

Il presente volume si inserisce nell'iniziativa «Liberæ Cogitationis Itinera».

Il comitato scientifico è composto da: Roberto Pardolesi, Luca Nivarra, Alberto Maria Gambino, Francesco Macario, Michele Bertani, Ernesto Capobianco, Giovanni Perlingieri, Tommaso Maria Ubertazzi, Giuseppe Colangelo, Massimiliano Granieri.

LE GARANZIE SPECIALI NEI RAPPORTI COMMERCIALI

A CURA DI
MASSIMILIANO GRANIERI E TOMMASO MARIA UBERTAZZI

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

INDICE

Premessa, di <i>Massimiliano Granieri e Tommaso Maria Ubertazzi</i>	p. 7
Introduzione. Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali, di <i>Giovanni Perlingieri</i>	9
I. <i>Business covenants</i> e attività di direzione e coordinamento, di <i>Michele Mozzarelli</i>	45
II. Lettere di <i>patronage</i> e garanzie infragruppo, di <i>Tommaso Maria Ubertazzi</i>	79
III. <i>Performance bond</i> tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale, di <i>Giovanni B. Barillà</i>	117
IV. Il <i>trust</i> in funzione di garanzia: profili civilistici, di <i>Francesco Di Ciommo</i>	157
V. Garanzie sui diritti di proprietà intellettuale e mercato del credito, di <i>Massimiliano Granieri</i>	209
VI. L' <i>escrow</i> tra fattispecie e disciplina, di <i>Francesca Benatti</i>	239
VII. Conclusione. Garanzie speciali nei rapporti commerciali, di <i>Ernesto Capobianco</i>	261

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet: www.mulino.it

ISBN 978-88-15-26669-9

Copyright © 2017 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito www.mulino.it/edizioni/fotocopie

Redazione e produzione: Edimill srl - www.edimill.it

polizza della nave di carico» e limiti del formalismo nel credito documentario, cit., pp. 575-576.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 575.

⁶⁷ Si confronti la citata sent. del BGH, 10 ottobre 2000, con quella della Cass., 8 agosto 1997, n. 7388, cit. In entrambe non viene mai negato il principio del formalismo, bensì affermatane una sua lettura intelligente.

⁶⁸ Ancora Portale e Dolmetta, *Eccezione di «omessa indicazione sulla polizza della nave di carico»*, cit., pp. 585 ss., in particolare p. 588, ove la condivisibile notazione che «è nella natura propria dell'istituto dell'*exceptio doli generalis*, invero, di operare là dove si appunta il comportamento contrario alla buona fede, indipendentemente dalla posizione che le parti vengono ad assumere nel contesto del rapporto contrattuale e/o obbligatorio».

⁶⁹ Interessa qui far notare come, anche nella sua ultima pronuncia sul punto (Cass., 8 agosto 1997, n. 7388), il Supremo Collegio abbia ribadito che tali norme ed usi uniformi «non sono usi giuridici o normativi, ma costituiscono clausole d'uso, integrative della volontà negoziale dei contraenti, ai sensi dell'art. 1340 c.c.».

⁷⁰ Cfr. I. Marxen, *Abstrakte Garantie und Dokumentenakkreditiv in Südafrika. Die neue Rechtsprechung zum Autonomieprinzip und seinen möglichen Einschränkungen*, in «IHR (Internationales Handelsrecht)», 2015, p. 137, che conferma la similitudine dei due istituti sia dal punto di vista dell'astrattezza, sia da quello dell'autonomia, così come per quello del formalismo.

FRANCESCO DI CIOMMO

IL TRUST IN FUNZIONE DI GARANZIA: PROFILI CIVILISTICI

1. *La crisi del sistema del credito e dei tradizionali strumenti di garanzia*

Come noto, nel corso del XX secolo i sistemi economici occidentali, in ragione della definitiva affermazione dei modelli di produzione capitalistici, hanno riconosciuto via via sempre maggiore importanza al credito quale strumento idoneo a soddisfare il fabbisogno di risorse finanziarie da destinare alla produzione¹. È così accaduto che il rapporto creditizio, variamente inteso, sia divenuto un pilastro di tutte le moderne economie di mercato, e che siano nati circuiti e meccanismi, più o meno sofisticati, di circolazione del credito².

Per altro, in alcuni contesti, come ad esempio in quello italiano, negli ultimi decenni il sistema produttivo, sostanzialmente ignorando l'esistenza di altri (e per molti versi preferibili) sistemi di etero-finanziamento, e in larga parte volutamente evitando di ricorrere a strumenti di auto-finanziamento, ha utilizzato il credito, e in specie il credito bancario, come unica fonte dalla quale ricavare le risorse finanziarie necessarie per lo svolgimento dell'attività di impresa³. Il che ha consentito alle banche di assumere un ruolo pivotale nel mercato, come mai prima era accaduto, tanto che gli istituti di credito oggi, di fatto, possono condizionare la stessa sopravvivenza di una impresa o di interi settori di mercato, e svolgono una pluralità di attività anche molto eterogenee rispetto a quella tradizionale del c.d. impiego, e cioè della concessione a terzi, a titolo di finanziamento, della liquidità raccolta attraverso la gestione dei risparmi depositati presso la banca dai clienti.

Tutto ciò ha finito, tuttavia, per esporre eccessivamente le banche al naturale andamento dei cicli economici ed ai rischi ad esso connessi.

Circostanza quest'ultima aggravata da una gestione delle politiche di credito degli istituti bancari non sempre dettata da razionalità industriale, ma – al contrario – troppo spesso condizionata da relazioni personali, opache e clientelari.

Quanto appena cennato, tuttavia, non basta a spiegare compiutamente le ragioni per cui oggi le principali banche italiane – ma lo stesso discorso può farsi allargando lo spettro, quanto meno, ai maggiori Paesi europei⁴ – soffrono pesanti criticità legate alle *performance* dei propri portafogli crediti, che risultano troppo esposti al rischio insolvenza dei debitori e degli eventuali garanti; e per cui anche tra privati i rapporti di credito sono sempre più soggetti a fenomeni che causano danni al creditore.

Tali ragioni, infatti, risiedono anche, e per larga parte, nel cattivo funzionamento – sia sul piano del diritto sostanziale, che su quello del diritto processuale – degli strumenti giuridici tradizionalmente utilizzati nel nostro ordinamento, e più in generale nei sistemi giuridici di matrice civilistica, a scopo di garanzia, e cioè per evitare che l'eventuale inadempimento del debitore determini un conseguente danno economico per il creditore.

In altre e più banali parole, istituti quali la fideiussione, il pegno e l'ipoteca, negli ultimi lustri hanno dimostrato di riuscire sempre meno a svolgere efficacemente la propria peculiare funzione di garanzia, e ciò in quanto, tra l'altro: lo spossessamento tipico delle tradizionali garanzie mobiliari mal si concilia con l'esigenza di preservare la capacità produttiva dei beni concessi in garanzia; mentre, sul versante della fideiussione, varie ed efficaci si sono rivelate nella prassi le modalità con cui debitore e garante riescono a disfarsi del proprio patrimonio, a danno dei creditori, così rendendo di fatto inoperante l'istituto; infine, per quanto riguarda le garanzie reali, lunghi e farraginosi sono i meccanismi di vendita dei beni gravati.

A causa della cennata inefficienza degli istituti tradizionali la prassi del mercato ha fatto ricorso, in misura sempre maggiore negli anni, a tecniche sostanzialmente elusive di alcune rigidità legislative (così è avvenuto, ad esempio, con le vendite a scopo di garanzia)⁵ nonché a garanzie di nuovo

conio (c.d. atipiche o informali)⁶ per lo più adottandole da altri ordinamenti giuridici.

Tra queste, una larga diffusione hanno avuto, in particolare, il contratto autonomo di garanzia, le garanzie a prima richiesta⁷, le polizze fideiussorie⁸, la combinazione contrattuale nota come *sale and lease-back* (o *lease-back*, oppure locazione finanziaria di ritorno) e le lettere di *patronage*⁹, così come una significativa attenzione hanno suscitato – per la verità, sino ad oggi, in mancanza di una disciplina *ad hoc* di carattere generale (ma in proposito, cfr. il par. 2), più in dottrina che tra gli operatori – il c.d. pegno rotativo e, più in generale, il tema delle garanzie c.d. flottanti, e cioè delle garanzie mobiliari su beni che possono variare nel tempo per consistenza o identità¹⁰.

2. *Cenni sulle prospettive evolutive del sistema delle garanzie del credito in Italia*

Proprio in considerazione dell'esigenza di intervenire per modernizzare il quadro normativo relativo alle garanzie del credito, in Italia si è aperto un ampio dibattito legislativo su possibili interventi finalizzati a novellare il codice civile, o comunque modificare le norme applicabili, per rendere più efficace il sistema, tra l'altro semplificando le modalità di svolgimento delle procedure esecutive ed introducendo nuovi istituti quali, ad esempio, il pegno mobiliare non possessorio e il c.d. patto marciano.

Come noto, infatti, in data 3 luglio 2016 è entrata in vigore la legge 30 giugno 2016, n. 119, di conversione del decreto legge 3 maggio 2016, n. 59.

La legge, tra l'altro, disciplina in modo più organico, rispetto al decreto legge convertito, le due novità legislative più rilevanti in tema di garanzie, e cioè, per l'appunto, il pegno non possessorio e il c.d. patto marciano. In estrema sintesi, si prevede e disciplina la possibilità che tra debitore e creditore si possa stipulare un accordo (adesso previsto dall'art. 48-*bis* del testo unico bancario, d.lgs. 385/1993) con cui la banca creditrice, o gli altri soggetti autorizzati a con-

cedere finanziamenti al pubblico, in caso di inadempimento del debitore, possono ottenere il trasferimento in proprio favore del diritto di proprietà dell'immobile del debitore mutuatario o del terzo che aveva dato il suo immobile in garanzia¹¹.

Del resto – ragionando in una prospettiva solo apparentemente diversa – in un sistema economico in cui lo sviluppo dell'impresa, così come quello dei consumi, risulta strettamente dipendente dalle modalità di accesso ai finanziamenti, la questione dell'effettività della tutela del credito è destinata a rappresentare uno dei nodi centrali del dibattito in materia di rapporti di diritto patrimoniale¹². E ciò in quanto, come è stato correttamente osservato, ogni scelta del sistema giuridico in ordine al problema delle garanzie dell'obbligazione influenza in misura determinante l'affidabilità e quindi l'efficienza del mercato del credito¹³; ed è a sua volta influenzata dal modo in cui il dato ordinamento giuridico, in un certo momento storico, decide di gestire l'esigenza di equilibrio tra due interessi, teoricamente contrastanti, ma entrambi inevitabilmente portanti delle moderne economie di mercato, e cioè quello alla massima tutela del credito e quello ad una circolazione della ricchezza il più possibile libera e spedita¹⁴.

In riferimento all'Italia deve inoltre considerarsi che nel nostro, più che in altri Paesi, il contesto di mercato è profondamente cambiato negli ultimi lustri anche perché, a causa dell'evoluzione del diritto della crisi di impresa e del massiccio ricorso ad istituti quali il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis* della legge fallimentare, l'inadempimento (per lo più, parziale) delle obbligazioni, da fatto eccezionale, è divenuto fatto ordinario nei rapporti di impresa, ed anche il fallimento ha perso, sul piano culturale e sociale, quel disvalore da cui in precedenza era connotato.

Il che, paradossalmente, ha aggravato il quadro economico complessivo e reso più incerti e critici i rapporti contrattuali tra privati. E ciò anche perché i beni del garante, debitore o terzo che sia, non godono di alcun ombrello di protezione a tutela del creditore garantito nel caso in cui il

garante acceda a una delle procedure suddette, in quanto la legge fallimentare prevede, sia all'art. 168, comma 2, che all'art. 182-*bis*, comma 3 – e dunque tanto riguardo al concordato che riguardo agli accordi di ristrutturazione – che «i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto di ammissione alla procedura o alla data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, *N.d.A.*] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore»¹⁵.

Un ultimo dato va necessariamente considerato: la globalizzazione dei mercati obbliga oramai le imprese a confrontarsi tra loro sempre più (quando non principalmente) a livello internazionale, e spesso anche transnazionale, il che determina la necessità di utilizzare contrattualmente strumenti giuridici capaci di operare in ordinamenti giuridici diversi tra loro, e dunque diffusamente conosciuti e ritenuti efficienti¹⁶. A questa regola non sfugge il mondo dei crediti, che anzi, in ragione della sostanziale immaterialità dei prodotti che coinvolge, così come i mercati finanziari più in generale, mostra una naturale vocazione al superamento dei confini nazionali. Anche in quest'ottica l'operatività degli strumenti civilistici tradizionali si è rivelata limitante per gli operatori, in quanto poco conosciuti, e comunque poco apprezzati, sullo scenario internazionale, ed in particolare nei Paesi di *common law*.

3. *Il trust, dalle origini di common law alla Convenzione de L'Aja del 1985*

L'esigenza di modernizzare, sì da rendere più competitivo ed efficiente, il sistema italiano delle garanzie sul credito, e più in generale il quadro giuridico nel quale i crediti operano e vengono negoziati (e dunque – in ragione di quanto detto nel precedente paragrafo – il diritto dei rapporti patrimoniali nel suo complesso), ha indotto, negli ultimi lustri, la dottrina e la giurisprudenza, continuamente sollecitate su questo versante dalla prassi sociale, a superare (quanto meno sostanzialmente) dogmi – come quello dell'inderogabilità del

principio della *par condicio creditorum* o quello della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia – che in passato impedivano all'autonomia privata qualsiasi spazio di manovra nel settore del diritto delle garanzie (quanto meno) reali.

In tale contesto, l'attenzione degli operatori si è recentemente concentrata sulla possibilità di utilizzare il *trust* quale nuovo, ulteriore, strumento di garanzia del credito.

Ciò è avvenuto, in particolare, in funzione dell'elasticità e della duttilità che caratterizzano l'istituto in parola e che, dunque, consentirebbero sia al creditore che al datore di garanzia, utilizzando il *trust*, di massimizzare l'utilità dell'operazione economica, evitando i costi e le rigidità di altri strumenti concorrenti¹⁷; senza trascurare la diffusa riconoscibilità ed operatività internazionale del *trust* come strumento di garanzia, e dunque la possibilità di utilizzarlo senza particolari problemi nei rapporti tra imprese di diversi ordinamenti giuridici nazionali¹⁸.

Come noto, quello in parola è un istituto di origine anglosassone fondato su rapporti fiduciari¹⁹, 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 progredito²⁰.

La struttura di un'operazione di *trust* 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)²¹. 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 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 esclusività²². Di contro, va sottolineato che, come la dottrina più recente osserva, ci sono fondate – e in questa sede non riassumibili²³ – 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 1994²⁴.

Da questa conclusione è possibile ricavare un significativo dato ulteriore, e cioè che il *trust* può fare a meno dell'*equity*, così come confermato dalla fortuna che l'istituto ha avuto anche in alcuni Paesi il cui ordinamento giuridico, per l'appunto, non conosce l'*equity*, quali, ad esempio, la Scozia e il Sudafrica²⁵.

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 dicendo²⁶.

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 *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 *trust* con i quali l'ordinamento può venire a contatto, che molti Paesi tradizionalmente *no-trust* (nei quali, dunque, storicamente il *trust* non è stato disciplinato e sostanzialmente non ha operato) si sono, negli ultimi decenni, interrogati sull'istituto in esame e hanno elaborato, nel 1985, – insieme ai paesi angloamericani che, come cennato, ben lo conoscono da secoli – la Convenzione de L'Aja «relativa alla legge applicabile 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 n. 364/1989.

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 *trust* 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 *trust* 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 *trust* 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.

4. *L'operatività del trust in Italia*

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 citata Convenzione de L'Aja, e più ancora dopo l'entrata in vigore della convenzione (occorsa il 1° gennaio 1992) si è aperto un ampio dibattito sulla operatività dell'istituto nel nostro Paese²⁷.

All'esito del quale è ormai opinione diffusa tanto in giurisprudenza quanto in dottrina²⁸ – malgrado non sia mancata in passato qualche autorevole voce contraria²⁹ – 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 Cassazione³⁰) 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 questo senso si è espresso, fin dal 2006, anche il Consiglio Nazionale del Notariato (con un documento approvato, per l'appunto, il 10 febbraio 2006), e tale conclusione, come si vedrà, risulta di fondamentale importanza nell'economia

della presente riflessione per vagliare gli esatti confini in cui nel nostro ordinamento il *trust* può operare in funzione di garanzia. E ciò senza dimenticare che in tal ultima particolare prospettiva gli effetti segregativi – o comunque di separazione e protezione del patrimonio conferito in *trust*, rispetto ad ogni altro patrimonio – realizzati dall'istituto in parola si pongono, almeno a prima vista (ma l'impressione iniziale merita di essere approfondita e superata, come si vedrà *infra*), in dissonanza rispetto a quanto previsto dall'art. 2740 c.c., e cioè rispetto alla norma imperativa (considerata espressione di un principio di ordine pubblico) a tenore della quale il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni «con tutti i suoi beni presenti e futuri» in quanto «le limitazioni di responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge». E ciò vale tanto per il c.d. *trust* interno quanto, più in generale, per il *trust* estero o internazionale che sia.

In realtà, anche qualora si voglia ritenere – in accordo con la tesi internazional-privatistica rimasta oramai largamente minoritaria – che la Convenzione de L'Aja riguardi solo i *trust* internazionali, non può disconoscersi 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 persistenti dubbi circa la possibilità di rendere pienamente opponibili gli effetti di un *trust* ai terzi mediante trascrizione nei registri immobiliari (sulla questione, v. più avanti la nota 39). E questo perché non può certo sostenersi che gli interessi perseguiti con il *trust* non siano «meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» italiano (cfr. art. 1322, comma 2, c.c.) per il solo fatto che si tratti di *trust* c.d. interno, laddove il medesimo contratto, o la medesima operazione economica, se di carattere internazionale, sarebbe considerata pienamente ammissibile ed operante nel nostro ordinamento in forza della Convenzione de L'Aja³¹.

In altre e definitive parole, anche ammettendo l'operatività del *trust* c.d. interno in Italia considerandolo un contratto atipico, e dunque attraverso l'applicazione del

filtro di cui all'art. 1322 c.c., è evidente che l'unica possibilità data di disconoscere, in tutto o in parte, gli effetti propri dell'istituto adottato poggia su una valutazione in concreto, e cioè caso per caso, della illiceità degli interessi perseguiti, dai consociati coinvolti, attraverso la scelta del medesimo. Circostanza questa che risulta particolarmente rilevante alla luce delle conclusioni a cui si perverrà nella parte finale del presente scritto.

Giova, a questo punto, sinteticamente precisare che sono considerati *trust* interni quelli 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 altresì di *trust* tricolore.

Occorre, inoltre, aggiungere che anche quando il *trust* destinato ad operare in Italia debba essere qualificato «interno», o «tricolore», 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 Convenzione³². In proposito si rinvia al contenuto degli artt. 6, 7 e 13 della Convenzione de L'Aja.

4.1. Art. 2645-ter c.c. e destinazioni patrimoniali

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 2006³³.

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 privati³⁴.

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 all'art. 2740 c.c., ai sensi del quale, come già ricordato, «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»³⁵.

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 terzi³⁶.

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* e, dunque, a realizzare un'ipotesi di destinazione patrimoniale con effetti segregativi anche nel nostro Paese - deve, dunque, costruire il *trust* in modo 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 più 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 dalla già richiamata autorevole (ma, sul punto, sempre più isolata) dottrina circa la sua incondizionata operatività in Italia³⁷, lo renderebbero istituto adatto più 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 più versatile strumento di destinazione e separazione patrimoniale³⁸.

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 immobili³⁹, è lecito nutrire ancora qualche dubbio, che in questa sede non è dato esplorare⁴⁰.

5. *Il trust in funzione di garanzia in Italia tra art. 2740 c.c. e par condicio creditorum*

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; in particolare, ma non solo, nel settore del *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 impresa⁴¹, o anche eventualmente dell'insolvenza dei privati⁴².

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, alcune 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 beni 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, fissati 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 legge n. 364/1989 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 tradizione anglosassone, costituisce oggetto di espressa previsione convenzionale (cfr. tra gli altri, artt. 2, 11 e 15); e dunque *ii*) la legge 364/1989 costituisce il riferimento normativo per affermare che dal 1992 (anno di entrata in vigore della Convenzione), ai sensi dell'art. 1740 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 destinato 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)»⁴³.

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 la legittimità della separazione ai sensi dell'art. 2740 c.c., in ragione di quanto previsto dalla legge n. 364/1989, 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.⁴⁴. Il che, 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.

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 circostanze⁴⁵. 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 costituita 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 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 di 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 che 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. La qual cosa è accaduta sempre più spesso negli scorsi decenni, mano a mano che si sono sviluppati, soprattutto a livello internazionale, i circuiti e i meccanismi di circolazione del credito, e dunque delle relative garanzie, sui quali in questa sede non è dato soffermarsi.

6. *Trust e garanzie tradizionali*

Si è già detto in apertura del presente saggio di come, di fronte ai nuovi scenari macro e microeconomici e più in generale in considerazione delle attuali dinamiche di mercato, il sistema tradizionale (in Italia da intendersi anche nel senso di codicistico) delle garanzie del credito appaia in crisi principalmente in ragione del suo formalismo, e dunque della sua rigidità, prodotto di un'economia ancora sostanzialmente statica – qual era quella a cavallo tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del XX secolo –; un'economia completamente diversa da quella attuale, in cui il dinamismo e la virtualità (qui intesa come capacità della ricchezza di essere a prescindere dalla sua materiale consistenza) impongono agli operatori economici, e dunque, per conseguenza, al giurisperito, di individuare nuove soluzioni alla vecchia esigenza di garantire l'adempimento delle obbligazioni.

Non a caso le tipiche garanzie reali previste dal nostro codice civile, e cioè pegno ed ipoteca, si caratterizzano,

come noto, per il particolare formalismo sia nella fase della costituzione della garanzia, sia, e forse soprattutto, nella fase della realizzazione, e cioè della liquidazione della stessa a favore del creditore, come può apprezzarsi in particolare con riferimento alle lungaggini necessarie per poter realizzare, nell'ambito del processo esecutivo, la tutela degli interessi del creditore attraverso l'escussione di una garanzia ipotecaria. Formalità e conseguenti lungaggini oggi per lo più incompatibili con gli attuali interessi pratici degli operatori, e che tuttavvia un tempo servivano a garantire la conoscibilità delle vicende, e dunque l'opponibilità del vincolo sui beni posti in garanzia, così come la certezza della situazione giuridica che ne risultava e la tutela tanto dell'interesse del creditore a che sul bene non fossero compiute azioni per lui pregiudizievoli, quanto dell'interesse del debitore a che il creditore non approfittasse in qualche modo della situazione come evidente.

Altrettanto formale, e dunque limitante, risulta l'approccio normativo tradizionale al tema dell'amministrazione dei beni costituiti in pegno o dati in ipoteca, laddove operano limitazioni all'uso della cosa data in pegno e modeste tutele offerte al creditore ipotecario nell'ipotesi di pericolo di deterioramento o perimento del bene gravato, visto che questo è tenuto ad agire in giudizio, *ex art. 2813 c.c.*, con tempi di azione che, dunque, spesso rischiano di rivelarsi incompatibili con le esigenze concrete di tutela.

A queste riconosciute gravi – nel tempo sopravvenute – inefficienze dei tradizionali strumenti di garanzia messi a disposizione dal nostro ordinamento, la prassi professionale, adiuvata dalla giurisprudenza, ha reagito ricorrendo alla diffusa utilizzazione di garanzie personali a prima richiesta o anche, in una certa misura, autonome, e quindi valorizzando le garanzie personali in luogo di quelle reali, mentre il legislatore ha preferito concentrarsi su queste ultime prevedendo, in particolare in tema di garanzie finanziarie, norme in materia di pegno rotativo (come già sopra evidenziato, istituto di origine dottrinale, avallato anche dalla giurisprudenza; cfr. la nota 10 prec.), e cioè di pegno su beni che mutano nel tempo senza variare l'oggetto

della garanzia, ed inoltre ipotesi di non applicabilità del divieto di patto commissorio quando vi sia trasferimento a scopo di garanzia di strumenti finanziari (cfr. d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, come modificato successivamente, e in particolare con il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48)⁴⁶ o di beni immobili nell'ambito di rapporti tra banca e cliente (ex art. 2 della legge 30 giugno 2016, n. 119; cfr. la nota 11 prec.). E tutto ciò mentre in Europa si discute anche di c.d. ipoteca ricaricabile, prospettando il superamento della tradizionale accessorietà della garanzia rispetto al debito garantito, sull'esempio della legislazione francese del 2006 in tema di garanzie reali⁴⁷.

Senza considerare le varie ipotesi di patrimoni separati, anche con finalità (almeno indiretta) di garanzia del credito, oggi contemplate dalla nostra legislazione: dai patrimoni destinati ad uno specifico affare introdotti, dalla riforma del 2003, nell'ambito della disciplina codicistica delle società per azioni, alla separazione prevista dall'art. 3 del d.lgs. 130/1999 in materia di cartolarizzazione dei crediti in Italia⁴⁸.

Alla crisi in parola la prassi professionale in Italia ha reagito anche attraverso un crescente, sebbene ancora non massivo⁴⁹, ricorso all'istituto del *trust* adoperato in funzione di garanzia. E ciò in ragione delle quattro caratteristiche sopra cennate (v. il par. prec.), le quali attribuiscono all'istituto una incontestabile forza competitiva e che, per conseguenza, gli consentono – una volta conosciuto, e dunque studiato e compreso, e quindi una volta sgombrato il campo dagli infondati pregiudizi che spesso ne hanno sconsigliato l'uso – in molti casi di essere preferito dagli operatori, rispetto alle tradizionali garanzie operanti nel nostro sistema.

Con riguardo a questo aspetto, e dunque per cogliere una volta ancora la forza competitiva del *trust* come strumento di garanzia, basta considerare che – come è stato opportunamente notato⁵⁰ – nel nostro sistema tradizionale «la sussistenza di una causa legittima di prelazione (privilegi, pegno, ipoteca) non impedisce l'aggressione da parte di altri creditori del bene oggetto della garanzia, fermo restando ovviamente il diritto del creditore munito di prelazione di essere preferito, salve le eccezioni di legge, in sede di

distribuzione nell'ambito dell'esecuzione forzata. Ma in quest'ultima ipotesi il danno (o, se si vuole, il rischio) per il creditore munito di prelazione è l'arresto dell'operazione finanziaria garantita». Viceversa, una volta costituito il *trust*, sui beni conferiti, in mancanza di un'azione revocatoria debitamente e con successo esperita, nessun creditore (né del disponente, né del fiduciario, né dei beneficiari) può agire e ciò perché tali beni sono segregati e, quindi, funzionalizzati all'esclusivo interesse del creditore garantito (nel caso di *trust* di garanzia), o più in generale all'interesse dei beneficiari.

Altro aspetto caratterizzante il *trust*, dotato di particolare forza competitiva, è quello che concerne la naturale, intrinseca, capacità dell'istituto in parola di permettere, nel tempo, e cioè nel corso della durata del rapporto garantito, la modificazione, la sostituzione o anche semplicemente la miglior gestione e valorizzazione dei beni conferiti in garanzia in considerazione delle mutanti esigenze o alle sopravvenienze.

E infatti, mentre nel sistema tradizionale la possibilità di sostituire il bene dato in garanzia è molto limitata, integrandosi praticamente soltanto nelle poche ipotesi di surrogazione reale consentite dall'ordinamento, e comunque richiede formalità e non può operare fuori dai casi consentiti, nei *trust* il vincolo si trasferisce automaticamente, senza alcuna complicazione o esigenza di formalità, dai beni inizialmente conferiti ai beni risultanti dalla trasformazione, o dalla alienazione, dei primi. Si è, dunque, di fronte ad una vera e propria gestione c.d. dinamica dei beni offerti in garanzia, a tutto beneficio sia del creditore che del debitore, visto che tale dinamismo, come già cennato nel precedente paragrafo, dovrebbe consentire al valore dei beni dati in garanzia di mantenersi costante nel tempo o addirittura di incrementarsi, se questi sono ben amministrati.

Infine, altri elementi competitivi che consentono al *trust* di farsi preferire rispetto alle tradizionali garanzie civilistiche, come già sopra accennato, consistono: *a*) nel fatto che per costituire un *trust*, e conferire in esso i beni prescelti da porre in garanzia, non occorre effettuare alcuno spossessamento (come invece è previsto per il pegno); *b*) nel fatto

che il *trust* non conosce limitazioni alla natura dei beni che in esso possono essere conferiti (come invece accade per pegno ed ipoteca); e c) l'utilizzazione di un *trust* consente, soprattutto nell'ambito di operazioni internazionali o che comunque riguardano operatori di ordinamenti giuridici diversi, di abbattere i c.d. costi transattivi che inevitabilmente, altrimenti, si avrebbero per raggiungere una intesa su quali garanzie usare, e su quali regole porre a presidio di tali garanzie, e cioè perché il *trust*, e l'insieme delle norme e dei principi che ne disciplinano il funzionamento, finiscono per costituire una sorta di lingua comune tra gli operatori coinvolti.

7. Il divieto di patto commissorio

Come noto ai sensi dell'art. 2744 c.c., «è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca»⁵¹. Lo stesso principio, in virtù di espressa previsione dell'art. 1963 c.c., si applica anche quando il patto sia collegato non già ad una garanzia reale, per l'appunto pegno o ipoteca, ma ad un contratto di anticresi.

Le due norme fondano il c.d. «divieto del patto commissorio», che nel codice del 1865 era stabilito solo riguardo all'anticresi⁵². Esse si basano sull'idea per cui la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca, ovvero oggetto di contratto di anticresi, potrebbe avere, e di solito ha, un valore superiore all'ammontare del credito che garantisce, ma di questo maggior valore l'ordinamento non vuole che il creditore profitti a danno del debitore e degli altri creditori. Ciò determina, o può determinare, conseguenze pregiudizievoli in capo al debitore ma con effetti anche eventualmente sugli altri suoi creditori oltre che sui suoi eredi, che la legge si fa carico di scongiurare proprio attraverso il divieto in esame. Egli, infatti, ad esempio perché spinto dalla necessità di ottenere un finanziamento, e confidando di poterlo restituire e dun-

que di mantenere la proprietà del bene offerto in garanzia, potrebbe acconsentire alla stipula di un patto commissorio, salvo poi pentirsene in caso di incapacità a restituire nei termini pattuiti il finanziamento ricevuto.

È nullo, perciò, il patto commissorio, e cioè il patto (autonomo o aggiunto ad un'altra garanzia tipica) con il quale creditore e debitore convengano che, in caso di mancato pagamento, la cosa data in pegno o in ipoteca passi in proprietà del creditore. E tale divieto risale al tempo di Costantino, che lo istituì, con una celebre costituzione del 324 d.C., nell'intento di porre fine alle pratiche usuarie che di fatto fino a quella data erano spesso la foce naturale della *lex commissoria*⁵³.

La previsione di legge che vieta il patto commissorio, per giurisprudenza consolidata, non può essere elusa attraverso una vendita a scopo di garanzia – e cioè con la vendita di un bene fatta dal debitore al creditore, con esclusiva causa di garanzia, e con la previsione di una retrovendita, o comunque del ritrasferimento del diritto al debitore, in caso di adempimento – perché altrimenti si verificherebbe l'ipotesi di un contratto in frode alla legge, nullo ai sensi dell'art. 1344 c.c. In verità, la dottrina pressoché unanime ritiene che il patto commissorio configuri nella sostanza una vendita a scopo di garanzia, con questa l'unica differenza essendo che nel patto commissorio l'inadempimento è condizione sospensiva dell'effetto traslativo del diritto reale, mentre nella vendita in garanzia intesa in senso stretto l'inadempimento costituisce circostanza che incide sull'effetto traslativo già avvenuto in precedenza in quanto rende non più verificabile la condizione risolutiva di detto trasferimento in quanto questa è costituita dall'adempimento⁵⁴.

Più in generale può dirsi che, nonostante l'art. 2744 enunci espressamente solo i casi della dazione di ipoteca o di pegno e dell'anticresi, la giurisprudenza degli ultimi trent'anni ha ritenuto che il principio di cui essa è espressione sia applicabile a qualunque negozio mediante il quale le parti intendano realizzare il fine concreto vietato dalla legge⁵⁵. Dunque, il divieto riguarderà, tra le altre pattuizioni analoghe, anche il patto commissorio ad effetti obbligatori,

cioè quello in forza del quale il debitore assume l'obbligo di trasferire la proprietà del bene al creditore in caso d'inadempimento. In tal caso, infatti, la circostanza per cui l'effetto traslativo si verifica dopo l'inadempimento in virtù di una nuova manifestazione di volontà del debitore non può impedire l'operatività del divieto di patto commissorio⁵⁶.

A tale risultato si è pervenuti definitivamente soltanto dopo il 1983, allorché le Sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 3800 del 3 giugno 1983⁵⁷, risolvendo il contrasto giurisprudenziale che si era andato formando in materia, hanno affermato la nullità per frode alla legge delle alienazioni, seppur immediatamente traslative, poste in essere a scopo di garanzia sulla base della considerazione per cui il trasferimento, sebbene immediato, è provvisorio e diviene definitivo solo in caso di inadempimento del debitore-venditore. E ciò osservando che lo scopo di garanzia non è mero motivo, ma assurge a causa del contratto in quanto il trasferimento trova la sua obiettiva giustificazione nel fine di garanzia. La vendita, pertanto, non sarebbe altro che il negozio assunto a mezzo per eludere il divieto del patto commissorio, negozio-fine a cui tende la volontà dalle parti. La causa illecita di tale negozio rende illecita per frode alla legge, ai sensi dell'art. 1344 c.c., anche la causa del negozio-mezzo.

Tale impostazione ha ricevuto larghi consensi in dottrina e giurisprudenza ed è, allo stato, ancora la tesi predominante. Ne rappresenta conferma, tra gli altri, la sentenza della Cassazione (Sez. II, sent. 7 settembre 2009, n. 19288⁵⁸), in cui viene ribadito pedissequamente l'orientamento espresso dalle Sezioni unite più di venti anni or sono, e cioè che:

La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio) nell'ambito della quale il versamento del denaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serve solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che la predetta vendita, in quanto ca-

ratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime perciò una causa illecita che rende applicabile all'intero contratto la sanzione dell'art. 1344 c.c.

D'altronde – sottolinea la Corte – «la vendita con patto di riscatto o retrovendita non incorre nel divieto di patto commissorio qualora venga accertata l'inesistenza, a base del trasferimento, di un rapporto di debito-credito tra le parti del contratto e quindi la mancanza di uno scopo di garanzia».

È così venuto a mutare il quadro di riferimento se è vero, come è vero, che si è passati da una concezione *strutturale* ad una *funzionale* del patto commissorio con l'inevitabile equiparazione anche tra alienazioni, a scopo di garanzia, sospensivamente condizionate e alienazioni risolutivamente condizionate⁵⁹. Dunque, sia che si tratti di vendita sospensivamente condizionata sia che si tratti di vendita risolutivamente condizionata il risultato non cambia, giacché, nel primo caso, il trasferimento di proprietà avviene con l'inadempimento dell'obbligazione, mentre nel secondo caso esso diventa definitivo, cioè cade la condizione risolutiva, al verificarsi della medesima circostanza, e chiaramente non è possibile che fenomeni identici abbiano differente regolamentazione.

Può, dunque, dirsi che la giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere che l'art. 2744 deve applicarsi a tutti i contratti che perseguano lo stesso meccanismo del patto commissorio vietato dalla disposizione e riferito, in quella, al pegno ed all'ipoteca. E ciò indipendentemente dal tipo contrattuale utilizzato dalle parti⁶⁰.

In questa prospettiva, s'è ritenuto che il divieto del patto commissorio sia da applicare anche al negozio con il quale un terzo trasferisce, o promette di trasferire, al creditore un proprio bene a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione⁶¹. E ciò per evitare facili elusioni.

Nella medesima prospettiva si è altresì considerato il patto commissorio c.d. autonomo, cioè quello stipulato a prescindere dalla costituzione di una garanzia reale⁶².

Analogamente il patto commissorio c.d. obbligatorio, cioè l'accordo avente ad oggetto l'assunzione dell'obbligo di trasferire un bene in garanzia, quale potrebbe essere, ad esempio, il contratto preliminare di compravendita con il quale il promittente venditore si obblighi a stipulare il definitivo ove l'obbligazione che ha nei confronti del promittente compratore non venga estinta⁶³.

La sanzione della nullità colpisce per espressa previsione legislativa tanto il patto *in continenti*, ossia anteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno, quanto il patto *ex intervallo*, e cioè posto in essere successivamente rispetto al sorgere della garanzia e rafforzativo della medesima.

È dubbio se la nullità della convenzione abbia o meno delle ripercussioni sull'ipoteca, sul pegno o sull'anticresi a cui essa si riferisca ed a cui è necessariamente collegata⁶⁴. Al riguardo si segnalano due correnti di pensiero. La prima ritiene di poter applicare l'art. 1419, primo comma, c.c., e quindi sottolinea la necessità di indagare se le parti non avrebbero costituito la garanzia senza patto commissorio (nel qual caso la nullità si estenderebbe anche all'atto costitutivo del pegno o dell'ipoteca). L'altra, invece, ritiene applicabile il secondo comma della stessa disposizione, e quindi considera non apposto il patto commissorio. Non manca, infine, chi, aderendo sostanzialmente al primo orientamento, invoca un'applicazione analogica dell'art. 1743 c.c. ravvisando nella nullità del patto commissorio un'ipotesi di diminuzione (*rectius*: di caducazione) della garanzia. Il creditore, pertanto, avrebbe diritto, in via alternativa, alla ricostituzione della garanzia, ovvero all'adempimento immediato.

L'interpretazione ampia, *rectius* estensiva, che la giurisprudenza ha dato, negli anni, all'art. 2744 c.c., e dunque l'applicazione del principio sancito dalla norma anche alle cennate ipotesi diverse ed ulteriori rispetto a quelle contemplate dalla disposizione normativa in parola (che fanno riferimento solo all'ipoteca e al pegno), induce a ritenere che anche il *trust*, quando destinato ad operare in Italia, non si sottragga alla valutazione di liceità da svolgersi in applicazione di tale norma. La qual cosa impone, nell'ambito ed a chiusura della presente riflessione, di approfondire la *ratio*

del divieto di patto commissorio al fine di comprendere quando il *trust* in funzione di garanzia può risultare nullo per contrarietà al medesimo.

7.1. *Segue. La ratio del divieto di patto commissorio alla prova del trust*

Come evidente da quanto cennato nel precedente paragrafo, il divieto di patto commissorio incide profondamente nei rapporti tra debitore e creditore, ed in particolare limita la loro autonomia privata perché impedisce la stipula di un patto che, in ipotesi, potrebbe facilitare l'operazione economica in quanto garantirebbe il creditore in maniera senz'altro robusta. Varie tesi sono state proposte, in letteratura, per giustificare l'art. 2744 e comprenderne la *ratio*⁶⁵. Il rapido richiamo di tali tesi appare senz'altro utile nella prospettiva di capire se, ed eventualmente a quali condizioni, nelle maglie dell'art. 2744 può restare intrappolato anche il *trust* di garanzia, con conseguente sua nullità *ex lege*.

Ebbene, a riguardo l'opinione più risalente ritiene che la norma sia volta a tutelare l'interesse del debitore, che può essere pregiudicato sia dalla particolare coazione così esercitata dal creditore, sia dalla sproporzione tra valore del debito e valore del bene preteso dal creditore⁶⁶. A questa tesi si obietta che se l'interesse del legislatore fosse solo quello di tutelare il debitore la previsione normativa non riguarderebbe la nullità, bensì l'annullabilità, ed inoltre si evidenzia che a tutela del debitore opererebbe, nel caso di specie, anche il generale istituto della rescissione senza bisogno di espressa previsione legislativa⁶⁷. Essa tuttavia spiega la generale, ma non unitaria, tendenza a considerare lecito il cosiddetto «patto marciano», e cioè il negozio tipico, ma innominato, avente in comune con il patto commissorio l'acquisto definitivo della proprietà del bene in garanzia in caso di inadempimento⁶⁸.

Secondo una diversa tesi, l'argomentazione fondata sull'interesse del debitore, pur essendo plausibile sul piano della *ratio*, non è tuttavia autosufficiente soprattutto in

considerazione che non sempre il debitore è parte debole del rapporto. Per questa via si muove alla ricerca della *ratio* del divieto indagando la funzione del negozio. Si giunge, così, a sostenere che l'ordinamento sancisce la nullità del patto commissorio in quanto esso consentirebbe di trasferire diritti reali in virtù di una causa generalmente non ritenuta idonea allo scopo, quale è quella di garanzia. Altri autori, condividendo l'idea che il legislatore con l'art. 2744 riveli una contrarietà di fondo rispetto al patto in esame, e non già la volontà di tutelare il debitore, ritiene che tale contrarietà dipenda dalla funzione solutoria del patto in quanto con questo le parti concorderebbero un meccanismo di pagamento alternativo all'inadempimento.

Risalente dottrina ha motivato il divieto di patto commissorio anche sottolineando come la legge intenda ostacolare l'esecuzione privata, e cioè ogni strumento che sottragga allo Stato il monopolio della gestione dei procedimenti esecutivi del debitore sui beni del creditore⁶⁹. Ma la tesi non è apparsa convincente posto che nel nostro ordinamento non vige un principio generale di inderogabilità dell'azione esecutiva, tanto che è ammessa la cessione dei beni ai creditori⁷⁰. Inoltre, è stato osservato che, ove si seguisse la tesi della inderogabilità delle procedure esecutive, rischierebbero di uscire dalla definizione del patto (e, quindi, dal raggio di operatività del divieto) gli accordi svincolati dalla costituzione di garanzie reali tipiche⁷¹.

Un ulteriore orientamento sostiene che la *ratio* dell'art. 2744 c.c. stia nell'esigenza di garantire la c.d. *par condicio creditorum*, che invece verrebbe pregiudicata dal trasferimento del bene in proprietà ad un singolo creditore⁷². Ma questa impostazione non sembra tenere in debito conto il fatto che il creditore potenzialmente leso potrebbe agire in revocatoria *ex art.* 2901 c.c.

Non ritenendo nessuna delle tesi sopra sintetizzate idonea a spiegare il divieto per come articolato nell'art. 2744, autorevole dottrina ha sostenuto che la *ratio* della previsione normativa sarebbe individuabile a livello sistematico effettuando un raffronto con altre norme dell'ordinamento e, in particolare, con l'art. 1851 c.c. che contempla il pegno

irregolare, con l'art. 1197 c.c. che disciplina la *datio in solutum* e con l'art. 1500 c.c. che regola la vendita con patto di riscatto. Si tratta di operazioni lecite, nessuna delle quali viola in sé il divieto in questione, e che dunque possono senz'altro essere utili a cogliere il senso effettivo che il legislatore ha inteso attribuire alla disposizione in parola⁷³. L'analisi compiuta sulle citate disposizioni rivelerebbe che la ragione per cui il legislatore scongiura il patto commissorio riposa su tre esigenze: 1) quella di tutelare il debitore dal pericolo di lasciare nelle mani del creditore un bene di valore superiore all'entità del credito da soddisfare, cosa che non succede nel pegno irregolare; 2) quella di evitare che lo stesso debitore si illuda di recuperare il bene estinguendo il debito prima della scadenza, cosa che accade nella *datio in solutum*; 3) quella, infine, di evitare che l'alienazione svolga una funzione di garanzia e non di scambio, cosa che non si verifica nella vendita con riscatto ove le parti, infatti, non sono reciprocamente debitore e creditore.

Una dottrina più recente afferma che l'interesse generale preso in considerazione e tutelato dal legislatore attraverso la previsione di nullità del patto commissorio sia quello a che i rapporti tra i privati si svolgano non in contrasto con il principio di solidarietà⁷⁴. A riguardo si precisa che nel caso della convenzione commissoria tale principio sarebbe pregiudicato dal pericolo di uno squilibrio della forza contrattuale delle parti, debitore e creditore. Squilibrio che, per altro, risulterebbe fisiologico rispetto alle caratteristiche di ogni operazione di finanziamento, che vede il mutuatario in una situazione di debolezza rispetto a chi concede il credito medesimo. Dunque, la pattuizione di un accordo quale quello vietato dall'art. 2744 c.c. sarebbe, secondo questa dottrina, contrario alla clausola generale di buona fede e correttezza che deve considerarsi, appunto, una specificazione del principio di solidarietà.

La tesi appare sostanzialmente condivisibile, oltre che in linea con la recente evoluzione ermeneutica e legislativa del diritto civile italiano⁷⁵. Essa si risolve sostanzialmente in un correttivo all'opinione tradizionale che vede nella tutela del debitore la *ratio* dell'art. 2744; correttivo che, però, si

fa apprezzare perché spiega il ricorso normativo all'istituto della nullità ed inoltre consente di individuare nella disposizione in esame un chiaro esempio della attenzione che il diritto privato presta rispetto all'obiettivo di promuovere la cooperazione tra i consociati, ed in particolare tra creditore e debitore, in quanto funzionale alla massimizzazione della ricchezza prodotta dallo scambio⁷⁶.

Infatti, nella prospettiva appena cennata obiettivo del legislatore, consapevole del rischio che i debitori di somme di denaro possano essere di fatto vessati dai creditori, sembra proprio quello di impedire che sia tollerato, ed eventualmente si diffonda nella prassi sino a divenire clausola di stile, il comportamento contrattuale individuato dalla norma, giacché questo produce la sicura esposizione del predetto debitore quanto meno ad un rischio eccessivo⁷⁷.

Proprio alla luce dell'evoluzione dottrinale appena sintetizzata, la giurisprudenza di Cassazione è pervenuta a rivedere il proprio rigido orientamento in materia di applicazione dell'art. 2744 c.c., giungendo ad affermare che il divieto di patto commissorio opererebbe sempre e senz'altro a prescindere dalle forme negozialmente scelte per attuare l'operazione di garanzia ed eventualmente consentire la soddisfazione del creditore, ma solo quando l'operazione, analizzata concretamente, evidenzia il pericolo di una seria sproporzione tra il credito garantito e il bene offerto a soddisfazione degli interessi del creditore.

In questo senso, particolarmente interessante risulta la lettura della sentenza della Cassazione civile del 9 maggio 2013, n. 10986⁷⁸, secondo la quale in chiave sintomatica della frode alla legge rileva non tanto l'indagine sull'atteggiamento soggettivo delle parti, quanto piuttosto «l'accertamento di dati obiettivi, quali la presenza di una situazione creditoria-debitoria (preesistente o contestuale alla vendita) e, soprattutto, la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia»; la sproporzione, in particolare, denuncia «una situazione di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare. [...] L'illiceità

è invece esclusa, pur in presenza di costituzioni di garanzie che postulano il trasferimento di proprietà, qualora queste siano integrate da schemi negoziali che il menzionato abuso escludono in radice, come avviene nel pegno irregolare (art. 1851 c.c.), nel riporto finanziario e nel c.d. patto marciano, in virtù del quale, al termine del rapporto, si procede alla stima ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito».

Per conseguenza, «argomentando *a contrario* dalla liceità delle figure ora menzionate», la Corte, dunque, ravvisa la *ratio* del divieto di patto commissorio nella «sproporzione tra entità del credito e valore del bene, e conseguente abusiva appropriazione dell'eccedenza», essendo irrilevante che tale sproporzione non sia espressamente richiesta dagli artt. 1963 e 2744 c.c., in quanto «il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha fondatamente presunto, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, che, in siffatta convenzione, il creditore pretende, di regola, una garanzia eccedente l'entità del credito».

A conclusione dell'analisi sin qui svolta circa l'operatività del divieto di patto commissorio nell'interpretazione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, può affermarsi che, quando il *trust* sia utilizzato in Italia in funzione di garanzia, ben potrebbe contestarsi, ai sensi dell'art. 2744 c.c., la sproporzione tra il valore dei beni conferiti in *trust* e il valore della obbligazione garantita, e ciò in quanto il trasferimento di detti beni nella proprietà formale, e funzionalizzata, del *trustee* determina un'ipotesi senz'altro riconducibile nell'ampio perimetro applicativo del principio.

Ciò, ovviamente e per l'appunto, non significa che il *trust* in funzione di garanzia sia, in quanto tale, contrario al divieto di patto commissorio, ma, al contrario, che esso può risultare nullo per violazione di tale divieto quando, in concreto, si accerti che attraverso il *trust* il creditore è riuscito, a suo esclusivo vantaggio, ad imporre al debitore, o ad un terzo, un sacrificio economico – rappresentato dai beni costituiti in *trust*, ma eventualmente anche evidenziato dalle condizioni che regolano il *trust* medesimo – sproporzionato rispetto all'operazione garantita.

Occorre, dunque, che il singolo *trust* – anche se adoperato in funzione di garanzia – venga analizzato, in concreto, senza pregiudizi e con il massimo rigore ermeneutico, per valutare se gli interessi perseguiti sono leciti, e dunque se l'istituto è usato abusivamente, *id est* con finalità elusive di norme imperative, o meno⁷⁹.

Anche in questa prospettiva il *trust*, che sia o meno di garanzia, si rivela istituto perfettamente compatibile con l'ordinamento giuridico italiano visto che esso non risulta ontologicamente contrario ad alcun principio inderogabile operante nel nostro sistema, e, di converso, visto che quest'ultimo ha in sé gli strumenti per evitare che un abuso nell'uso dell'istituto del *trust*, così come di qualsiasi altro strumento negoziale, possa comportare effetti elusivi di norme imperative⁸⁰.

Note

¹ Ovviamente, il rapporto creditizio ha origini assai più antiche. Come osserva M. Onado, voce *Credito*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992: «Lo sviluppo dell'economia creditizia coincide in larga misura con la storia delle istituzioni che hanno accompagnato l'evoluzione delle economie moderne. In Occidente gli inizi possono essere fatti risalire al tramonto dell'economia curtense e alla ripresa delle correnti di traffico commerciale su lunga distanza. Dal XII secolo i mercanti, soprattutto italiani, che intrattenevano rapporti di affari nelle principali piazze commerciali del tempo si videro costretti a sviluppare le operazioni di pagamento e di credito fra una piazza e l'altra e divennero così i primi banchieri in senso moderno. L'opera tradizionale del mercante-banchiere (la negoziazione di cambiali pagabili su altra piazza e quasi sempre espresse in altra moneta) conteneva in sé un chiaro elemento di credito. Nel giro di tre secoli l'organizzazione dell'attività economica conobbe uno sviluppo fino allora sconosciuto, basato su uno stretto intreccio fra le innovazioni nel campo economico e le innovazioni istituzionali e finanziarie. Le origini della cambiale, della contabilità, dei principali contratti societari e di forme sempre più complesse di finanziamento risalgono infatti a tale epoca. Il credito si rivela uno strumento fondamentale dello sviluppo economico di questo periodo, così strettamente associato al fiorire del Rinascimento. Il banchiere-mercante (dai Bardi e Peruzzi ai Medici, per citare i casi più noti) è uno dei protagonisti principali di questo processo. La banca in questa fase storica è un'istituzione che contribuisce a facilitare gli scambi».

² Per circolazione del credito si intende tanto l'operazione negoziale che ha ad oggetto il singolo rapporto creditizio, quanto quella che ha ad oggetto una pluralità di crediti, normalmente tra loro omogenei, che vengono raccolti in c.d. pacchetti o portafogli. In Italia le norme del codice civile in materia, e cioè gli artt. 1260 ss. c.c., in quanto congegnate in previsione del trasferimento dei singoli crediti, si sono rivelate non al passo con i tempi, e cioè inadatte a consentire il trasferimento, e quindi la circolazione, di pacchetti composti da centinaia o migliaia di crediti, laddove – al contrario – le banche, ma anche gli enti previdenziali, dagli anni Settanta del secolo scorso in avanti hanno cominciato ad avvertire l'esigenza di poter realizzare cessioni «in blocco». La prima legge italiana in materia è costituita dalla n. 130 del 30 aprile 1999 in tema di cartolarizzazione dei crediti. Ma nel nostro Paese la nascita e lo sviluppo di un vero e proprio mercato dei crediti nella prassi sono stati favoriti anche da altri istituti, quali *factoring*.

³ Molti analisti a tal riguardo – non a torto – parlano di «capitalismo malato», nel quale gli imprenditori sistematicamente privatizzano gli utili e, attraverso il ricorso generalizzato e costante al finanziamento bancario, socializzano i rischi dell'attività di impresa. Cfr., *ex ceteris*, R. Costi, *Attività creditizia e procedure concorsuali. Un profilo del processo di socializzazione del rischio di impresa*, in «Politica del diritto», 1975, p. 526.

⁴ Da ultimo, in data 29 luglio 2016, la European Banking Authority (EBA) ha pubblicato i c.d. «stress test-2016» condotti sulle 51 principali banche dell'Unione Europea. L'analisi ha rivelato, tra l'altro, significative criticità, sul versante della gestione dei portafogli dei crediti, non solo riguardo ad alcune banche italiane (*in primis*, il Monte dei Paschi di Siena), ma anche ad alcune tra le più importanti banche francesi e tedesche (ad esempio la Bundesbank e la Commerzbank). Cfr. i documenti ufficiali che possono leggersi all'indirizzo Internet <http://www.eba.europa.eu/-/eba-publishes-2016-eu-wide-stress-test-results>.

⁵ Cfr., *ex ceteris*, F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996; e A. Candian, *Appunti dubbiosi sulla «ratio» del divieto di patto commissorio*, in «Foro it.», 1999, I, pp. 175 ss. Ma sul punto, nella particolare prospettiva della compatibilità di tali alienazioni con il divieto di patto commissorio, v. i parr. 7 e 7.1.

⁶ Nell'ampia letteratura in argomento, v. M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova, CEDAM, 1988; G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, Giuffrè, 1989; F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 1990; G. Chinè, *I contratti di garanzia*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, II, Padova, CEDAM, 1997, pp. 894 ss.; G. Grisi, *Forme e modelli della garanzia*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1997, p. 187; R. De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, CEDAM, 1998; G. Bozzi, *Le garanzie atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999; e più di recente G. Stella, *Le garanzie del credito (fideiussione e garanzie autonome)*, in *Trattato di diritto privato*, diretto

da G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, p. 75; e A. Tencati, *Le garanzie dei crediti*, Torino, UTET, 2012.

⁷ In proposito, oltre alla dottrina di cui alla nota precedente, v. la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 3947 del 18 febbraio 2010, tra l'altro in «Contratti», 2010, p. 440, con nota di M. Lobuono, e in «Nuova giur. civ. comm.», 2010, I, p. 904, con nota di Puppo, che conferma la legittimità delle garanzie autonome e distingue tra queste e quelle a prima richiesta.

⁸ Sul tema, *ex ceteris*, cfr. C. Barbieri, *La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale*, in «Giur. it.», 1999, p. 502; C. Botta, *Le polizze fideiussorie*, Milano, Giuffrè, 1999; R. Pardolesi, *Polizza fideiussoria in cerca di identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*, in «Foro it.», 2001, I, p. 3174; S. Monticelli, *Polizze fideiussorie*, in L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, III, 19, Napoli, ESI, 2005, pp. 301 ss.; P. Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁹ La dottrina e la giurisprudenza prevalente ritengono che la locazione finanziaria di ritorno non debba essere ricompresa nel *genus* delle alienazioni a scopo di garanzia. Più in generale, sul tema cfr. M. Bussani, *Il contratto di lease-back*, in «Contr. e impr.», 1986, pp. 558 ss.; R. De Nictolis, *Considerazioni in tema di lease-back*, in «Quaderni giur. impr.», 1989, pp. 81 ss.; R. Clarizia, *Il lease-back tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in «Riv. it. leasing», 1991, pp. 522 ss.; M. Bussani, *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, Università degli Studi, 1992, pp. 147 ss.; G. Gitti, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease-back»*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1993, pp. 457 ss., 485; G. De Nova, *Il contratto di leasing*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 1994; V. Santarsiere, «*Sale and lease back*» per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in «Arch. civ.», 1997, pp. 47 ss.

¹⁰ La formula «pegno rotativo», venuta originariamente in uso a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso (per una sua prima compiuta elaborazione v. E. Gabrielli, *Il pegno anomalo*, Padova, CEDAM, 1990; Id., *Garanzia «rotativa», vincoli su titoli di Stato e disciplina del pegno*, in «Riv. dir. civ.», 1992, II, p. 267, e Id., *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario. Trattato diretto da F. Galgano*, Torino, UTET, 1995, I), è adoperata oramai comunemente per designare quelle clausole, apposte a una convenzione di pegno (ma l'espressione si è in seguito generalizzata nella locuzione di «garanzia rotativa» che comprende diverse figure solo affini al pegno; così, oltre alle opere del medesimo A. appena ricordate, E. Gabrielli, *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, 2011, p. 821; Id., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, ESI, 1988, p. 22; e C. Scaroni, *Le garanzie rotative*, in «Nuova giur. civ. comm.», 1999, p. 409), con cui si stabilisce *ex ante* la possibilità di sostituire, nel corso

del tempo, le cose date in pegno. Mediante una simile previsione, le parti assumono come rilevante l'interesse a che il valore della garanzia, la quale normalmente è costituita da beni dal valore mutevole – tipicamente, materie prime destinate ad essere lavorate o strumenti finanziari –, non sia pregiudicato in conseguenza della fisiologica oscillazione del valore e della stessa consistenza dei beni che la vanno a comporre. Inoltre, quando la garanzia insista su beni destinati all'esercizio dell'impresa del datore, il patto abilitativo della sostituzione mira a garantire la flessibilità d'utilizzo dei beni stessi, necessaria al loro miglior impiego produttivo. Tale tipo di contratto, dopo l'iniziale diffidenza da parte della dottrina e della giurisprudenza, è stato reputato lecito *ex art.* 1322 c.c. dalla Corte di Cassazione con la sentenza 28 maggio 1998, n. 5264. In argomento, *ex multis*, v. U. Malvagna, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in «Banca, borsa e titoli di cred.», 2014, I, p. 313. Da ultimo, si segnala la sentenza 22 dicembre 2015, n. 25796, in «Foro it.», 2016, I, p. 2146, con nota di M. Lucci, con la quale la Corte di Cassazione ha chiarito che il pegno con clausola di c.d. rotatività è lecito purché le parti raggiungano un accordo scritto in cui venga espressa la volontà di assoggettare a garanzia una certa quantità di beni mobili e la rotatività lasci invariato il valore economico dei titoli corrispondente alla capienza della garanzia. Per i recenti interventi legislativi specialistici in materia, v. il par. 2.

¹¹ Più nel dettaglio, con l'art. 2 della legge 30 giugno 2016, n. 119, pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale» il 2 luglio successivo, ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento l'istituto del «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato» (così la rubrica del nuovo art. 48-bis del testo unico bancario, introdotto dalla norma). La finalità di tale previsione è resa evidente dalla rubrica del Capo I della legge (riferita anche al pegno non possessorio, collocato all'art. 1), che recita *Misure a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero crediti*: la norma, in un'ottica di dichiarato *favor* per i creditori bancari, mira infatti a rendere più semplici ed efficaci le tecniche di realizzo dei diritti del soggetto finanziatore, pur con l'imprescindibile adozione di misure specificamente dirette a tutelare gli interessi del soggetto finanziato, titolare di un diritto reale immobiliare; con ciò stimolando, almeno nei propositi del legislatore, l'erogazione di finanza alle imprese in virtù della maggior protezione che da detta norma deriva al creditore. Nel contempo, il precetto risponde a un intento deflattivo dell'attività giudiziaria, in un'ottica di maggiore competitività del nostro Paese, che si riscontra pure nel suddetto obiettivo di rafforzare il ruolo degli istituti di credito a sostegno dell'economia reale. Il nucleo della fattispecie normativa in esame risiede precisamente nella possibilità che il finanziamento bancario sia garantito dal trasferimento della proprietà di un bene immobile o di altro diritto reale immobiliare, dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore. Il che

consente di affermare che il patto marciano acquista definitivamente «diritto di cittadinanza» nel sistema giuridico italiano, dopo che già il nostro Parlamento, in attuazione della direttiva dell'Unione Europea n. 17 del 2014 (c.d. *Mortgage Credit Directive*), aveva approvato il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 contenente il nuovo art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b., ove si trova disciplinato l'istituto dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, imperniato a sua volta sul meccanismo del patto marciano. In questo senso, tra gli altri, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. Patto Marciano*, in www.ilcaso.it, leggibile on-line al link http://blog.ilcaso.it/news_549/25-08-16/La_rafforzata_tutela_dei_creditori_privilegiati_nella_L_N_119-2016_il_CD_Patto_Marciano.

¹² Così già F. Fiorentini, *Garanzie reali atipiche*, in «Riv. dir. civ.», 2000, p. 253.

¹³ Per primi riferimenti di carattere comparatistico circa lo studio delle connessioni fra sviluppo economico, mercato del credito e strutture giuridiche, v. P.R. Woods, *Comparative Law of Security and Guarantees*, London, Sweet & Maxwell, 1995, pp. 5 ss.; nonché Id., *Comparative Financial Law: A Classification of the World's Jurisdictions*, in R. Cranston (a cura di), *Making Commercial Law. Essays in Honour of R. Goode*, Oxford, Clarendon Press, 1997, in particolare pp. 31 ss. e 41 ss.

¹⁴ Su questa esigenza di equilibrio, v. già G. Gorla, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, libro VI, 3^a ed., Bologna, Zanichelli, 1973, pp. 2 e 147.

¹⁵ In realtà la nullità è prevista solo dall'art. 168, comma 2, che però è espressamente richiamato come applicabile dall'art. 182-*bis*, comma 3.

¹⁶ Sull'attuale complessità dei mercati finanziari globalizzati e su come l'economia finanziaria risulta oggi, sotto molti profili, prevalere rispetto alla c.d. economia reale (o anche *old economy*), sia dato rinviare a F. Di Ciommo, *La consulenza finanziaria alla luce della MIFID2: profili giuridici*, in «Riv. trim. dir. econ.», 2017, p. 39; e per ulteriori, e più datate, considerazioni anche Id., *Civiltà tecnologica, mercato e insicurezza. La responsabilità del diritto*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2010, p. 565.

¹⁷ Noto è il rilievo di F.W. Maitland, *Equity also the Forms of Actions at Common Law*, a cura di A.H. Chaytor e W.J. Whittaker, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, p. 23, secondo cui il *trust* è «an "institute" of great elasticity and generality; as elastic, as general as contract».

¹⁸ A cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo, a livello internazionale si sono determinate le condizioni per l'emersione spontanea – e cioè mai espressamente codificata – di un modello di *trust* ulteriore e diverso, sia rispetto a quello regolato dalle singole leggi nazionali, che a quello definito (seppure con i limiti propri di una definizione di diritto internazionale privato) dalla Convenzione de L'Aja del 1989 sul *trust* (su cui, v. *infra* nel testo) e chiamato «amorfo» da

alcuni osservatori: per l'appunto il c.d. «*trust* internazionale». E cioè, un *trust* che, pur non discostandosi *in toto* dal modello tradizionale inglese, né dal diverso modello tratteggiato dalla Convenzione de L'Aja, evidenzia aspetti normativi nuovi ed originali rispetto a questi, e nel contempo si caratterizza per il fatto di poter operare sostanzialmente allo stesso modo, e cioè in forza degli stessi principi e delle stesse regole giuridiche, in almeno una trentina di ordinamenti nazionali, oltre che – ovviamente – davanti a tutte le corti arbitrali in applicazione della legge nazionale di volta in volta applicabile, quando essa sia propria di uno di tali ordinamenti. Un dato pratico caratteristico del modello di *trust* internazionale – secondo alcuni assertori dell'esistenza della categoria – è attualmente costituito dalle esenzioni fiscali di cui l'istituto gode in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali dai quali il modello stesso è alimentato, e che sono giustificate dall'estraneità economica dell'operazione oggetto del *trust* rispetto all'ordinamento nazionale le cui disposizioni normative disciplinano l'istituto.

¹⁹ 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, che il *trust* vide la luce e trovò via via sempre maggiori applicazioni concrete nel corso dei secoli successivi. Nello sviluppo dell'ordinamento giuridico inglese dopo il 1066 fu influenzato in maniera determinante dall'organizzazione rigidamente feudale impressa dai 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 peti-

zioni 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*.

²⁰ 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 «Corriere giur.», 1999, pp. 630 e 773. La sintetica riflessione sul *trust* qui proposta segue, invece, quella svolta in Id., *I trusts familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, UTET, 2016, p. 1817.

²¹ 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, Giappichelli, 2012, al quale si rinvia anche per la dottrina ivi citata.

²² Per tutti, v. C.M. Bianca, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1999, in particolare pp. 153, 156 e 202.

²³ 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 «Trust e attività fiduciarie», 2001, p. 394; nonché Id., *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in «Foro it.», 1999, I, p. 1470.

²⁴ La sentenza 17 maggio 1994, *Causa C-294/92, G.L. Webb vs. 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.

²⁵ Cfr. in proposito A. Reali, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza equity*, in «Riv. dir. civ.», 2011, p. 161.

²⁶ Ad esempio, un proprietario che, in previsione della sua morte, voglia proteggere il suo patrimonio dalla dissolutezza dei suoi eredi diretti può costituire un *trust* con il quale dispone che il *trustee* gestisca il *trust fund* e durante la gestione operi trasferimenti periodici a favore degli eredi, in attesa di trasferire la piena proprietà di quanto rimanga nel *trust fund*, sempre in ipotesi, ai suoi discendenti di secondo gra-

do, quando questi ultimi avranno compiuto una certa età. Allo stesso modo, un cittadino che debba costituire in deposito beni fungibili (*ex ceteris*, denaro) – c.d. deposito irregolare – in capo, ad esempio, ad un professionista perché adempia ad obblighi fiscali in qualità di sostituto d'imposta, se teme che quest'ultimo possa essere aggredito dai suoi creditori personali prima di adempiere a detto obbligo, può costituire in *trust* i beni trasferiti e nominare *trustee* il professionista prescelto. E ancora, un istituto di credito che voglia controllare direttamente il patrimonio concesso per finanziare un investimento, e voglia rendere tale somma impermeabile alle aggressioni dei creditori personali del finanziato, può costituire un *trust* destinato alla realizzazione dell'opera in progetto e porre come *trustee* lo stesso finanziato. In tal caso, il *trust fund* sarà aggredibile solo per crediti che hanno causa in vicende inerenti alla predetta opera. Così facendo, in tutti e tre gli esempi prospettati, il *settlor* blinderà il patrimonio fino ad una certa data; lo renderà, cioè, insensibile alle pretese dei creditori personali, tanto del *trustee*, quanto dei beneficiari. Quelle accennate sono soltanto alcune delle possibili applicazioni dell'istituto in esame, il quale ha dalla sua la capacità di piegarsi alle più diverse esigenze del disponente e di realizzare una vasta gamma di risultati, come pochi o, forse, nessun'altro strumento attualmente in mano al giurista può fare.

²⁷ Tra i moltissimi scritti in proposito, v. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, CEDAM, 2008, spec. pp. 23 ss. e 333 ss. Ma v. anche S. Mazzamuto, *Trust interno e negozio di destinazione*, in «Europa e dir. priv.», 2005, pp. 804 ss.; nonché, per una diversa prospettiva, L. Gatt, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, ESI, 2010; e Id., *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in «Notariato», 2011, pp. 280 ss. Cfr. anche S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 440 ss.; Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, cit.; P. Piccoli, *I trusts e le figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in «Vita notarile», 1998, pp. 785 ss.

²⁸ 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 «Trust e attività fiduciarie», 2008, p. 522; Cass., 30 marzo 2011, n. 13276, in «Trust e attività fiduciarie», 2011, p. 408; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28363, in «Trust e attività fiduciarie», 2013, p. 280; Cass., Sez. un., 15 marzo 2012, n. 4132 (in tema di giurisdizione del giudice italiano), in «Trust e attività fiduciarie», 2013, p. 522; Cass. pen., 28 giugno 2012, in «Trust e attività fiduciarie», 2013, p. 45; Cass., 19 novembre 2012, n. 20254, in «Trust e attività fiduciarie», 2013, p. 279; Cass. pen., 5 giugno 2013, in «Trust e attività fiduciarie», 2013, p. 621; Cass., 16 settembre 2013, n. 37848, in «Trust e attività fiduciarie», 2014, p. 174; Cass., 8 ottobre 2013, n. 41670, in «Trust e attività fiduciarie», 2014, p. 60; Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, in «Corriere giur.», 2015, p. 192, con nota di U. La Porta; e Cass., 23 giugno 2015, n. 13004, disponibile all'indirizzo

Internet www.il-trust-in-italy.it. Sulla questione, al fine di evidenziare come le ceneri del dibattito in parola possano ritenersi oramai non più che appena tiepide, giova evidenziare che già in S. Mazzamuto, *Trust interno e negozio di destinazione*, in «Europa dir. priv.», 2005, p. 804, l'A. affermava, a commento di Trib. Velletri, Sez. I civ., 8 giugno 2005, ord. che: «il dibattito dottrinario "trust sì o trust no" è ormai inattuale e privo di interesse [...]. La *force de choses* ha stemperato la rigidità delle affermazioni di principio che mettevano in guardia il giurista rispetto all'imbarbarimento del diritto civile che il *trust* avrebbe recato».

²⁹ 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.

³⁰ Così testualmente si esprime la già citata sentenza di Cassazione 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 pluris* 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».

³¹ 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 «Temi Romana», 1999, I, p. 779; Id., *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in «Trusts e attività fiduciarie», 2003, pp. 181 ss.; e Id., *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in «Foro it.», 2004, I, pp. 1296, 1298 ss.

³² Una diversa posizione sul punto è affermata da Gatt, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, cit., secondo la quale nel nostro Paese, anche in considerazione dei recenti approdi dottrinali in tema di c.d. «contratto alieno», piuttosto che di *trust* interno, dovrebbe parlarsi di «*trust* di diritto interno» in ragione del fatto che la prassi avrebbe contribuito alla emersione in Italia di norme che consentono al *trust* di operare a prescindere dall'applicazione di leggi straniere. Per comprendere a pieno la prospettiva occorre precisare che per «contratto alieno» si intende il contratto stipulato in Italia, o comunque con effetti a valersi nel nostro ordinamento, da un soggetto non italiano (ovvero italiano ma controllato da un altro non italiano) con un soggetto italiano che ha la forza contrattuale sufficiente per imporre come legge applicabile il diritto italiano. La figura è stata enucleata per la prima volta in G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, Giappichelli, 2008, laddove l'A., oltre a rilevare come tra i contratti alieni si possano trovare anche contratti atipici che non corrispondono, cioè, ai tipi di contratto per i quali il diritto italiano prevede una disciplina particolare (es.: *leasing*, *factoring*,

franchising, *engineering*, ecc.), osserva che ciò che rileva è che «i contratti alieni, pur avendo tipi di riferimento nel sistema italiano, rimangono alieni in quanto pensati, costruiti in funzione del diritto statunitense [o di altro diritto, *N.d.A.*], ed ignorano il diritto italiano, anche quando esso prevede norme potenzialmente applicabili», la qual cosa determina sostanzialmente il superamento, o comunque la elusione in concreto, delle norme di diritto vigenti in Italia a favore delle norme scelte dai contraenti, nell'ottica di salvaguardare e garantire la realizzazione degli effetti negoziali da questi voluti. Tra gli esempi menzionati al fine di dimostrare come nella prassi l'operatività in Italia di alcuni contratti «alieni» abbia, di fatto, eluso limiti tradizionalmente operanti nel nostro ordinamento (problemi di causa posti dai *performance bonds*, contrasto con divieto del patto commissorio posto dal *lease back*; problemi con il divieto di fornire garanzie per l'acquisto di azioni proprie posto dal *leveraged buyout*) De Nova include anche il *trust* e la questione della compatibilità della fattispecie con l'art. 2740 c.c. Circostanza quest'ultima da tenere presente anche in funzione di ciò che si dirà nella parte di questo scritto dedicata più precipuamente all'utilizzazione del *trust* come strumento di garanzia del credito.

³³ 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 a 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, Giappichelli, 2010, pp. 209 ss.; nonché, *ex ceteris*, A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 118 ss.

³⁴ Cfr., *ex multis*, G. Vettori, *Atti di destinazione e trust*, Padova, CEDAM, 2008, nonché Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit.

³⁵ A titolo esemplificativo, alcune ipotesi di separazione patrimoniale introdotte nel nostro ordinamento nel settore del diritto finanziario sono contenute nella legge n. 1/1991, nonché nei d.lgs. 415 e 416/1995, e nella già citata legge n. 130/1999, rispettivamente in materia di società di intermediazione mobiliare, di fondi di investimento e di cartolarizzazione dei crediti. Riguardo 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 civile dalla riforma del diritto societario sostanziale di cui al d.lgs. 6/2003.

³⁶ Cfr. per tutti M. Lupoi, *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in «Trusts e attività fiduciarie», 2006, p. 169; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in «Giust. civ.», 2006, II, p. 165; G. Vettori, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645-ter*, in «Obbligazioni e contratti», 2006, X, p. 775; e A. Picciotto, *Brevi note sull'art. 2645-ter: il trust e l'araba fenice*, in «Contratto e impresa», 2006, p. 1314.

³⁷ 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 (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul «trust» ed altre bagattelle)*, in «Riv. not.», 2001, p. 1247; e Id., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del «trust»*, in «Riv. Not.», 2002, p. 1107; *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee*, «Riv. dir. civ.», 2002, II.

³⁸ 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, CEDAM, 1996, nonché R. Quadri, *La circolazione dei beni del patrimonio separato*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2005, II, p. 7.

³⁹ La prassi operativa delle Conservatorie immobiliari negli scorsi anni ha dimostrato che in Italia in alcuni contesti geografici si ammette la trascrizione di atti di *trust*, mentre in altri no. Il punto, tuttavia, non è quello della materiale trascrivibilità, quanto quello degli effetti che dalla trascrivibilità derivano. In proposito, per una sicura e datata affermazione pretoria circa la trascrivibilità dei *trust*, cfr. Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in «Nuovo dir.», 2001, p. 793, a tenore della quale: «deve trascriversi in via definitiva nei registri immobiliari la scrittura con firme autenticate dal notaio istitutiva di *trust* per l'affidamento al trustee di beni immobili e diritti, atteso che, con la cessione di essi dal settlor al trustee, si ha un trasferimento qualificato di beni in *trust*, da cui risulta un patrimonio separato; oltre le norme codicistiche, ai *trust* interni si applica la Convenzione de L'Aja, salvo che il *trust* sia vietato o incompatibile con la legislazione italiana».

⁴⁰ Sul punto sia consentito rinviare a Di Ciommo, *Il trust e l'art. 2645-ter c.c.: profili di diritto italiano*, cit., in particolare gli ultimi due paragrafi.

⁴¹ 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.

⁴² 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.

⁴³ Così T. Galletto, *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, in «Il Nuovo diritto delle società», 8, 2012, p. 38.

⁴⁴ *Ex ceteris*, in proposito, v. Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, cit.; 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 n. 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 «Trust e attività fiduciarie», 2009, p. 419; e Trib. Torino, 5 maggio 2009, in «Trust e attività fiduciarie», 2009, p. 92.

⁴⁵ Circa la funzione del *protector* in Italia, cfr. Trib. Milano, 10 luglio 2007, in «Trust e attività fiduciarie», 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*».

⁴⁶ Cfr., *ex multis*, A. Blandini, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in «Banca, borsa e titoli di cred.», 2011, I, p. 572.

⁴⁷ Sul tema, v. A. Fusaro, *Variazioni in tema di garanzie autonome*, in «Banca, borsa e titoli di cred.», 2009, I, p. 560.

⁴⁸ Sia consentito sul punto rinviare a F. Di Ciommo, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione dei crediti e la separazione patrimoniale*, in R. Pardolesi (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti in Italia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 68. Più in generale, per un'ampia ed organizzata panoramica, se pure oramai datata, del tema, cfr. I. Demuro (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, Torino, Giappichelli, 2010.

⁴⁹ L'uso diffuso del *trust* in Italia è stato sin qui impedito dalla scarsa conoscenza tecnica del tema da parte degli operatori professionali, e dunque dal timore di questi di incorrere in errori, ma anche dai pregiudizi infondati nei confronti dell'istituto che hanno seguito, sino a pochi anni fa, la ratifica italiana della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985. Senza dimenticare le incertezze – con cui, almeno in una certa misura, occorre ancora confrontarsi – circa la trascrivibilità, e dunque l'opponibilità *erga omnes*, degli effetti segregativi del *trust*, che abbia ad oggetto beni immobili e/o mobili registrati, e circa il regime fiscale applicabile alle operazioni di *trust*. Ed inoltre senza tralasciare il fatto che in Italia ancora non esiste una vera cultura dei rapporti fiduciarie e che, in ogni caso, la gestione di un patrimonio in *trust* importa costi relativi al compenso del trustee e, quando nominato, del *protector*, sicché in alcuni casi essa può risultare eccessivamente onerosa rispetto al valore economico dell'interesse perseguito.

³⁰ Così Galletto, *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, cit., in part. 47.

³¹ Per un completo svolgimento della riflessione qui proposta sul divieto di patto commissorio, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. pp. 97-106.

³² In dottrina, sul divieto di patto commissorio, v. *ex multis*, V. Lo Jacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1952; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957; V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro VI. Tutela dei diritti, artt. 2740-2899, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro italiano, 1958, p. 53; U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 502; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in «Riv. dir. civ.», 1990, pp. 219 ss. Più recentemente, cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, ESI, 2000; F. Gliotti, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1999; e A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, ESI, 1999.

³³ C. Th., 3, 2, 1: «Quoniam inter alias captiones precipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt». In argomento, cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, spec. pp. 249 ss.; e A. Biscardi, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, Giuffrè, 1962, spec. pp. 573 ss.

³⁴ Cfr. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., spec. p. 136; A. Luminoso, *La vendita con patto di riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1987, p. 231; Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., spec. p. 209; Carnevali, voce *Patto commissorio*, cit., p. 505; nonché E. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino, UTET, 1985, p. 433; e F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit.

³⁵ In passato autorevole dottrina aveva riconosciuto la validità delle vendite a scopo di garanzia strutturate come vendite con patto di riscatto o patto di retrovendita. In tale ipotesi, infatti, si considerava che la cosa garantisce, col suo immediato trasferimento in proprietà del mutuante, la somma data a mutuo e la sua restituzione giacché il mutuatario potrà riacquistare la cosa pagandone il prezzo, cioè restituendo la somma mutuata. La liceità di questa figura veniva sostenuta in base al suo inquadarsi nella vendita con patto di riscatto, tipicamente ammessa dall'ordinamento, e la funzione di garanzia rappresenterebbe un motivo delle parti, strutturalmente compatibile con la causa della

compravendita realizzata. Cfr. D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 1027-1028.

³⁶ In caso di patto commissorio obbligatorio l'assenza di trasferimento automatico è supplita dall'ammissibilità di una esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, sicché il patto commissorio obbligatorio determina la stessa esposizione al rischio di squilibrio di quello ad efficacia reale.

³⁷ La sentenza è, tra l'altro, pubblicata in «Foro it.», 1984, I, p. 212. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza precedente e posteriore alla sentenza del 1983, v. M. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 11-45. Un'ampia ricostruzione delle tesi dottrinali e giurisprudenziali antecedenti e successive alla sentenza è anche offerta da S. Nardi, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*, in «Giust. civ.», 2005, II, p. 329.

³⁸ La sentenza è pubblicata in «Notariato», 2009, p. 610.

³⁹ Secondo L. Mattiangeli, *La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio*, in «Riv. notariato», 2001, 2, p. 459, ormai «Si interpreta quindi l'art. 2744 c.c. come diretto a sanzionare un preciso risultato giuridico ed economico e non i mezzi che vengono concretamente adottati per conseguirlo. Il divieto è inteso, secondo la tesi prevalente, come volto ad impedire che, attraverso qualsiasi strumento negoziale, si realizzi la preventiva destinazione del bene al soddisfacimento del creditore per l'eventualità che l'obbligazione non venga adempiuta».

⁴⁰ Dottrina e giurisprudenza hanno man mano stilato una sorta di «lista nera» dei contratti assimilabili al patto commissorio: sono stati ritenuti nulli la vendita con patto di riscatto, in particolare, e le alienazioni in genere finalizzate a garantire un credito vantato dall'acquirente nei confronti dell'alienante; il mandato irrevocabile ad alienare senza obbligo di rendiconto; il patto di opzione; il contratto preliminare di compravendita; il riporto; il *sale and lease back*, in cui il negozio di finanziamento è un *leasing* finanziario; nonché l'accordo stipulato dal creditore non con il debitore ma con un terzo, qualora quest'ultimo trasferisca al primo un proprio bene allo scopo di garantirlo per il caso di inadempimento del debitore. Cfr. Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in «Contratti», 2004, p. 979, con nota di L. Cilia. Per la giurisprudenza precedente, v. tra le altre Cass., 1 febbraio 1974, n. 282, in «Giur. it.», 1974, I, 1, p. 1024; Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in «Riv. notariato», 1983, p. 765; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in «Giur. comm.», 1997, II, p. 656; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in «Riv. notariato», 1998, p. 299 con commento di A. Gammone; nonché Cass., 23 ottobre 1999, n. 11924, in «Foro it. Rep.», 1999, voce *Patto commissorio*, n. 8.

⁴¹ Cfr. Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, cit.; App. Milano, 10 aprile 2002, in «Gius.», 2002, p. 1999.

⁴² In proposito, v. Cass., 11 febbraio 1993, n. 1787, in «Giur. it.», 1994, I, 1, p. 64, con nota critica di A. Morace-Pinelli.

⁶³ In argomento, v. Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, in «Foro it.», 1999, I, p. 175, con nota di A. Candian; pubblicata anche in «Giur. it.», 1999, I, 1, p. 1829, con nota di C. Iurilli; e altresì Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in «Giur. it.», 1991, I, 1, p. 1208, con nota di G.M. Pellegrini; e ancora Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in «Giust. civ.», 1993, I, p. 3055.

⁶⁴ Sul fenomeno del collegamento negoziale cfr. tra gli altri, M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in «Riv. it. sc. giur.», 1937, pp. 276 ss.; R. Scognamiglio, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 375 ss.; F. Messineo, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 48 ss.; A. Venditti, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in «Giust. civ.», 1954, p. 264; F. Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in «Riv. dir. civ.», 1959, I, p. 412; G. Gandolfi, *Sui negozi collegati*, in «Riv. dir. comm.», 1962, II, p. 342; C. Di Nanni, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in «Riv. dir. comm.», 1977, I, pp. 279 ss.; P. Troiano, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, s.n., 1999; G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1999; C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, CEDAM, 1999; B. Meoli, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, ESI, 1999; e F. Maisto, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, ESI, 2000.

⁶⁵ Cfr. N. Canessa, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in «Giust. civ.», 1989, I, pp. 2426-2427.

⁶⁶ Cfr. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 32; F. Martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, in «Riv. dir. comm.», I, 1960, p. 115; e D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, cit., p. 1027.

⁶⁷ Cfr. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., spec. p. 204.

⁶⁸ Nel patto marciano, tuttavia, verificatasi la scadenza del credito, sarà un terzo a valutare il bene, e il creditore dovrà corrispondere al debitore la differenza che eventualmente sussista tra ammontare del credito e maggior valore del bene. Parte della dottrina, peraltro, individuando la ragione del divieto di patto commissorio nella contrarietà dell'ordinamento per le compravendite a scopo di garanzia, ritiene nullo anche il patto marciano. Tra gli altri, cfr. F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in «Riv. dir. comm.», 1997, I, p. 29, secondo il quale, l'insufficienza della causa di garanzia a giustificare l'attribuzione del bene in proprietà comporta la nullità anche del patto marciano, non rilevando in senso contrario la corrispondenza dei valori del bene alienato e del credito garantito. In senso contrario, *ex ceteris*, M. Bianca, *Diritto civile*, VII, Milano, Giuffrè, 2012, p. 288. ove il rilievo che, «mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è

del tutto casuale, nel patto Marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto costituendo oggetto di un diritto del debitore», al quale viene in definitiva imposta «una perdita patrimoniale proporzionata al debito garantito».

⁶⁹ Così E. Betti, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in «Riv. dir. comm.», 1931, II, p. 699; e nello stesso senso E. Enrietti, *Patto commissorio ex intervallo*, in «Riv. dir. priv.», 1939, I, p. 21.

⁷⁰ Ancora Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., spec. p. 187.

⁷¹ Così M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato (appunti per una ricerca)*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1997, p. 117.

⁷² In tal senso, ad es., Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, cit., spec. p. 53; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in «Foro it.», 1966, I, p. 1120; e F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in «Riv. dir. proc.», 1946, II, p. 159.

⁷³ Così A. Luminoso, *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509, in Il codice civile. Commentario*, cit., p. 242; nonché Id., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in «Riv. dir. civ.», 1990, pp. 219 ss.

⁷⁴ La tesi è sostenuta da Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., spec. pp. 147 ss., il quale osserva che il divieto in esame esprime un'applicazione del principio di solidarietà in quanto impedisce il compiersi di ingiuste prevaricazioni in danno del debitore o del terzo datore di ipoteca, così imponendo ai privati, ed in particolare ai creditori in ipotesi di rapporti di finanziamento, di tenere un comportamento conforme alle clausole di correttezza e buona fede. Nello stesso senso anche F. Bellafiore, *Fondamento e operatività del divieto del patto commissorio*, nota a Cass., 23 novembre 2001, n. 14911, in «Rass. dir. civ.», 2003, II, p. 474.

⁷⁵ In verità, la dottrina in parola, a parere di chi scrive, desta perplessità, e dunque si esone a vaglio critico, nella parte in cui ritiene di dover suffragare la tesi sostenendo che, come si evincerebbe dalla recente legislazione speciale (ed il riferimento è all'art. 9 della legge 192/1998 sulla subfornitura industriale), gli atti privati contrari a buona fede sono sanzionati dall'ordinamento con la previsione della nullità. Il dato non risulta corretto sul piano normativo e sistematico, ed inoltre non è necessario a suffragare la tesi che individua il divieto di patto commissorio nel principio di solidarietà, giacché altro è affermare che il legislatore sanziona espressamente con la nullità alcune ipotesi di atto privato contrario a tale principio, altro è ritenere che ogni qual volta si riscontri un atto di autonomia privata contraria a buona fede il giudice abbia il potere (o il dovere?) di dichiararne la nullità.

⁷⁶ Diffusamente sul punto Di Giommo, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, cit.

⁷⁷ La tesi è condivisa da Nardi, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*, cit., il quale osserva che: «A noi sembra, invero, che l'art. 2744 c.c. sia direttamente da considerare una specificazione del principio di solidarietà, nel senso, dunque, che la sua violazione significherebbe in definitiva una diretta sottrazione a tale principio. La convenzione commissoria, infatti, porrebbe il creditore – incoraggiato dal valore del bene ricevuto in garanzia spesso di molto superiore a quello del credito vantato – nella situazione di confidare nell'inadempimento del debitore, traendo da ciò maggiore vantaggio di quanto non avverrebbe ove il debitore stesso adempisse. In buona sostanza si sarebbe in presenza di una regola privata (regola formale) che urterebbe con le esigenze superiori di giustizia (regola sostanziale) in forza delle quali ciascun contraente deve salvaguardare l'interesse altrui, con il limite, però, dell'apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. Detto con altre parole, una prospettiva contrattuale individualista deve cedere il passo ad una solidarista; ma fino ad un certo punto: la soglia è, in sostanza, la irragionevolezza economica – cioè, l'ingiustizia – del sacrificio proprio, in vista dell'utilità altrui». Cfr. Grondona, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2004, pp. 736-737. In quest'ottica, si spiega, tra l'altro, perché non vi sarebbe alcuna differenza se il bene oggetto di garanzia fosse trasferito da un terzo piuttosto che dal debitore stesso, giustificandosi in ogni caso l'operatività della norma di cui all'art. 2744 c.c.

⁷⁸ La sentenza è pubblicata, tra l'altro, in «Imm. e propr.», 2013, 7, p. 463.

⁷⁹ In questi termini già dieci anni fa si esprimeva, ragionando in generale sul *trust*, R. Pardolesi, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2008, pp. 215, 228, il quale osservava che «la verità è che nel valutare gli interessi bisogna assumere un atteggiamento realistico. Come si è fatto, per esempio, per il *leveraged buyout*, che, solo qualche tempo fa, in Italia, evocava il tintinnio di manette – mentre tutto il mondo faceva LBO, noi chiamavamo i carabinieri – e oggi ha diritto di cittadinanza perché sono stati meglio valutati gli interessi effettivamente fuori da ogni retorica e con piglio concreto».

⁸⁰ Della necessità di effettuare questa valutazione di compatibilità in concreto degli effetti del *trust* con le norme imperative del nostro diritto civile la magistratura appare – da tempo – consapevole, tanto che spesso sono dichiarati nulli, da giudici italiani, *trust* in quanto valutati incompatibili con uno o più principi di ordine pubblico. Cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 16 giugno 2009 (in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1763.htm>), che dichiara nullo per contrarietà a norme di ordine pubblico il *trust* istituito da una società in stato di insolvenza allo scopo di soddisfare i propri creditori. Così anche Trib. Milano, 30 luglio 2009 (in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1810.pdf>), che dichiara nullo il *trust* liquidatorio ex artt. 1325, n. 2, 1418 e art. 15 Convenzione

de L'Aja. Nella stessa prospettiva, cfr. anche Trib. Trieste, decr. Ufficio del Giudice Tavolare, 19 settembre 2007, secondo cui spetta al giudice, mediante un'indagine attenta della causa dell'atto, «verificare se l'atto istitutivo del *trust* o quelli ad esso geneticamente e funzionalmente collegati contengano pattuizioni che violino norme inderogabili specifiche o principi precettivi dell'ordinamento italiano o di quello estero prescelto dalle parti»; e Trib. Trieste, decr. Ufficio del Giudice Tavolare, 7 aprile 2006, in «Riv. not.», 2007, II, p. 367 e in «Foro it.», 2006, I, p. 1935, dove può leggersi che «[...] per quanto sia precisa convinzione di questo giudice che l'art. 12 della convenzione de L'Aia del 1° luglio 1985 operi direttamente nel tessuto normativo interno, consentendo la trascrizione dell'atto di trasferimento della proprietà immobiliare ad un *trustee*, tuttavia questo risultato deve essere verificato in concreto, per saggiare il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico italiano: ciò sia con riguardo alla dimensione di tipicità del diritto di proprietà in capo al *trustee*, sia quanto alla trascrivibilità dell'acquisto».