

# I PATRIMONI SEPARATI DALLA TRADIZIONE ALL'INNOVAZIONE

*Salvatore Tondo\**

## **1. Premessa**

Il compito che mi è stato affidato, di tracciare una valutazione d'assieme sui contributi del seminario ("I patrimoni separati fra tradizione e innovazione"), apre all'opportunità, in ragione degli spunti emersi, che la valutazione stessa, anzi che esaurirsi in ripresa delle singole tesi, possa elevarsi, in funzione costruttiva e critica, a una considerazione complessiva, per saggiare le effettive possibilità, conforme alle aspirazioni degli stessi studiosi, per un ampio dispiegamento, entro il nostro ordinamento, dell'autonomia destinataria. Ma, come più si conviene a un tale compito, solo in termini che valgano a toccare, per la trattazione dell'intera tematica, non più che i punti essenziali. E, comunque, nella speranza che proprio la schematicità, cui il discorso deve essere assoggettato, più possa servire, non solo al rigore delle argomentazioni, ma anche alla loro controllabilità. Nell'interesse, insomma, d'una migliore produttività, per possibili aperture, dello stesso insieme.

## **2. Nozione di patrimonio separato**

**2.1.** Muoviamo – in vista degli sviluppi cui è destinato il nostro esame – dalla distinzione, per la caratterizzazione delle rispettive aree culturali, tra Civil Law e Common Law, che per il sostantivo sembra presupporre, contrariamente a quanto argomentabile dall'incrocio semantico con lat. *Lex*,

---

\* *Ordinario di storia del diritto romano nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma.*

un valore neutro, come *ius* in quanto *positum* o (*con*)*stitutum*<sup>1</sup>. È, appunto, in una tale correlazione, che la prima denominazione sarebbe valsa a connotare, in opposizione distintiva alla seconda, giusto l'area giuridica, che aveva avuto a principale base, per la propria formazione, il Corpus Iuris (giustiniano), in quanto poi specificatosi, per antitesi al sopravvenuto Corpus Iuris Canonici (Graziano), quale Corpus Iuris Civilis<sup>2</sup>, posto che, in perfetta congruenza, proprio lo *ius civile* ne sarebbe stato, a seconda dei diversi stili, fondamento normativo (tradizione italica) o *ratio scripta* (tradizione francese)<sup>3</sup>.

Torna poi ovvio, per la semantica giuridica nella nostra area, che l'importante concetto, per designare l'insieme dei beni appartenenti (o facenti capo) a un soggetto, sia espresso attraverso la nozione, tout court, di "patrimonio" (lat. *patrimonium*), originariamente formatasi in riferimento all'idea di *pater (familias)*, quale indicativo della persona *sui iuris* per eccellenza (e, quindi, che tipicamente, se non esclusivamente, poteva accentrare su di sé l'insieme predetto)<sup>4</sup>. E, posto che la nozione è stata poi applicata in riferimento generico alla persona (siccome pienamente espressiva delle ivi presupposta capacità giuridica), ne doveva anche risultare, per stare all'impalcatura codicistica tradizionale, che dovessero venire in questione, come ambedue le serie caratterizzate da personalità giuridica, non solo le "persone fisiche" (codice civile, Libro I, Titolo I), ma anche quelle "giuridiche" (Titolo II)<sup>5</sup>. E, tra queste ultime, non meno le società di capitali (richiamate – in coerenza con l'accennato impianto sistematico – già in codi-

---

<sup>1</sup> Per l'un riscontro, Cic. *Part. Or.* 100: "iure civili, quod est in ... lege aut more positum" (su cui, S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, II, Milano, 1993, 372 ss.); per l'altro, D. 1.1.9, Inst. 1.2.1, ecc. Quindi, per coerenza, sulla radice ie. *logh* (C.T. ONION, *The Shorter Oxford Dictionary on Historical Principles*, Oxford, 1967, I, 115), utilmente comparabile, oltre che con la forma normanna *ley*, con ted. *Gesetz* e *Satzung* (F. KRUGE, A. GOETZE, *Etym. Wörterbuch d. deutsch. Sprache*, 15<sup>a</sup> ed., Berlin, 1951, *Gesetz*, 263). Per altri riscontri, G.G. CRISCUOLI, *Sintesi delle fonti del diritto inglese*, Milano, 2001, 2 ss.

<sup>2</sup> E. EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Berlin 1902, 202, nonché, in maniera ancor più puntuale, A. BERGER, *From "Ius Civile" to "Civil Law"*, in *Fs. Kisch*, Stuttgart, 1955, 44 ss.

<sup>3</sup> Utili messe a punto in M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo*, Bologna, 2005, 181 ss. (Cap. IV: "Il Common Law in Inghilterra").

<sup>4</sup> Vedere, per tutti, H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon der Quellen d. R. Rechts*, 10<sup>a</sup> ed., Graz, 1958, 410.

<sup>5</sup> Alle une e alle altre, non a caso, è normalmente riferita, entro il quadro codicistico, la stessa nozione di "patrimonio", come segnalato, con puntuali ragguagli, da U.M. TRIMARCHI, *Patrimonio* (nozione), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, par. 2, 272 ss.

ce civile, Libro I, Titolo II, Capo I, art. 13), nonostante che le stesse siano a loro volta composte, come almeno tipico per ogni sorta d'impianto associativo, d'una pluralità di partecipanti<sup>6</sup>.

Ma, posto che l'insieme degli elementi economici facenti capo a una certa persona, a prescindere da altri riflessi di ordine costruttivo (es., ai fini d'una *successio mortis causa* e simile), è unitariamente caratterizzato quale "patrimonio", come (e perché) poi distinguere altro eventuale insieme, che pur rientri nella medesima titolarità, a guisa di "patrimonio separato" (Sonder-vermoegeen o Sondergut)?<sup>7</sup> Ne viene chiaro, anzi tutto, che occorrerà evidenziare, in via preliminare, le caratteristiche proprie agli elementi nel comune patrimonio, per poi determinare, in funzione differenziativa, il diverso modo d'essere che, specifico ad altri elementi pur nella stessa titolarità, valga ad atteggiarli come separati. Si tratterà, in questo senso, di porre al fatto, per prima cosa, che gli elementi concorrenti nel normale patrimonio sono tanto utilizzabili dal loro titolare (compatibilmente – s'intende – con la natura dei relativi diritti) quanto gravati da responsabilità per le sue obbligazioni, giusta quel che in effetti è, mentre per l'uno verso sottinteso come ovvio, per l'altro espressamente sancito, in coerenza a principio comune nella nostra tradizione<sup>8</sup>, non solo in codice civile 1804, artt. 2092-2094<sup>9</sup> (da cui, tra l'altro, codice civile 1865, artt. 1948-1950), ma anche, con sviluppo, in codice civile 1942, artt. 2740-2741<sup>10</sup>. E, quindi, da riconoscerli caratterizzati, stante la correlazione tra i due punti, tanto da un regime di "illimitatezza" per la loro utilizzabilità da parte del titolare, quanto da un regime di "illimitatezza" per la loro aggredibilità da parte dei suoi creditori (art. 2740/1: "Il debitore risponde dell'adempimento delle

---

<sup>6</sup>E. COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997, par. 1 (Introduzione), 1 ss.

<sup>7</sup>Vedere – anche per la ricchezza dell'informazione (citazione dei precedenti contributi a carattere monografico a pagina 1, nota 1) – A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950.

<sup>8</sup>Basti qui rinviare, per quanto nell'area germanica, a K. LARENZ, *Lehrbuch d. Schuldrechts (Allg. Teil)*, 14<sup>a</sup> ed., München, 1987, Einleitung, par. 2/4, 21 ss.

<sup>9</sup>Vedere, per la sua genesi formale, il recente studio, non propriamente approfondito, di A. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale*, in *St. Gorla*, Milano, 1994, 1805-1822.

<sup>10</sup>Sulla portata del principio stesso, per un primo interessante approccio, C.S. ZACHARIE, V. LINGENTHAL, *Cours de Droit Civil français* (traduzione – riveduta da AUBRY e RAU – sulla 5<sup>a</sup> ed., 1839), 2<sup>a</sup> ed., II, Bruxelles, 1842, par. 580 ss., 339 ss. Opportuno poi richiamare, sulle straordinarie vicende editoriali dell'opera del citato autore, C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1984, 179, nota 12.

obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”)<sup>11</sup>. Donde, a sua volta, facile dedurre che, a fronte degli elementi nell’ordinario patrimonio, quelli che sono specifici, ancorché compresi nella stessa titolarità, a un patrimonio separato, se ne devono distinguere, agli effetti tanto dell’uno quanto dell’altro punto, almeno per qualche limitazione<sup>12</sup>.

Non solo. Ma quanto ora precisato dovrebbe mettere in guardia da corvivi riferimenti, per la genealogia dei concetti, alla pur importante figura del *peculium* (in quanto insieme di beni che, staccato economicamente, ma non giuridicamente, dalla titolarità dell’avente potestà, veniva affidato, come patrimonio di fatto, a un sottoposto, da poter poi giustificare che gli atti compiuti dal sottoposto medesimo, per la sua amministrazione, avessero a tradursi in responsabilità, ma non oltre i limiti dello stesso insieme, per lo stesso avente potestà)<sup>13</sup>. Non va smarrito, a questo riguardo, ch’esso peculio, come pienamente sempre compreso nel patrimonio familiare, nessuna limitazione avrebbe potuto comportare, in ordine ai relativi beni, né agli effetti dell’utilizzabilità da parte del *pater*, né a quelli dell’aggredibilità da parte dei suoi creditori (tanto che nella pandettistica, pur parlandosi di *Sondergut* o simile, è stato sempre messo a profitto, con la sua complessa e istruttiva logica, solo per l’idea dell’autonomia patrimoniale)<sup>14</sup>.

**2.2.** Merita aggiungere, in ideale sviluppo delle osservazioni ultime, una messa a punto concettuale, contro al rischio di incongrue dilatazioni della logica propria al “patrimonio destinato” (o “Zweckvermögen”)<sup>15</sup>. Si tratta,

---

<sup>11</sup> Non necessaria, per questo riguardo, l’ulteriore correlazione con l’istanza della *par condicio creditorum* (criticamente valutata, in termini di effettività, da P. SCHLESINGER, *L’eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Scr. Mengoni*, I, Milano, 1995, 919-931). Vedere, per un diverso principio, ZPO par. 804/3 (Prioritätprinzip agli effetti di iniziative esecutorie sul patrimonio mobiliare).

<sup>12</sup> PINO (nota 8), cap. I (1-30) e II (37 ss. e 55 ss.), utilmente ripreso da V. DURANTE, *Patrimonio* (dir. priv.), in *Enc. giur. Treccani*, par. 2. Da integrare, tra molti altri, con M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, alla quale si deve, entro il nostro seminario, altro specifico contributo: *Atto negoziale di destinazione e separazione*.

<sup>13</sup> G. ANDRICH, *DI*, XIII/1 (1928), 1218-1230; K.V. UXKULL, *PW*, XI/X/1 (1937), cc. 13-16.

<sup>14</sup> G. VOGT, *Zur Theorie der Handelsgesellschaften ...*, in *Zs. F. Handelsrecht*, 1858, 527; A. DIEZEL, *Die Kommanditen-Gesellschaft u. die actio tributaria*, ib., 1859, 1-48; C.F.H. ROESLER, *Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach. Röm. Rechte*, ib., 1861, 252-326; E.I. BEKKER *Zweckvermögen, insbes. Peculium, Handelsvermögen u. Aktiengesellschaften*, ib., 1861, 499-567.

<sup>15</sup> Aver presente – oltre A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, III, par. 226 ss., 979 ss. – E.I. BEKKER, *System d. deut. Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886 (su cui, per una approfondita

precisamente, di far presente, come prima cosa, il fatto che, pur dovendosi postulare ai fini della separatezza un vincolo dei relativi beni a un certo interesse (o scopo), non sempre però è presupposto un atto di destinazione (*Zwecksatzung*), tanto vero che un tale atto, mentre è evidente, tra le figure che lo possono interessare, in relazione ad alcune, come il patrimonio familiare (codice civile, artt. 167-176 abr.) e la dote (artt. 177-209 abr.) e il fondo patrimoniale (codice civile 1942/1975, artt. 167-171), non sembra invece ravvisabile riguardo ad altre, come l'eredità beneficiata (codice civile artt. 484-511) o conseguente a *separatio bonorum* (artt. 512-518). E, inoltre, d'avvertire che l'atto di destinazione, quando volto, anzi che a solo porre un vincolo sui beni, anche a creare un ente a sé stante, vale certo a determinare una corrispondente autonomia patrimoniale (come appunto qualificabile, non in sé stessa, ma in rapporto ai soggetti destinanti)<sup>16</sup>, quale, a sua volta, da suddividere in autonomia imperfetta o perfetta, a seconda che comportante, per l'ente interessato, una responsabilità soltanto prioritaria (associazioni non riconosciute e società di persone) o addirittura esclusiva (associazioni riconosciute e società di capitali)<sup>17</sup>. Quindi, per il complesso, da farne chiaramente desumere che, mentre la separatezza patrimoniale non sempre nasce da apposita destinazione, nemmeno la destinazione porta sempre ad essa.

Preme altresì rilevare che, stante la corrispondenza nel quadro codicistico tradizionale tra persone fisiche e persone giuridiche, anche le società, ove appunto dotate di personalità giuridica, devono dispiegare stessa rilevanza sul piano patrimoniale, comportandovi solita illimitatezza, oltre che per il potere d'utilizzazione dei propri beni, anche per quello d'aggressione sui medesimi da parte dei loro creditori<sup>18</sup>. E, su questa base, inoltre avvertire che, se prima le figure di separatezza patrimoniale avevano riscontro solo (o soprattutto) in ambiti molto tradizionali (come gli esempi dianzi richiamati), oggi trovano applicazione, in connessione con le tecniche più avanzate, anche in campo societario, come, per addurre un primo esempio,

---

dita valutazione critica, M. KRIECHBAUM, *Dogmatik u. Rechtsgeschichte bei E.I. Bekker, Ebelsbach*, 1984, 145 ss.).

<sup>16</sup> Vedere, in prospettiva generale, P. SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ...*, in *Dir. e pratica delle società*, 2003, 6-8.

<sup>17</sup> Per tutti, P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 1981, par. 40, 84 ss. Resta a parte, come ancor più incisiva, la destinazione che vi si venga a caratterizzare, per via della istituenda fondazione, in riferimento unico e assorbente.

<sup>18</sup> E. COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, cit., 2, a cui utilemente coordinabile, per lo sfondo concettuale, G. MONELLI, *La personalità giuridica della società anonima con un solo azionista*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 589-600.

a stregua della legge 30 aprile 1999, n. 130 (per la cartolarizzazione dei crediti)<sup>19</sup>.

Non solo. Troviamo, con richiamo giusto a quest'ultimo precedente, che altre più complesse figure, che possono qui interessare, sono significativamente date, per effetto della sopravvenuta riforma del diritto societario (2003), dalla duplice configurabilità, entro la realtà patrimoniale per le società azionarie, di patrimoni per usi specifici (art. 2747-*bis*/1). Quale, secondo un modello (in sede dottrina qualificato come "industriale"), per la costituzione di "uno o più patrimoni, ciascuno dei quali destinato in via esclusiva a uno specifico affare". E, secondo un altro modello (qualificato come "finanziario"), perché la società possa "convenire", "nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare", che "siano destinati", per il "rimborso totale o parziale del ... medesimo", "proventi dell'affare stesso" (ossia, per quest'ultimo riguardo, attraverso una tecnica di indebitamento garantita, che valga a seriamente sviluppare una finanza di progetto). Il tutto, a sua volta, notoriamente già fatto oggetto, per assai diversi rispetti, di trattazioni piuttosto impegnate<sup>20</sup>.

**2.3.** Ma, definita la nozione dei patrimoni separati, ecco anche doversi impegnare, in connessione appunto al regime della separatezza, sul possibile gioco dell'autonomia destinataria. In vista, sperabilmente, di poterne esattamente determinare, insieme coi possibili suoi dispiegamenti, anche i limiti – come non correttamente valicabili – tuttora attuali.

### 3. Portata dell'autonomia destinataria

**3.1.** All'interno del nostro ordinamento (Civil Law), ma in vista del possibile assorbimento, sovente temuto più che sperato, d'una straordinaria figura dall'altra area (Common Law), s'è sviluppata un'analisi piuttosto impegnata, per cercare di comprovare che, senza bisogno di costruzioni allo-

---

<sup>19</sup> Su cui, S. TONDO, *Impianto della procedura per la dismissione immobiliare*, in *Vita not.*, 2003, par. 3, 116 ss. (in riferimento, principalmente, a d.l. 25 settembre 2001, n. 305, convertito nella legge 23 novembre 2001, n. 410). E, per la portata di queste tendenze, L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 15 ss.

<sup>20</sup> Importa richiamare – in aggiunta ai ragguagli in S. TONDO, *Patrimoni destinati a uno specifico affare*, in *Studi e Materiali. CNN*, Suppl. 1/2004, 1-34 – il recentissimo volume di S. ANGELONI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Torino 2005. Aggiungere, entro il nostro seminario, U. TOMBARI, *I patrimoni destinati della s.p.a.* (con rilievi, in termini di funzionalità, assai fini).

gene, sarebbe la logica della nostra operatività negoziale, purché affrancata da condizionamenti inutilmente tratteggiati, a poter soddisfare, mercé il convegno (e la combinazione) di appropriate destinazioni, alle più diverse esigenze<sup>21</sup>. Ciò, per prima cosa, sulla base dell'idea che l'autonomia privata, da reinterpretare come autonomia individuale<sup>22</sup>, abbia a potersi ritradurre, secondo lo spirito di Cost. art. 2 ("... diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"), in funzione della massima attuazione, entro i limiti segnati dall'ordinamento, dell'interesse dei singoli disponenti<sup>23</sup>. Quindi, trattandosi d'un principio di libertà, sì nello stile di codice civile art. 1322 ("Autonomia contrattuale"), ch'è venuto a espressamente riconoscere la potestà, oltre che di "liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge" (1° comma), anche di "concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché ... diretti a interessi meritevoli di tutela ..." (2° comma), e però avendo cura d'intendere, come sottolineato da un autorevole studioso, la limitazione ultima, non nel segno d'una astratta utilità sociale, ma della mera liceità giuridica<sup>24</sup>.

Ma, di là da questo sfondo (pur indispensabile e in sé plausibile), occorre darsi pienamente ragione, per poi graduarne e motivarne la possibile incidenza, della funzionalità propria agli atti destinatori. Volendo quest'ultimi all'interno degli atti dispositivi, come cioè a rilevanza reale, meriterebbe distinguere tra attribuzione (*Zuwendung*) e destinazione (*Zwecksetzung*), per poi precisare che il secondo momento, per quanto configurabile a sé solo (senza nemmeno bisogno di prefigurarsi la creazione, come nello stile della fondazione, d'un nuovo soggetto), può anche coordinarsi al primo, che viene così ad assumere un ruolo strumentale, in vista d'impiantarvi, in

---

<sup>21</sup> Vengono in questione, per lo stesso autore, oltre alla relazione nel nostro seminario (*Il negozio atipico di destinazione*), i seguenti contributi: G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 571 ss.; *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.; *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.; *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Quad. rom. dir. comm.*, I, Atti/2, Milano, 2003, 241 ss.

<sup>22</sup> R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile*, in *Racc. Scritti*, III, Milano, 1993, 11 ss. Come, del resto, già insito nella qualifica di *privatus* (da *privus*), in opposizione distintiva rispetto a *publicus* (da *populus*) (A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dict. étymol. de la langue latine*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, 1959, 536).

<sup>23</sup> G. PALERMO, *Ammissibilità*, cit., par. 2 s., 244 ss. (con richiamo – per lo sfondo concettuale – a G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 57).

<sup>24</sup> G. GORLA, *Il Contratto*, I, Milano, 1955, par. 19, 199-227.

funzione configurativa, un vincolo di scopo<sup>25</sup>. Sì, per questo verso, non solo da implicare, rispetto agli schemi del nostro Codice, una normalità dell'atipicità causale, ma anche un nuovo indice di circolazione dei diritti, come suscettibile d'essere efficacemente rapportato, anzi che a un carattere di rigorosa nominatività<sup>26</sup>, alla specifica determinazione negoziale (ossia, in via indipendente dal fatto che gli effetti, in luogo d'essere determinabili a stregua delle vigenti categorie, lo siano solo sulla base del concretamente voluto)<sup>27</sup>.

Ma, ammessa la plausibilità d'una simile impostazione<sup>28</sup>, resta nondimeno da controllare se la stessa, pur apprezzabile quale istanza per una più ampia libertà operativa (quasi capace di trovare in sé medesima un fondamento di razionalità)<sup>29</sup>, sia poi compatibile con la logica dell'ordinamento. E, precisamente, in ragione della voluta qualificazione dei discussi assetti destinatori in termini di rilevanza non meramente obbligatoria ma reale, sì, insomma, da comportare, rispetto ai beni gravati da un loro vincolo, almeno un regime di separatezza (da implicare, a sua volta, almeno limitazione agli effetti della ordinaria responsabilità patrimoniale).

**3.2.** Merita sottolineare, in via preliminare, che lo sfondo deve essere qui dato da un insieme di principi, comunque storicamente determinatisi, che nel nostro ordinamento, lungi dall'essere stati in limitazione dell'autonomia dei singoli, volevano essere, piuttosto, in funzione della certezza, quindi anche circolabilità, dei diritti sulle cose. A cominciare, per qui stare a quanto veramente essenziale, dal numero chiuso dei diritti reali, che sembrerebbe essere stato formalizzato, già nel codice civile 1804, non per formale ossequio alla tradizione romanistica, ma in reazione alla grande fluidità di figure, magari meritevole anche di migliore valutazione, nel regime

---

<sup>25</sup> G. PALERMO, *Ammissibilità*, cit., par. 6 (strumentalità dell'attribuzione e vincolo destinataria) 246 s., par. 8 (Il negozio di destinazione come ... peculiare modo di disporre) 249 ss.

<sup>26</sup> Come postulato da F. CARNELUTTI, *Teoria della circolazione*, Padova, 1933, 72 ss.

<sup>27</sup> G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust*, cit., 401 ss. (sulla base, tra l'altro, di U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 77 ss.). Aver altresì presente, per altri possibili spunti da entro il nostro Codice, F. ALCARO, *Il mandato ed il negozio fiduciario* (relazione).

<sup>28</sup> Nonostante i rilievi critici – tutt'altro che trascurabili – di F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile ...*, cit., in *Riv. not.*, 2001, 11 ss.

<sup>29</sup> Nello spirito di A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni* (1776), Milano, 1976 (trad. F. Bartoli), Libro I, par. 2, 19 (riportato in S. TONDO, *Foro it.*, 1995, I, par. 5).



feudale<sup>30</sup>, siccome principio destinato a esprimersi, oltre che “nell’obbligo di non creare altri diritti reali”, anche nel “divieto, nell’ambito dei diritti reali tipici, di cambiare il contenuto sostanziale”<sup>31</sup>. E, in connessione, venire alla considerazione delle ulteriori norme che, in privilegio della libertà per l’utilizzazione dei beni (soprattutto agli effetti della proprietà), pongono rigorosi limiti ai vincoli di contitolarità, alla compatibilità dei diritti reali su cosa altrui, ai patti d’inalienabilità, alla perpetuabilità in soggetti non entificati, eccetera<sup>32</sup>. Sino, per prima cosa, a doverne desumere che, già in relazione a un’impostazione siffatta, l’autonomia per gli atti destinatori, in quanto implicativi di vincoli reali, sembrerebbe soggetta a condizionamenti pesanti.

Ma, di là da quanto appena accennato, ancor più sembra destinato a giocare in funzione limitativa, per l’autonomia destinatoria, il principio dell’art. 2740/1, che sancisce per il debitore la “universalità” (o “illimitatezza”) della responsabilità patrimoniale. Un principio che, nel solco d’una solida ma anche ovvia tradizione (onde, appunto, la presupposta sua valenza, pur in assenza di formulazione espressa, anche in area germanica), si trova formalmente ribadito, così per il codice civile 1804, artt. 2091-2094 (e 1865, artt. 1948-1950) come per il nostro Codice attuale, nel quadro di norme che, volte a delineare privilegi e pegni e ipoteche quali sole figure idonee a realizzare garanzie patrimoniali speciali (cioè derogative alla responsabilità patrimoniale ordinaria)<sup>33</sup>, tanto più sarebbero valse, chiaramente, a presupporre l’inderogabilità del principio stesso<sup>34</sup>.

Né, d’altra parte, sembra appropriata la pretesa, in svuotamento di quanto nella stessa Relazione a codice civile (sull’art. 2740)<sup>35</sup>, che il tratta-

<sup>30</sup> M. GARAUD, *La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959, 153 ss.

<sup>31</sup> U. MORELLO, *La multiproprietà azionaria*, in *Il Notaro*, 1983, 1; ma, a nostro avviso, senza potersi trascurare che v’è, tra numero chiuso e tipicità, ineliminabile correlazione (S. TONDO, *Multiproprietà e funzione alberghiera*, in *Riv. not.*, 1986, 368-394).

<sup>32</sup> S. TONDO, *Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Convegno Campiglio, in *Quad. 2*, Milano, 1991, 133 ss.

<sup>33</sup> Cosa che, per l’area francese, potrebbe essere stata attenuata, secondo SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 12, nota 41, dalla legge n. 626/1972 (novellativa, in ripresa d’un indirizzo giurisprudenziale, di c. civ. art. 2092/1).

<sup>34</sup> Basti qui rinviare, per l’un versante, A.P. PONT, in MARCADÉ, PONT (dir.), *Spiegazione teorico pratica del C. Nap.*, X/1 (*Dei privilegi ed ipoteche*), Napoli, 1883, ad art. 2092, par. 16, 12 ss.; G. BAUDRY, P. DE LOYNES, *Trattato teorico-pratico di dir. civ. Del pegno*, I, Milano, par. 306, 410 ss. E, per l’altro, a F. RICCI, *Corso teorico-pratico di dir. civ.*, X, Torino, 1929, par. 63, 121 ss.

<sup>35</sup> Roma, 1943, 788: “che, nell’interesse del credito e dell’economia, non consente limitazione di responsabilità fuori dei casi stabiliti dalla legge”.

mento sanzionatorio abbia a ridursi, per l'ipotesi di destinazione non rispondente a previsione normativa, alla mera azione revocatoria<sup>36</sup>. Sembra facile replicare, che ridursi all'azione predetta, se naturale quando si tratti di destinazione, prima che ingiustamente lesiva della garanzia verso i creditori del destinante, normativamente ammessa nella sua tipicità (come, per esempio, agli effetti della costituzione d'un fondo patrimoniale)<sup>37</sup>, non così invece per atti destinatori che, a parte ogni loro incidenza negativa, siano non rispondenti a previsioni normative. Tanto più, questo, in ragione del fatto che l'art. 2740/2, profilandosi in aggiunta a quanto nella tradizione codicistica<sup>38</sup>, ha chiaramente voluto esplicitare, non sostanzialmente creare, il principio "della tipicità (o del *numerus clausus*) delle possibili limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore"<sup>39</sup>. Donde, ancora una volta, la conseguenza, che qualunque destinazione a valenza alterativa d'essa responsabilità, non altrimenti potrebbe ritenersi ammessa, ossia giuridicamente valida (o almeno opponibile), che a condizione della precisa sua rispondenza a uno schema legale.

**3.3.** Non solo. Facile a questo punto aggiungere che, a volere persistere nella linea dottrina d'anziché criticata, si dovrebbe tuttora ammettere, per fare qualche esempio, la perfetta istituibilità, se non anche della dote (fatta oggetto di espresso divieto in codice civile art. 166-*bis* nov. ex legge n. 151/1975), sì del patrimonio familiare (tipo codice civile artt. 167-176), nonostante l'avvenuta sua sostituzione, in via della riforma del diritto di famiglia, con la figura del fondo patrimoniale (codice civile artt. 167-171 nov. ex legge n. 151/1975). Cosa, chiaramente, che potrebbe essere solo a condizione, oltre che di violare il solito principio (art. 2740/1-2), anche svuotare il senso proprio, per il punto qui interessato, della riforma stessa.

---

<sup>36</sup> A. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in *Quad. rom. dir. comm.*, I, Milano, 2003, 235-239, a cui conforme, su proprio consolidato orientamento, non solo G. PALERMO, *Ammissibilità*, cit., par. 9, 250 ss., ma anche U. LA PORTA, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto destinatorio*, 261-270.

<sup>37</sup> Vedere, sullo sfondo della relazione di G. TRAPANI, *Il fondo patrimoniale* (riportantesi a precedenti suoi studi, tra cui: *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale – i limiti all'esecuzione*, in *Studi e Materiali CNN*, VI/1, Milano, 2001, 610 ss.).

<sup>38</sup> Come opportunamente sottolineato da C. GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 507.

<sup>39</sup> E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, XIX/1, Torino, 1985, par. 3 (2<sup>a</sup> ed., 1997, 509). A cui, tra molti altri, rapportare F. GALGANO, *Diritto privato*, 5<sup>a</sup> ed., Padova, 1988, 368.

Ma, nondimeno, devono rimaner ferme le ragioni culturali, che sono state alla base della dottrina criticata. Quali, in specie, meglio apprezzabili alla luce dell'importanza, ma anche effettiva influenza, che è stata via via guadagnata, sopra tutto in anni recenti, dallo straordinario modello (*trust*), che sappiamo maturato, in grande varietà di possibili assetti, in altra realtà giuridica.

#### 4. Norme per ambientare il *trust* nel nostro ordinamento

4.1. Veniamo così all'area di Common Law, ossia dell'altra importante realtà normativa, che sembra essersi formata, in valenza territoriale comune (oltre cioè i distretti locali), nella Inghilterra medievale<sup>40</sup>, per subito considerarne, come già avvertito, la figura, assurta a straordinaria vitalità operativa, del *trust*<sup>41</sup>. E, per quanto più interessa, cercando d'impostare la nostra valutazione, non sulla scorta delle molteplici varietà che ne hanno accompagnato lo svolgimento, ma in funzione d'uno schema che, non rigidamente definitorio, sia però efficacemente idealtipico<sup>42</sup>, come cioè capace di meglio orientare, senza doversi disperdere in minuti raffronti, su genesi e logica della sua disciplina. Quale, per l'appunto, riconoscibile nello schema che, in chiave veramente generale, risulta proposto in autorevoli trattazioni: "Tizio (*settlor*) trasferisce la proprietà d'un bene a Caio (*trustee*), con il patto che questo lo amministri nell'interesse di Sempronio (*beneficiary*)"<sup>43</sup>.

Occorre, per la specie, tener conto del rapporto realizzatosi, all'interno del Common Law, tra il medesimo (come essenzialmente maturato nella giurisprudenza delle Corti Regie) e l'Equity (quale sviluppatasi, in funzio-

---

<sup>40</sup> R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (testo tradotto dalla 2<sup>a</sup> ed. 1978), Padova, 1980, par. 272, 276; cui coordinare, tra i più recenti, CARVALE, *Alle origini del diritto europeo*, cit., par. 1, 181 ss.

<sup>41</sup> Su cui, specialmente, M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997 (utilmente integrabile, tra molti altri suoi contributi, con il seguente: *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 425-440). Altresì notevole, per complessità d'analisi e ricchezza d'informazione, S. BARTOLI, *Il Trust*, Milano, 2001, cui si deve anche la Relazione, con stesso titolo, nel nostro Seminario.

<sup>42</sup> Nello stile weberiano – su cui, oltre a R. BENDIX, *M. Weber – Un ritratto intellettuale* (1962), Bologna, 1984, 196 ss., specialmente K.-H. NUSSER, *Kausale Prozesse u. sinnerfassende Vernunft*, München, 1986 – quale adottato, per moderne e scaltrite analisi, da H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I (Grundlagen), München, 1980, cap. I, 84-141 (Arten u. Bedeutung der Gesellschaften: I "Die Idealtypen", II "Die Realtypen").

<sup>43</sup> U. MATTEI, *Common Law. Diritto Anglo-Americano*, Torino, 1992, 322 ss.

ne insieme integrativa e correttiva, nella giurisdizione ecclesiale del Cancelliere), che ha certo consentito (o almeno favorito), grazie alla stessa dualità di sistemi che si veniva così a delineare, un veramente utile concorso, in funzione arricchente ed equilibrativa, della rispettive valutazioni. Sì, per il nostro tema, da avere comportato che, mentre l'un sistema avrebbe lasciato Sempronio (*beneficiary*) completamente privo di tutela nei confronti di Caio (*trustee*), poi ch'esso considerava il destinatario del trasferimento a stregua d'un pieno proprietario, l'altro ha invece implicato, in favore dello stesso beneficiario, meccanismi protettivi particolarmente incisivi (i quali vanno, da un possibile ordine nei confronti del *trustee* affinché soddisfi ai suoi obblighi morali, a un intervento che renda inefficaci certi trasferimenti da parte del medesimo, come quelli a titolo gratuito o a titolo sì oneroso ma a un terzo non di buona fede, sino all'istrumentario del *tracing*, comportante che il *trust* stesso, secondo il criterio della surrogazione reale, possa estendersi ai proventi da qualunque alienazione del bene in violazione dell'affidamento)<sup>44</sup>.

Tanto più notevole, alla luce delle riportate precisazioni, il progresso che sembra essersi ivi guadagnato, a confronto della *fiducia* nell'ordinamento romano, ove pure era stata operante, per un rapporto essenzialmente unilaterale del secondo sistema rispetto al primo (tipo, come per l'impostazione anglosassone, "equity follows the law"), una creativa dualità di sistemi giuridici (*ius civile e ius honorarium*)<sup>45</sup>. Troviamo, per l'area romana, che la tecnica fiduciaria era rimasta, essenzialmente, al fatto che, su un atto solenne traslativo (tipo *mancipatio* o *in iure cessio*), s'innestava un *pactum fiduciae*, in modo, per l'insieme, da comportare, oltre ad attribuzione della titolarità del bene al destinatario, sì l'impegno di quest'ultimo, in funzione d'un qualche scopo (si distingueva, nella ordinaria nomenclatura, tra *fiducia cum creditore* – cioè a scopo di garanzia – e *fiducia cum amico*), ma solo nel rapporto interno (effetto obbligatorio). E, quindi, da non andare oltre, per quella che ne doveva essere la funzione limitativa, un semplice vincolo interno (fiduciario nei confronti del fiduciante), non altrimenti suscettibile d'essere fatto valere che nello stile d'una azione personale (*actio fiduciae*)<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> U. MATTEI, *Common Law. Diritto Anglo-Americano*, 322 ss.

<sup>45</sup> Aver presente, per la comparabilità delle rispettive esperienze, E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto* (1913), Milano, 1976, cap. XII par. 4, p. 343 ss., cui aggiungere, tra i più recenti, G. PUGLIESE, "Ius honorarium" a Roma ed "equity" nei sistemi di "common law", in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 1105 ss., spec. par. 7 (1122 ss.).

<sup>46</sup> A. MANIGK, *Fiducia*, in *PW*, VI/2, 1909, cc. 2287-2316; W. ERBE, *Die Fiducia in*

Ne risulta, come appena accennato, una differenza notevole, tra la *fiducia* romana (modernamente poi sviluppatasi anche per la base di trasferimenti non astratti ma caratterizzati dalla stessa *causa fiduciae*)<sup>47</sup> e il *trust* anglosassone. Quale, ripetiamo, costituita dal fatto, che non anche nell'una, ma solo nell'altra figura, nonostante che per entrambe le aree fosse presupposta una dualità di sistemi normativi, s'è efficacemente costruita, per la valenza dell'intesa fiduciaria, una rilevanza pienamente reale. Ma, allora, come operare, nel nostro ordinamento, per un'ambientazione del *trust*, che valga ad assicurargli, attraverso una sua appropriata ritraduzione, un equipollente?

**4.2.** La via più appropriata, al fine di determinare la possibile traduzione concettuale del *trust* in termini di Civil Law, sembra quella, non di discettarne in astratto, ma attenersi alle qualificazioni adottate, per l'ambientazione d'importanti applicazioni del *trust*, come maturate in area angloamericana, da parte di nostre leggi<sup>48</sup>. Come, in specie, per l'inquadramento dello *investment trust*, che tra noi ha assunto la denominazione di "fondi comuni d'investimento", avendo in dottrina, prim'ancora del suo riconoscimento legale, presto formato oggetto, per la sua riqualificazione in termini propri alla nostra tradizione, di varie formulazioni<sup>49</sup>. Onde, per citare le teorie più importanti, s'era creduto ravvisarvi, tra i partecipanti tutti, una situazione di comproprietà (ossia, per quote corrispondenti alle somme singolarmente conferite, rispetto al patrimonio rappresentato dai titoli acquistati e dalle liquidità in attesa d'investimento o mantenute disponibili, ma integrate con un coacervo di rapporti che, destinati a operare tra i sottoscrittori e gli organi del fondo, avrebbero dovuto sottostare alla logica e disciplina del mandato)<sup>50</sup>. Oppure, mettendo a profitto la ormai emersa distinzione tra sogget-

---

*Röm. Recht*, Weimar 1940; N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, Napoli, 1983; e, con particolare attenzione a certi sviluppi (*fideicommissum*), D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988.

<sup>47</sup> C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345 ss.; *'Trust' anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario* (recensione a R. FRANCESCHELLI, *Il 'trust' nel diritto inglese*, Pavia 1935), ivi, 548 ss.

<sup>48</sup> Per l'istanza metodica, in termini di traduzione concettuale, E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, 301 ss.

<sup>49</sup> Utili ragguagli, per la complessa vicenda, in G.P. SAVI, *Società finanziaria (" Holding") e società d'investimento (" Investment trust")*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, 1970, 713-719.

<sup>50</sup> Così – sulle orme di T. ASCARELLI, *Investment Trust*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1951, I, 178 ss. B. LIBONATI,  *Holding e Investment Trust*, Milano, 1959, 627 ss., nonché R. CORRADO, *L'Investment Trust nell'ordinamento italiano*, in *St. Greco*, I, Padova, 1965, 43 ss.

tività e personalità giuridica, riconoscere nel fondo stesso un soggetto a sé stante (ancorché non personificato), da comportare, oltre che imputazione al fondo delle obbligazioni assunte nella gestione, anche capacità d'azione indipendente<sup>51</sup>. O, in spirito di più sano realismo, veniva fatto di descrivere i partecipanti stessi, come coloro che “consegnano del denaro alla società di gestione ... affinché questa costituisca un portafoglio titoli di sua proprietà e lo amministri secondo certe regole, facendo beneficiare i sottoscrittori degli utili derivanti da tale gestione”<sup>52</sup>. Ma, per quanto in ordine di crescente abilità, non mai avrebbero potuto soddisfare all'istanza d'un immediato inquadramento<sup>53</sup>.

Tanto più, perciò, è venuta ad assumere decisivo rilievo la costruzione adottata nella legge 23 marzo 1983, n. 77 (“Istituzione e disciplina dei fondi comuni d'investimento mobiliare”), che sembra avere operato, nonostante qualche difformità terminologica<sup>54</sup>, nella prospettiva del patrimonio separato (Sondervermögen o Sondergut), caratterizzata da decise limitazioni agli effetti, oltre che dell'utilizzabilità dei relativi beni da parte del loro titolare, anche della loro aggredibilità da parte dei suoi creditori, testualmente disponendo (art. 3/2): “Ciascun fondo comune costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione e da quelli dei partecipanti, nonché da ogni altro fondo gestito dalla medesima società di gestione. Sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società gerente. Le azioni dei creditori dei singoli partecipanti sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi”<sup>55</sup>.

Non è peraltro mancata, a fronte d'una caratterizzazione simile<sup>56</sup>, qual-

<sup>51</sup>R. COSTI, *La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. società*, 1968, 299 ss.

<sup>52</sup>G.E. COLOMBO, in *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, 288 ss.

<sup>53</sup>Critiche in S. TONDO, *Ambientazione del trust e controllo notarile*, in I. BENVENUTI (ed.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 185 ss.

<sup>54</sup>Ben sottolineata, tra altre considerazioni veramente puntuali, nella relazione di D. MURITANO, *La cartolarizzazione ed i fondi comuni d'investimento*.

<sup>55</sup>Utile, in proposito, T. SALONICO, *Saggio introduttivo*, in *I fondi comuni di investimento nella legge n. 77/1983*, Firenze, 1985, 30 ss., con richiamo, entro la stessa raccolta, a P. RESCIGNO, *Il patrimonio separato nella disciplina dei fondi comuni di investimento*, 85 ss. Entrambi gli autori già citati in S. TONDO, *Ambientazione del trust*, cit., 188 e nota 320 (qui aggiungere che, se si parla più genericamente di patrimonio “distinto”, è forse anche per tenere conto che l'insieme delle quote dei partecipanti viene a costituire, rispetto ai loro singoli patrimoni, un patrimonio, anzi che “separato”, “autonomo”).

<sup>56</sup>Adesivamente già richiamata da C. FUMAGALLI, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, 1245, nota 16, ma ricorrente, per autonoma (e generale) elaborazione, presso altri

che decisa messa a punto, per porre l'accento, ai fini d'una calzante caratterizzazione, sul fatto che, rispetto ai beni del *trust*, si determinerebbe un effetto, non di mera separazione (o separativo), ma di piena segregazione (o segregativo)<sup>57</sup>. Ma non dovrebbe esser difficile rendersi conto che anche nella semantica giuridica angloamericana i due termini sembrano concorrenti e fungibili<sup>58</sup>. Solo, preme tenere conto, in consonanza con lo stesso critico, che il senso della separazione (o segregazione), per la materia del *trust*, sembra anche il più radicale<sup>59</sup>, valendo a comportare che la separazione stessa, a differenza da quanto normalmente per la tradizione codicistica<sup>60</sup>, abbia a risultare bidirezionale<sup>61</sup>, da far sì, insomma, che “les biens”, almeno sul piano degli interessi effettivi, “ne sont jamais dans le patrimoine du trustee”<sup>62</sup>. Come, in effetti, troveremo sottolineato, entro un ulteriore testo normativo, nella maniera più decisa.

**4.3.** Aggiungere, a complemento di quanto sopra segnalato, che non diversa impostazione è stata poi adottata nella legge 2 gennaio 1991, n. 1 (“Disciplina dell’attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull’organizzazione dei mercati mobiliari”, art. 8/2: “Il patrimonio conferito in gestione dai singoli chiamati costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello della società e dei clienti ...”), nella legge 14 agosto 1993, n. 344 (“Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento mobiliare chiusi”, art. 8/6), nonché nella legge 25 gennaio 1994, n. 86 (“Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento immobiliare chiusi”, art. 12/6)<sup>63</sup>. Cosa, a sua volta, tanto più notevole, in quanto ulteriormente ripresa, con ritraduzione in congegni improntati alla struttura del *trust*, così per la cartolarizzazione dei crediti (legge n. 130/1999)<sup>64</sup>, come per quella

---

studiosi (tra cui, in specie, F. GAZZONI, *Manuale di dir. priv.*, 8<sup>a</sup> ed., Napoli, 2000, Cap. LII, par. 7, 958 ss.).

<sup>57</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 387 ss., 489 ss.

<sup>58</sup> G.T. BOGERT, *Trusts*, 6<sup>a</sup> ed., St. Paul (Minn.), 1987, 359 ss.

<sup>59</sup> Come già avvertito, tra vecchi studiosi, da un P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des Trusts*, Paris, 1932, 26 ss.

<sup>60</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, cit., 19 ss.

<sup>61</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 472 ss.

<sup>62</sup> LEPAULLE, *op. ult. cit.* Vi sono utilmente rapportabili, per tutto quanto qui precisato, le equilibrate osservazioni di M. BIANCA, *Amministrazione e controlli dei patrimoni destinati*, in *Quad. rom. dir. comm.*, I, 182, nota 52.

<sup>63</sup> S. TONDO, *Ambientazione del trust e controllo notarile*, cit., 189.

<sup>64</sup> Su cui, C. RUCELLAI, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, par. 5, 415 ss.

del patrimonio immobiliare pubblico (d.l. n. 305/2001, poi convertito, con modificazioni, nella legge n. 410/2001)<sup>65</sup>.

Quindi, per tutte queste ipotesi, sempre in funzione derogativa alla universalità della responsabilità del debitore (art. 2740). Ma, tuttavia, senza aver mai portato a violazione dell'impostazione codicistica, posto che s'è sempre operato nella via, non di semplice autonomia negoziale (atti di destinazione), ma di previsioni legislative. E, per ciò stesso, tanto più ora accertare, se almeno attraverso altra impostazione normativa, magari in forma non espressa ma pur oggettivamente univoca, possa essersi più estesamente aperto al gioco, come per più parti auspicato, dell'autonomia destinataria.

## 5. Convenzione sulla legge per i *trusts* e sul loro riconoscimento

**5.1.** È altresì venuta, sullo sfondo che abbiamo visto tra noi maturare già per l'inquadramento dei fondi comuni d'investimento, la importante Convenzione Internazionale 1° luglio 1985 in materia di *trust*, che ha certamente inteso, in coerenza col compito fondamentale della Conference de la Hague che l'ha prodotta (“... travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé”), di pienamente soddisfare, come a suo scopo primario, giusto per la uniformizzazione della disciplina, determinandone una configurazione a portata universale, sul piano del diritto internazionale privato<sup>66</sup>. Ciò, come facilmente intuibile, ha voluto rispondere a un'esigenza avvertita soprattutto negli ordinamenti di Civil Law, atteso che tra gli stessi il *trust* si presentava, a meno d'appositi interventi in funzione integrativa, a stregua d'una istituzione perfettamente (o piuttosto) sconosciuta<sup>67</sup>, per cui era pressoché inevitabile che la relativa problematica, ai fini d'una qualificazione su elementi dalla *lex fori*, avesse a risolversi in complessità e incertezza<sup>68</sup>. Donde, appunto, la soluzione radicale che, in

---

<sup>65</sup> S. TONDO, *Impianto della procedura per la dismissione immobiliare*, 112 ss.

<sup>66</sup> Vedere – oltre ai contributi di S. TONDO, *Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, cit., 117 ss, *Ambientazione del trust*, 183 ss. – A. GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, in *St. Sacco*, Milano, 1994, 500, nonché la più recente trattazione, in impianto sistematico, di G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, spec. 123 ss.

<sup>67</sup> Nel senso trattato, in termini generali, da J. GARDE CASTILLO, *La “institución desconocida” en derecho internacional privado*, Madrid, 1947.

<sup>68</sup> P. BERNARDI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Padova, 1957, 95 ss.



funzione non solo pedagogica, è stata calcolatamente adottata, in via d'una definizione, per i fenomeni rientrabili nella figura stessa, in maniera espresa e vincolante<sup>69</sup>, seppure in termini che hanno voluto essere limitati, in ragione dell'ulteriore funzione cui destinata la qualificazione nella medesima Convenzione, ai soli *trusts* "creati per volontà delle parti mediante atto scritto"<sup>70</sup>.

Qui, stanti i termini giuridici in cui abbiamo visto tradursi l'ambientazione normativa di assetti operativi originariamente configurati sotto specie di *trust*, non può sorprendere la complessiva caratterizzazione di Conv. art. 2/1: "... per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona (il costituente), con atto tra vivi o *mortis causa*, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo d'un *trustee* nell'interesse d'un beneficiario o per uno scopo specifico". E, comunque, non senza la precisazione, che la caratterizzazione stessa, pur nell'evidenziare come funzionalmente distinti i vari ruoli, non vuole però escludere possibili interferenze o combinazioni tra i medesimi (art. 2/3: "Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario, non è necessariamente incompatibile con l'esistenza d'un *trust*")<sup>71</sup>. Il tutto, insomma, da potersi riarticolare, per stare ai termini della Convenzione stessa, ma non all'ordine ivi adottato, in un siffatto gioco di principi: a) "i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* (o di un'altra persona per conto del *trustee*)"; b) "il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge"; c) "i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*" (art. 2/1). E, per ciò stesso, da farne desumere, a stretti termini, che il discusso istituto possa anche esaurirsi, ove mai riducendosi a mera destinazione, nella sfera stessa del costituente<sup>72</sup>, mentre, quanto al fiduciario (*trustee*), da comportarvi, oltre che vincoli a un interesse che lo trascende (ancorché non bisognoso di entificarsi in terzi giuri-

---

<sup>69</sup> Ma, a quanto sembra, da non essere rimasta circoscritta, quanto a sua identità e ampiezza, alla sola nozione di *trust*, che sarebbe stata dall'osservazione esclusiva dei sistemi di Common Law: G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 56 ss. (spec. 68 s.).

<sup>70</sup> In proposito, A. GIARDINA, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, 1211 ss., nonché A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, 636.

<sup>71</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 423 ss.

<sup>72</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 434 ss.

dicamente individuati)<sup>73</sup>, anche un limite invalicabile per i creditori estranei (Conv. art. 11/2).

Troviamo, insomma, che anche qui la logica del *trust*, come istituto in funzione fiduciaria (e, comunque, a destinazione per un interesse trascendente l'investito), sembra volta a comportare, conforme all'impostazione accolta nelle leggi dianzi citate, un'incidenza recisamente negativa, oltre che sul principio d'illimitata utilizzabilità dei beni in *trust* da parte di chi pur vi figura titolare (fiduciario), anche su quello d'illimitata loro aggredibilità da parte dei suoi creditori personali, sino, in specie, a involgere, per la voluta radicalità dell'incidenza stessa, che "i beni del *trust*", come "costituiscono una massa distinta" rispetto a tutti gli altri beni del *trustee*, così, a stretto rigore, "non fanno parte del patrimonio del *trustee*" medesimo (Conv. art. 2/2 *sub a*). E, allora, come desumere che la stessa Convenzione, oltre a regolare le connesse questioni di diritto internazionale privato, abbia mai potuto aprire, per entro il nostro ordinamento, a un autonomo riconoscimento?

**5.2.** Su tale questione, che ha già ricevuto trattazioni estese e impegnate<sup>74</sup>, la risposta deve essere, per quanto possibile, adeguatamente motivata. Merita muovere, per prima cosa, dalla consapevolezza che, nel quadro della Convenzione stessa (tra noi già resa esecutiva ed entrata in vigore), è scandita una distinta disciplina, per il problema preliminare d'identificazione dell'ordinamento applicabile alla discussa fattispecie (Capo II: "Loi applicable" o "Applicable Law", artt. 6-10) e per quello d'una positiva determinazione positiva del suo trattamento (Capo III: "Reconnaissance" o "Recognition", artt. 11-14). In modo, tra l'altro, da implicare, per l'un aspetto, che il *trust*, se non già "regolato dalla legge scelta dal costituente" (art. 6/1), sia "regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami" (art. 7/1, quali dati dal luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente, dalla situazione dei beni del *trust*, dalla residenza o domicilio del *trustee*, dagli obiettivi del *trust* in relazione ai luoghi: art. 7/2). E, per l'altro, da involgere che, come il riconoscimento dovrebbe tradursi per i beni del *trust* in regime di radicale separatezza (art. 11) e adeguata pubblicità (art. 12), così "nessuno Stato" sia "tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, (siano) più

---

<sup>73</sup> M. LUPOI, *Introduzione ai Trusts*, Milano, 1994, 50 ss.

<sup>74</sup> Vedere, per puntuali ragguagli, S. BARTOLI, *Il trust*, cit., par. 12, 571 ss., par. 13, 597 ss.

strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione" (art. 13).

È, appunto, su quest'ultima norma, che s'è cercato d'imbastire, per parte di numerosi studiosi, un complesso ragionamento, non facilmente riarticolabile in proposizioni serrate (ma, propriamente, non dalla sua complessità), onde accreditare una programmatica riconoscibilità di *trusts* che, pur richiamandosi (o comunque soggetti) per la propria regolamentazione a un ordinamento straniero, abbiano però a risultare, in ragione dei loro elementi (quali, in specie, situazione dei beni e obiettivi del *trust* in relazione ai luoghi: art. 13 in rapporto ad art. 7), siccome univocamente legati, anzi che all'ordinamento predetto, giusto al nostro (in quanto ordinamento del foro), da poter essere caratterizzati, rispetto al medesimo, quali *trusts* "interni"<sup>75</sup>. Movendo in simile prospettiva, s'è poi creduto d'argomentare che la Convenzione stessa, proprio in riguardo a *trusts* siffatti, come "estranei" all'ordinamento applicabile ma "interni" a quello del foro, avrebbe sì escluso, per il foro medesimo, un dovere di riconoscimento (art. 13: "Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi ... non ..."), ma, per ciò stesso, anche presupposto un potere per un loro trattamento, anche se a carattere discrezionale, decisamente positivo<sup>76</sup>. Ma, a parte la bizzarria di accentuare la qualifica del *trust* come "interno" al foro, oltre che stilizzare in termini di discrezionalità il ruolo del giudice<sup>77</sup>, non dovrebbe esser difficile, pur senza scomodare la logica deontica, di smontare quell'apparato.

Ecco, propriamente, il punto. Va considerato che l'art. 13, affermando che "nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della legge da applicare ..., (siano) più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto", vale sì solo a escludervi il dovere di riconoscimento, ma non anche, almeno di per sé stesso, a includervi un potere, seppure in termini di discrezionalità, in senso decisamente positivo. Quest'ultimo, ancorché ivi non escluso, avrebbe bisogno, per risultarne effettivamente incluso, di contare almeno su altri elementi, mentre questi, a loro volta, possono risultarvi, già a ragionare in astratto, tanto d'ordine positivo, come presupposto in art. 14 ("... norme di legge più favorevoli ..."), quanto negativo. E, anzi, perfettamente sappiamo, ch'è rimasta sempre salda l'impostazione di codice civile art. 2740, che abbiamo

---

<sup>75</sup> Per la relativa giurisprudenza e dottrina – tra cui anche P. PICCOLI, *Il trust*, in *Il Notariato*, 1996, 391-392; S. BARTOLI, *Il Trust*, cit., par. 13.4.1. 610 ss.

<sup>76</sup> M. LUPOI, *Introduzione*, cit., 148.

<sup>77</sup> Vedere, per quest'ultimo profilo, G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 133.

visto espressamente comportare, oltre che illimitatezza nella responsabilità patrimoniale del debitore (1° comma), anche inammissibilità, “se non nei casi stabiliti dalla legge”, di sue “limitazioni” (2° comma), per cui l’idea stessa, per una generale e implicita validazione di figure che implicino, fuori da ogni esplicita previsione normativa, gravi deroghe, non dovrebbe nemmeno aver senso<sup>78</sup>.

5.3. Vuol dire, per quanto possa non piacere, che la risposta al problema giuridico, sulla valenza della Convenzione 1985 per un programmatico riconoscimento d’almeno i *trusts* interni, deve certo mantenersi, come profilato anche in nostri altri studi, recisamente negativa. Donde, peraltro, l’opportunità anche culturale, non già di considerare chiuso il problema stesso, ma piuttosto disporsi, per soluzioni utilmente positive, in altra prospettiva. Nella consapevolezza, tra l’altro, che sono proprio le analisi di quanti maggiormente impegnatisi per un’estesa validazione dell’autonomia destinataria (nella forma del *trust* o altro), a poter anche fornire utili materiali, non semplici spunti, in funzione costruttiva<sup>79</sup>.

## 6. Notazione conclusiva

Torna appropriato richiamarsi al pensiero d’un grande ancorché non specialista. Sorretto com’era da un rapporto profondo, per quant’attiene anche all’esperienza giuridica, con ambedue le aree interessate, ha più volte tenuto a sottolineare, pur nell’apprezzamento dell’istanza per un valore propulsivo dell’interpretazione giurisprudenziale e dottrina<sup>80</sup>, l’importanza degli adeguamenti, soprattutto per il capo privatistico, in via di normazione (o legge)<sup>81</sup>. Cosa, appunto, tanto più da valere per un ordinamento come il nostro, in cui il ruolo creativo della giurisprudenza, per molteplici ragioni, è sempre stato, per il complesso, non molto elevato. E,

---

<sup>78</sup> S. TONDO, *Riconoscimento del trust*, cit., 133 ss. (e *Ambientazione del trust*, cit., 195 ss.). Concorde, ma con diversa argomentazione, CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 69 ss.

<sup>79</sup> Ovvio, per questo riguardo, il richiamo a LUPOLI, *Trusts*, (nota 42), 620 ss. (già, con eguale intendimento, in CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale*, cit., 133 nota 112). Merita aggiungervi, per la chiarezza dell’impianto e la ricchezza dei riferimenti, BARTOLI, *Il Trust*, cit., spec. par. 13.4.2 (610 ss.).

<sup>80</sup> Nello spirito di B. LEONI (1961), *La libertà e la legge*, Macerata, 1994.

<sup>81</sup> F.A. V. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà* (1973-1982), Milano, 1986, 114 ss.

comunque, senza perdere di vista che, con l'aprire programmatico all'autonomia destinataria, assai meglio si potrebbero tradurre, secondo il nostro lessico intellettuale, le stesse costruzioni che, pur elaborate in altra area, più possano prestarsi, oltre che all'inquadramento nelle nostre tecniche, ad adattamenti incisivi<sup>82</sup>.

Sempre nell'idea, comunque, della complessità. Ma, proprio in ragione di tutto questo, sia anche consentito, ad altro non specialista, di almeno formulare, sul piano operativo, qualche suggerimento. Quale, anzi tutto, di preventivamente impegnarsi in una comparazione tra *trust* (o congegno affine) e figure destinatorie nel nostro ordinamento (fondo patrimoniale, fondazione, mandato, negozio fiduciario, deposito per garanzia, caparra confirmatoria, esecutore testamentario, disposizioni gratuite gravate da *modus*, ecc.), che valga a dare conto, in uno con l'importanza della regolamentazione per tipi negoziali (a fini anche conoscitivi e suppletivi), dell'effettività di arricchimenti in via d'autonomia destinataria. E, inoltre, seriamente calcolare, a fronte d'una eventuale espansione dell'autonomia predetta, il gioco di principi che, in quanto previsti in funzione imperativa nello stesso ordinamento, difficilmente potrebbero tollerare deroghe o elusioni<sup>83</sup>. E, ancora, veramente approfondire, a salvaguardia della nostra impostazione per la tutela degli affidamenti, la concreta utilizzabilità, in vista d'un ampliamento della stessa autonomia, delle forme di pubblicità ivi vigenti, tra cui anche le tecniche per l'informazione contabile, in relazione, oltre che agli oggetti (tipo di beni), anche ai soggetti (loro status). Non senza, per concludere, avere altresì presente che, per quanto a prima vista strano (dato il carattere delle norme tributarie, istituzionalmente vocate, non certo a precedere, ma piuttosto seguire, la formazione delle fattispecie interessate), possa essere giusto una diagnosi in termini tributaristici, come meglio idonea ad apprezzare i reali impatti di nuovi assetti destinatori, anche a prefigurarne, in termini almeno orientativi, le possibili trame<sup>84</sup>. In vista, per tutti questi versi (e altri possibili), di guadagnarsi una visione, circa i possibili risvolti, piuttosto organica.

---

<sup>82</sup> Vedere, per utili accenni, G. PALERMO, *Contributo*, cit., 400.

<sup>83</sup> Notevole, per l'uno e l'altro riguardo, l'esame già svolto da S. BARTOLI, *Il Trust*, cit., P. II cap. I, 301-485, cap. II, par. 15, 636-719.

<sup>84</sup> Come subito rilevato, nel quadro della discussa materia, da A. FEDELE, *Destinazione patrimoniale: criteri interpretativi e prospettive di evoluzione del sistema tributario*, in *Quad. rom. dir. comm.*, I, Atti, 2, Milano, 2003, 295-326. Aggiungere, da entro il nostro seminario, M. MICCINESI, *Profili tributari in tema di patrimoni separati* (Relazione).

Una materia, come si vede, straordinariamente ricca, per i più vari riguardi, di possibili implicazioni. E, quindi, da non potersi prestare, per costruzioni che vogliano essere seriamente appropriate, al gioco delle approssimazioni.