

ITALIAN LEGAL SCHOLARSHIP UNBOUND WORKING PAPER SERIES



TRUST: TRANSCRIPTION AND OPPOSABILITY OF THE “SEGREGATION”

Federico Mottola Lucano

PG Degree (Law) Candidate, Bocconi University

ABSTRACT

The main objective of the paper is to clarify, as far as possible, the issues raised in civil law countries - and Italy in particular - by the introduction of a common law legal category like that of “trust”. The work sets off from a new piece of legislation issued by the Italian government in 2006, regulating the “transcription of acts of destination for the fulfillment of interests worthy of legal protection, referred to people with disabilities, to public administrations and to other entities or physical persons”. In a simple and basic way, the Italian legislator tried to introduce by a mere law of application (transcription, which is the formal procedure one has to undertake to be entitled of certain estates by means of law) what instead ought to be regarded as a substantial change in the way property is understood in Italian law. In this respect, it is concluded that the main difference between civil law and common law systems, as will be appropriately illustrated in the paper, lies in the fact that the former have flexible instruments to protect titles and interests, while the latter are bound to ancient actions, and can’t therefore adapt to smoother solutions.

ILSU WORKING PAPER NO. 2008-03/IT

This paper can be downloaded without charge from

ILSU Working Paper Series
www.ilsuwps.org

TRUST: TRASCRIZIONE E OPPONIBILITÀ DELLA “SEGREGAZIONE”

Federico Mottola Lucano

SOMMARIO

I. PREMESSA	3
II. IL TRUST NELL’ESPERIENZA DEGLI ORDINAMENTI STRANIERI	4
A. LE ORIGINI MEDIEVALI.....	4
B. LO SCHEMA MODERNO	4
C. NEGOZIO FIDUCIARIO E TRUST.....	4
III. IL TRUST NELL’ESPERIENZA ITALIANA	6
A. LA CONVENZIONE DELL’AJA	6
B. NATURA DELL’ISTITUTO	8
C. STRUTTURA DEL TRUST.....	9
IV. APPLICAZIONI PRATICHE NELL’ORDINAMENTO ITALIANO	10
A. IL TRUST COME STRUMENTO DI GARANZIA DELLE OBBLIGAZIONI.....	10
B. IL TRUST COME GARANZIA DI UN PRESTITO OBBLIGAZIONARIO	10
C. IL TRUST COME ALTERNATIVA AL PATTO PARASOCIALE.....	11
D. IL TRUST COME STRUMENTO DI GESTIONE DEL PATRIMONIO FAMILIARE	11
V. LA SEGREGAZIONE DEL PATRIMONIO	12
A. RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE	12
B. CONOSCIBILITÀ DELLA SEGREGAZIONE.....	13
1. <i>Il contenuto del diritto di proprietà: art. 832 c.c.</i>	14
2. <i>La trascrizione: artt. 2643 e 2645 c.c.:</i>	14
VI. I PIÙ RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI TRASCRIZIONE ED OPPONIBILITÀ	17
A. I PATRIMONI DESTINATI AD UNO SPECIFICO AFFARE: ART. 2447-QUINQUIES CO. 2 C.C.	17
B. TRASCRIZIONE DI ATTI DI DESTINAZIONE PER LA REALIZZAZIONE DI INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA RIFERIBILI A PERSONE CON DISABILITÀ, A PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI O AD ALTRI ENTI O PERSONE FISICHE: ART 2645-TER C.C.	17
C. LA TRASCRIZIONE DEL TRUST	20
VII. CONCLUSIONI	21
VIII. INDICE BIBLIOGRAFICO	22

I. PREMESSA

Il trust è senza dubbio uno degli istituti più caratteristici e di maggior diffusione negli ordinamenti di common law.

I romanisti nel confrontarsi con questo istituto ne rimangono da sempre molto affascinati, poiché presenta profili e applicazioni talmente vari e vasti da rendere impossibile il tentativo di ricondurlo ad una singola tipologia di negozio giuridico tipico degli ordinamenti di civil law.

Il trust è un unico istituto giuridico, ma è al contempo uno strumento estremamente duttile e flessibile, idoneo ad essere impiegato nei settori più disparati, spaziando fra due macro-categorie: da un lato il commercial trust, che comprende il settore finanziario, commerciale, familiare, successorio; dall'altro il *charitable trust*¹ che copre il settore assistenziale e del socialmente utile. Per coprire le medesime aree applicative il giurista di civil law deve disporre di diversi di istituti, mentre quello di common law può sfruttare un unico schema negoziale.

I paesi di civil law si sono avvicinati a questo istituto mediante una convenzione di diritto internazionale, la Convenzione dell'Aja del 1985: la Convenzione si astiene dall'adottare una definizione impegnativa e puntuale della definizione di trust, preferendo utilizzare uno schema che fornisce una semplice descrizione delle caratteristiche minime per la qualificazione dell'istituto del trust²: «*Ai fini della (...) Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente, con atto tra vivi o mortis causa, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato*»³.

L'aspetto che affascina maggiormente i giuristi di formazione romanistica, consiste in uno degli effetti principali del trust: la segregazione del patrimonio.⁴ Questo effetto conferisce al trust la potenzialità di rendersi lo strumento di autonomia privata in grado di risolvere uno dei problemi più sentiti nella moderna economia mobiliare: la possibilità di costituire patrimoni separati destinati a vari scopi predeterminati, o più in generale fare in modo che un complesso di beni sia amministrato nell'interesse altrui.

Per ottenere questo effetto in Italia si deve ricorrere alla formalità della trascrizione, poiché solo in questo modo è possibile assicurare nel nostro ordinamento la conoscibilità del vincolo apposto sui beni conferiti in trust, e quindi evitare che i creditori del trustee facciano affidamento anche su quei beni per soddisfare i propri crediti.

Questo lavoro, non potendo analizzare in dettaglio della disciplina del trust anglosassone, né quella del trust come concepito dalla Convenzione, si propone di trattare il profilo della disciplina degli effetti del trust nel nostro ordinamento, facendo particolarmente attenzione a:

¹ G. IUDICA, *I trusts di pubblico interesse*, in *I trusts in Italia Oggi*, a cura di I. BENVENUTI, Milano, 2000, pag. 431 e ss.

² La Convenzione svincolando la nozione di trust dal mondo e dalle procedure di common law, consente l'introduzione di tale istituto nell'ordinamento italiano: infatti la definizione operata della Convenzione fornisce, come scritto nella Relazione di accompagnamento alla Convenzione stessa, "*aux juristes de droit civil un instrument permettant d'apprendre cette figure juridiques étrange que constitue le trust*".

³ Art. 2 della Convenzione, prima parte.

⁴ Art. 2 della Convenzione, seconda parte: «*Il trust è caratterizzato dai seguenti elementi: a) I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee; b) I beni in trust sono intestati al trustee o ad altro soggetto per conto del trustee; c) Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee*»

- il principale effetto del trust, la segregazione, e la sua compatibilità con l'ordinamento italiano;
- la discussione dottrinale che ha avuto come oggetto la trascrivibilità dell'effetto segregativo;
- l'intervento legislativo del 2006, volto a fugare tali discussioni dottrinali.

II. IL TRUST NELL'ESPERIENZA DEGLI ORDINAMENTI STRANIERI

A. *Le origini medievali*

Le origini del trust si collocano in età medievale, in Inghilterra, dove sulla scia del concetto di fiducia romanistica si sviluppa la primitiva versione di questo istituto, la quale assume il nome di "use"⁵: in esso il disponente (feoffor) era il vassallo, il feoffee un terzo di fiducia e il bene trasferito era il feudo; il feoffee si obbligava a trasferire le rendite del fondo al feoffor e alla sua morte di ritrasferire i beni al soggetto o ai soggetti indicati (il feoffor assumeva quindi la qualifica di beneficiario iniziale e i suoi figli quella di beneficiari finali).

B. *Lo schema moderno*

Nello schema moderno del trust, si contemplan normalmente tre soggetti: il *settlor* o disponente, il trustee e il *beneficiary* o beneficiario.

A queste, che sono le figure principali, si può affiancare la figura altrettanto importante del protector o guardiano.

Il settlor conferisce dei beni al trustee, il quale li gestisce in qualità di titolare di un patrimonio autonomo rispetto al suo personale, nell'interesse del trust, ossia a favore dei beneficiari indicati nell'atto istitutivo, e sotto il controllo del protector.

C. *Negozi fiduciario e Trust*

Il trust è un "negozi giuridico" che riproduce lo schema della fiducia così come è conosciuta anche negli ordinamenti di civil law: nel diritto civile infatti la «nozione di fiducia nella sua accezione tecnico-giuridica indica l'attribuzione ad un soggetto (il fiduciario) di un diritto o di un potere giuridico limitato alla cura degli interessi dell'altro (il fiduciante)»⁶.

La grande differenza con la fiducia civilistica consiste nella tutela che viene fornita al trust nel mondo di common law.

Nell'Inghilterra del XIV e XV secolo, le corti di Westminster⁷ non potevano tutelare pienamente le aspettative del beneficiario, poiché non disponevano di alcun writ⁸ concernente le intestazioni

⁵ F. ROTA, G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007, pag. 6 e ss. Termine ricavato dall'espressione "to use of". La sua origine sarebbe riconducibile secondo parte della dottrina agli istituti sassoni del "salmann" o del "treuhender" cioè quelli con cui i germani erano soliti trasferire la proprietà mediante un atto solenne chiamato appunto "sala", affinché potesse essere usata secondo le direttive del trasferente.

⁶ AA. VV., *Digesto, Discipline Privatistiche*, Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, voce Trust, pag. 449 e ss.

⁷ Le Corti di Westminster erano fino alla metà del XIII secolo l'emanazione della giustizia del re. Sotto il regno di Enrico III (1216-1272), le Corti si separarono dalla Curia Regis e formarono una sorta di autonoma struttura cui competeva l'amministrazione della giustizia. Con la separazione dalla Curia Regis, tuttavia, i giudici delle Corti di Westminster, o come vennero poi chiamati, delle Corti di Common Law, persero il potere di amministrare la giustizia nel caso concreto in deroga alle procedure che si erano consolidate nel corso degli anni.

⁸ Il writ, anche chiamato breve, era lo schema processuale tipico di tutela di diritti sostanziali, che permetteva l'accesso alla tutela giurisdizionale delle corti inglesi. Esso consisteva in un ordine di comparizione, elaborato dal

fiduciarie, e non potevano costruirne di nuovi poiché nel 1258 con le Provisions of Oxford era stato chiuso il numero dei writ utilizzabili⁹. I beneficiari si rivolsero allora alla coscienza del Re, rappresentata dal Cancelliere¹⁰, il quale non era vincolato al formalismo delle forms of action e poteva garantire agli interessati una tutela nella giurisdizione di Equity. La protezione fornita fu però plasmata sul paradigma della proprietà, e dal momento che il trasferimento della proprietà era concepito come l'effetto di una attribuzione unilaterale, non vi era alcuna necessità di concepire la causa fiduciae come causa dell'attribuzione¹¹. Conseguenza di questo modo di ragionare fu che in caso di trasformazione dei beni originariamente trasferiti al trustee, il vincolo rimaneva e coinvolgeva i nuovi beni ottenuti in cambio (tracing¹²). In questo modo si evitò che il comportamento fedifrago del trustee comportasse il mutamento della sua obbligazione da obbligazione di amministrazione e custodia a mero obbligo di risarcire il danno¹³. I due sistemi, common law in senso stretto ed Equity, vengono così a coordinarsi in maniera sussidiaria l'uno all'altro: da un lato «*il trustee fino a quando non abusa dei suoi poteri può muoversi con la discrezionalità e scioltezza che gli derivano dalla piena titolarità dei diritti a lui conferiti*»¹⁴

Cancelliere in nome del Re, dinanzi al giudice, il quale poi emanava un ordine al signore feudale locale o allo sceriffo, affinché il soggetto contro il quale si agiva facesse o non facesse qualcosa.

⁹ AA. VV., Digesto, Discipline Privatistiche, Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, voce Trust, pag. 449 e ss.: «originariamente il common law in senso stretto era incapace di tutelare il beneficiario, poiché non riconosceva alcun valore alle obbligazioni fiduciarie né alla causa fiduciae, mentre dava pieno riconoscimento al trasferimento della proprietà avvenuto fra settlor e trustee»

¹⁰ Nel XV secolo, in epoca Tudor, molti litiganti, insoddisfatti dalle decisioni dei giudici di Common Law, si rivolgevano al Cancelliere del Re. Il Cancelliere, di regola un ecclesiastico, amministrava infatti la giustizia nel caso concreto, applicando i principi canonistici di equità, correttezza, e buona fede, spesso sovvertendo le decisioni assunte secondo i rigidi schemi della dinamica processuale nelle Corti di Common Law. Il diritto così prodotto fu chiamato Equity, dall'*aequitas* richiamata dal Cancelliere nel momento della decisione.

¹¹ AA. VV., Digesto, Discipline Privatistiche, Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, voce Trust, pag. 449 e ss.: «La causa fiduciae rileva (...) legittimando non tanto il trasferimento proprietario, quanto i limiti imposti sul potere di gestione dei beni e le responsabilità da esso derivanti».

¹² Cfr. L. D. Smith, *The law of tracing*, Boston, 1967: Il tracing è uno strumento giuridico mediante in quale l'attore dimostra cose è successo al suo bene (donato, venduto, ...) identifica le persone che ora ne sono in possesso, e chiede alla corte di garantirgli una "azione reale" (UK: proprietary claim) nei confronti del bene stesso, o qualora questo non sia possibile, nei confronti di un altro bene in sostituzione del bene originale; visto che l'interesse del beneficiario si concretizza nel valore del fund, il tracing consente al beneficiario di "rintracciare" il bene di cui il trustee ha disposto in maniera fraudolenta e di far valere i suoi diritti rivendicando o il bene stesso o il bene acquistato mediante la disposizione del bene originario; qualora questo non sia possibile, il beneficiario vedrà tutelato il suo diritto riconducendo al trust fund il ricavato dall'atto dispositivo del bene che originariamente faceva parte del fund.

L'esempio storico forse di maggior rilievo nell'applicazione del tracing, è conosciuto come *AG for Hong Kong v Reid* [1994] 1 AC 324, [1994] 1 NZLR 1 (PC). Mr Reid, Solicitor General di Hong Kong, ricevette mazzette per passare informazioni al crimine organizzato. Secondo la legge di Hong Kong tuttavia, il denaro proveniente dalle mazzette entrava in un constructive trust (cioè istituito non per espressa volontà di un settlor, ma per legge ogni volta che viene compiuta una determinata operazione) a favore del governo. Quando venne scoperto il comportamento illecito di Mr Reid, egli aveva già investito tutto il denaro in terreni situati in Nuova Zelanda. La corte non ritenne fondata la sua richiesta di pagare unicamente il controvalore attuale delle mazzette ricevute nel corso degli anni, ma tramite il tracing, sostenne che il denaro poteva essere "traced into land", e così il governo ottenne il titolo proprietario sui terreni in Nuova Zelanda. (La corte per giustificare l'applicazione del tracing in questo caso afferma che "without his wrong, Mr Reid would never have made those profits and it would be grossly inequitable for him to keep them".)

¹³ Nello schema di trust l'inadempimento dei doveri fiduciari non incide affatto sulla situazione giuridica dei beni oggetto del trust, ma solo sulla posizione personale del trustee: il cancelliere provvede infatti a sostituire il trustee fedifrago con un altro trustee.

¹⁴ AA. VV., Digesto, Discipline Privatistiche, Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, voce Trust, pag. 449 e ss.

tramite il deed of trust; dall'altro l'interesse del beneficiario si concretizza solo se la corte di Equity ha interesse ad intervenire, cioè solo quando vi sia una lesione del deed, che comporti frode, malafede o abuso¹⁵.

Negli ordinamenti di civil law invece non si riesce a superare il limite della sola tutela obbligatoria degli interessi del fiduciante a fronte della piena titolarità del diritto in capo al fiduciario, e della mera legittimazione riconosciuta al fiduciario di esercitare in nome proprio un diritto che rimane in capo al fiduciante.

In una analisi comparativa, lo schema della fiducia negli ordinamenti di civil law non risulta competitivo con lo schema del trust, il quale permette sia la piena titolarità del diritto in capo al fiduciante, sia la tutela reale degli interessi del fiduciario tramite separazione patrimoniale e tutela reipersecutoria. Il fiduciante negli ordinamenti di civil law «viene ad essere equiparato ai creditori del fiduciario (sempre nel caso di fiducia romanistica, solo in conseguenza di un atto di commistione patrimoniale illecito in quello di fiducia germanistica), con la conseguenza di essere esposto al concorso con i creditori dello stesso»¹⁶.

III. IL TRUST NELL'ESPERIENZA ITALIANA

A. La Convenzione dell'Aja

La Convenzione internazionale sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata all'Aja il 1° luglio 1985, ratificata dalla legge n. 364 del 16 ottobre 1989 e in vigore dal 1° gennaio 1992, ha limitato il proprio raggio di applicazione ai soli trusts espressamente comprovati per iscritto¹⁷. Tale Convenzione non è un atto legislativo interno idoneo a disciplinare autonomamente il trust, ma è un testo di diritto internazionale privato, il quale stabilisce che la legge che disciplinerà gli obblighi derivanti dal trust¹⁸ dovrà essere scelta fra quelle di un paese che conosce tale istituto¹⁹, ma che il trust stesso sarà soggetto alla legge del paese in cui è istituito²⁰.

¹⁵ AA. VV., Digesto, Discipline Privatistiche, Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, voce Trust, pag. 449 e ss. I limiti riconosciuti in Equity alla condotta del trustee sono da un lato il rispetto della volontà del disponente così come si è concretizzata nel deed of trust, dall'altro gli obblighi di diligenza richiesti dalla qualifica professionale per la quale è stato scelto. Ciò significa che il trustee è sottoposto ad un notevole numero di obblighi non dedotti nell'atto istitutivo del trust, quali le norme tecniche e quelle deontologiche.

¹⁶ AA. VV., Digesto, Discipline Privatistiche, Sez. Civ., vol. XIX, Torino, 1999, voce Trust, pag. 449 e ss.

¹⁷ Art. 3 della Convenzione: «La convenzione si applica ai soli trust istituiti volontariamente e provati per iscritto». Da notare la differenza fra le due versioni ufficiali: da un lato il francese «dont la preuve est apportée par écrit»; dall'altro l'inglese «evidenced in writing». Noi scegliamo di tradurre seguendo la versione francese, poiché meglio si adatta al nostro concetto di forma *ad probationem*.

¹⁸ Art. 8 della Convenzione: «La legge determinata dagli articoli 6 o 7 disciplina la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del trust».

¹⁹ Art. 6 della Convenzione: « Il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente. La scelta deve essere espressa oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che istituisce il trust o ne fornisce la prova, interpretate se necessario alla luce delle circostanze del caso. Qualora la legge scelta in applicazione al precedente comma non preveda l'istituto del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta è senza effetto e verrà applicata la legge di cui all'articolo 7».

²⁰ La dottrina favorevole ai trust interni, cioè quei trusts in cui l'unico elemento di alterità è costituito dalla legge straniera che disciplina, a norma dell'art. 8 della Convenzione, la validità, l'interpretazione e gli effetti del trust sostiene che non ammettere la riconoscibilità nel nostro ordinamento del trust costituirebbe una violazione dell'art. 3

Il trust, così come concepito dalla Convenzione, deve quindi necessariamente rapportarsi ai limiti generali posti all'autonomia negoziale delle parti. Per quanto riguarda il rapporto del trust con il 1322²¹, la dottrina prevalente considera il giudizio di meritevolezza parificato a quello di liceità, e non incontra nessuna difficoltà ad ammettere il trust come negozio atipico: l'interprete dovrà limitarsi all'esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume²².

Per quanto concerne invece il rispetto delle norme di ordine pubblico²³ (per esempio i principi desumibili dalla nostra carta costituzionale), o le norme di applicazione necessaria²⁴ (per esempio le norme sulla successione necessaria), o ancora quelle inderogabili²⁵, ogni singolo trust dovrà rispettarle, poiché altrimenti integrerebbe un vizio genetico del negozio e ciò condurrebbe alla dichiarazione giudiziale di nullità dell'atto istitutivo. Una parte della dottrina²⁶ fa inoltre notare come la Convenzione stessa si preoccupi del rispetto delle norme fondamentali

della Costituzione, in quanto si vieterebbe agli italiani di fare quanto si consente di fare agli stranieri. (Cfr. Tribunale di Bologna, giudice del Registro, 16 giugno 2003, pubblicato in *Trusts*, 2003, pag. 580. Il giudice affermava che ritenere la mera nazionalità un elemento di discriminazione costituirebbe violazione dell'art. 3 Cost. "sia per la (...) intrinseca irragionevolezza, sia per l'ingiustificata disparità di trattamento generata".)

²¹ Art. 1322 c.c.: «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

²² *Contra*, C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 3, Milano, 2000, pag. 459. Ritiene che «il giudizio sulla meritevolezza non può prescindere dalla scelta costituzionale nel senso che l'iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41 co. 2 Cost.)». Pertanto il trust potrà trovare riconoscimento in Italia solo quando oltre a non violare norme imperative, di ordine pubblico o del buon costume, consenta di raggiungere interesse meritevoli di tutela, altrimenti meno tutelati o addirittura non raggiungibili. Una recente sentenza (Tribunale di Trieste, Ufficio del giudice tavolo, g.n. 10804/05) ha smontato questa seconda teoria: «Se è vero, secondo il tradizionale insegnamento della Corte Costituzionale, che l'autonomia contrattuale è solo indirettamente tutelata dall'art. 41 Cost. e deve comunque cedere di fronte a motivi di ordine superiore (economico e sociale) considerati rilevanti dalla Costituzione, è però altrettanto incontrovertibile che il perseguimento dei valori costituzionali è compito riservato allo Stato, e non ai privati, e che i principi sovraordinati fungono, riguardo all'autonomia contrattuale, quali limitazioni inderogabili, più che come finalità che i contraenti debbano prefiggersi. Se quindi il trust, come tanti altri negozi di importazione extranazionale, non è di per sé ed in termini assoluti uno strumento idoneo a determinare squilibri "macro-economici", rimanendo sostanzialmente irrilevante in un'ottica di utilità sociale, allora coerenza vuole che il sindacato dell'autorità giudiziaria debba concentrarsi – abbandonando i "massimi sistemi" - sulla liceità in concreto dello strumento prescelto, per vedere se con la sua adozione ci si sia proposti di derogare a norme imperative ed a principi generali».

²³ Art. 18 della Convenzione: «Le disposizioni della Convenzione possono essere disattese qualora la loro applicazione sia manifestamente contraria all'ordine pubblico».

²⁴ Art. 16 della Convenzione: «La Convenzione non pregiudica l'applicazione di quelle norme della legge del foro la cui applicazione si impone anche alle situazioni internazionali qualunque sia la legge designata dalle norme sui conflitti di legge. In via eccezionale si può attribuire efficacia alle norme di un altro Stato il quale presenti un collegamento sufficientemente stretto con l'oggetto della controversia. Ogni Stato contraente potrà dichiarare, con riserva, di non voler applicare la disposizione del secondo comma del presente articolo».

²⁵ Art. 15 della Convenzione: «La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme di conflitto del foro quando non si possa derogare ad esse mediante un atto volontario, in particolare nelle seguenti materie: a) protezione dei minori e degli incapaci; b) effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria; d) trasferimento della proprietà e garanzie reali; e) protezione dei creditori in caso di insolvenza; f) protezione dei terzi in buona fede. Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di attuare gli scopi del trust in altro modo».

²⁶ Cfr. M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1159 e ss.

dell'ordinamento in cui il trust troverà applicazione, poiché all'art. 13²⁷ consente di non riconoscere gli effetti ad un trust quando le norme inderogabili, pur applicate ai sensi dell'art. 15, non siano in grado di raggiungere il risultato cui sono preposte.

B. Natura dell'istituto

L'atto istitutivo del trust è un atto unilaterale (in questo rispetta la natura dell'anglosassone deed of trust) per il quale è richiesta la forma scritta solo ad probationem. Il documento è unico, ma contiene due negozi: l'atto istitutivo, e l'atto di trasferimento relativo ai beni conferiti in trust.

La dottrina prevalente²⁸ ritiene che il trust non vada ricondotto ad un negozio complesso, ma al solo atto istitutivo, che viene definito come un «*negozio unilaterale privo di ogni elemento di contrattualità, produttivo di effetti giuridici in virtù della dichiarazione di volontà del disponente, combinato con l'accettazione di natura anch'essa unilaterale del trustee*»²⁹. In questo modo il trustee non diviene tale in forza di un contratto, ma per il fatto che egli accetta un trasferimento che il settlor dichiara essere soggetto al trust. A seguito dell'atto istitutivo, anche in un momento separato, viene l'atto dispositivo. La separazione fra i beni in trust e i beni del trustee, porta a ritenere che tale secondo atto non determini alcun arricchimento sostanziale del trustee, e pertanto che non sia configurabile nessuna attribuzione liberale nei suoi confronti³⁰.

Il rapporto che si crea tra settlor e trustee è stato definito di «istantanea investitura»³¹ poiché si esaurisce istantaneamente nel momento in cui il diritto è trasferito al trustee: infatti il trust non costituisce un autonomo soggetto di diritto distinto dal trustee. «*Parlare del trustee come di un "fiduciario" del settlor costituisce quindi un errore gravissimo*»³²: «*la fiducia nel trust si traduce nell'"affidamento", ma non nell'affidamento nella persona del fiduciario, ma nell'affidamento del diritto dedotto in trust a questi*»³³. L'affidamento, come è stato fatto notare, è strettamente collegato alla «unilateralità genetica» del trust: «*l'affidamento è la "commissione" di un diritto al trustee affinché realizzi certi interessi o scopi o per mezzo di tale diritto o in conseguenza della titolarità di tale diritto*»³⁴.

²⁷ Art. 13 della Convenzione: «*Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione*».

²⁸ Altra parte della dottrina, cercando di definire la natura giuridica di questo schema negoziale, ha definito il trust come un negozio a formazione complessa composto da:

- atto unilaterale istitutivo che «*regola il funzionamento del trust, ne determina lo scopo, nomina il trustee e l'eventuale guardiano*»;
- negozio di trasferimento dei beni;
- accettazione del trustee.

²⁹ G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002, pag. 392.

³⁰ M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001 e anche M. Lupoi, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1159 e ss.

³¹ PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano, l'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Notarile*, 1995, pag. 37.

³² M. LUPOI, *I Trusts*, Milano, 2001, pag. 306 e ss.

³³ M. LUPOI, *I Trusts*, Milano, 2001, pag. 306 e ss.

³⁴ M. LUPOI, *I Trusts*, Milano, 2001, pag. 306 e ss.

C. *Struttura del trust*

Come detto precedentemente, il trust ha una struttura complessa, che può essere ricondotta, nella sua essenza, alla seguente struttura: un settlor conferisce dei beni ad un trustee, il quale li gestisce in qualità di titolare di un patrimonio autonomo rispetto al suo personale, nell'interesse del trust, ossia a favore dei beneficiari indicati nell'atto istitutivo, eventualmente sotto il controllo del protector.

Il **settlor** è il soggetto che istituisce il trust mediante un atto unilaterale volontario nel quale fissa le norme di funzionamento del trust e conferisce nel trust fund beni o diritti di sua proprietà. Con successiva formalità integrante un negozio bilaterale, li trasferisce al trustee. Con il trasferimento, il settlor perde completamente la proprietà dei beni conferiti. Ne consegue che gli stessi non sono più rivendicabili neppure dai suoi creditori, salva la possibilità di ricorrere, qualora ne sussistano i presupposti, all'azione revocatoria.

Nonostante non sia più il titolare dei diritti conferiti, il settlor può esercitare comunque una forma di controllo mediato sugli stessi: in primo luogo, tramite le "*letters of wishes*", inviate al trustee, può fornire una serie di consigli formalmente non vincolanti sulle regole di condotta da seguire nella gestione del trust fund; in secondo luogo può nominare uno o più protectors, cui demandare il potere sia di controllare l'operato del trustee, sia di influenzarne le scelte di gestione.

Il **trustee** è il soggetto che, godendo della fiducia del settlor, acquisisce il diritto di proprietà sui beni conferiti in trust. In qualità di gestore del patrimonio conferito, il trustee è tenuto ad amministrare e disporre dei beni in trust secondo le istruzioni impartitegli nell'atto istitutivo. I beni in trust, costituiscono una massa distinta dal suo patrimonio personale, non rientrano nell'attivo ereditario, né possono essere reclamati dai suoi creditori personali.

Per quanto concerne i doveri che il trustee deve ottemperare, egli deve operare in base alle disposizioni dell'atto istitutivo e a quelle della legge straniera regolatrice del trust, oltre alle prescrizioni deontologiche se egli appartiene a qualche ordine professionale, alle generali prescrizioni di agire con prudenza e diligenza nella gestione dei beni conservando e incrementando, per quanto possibile, il valore patrimoniale del trust, mantenendo separati i beni oggetto del trust dal suo patrimonio personale. Sul trustee incombe anche, ex art. 2 lett. c) della Convenzione, un obbligo di tenuta dei conti dell'attività svolta e di rendiconto ai beneficiari e, ove presente, al protector. Questi ultimi potranno proporre azione di responsabilità nei confronti del trustee inottemperante o negligente.

E' compito del trustee, inoltre, assumere personalmente, nei confronti dei terzi, le obbligazioni riguardanti il trust e agire secondo criteri di imparzialità nell'interesse di tutti i beneficiari, astenendosi da compiere atti che perseguano l'interesse proprio o di soggetti altri rispetto ai beneficiari stessi.

Il **beneficiario** è il soggetto designato come colui a vantaggio del quale il trust è stato posto in essere. La designazione può avvenire sia nello stesso atto istitutivo, sia con formalità successiva. Possono ricoprire il ruolo di beneficiario sia le persone fisiche, anche se legalmente incapaci, sia le persone giuridiche.

Il **protector** è quel soggetto al quale il settlor, nell'atto istitutivo, attribuisce una serie di poteri e prerogative affinché assista il trustee. Tali poteri possono essere molto ampi: infatti la funzione del protector può non essere limitata al controllo o alla consultazione preventiva, ma può anche

essere estesa fino ad attribuirgli il compito di promuovere le decisioni operative ed il potere di opporre il veto nelle scelte più importanti.

IV. APPLICAZIONI PRATICHE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Il trust, costituisce un'alternativa concreta e flessibile agli ordinari negozi giuridici che il nostro ordinamento consente alle parti di utilizzare.

Fra le svariate applicazioni che esso può avere, si ritiene opportuno fare alcune esemplificazioni. Nella scelta dei casi da analizzare si è ritenuto interessante toccare alcuni argomenti che fossero significativi per il giurista italiano. In questo modo si vuole dimostrare come il trust sia uno strumento unico in grado di superare quei problemi che molti istituti di civil law non riescono a superare nemmeno tutti assieme:

A. *Il trust come strumento di garanzia delle obbligazioni*

Nel nostro ordinamento non è possibile creare diritti reali atipici, e gli schemi negoziali individuati dalle parti come garanzia delle obbligazioni assunte (es. patto marciano, vendita con patto di riscatto, patto di retrovendita, sale and lease back...) spesso rientrano, secondo l'orientamento della Cassazione³⁵, nella violazione dell'art 2744 c.c. (patto commissorio). Il trust consente di evitare il patto commissorio (vietato perché pone il creditore in una situazione di vantaggio, dal momento che non è costretto ad eseguire la procedura esecutiva per ottenere soddisfazione sul bene posto a garanzia) dal momento che l'acquisto della proprietà non è immediato, o legato semplicemente all'inadempimento della controparte, ma è subordinato alla valutazione di tale inadempimento da parte del trustee, il quale provvede al trasferimento del bene al creditore o alla cessione dello stesso con conseguente trasferimento della somma ricavata al beneficiario, secondo quanto disposto dall'atto istitutivo del trust.

B. *Il trust come garanzia di un prestito obbligazionario*

Il trust può essere utilizzato a livello societario a garanzia di un prestito obbligazionario in cui le obbligazioni siano emesse oltre il limite legale del doppio del capitale sociale. In tale situazione la società dovrebbe garantire l'eccedenza mediante vincolo ipotecario sui propri immobili ex artt. 2412 e 2414-bis c.c.; il Tribunale di Milano invece, il 27 dicembre 1996³⁶ ha omologato la delibera assembleare nella quale si prevedeva l'istituzione di un trust di scopo a garanzia del prestito obbligazionario. La società milanese aveva trasferito la titolarità degli immobili ad una sua controllata all'estero, la quale emise azioni per il corrispondente importo. Queste «azioni furono conferite in un trust avente come scopo quello di destinare le azioni alla garanzia del rimborso degli obbligazionisti della società milanese. L'atto istitutivo prevedeva la restituzione delle azioni alla società estera emittente, da parte del trustee, solo in seguito all'integrale rimborso degli obbligazionisti»³⁷. In questo modo si evita agli obbligazionisti anche solo l'eventualità del “*pantano della giustizia civile*” che un'azione esecutiva comporterebbe.

³⁵ Tra le più recenti: Cass. 20 luglio 2001 n. 9900

³⁶ In *Trusts e attività fiduciarie – Quaderni*, vol. 4, *Giurisprudenza Italiana sui trusts dal 1899 al 2005*, pag. 314 e ss.

³⁷ F. ROTA, G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007, pag. 107 e ss.

C. *Il trust come alternativa al patto parasociale*

Sempre in ambito societario, molto interessante è il c.d. “voting trust”, cioè quella forma di trust volta a garantire effetti non solo obbligatori al patto parasociale: gli art. 2341-bis e 2341-ter c.c. e 122 e 123 T.U.F. che fanno riferimento ai patti parasociali con oggetto il diritto di voto, si occupano unicamente della pubblicità e della durata degli stessi, così che la loro efficacia per i soci sindacati è meramente obbligatoria; una violazione del patto comporta solo il risarcimento del danno (peraltro estremamente difficile da quantificare). Il voting trust è un accordo fra alcuni soci (c.d. voting trust agreement) attraverso il quale vengono trasferite ad un trustee le azioni dei soci paciscenti. Il trustee, quale intestatario delle azioni, verrà regolarmente iscritto nel libro soci, e sarà legittimato nei confronti della società ad esercitare i diritti di voto spettanti alle azioni che gli sono state trasferite. I settlors perdono la qualifica di soci, che ora spetta unicamente al trustee, ma al contempo sono sicuri che il patto verrà rispettato.

D. *Il trust come strumento di gestione del patrimonio familiare*

Per la gestione del patrimonio della famiglia lo strumento che immediatamente prende forma nella mente del moderno giurista italiano è il patto di famiglia³⁸: in pratica il patto di famiglia consiste in un contratto in virtù del quale l'imprenditore può trasferire, in tutto o in parte, l'azienda e il titolare di partecipazioni societarie può trasferire, tutto o in parte, le proprie quote ad uno o più discendenti. Mediante tale istituto è quindi possibile designare con anticipo il successore nei beni produttivi, anticipando così in vita gli effetti divisorii e dispositivi, altrimenti destinati a verificarsi, verosimilmente, nella successione mortis causa del disponente. Tale effetto anticipatorio³⁹ è costruito su di un complicato meccanismo di liquidazione immediata delle pretese dei legittimari, o meglio delle pretese che potrebbero essere avanzate da quei soggetti che sarebbero legittimari se si aprisse in quel preciso momento la successione, ed è volto a tacitare le azioni di collazione o riduzione che i non assegnatari potrebbero sollevare al momento dell'apertura effettiva della successione⁴⁰.

Il trust come mezzo di gestione del patrimonio familiare è uno strumento che contempera i medesimi scopi perseguiti dal patto di famiglia, in quanto consente di pianificare anticipatamente la successione nella titolarità dei beni produttivi, quali l'azienda o le partecipazioni sociali. Tale pianificazione però non è limitata nella scelta dell'assegnatario fra i discendenti del disponente,

³⁸ Istituto introdotto agli artt. 768-bis e ss. c.c. dalla l. 14 febbraio 2006, n.55

³⁹ Art. 768-quater c.c.: «Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura. I beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti; l'assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purché vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione».

⁴⁰ È opportuno segnalare che il patto di famiglia è stato, fin dalla sua introduzione, oggetto di fortissime critiche da parte di tutta la dottrina e di recente è stata perfino presentata in Parlamento una proposta di legge che fra le altre modifiche del secondo libro, ne prevede l'abolizione tout court.

potendo benissimo il settlor nominare trustee un amico o un professionista di fiducia e lasciare invece ai suoi discendenti unicamente i profitti ricavati mediante la gestione dei beni in trust.

Inoltre il trust consente anche di controllare le modalità di gestione dei beni conferiti, potendo il settlor orientare l'attività del trustee mediante le letters of wishes o mediante l'istituzione di uno o più protectors.

La disciplina del trust non dispone del meccanismo di liquidazione dei legittimari come invece avviene nel patto di famiglia: questa mancanza è dovuta dal fatto che la successione necessaria è un istituto tipico del nostro ordinamento, ma non degli ordinamenti in cui la disciplina del trust si è sviluppata. Per risolvere quindi il problema delle azioni di riduzione o collazione, è stato evidenziato⁴¹ come una efficiente soluzione potrebbe essere fornita da un sapiente bilanciamento fra i sacrifici e i benefici cui il settlor espone i suoi legittimari: «gli eredi legittimari possono desistere dal proposito di agire contro il trustee con azione reale o personale se i loro interessi economici legati al trust sono maggiori o potenzialmente maggiori dell'entità della loro pretesa giudiziale o qualora l'atto di trust stabilisca che il loro interesse cessa automaticamente nel caso in cui gli stessi sollevino azione contro il trustee con l'intento di intaccare i beni in trust e di accrescere il loro patrimonio personale».

V. LA SEGREGAZIONE DEL PATRIMONIO

A. Responsabilità Patrimoniale

Come già detto, elemento caratterizzante del trust è la separazione dei beni conferiti nel trust fund dal patrimonio personale del trustee e l'opponibilità di tale "segregazione"⁴² ai creditori del trustee stesso⁴³. Questo effetto del trust si scontra nell'ordinamento italiano con l'art. 2740 c.c.: «*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*».

Secondo un orientamento dottrinale⁴⁴, «il comma 2 dell'articolo 2740 c.c. non centra assolutamente nulla con il trust, perché esso riguarda le "limitazioni della responsabilità": la fonte della segregazione è nell'articolo 2 della Convenzione (*i beni in trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee*) e nei singoli commi dell'articolo 11, ove la segregazione è individuata quale minima indispensabile conseguenza dell'applicazione

⁴¹ N. CANESSA, *Family Governance – La continuità dell'impresa. Il passaggio generazionale*, Milano, 2006, cap. 3.9.6.1, in cui si richiama D. Hayton, *Il trust come strumento di gestione della azienda di famiglia nel passaggio generazionale*, in *Contratto e impresa*, Padova, n. 1/2004, pag. 253.

⁴² M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1159 e ss.

⁴³ Art. 11 della Convenzione: «*Un trust istituito in conformità alla legge determinata in base al capitolo precedente sarà riconosciuto come trust. Tale riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio o di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica. Nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implica in particolare: a) che i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust; b) che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento; c) che i beni in trust non rientrino nel regime matrimoniale o nella successione del trustee; d) che la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni in trust sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro*».

⁴⁴ M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1159 e ss.

della legge straniera regolatrice del trust». Pertanto secondo questo orientamento la Convenzione «*non deroga all'art. 2740 c.c., ma introduce una disposizione diversa per fattispecie diverse*».

Altra parte della dottrina⁴⁵ ritiene che sia necessario leggere nell'effetto segregativo una nullità per violazione dell'articolo 2740 comma 2 c.c., il quale «riserva alla legge e non all'autonomia privata il potere di limitare la responsabilità patrimoniale del debitore, e quindi dar vita a patrimoni separati».

Altra parte ancora⁴⁶ ritiene che sia inesatta l'affermazione secondo la quale la Convenzione non deroga all'art. 2740 c.c. poiché «traspare subito che il testo dell'articolo 11 della legge 16 ottobre 1989, n. 364⁴⁷ è più che sufficiente per configurare una (...) limitazione legislativa della responsabilità patrimoniale disposta dalla norma codicistica».

Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza, e una recente sentenza sul tema⁴⁸, ha stabilito che «l'effetto segregativo prodotto dal trust nel patrimonio del trustee trova una sua legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione de L'Aja ed introdotte nell'ordinamento italiano con la legge di esecuzione. (...) L'effetto segregativo, tipico ed essenziale nella struttura del trust, non è conseguenza della mera volontà delle parti, bensì discende da specifiche disposizioni normative: l'art. 11 della Convenzione de L'Aja (come il suo omologo della legge 364/1989) afferma inequivocabilmente che "Tale riconoscimento implica, quantomeno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee". (...) [Inoltre] nel nostro ordinamento sono sempre più numerose le disposizioni legislative derogatorie all'art. 2740 c.c., il quale, quindi, non può assurgere al rango di supremo (e come tale inderogabile) principio di ordine pubblico economico».

B. Conoscibilità della segregazione

La deroga al principio della responsabilità patrimoniale presuppone che il vincolo sia adeguatamente conoscibile da parte dei creditori del disponente e del trustee. In Italia lo strumento mediante il quale si adempie a tale onere pubblicitario è la trascrizione.

La trascrizione è regolata dalle prime norme del libro sesto del Codice. Tale istituto ha, «come fulcro, una presunzione legale di conoscenza, e come effetto, l'inopponibilità ai terzi dell'atto non trascritto»⁴⁹. L'art. 2643 c.c. stabilisce l'obbligo⁵⁰ della trascrizione per una notevole serie di atti che si riferiscono alla proprietà immobiliare; per la tesi che si vuole sostenere in questa sede, è sufficiente ricordare l'art. 2643 n. 1 «*Si devono rendere pubblici con il mezzo della trascrizione: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili*».

⁴⁵ F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 11 e ss.

⁴⁶ A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pag. 257 e ss.

⁴⁷ È evidente qui che l'autore si riferisce non al testo della Legge di ratifica della Convenzione (che per l'appunto è la 364 del 1989) composta da soli tre articoli, ma alla Convenzione del 1985, riportata in appendice alla legge di ratifica, e di cui l'articolo 11 fa parte.

⁴⁸ Cfr. Tribunale di Bologna - sentenza 1 ottobre 2003 n. 4545, in *Trusts*, 2004, pag. 67.

⁴⁹ Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 2004, Padova, pag. 223 e ss.. Cfr. anche G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario Breve al codice civile*, 2004, Padova, art. 2643 e 2645 c.c..

⁵⁰ Obbligo in senso stretto per i notai e per alcuni pubblici ufficiali, mentre per le parti si tratta di un onere.

Trascrivere il titolo proprietario del trustee⁵¹, così da rendere opponibile la segregazione patrimoniale sia ai creditori del settlor, sia a quelli del trustee stesso, porta il giurista a dover affrontare due ordini di problemi:

il contenuto che deve essere attribuito al diritto di proprietà del trustee e la compatibilità della trascrizione dell'effetto segregativo con l'ordinamento italiano.

1. *Il contenuto del diritto di proprietà: art. 832 c.c.*⁵²

Secondo una parte autorevole della dottrina⁵³, uno dei motivi che ostano all'ingresso del trust in Italia, è il fatto che il trust viola la tipicità dei diritti reali, creando in capo al trustee un tipo di proprietà definibile "fiduciaria" diversa da quella prevista nell'art. 832 c.c., «*priva del potere di godere e disporre liberamente, potendo semmai il potere di disposizione solo essere strumentale ad un reinvestimento, nell'interesse del beneficiario, cui, in ultima analisi, la proprietà del patrimonio è destinata*». Il numero chiuso dei diritti reali è un principio fondamentale del nostro ordinamento, poiché «*è uno strumento necessario di tutela dei terzi, ai quali, in presenza di un diritto reale, incombe un dovere di astensione che può conseguire solo da una disciplina normativa, e non già da un atto di autonomia privata*».

Una possibile soluzione per uscire dall'empasse della tipicità dei diritti reali consisterebbe nell'ipotizzare che «*il trust comporti un trasferimento pieno ed assoluto della proprietà al trustee, accompagnato dalla costituzione di un vincolo di indisponibilità o di destinazione*». Tale soluzione è condivisa anche dalla dottrina favorevole allo sviluppo dei trusts in Italia⁵⁴.

Il problema diventerebbe allora quello della trascrivibilità di tale vincolo di carattere reale.

2. *La trascrizione: artt. 2643 e 2645 c.c.:*

Secondo parte della dottrina, oggetto della trascrizione sarebbe l'atto giuridico che deve essere trascritto⁵⁵.

Secondo altra dottrina invece⁵⁶ l'oggetto della trascrizione andrebbe individuato con riferimento agli effetti che la legge fa derivare dall'atto. Infatti il termine trascrizione è diverso dal termine pubblicità: *ricondere la trascrizione nel fenomeno della pubblicità significherebbe privilegiare la funzione di conoscibilità legale delle vicende giuridiche e quindi ritenere che oggetto della*

⁵¹ Art. 12 della Convenzione: «Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti relativi a tali beni, avrà facoltà di richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo». Questa norma è ritenuta di immediata applicazione nel nostro ordinamento.

⁵² Art. 832 c.c.: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

⁵³ F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 11 e ss.

⁵⁴ M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1159 e ss.: «Gli effetti del trust sono assicurati per mezzo di meccanismi diversi, che ciascuno valuterà secondo le proprie esigenze». Questa conclusione è ritenuta "logica e necessaria", e deriva non tanto da uno studio comparatistico della disciplina del trasferimento proprietario da settlor a trustee in ambito anglosassone (dove nessuno ha mai dubitato che il trustee sia un proprietario come tutti gli altri) quanto da un elemento pratico inconfutabile: «uno il proprio trustee se lo sceglie e se lo sceglie con ogni cura, specialmente se dovrà operare anche dopo la sua morte; se non è sicuro, ne sceglie più di uno, oppure gli affianca un "guardiano" con il potere di vietare atti dispositivi»

⁵⁵ Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 2004, Padova, pag. 223 e ss.. Cfr. anche G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario Breve al codice civile*, 2004, Padova, art. 2643 e 2645 c.c..

⁵⁶ Cfr. M. D'Errico, *Trascrizione del vincolo di destinazione*, al Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: art 2645-ter c.c."

*trascrizione sia l'atto e non l'effetto*⁵⁷. L'art- 2643 c.c. conterrebbe pertanto un'enumerazione tassativa, non tanto con riferimento ai contratti o ai provvedimenti elencati, ma agli effetti giuridici che ne scaturiscono; tale impostazione sarebbe confermata dall'art. 2645 c.c.⁵⁸ secondo il quale, in presenza di uno dei mutamenti giuridici previsti dall'art. 2643 c.c., la trascrizione deve intervenire qualunque sia la natura dell'atto giuridico che vi ha dato causa.

Quand'anche si impostasse il discorso seguendo questa seconda ottica, si dovrebbe comunque concludere, almeno secondo alcuni⁵⁹, che tale trascrizione nulla assicurerebbe circa l'opponibilità ai terzi degli effetti del trust: sarebbe un sintomo di "schizofrenia giuridica" sostenere che «*la separazione patrimoniale [sia] opponibile di per sé, (...) in virtù degli artt. 2⁶⁰ e 11⁶¹ della Convenzione (...)*»⁶². Nel nostro ordinamento, infatti, anche nei casi in cui la separazione patrimoniale è prescritta dalla legge (per esempio, nel caso di fondo patrimoniale) una qualche forma di pubblicità è sempre doverosa; mancando però fra gli effetti contemplati nell'elencazione di cui all'art. 2643 quello della segregazione⁶³, la trascrizione potrebbe essere effettuata solo con riferimento al trasferimento del diritto dal settlor al trustee, ma tale trasferimento rimarrebbe inopponibile ai creditori personali del trustee, svilendo a mera tutela obbligatoria uno degli elementi principali della disciplina dei trust, cioè la tutela reale offerta dalla segregazione del patrimonio.

Altra parte della dottrina⁶⁴, cercando una soluzione al problema trascrittivo, sottolinea come l'art. 12⁶⁵ della Convenzione (facoltà del trustee di vedere iscritta la sua qualità), sia stato inserito con il solo obiettivo di rendere più facile il coordinamento delle disposizioni in tema di pubblicità nei paesi di civil law, con il disposto dell'art 11 della Convenzione, ai sensi del quale «*l'effetto segregativo è un effetto diretto della Convenzione e della legge di ratifica, e non già della formalità della trascrizione*». La mancata previsione nell'art. 2643 c.c. della proprietà così come essa si configura in capo al trustee è stata proprio «*l'ovvia ragione per cui è stato avvertito il bisogno di redigere un'apposita Convenzione*».

Secondo questa dottrina «*ciò che non ha fatto il legislatore in sede di coordinamento dei testi legislativi (non ha menzionato nell'art 2643 n. 1 la facoltà di trascrivere il diritto del trustee), lo deve fare l'interprete in sede di interpretazione sistematica delle leggi vigenti*». Pertanto tramite l'interpretazione si dovrebbe cogliere la soluzione del problema nella possibilità di indicare la qualità di trustee nel quadro D della nota di trascrizione, così da rendere applicabili gli effetti tipici del trust, essendo conoscibile ai terzi l'esistenza del vincolo segregativo.

⁵⁷ Cfr. per la vicenda relativa al trust, Tribunale di Trieste, Ufficio del giudice tavolo, g.n. 10804/05: «La tassatività delle norme sulla trascrizione va riguardata non già sotto il profilo dell'atto, ma sotto quello degli effetti».

⁵⁸ Art. 2645 c.c.: «Deve del pari rendersi pubblico, agli effetti previsti dall'articolo precedente, ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643, salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi».

⁵⁹ F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1247 e ss.

⁶⁰ *Supra*, nota 3

⁶¹ *Supra*, nota 46

⁶² M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1159 e ss.

⁶³ Tribunale di Belluno, decreto del 25 settembre 2005, pubblicato in *Rivista del Notariato*, 2002, pag. 1538.

⁶⁴ A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pag. 257 e ss.

⁶⁵ *Ssupra*, nota 54.

Tuttavia, la dottrina più attenta alla disciplina della trascrizione⁶⁶, sottolinea come la nota di trascrizione si identifichi, in realtà, unicamente con i primi tre quadri della nota, mentre il quadro D è esclusivamente “*ancillare*” rispetto agli altri, poiché può contenere precisazioni, ma non già segnalazioni del tutto difformi o tali da contraddire quanto la nota stessa intende segnalare. Pertanto anche prescindendo dalla possibilità o impossibilità di trascrivere l’effetto, la menzione dello stesso nel quadro D non avrebbe alcun effetto a livello pubblicitario⁶⁷.

A sostegno di questo pensiero, è intervenuta autorevole dottrina:

Una parte di essa⁶⁸ ha richiamato due recenti provvedimenti, e segnatamente il decreto del Tribunale di Belluno del settembre 2002, pubblicato in *Rivista del Notariato del 2002* a pag. 1538 e in *Trusts*, 2003 a pag. 255 e il decreto del Tribunale di Pisa del 27 dicembre 2001 pubblicato in *Rivista del Notariato del 2001* a pag. 190.

Il tribunale di Belluno, nel respingere le istanze dei reclamanti, afferma l’invalidità dell’atto che “*in esecuzione di un trust, trasferisce o intende trasferire, diritti al trustee, in quanto l’atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee non è riconducibile ad alcuno schema causale di diritto italiano, e quindi è valutabile come negozio astratto di trasferimento, figura non ammissibile nel nostro ordinamento*”.

Sembra, tuttavia, inesatto il riferimento all’astrattezza causale dell’atto di trasferimento, nei termini in cui pone il problema il tribunale di Belluno: qualunque sia la nozione di causa a cui si vuole accedere, l’atto di attribuzione di beni in trust non può essere qualificato astratto, poiché la causa del negozio deve essere ricercata nell’operazione sottesa dal trust, la quale ha trovato riconoscimento nel nostro ordinamento mediante la legge che ha ratificato la Convenzione. In altre parole, la causa che regge l’attribuzione è rinvenibile nella stessa istituzione del trust. Rispetto a tale causa, il nostro legislatore ha, in via generale, manifestato un giudizio di apprezzamento – o, per lo meno, di compatibilità – quando ha ratificato la Convenzione dell’Aja. Il tribunale di Pisa, d’altro canto, nonostante ammetta la trascrizione dell’atto di trasferimento, afferma che “*esso costituirà il veicolo per introdurre nei registri anche menzione del regolamento del trust, risultato del quale ci si accontenterà*”; un semi-anonimo annotatore della sentenza ha osservato come che «*la segregazione dei beni in trust nel patrimonio del trustee deriva direttamente dalla legge, l’opponibilità del trust ai terzi, in specie ai creditori personali del trustee può essere o può non essere l’automatico effetto della formalità pubblicitaria: si tratta di un problema distinto, sul quale il tribunale giustamente non ha ritenuto di interloquire*». Tutto questo a riprova del fatto che richiamarsi puramente e semplicemente all’art 2643 n. 1 c.c. o all’art. 2645 c.c. per assicurare l’effetto segregativo, non è sufficiente: il vincolo apposto sui beni in trust, anche se riportato nella nota D, sarebbe, inopponibile ai terzi creditori del trustee⁶⁹.

⁶⁶ F. GAZZONI, *Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 11 e ss.; *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1247 e ss.; *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. Not.*, 2002, pag. 1107 e ss.; *Il cammello, la cruna dell’ago e la trascrizione del trust*, in *www.judicium.it*, maggio 2003.

⁶⁷ F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. Not.*, 2002, pag. 1107 e ss.: «*anche a prescindere dalla tipicità degli effetti, sul piano delle modalità trascrittive, non si cava un ragno dal buco, o per meglio dire, non si quadra il cerchio, aggrappandosi disperatamente al quadro D della nota di trascrizione*». «*Scrivere nel quadro D che l’acquirente è un trustee determina lo stesso risultato che determinerebbe altra segnalazione che, ad esempio, rendesse pubblico il fatto che egli assomiglia a Van Gogh, specie nell’autoritratto con cappello di paglia del 1887*».

⁶⁸ F. GAZZONI, *Il cammello, la cruna dell’ago e la trascrizione del trust*, in *www.judicium.it*, maggio 2003.

⁶⁹ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, 6, La proprietà, Milano, 1999, pag. 203.

Altra voce del medesimo orientamento⁷⁰, ha sottolineato come «*gli artt. 11 e 12 della Convenzione non possono valere come diritto interno senza una legge che stabilisca i presupposti di opponibilità degli atti sui beni e i modi della loro pubblicità*».

La conclusione cui spingono le teorie e le posizioni ora analizzate è la seguente: la necessità di avviare alla complessa e articolata disciplina della trascrizione, porterà giudici e notai a riconoscere l'effetto segregativo alla menzione effettuata nel quadro D, in tal modo introducendo *de iure condendo* un fattispecie che *de iure condito* non potrebbe trovare applicazione nel nostro ordinamento, mancando le norme "sostanziali" necessarie alla sua configurabilità⁷¹.

VI. I PIÙ RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI TRASCRIZIONE ED OPPONIBILITÀ

A. *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: art. 2447-quinquies co. 2 c.c.*

Nel corso dello 2003 è stata approvata dal Parlamento la legge di riforma del diritto societario, la quale introduce la figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare mediante la prescrizione degli artt. 2447 *bis* e seguenti c.c.. Tale istituto assume una rilevanza centrale nel presente scritto, in quanto l'art. 2447-quinquies co. 2 c.c. dispone che «*qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, la disposizione del precedente comma⁷² non si applica fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri*».

La norma non specifica in alcun modo come la trascrizione debba avvenire, né è stata modificata alcuna disposizione del libro sesto del codice, onde introdurre in tale sede disposizioni *ad hoc*. Pertanto, il legislatore fa riferimento ad una trascrizione che non trova, se non nella norma stessa, la sua legittimazione, esattamente come succede nel caso dell'art. 12 della Convenzione, come recepito dalla legge italiana di ratifica.⁷³

B. *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche: art 2645-ter c.c.*

A tre anni da questa innovativa disposizione, nell' anno 2006, è stato inserito nel libro VI del codice civile con la legge 23 febbraio 2006, n. 51, l'art. 2645-ter c.c.: «*Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non*

⁷⁰ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, 6, La proprietà, Milano, 1999, pag. 203.

⁷¹ F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, Riv Not., 2001, pag. 1247 e ss.: «*il diritto vivente, con il tempo, farà il suo corso e la Cassazione, una volta che vi saranno accolti gli attuali giudici di merito, (...), ricondurrà alla trascrizione l'effetto di opponibilità, senza minimamente porsi il problema di una formalità trascrittiva, quella di trustee, del tutto sconosciuta al nostro sistema, magari seguendo la tesi di quei giudici e notai, i quali fanno affidamento sull'indicazione della qualità di trustee nel quadro D della nota di trascrizione. È vero che questo quadro è una sorta di refugium peccatorum, ma è altrettanto vero che l'effetto di un atto non potrà di certo essere opponibile sol perché di quell'atto si è fatto menzione nel quadro stesso. L'opponibilità, infatti, è innanzi tutto, un problema di diritto sostanziale*»

⁷² Art. 2447-quinquies co. 1 c.c.: «*Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo (60 giorni senza opposizione) ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti*».

⁷³ D. MURITANO, L. F. RISSO, *Il trust: diritto interno e Convenzione de l'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, in S. BARTOLI, M. GRAZIADEI, D. MURITANO, L.F. RISSO, *I trusts interni e le loro clausole*, Roma: Consiglio Nazionale del Notariato, 2007 (prima ed. fuori commercio).

superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; Per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti a tale scopo».

La nuova norma rappresenta un tassello che si inserisce nel microsistema della destinazione di patrimoni ad uno scopo; il codice civile prevedeva già degli strumenti di destinazione quali il fondo patrimoniale, di cui agli artt. 167 e ss. c.c., i patrimoni destinati ad uno specifico affare, di cui agli artt. 2447-bis e ss. c.c., o i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza, di cui agli artt. 2117 e ss. c.c.. Rispetto a queste discipline, l'art. 2645-ter si caratterizza per l'atipicità dell'atto di destinazione e per la realtà del vincolo di destinazione che viene ad essere trascritto.

Quanto al primo aspetto, l'atipicità è evidenziata dal fatto che le ipotesi in cui è consentito limitare la responsabilità patrimoniale sono individuate dalla norma mediante un rinvio al concetto di meritevolezza: il senso è quello di introdurre un meccanismo di controllo sull'operato dell'autonomia privata. Questo tentativo, se si volesse accedere alla nozione di meritevolezza riconosciuta dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza⁷⁴, sarebbe assai poco felice, poiché il controllo si limiterebbe alla non illiceità dello scopo perseguito. Pertanto è stata suggerita una lettura "adeguatrice", nel senso di rinvenire nello "scopo di pubblica utilità" la giustificazione causale della destinazione⁷⁵.

Quanto al secondo aspetto, il carattere di realtà del vincolo è condiviso da molti autori⁷⁶, anche se non da tutti⁷⁷. È opportuno precisare fin da subito che l'utilizzo del termine "vincolo reale" non può che significare "vincolo opponibile", intendendosi in tal modo riferire la "realtà" "all'opponibilità trascrittiva", a prescindere dalla configurazione giuridica del vincolo stesso: infatti «il vincolo di destinazione introdotto dall'articolo 2645-ter c.c. non può definirsi reale, sotto il profilo della qualificazione giuridica, solo per il fatto di essere trascrivibile»⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. nota 19

⁷⁵ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, pubblicato su www.judicium.it, maggio 2006: «la pubblica utilità può ora, in punto di meritevolezza pretesa dall'art. 2645-ter c.c., giustificare (...) la limitazione della responsabilità e quindi la soccombenza dell'interesse del creditore in punto di azione esecutiva». «Infine la possibilità per qualsivoglia interessato di agire per la realizzazione dell'interesse, ben è in linea con la pubblica utilità, incontrando solo il limite di cui all'art. 100 c.p.c., riproponendosi così lo stesso problema che nasce in punto di perseguimento dello scopo delle fondazioni».

In questa accezione si ritiene che lo scopo perseguito di avvicini a quello che consente l'istituzione nel mondo anglosassone di charitable trusts: nello scritto di G. Iudica, *I trusts di pubblico interesse*, in *I trusts in Italia Oggi*, a cura di I. Benvenuti, Milano, 2000, pag. 431 e ss. si sottolinea come la base giurisprudenziale inglese per la qualificazione degli interessi idonei ad essere dedotti nel charitable trust proviene dalla famosa opinione espressa nel 1891 da Lord Macnaghten: «Lord Macnaghten evidenzia quattro categorie di scopi – sollievo della povertà, avanzamento dell'educazione scolastica, diffusione della religione, altri scopi benefici per la comunità».

⁷⁶ C. M. BIANCA, A. De DONATO, Di MAJO, PALERMO, D'ERRICO, i quali si sono espressi in questo senso, ora alla tavola rotonda tenutasi a Roma, il giorno 17 marzo 2006, presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università di Roma "La Sapienza", ora al Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: art 2645-ter c.c.", svoltosi a Milano il 19 giugno 2006.

⁷⁷ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, pubblicato su www.judicium.it, maggio 2006.

⁷⁸ M. D'ERRICO al Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: art 2645-ter c.c.", svoltosi a Milano il 19 giugno 2006.: « la trascrizione non dà vita di per sé a nessun diritto: preesiste il diritto reale derivante dal contratto traslativo».

L'opponibilità, intesa quindi come carattere di realtà, assolve ad una funzione diversa rispetto alla funzione dichiarativa o alla funzione di pubblicità notizia della trascrizione: l'opponibilità, di per sé, può trovare attuazione attraverso forme pubblicitarie diverse dalla trascrizione, e, in alcuni casi, concorre con la trascrizione, relegando quest'ultima ad una funzione di pubblicità notizia⁷⁹. La peculiarità dell'art. 2645-ter c.c. consiste, invece, nel fatto che l'opponibilità del vincolo di destinazione, creatosi ai sensi della norma in esame, è attuabile esclusivamente attraverso il meccanismo della trascrizione dell'atto stesso. In questo modo il legislatore ha introdotto una norma sulla pubblicità⁸⁰ e quindi sugli effetti, ma ha anche indirettamente introdotto una norma sulla fattispecie⁸¹.

Questo duplice natura dell'art. 2645-ter è stata rigettata da una recente sentenza del Tribunale di Trieste⁸². Nella sentenza si è affermato, nel rigettare la richiesta di intavolazione di un atto di destinazione di un bene immobile in un trust, che l'art. 2645-ter c.c., *“viene a introdurre nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi, (...). Non c'è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale, di cui non si sa neanche se sia unilaterale o bilaterale, a titolo oneroso o gratuito, a effetti traslativi od obbligatori.”* In merito a questa sentenza è stato rilevato dalla dottrina che⁸³ *“la destinazione non [è] mai stata considerata quale effetto del negozio, in quanto la destinazione come effetto sarebbe priva di significato giuridico. (...). Ma anche volendo accogliere la tesi prospettata nel provvedimento, secondo la quale la norma non avrebbe contenuto sostanziale, dovrebbe correttamente parlarsi dell'effetto dell'opponibilità, non [di quello] della destinazione. (...). [Ad ogni modo] la natura sostanziale dell'art. 2645-ter non può essere messa in discussione in quanto è certo che la norma regola oltre alla pubblicità altri aspetti, [quali] la durata del vincolo, la forma, l'azione del beneficiario e la meritevolezza, che sono elementi che non hanno nulla a che vedere con la pubblicità.”*

Come ultimo elemento di necessaria analisi in questo scritto, si vuole sottolineare come nell'art. 2645-ter c.c. l'effetto di separazione patrimoniale si produca a seguito della trascrizione dell'atto di destinazione, nel senso che l'effetto di separazione non possa prescindere dalla trascrizione. Il che ovviamente non significa che la trascrizione abbia efficacia costitutiva della destinazione⁸⁴: l'art. 2645-ter c.c. è formulato nel senso che gli atti di destinazione possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione. In mancanza della trascrizione, la fattispecie destinataria è comunque completa, sebbene inopponibile.

⁷⁹ Si pensi, ad esempio, all'opponibilità del fondo patrimoniale di cui all'art. 162 c.c., che si basa sull'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, lasciando che l'art. 2647 c.c. svolga una funzione di pubblicità notizia.

⁸⁰ M. D'ERRICO, *Trascrizione del vincolo di destinazione*, al Convegno sul tema *“Atti notarili di destinazione dei beni: art 2645-ter c.c.”*: l'art. 2645 c.c., «quale norma di completamento dell'art. 2643 c.c., avrebbe il compito di estendere l'applicabilità dell'art. 2644 c.c. agli atti e provvedimenti che, pur non identificandosi con i contratti di cui all'art. 2643 c.c., ne producano gli effetti. L'art. 2645-ter c.c. rappresenterebbe, a sua volta, una norma di “relativizzazione” dell'art. 2645 c.c. (...)». In tal senso svolgerebbe analoga funzione dell'art. 2645 c.c., con riferimento agli atti contenuti nello stesso articolo 2645-ter c.c., consentendo in via indiretta l'estensione dell'applicabilità dell'art. 2644 c.c. anche agli atti di destinazione»

⁸¹ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, pubblicato su www.judicium.it, maggio 2006: «L'art. 2645-ter c.c. è prima ancora che norma sulla pubblicità, (...) norma sulla fattispecie, che avrebbe meritato dunque, previa scissione, di figurare in un diverso contesto, di disciplina sostanziale».

⁸² Giudice Tavolare, Tribunale di Trieste, decreto del 7 aprile 2006, n. 3996/06

⁸³ M. BIANCA, *Riv. Dir. Civ.*, fascicolo 3 del 2006.

⁸⁴ Nella trascrizione costitutiva la pubblicità diventa elemento costitutivo della fattispecie: ove manchi la trascrizione la fattispecie è incompleta.

C. La trascrizione del trust

Per ottenere l'effetto di "segregazione" patrimoniale il trust deve, in Italia, sottostare alla formalità della trascrizione. La maggior parte della dottrina, a seguito dell'intervento legislativo volto ad introdurre l'art. 2645-ter nel nostro ordinamento, ha ritenuto definitivamente fugato ogni dubbio relativamente alla trascrivibilità dell'effetto del trust⁸⁵: esso infatti non sarebbe più giustificato unicamente sulla base del rilievo dell'immediata applicabilità dall'art. 12⁸⁶ della Convenzione, ma anche dal fatto che la norma menzionata abbia reso trascrivibile l'effetto di separazione patrimoniale. Inoltre l'introduzione ad opera dell'art. 2645-ter della categoria degli atti di destinazione per scopi meritevoli di tutela sembra avvalorare anche la tesi della validità non solo dei trust internazionali, ma anche del trust interno, cioè di quel trust il cui unico elemento di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale sia costituito dalla legge regolatrice del trust scelta dal disponente⁸⁷.

Tuttavia una parte della dottrina⁸⁸, rimane sfavorevole al trust anche alla luce del nuovo art. 2645-ter, del quale, afferma: *"è facile profetizzare l'uso fraudolento che sarà fatto di questo strumento incautamente offerto dal legislatore ai più furbi, quegli stessi cui la ben nota e spregiudicata lobby del trust interno, (...), già offre sotterfugi da disapprovare."*

Una visione così negativa, non solo del trust, ma anche dell'atto di destinazione introdotto dal legislatore non sembra suffragata da concrete motivazioni: certamente, come tale parte della dottrina sottolinea, *«il principio di tipicità in tema di trascrizione osta ad applicazioni analogiche o interpretazioni estensive»*, stante il fatto che, come ammonisce la Corte Costituzionale con sentenza 111 del 1995, *«in materia di pubblicità, la certezza è lo scopo stesso del sistema»*. Tuttavia, non si ritiene necessario il ricorso ad interpretazioni estensive od analogiche per configurare, oggi, la trascrivibilità del vincolo di separazione del patrimonio. Tale facoltà è infatti, come più volte affermato, chiaramente sancita nell'art. 12 della Convenzione, dove si prevede che il trustee *«avrà facoltà di richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust»* e il nuovo art. 2645-ter altro non fa che legittimarla maggiormente, consentendo al cittadino italiano di creare un patrimonio separato, ricorrendone i presupposti, mediante la sola formalità della trascrizione. Nel caso di istituzione di trust con trasferimento di beni immobili dal disponente al trustee verrà trascritto l'atto di trasferimento della proprietà, che verrà indicato come "Costituzione in trust di beni immobili", contro il disponente e a favore del trustee, *ex artt. 2643 e 2645 c.c.*, indicando nel quadro "D" tutti gli elementi riguardanti il trust che si ritengono utili; con successiva formalità si trascriverà il vincolo in trust contro il trustee, in maniera analoga a quanto si fa per il fondo patrimoniale *ex art. 2647 c.c.* Nel caso di acquisto da parte del trustee, in tale sua qualità, di un bene immobile

⁸⁵ G. De NOVA - *Esegesi del 2645-ter c.c.* al Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: art 2645-ter c.c.": «la trascrivibilità di questo atto reale "vale a fugare ogni eventuale residuo dubbio che qualcuno avesse sulla trascrivibilità del trust nel nostro ordinamento"».

⁸⁶ Art. 12 della Convenzione: «Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti relativi a tali beni, avrà facoltà di richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo»

⁸⁷ Quest'ultima considerazione è condivisa da F. Rota e G. Biasimi, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007, pag. 223, e nella nota 12 della stessa pagina, dove viene citata una circolare dell'Agenzia delle Entrate, la n.5 del 7 agosto 2006, prot. 58873, la quale approfondisce i profili operativi in materia di trascrivibilità degli atti di destinazione per fini meritevoli di tutela.

⁸⁸ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in www.judicium.it, maggio 2006.

che farà parte dei "beni in trust", quando il trust è già stato istituito, si trascrive l'atto di trasferimento della proprietà, contro il disponente e a favore del trustee e poi con successiva formalità si trascrive il vincolo in trust⁸⁹.

VII. CONCLUSIONI

Il dibattito dottrinale circa il recepimento e l'utilizzazione del trust nel nostro ordinamento è sempre stato particolarmente acceso e colorito, e la dottrina si è fin dal principio divisa fra studiosi contrari all'introduzione del trust in Italia e studiosi favorevoli (*le schiere dei viventi*⁹⁰, così come sono stati definiti, causticamente, da una parte della dottrina contraria alla diffusione del trust nel nostro ordinamento). Tra coloro che hanno assunto una posizione critica sull'operatività del trust e sugli effetti che esso sviluppa in tema di trascrizione e opponibilità, è stata soprattutto affermata la necessità di risolvere il problema della trascrizione. Più precisamente, nel suo ultimo intervento sul tema, è stato affermato dall'esponente principale della dottrina contraria al trust⁹¹: «Sono ancora in attesa che qualcuno indichi, con argomentazioni non sciatte, non approssimative e non ostentatamente provocatorie, senza inoltre confondere tra fatto pubblicitario e fatto trascrittivo, tra pubblicità in funzione di notizia e trascrizione in funzione di opponibilità, tra conoscibilità, conoscenza e mala fede da omessa consultazione dei registri immobiliari, tra (...) effetti reali, effetti obbligatori e tipicità della trascrizione, [la modalità per trascrivere il vincolo segregativo del trust]». L'approfondimento condotto in questo lavoro si è proposto lo scopo di condurre una riflessione sul tema degli effetti del trust riguardo a trascrizione ed opponibilità nel nostro ordinamento, prendendo spunto non solo dal dato normativo, ma anche dalle posizioni di forte critica che giungono da una parte della dottrina. Da questa lettura emergono senza alcun dubbio le innovazioni introdotte dal legislatore, che delineano un deciso allargamento dell'orizzonte normativo riguardo alla trascrizione, abbracciando anche l'ipotesi di trascrizione a favore di un trust. Allo stesso tempo, tuttavia, emergono le forti critiche che tale allargamento ha provocato in una parte della dottrina.

In conclusione, il dato emergente dalle letture delle citate riforme normative e dai molti interventi dottrinali riportati, sembra poter dimostrare che la tipicità degli effetti trascrivibili è una regola che non trova il proprio fondamento unicamente negli articoli dal 2643 al 2645 c.c. contenuti nel libro sesto, ma anche nelle altre disposizioni che contengono particolari obblighi di trascrizione, quali il 2447-quinquies o il 2645-ter.

⁸⁹ In particolare D. MURITANO, L.F. RISSO, *op. cit.* (nt. 73) e M. L. CENNI, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, III, 3, pagg. 355 e ss.

⁹⁰ F. GAZZONI: *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, pagg. 11 e ss.

⁹¹ F. GAZZONI, *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in www.judicium.it, maggio 2003.

VIII. INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA. VV.**, *Digesto, Discipline Privatistiche*, Sez. Civ., vol. XIX, Torino, voce *Trust*.
- AA. VV.**, *Principles of European Trust Law*, Ondernemig & Recht, 2001.
- AA. VV.**, Convegno sul tema “Atti notarili di destinazione dei beni: art 2645-ter c.c.”, Milano, 2006.
- AA. VV.**, *Commentario Breve al codice civile, art. 2645ter*, Padova, 2007.
- AA. VV.**, *L’atto notarile di destinazione*, Milano, 2006.
- C. M. BIANCA**, *Diritto Civile*, 3, Il contratto, Milano, 2000.
- C. M. BIANCA**, *Diritto Civile*, 6, La proprietà, Milano, 1999.
- G. CAPOZZI**, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002.
- G.L. CONTALDI**, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001.
- F. GAZZONI**, *Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001.
- F. GAZZONI**, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, in *Riv. Not.*, 2001.
- F. GAZZONI**, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. Not.*, 2002.
- F. GAZZONI**, *Il cammello, la cruna dell’ago e la trascrizione del trust*, in *www.judicium.it*, maggio 2003.
- F. GAZZONI**, *Osservazioni sull’art. 2645-ter*, in *ww.judicium.it*, maggio 2006.
- A. GAMBARO**, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell’aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002.
- A. GAMBARO**, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell’aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002.
- G. IUDICA**, *I trusts di pubblico interesse*, in *I trusts in Italia Oggi*, a cura di I. Benvenuti, Milano, 2000.
- M. LUPOI**, *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001.
- M. LUPOI**, *I Trusts*, Milano, 2001.

U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2004.

F. ROTA, G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007.