

il ser-  
mento  
ne di  
renni,

ato  
dei  
di

# Il contratto

Scuola estiva  
dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato

6-9 settembre 2017  
Università degli Studi di Salerno

*a cura di*  
ANDREA FEDERICO e GIOVANNI PERLINGIERI



Edizioni Scientifiche Italiane

*Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet" dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli.*

Somr

Presenta

E. CAI  
fan  
F. RIZ  
M. G  
(co  
S. Po  
M. A  
l'a  
tai

Inter

F. L/  
zi  
zi

FEDERICO, Andrea; PERLINGIERI, Giovanni (a cura di)  
Il contratto  
Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato  
6-9 settembre 2017 - Università degli Studi di Salerno  
Collana: Associazione dei Dottorati di Diritto Privato  
Sezione Atti e Materiali, 3  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019  
pp. 848; 24 cm  
ISBN 978-88-495-3804-5

© 2019 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
E-mail: [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

A. I  
S. S  
A.M

B. '

V.M

Int  
C.

©

# Sommario

*Presentazione* 9

## PARTE I

### Integrazione e conformazione del contratto

- E. CAPOBIANCO, *L'integrazione del contratto nel pensiero di Stefano Rodotà* 13  
F. RIZZO, *Integrazione del contratto, buona fede ed equità* 21  
M. GRONDONA, *Integrazione del contratto e norme dispositive (con uno sguardo su Salvatore Satta)* 33  
S. POLIDORI, *Integrazione del contratto e nullità parziali* 69  
M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities* 89

### Interventi

- F. LA FATA, *L'art. 1424 c.c. quale canone interpretativo del negozio invalido? Note a margine del nuovo ruolo integrativo-funzionalizzatore del giudice sugli atti di autonomia privata* 115

### Formazione del contratto e responsabilità

- A. FLAMINI, *Note introduttive* 129  
S. SICA, *La responsabilità precontrattuale* 131  
A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale alla prova del diritto vivente: il preliminare di preliminare* 145  
B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto* 161  
V.M. CESARO, *Le sopravvenienze e la revisione concordata dell'assetto di interessi* 171

### Interventi

- C. AMATO, *La responsabilità precontrattuale e il suo «doppio»* 207

- M. FARINA, *Profili rimediali della contrattazione tramite preliminare di preliminare* 239

## PARTE II

## Requisiti del contratto

- A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»* 251  
 F. MAISTO, *Collegamento tra contratti* 277  
 F. CRISCUOLO, *L'oggetto del contratto* 299  
 S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)* 319

## Interventi

- S.T. BARBARO, *In tema di trascrizione dell'accordo di negoziazione assistita familiare* 349  
 G. CAZZETTA, *Forma e funzioni* 369  
 F. MARONE, *Riflessioni sull'istituto della forma del contratto di locazione immobiliare ad uso abitativo* 379

## Elementi «accidentali» del contratto

- G. BISCONTINI, *Il contratto dissimulato quale accordo novativo di rapporto futuro* 397  
 G. AMADIO, *Onerosità, gratuità, corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali* 409  
 F. CAROCCIA, *Meccanismo condizionale e autonomia privata. Conferma di un paradigma o rivoluzione culturale?* 431  
 R. LENZI, *Condizione e adempimento* 453  
 A. TARTAGLIA POLCINI, *Il termine. Da elemento accidentale a connotato funzionale dell'autonomia* 477  
 G.R. FILOGRANO, *Il modus* 523

## PARTE III

## Contratti e mercati

- L. MEZZASOMA, *La vendita di immobili in costruzione* 539  
 A. FACHECHI, *Il rent to buy* 553  
 M. TATARANO, *Il prestito vitalizio ipotecario tra proporzionalità e fiducia* 571

F. DI CIOMMO, <i>I trusts</i>	613
V. CORRIERO, <i>I negozi «atipici» di destinazione a uno scopo</i>	649
Interventi	
L.E. PERRIELLO, <i>Spigolature sulla revocatoria dei trust</i>	677
A. COCCO, <i>Solidarietà, innovazione e autonomia negoziale nella sharing economy</i>	697
F. FORMICOLA, <i>Rent to buy e ripartizione del canone</i>	711
Consenso e patologie	
G. CARAPEZZA FIGLIA, <i>Divieto di discriminazione e autonomia negoziale</i>	721
A. GENTILI, <i>La dottrina del contratto attraverso la simulazione</i>	731
I. PRISCO, <i>L'annullabilità. Attualità e prospettive</i>	741
D. MANTUCCI, <i>Il ruolo dell'autonomia negoziale nell'alternativa tra conservazione e risoluzione dei rapporti sinallagmatici inattuati</i>	757
Interventi	
I. MARTONE, <i>Prospettive di «sanabilità» del negozio simulato</i>	783
V. ROTONDO, <i>Informazione e consenso nella relazione di cura</i>	799
I. SASSO, <i>Riflessioni in tema di ammissibilità del testamento simulato</i>	811
A. VIVARELLI, <i>Il consenso al trattamento dei dati e sue ricadute sulla dinamica contrattuale</i>	829
P. PERLINGIERI, <i>Relazione conclusiva</i>	

# I trusts

FRANCESCO DI CIOMMO

SOMMARIO: 1. Le origini del *trust* e la Convenzione de L'Aja del 1985. - 2. L'operatività del *trust* in Italia e l'art. 2645-ter c.c. - 3. Alcuni esempi di possibile utilizzazione dei *trusts* in Italia. A cominciare dai *trust* familiari. - 3.1 *Trust* e fondo patrimoniale familiare. - 3.2. I *trusts* di protezione nell'interesse di familiari deboli o di figli minorenni. - 3.3. L'uso del *trust* negli accordi di separazione o divorzio. - 3.4. *Trust* e fondazione di famiglia. - 3.5. *Trust* e dote. - 3.6. I *trust* testamentari. - 3.7. I *trust* di garanzia.

1. Il *trust* è un istituto di origine anglosassone che, soprattutto nel corso degli ultimi decenni, per elasticità e notevole adattabilità ad esigenze e situazioni eterogenee, si è imposto nella realtà commerciale e, *lato sensu*, economica di tutto il mondo progredito<sup>1</sup>.

L'emersione del *trust* nel panorama giuridico inglese è storicamente collocata attorno al 1250 e viene spiegata in ragione del fatto che in quel contesto, dal 1066 in avanti - e quindi dopo la conquista della Britannia da parte dei normanni capeggiati da Guglielmo il Conquistatore (futuro Re Guglielmo I), culminata nella celebre battaglia di Hastings - tramontò, almeno sul piano formale, la molteplicità di diritti sui beni che, malgrado il dogma (in verità oggi, almeno in parte, superato) del *numerus clausus* dei diritti reali, è ancora caratteristica dei sistemi continentali. Per realizzare situazioni atipiche di godimento sui beni ed instaurare rapporti gestori fu utilizzato, per l'appunto, il *trust*.

L'operazione in parola fu agevolata dalla esistenza in Inghilterra di una giurisdizione - denominata *equity* ed alternativa rispetto a quella ordinaria - che si basava proprio sull'atipicità delle vicende e dei rimedi. È nell'ambito di tale giurisdizione, formalmente abolita solo dai *Judicature Acts* del 1873-1875<sup>2</sup>, che il *trust* vide la luce e trovò, via via, sempre maggiori

<sup>1</sup> In proposito, anche per la dottrina ivi citata, sia consentito rinviare a F. DI CIOMMO, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 630 e 773.

<sup>2</sup> Cfr., *ex ceteris*, U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, 2004, *passim*; A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, a cura di R. Sacco, 2ª ed., Torino, 2008, *passim*; V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, 5ª ed., Torino, 2014, cap. I.

applicazioni concrete nel corso dei secoli successivi<sup>3</sup>. La struttura di un'operazione di *trust* sin dalla sua origine è fondamentalmente, ma non necessariamente, trilaterale: un soggetto (*settlor*) conferisce, attraverso un suo atto di volontà unilaterale, il *legal title* (e cioè la proprietà formale) su certi beni ad un soggetto di cui ha fiducia (*trustee*), il quale si impegna a gestirli per un determinato periodo – individuato da termini o condizioni –, seguendo le istruzioni del *settlor*, in favore di terzi beneficiari che diventano, perciò, titolari di un *equitable interest*, ovvero in alternativa, al fine di realizzare un certo scopo prefissato dallo stesso *settlor* (ed in quest'ultimo caso, ovviamente, l'operazione finisce per essere bilaterale)<sup>4</sup>. Nella tradizione inglese il *legal title* è tutelato dalla *common law*, l'*equitable interest* dall'*equity*.

La definizione tradizionale inglese di *trust* pone, secondo parte della dottrina, in evidenza quella che sarebbe la chiave di volta per la comprensione dell'intero istituto, e cioè la «*dual ownership*». Con tale espressione ci si riferisce al presunto sdoppiamento di proprietà, realizzato in un'operazione di *trust* e collegato alla bipartizione tra *law* ed *equity*, che

<sup>3</sup> Lo sviluppo dell'ordinamento giuridico inglese dopo il 1066 fu influenzato in maniera determinante dall'organizzazione rigidamente feudale impressa dei re normanni. Il sistema era sostanzialmente articolato attorno alla cosiddetta *curia regis*, formata da un nucleo di giudici-giuristi che avevano la loro sede principale nelle tre Corti centrali di Westminster, ma che venivano spesso inviati nelle province ad amministrare la giustizia in nome del re e godevano pertanto di particolare prestigio in tutto il regno. Ciò portò alla creazione di un diritto unitario, chiamato appunto *common law*, che comprendeva il complesso di consuetudini dei popoli germanici e il diritto feudale. Le consuetudini particolari del periodo anglosassone, pur non essendo mai state abrogate sul piano formale, cedettero gradualmente il passo al diritto applicato dai giudici, i quali, tra l'altro, si servirono del diritto romano per colmare le lacune del diritto nazionale. Con il passare del tempo le formalità procedurali crearono una certa insofferenza nel pubblico inglese, che prese a rivolgere petizioni direttamente al sovrano per ottenere la concessione di particolari mezzi di tutela. Le istanze venivano trattate dal cancelliere, e cioè il capo della cancelleria regia (*Court of Chancery*), chiamato a garantire che la giustizia venisse resa «secondo coscienza». Le sue decisioni, che avevano la forma di decreti, operavano *in personam* e vincolavano soltanto le parti in causa. La *Court of Chancery* venne lentamente ad affermarsi come organo giurisdizionale competente ad amministrare un corpo di norme giuridiche, indicato con il termine *equity*. Come detto, nel 1875 i *Judicature Acts*, conseguentemente all'abolizione del sistema dei *writs* (che imponeva all'attore l'adozione di formule rigide precostituite per rivolgersi ai giudici di *common law*, e che era ormai stato superato dalla prassi), abolirono la differenza tra giudici di *common law* e giudici di *equity*, e decretarono la chiusura dei tribunali di *equity* riunendo le competenze giudiziarie dei due sistemi nei tribunali di *common law*, che dunque divennero da allora competenti nell'applicazione sia delle norme derivanti dalla tradizione sia di *common law* che di *equity*.

<sup>4</sup> Le ricadute processuali nel nostro ordinamento giuridico derivanti da una tale ricostruzione dell'istituto sono analizzate, da ultimo, da F. CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino 2012, al quale si rinvia anche per la dottrina *ivi* citata.

contraddistingue il sistema giuridico inglese. Tuttavia, accettando una visione dell'istituto incentrata sul concetto della doppia proprietà, il *trust* risulterebbe probabilmente improponibile in ambienti di *civil law*, dove la proprietà è considerata ontologicamente caratterizzata dai requisiti della pienezza e della esclusività<sup>5</sup>. Di contro, va sottolineato che, come la dottrina più recente osserva, ci sono fondate – e in questa sede non riassumibili<sup>6</sup> – ragioni per credere che in una vicenda tipica di *trust* non esista alcuno sdoppiamento della proprietà, bensì una separazione tra la proprietà detenuta dal *trustee* (*legal title*) a fini gestori e il diritto di credito che i beneficiari vantano nei confronti di tale gestione (*equitable interest*). In tal senso si è espressa anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel 1994<sup>7</sup>.

Nel corso dei secoli il *trust*, negli ordinamenti di *common law*, ha avuto uno sviluppo via via crescente fino ad essere impiegato a tutela degli interessi più disparati: dalla gestione di interessi, vicende e patrimoni familiari, alle intestazioni di immobili, dalle partecipazioni azionarie, alle garanzie di adempimento delle pattuizioni tra «*co-ventures*» nei contratti di «*joint-venture*», e via dicendo.

La sua particolare duttilità ha reso il *trust*, come cennato, fortemente appetibile per gli operatori di molti Paesi e ancora di più sullo scenario internazionale, e cioè laddove, per gli interessati, è particolarmente importante parlare un linguaggio comune ed utilizzare istituti flessibili, che ben si adattano alle diverse esigenze. In particolare, negli ultimi cinquant'anni è dunque accaduto sempre più spesso che il *trust* attirasse l'attenzione di operatori anche di Paesi che tradizionalmente non hanno conosciuto il *trust*. La vicenda è stata favorita dal fatto che la globalizzazione dei mercati ha permesso, e pretende, ampia circolabilità degli istituti che meglio si prestano alle esigenze moderne, riassumibili in termini di immediatezza e certezza.

Malgrado, infatti, quello in esame sia un istituto tipicamente operativo nel mondo giuridico angloamericano, tanto da risultarne un cardine, è sempre meno improbabile che persone vissute per lungo tempo in paesi di

<sup>5</sup> Per tutti, v. C.M. BIANCA, *La proprietà*, Milano, 1999, in particolare pp. 153, 156 e 202.

<sup>6</sup> Per ampie considerazioni in proposito sia consentito rinviare, anche per la dottrina ivi citata, a F. DI CIOMMO, *Il trust e la sua modificabilità: riflessioni sulla "proprietà" del trustee*, in *Trusts*, 2001, p. 394; nonché ID., *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1470.

<sup>7</sup> La sentenza 17 maggio 1994, causa C-294/92, G.L. Webb c. L.D. Webb – che afferma l'assenza di diritti reali in capo ai beneficiari di *trusts* – è pubblicata in *Racc. giur. comunit.*, 1994, I, p. 1717.



*common law* pongano in essere un *trust* – specialmente per testamento, nella cui stesura risulta poco frequente l'assistenza preventiva di esperti giuristi – in Paesi che non conoscono l'istituto. Allo stesso modo, oggi spesso accade che un cittadino di un ordinamento che riconosce il *trust* ne costituisca uno i cui effetti vadano oltre i confini nazionali e si facciano sentire lì dove il *trust* non è ancora stato oggetto di sistematici interventi legislativi (come in Italia).

È, dunque, sia per soddisfare la diffusa esigenza di istituti moderni e dinamici, sia per dare corretta efficacia ai *trusts* con i quali l'ordinamento può venire a contatto, che molti Paesi tradizionalmente *no-trust* si sono, negli ultimi decenni, interrogati sull'istituto in esame e hanno elaborato, nel 1985, – insieme ai paesi angloamericani che ben lo conoscono – la Convenzione de L'Aja «relativa alla legge applicabili ai *trust* ed al loro riconoscimento», approvata il 1° luglio di quell'anno ed entrata in vigore, anche in Italia, il 1° gennaio 1992, in forza della legge di ratifica del nostro legislatore n. 364 del 16 ottobre 1989.

Da quel momento anche in Italia si è aperto un acceso dibattito che, in generale, ha riguardato la portata della Convenzione e che, in particolare, tra l'altro, si è concentrato sulla possibilità – sostenuta da alcuni e negata da altri – di costituire *trusts* che realizzino i loro effetti principali in ordinamenti privi di una normativa interna che riguardi l'istituto in esame, tra cui il nostro. I fautori di tale possibilità sostengono che la Convenzione non distingua i *trusts* con elementi di internazionalità da quelli esclusivamente interni, e cioè con elementi tutti afferenti allo stesso ordinamento giuridico nazionale. Gli altri, al contrario, ritengono che la normativa pattizia, in quanto strumento di diritto internazionale, legittimi esclusivamente l'operatività di *trusts* che conservino qualche elemento di internazionalità.

Propendere per l'una o l'altra soluzione significa, in concreto, ammettere, ovvero negare, che il cittadino italiano possa utilizzare il negozio di *trust* anche in situazioni che non presentano elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento. E di conseguenza permettere, ovvero ostacolare, la larga utilizzazione dell'istituto in Italia.

2. Dopo che, nel corso del Novecento, sia la dottrina che la giurisprudenza avevano sostenuto la sostanziale incompatibilità del *trust* con le tradizionali categorie civilistiche e con i principi ritenuti fondanti del nostro sistema giuridico (i riferimenti più importanti, in questa prospettiva, facevano perno sul dogma del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali e sul principio di unitarietà del patrimonio di cui all'art. 2740 c.c.), con la ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, realizzata in Italia con

la l. 16 ottobre 1989 n. 364, e più ancora dopo l'entrata in vigore della convenzione si è aperto un ampio dibattito sulla operatività dell'istituto nel nostro Paese<sup>8</sup>.

All'esito del quale è ormai opinione diffusa tanto in giurisprudenza quanto in dottrina<sup>9</sup> – malgrado non manchi qualche autorevole voce contraria<sup>10</sup> – che il *trust*, anche nella sua versione esclusivamente nazionale (c.d. *trust* interno), sia idoneo ad operare nel nostro ordinamento in virtù della Convenzione stessa, salvo che gli scopi pratici concretamente con esso perseguiti, e dunque (secondo il più recente convincimento della Cassazione<sup>11</sup>) la sua causa in concreto, non si prestino a valutazioni di illiceità da parte dei giudici di volta in volta coinvolti nella sua valutazione.

In realtà, anche qualora si voglia ritenere – in accordo con la tesi internazionale-privatistica rimasta oramai largamente minoritaria – che la Convenzione de L'Aja riguardi solo i *trust* internazionali, si deve ammettere l'operatività di *trust* costituiti in Italia, e/o destinati ad operare nel nostro ordinamento, in virtù di quanto previsto dall'art. 1322 c.c., nonché dall'art. 41 cost. in materia di autonomia privata, e ciò a prescindere dai per-

<sup>8</sup> Tra i moltissimi scritti in proposito, per una efficace sintesi v. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, spec. pp. 23 ss. e 333 ss. Ma v. anche S. MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 804 ss.; nonché, per una diversa prospettiva, L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010; e Id., *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, p. 280 ss. Cfr. anche S. BARTOLI, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 440 ss.; F. DI CIOMMO, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, cit., pp. 630 ss. e 773 ss.; P. PICCOLI, *I trusts e le figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita not.*, 1998, p. 785 ss.

<sup>9</sup> Tra le molte pronunce che hanno riconosciuto piena operatività al *trust* in Italia, anche laddove si tratti di *trust* tipicamente tricolore, si segnalano: Cass., 13 giugno 2008, n. 14838, in *Trusts*, 2008, p. 522; Cass., 30 marzo 2011, n. 13276, *ivi*, 2011, p. 408; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28363, *ivi*, 2013, p. 280; Cass., Sez. un., 15 marzo 2012, n. 4132 (in tema di giurisdizione del giudice italiano), *ivi*, 2013, p. 522; Cass. pen., 28 giugno 2012, *ivi*, 2013, p. 45; Cass., 19 novembre 2012, n. 20254, *ivi*, 2013, p. 279; Cass. pen., 5 giugno 2013, *ivi*, 2013, p. 621; Cass., 16 settembre 2013, n. 37848, *ivi*, 2014, p. 174; Cass., 8 ottobre 2013, n. 41670, *ivi*, 2014, p. 60; e Cass. 9 maggio 2014, n. 1010, in *Corr. giur.*, 2015, p. 192, con nota di U. La Porta; Cass., 23 giugno 2015, n. 13004, disponibile su [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it).

<sup>10</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 165; nonché Id., *In Italia tutto è permesso anche quello che è vietato (lettera a aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247.

<sup>11</sup> Così testualmente si esprime la già citata sentenza di Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, a tenore della quale, inoltre, «potrebbe dirsi lo strumento vietato, qualora si esiga che esso, per essere riconosciuto nel nostro ordinamento, assicuri un *quid plus* rispetto a quelli già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno. Non sembra però che l'ordinamento imponga questo limite, alla luce del sistema rinnovato dalle riforme attuate negli ultimi anni, che ammettono la gestione concordata delle stesse crisi d'impresa».

sistenti dubbi circa la possibilità di rendere pienamente opponibili gli effetti di un *trust* ai terzi mediante trascrizione nei registri immobiliari<sup>12</sup>.

Nel dibattito sull'operatività del *trust* in Italia un ruolo non secondario va riconosciuto oggi all'introduzione dell'art. 2645-ter nel codice civile italiano, ad opera della legge n. 51 del 2006<sup>13</sup>. Tale circostanza, infatti, secondo molti autori, andrebbe inquadrata nell'ambito di quel processo di progressiva apertura che non solo il nostro ordinamento, ma tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi evoluti, da alcuni decenni, stanno compiendo nei confronti dell'istituto del *trust* ovvero, più in generale, di istituti capaci di determinare situazioni di destinazione patrimoniale, con conseguente separazione, in capo a soggetti privati<sup>14</sup>. In altre parole, l'art. 2645-ter costituirebbe, in ordine di tempo, solo l'ultimo tassello con cui il legislatore italiano, dopo aver introdotto varie ipotesi di destinazione e separazione patrimoniale in settori specifici, quali il diritto finanziario e il diritto societario, ha inteso puntellare il diritto civile italiano al fine di renderlo idoneo a consentire ai consociati il perseguimento di finalità fino a poco tempo fa considerate contrarie al principio di ordine pubblico di cui

<sup>12</sup> Per una risalente, ma ancora attuale, ricostruzione delle ragioni per cui deve riconoscersi piena operatività al c.d. *trust* interno in Italia, sia consentito rinviare a F. DI CIOMMO, *Il trust interno nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Tem. Rom.*, 1999, I, p. 779; ID., *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts*, 2003, p. 181 ss.; e ID., *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 1296 e 1298 ss. Più di recente, v., tra gli altri, L. GATT, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, cit., p. 280 ss.; F. DI CIOMMO, *Il trust e l'art. 2645 ter c.c.: profili di diritto italiano*, in G. DORIA (a cura di), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Torino, 2010, p. 209 ss.; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 118 ss. È appena il caso di aggiungere che sono considerati *trust* interni i *trust* i cui elementi costitutivi rimandano tutti (cittadinanza e residenza del disponente e dei beneficiari, luogo dove si trovano i beni in *trust* e luogo dove lo scopo del *trust* deve essere attuato) al territorio di un unico stato nazionale. Nel caso di istituto tutto afferente al nostro Paese si parla anche di *trust* triconazionale. Nel caso di istituto tutto afferente al nostro Paese si parla anche di *trust* triconazionale. Nel caso di istituto tutto afferente al nostro Paese si parla anche di *trust* triconazionale, nel qual caso ovviamente anche la legge nazionale applicabile al *trust* non sarà quella del nostro Paese in quanto l'Italia, pur avendo ratificato la Convenzione de L'Aja, non ha mai adottato una propria legge interna sul *trust* sicché i *trust* italiani sono destinati ad essere disciplinati dai principi fondamentali e inderogabili del nostro ordinamento, dalla Convenzione stessa e dalla legge nazionale sul *trust* che si applicherà in quanto scelta dal disponente o, in mancanza, in applicazione dei criteri di collegamento contenuti nella Convenzione. In proposito si rinvia al contenuto degli artt. 6, 7 e 13 della Convenzione de L'Aja.

<sup>13</sup> La novella al codice civile, che ha portato all'introduzione dell'art. 2645-ter, è stata realizzata dal d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006 n. 51. In proposito, sia consentito rinviare *ex ceteris* a F. DI CIOMMO, *o.l.u.c.*

<sup>14</sup> Cfr., *ex multis*, G. VITTORI, *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, nonché A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit.

all'art. 2740 c.c., ai sensi del quale: «Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge»<sup>15</sup>.

La questione relativa al rapporto tra art. 2645-ter e operatività del *trust* nel nostro ordinamento non ha soltanto un valore storico-culturale bensì, evidentemente, importanti ricadute ermeneutiche, ed è dunque capace di influenzare l'applicazione e gli effetti dell'art. 2645-ter e finanche di incidere sull'operatività del *trust* in Italia qualora si ritenga, per l'appunto, che la norma in parola costituisca un riconoscimento legislativo dell'operatività del controverso istituto all'interno dei confini nazionali e, in definitiva, ne consenta la trascrizione nei registri immobiliari ai fini della piena opponibilità nei confronti dei terzi<sup>16</sup>.

In ogni caso, va qui evidenziato che la Convenzione de L'Aja sul *trust* del 1985, se pure definisce l'istituto in termini ampi, attribuisce al c.d. *trust* convenzionale una caratteristica fondamentale del modello anglosassone, così legando indissolubilmente i due modelli proprio sotto il profilo operativo più rilevante. Tale caratteristica consiste nella necessaria esplicazione dell'effetto segregativo dei beni in *trust*.

In altre parole, caratteristica precipua del *trust* tradizionale inglese, come di quello convenzionale, è che i beni trasferiti nel *trust fund*, e perciò destinati a beneficiare uno o più soggetti o alla realizzazione di uno scopo, appartengono al *trustee*, e vengono a questo intestati, ma non risentono delle sue vicende obbligatorie generali e quindi non formano parte del suo patrimonio personale posto a garanzia dei suoi debitori, mentre ovviamente possono essere aggrediti dai creditori il cui credito trae causa da fatti riguardanti direttamente il *trust fund*.

L'operatore italiano – interessato alla costituzione di un *trust* per, ad esempio, realizzare un'ipotesi di destinazione patrimoniale con effetti segregativi anche nel nostro Paese – deve, dunque, costruire il *trust* di modo

<sup>15</sup> A titolo esemplificativo, alcune ipotesi di separazione patrimoniale introdotte nel nostro ordinamento nel settore del diritto finanziario sono contenute nella l. 2 gennaio 1991, n. 1, nonché nel d.lg. 23 luglio 1996, n. 415, e nella l. 30 aprile 1999, n. 130, rispettivamente in materia di società di intermediazione mobiliare, di fondi di investimento e di cartolarizzazione dei crediti. Rispetto al diritto societario, il riferimento più immediato è ovviamente all'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare disciplinati dagli artt. 2447-bis – 2447-decies, norme introdotte nel codice dalla riforma del diritto societario sostanziale di cui al d.lg. 17 gennaio 2002, n. 6.

<sup>16</sup> Cfr. per tutti M. LUPOLI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts*, 2006, p. 169; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 165; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645-ter*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 775; e A. PICCIOTTO, *Brevi note sull'art. 2645-ter: il trust e l'arabafenice*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1314.

che sia conforme alla Convenzione, salvo poi individuare necessariamente, in mancanza di una legge nazionale italiana che disciplini puntualmente il *trust*, tra le leggi nazionali in materia di *trust* quella che, a suo avviso, risulta piú adatta alla realizzazione dei suoi scopi, avendo cura di verificare la compatibilità di questa legge con i principi fondamentali ed inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano.

In questa prospettiva, come è ovvio, la legge nazionale prescelta parteciperà della conformazione dell'operazione e sarà proprio in questo contesto che si apprezzeranno meglio le infinite potenzialità segregative del *trust* convenzionale insieme alla sua grande versatilità; caratteristiche che, qualora fossero definitivamente superate le perplessità manifestate da autorevole (ma, sul punto, sempre piú isolata) dottrina circa la sua incondizionata operatività in Italia<sup>17</sup>, lo renderebbero istituto adatto piú di ogni altro a realizzare operazioni di destinazione patrimoniale anche fuori dagli stretti schemi normativi recentemente disegnati dal nostro legislatore, tanto da farne, anche nel nostro sistema giuridico, il piú versatile strumento di destinazione e separazione patrimoniale<sup>18</sup>.

Risultato quest'ultimo che, tuttavia, non può prescindere dalla sicura opponibilità ai terzi del vincolo costituito sui beni in *trust*, ma su tale complessa problematica, in particolare relativamente alle vicende relative ai beni immobili, è lecito nutrire ancora qualche dubbio, che in questa sede non è dato esplorare<sup>19</sup>.

3. Come detto, nella tradizione di *common law* il *trust*, proprio in ragione della sua elasticità, conosce molteplici utilizzazioni in vari campi. Al fine di comprendere meglio il funzionamento dell'istituto è opportuno in questa sede, nei prossimi paragrafi, analizzare alcune possibili utilizzazioni del *trust* in Italia, a partire dall'ambito familiare<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> In particolare, v. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente», su «trust» e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 11; ID., *In Italia tutto è permesso anche quello che è vietato*, cit., p. 1247; e ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del «trust»*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1107; A. GAMBARO, *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 257 ss.

<sup>18</sup> In generale, sugli strumenti funzionali a realizzare ipotesi di destinazione patrimoniale nell'ordinamento giuridico italiano, nonché sul regime giuridico circolatorio dei beni oggetto di tale destinazione, cfr., *ex multis*, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, nonché R. QUADRI, *La circolazione dei beni del patrimonio separato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 7.

<sup>19</sup> Cfr. sul punto sia consentito rinviare a F. DI CIOMMO, *Il trust e l'art. 2645 ter c.c.: profili di diritto italiano*, cit., in particolare gli ultimi due paragrafi.

<sup>20</sup> Per una riflessione sul tema analoga alla presente, sia consentito rinviare a F. DI

Infatti, ancora attualmente l'istituto in esame costituisce nei paesi anglosassoni il principale strumento di organizzazione e protezione del patrimonio familiare, sia nel periodo in cui i rapporti familiari si svolgono fisiologicamente – e, dunque, l'esigenza può essere per lo più quella di tutelare i beni familiari rispetto a rischi di aggressione da parte di terzi creditori, ovvero di assicurare ai soggetti più deboli (minori, inabilitati e interdetti, anziani, ecc.) sostentamento economico a prescindere dalla sopravvivenza e dalla salute dei familiari c.d. «forti» – sia in ipotesi di crisi coniugali che esitino in una separazione o addirittura un divorzio.

Restano fuori dalla qualifica di familiari, almeno nell'ambito della presente riflessione, i *trust* che operano prettamente in ambito successorio, quali quelli che si costituiscono mediante testamento, e che non a caso sono definiti, per l'appunto, *trust* testamentari o, in una accezione più ampia, *trust* successori (a cui è dedicato il paragrafo n. 3.6), così come i *trust* finalizzati a realizzare la successione nel controllo di attività imprenditoriali, anche *inter vivos*, tra familiari per lo più discendenti, giacché tali ipotesi esorbitano dal diritto di famiglia inteso in senso proprio (né possono essere trattate con esclusivo riferimento all'istituto del «patto di famiglia», di cui agli articoli dal 768-*bis* al 768-*octies* del codice civile) in quanto coinvolgono complesse questioni di diritto commerciale alle quali, per ragioni di sintesi, qui non è dato nemmeno far cenno.

Viceversa, vanno comprese nell'ambito di questa riflessione sui *trust* familiari le utilizzazioni del *trust* finalizzate a perseguire interessi estranei alla famiglia intesa in senso classico, ma ad esempio orientate a garantire l'adempimento o la garanzia dei doveri di solidarietà all'interno di coppie di fatto, anche omosessuali, ovvero a determinare condizioni di protezione per figli non riconosciuti. Senza dubbio, infatti, *trust* che abbiano tali finalità sono non soltanto oramai contemplati nella prassi sociale ma – in assenza di criticità derivanti da altri profili dell'atto o dell'operazione complessiva – anche validi ed efficaci sul piano giuridico.

Proseguendo il discorso sui *trust* familiari, va ora chiarito che nell'esperienza di *common law* essi rientrano senz'altro fra quelli che possono non avere beneficiari individuati dal disponente in quanto quest'ultimo si limita ad assegnare al *trustee* uno scopo da perseguire attraverso la gestione del *trust*. Sono, normalmente, *trust* gratuiti, e secondo una certa impostazione «liberali»<sup>21</sup>, ma possono anche avere funzione solutoria quando vengono utilizzati per agevolare l'adempimento di obblighi di legge, come

CIOMMO, *I trusts familiari*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. BONILINI, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2016, p. 1817.

<sup>21</sup> Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, 2ª ed., Milano, 2001, spec. p. 622 s.

ad esempio accade nei rapporti tra il coniuge obbligato a versare gli alimenti o il mantenimento e il coniuge creditore o la prole.

La Convenzione de L'Aja si pone espressamente il problema dell'utilizzazione del *trust* in ambito familiare o degli effetti che, comunque utilizzato, il *trust* potrebbe avere sui rapporti familiari e risolve la questione all'art. 11, comma 2, lett. c), laddove stabilisce che, qualora la legge applicabile al singolo *trust* lo richieda, il riconoscimento del giudice nazionale implicherà, tra l'altro, che «i beni del *trust* non facciano parte del regime patrimoniale o della successione dei beni del *trustee*», ed all'art. 15, comma 1, laddove espressamente si prevede 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 di volontà, in particolare nelle seguenti materie: a) la protezione di minori e di incapaci; [e ]b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio». Senza dimenticare che l'art. 18 sempre della Convenzione prevede che le disposizioni della Convenzione possono non essere osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico, nella consapevolezza che nel diritto di famiglia si ritiene normalmente operino diversi principi di ordine pubblico.

Anche in Italia negli ultimi lustri si sono registrate significative utilizzazioni del *trust* in ambito familiare, come testimoniano le ricadute giurisprudenziali delle relative vicende. In questa sede, per ragione di sintesi, solo le più rilevanti di tali ipotesi potranno essere considerate.

In un caso recente, di cui molto si è discusso per l'importanza che il relativo arresto giurisprudenziale ha rappresentato in materia di elusione fiscale e abuso del diritto, la Corte di Cassazione con l'ordinanza 19 novembre 2012 n. 20254 ha stabilito che il *trust* costituito per ragioni familiari non rappresenta di per sé un'elusione fiscale, né un indice di abuso del diritto realizzato attraverso l'uso di un istituto giuridico al fine di eludere l'applicazione di norme di legge di carattere fiscale<sup>22</sup>. Esso, dunque, è contestabile dal fisco solo nel caso in cui l'unico scopo della sua creazione sia l'indebito risparmio d'imposta.

La generica e aprioristica qualificazione del *trust*, che abbia una causa riconducibile ai bisogni della famiglia, come donazione è stata criticata da una parte della dottrina italiana<sup>23</sup>.

Il punto è comprendere se, e in che misura, le norme in materia di do-

<sup>22</sup> L'ordinanza è pubblicata, tra l'altro, in *Trusts*, 2013, p. 279.

<sup>23</sup> L'argomento è trattato in particolare da M. LUPOLI, *Trusts*, cit., p. 592 s. Per una sua ricostruzione sintetica ma efficace, anche per la dottrina *ivi* citata, cfr. anche S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, p. 772.

nazione (ivi comprese quelle in tema di forma, ovvero quelle in tema di revocabilità, riduzione e collazione) si applichino al *trust* costituito, ad esempio, in sede di divorzio o nell'interesse dei figli minori in costanza di matrimonio.

In tali ambiti, infatti, è evidente che il *trust* è costituito dal disponente (o dai disponenti) ad esclusivo vantaggio dei beneficiari, senza che sia neanche astrattamente ipotizzabile a carico di questi o di terzi una controprestazione a vantaggio del disponente; tuttavia la dottrina in questione osserva che in molti casi i *trust* familiari sono posti in essere per assolvere veri e propri obblighi giuridici di assistenza, protezione e/o mantenimento, e dunque non integrerebbero i presupposti perché si possa correttamente parlare di donazione.

Secondo il filone dottrinale in questione ciò accade, quanto meno, tutte le volte che il *trust* viene utilizzato da un soggetto capace il quale dispone a favore di un soggetto incapace, o comunque disabile, suo familiare, nonché quando il *trust* viene utilizzato per adempiere le obbligazioni del coniuge tenuto a prestare gli alimenti o il mantenimento all'altro coniuge e/o ai figli. E ciò in quanto, riguardo alla prima ipotesi, un'interpretazione evolutiva degli artt. 433 e 443 c.c., fondata sugli artt. 2 e 30 cost., consentirebbe di concludere nel senso che tali negozi non implicano (appunto per il loro fine *lato sensu* solutorio) una liberalità, e per tanto non soggiacciono, tra l'altro, all'azione di eventuali legittimari del disponente.

Ma c'è anche chi sostiene tesi più radicali secondo le quali il *trust* familiare non potrebbe mai essere qualificato come liberale, e cioè a causa donativa, bensì solo gratuito<sup>24</sup>. E che, dunque, ritiene che, ad esempio, la consolidata giurisprudenza in materia di revocabilità *ex art.* 2901 c.c. degli atti devolutivi di beni in fondi patrimoniali familiari, considerati all'uopo come atti a titolo gratuito, non sia applicabile agli atti devolutivi di beni in *trust*<sup>25</sup>.

3.1. L'effetto segregativo – che, come sopra cennato, costituisce caratteristica qualificante del *trust* – nel nostro ordinamento nazionale si realizza nell'ambito di alcune peculiari vicende disciplinate da norme che risultano speciali rispetto a quanto previsto dall'art. 2740 c.c., ai sensi del quale, come noto, il debitore risponde con tutto il suo patrimonio presente e futuro dei suoi debiti.

Uno degli istituti che meglio si presta ad una riflessione svolta in que-

<sup>24</sup> A. DI SAPIO, *Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) – II parte*, in *Trusts*, 2009, p. 492.

<sup>25</sup> G. TUCCI, *Concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, p. 35 s.



sti termini è il fondo patrimoniale familiare<sup>26</sup>, e cioè quel particolare regime patrimoniale della famiglia, disciplinato dagli artt. 167-171 c.c. e spesso – non a caso – indicato come principale referente civilistico del *trust*.

Le analogie tra i due istituti sono evidenti. Ed infatti, come in *common law* è proprio tramite il *trust* che i coniugi, o più in generale tutti i soggetti interessati a vincolare un patrimonio nell'interesse di una data famiglia, perseguono lo scopo di difendere detto patrimonio dall'aggressione dei terzi, così nel nostro ordinamento, soprattutto negli ultimi lustri, il fondo patrimoniale familiare è sempre più utilizzato nella prassi per rendere i beni familiari in esso conferiti inattaccabili (e perciò segregati), a determinate condizioni, dai creditori personali dei coniugi così come da quelli dei figli, e ciò attraverso la costituzione della famiglia, in tutti i suoi componenti, come beneficiaria del fondo stesso, e l'imposizione in capo ai genitori di oneri gestori analoghi a quelli che avrebbero se fossero nominati *trustees*<sup>27</sup>.

I diritti dei beneficiari del fondo, in particolare, corrispondono a quelli dei beneficiari dei *trusts* discrezionali, in quanto – sebbene sia stato sostenuto che i figli, rispetto al patrimonio costituito in fondo patrimoniale familiare, non sono titolari nemmeno di una aspettativa e non possono agire in giudizio per rivendicare alcunché –, in realtà essi hanno un interesse giuridicamente protetto a che i beni del fondo siano effettivamente destinati ai bisogni della famiglia. Essi, infatti, possono, tra l'altro, agire contro i genitori per ottenerne la rimozione dall'amministrazione del fondo o ricevere una quota dei beni del fondo allo scioglimento del medesimo.

Le affinità, tra l'istituto del fondo patrimoniale e familiare come disci-

<sup>26</sup> In tema, *ex multis*, T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990; F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. rif. dir. fam.* Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 345 ss; ID., voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. Giur.* Treccani, §2,5; B. DEL VECCHIO, *Contributo all'analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. Not.*, 1980, p. 316; G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 293; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1987; G. CIAN e G. CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, III, Torino, 1982, p. 830 ss.; G. SANFILIPPO, *Osservazioni sulla costituzione del fondo patrimoniale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, c. 405.

<sup>27</sup> V. soprattutto M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 514. In realtà, in dottrina è stato correttamente evidenziato che l'istituto del fondo patrimoniale si presenta più debole sul piano della segregazione rispetto al *trust* per le seguenti ragioni: i) la discrezionalità consentita ai coniugi nelle decisioni riguardanti l'amministrazione e la disposizione dei beni costituenti il fondo; ii) l'inesistenza di una norma che prevede un obbligo di reimpiego; la mancanza di un meccanismo surrogatorio; l'inesistenza di un rimedio certo applicabile nella ipotesi di cattiva amministrazione; le escutibilità, a certe condizioni, dei beni e dei frutti. Così, F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2008, p. 337, nota 790.

plinato nel nostro codice civile e il *trust* tradizionalmente utilizzato in *common law* per gestire e proteggere il patrimonio della famiglia, si manifestano palesemente se, riassumendo le caratteristiche dei due istituti, si considera che, sia in caso di *trust* che di fondo patrimoniale: 1) è possibile distinguere il negozio istitutivo da quello di trasferimento; 2) l'atto è tendenzialmente unilaterale, in quanto non è necessaria alcuna accettazione<sup>28</sup>; 3) gli incrementi del fondo patrimoniale familiare, così come quelli del patrimonio in *trust*, sono automaticamente segregati; 4) rispetto al negozio istitutivo è indifferente la distinzione tra gratuità, liberalità ed onerosità; 5) oggetto del fondo patrimoniale familiare, come del *trust*, non sono beni, ma diritti e, dunque, anche diritti reali; 6) la segregazione è l'effetto voluto e realizzato.

Inoltre, come nel *trust* anglosassone, il disponente (*settlor*) può unilateralmente nominarsi amministratore (*trustee*) del fondo, così è quando i coniugi costituiscono su beni di loro proprietà un fondo patrimoniale nell'interesse della loro famiglia.

Dunque, chi voglia costituire un patrimonio segregato (e perciò inattaccabile da parte dei creditori personali del disponente, degli amministratori e dei beneficiari) destinato a realizzare finalità familiari, può scegliere attualmente in Italia di costituire un *trust* o un fondo patrimoniale tradizionalmente disciplinato dal codice civile<sup>29</sup>.

Con il vantaggio, qualora si scelga il *trust*, di poter gestire la durata della segregazione senza subire le strette limitazioni codicistiche, di godere di assoluta libertà nella scelta dei beni da devolvere in *trust* (laddove invece l'art. 167 c.c. dispone che possono essere costituiti in un fondo patrimoniale solo beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito), di poter prevedere che eventuali incrementi del patrimonio segregato, se eccedenti rispetto ai bisogni della famiglia, possano essere distribuiti ai familiari durante la vita del *trust*, di poter opporre la segregazione indistintamente a tutti i creditori (e dunque non solo ai creditori personali) dei coniugi/*trustees*, ed inoltre di poter imporre, ad esempio nell'interesse dei figli, ai coniugi/*trustees* di assumere le decisioni più importanti solo previo avallo, o comunque sotto lo stretto controllo del *protec-*

<sup>28</sup> Parte della dottrina che si è occupata di fondo patrimoniale è, però, di diverso avviso; vedi C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 97.

<sup>29</sup> Nella giurisprudenza italiana si segnala, tra gli altri, il provvedimento del 2 settembre 2008 (in *Trusts*, 2008, p. 628) con il quale il Trib. di Padova ha autorizzato l'estromissione di alcuni beni dal fondo patrimoniale familiare per costituirli in un *trust* già esistente costituito da un coniuge in favore dell'altro coniuge e dei loro figli. Tale provvedimento dimostra il favore che parte della giurisprudenza riserva al *trust* quando utilizzato come alternativa al fondo patrimoniale familiare nell'interesse della famiglia.

tor, e cioè di un soggetto terzo che goda della fiducia del disponente e che abbia le competenze per svolgere al meglio tale ruolo.

Chiaramente, sia in ipotesi di costituzione di fondo patrimoniale familiare che in ipotesi di istituzione di un *trust*, con devoluzione del relativo patrimonio, i creditori che riterranno l'atto sia posto in essere in frode e con conseguente pericolo concreto di danno alle proprie legittime ragioni, potranno agire in revocatoria ai sensi degli artt. 2901-2905 c.c., entro cinque anni dal compimento dell'atto fraudolento. In entrambi i casi, e cioè tanto per il fondo patrimoniale, quanto per il *trust* familiare, l'atto devolutivo sarà considerato gratuito ai sensi delle norme appena citate, sicché il creditore non avrà l'onere di dimostrare, tra l'altro, la consapevolezza del terzo avente causa (nel caso di *trust*, del *trustee*) circa il fatto che l'operazione colpita da revocatoria pregiudicherebbe, per l'appunto, le ragioni del creditore<sup>30</sup>.

Ciò a meno che non si voglia sposare la tesi secondo la quale il *trust* familiare avrebbe sempre causa solutoria, anche quando utilizzato per proteggere il patrimonio familiare in modo tutto sommato, per molti versi, simile a come si potrebbe fare attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale familiare regolato dal nostro codice civile. Tesi questa che, tuttavia, non convince pienamente sotto diversi profili, a cominciare dal fatto che non si vede perché la medesima causa, allora, non debba riconoscersi anche al fondo patrimoniale familiare (come, infatti, coerentemente fa parte della dottrina<sup>31</sup>) ed a tutti gli atti di destinazione operanti nell'ambito familiare.

3.2. Come sopra cennato, l'art. 15 della Convenzione de L'Aja prevede espressamente che il *trust* non possa essere utilizzato per violare norme sulla protezione dei minori e degli incapaci qualora queste non siano derogabili mediante la semplice manifestazione di volontà e, dunque, attraverso atti posti in essere da privati.

Ciò detto, va qui considerato che il *trust* è sovente utilizzato nella prassi di *common law* per realizzare finalità protettive nei confronti di soggetti deboli, spesso ovviamente familiari del disponente, ivi compresi soggetti affetti da *handicap*, minori di età o anziani.

A proposito di minori di età deve, infatti, osservarsi che questi, se non emancipati, per l'ordinamento giuridico italiano non hanno alcuna capa-

<sup>30</sup> Sia consentito, in proposito, rinviare a F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1469.

<sup>31</sup> S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., p. 778.

cià d'agire (se non quella spicciola, e cioè per la cura dei piccoli bisogni quotidiani, che gli viene riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza attraverso l'artificio della rappresentanza, e cioè considerandoli rappresentanti dei genitori nel compimento dei singoli atti), e quindi sono incapaci legali, sicché non possono compiere atti giuridici validi ed efficaci sul proprio patrimonio. Ragion per cui l'ordinamento, a tutela del minore, pone gli istituti della potestà genitoriale – ufficio di diritto privato normalmente ritenuto irrinunciabile, indelegabile e inderogabile da parte della volontà privata – e del tutore.

I genitori, come noto, decidono per conto del figlio e lo rappresentano nei confronti dei terzi (art. 320, comma 2, c.c.), ma per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione necessitano di essere autorizzati giudizialmente. Eccentrica rispetto al sistema generale così delineato si presenta la norma di cui all'art. 356 c.c., laddove stabilisce che chi fa una donazione o dispone con testamento a favore di un minore (sempre che non si tratti di mera attribuzione della legittima, ex art. 459 c.c.), anche se questo è soggetto alla potestà dei genitori, può nominargli un curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati. Tale curatore, se il donante o il testatore non ha disposto diversamente (ma ciò sempre che il lascito testamentario non sia disposto a titolo di erede che il bene lasciato non sia costituito da un'azienda commerciale), deve osservare le forme stabilite agli artt. 374 e 375 c.c. per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

L'ipotesi che venga istituito un curatore speciale degli interessi del minore – sebbene come appena visto, considerata dal nostro codice civile sostanzialmente eccezionale rispetto al generale regime che prevede la potestà genitoriale – sembra consentire anche in Italia la nomina di un *trustee* che curi determinati interessi del minore da parte di un terzo o anche di uno o di entrambi i genitori.

Tale nomina potrebbe comportare notevoli vantaggi per il minore rispetto alla designazione di un curatore speciale realizzata nell'ambito di una vicenda donativa o testamentaria. In altre parole, laddove un qualsiasi soggetto intenda attribuire un patrimonio a titolo di donazione o *mortis causa* ad un minore, egli può realizzare questo risultato attraverso un *trust*, più utilmente che attraverso in istituto tradizionale del nostro ordinamento, in quanto il *trust* consente sia la costituzione del vincolo reale sul bene, e dunque la realizzazione dell'effetto segregativo rispetto ai creditori personali tanto del disponente, quanto dei *trustee* e dei beneficiari, sia la nomina del soggetto incaricato di gestire il patrimonio in questione per tutta la durata dell'operazione, e dunque in ipotesi sino a quando il minore non avrà raggiunto l'età considerata adeguata dal di-

sponente<sup>32</sup>. Inoltre, il *trust* non subisce le limitazioni di legge sopra cennate e consente persino al disponente di autonominarsi gestore/tutore speciale, e cioè *trustee*, come del resto può fare il donante ai sensi del nostro codice civile<sup>33</sup>.

Il *trust*, in ragione delle sue caratteristiche sin qui a più riprese evidenziate, può rappresentare un valido strumento per la tutela anche di ulteriori soggetti deboli inseriti nell'ambito familiare, ed in particolare per la tutela dei disabili e degli anziani<sup>34</sup>.

Con riferimento alla prima ipotesi si consideri sinteticamente il caso del genitore che voglia assicurare al figlio disabile l'assistenza morale e materiale per tutta la sua vita, e dunque l'autonomia patrimoniale, anche e soprattutto in previsione del futuro decesso del genitore stesso. Il fine può essere efficacemente perseguito attraverso un *trust* nell'ambito del quale il genitore/disponente può nominare *trustee* un altro familiare, un conoscente di sua fiducia o anche un professionista in grado di gestire al meglio le sostanze devolute nel *trust fund*, eventualmente affiancando a questo un guardiano che, se ritenuto opportuno, può anche essere il soggetto che materialmente presta assistenza al disabile quotidianamente. Ovviamente, a discrezione del disponente, i ruoli possono anche essere invertiti rispetto a quelli appena ipotizzati, e dunque *trustee* potrebbe essere nominata la

<sup>32</sup> Il Trib. di Bologna, con il provvedimento 3 dicembre 2003, in *Trusts*, 2004, p. 254, ha autorizzato due genitori di un minore beneficiario di un legato di specie, alla costituzione di un *trust* il cui termine finale è costituito dal compimento del diciottesimo anno di vita di quest'ultimo così che quest'ultimo possa godere del patrimonio in *trust* alla cessazione degli effetti dello stesso.

<sup>33</sup> Dunque, in buona sostanza, attraverso la costituzione di un *trust* è possibile destinare un patrimonio a beneficio di un soggetto che al momento della destinazione sia minore di età, prevedendo che il patrimonio in questione rimanga nella titolarità formale del nominato *trustee* sino a quando il beneficiario non avrà raggiunto una determinata età o non si sarà verificato un determinato fatto certo nell'*an*, anche se eventualmente incerto nel quando. Tale costituzione determinerà l'effetto segregativo nei confronti dei terzi che rappresenta per il minore la massima garanzia di conservazione del patrimonio a lui destinato. Inoltre, il disponente può nominare un *protector*, e cioè un guardiano che durante la vita del *trust* controlli l'operato del *trustee*, per evitare che quest'ultimo ponga in essere, per colpa o dolo, atti dannosi.

<sup>34</sup> La dottrina, anche italiana, in tema di *trust* di protezione per soggetti disabili è vasta. Per tutti, v. P. AMENTA, *Trusts a protezione di disabile*, in *Trusts*, 2000, p. 616; e D. CARUSO, *Trust in favore di soggetto portatore di handicap*, *ivi*, p. 612; D. MURIANO, *Trust autodichiarato per provvedere ad un fratello con handicap*, *ivi*, 2002, p. 473; A.C. DI LANDRO, *Trusts per disabili. Prospettive applicative*, in *Dir. fam.*, 2003, 1, p. 123; A. PALAZZO, *Autonomia privata e trusts protettivi*, in *Trusts*, 2003, p. 192; A.C. DI LANDRO, *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust*, *ivi*, 2009, p. 493.

persona che quotidianamente si occupa delle esigenze materiali del disabile e guardiano il professionista. Infine, sono le combinazioni di ruoli che la duttilità del *trust* consente, sí che il disponente può piegare totalmente l'istituto alle sue esigenze.

Con riferimento ad ipotesi del genere, è dubbio se, in presenza di un beneficiario disabile, sia necessario ottenere i normali provvedimenti di volontaria giurisdizione per disporre dei beni costituiti in *trust* ed appartenenti ad un *trustee* capace. Sul punto dottrina e giurisprudenza hanno espresso tesi articolate ed eterogenee che in questa sede, per ragioni di sintesi, non è dato indagare<sup>35</sup>.

3.3. In ipotesi di crisi familiare che sfocino in una separazione o in un divorzio il *trust* costituisce uno strumento particolarmente adatto per tutelare gli interessi di tutte le parti coinvolte, ed in particolare di quelle piú deboli, quali possono essere i figli non ancora autonomi, in quanto consente di segregare il patrimonio coinvolto, o parte di questo, per il tempo necessario a realizzare efficacemente gli effetti protettivi perseguiti. Anche in questa prospettiva, infatti, il *trust*, oltre a presentarsi come pienamente compatibile con le norme italiane applicabili in materia, manifesta alcune sue note peculiari che lo rendono preferibile, in certe condizioni, rispetto all'uso di istituti tradizionali per il nostro ordinamento, o semplicemente piú diffusi nella prassi.

In altre parole, le parti coinvolte in una crisi familiare, e segnatamente i coniugi, possono convenire che sia opportuno, in sede di separazione o divorzio, costituire in *trust* in capo ad uno di loro (cioè con uno di loro nominato *trustee*) un patrimonio (mobili e/o immobili che siano), con il quale verranno adempiuti gli obblighi di trasferimento che il coniuge obbligato ha nei confronti dell'altro ed eventualmente della prole. Il patrimonio può essere originariamente di proprietà di un coniuge o anche di entrambi.

Nell'ipotesi piú semplice il soggetto individuato come *trustee* di questo *trust* sarà quello economicamente piú forte, e cioè per l'appunto quello obbligato a versare il mantenimento all'altro coniuge e ai figli. Può, tuttavia, anche accadere che i coniugi preferiscano far gestire il patrimonio in *trust* ad un soggetto terzo, cosí limitando al minimo le occasioni di possibile frizione e di futuri conflitti tra loro, oltre che in tal modo evitando interferenze indebite sulla gestione del patrimonio e sull'adempimento

<sup>35</sup> Sul punto, per una efficace ricostruzione delle diverse tesi v. M. BUCCHI e G. BERTOLINI, *Applicazioni del trust in ambito familiare e successorio*, in A. ARCERI, M. BERNARDINI e M. BUCCHI, *Trust e altre tutele del patrimonio familiare*, Roma, 2010, p. 135.

mento degli obblighi in questione da parte di ulteriori soggetti familiari o comunque vicini alla coppia. In questo caso ad essere nominato *trustee* sarebbe proprio il soggetto terzo che gode della fiducia dei coniugi.

Come ovvio, il dato qualificante di un'operazione del genere, rispetto a ipotesi alternative pure in teoria praticabili, consiste nella segregazione patrimoniale che la creazione del *trust* determina in capo al *trustee*. In definitiva, dunque, il patrimonio costituito in *trust* diventa insensibile alle vicende personali tanto del disponente, quanto del *trustee* e dei beneficiari. Circostanza questa che va esattamente nella direzione propugnata dalla giurisprudenza italiana che, normalmente, e dunque in situazioni gestite attraverso gli istituti tradizionali che il nostro ordinamento fornisce per gestire questo tipo di problemi, perveracamente cerca di preservare le risorse del coniuge obbligato affinché non siano distolte dall'adempimento delle obbligazioni alimentari o di mantenimento.

Dunque, in altre parole, il *trust* in ipotesi di crisi familiare soddisfa – *rectius* può soddisfare, se l'istituto viene utilizzato in maniera corretta ed efficace – quell'interesse alla concreta tutela dei diritti dei figli e del coniuge più debole economicamente che la legge espressamente riconosce e garantisce, e che la giurisprudenza persegue anche attraverso la costituzione di meccanismi finalizzati a sottrarre risorse patrimoniali del coniuge obbligato al rischio che queste vengano distolte, per fatto dell'obbligato o di terzi, e dunque non risultino più disponibili a consentire l'adempimento delle obbligazioni alimentari o di mantenimento<sup>36</sup>.

Un'ulteriore possibile utilizzazione dell'istituto in parola in occasione di crisi familiari consiste nel costituire un *trust* non in funzione solutoria, e cioè per consentire al *trustee* di adempiere le obbligazioni alimentari o di mantenimento, bensì in funzione di garanzia dell'adempimento di tali obbligazioni. Può, dunque, accadere che, ferma la diretta ed esclusiva responsabilità del coniuge obbligato rispetto all'adempimento degli obblighi in questione, i coniugi si siano accordati nel senso di costituire un patrimonio in *trust* con mere funzioni di garanzia, e cioè per l'eventualità che il coniuge obbligato in futuro si renda (volontariamente o meno) inadempiente. In questa ipotesi, chiaramente *trustee* sarà nominato un soggetto diverso dal coniuge obbligato e tale *trustee* dovrà gestire il patrimonio fin dall'atto della costituzione del *trust*, ma intervenendo a favore del coniuge debole, ed eventualmente della prole, solo allorquando si dovesse verificare l'inadempimento del coniuge obbligato.

Il *trust* costituito nell'ambito di una vicenda di separazione o divorzio

<sup>36</sup> Cfr. I. MARTONE, *Il trust nella crisi coniugale come ufficio privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 78 ss.

cesserà quando si estingueranno gli obblighi di un coniuge nei confronti dell'altro, ed eventualmente dei figli, per l'adempimento e/o la garanzia dei quali esso fu costituito. In quel momento la proprietà del bene tornerà al coniuge (in precedenza) obbligato. Anche sotto quest'ultimo profilo il *trust* si rivela strumento agile e dunque particolarmente adatto a soddisfare i diversi interessi che qui vengono in rilievo. Ed infatti, i coniugi, nel concordare la costituzione e il modo di operare del *trust* possono espressamente prevedere che il patrimonio intestato al *trustee* e segregato si ridurrà mano a mano che esso diverrà esorbitante rispetto alle esigenze del *trust*, e cioè al perseguimento del suo scopo. Ciò vuol dire che il valore complessivo dell'obbligazione diminuirà, ad esempio perché i figli sono divenuti economicamente autonomi, le risorse costituite in *trust* verranno liberate e torneranno nella piena proprietà del disponente iniziale.

Infine, giova considerare che il *trust*, consentendo la scissione tra titolarità formale del diritto domenicale, posta in capo al *trustee*, ed effetti favorevoli che si determinano a vantaggio dei beneficiari al momento in cui si verificano certe condizioni, e cioè quelle predeterminate dal disponente nell'atto costitutivo, può essere utile, in ipotesi di crisi coniugali, anche per intestare determinati beni ad un coniuge, che dunque avrà la responsabilità anche di gestirli, prevedendo che al verificarsi di un certo accadimento la proprietà passi ai beneficiari, a vantaggio dei quali può per altro prevedersi l'obbligo per il *trustee* di trasferire utilità periodiche durante la vita del *trust* stesso.

3.4. Come già si è accennato negli scorsi paragrafi, ed in particolare nel paragrafo dedicato al fondo patrimoniale familiare, il codice civile italiano vigente prevede diverse fattispecie segregative, e, cioè, diversi istituti capaci di blindare un certo patrimonio che, in tal modo, diventa, a certe condizioni, inattaccabile per i creditori personali del suo titolare.

Questa è la caratteristica peculiare del *trust*, ma – per quanto detto – anche la peculiarità di istituti ben noti al nostro sistema civile. Se così non fosse, del resto, poco senso avrebbe l'art. 2740 c.c., che regola espressamente l'esistenza di tali situazioni segregative e ne riserva la previsione alla legge ordinaria.

In tale ottica è certamente possibile rintracciare forti analogie tra l'atto istitutivo di una fondazione, ed in particolare di una fondazione di famiglia, per come disciplinata nel nostro codice civile, ed un atto di *trust*<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Sulle fondazioni la bibliografia italiana è vasta. Vedi, per tutti, F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987; ID., voce *Fondazione*, in *Enc. giur. Treccan*, XIV, Roma, 1989.



Con la fondazione si realizza, infatti, un'ipotesi particolare di associazione, tra interesse (dei beneficiari) e diritto reale (della fondazione stessa), del tutto simile a quella scaturente da un *trust*. Costituendo un *trust fund*, o un fondo da destinare ad una fondazione, si possono, cioè, indirettamente avvantaggiare uno o più beneficiari. E ciò godendo anche dell'effetto segregativo che garantisce il disponente e i beneficiari dalle pretese dei creditori personali di colui che gestisce tale patrimonio<sup>38</sup>. Dunque, si può segregare un certo patrimonio, affinché sia gestito in una certa maniera e sia destinato ad un certo scopo, attraverso un *trust* o mediante una fondazione.

Prima di approfondire il discorso giova qui chiarire, in termini estremamente sintetici, che per fondazione di famiglia si intende un complesso di beni destinati al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità che trae origine da un atto di disposizione patrimoniale con cui il fondatore si spoglia della proprietà dei beni a cui imprime una destinazione per finalità da lui volute e comunque afferenti alla sua famiglia. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza italiana di Cassazione, in ragione di quanto espressamente stabilito dalla legge in tema di riconoscimento delle fondazioni, le ritengono ammissibili e ne riconoscono la personalità giuridica solo in quanto possano perseguire, anche in maniera indiretta, scopi di pubblica utilità<sup>39</sup>.

La conservazione del patrimonio all'interno di una famiglia non deve essere lo scopo della disposizione (in quanto uno scopo di tal fatta non viene considerato di pubblica utilità), ma il mezzo per realizzare finalità socialmente utili: quale quella di contribuire al benessere della comunità in cui la famiglia/impresa è inserita, ovvero quella di migliorare l'immagine della famiglia e della stessa attività imprenditoriale<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Sul punto, *ex multis*, vedi M. CRISOSTOMO e F. MACARIO, *Separazione e individuazione del patrimonio dei fiduciari nelle azioni reipersecutorie contro la società fiduciaria*, nota a Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Foro it.*, 1988, I, p. 855.

<sup>39</sup> Cfr. Cass., 10 luglio 1979, n. 3960, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 881, con nota di M.V. De Giorgi. E in dottrina, tra gli altri, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, p. 182; e A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino 1992, p. 365.

<sup>40</sup> Il codice civile riconosce espressamente la figura della fondazione di famiglia agli artt. 28 e 699 c.c., in quanto il primo dispone che la trasformazione della fondazione disposta dall'autorità governativa nelle ipotesi patologiche contemplate dalla norma non possa essere realizzata per le fondazioni di famiglia, e il secondo stabilisce espressamente, in deroga al divieto di usufrutto successivo, che sono valide le disposizioni testamentarie che dispongono la corresponsione periodica, anche in perpetuo, di determinate somme di denaro a favore di determinati membri della famiglia per perseguire uno scopo di pubblica utilità.

La somiglianza tra la fondazione e il *trust* risulta evidente se si pensa che, come in séguito all'istituzione di un *trust* tradizionalmente il *settlor* perde ogni diritto sul bene trasferito nel *trust fund*, così anche il fondatore, una volta avviata l'attività della fondazione o ottenuto il riconoscimento, non potrà più influenzare il vincolo di destinazione impresso su quel patrimonio. Inoltre, anche la forma dell'atto istitutivo è simile nei due casi: negozi unilaterali con analogo contenuto, rispetto al quale il disponente (fondatore o *settlor*) può esplicitare ampia autonomia. In entrambi i casi, nell'atto istitutivo il disponente indicherà, infatti, le regole di gestione del patrimonio conferito e definirà lo scopo che gli amministratori, nell'atto nominati, dovranno perseguire. In entrambi i casi, ancora, allo stesso disponente converrà sincerarsi della volontà di accettare l'amministrazione da parte dei suoi nominati. Sotto questo punto di vista, si può ritenere che anche un atto istitutivo di fondazione abbia in un certo qual modo, e parzialmente, basi contrattuali.

La dottrina, che ha studiato i rapporti tra fondazioni e *trust*<sup>41</sup>, ha chiarito che gli scopi che noi civilisti raggiungiamo con le prime, in *common law* si realizzano con i *charitable trusts*<sup>42</sup>.

*Charitable* sono i *trust* aventi finalità caritatevoli. Sono, anche, gli unici a cui è consentito non avere un beneficiario individuato. I *trusts* puramente discrezionali, nei quali l'individuazione dei beneficiari è lasciata alla totale discrezionalità del *trustee*, sono infatti vietati, a meno che non abbiano finalità caritatevoli contenute in un elenco che, dalla legge inglese, è considerato tassativo<sup>43</sup>.

Dunque, chi voglia perseguire scopi caritatevoli in Italia può, oggi, scegliere tra la costituzione di un *trust* e quella di una fondazione. La sua scelta si baserà su considerazioni che rivelano le differenze esistenti tra le due situazioni.

La prima e più vistosa discrasia (in verità più apparente che reale), in fatto prima che in diritto, si manifesta quando si considera che il *trustee* tradizionalmente è una vera e propria persona fisica e non una c.d. personalità morale, ed ha, dunque un'identità giuridica diversa.

In realtà, oggi si occupano di gestione di *trust property* per lo più so-

<sup>41</sup> Ci si riferisce in particolar modo ad A. ZOPPINI, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. it.*, 1987, p. 41 ss. Vedi anche F. DI CIOMMO, *Sulle fondazioni non riconosciute*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 348.

<sup>42</sup> J. ESCARRA, *Les fondations en Angleterre*, Paris, 1909, spec. p. 101, ritiene che «ciò che il giurista continentale riconosce come fondazioni, nella *common law* inglese sono, in realtà i trusts».

<sup>43</sup> Dove tale clenzazione tassativa non ci sia, è possibile realizzare i più fantasiosi *charitable trusts*.

cietà *trustee*; queste hanno una struttura ed una personalità giuridica simile a quella di enti quali le fondazioni.

Motivo sicuro di differenziazione è rintracciabile nei controlli governativi che una fondazione deve sopportare a fronte di un *trust* che, invece, ad essi non soggiace. Tali controlli sono giustificati dall'evidenza pubblicistica che l'ordinamento ha voluto conferire alla gestione di detti enti.

A ben vedere, tuttavia, le differenze si stemperano, anche da questo punto di vista, ove si consideri che parte della dottrina ha sostenuto l'operatività nel nostro ordinamento di fondazioni non riconosciute<sup>44</sup> e, soprattutto che l'art. 17 c.c. – il quale disciplinava le modalità con cui il controllo governativo doveva essere attuato praticamente su ogni atto di straordinaria amministrazione dell'ente – è stato, ormai molti anni fa, abrogato<sup>45</sup>. A fronte di tale abrogazione, le fondazioni sono oggi più libere di operare e gli amministratori sono, dunque, più vicini ai *trustees* di *charitable trusts* di quanto lo fossero prima.

Quando un soggetto che abbia volontà di disporre, in Italia, nel senso qui esplorato si troverà a scegliere tra la costituzione di un *trust* o di una fondazione, dovrà tener conto delle difficoltà che potrebbe avere la fondazione che egli ha in animo di realizzare ad essere riconosciuta nel nostro ordinamento. In questa prospettiva, più semplice potrebbe risultare costituire un *trust* che abbia il medesimo scopo della ipotetica fondazione. Tale *trust* non avrà bisogno di alcuna autorizzazione «governativa» (*rectius*, amministrativa) per agire e sarà considerato valido ed efficace, ai sensi dell'art. 1322 c.c., a condizione che esso sia diretto a «realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Dunque, laddove l'interesse perseguito dal disponente sia meritevole di tutela, ma non abbia caratteristiche tali da consentire ragionevolmente di confidare nel riconoscimento governativo in quanto non può essere considerato di utilità sociale, la costituzione del *trust* appare l'unica soluzione perseguibile.

<sup>44</sup> Sulla complessa problematica delle fondazioni non riconosciute, per un quadro organico circa le varie teorie prospettate in dottrina, sia consentito rinviare a F. DI CIOMMO, *Sulle fondazioni non riconosciute*, cit., p. 348.

<sup>45</sup> L'art. 17 c.c. è stato abrogato dalla l. 15 maggio 1997, n. 127. Per un commento critico sulla vigenza dell'art. 17 c.c. prima della riforma, vedi G. PONZANELLI, *A proposito dell'art. 17 c.c.*, nota a Corte cost., 12 luglio 1996, n. 245, in *Foro it.*, 1996, I, 2, p. 3293. Per commenti successivi alla novella, v. S. TONDO, *Nuovo regime degli acquisti degli enti no-profit*, in *Notariato*, 1997, p. 305; M.V. DE GIORGI, *L'autorizzazione agli acquisti delle persone: ingloriosa fine di un istituto secolare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1010; L. VIOLA, *L'autorizzazione degli acquisti delle persone giuridiche dopo la Bassanini bis*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 229; T. RUSSO, *Sull'abrogazione dell'art. 17 c.c., verso una riforma degli enti non profit?*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 841.

3.5. All'esito della riforma del diritto di famiglia del 1975 l'istituto della dote rileva ancora sotto due aspetti, segnalati rispettivamente dall'art. 166-bis c.c. e dall'art. 227 delle norme finali e transitorie della l. 19 maggio 1975, n. 151 (per l'appunto, la legge di riforma del diritto di famiglia)<sup>46</sup>.

Il primo articolo vieta la stipulazione di qualsiasi convenzione che tenda alla costituzione di beni in dote, sancendone la nullità assoluta, mentre la seconda norma prevede una ultrattività delle doti costituite prima dell'entrata in vigore del diritto di famiglia e con la relativa applicazione delle norme anteriori.

Il *trust* può essere, teoricamente, utilizzato per costituire una dote, in particolare in considerazione del fatto che questa, come cennato, è stata abrogata nel nostro ordinamento sicché per realizzarne eventualmente gli effetti bisogna necessariamente ricorrere ad un istituto idoneo allo scopo che non risulti vietato dalla legge.

I punti di ipotetico contatto tra dote e *trust* sono molteplici: entrambi gli istituti consentono di costituire patrimoni destinati nei quali un soggetto (nella dote il marito, nel *trust* il *trustee*) amministra e dispone di determinati beni nell'interesse altrui essendone un proprietario funzionale, con un controllo da parte di un terzo imparziale (l'autorità giudiziaria nella dote, il guardiano nel *trust*), con la previsione della surrogazione reale dei beni destinati e con un limitato potere di aggressione dei beni medesimi da parte dei creditori (nella dote i frutti, nel *trust* i beni destinati).

Non mancano tuttavia le differenze tra i due istituti. Ed infatti, mentre la dote può essere aumentata unicamente della moglie e da soggetti estranei, e non dal marito, la limitazione in questione non è rinvenibile in caso di *trust*. Inoltre, la dote deve essere stipulata per atto pubblico, mentre per il *trust* è sufficiente la forma scritta. E ancora: 1) la dote presuppone un rapporto di coniugio, che, come visto, non è essenziale in caso di *trust*. Infine, i beni sono, nella dote, alienabili solo previa autorizzazione del giudice che compie un apprezzamento di merito caso per caso valutando la necessità e l'utilità evidente, mentre nel *trust* i beni sono og-

<sup>46</sup> La dote, come noto, costituisce un istituto di antica origine che trovava la sua ragione d'essere nell'organizzazione e nei costumi della società occidentale in essere anche in Italia ancora almeno per tutta la prima metà del XX secolo. Esso consiste in quei beni che la moglie, o un terzo per essa, conferiscono *espressamente* al marito, in previsione del matrimonio o durante la costanza di questo, per sostenere i pesi del matrimonio (art. 177 *ante-riforma* del diritto di famiglia) attraverso la stipula di un atto pubblico redatto alla presenza di testimoni, soggetto a trascrizione in caso di beni immobili. Per gli opportuni approfondimenti, v. M. BUCCHI e G. BERTOLINI, *Applicazioni del trust in ambito familiare e successorio*, in A. ARCERI, M. BERNARDINI e M. BUCCHI, *Trust e altre tutele del patrimonio familiare*, Roma, 2010, p. 109 ss.

getto di disposizione da parte del *trustee* sulla base delle indicazioni fornite dal disponente nel momento della costituzione del vincolo e non è quindi necessario l'intervento di un soggetto terzo imparziale che autorizzi il compimento dell'atto ma, se previsto, un controllo di supervisione da parte di un guardiano.

È evidente, dunque, come anche rispetto alla dote l'istituto del *trust* si rivela maggiormente duttile e dunque più idoneo a consentire la piena realizzazione degli interessi dei coniugi.

È necessario tuttavia indagare se sia possibile nel nostro ordinamento la costituzione di un *trust* che persegua finalità uguali o analoghe a quelle della dote e, dunque, per conseguenza se il riconoscimento del *trust* medesimo sia ammissibile in Italia.

Muovendo in questa prospettiva deve subito osservarsi che, come sopra cennato, l'art. 15 della Convenzione de L'Aja, in tema di riconoscimento del *trust* convenzionale, fa salva l'applicazione degli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, in caso di applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro. Quindi, in caso di costituzione di un *trust* da parte di cittadini italiani, trovano applicazione, segnatamente alla ipotesi *de qua*, gli artt. 160 c.c., che vieta agli sposi di derogare ai diritti ed ai doveri nascenti dal matrimonio (artt. 143, 147 e 148 c.c.), 161 c.c. che vieta ai coniugi di pattuire che i loro rapporti patrimoniali siano assoggettati ad una legge alla quale non sono sottoposti o agli usi, 166-bis c.c. che vieta la costituzione di beni in dote, e 210 c.c., che vieta di inserire nella comunione convenzionale determinati beni e di derogare al sistema di amministrazione dei beni della comunione legale ed all'uguaglianza delle quote.

A quanto appena osservato circa l'art. 15 della Convenzione deve aggiungersi che, come visto sopra, l'art. 18 della Convenzione de L'Aja sancisce la disapplicazione delle disposizioni della Convenzione qualora gli effetti di queste siano manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico dell'ordinamento nazionale di riferimento. Ed inoltre, che vi sono quelle norme di diritto internazionale privato che trovano applicazione indipendentemente dal richiamo alla legge straniera regolatrice e la cui individuazione è da effettuare valutando l'oggetto o lo scopo (c.d. norme di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 16 della Convenzione).

In ragione di quanto appena osservato, non può riconoscersi validità ad un *trust* che voglia realizzare effetti analoghi all'istituto della dote. Ed infatti, la riforma del diritto di famiglia ha attuato il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi di cui all'art. 29 cost. ed il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost, senza distinzione di sesso. Il nostro ordinamento, dunque, permette ai coniugi di regolamentare i loro rap-

porti patrimoniali unicamente mediante la comunione legale, la separazione dei beni, il fondo patrimoniale o i regimi convenzionali che non siano in contrasto con la legge: in tale contesto non può trovare spazio un istituto come quello della dote, giacché questo si fonda sul principio per cui un coniuge ha potere sui beni dell'altro, mentre quest'ultimo può esclusivamente sottostare all'esercizio di tale potere.

L'art. 166-*bis* c.c. rappresenta, dunque, una norma materiale che combina la nullità per violazione di una norma imperativa ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 e 1343 c.c., a tutti i negozi giuridici che, direttamente o indirettamente, hanno quale conseguenza la soggezione di un coniuge al potere di amministrazione e di disposizione sui *sui* beni da parte dell'altro coniuge, sui quali quest'ultimo non possa vantare nemmeno un diritto reale di godimento, indipendentemente da fatto che si sia di fronte alla moglie o al marito.

3.6. Come accennato, il *trust* nei Paesi di *common law* ha ampia utilizzazione in ambito successorio in quanto viene considerato un valido strumento di gestione del patrimonio in previsione della morte di un soggetto.

La Convenzione de L'Aja consente l'utilizzazione del *trust* in funzione successoria e, dunque, il tema è di grande attualità anche in Italia<sup>47</sup>. In particolare, giova qui concentrare l'attenzione sul *trust* testamentario e cioè sul *trust* che viene istituito attraverso disposizioni testamentarie.

La questione più controversa riguardo al *trust* testamentario nel nostro ordinamento concerne il corretto inquadramento giuridico della vicenda e, più in particolare, la esatta situazione giuridica soggettiva da riconoscere in capo al *trustee*, cui il *de cuius* dispone per testamento sia trasferito alla sua morte il patrimonio costituito in *trust*, ed in capo ai beneficiari, ai quali il *trustee* dovrà, seguendo le disposizioni del *de cuius*, garantire periodicamente utilità ricavabili dal medesimo patrimonio e/o trasferire la proprietà dello stesso al verificarsi di un certo accadimento o alla scadenza del termine previsto<sup>48</sup>.

Sul punto si registrano in dottrina almeno tre diverse posizioni.

La prima posizione, volta ad attribuire la qualità di erede (o legatario) al *trustee* (con ogni ricaduta in termini di legittimazione passiva nel caso

<sup>47</sup> Per una riflessione sul tema analoga alla presente, sia consentito rinviare a F. DI CIOMMO, *Trusts*, in G. BONILINI e V. BARBA (diretto da), *Formulario notarile commentato*, a cura di G. Petrelli, VII, *Successioni e Donazioni*, vol. 3, *Le donazioni*, Milano, 2013, p. 206.

<sup>48</sup> Oltre agli autori *infra* citati, v. P. PICCOLI, "Trusts", *patti successori e fedecommesso*, in *Vita not.*, 1996, p. 1591 ss., e E. MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 13.

di azione di riduzione, ovvero di attivazione del meccanismo divisionale, della collazione e dell'imputazione *ex se*), sostiene che i beneficiari avrebbero come esclusivo dante causa proprio quest'ultimo (e non il *de cuius*) e che essi riceverebbero quanto loro dovuto per atto *inter vivos* (e non *mortis causa*) in forza dell'adempimento da parte del *trustee* dell'obbligo di matrice testamentaria sorto a suo carico in ragione dell'istituzione del *trust* effettuata dal *de cuius*<sup>49</sup>.

La seconda posizione, tesa ad enfatizzare l'autonomia patrimoniale determinata dall'istituto e soprattutto la conformazione che il diritto di proprietà sui beni oggetto del *trust* subirebbe a causa della destinazione su di essi imposto dal *de cuius*, afferma l'impossibilità di riconoscere il *trustee* come erede (o legatario), in quanto egli non diverrebbe mai proprietario in senso pieno del patrimonio in questione, e ciò in coerenza con la volontà del testatore che normalmente non vuole arricchire il *trustee*<sup>50</sup>. Ne deriva, tra l'altro, che in capo al *trustee* non potrà essere individuata alcuna legittimazione passiva in caso di azione di riduzione; per cui, mentre qualcuno propone di riconoscere la legittimazione passiva direttamente in capo al *trust* come soggetto giuridico autonomo, vi è chi attribuisce la qualifica di eredi (o legatari) ai beneficiari, in quanto destinatari ultimi della volontà testamentaria, e dunque individua proprio in capo questi, anche prima che il *trustee* abbia loro trasferito quanto dovuto – ma sul punto si registra qualche perplessità – la legittimazione passiva in parola. Nell'ambito della riflessione sul punto vengono richiamate, a supporto, le conclusioni che autorevole dottrina ha raggiunto circa il caso che il trasferimento dei beni avvenga dall'onorato testamentario (o dal donatario) al beneficiario in adempimento di un *pactum fiduciae*, laddove, per l'appunto, il soggetto passivo dell'azione di riduzione (quanto meno relativamente al profilo restitutorio) viene individuato nel terzo designato dal *de cuius*.

La terza posizione, impegnata a proporre una soluzione affatto eccentrica rispetto alle due appena richiamate, ritiene che *trustee* sarebbe esclusivamente beneficiario di un'attribuzione patrimoniale *sui generis*, mentre i beneficiari sarebbero destinatari di una liberalità indiretta<sup>51</sup>.

Ovviamente, le ricadute disciplinari derivanti dalla propensione per le prime due o per la terza tesi sono particolarmente rilevanti. Per le ragioni

<sup>49</sup> Cfr. R. FRANCO, *Trust testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una vicenda delicata*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 1159; A. DE DONATO, *Il trust nel sistema successorio*, in AA.VV., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002, p. 95 ss.

<sup>50</sup> Cfr. R. CALVO, *Il trust testamentario*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, p. 63 ss.

<sup>51</sup> Cfr. S. BARTOLI, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario. I parte*, in *Trusts*, 2004, p. 58 ss.

sopra sintetizzate, e fermo quanto si dirà nel paragrafo che segue, la soluzione piú convincente appare quella che riconosce in capo al *trustee* la mera titolarità di una proprietà funzionalizzata, con obblighi di gestione e di trasferimento a favore dei beneficiari, mentre individua in questi ultimi gli eredi (o i legatari). Ciò non toglie che in ipotesi di esperimento dell'azione di riduzione, qualora il patrimonio costituito in *trust* non sia stato ancora a questi trasferito, sussista, accanto alla legittimazione passiva dei beneficiari, la legittimazione passiva del *trustee* giustificata dalla necessità, per l'attore, di ottenere la restituzione del patrimonio in questione.

Sempre in tema di operatività dei *trust* successori in Italia, specifici approfondimenti hanno riguardato la compatibilità della categoria con il divieto di patti successori espresso dall'art. 458 c.c. e con il divieto di sostituzione fedecommissaria di cui all'art. 692 c.c.

In proposito, può affermarsi che il primo dei due divieti non opera in caso di *trust* in quanto, o il *trust* è *inter vivos*, sebbene eventualmente alcuni suoi effetti siano qualificabili come *post mortem* o *trans mortem*, e dunque il bene che ne è oggetto esce dal patrimonio del disponente/*de cuius* prima della sua morte, e cioè al momento di costituzione del *trust* (perché se così non fosse il *trust* non sarebbe efficace), sicché non entra a far parte dell'asse ereditario, o il *trust* è *mortis causa*, e dunque il problema non si pone.

Nemmeno il secondo dei due divieti viene in rilievo in caso di *trust* e ciò perché in nessun modo può ravvisarsi nella struttura del *trust* il meccanismo della doppia istituzione e del vincolo di conservare e restituire. Il *trustee*, infatti, non può essere considerato primo istituito perché può disporre dei beni e, ad esempio, potrebbe trasferire ai beneficiari, al momento debito, un bene diverso da quello ricevuto dal disponente/*de cuius*; così come senz'altro non sono primi istituiti i beneficiari, visto che questi sino al trasferimento dei diritti a loro favore non hanno alcun potere e, di converso, alcun obbligo di conservazione. Inoltre, la durata della vita del *trustee*, al contrario di quanto può dirsi per il primo istituito di una vicenda fedecommissaria, non ha normalmente alcun rilievo nel *trust*, salvo che il disponente/*de cuius* non l'abbia espressamente previsto. Infine, come meglio si vedrà piú avanti, nel *trust* i beneficiari acquistano i diritti loro spettanti, al momento opportuno, dal *trustee*, mentre nella sostituzione fedecommissaria, alla morte dell'istituito, il sostituto acquista direttamente dal testatore.

Se con una disposizione contenuta in un *trust* testamentario si violano i diritti dei legittimari - perché, ad esempio, il *de cuius* ha disposto dei beni in questione a favore dei terzi pretermettendo i legittimari, o perché si beneficia un legittimario a scapito degli altri, o ancora perché la quota



di patrimonio destinata al legittimario risulta gravata di pesi o condizioni (e dunque si verifichi una ipotesi di contrarietà con l'art. 549 c.c.) – la disposizione risulterà non in linea con quanto stabilito dall'art. 15 della citata Convenzione de L'Aja, ai sensi del quale, tra l'altro, il *trust* deve rispettare le norme nazionali in tema di legittima.

Tradizionalmente, la dottrina italiana ha discusso la questione relativa alla violazione dei diritti dei legittimari parlando, a seconda dei casi, di esperibilità dell'azione di riduzione, ovvero, per il caso di violazione dell'art. 549 c.c., di inefficacia relativa<sup>52</sup>, di nullità assoluta o relativa<sup>53</sup>, o di annullabilità della disposizione testamentaria in questione<sup>54</sup>.

Nel caso del *trust* testamentario non c'è dubbio che il legittimario individuato dal *de cuius* come beneficiario potrà lamentare la violazione dell'art. 549 c.c. anche se la parte di patrimonio a lui destinata è in astratto sufficiente ad integrare la sua quota di legittima, e ciò in quanto la costituzione del *trust* mediante testamento rende non attuale il trasferimento dei beni in parola nel suo patrimonio, rinviandolo alla scadenza del termine o al verificarsi della condizione all'uopo previsti dal testatore<sup>55</sup>.

Si è, tuttavia, in senso contrario osservato che, nel caso in parola, la nullità non apparirebbe reazione congrua da parte dell'ordinamento giuridico in quanto la citata Convenzione de L'Aja renderebbe ammissibile nel nostro ordinamento anche un *trust* che violi le norme nazionali in materia di legittima, salvo consentire al soggetto leso di agire con azione di riduzione al fine di far dichiarare, con sentenza costitutiva, l'inefficacia della disposizione testamentaria costitutiva del *trust* (nella sola parte in cui risulta effettivamente pregiudizievole) e, dunque, poter pretendere l'immediata restituzione dei beni<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Così in un primo momento L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1999, p. 93; il quale, però, nella successiva edizione della medesima opera, datata 2000, propende (p. 95) per l'ipotesi della nullità.

<sup>53</sup> Cfr. B. CARPINO, *Considerazioni su "nullità" e "non opposizione" in tema di intangibilità della legittima*, in *Vita not.*, 1998, p. 5 ss.

<sup>54</sup> Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Un caso in tema di legato a carico dei legittimari lesi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 511, nota 8.

<sup>55</sup> Come si è notato, infatti, l'espressione «pesi o condizioni» contenuta nell'art. 549 c.c. va interpretata estensivamente poiché la tutela che il legislatore ha inteso apprestare nei confronti dei legittimari è inderogabile e indisponibile da parte dell'autonomia privata. Cfr. G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 331.

<sup>56</sup> Così S. BARTOLI e D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trust interni*, in *I trust interni e le loro clausole*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2007, p. 89 ss. e spec. p. 154; e E. MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, cit., p. 1 ss.; cfr. G. DE NOVA, *Trust e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, p. 273 ss.

Una diversa soluzione è stata formulata da altra dottrina, particolarmente autorevole in materia di *trust*<sup>57</sup>. Quest'ultima ha osservato che sia l'azione di riduzione che l'azione di nullità non appaiono sufficienti a tutelare pienamente i legittimari, in quanto, in entrambi i casi, l'azione processuale prescelta rischierebbe di essere paralizzata, in particolare, a causa delle eccezioni di carenza di legittimazione passiva da parte del *trustee* e/o dei beneficiari. Giova allora, secondo la tesi in parola, riconoscere che in Italia un *trust* costituito in violazione dei diritti dei legittimari, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja non potrà essere riconosciuto, con conseguente inoperatività della causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale effettuata dal disponente al *trustee*, da cui deriva la nullità di tale attribuzione e, di conseguenza, il ritorno dei beni nel patrimonio del *de cuius*, su cui potrà aprirsi, per la devoluzione, la successione legittima.

A tale tesi si obietta efficacemente osservando che l'art. 15 della Convenzione de L'Aja espressamente fa obbligo al giudice, che si trovi al cospetto di un *trust* che paia a tal punto contrastante con norme di diritto interno dello Stato in questione da non poter essere riconosciuto, di «cercare di realizzare gli obiettivi del *trust* con altri mezzi giuridici». La dichiarazione di nullità che conseguirebbe al mancato riconoscimento, dunque, non si dimostra funzionale all'adeguamento che l'organo giudicante nazionale, ai sensi della sopra richiamata l. n. 364/1989, è chiamato svolgere con riferimento ai *trust*<sup>58</sup>.

Pare, dunque, plausibile sostenere che un *trust* testamentario che realizzi una violazione dei diritti dei legittimari, o singole sue disposizioni che realizzino il medesimo effetto, possono essere efficacemente contestate dal legittimario, che lamenti una lesione dei suoi diritti, solo attraverso l'esperimento dell'azione di riduzione.

3.7. Tra le molteplici applicazioni del *trust*, negli ultimi decenni una particolare importanza hanno avuto, in tutto il mondo progredito, quelle che vedono l'istituto impiegato come strumento di garanzia di prestiti o, comunque, di obbligazioni<sup>59</sup>; in particolare, ma non solo, nel settore del

<sup>57</sup> Così M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore di trust*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1163 ss.

<sup>58</sup> Cfr. R. FRANCO, *Trust testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una vicenda delicata*, cit., p. 1465; E. MOSCATI, *Pe tutela dei legittimari*, cit., p. 2. In giurisprudenza, per la assoggettabilità del *trust* all'azione di riduzione del legittimario leso, e per l'espressa negazione della nullità del *trust* testamentario per violazione del divieto di sostituzione fedecommissaria o per contrarietà all'ordine pubblico, v. Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, 2, 2007, confermata, se pure senza espressamente tornare su tali questioni, da App. Firenze, 9 agosto 2011, in *Trusts*, 2002, p. 244.

<sup>59</sup> Sul tema sia consentito rinviare a F. DI CIOMMO, *Il trust in funzione di garanzia*,

*project financing*, in cui i flussi di cassa della società di progetto spesso confluiscono in *trust* a garanzia del debito contratto con i finanziatori, nel settore della garanzia delle emissioni obbligazionarie delle società e, infine, nel settore della gestione della crisi di impresa<sup>60</sup>, o anche eventualmente dell'insolvenza dei privati<sup>61</sup>.

Peculiarità di questa tipologia di *trust* è che, per definizione, essi non vengono costituiti per semplice e isolata iniziativa del disponente, in quanto: *i*) la garanzia viene prestata con riguardo ad un rapporto obbligatorio c.d. sottostante, già esistente o da perfezionarsi; e *ii*) la garanzia viene prestata nell'interesse del creditore – oltre che del debitore, quando il prestatore della garanzia sia un soggetto terzo – e, dunque, nella prassi il creditore, ed eventualmente anche il debitore, partecipano alla redazione dell'atto di *trust*, suggerendone i contenuti o meglio concordandoli con il *settlor*. Dunque, il *trust* con scopo (o funzione) di garanzia – al contrario di quanto può dirsi per altre tipologie di *trust* – è tipicamente figlio di una negoziazione a monte, e cioè di un accordo tra i vari soggetti coinvolti da interessi nella complessiva operazione economica considerata.

Altra peculiarità di questa tipologia di *trust* può essere considerata la preminenza del suo scopo, per l'appunto quello di garantire l'adempimento di un'obbligazione, rispetto agli altri elementi della fattispecie integrata. Il che spiega perché spesso nel *trust* di garanzia i beneficiari siano indeterminati, sebbene sempre determinabili, ed anche il *trustee*, il *protector*, la durata, le condizioni di liquidazione del patrimonio, ecc. variano, per espressa previsione dell'atto di costituzione, molto più frequentemente di quanto può osservarsi in altre applicazioni dell'istituto. Insomma, nel *trust* di garanzia l'elemento predominante è costituito dal vincolo di funzionalizzazione allo scopo di garanzia che il disponente pone sul patrimonio conferito in *trust*, ogni altro elemento della fattispecie potendo variare a seconda delle circostanze.

Come risulta evidente da quanto cennato nei precedenti paragrafi, al-

in T. UBERTAZZI e M. GRANIERI (a cura di), *Le nuove forme di garanzia*, Bologna, 2017, p. 216.

<sup>60</sup> Cfr. in proposito, *ex ceteris*, V. GRECO, *Il trust ordinato dal Tribunale per conservare l'impresa e/o i suoi valori*, nota a Trib. Milano, sez. fall., 25 marzo 2010, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 552.

<sup>61</sup> In tale contesto il *trust* ha dimostrato di poter assolvere, anche in Italia, diverse funzioni che spaziano dal c.d. *trust* liquidatorio delle attività dell'impresa in crisi, al c.d. *trust* protettivo degli interessi dei creditori in attesa dell'attivazione di una procedura concorsuale, al *trust* a garanzia dell'adempimento di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*, o di un concordato (preventivo o fallimentare che sia), e sino al *trust* in fase *post-chiusura* della procedura concorsuale.

cune caratteristiche del *trust* lo rendono particolarmente adatto ad operare in funzione di garanzia – e cioè con l'obiettivo di creare un patrimonio insensibile a vicende diverse rispetto a quelle riguardanti il rapporto obbligatorio garantito – e sottoposto a regole di amministrazione efficienti rispetto alla situazione concreta, anche considerata nel suo divenire e quindi nel mutare del contesto di riferimento.

In questa prospettiva quattro sono le caratteristiche del *trust* che risultano particolarmente premianti.

La prima è costituita dalla grande tradizionale duttilità dell'istituto, che consente al *settlor* (disponente), nei limiti di quanto permesso dalla legge, di regolarne l'operatività, fin dall'atto costitutivo, in piena autonomia e secondo le sue esigenze, impartendo direttive al *trustee* (fiduciario) improntate all'elasticità e fondate sul principio di responsabilità professionale di quest'ultimo.

Ciò significa che il *settlor* può scegliere: quali bene conferire in *trust* (mobili, immobili, crediti, beni immateriali, beni futuri, ecc.); chi, per la durata del *trust*, deve amministrare il patrimonio conferito risultandone proprietario; come questi sia tenuto ad amministrare e che margini di discrezionalità abbia; che finalità debba perseguire e a beneficio di chi; quale compenso debba ricevere; quanto tempo deve durare il *trust*; che formalità necessiti rispettare; se deve esserci un soggetto terzo (c.d. *protector*) che vigila sull'operato del *trustee* e quali poteri di vigilanza ed eventualmente intervento egli abbia; come possano variare lo scopo, i beneficiari o anche solo le modalità gestorie del *trust* al verificarsi di determinate condizioni, e dunque, anche come il *trustee* deve provvedere alla liquidazione del patrimonio ad un certo termine o al verificarsi di certe condizioni, fissate sempre dal *settlor*; ecc. Ed inoltre che il fiduciario, una volta divenuto intestatario formale dei beni, è tenuto a perseguire l'obiettivo perseguito dal disponente, ma deve farlo esercitando i suoi poteri gestori, nell'ambito dei più o meno ampi margini ricevuti, sempre nell'ottica della massima valorizzazione dei beni in *trust*, e dunque, a seconda dei casi, al variare del contesto di riferimento, e quando lo ritenga opportuno, per esempio, vendendoli, trasformandoli, sostituendoli, modificandoli, investendo o disinvestendo, e via dicendo.

In virtù della duttilità e dell'elasticità appena segnalate il *trust* consente, nel corso della sua durata – e, dunque, tendenzialmente nel corso del rapporto obbligatorio sottostante garantito – di far fronte alle circostanze sopravvenute, persino a quelle imprevedibili, in termini sempre di massima efficienza, così assicurando (nei limiti del possibile) la conservazione, o addirittura l'incremento, nel tempo del valore dei beni costituiti in garanzia.

La seconda caratteristica rilevante, nella prospettiva indicata, è costituita

dall'effetto segregativo che tipicamente il *trust* realizza sui beni in esso conferiti. Tale effetto, come visto, rende il patrimonio in *trust* insensibile alle vicende personali del *settlor*, così come a quelle del *trustee*, ovviamente del *protector*, dei beneficiari e di qualsiasi altro soggetto interessato. E ciò in quanto il patrimonio in *trust* viene, al momento stesso del suo conferimento, funzionalizzato – o anche, in altri termini, destinato – a realizzare lo scopo voluto dal disponente. Il che, ragionando di garanzia del credito, appare ovviamente elemento determinante perché l'istituto realizzi l'effetto voluto.

Su questo versante, come già sopra accennato, in astratto il *trust* potrebbe essere considerato contrario al principio di ordine pubblico sancito dall'art. 2740 c.c., a tenore del quale le separazioni patrimoniali, e dunque qualsiasi forma di limitazione all'operatività del principio per cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, sono consentite dall'ordinamento soltanto se previste dalla legge.

La teorica, astratta, conflittualità in parola, tuttavia, a ben vedere, non ha motivo di essere, e dunque di sostenersi, se solo si considera che il *trust* è stato introdotto in Italia dalla l. n. 364 del 1989 di ratifica della citata Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985. Ciò vale, senza dubbio, almeno per il *trust* caratterizzato da elementi di internazionalità, ma sulla «copertura» convenzionale anche del c.d. *trust* interno si veda quanto sopra già osservato. In ogni caso, e dunque se anche la Convenzione riguardasse solo i *trust* internazionali, è evidente che per questi non si porrebbe più un problema di compatibilità astratta dell'istituto con l'art. 2740 c.c. posto che: i) l'effetto segregativo dei beni costituiti in *trust*, oltre a rappresentare il fulcro dell'istituto come consegnato dalla tradizionale anglosassone, costituisce oggetto di espressa previsione convenzionale (cfr., tra gli altri, artt. 2, 11 e 15); e dunque ii) la l. n. 364 del 1989 costituisce il riferimento normativo per affermare che dal 1992 (anno di entrata in vigore della Convenzione), ai sensi dell'art. 2740 c.c., la separazione (*rectius*, segregazione) patrimoniale effetto tipico derivante dalla costituzione di un *trust* è pienamente ammessa in Italia. E ciò, come evidente, se vale per i *trust* internazionali destinati ad avere effetti in Italia, non può che valere, quanto meno per ragioni di eguaglianza sostanziale (cfr. art. 3 cost.), anche per i *trust* i cui principali elementi siano più strettamente collegati al nostro ordinamento.

Altro principio cardine operante nel nostro sistema delle garanzie, con il quale il *trust*, secondo alcuni, potrebbe venire in conflitto proprio in ragione del caratteristico effetto segregativo del patrimonio conferito, è quello della *par condicio creditorum*.

A questo riguardo, però, bisogna considerare che, come è stato correttamente osservato, il principio in parola «è relativo, nel senso che è de-

stinato ad operare inderogabilmente solo nell'ambito dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale, mentre può subire deroghe, al di fuori dell'esecuzione concorsuale, sia per iniziativa del debitore (che può preferire un creditore ad un altro, pregiudicando quest'ultimo) sia ad iniziativa del creditore (che può non intervenire tempestivamente nell'esecuzione forzata a carico del debitore, promossa da altri). Ed in effetti l'art. 15, lett. e), della Convenzione dell'Aja ha cura di precisare che la Convenzione non impedisce che operino le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento in cui il *trust* è riconosciuto, quando si tratti della "protezione dei creditori in caso di insolvenza" e quindi, in Italia, con riferimento alle procedure concorsuali (a seguito della disciplina dell'insolvenza "civile" introdotta con legge n. 3/2012 si potrà forse ritenere che la protezione operi anche in tale nuova ipotesi)<sup>62</sup>.

E del resto, la separazione dei beni conferiti nel *trust* a scopo di garanzia – sia dal patrimonio del disponente, che da quello del *trustee* e da quello dei creditori beneficiari – ha certamente l'effetto di determinare che su tali beni si soddisfi il creditore garantito e non altri, anche eventualmente muniti di privilegio o diritto di prelazione. Tuttavia, una volta ammessa le legittimità della separazione ai sensi dell'art. 2740 c.c., in ragione di quanto previsto dalla legge n. 364 del 1989, e dunque dalla Convenzione de L'Aja ratificata, come evidente non ha più senso parlare di privilegi e cause di prelazione sui beni in questione, visto che tali beni sono legittimamente funzionalizzati e, dunque, non concorrono, eventualmente con altri, a garantire null'altro che il rapporto sottostante al *trust* di garanzia in questione.

Il che giustifica la possibilità, per i creditori che si ritenessero danneggiati dalla costituzione del *trust* in questione, di agire, in presenza delle condizioni di legge, con l'azione revocatoria ordinaria, ex artt. 2901-2905, c.c.<sup>63</sup>. E, però, allo stesso tempo significa che, in difetto, la separazione determinata dal *trust* sarà pienamente efficace, senza alcuna possibilità di sterilizzarla in ragione di generici richiami alla *par condicio creditorum* o all'esistenza di teorici privilegi o prelazioni.

<sup>62</sup> Così T. GALLETTO, *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2012, 8, p. 38.

<sup>63</sup> *Ex ceteris*, in proposito v. F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, cit., p. 1469; ma anche A. DIMUNDO, *Sequestro conservativo e azione revocatoria ordinaria del conferimento di beni in trust interno*, in *Profili del trust nelle procedure concorsuali*, Appendice al fascicolo 6 de *Il fallimento*, 2010, p. 20. La giurisprudenza sul tema non manifesta incertezza: cfr., tra le molte, Trib. Roma, 20 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 935; Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in *Trusts*, 2009, p. 419; e Trib. Torino, 5 maggio 2009, *ivi*, p. 92.

La terza caratteristica del *trust* che si dimostra particolarmente utile nell'ambito di un'operazione di garanzia del credito è quella che fa leva sulla possibilità per il disponente di nominare un guardiano terzo (il già citato *protector*) che vigila sul *trustee* e che può addirittura, se previsto nell'atto di *trust*, contestare al *trustee* le scelte gestorie, opporsi all'esecuzione di talune di tali scelte, convenire il *trustee* in giudizio e persino sostituire il *trustee* al verificarsi di determinate circostanze<sup>64</sup>. È evidente l'importanza che ha, nel rapporto essenzialmente bilaterale o trilaterale che si crea quando viene costituita la garanzia su un credito (a seconda che a dare la garanzia sia lo stesso debitore ovvero un diverso soggetto), la possibilità di nominare non solo un terzo in qualità di *trustee*, che goda della fiducia tanto del debitore, e/o del prestatore di garanzia nell'interesse altrui, quanto del creditore, ma anche un ulteriore terzo che vigili sull'operato di questo su mandato del disponente ma nell'interesse del creditore beneficiario della garanzia. Può, dunque, accadere – e nella prassi ciò accade spesso – che si decida di nominare un *trustee* scelto dal disponente e un *protector* che gode della fiducia del creditore ed è dunque da questo sostanzialmente indicato, o viceversa. Con il che si tengono in considerazione le varie esigenze, si contemperano i vari interessi e si realizza una quadratura complessiva dell'operazione.

La quarta ed ultima caratteristica che ha determinato negli ultimi decenni l'affermazione del *trust* come strumento di garanzia del credito è costituito dal fatto che, come sopra cennato, l'istituto in parola è oramai conosciuto a livello globale, tanto da costituire un vero e proprio istituto-modello la cui circolazione nei vari ordinamenti giuridici rappresenta un caso di scuola di come un istituto, in ragione dei meriti dimostrati nel suo ordinamento di primigenia emersione, possa trovare fortuna in molti altri sistemi giuridici, anche di tradizione differente.

Attorno al *trust*, dagli anni Sessanta del secolo scorso in poi, sono sorte non solo svariate normative nazionali ed internazionali che oggi disciplinano l'istituto nei diversi contesti geopolitici, ma anche e soprattutto usi

<sup>64</sup> Circa la funzione del *protector* in Italia, cfr. Trib. Milano, 10 luglio 2007, in *Trusts*, 2007, p. 579, secondo cui: «[...] un beneficiario è legittimato ad agire contro l'atto con il quale il disponente revoca il guardiano inizialmente nominato e nomina altro guardiano; qualora un *trust* sia stato istituito dal disponente con beni facenti parte del patrimonio dei propri genitori, nominati guardiani onde stabilire un assetto permanente dell'amministrazione dei beni in *trust* per il mezzo dell'attribuzione loro di poteri di controllo, consultivi e di revoca del *trustee*, e ciò anche per la tutela dei beneficiari, deve essere inibito qualunque effetto dell'atto immotivato con il quale il disponente abbia sostituito i guardiani perché costituente un non consentito atto discrezionale di amministrazione indiretta del *trust*».

e prassi del commercio internazionale e transnazionale. Per tale ragione oggi, sullo scenario internazionale, quando si parla di garanzia del credito si preferisce parlare di *trust* piuttosto che di istituti conosciuti da un singolo ordinamento giuridico, ma non da altri.

In altre parole, quando è necessario garantire l'adempimento di una o più obbligazioni una vicenda dotata di qualche rilievo economico, che contempla, o che potrebbe contemplare in futuro, elementi di internazionalità - vuoi in ragione dei soggetti coinvolti, vuoi in ragione dei beni posti in garanzia, vuoi ancora in ragione delle regole giuridiche prescelte, o dal luogo di conclusione dei relativi contratti - è prassi che i soggetti interessati, anche quando tutti prevalentemente collegati ad un Paese, decidano di utilizzare il *trust*, piuttosto istituti tipici della tradizione giuridica locale, perché così facendo essi sono confidenti di evitare le criticità che normalmente emergono quando operatori di diversa cultura giuridica sono chiamati a trattare istituti familiari agli uni, ma non agli altri. Dunque, il *trust*, in questa prospettiva, finisce per essere scelto in quanto capace di realizzare, per le ragioni appena accennate, una sorta di *koinè dialektos* tra gli interessati, quando questi siano, o possano diventare nel tempo, non tutti operatori del medesimo ordinamento giuridico.