
- D. PAPPADÀ, *L'emulazione del trust in Francia*, reperibile sul sito [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it).
- F. PARISI, *The Asymmetric Coase Theorem: Dual Remedies for Unified Property*, *George Mason Law & Economics Research Paper*, No. 13, 2001, reperibile all'indirizzo "<http://ssrn.com/abstract=264314>" \t "\_blank".
- D. PARISI, *Trascrizione nei confronti del trust: appunti per una rilettura dell'art. 2659 cod. civ.*, in *TAF*, 2014, 374.
- P. PARKINSON, *Reconceptualising the express trust*, in *Cambridge L. J.*, 61, 2002, 657.
- F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo articolo 2645-ter del codice civile*, in *Vita not.*, 2006, III, 979.
- S. PATTI, *Trust, quota di riserva e causa concreta*, in *Fam. persone e succ.*, 2011, 526.
- R. PEARCE - J. STEVENS, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, London, 1995.
- R. PEARCE - J. STEVENS, *The Law of Trust and Equitable Obligation*, 4 th. ed., Oxford,

2006.

- G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 161.
- P. PICCOLI, *L'avanprogetto di convenzione sul trust nei lavori preparatori della conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja, e i riflessi di diritto notarile*, in *Riv. notariato*, 1984, 844.
- P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la convenzione dell'Aja*, in *Riv. notariato.*, 1995, 37.
- S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, (ristampa), Milano, 1964.
- R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale, profili normativi*, Napoli, 2004.
- R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e imp.*, 2006, 1717.
- R. QUADRI, *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, in *NGCC*, 2006, II, 7.
- E. QUINTORASSI - F. TASSINARI (a cura di), *I trust interni e le loro clausole*, Roma, 2007.
- L. RAGAZZINI, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. notariato*, 1999, 279.
- A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2011, 160.
- E. REED, *France creates a fiducie, at last, and makes other radical changes to the forced heirship rules*, in *Trusts & Trustees*, 2007, vol. 13, 110.
- P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Eur. dir. priv.* 1998, 453.
- G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011.
- G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012.
- R. RORDORF, *Società di intermediazione mobiliare*, in *Enc. del dir.*, aggiornamento, V, 2001, 1041.
- B. RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, in *Oxford J. L. Stud.*, 14, 1994, 81.
- B. RUDDEN, *La Teoria economica contro la «Property Law»: Il problema del «numerus calusus»* in *Riv. crit. dir. priv.* 2000, 451.
- R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Terza ed., Torino, 2004.
- L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001.
- A. L. SANTINI – L. SALVATORE – L. BENATTI – M. G. PAOLUCCI, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014.
- L. SANTORO, *Trust e fiducia*, in *Contratto e impresa*, 1995, III, 976.
- L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002.
- L. SANTORO, *Il Trust in Italia*, Milano, 2009.
- A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999.
- V. SACALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004.
- R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello*

- negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, I, 2000, 87.
- R. H. SITKOFF, *An Agency Costs Theory of Trust Law*, *Cornell Law Review*, 89, 2004, 621.
- H. E. SMITH, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, *Stanford L. R.*, 55, 2003, 1105.
- H. E. SMITH, *Property and Property Rules*, *N. Y. U. L. Rev.*, 79, 2004, 1719.
- H. E. SMITH, *Property as the law of things*, in *Harvard L. R.*, 125, 2012, 1691.
- L. SMITH, *The law of Tracing*, Oxford, 2003.
- L. SMITH, *Trust and Patrimony*, in *Estates, Trust and Pensions Journal*, 28, 2009, 333.
- L. SMITH (a cura di), *Re-immagining the trust. Trusts in civil law*, Cambridge, 2012.
- L. SMITH (a cura di), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, 2013.
- L. SMITH, *Unauthorized Dispositions of Trust Property: Tracing in Quebec Law*, in *McGill L. J.*, 78:4, 2013, 795.
- P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, relazione al seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645-ter c.c.*, Consiglio Notarile di Milano e Scuola notarile della Lombardia, Milano 19 giugno 2006.
- P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, *Quaderni della Fondazione Nazionale per il Notariato*, 2007, 120.
- P. SPARKERS, *Certainty of Property: Numerus Clausus or the Rule with No Name?*, in *Eu. Rev. Private Law*, 20, 2012, 769.
- J. G. SPRANKLING, *Property law*, 2 nd. ed., San Francisco, 2007.
- U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010.
- F. STEIDL, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, in *TAF*, 2002, 350.
- F. SUVAGE, *Reflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable'*, in *R.J.P.F.*, 2009, 8.
- P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983 I, 217.
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 17° ed., Milano, 2007.
- R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La Trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IX, 3° ed., Torino, 2012.
- S. TROIANO - A. ZACCARIA, *Gli effetti della trascrizione*, 2° ed., Torino, 2008.
- S. UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, in *Contratto e imp.*, 2008, 308.
- S. VAN ERP, *A numerus quasi clausus of Property Rights as a constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Netherlands Comparative Law Association*, 7/2, 2003.
- S. VAN ERP – B. AKKERMANS, *Property law*, Oxford and Portland, 2012.
- S. VAN ERP, A. SALOMONS, B. AKKERMANS (a cura di), *The Future of European Property Law*, Munich, 2012.
- P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico, Radici storiche e realtà applicativa*, Torino,

1999.

- G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.
- G. VISENTINI, *Aspetti giuridici del rapporto fiduciario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 85.
- M. A. E. VON OVERBECK, *Explanatory Report*, in *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Vol. II, *Trusts - Applicable Law and Recognition* (The Hague: HCCCH Publications, 1985), 370.
- R. WESTRIK - J. VAN DER WEIDE (a cura di), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011.
- V. C. WITZ, *La Fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au "trust"*, in *Recueil Dalloz, Dossier La fiducie*, 2007, 1369.
- D. ZANCHI (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009.
- F. ZENATI - CASTAINING & T. REVET, *Les biens*, 3d ed., Paris, 2008.
- A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 545.
- A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 721.