

DESTINAZIONE, *AFFECTATION* E *TRUST*. UN INVENTARIO DEI PROBLEMI

Serena Meucci*

1. Impostazione del problema **

La frequenza e la rilevanza dei riferimenti da parte del legislatore più recente al fenomeno ed alla tecnica del patrimonio separato¹ e, da ultimo,

* *Dottoranda di ricerca in diritto privato presso l'Università di Pisa.*

** Con legge 23 febbraio 2006, n. 51 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all’esercizio di deleghe legislative” pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 28 febbraio 2006 (in vigore dal 1° marzo 2006), è stato approvato il nuovo art. 2645-ter c.c., a conferma delle diverse e possibili opzioni di politica legislativa che, in un approccio comparatistico quale quello che intende fondare il presente intervento, possono essere ricostruite ed individuate.

¹ Gli interventi legislativi in questo ambito sono particolarmente numerosi. Tra essi, oltre all’istituto accolto nel nostro codice dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447-bis ss. c.c., si ricorda, in via solo esemplificativa ed in relazione agli interventi più recenti, gli artt. 7-bis e 7-ter della legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti, introdotti con legge 23 maggio 2005, n. 80 (che ha convertito il c.d. Decreto competitività). Tale normativa ha introdotto nel nostro ordinamento la facoltà per le banche di ricorrere alle c.d. *covered bonds* (obbligazioni bancarie garantite), colmando una lacuna che poneva gli istituti di credito nazionali in posizione di svantaggio rispetto alle banche comunitarie che già potevano ricorrere a tale strumento. Il recente intervento di fatto consente l’emissione di titoli obbligazionari il cui rimborso è garantito da un patrimonio separato ove i flussi di cassa generati dagli *assets* immessi sono destinati a soddisfare i portatori delle obbligazioni (oltre che i contraenti di derivati con finalità di copertura dei rischi insiti nei crediti) ed al pagamento degli altri costi delle operazioni. Le utilità di tale strumento sono individuabili, tra l’altro, nell’aumento dell’appetibilità dell’investimento per i sottoscrittori delle obbligazioni, a fronte di un’intensa garanzia di rimborso, nonché nella riduzione del costo della provvista per la banca.

Al di là dei profili disciplinari relativi ai requisiti soggettivi, alle tipologie di crediti cedibili (crediti fondiari, ipotecari e crediti nei confronti delle P.A.), ai criteri per le loro valutazioni ed al meccanismo di efficacia ed opponibilità di tale cessione – ambiti per i quali si attendono decreti attuativi con riferimento ai quali è stato predisposto un documento di

l'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter relativo alla trascrizione degli atti di destinazione, hanno stimolato gli interpreti alla riflessione sul fenomeno della destinazione negoziale di beni.

L'evoluzione normativa, le esigenze a livello economico-sociale e la tendenza della giurisprudenza di merito pongono all'attenzione dei giuristi problemi ed esigenze pratiche assai rilevanti che, insieme a consistenti problematiche ricostruttive, manifestano l'immediatezza del risultato concreto che si intende raggiungere: destinare una certa consistenza patrimoniale ad un determinato fine meritevole di tutela, rendendo tale destinazione opponibile ai terzi.

L'obiettivo del presente intervento è confrontare alcune delle possibili opzioni che consentano di dare una risposta all'introduzione di fattispecie di destinazione di beni ricorribili in via di autonomia privata², ciò al fine di valutare la scelta del legislatore italiano con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. ed alcuni problemi a ciò connessi³.

Una riflessione così impostata si innesta nell'attualità di un dibattito che da poco più di un decennio coinvolge la dottrina e la giurisprudenza⁴, a

“Disciplina delle obbligazioni bancarie garantite “ai sensi dell’art. 7-ter, legge n. 130/1999, reperibile sul sito internet della Banca d’Italia e messo in pubblica consultazione nell’agosto 2006 – emerge la centralità (e l’utilità) del meccanismo segregativo.

Così come per le operazioni “ordinarie” di cartolarizzazione – ampiamente sperimentate nel nostro ordinamento anche nell’ambito del procedimento di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico –, assume rilevanza determinante la separazione degli *assets* ceduti e l’insensibilità del patrimonio alle azioni esperibili da parte di creditori diversi dai portatori delle obbligazioni.

²La “sfida” è quella di “verificare sul piano del nostro sistema civilistico (...) la possibilità di dare giuridica realizzazione, mediante strumenti propri del diritto interno, a quegli assetti di interessi che in modo del tutto amorfo, l’art. 2 della Convenzione dell’Aja ha delineato”, individuando la risposta nel “principio di atipicità che caratterizza il sistema degli atti di autonomia privata” (così G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 393).

³Per ogni riferimento si veda G. PALERMO, *op. cit.*, 391 ss. e ID., *Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 155; P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito (rileggendo la manualistica istituzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, 837 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, intervento svolto al Convegno di studio in onore del prof. A. Falzea “Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia”, Messina, 4-7 giugno 2002, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 545; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004; AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, a cura del Consiglio nazionale del notariato, Milano, 2003; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.

⁴I termini del dibattito sono ampi e complessi; essi coinvolgono categorie giuridiche fondanti il nostro ordinamento e ne propongono un ripensamento in chiave evolutiva e di

partire cioè dalla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja sul diritto applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento del 1° ottobre 1985⁵ effettuata con legge del 16 ottobre 1989, n. 364 (in vigore dal 1° gennaio 1992)⁶, dibattito che ha subito una forte accelerazione nei tempi più recen-

bilanciamento di interessi parimenti tutelati, quali, in particolare, la rilevanza del principio dell'illimitatezza ed universalità della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., i meccanismi di tutela del credito e della circolazione giuridica, l'autonomia privata e la disponibilità dell'opponibilità e della rilevanza reale di fattispecie giuridiche.

⁵ La Convenzione dell'Aja sui *trusts* è stata ratificata da quattro Stati a ordinamento civilistico: Italia, Olanda, Malta e, di recente, anche Lussemburgo.

Per quanto concerne in particolare l'Olanda, la stessa, contestualmente alla ratifica della Convenzione (avvenuta con legge del 4 ottobre 1995), ha adottato una legge interna d'applicazione (*Wet conflictenrecht trusts* [WCT], ovvero *Dutch Conflicts Rules on Trust*) contenente disposizioni di raccordo con il diritto civile nazionale tra le quali si richiama in particolare l'articolo 4 WCT; ai sensi di tale norma le previsioni nazionali relative al passaggio di proprietà, alle garanzie o alla protezione dei creditori non sono d'ostacolo, in caso di insolvenza, agli effetti previsti all'articolo 11 della Convenzione stessa.

È opportuno osservare al riguardo come, durante i lunghi lavori per l'elaborazione del vigente codice civile olandese (risalente soltanto al 1992) iniziati a partire dal 1947, sia stata ampiamente dibattuta la questione dell'introduzione della figura del *trust*; nonostante le richieste manifestate da più parti del mondo giuridico olandese, il legislatore non ha accolto tale figura nel codice, né vide la luce il progetto (di minori ambizioni) che prevedeva l'inserimento di un nuovo capitolo nel codice (in particolare nel Titolo "Bewind" del Libro III) relativo ad una forma di *trust* per scopi commerciali.

Il legislatore olandese del 1992 aveva peraltro manifestato in modo netto l'intenzione di non recepire l'istituto del *trust*, come emerge da una norma del codice (art. 84, par. 3 del Libro III) secondo la quale è privo di causa (ergo, non produce alcun effetto traslativo) il trasferimento di un bene se posto in essere per mera garanzia e se non finalizzato al trasferimento nel patrimonio del destinatario ("A juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property into the patrimony of the acquirer, after transfer, does not constitute a valid title for transfer of that property."); proprio tale norma ha reso necessaria la formulazione del menzionato articolo 4 delle WCT che consentisse di raccordare le previsioni della Convenzione dell'Aja con le norme di carattere interno. Tale previsione è stata fortemente criticata da parte della letteratura giuridica olandese; in particolare, si veda H.L. VAN MENS, *The Trust, Bridge or Abyss between Common and Civil Law Jurisdictions*, Deventer, 1992, 53 ss., secondo il quale "The restriction is (...) very disappointing because it is to be considered an alienation between civil-law and common-law systems at a time when the open economy of our global village requires unification."

⁶ Il dibattito sull'ammissibilità del c.d. *trust* interno si è imposto negli ultimi anni in modo particolarmente forte entro il panorama della letteratura giuridica italiana, con toni che talvolta hanno assunto i caratteri di una "guerra di religione" (così G. BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, 22). Le riflessioni dottrinarie sul punto sono ormai numerose: M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001; ID., *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, in *Trusts*, 2004, 362; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001; G. VETTORI, *Trust: prove di adattamento*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2005, 295; V. SCALISI, *Il trust interno*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 725; S. MAZZAMUTO, *Trust*

ti come dimostra l'attenzione della letteratura giuridica alle tematiche della destinazione patrimoniale nonché le pronunce della giurisprudenza di merito sul "trust interno"⁷.

interno e negozio di destinazione, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 785; F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1296; SANTORO, *I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trust*, in *Trusts*, 2004, 373; P. LAROMA JEZZI, *I profili soggettivi dell'imposizione nella cartolarizzazione dei crediti, fra separazione patrimoniale e trust*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, p. 259; S. TONDO, *Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, in *Fiducia, trust, mandato di agency*, Atti del Convegno di Studio a Madonna di Campiglio, Milano, 1991, 117 ss.

In dottrina sono state avanzate con varie argomentazioni, perplessità in merito alla facoltà di ricorrere allo strumento del *trust* interno; al riguardo, BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, cit.; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323 ss.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 1247 ss.; P. SCHLESINGER, *Una novella per il trust*, *Notariato*, 2001, 4, 337.

⁷ La giurisprudenza di merito sul *trust* è ormai copiosa.

Da ultimo, Decreto del Giudice Tavolare di Trieste 7 aprile 2006, il quale ha negato l'iscrizione nel registro tavolare dell'atto di dotazione di un *trust* rappresentato dal trasferimento di bene immobile a favore del *trustee*, in quanto nullo "per difetto di causa tipica o atipica meritevole di tutela", così riprendendo alcune argomentazioni del precedente Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Corr. giur.*, 2004, 57 (con nota di G. Mariconda), in *Riv. not.*, 2002, 1538, (con nota di Dolzani) e in *Trusts*, 2003, 255 (con nota di Di Ciommo). Nel provvedimento da ultimo citato il Tribunale distingue tra l'atto istitutivo-costitutivo del *trust* (disciplinato dalla legge dell'ordinamento *trust* applicabile) e l'atto di trasferimento al *trustee* dei beni da costituire in *trust* (trasferimento che, nelle ipotesi di c.d. *trust* auto-dichiarato, potrebbe mancare). Quest'ultima dimensione, si osserva, rimane fuori dall'ambito applicativo della Convenzione in quanto, ai sensi dell'art. 4, la stessa non si applica a "questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al *trustee*". L'atto di trasferimento costituisce il rapporto base preliminare (rispetto alla costituzione del *trust*) e presenta, dunque, una propria autonomia quale strumento di circolazione dei diritti sui beni, essendo disciplinato non dalla legge scelta per regolare il *trust*, ma dalle norme di conflitto ordinarie. Nella fattispecie concreta, mancando elementi di estraneità, tale atto risultava disciplinato dalla legge italiana. A fronte di tale impostazione, ricorrendo pertanto agli schemi ricostruttivi interni, l'atto di trasferimento è ricostruito in termini di negozio unilaterale con causa attributiva esterna, così configurando una fattispecie astratta di trasferimento, inammissibile secondo il nostro ordinamento fondato sul principio causalista.

Tra le decisioni più recenti sul *trust* interno, si ricorda inoltre, Trib. Milano 23 febbraio 2005, Trib. Parma 3 marzo 2005, in *Riv. not.*, 2005, 868; Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Trusts*, 2006, 83; Trib. Trento 7 aprile 2005, in *Trusts*, 2005, 406; Trib. Velletri 7 marzo 2005, in *Trusts*, 2005, 407; App. Napoli 27 maggio 2004, in *Trusts*, 2004, 570; Trib. Trento 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2004, 573; Trib. Napoli 1° ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 74, e in *Riv. not.*, 2004, 568, Trib. Parma 13 ottobre 2003, in *Riv. not.*, 2004, 564; Trib. Bologna 28 aprile 2000, in *Notariato*, 2001, 45. Più in generale, in giurisprudenza favorevoli ai *trusts* interni, Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Guida al diritto*, 2003, n. 31, 43, con nota di M. Lupoi; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003,

L'Italia è stato il primo degli ordinamenti di *civil law* ad avere ratificato la Convenzione, iniziativa definita "frettolosa"⁸ soprattutto se confrontata con l'atteggiamento di Francia (per il quale si rinvia al successivo Paragrafo), Germania e Svizzera. L'ordinamento elvetico, in particolare, ha dato il via – a partire dal 20 ottobre 2004 – a consultazioni per l'emanazione di una legge di ratifica della Convenzione⁹. L'avamprogetto del Federal Department of Justice and Police¹⁰ prevede infatti, oltre alla ratifica della Convenzione, una modifica della legge federale sul diritto internazionale privato (LPDIP), l'integrazione nella stessa legge con disposizioni sulla competenza e sul riconoscimento delle decisioni straniere, nonché l'adeguamento della Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (legge federale dell'11 aprile 1889 – LEF), per tener conto della separazione tra beni del *trust* e patrimonio del *trustee*.

A fondamento dell'atteggiamento dell'ordinamento svizzero vi è, oltre all'opportunità del riconoscimento del *trust* soprattutto nella scena internazionale, la consapevolezza della necessità di conferire basi certe al riconoscimento dell'istituto così da accrescere la certezza del diritto a beneficio di tutti gli operatori del settore: "Una chiara definizione delle disposizioni legali applicabili ai *trust* nel caso concreto rispecchia l'interesse tanto degli addetti ai lavori quanto delle autorità coinvolte, nonché dell'economia. Una base giuridica certa garantisce infatti condizioni più favorevoli al-

in *Trusts*, 2004, 73 ed in *Guida al diritto*, 2003, n. 45, 67 con nota di A. Busani, G. Canali; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Notariato*, 2002, 383, con nota di M. Lupoi.

⁸ P. SCHLESINGER, *Una novella per il trust*, cit.

⁹ La procedura informale di consultazione preliminare termina il 31 gennaio 2005 quando viene presentato al Consiglio Generale la stesura finale del disegno di legge; nel frattempo numerosi sono stati i pareri espressi da parte di Università, associazioni economiche ed altre autorità, soggetti che, nella generalità, si sono pronunciati in favore della ratifica della Convenzione dell'Aia e dell'adeguamento del quadro normativo interno.

Con riferimento all'*avant-projet portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, nel Messaggio del 2 dicembre 2005 dell'Assemblea Federale svizzera concernente il decreto federale che approva e attua la Convenzione dell'Aia (FF 2006 517), sono riproposte le caratteristiche del *trust*, le differenze da altri strumenti giuridici, nonché l'opportunità della ratifica della citata Convenzione. La stesura finale del Disegno del Decreto dell'Assemblea federale elvetica (FF. 2006575) può essere reperita all'indirizzo <http://www.admin.ch/ch/i/ff/2006/575.pdf>; al riguardo, in data 23 marzo 2006 la Camera dei Cantoni ha autorizzato il Consiglio federale a ratificare la Convenzione dell'Aia secondo la previsione contenuta nel detto Disegno.

¹⁰ Si tratta di un progetto che prende le mosse dall'antecedente (e noto) progetto del Professor Luc Thévenoz; al riguardo, in particolare si veda L. THEVENOZ, *Trusts in Switzerland*, Schulthess, 2001.

l'istituzione e alla gestione di *trust*, aumentando così l'attrattiva della piazza svizzera”¹¹.

Si tratta dunque di prendere le mosse e valutare le scelte di politica legislativa adottate e prospettate in altri paesi europei – naturalmente non-*trust* – per i quali si sono poste esigenze concrete e problematiche analoghe a quelle interne, esigenze rese ancor più stringenti dalla circolazione giuridica, dai sempre più intensi scambi internazionali e dalla competizione tra ordinamenti e sistemi che caratterizza la realtà giuridica contemporanea¹².

Alla luce di tali premesse, può anticiparsi come da una prima riflessione circa le legislazioni ed i progetti legislativi che sono fioriti negli ordinamenti europei emerga una sorta di graduazione – rilevante sia da un punto di vista tecnico-giuridico, che di politica legislativa – entro la quale sono individuabili quanto meno tre tipologie di interventi in base all'incidenza sostanziale sul sistema giuridico interno.

Ai fini della presente indagine, oggetto di riflessione sono tre (macro) prospettive normative che, seppure con diverse graduazioni ed articolazioni disciplinari, possono essere indicate quali risposte legislative alle esigenze evidenziate.

La prima forma di intervento si caratterizza per la maggiore incidenza nel sistema destinato a recepirla, e consiste nell'accoglimento e nella conseguente disciplina dell'istituto del *trust* nel diritto sostanziale interno; ciò è realizzato mediante la predisposizione di un organico corpus di norme che, oltre ad introdurre i principi fondamentali, prevedano meccanismi di pubblicità, sanciscano le obbligazioni gravanti sui soggetti coinvolti, predispongano strumenti di tutela per i beneficiari e, in breve, adottino una ri-

¹¹ Così il “Rapporto esplicativo ai fini della procedura di consultazione” del 14 settembre 2004. Peraltro in Svizzera non è sconosciuto il ricorso al fenomeno del *trust*: vi sono numerosi beni (titoli, denaro o altri collocamenti ubicati presso banche nell'ambito di un contratto di deposito, di servizi bancari o simili, oppure azioni od obbligazioni di società elvetiche acquisite da *trust* ubicati all'estero ovvero anche beni immobili e mobili facenti parte di partecipazioni dirette o indirette cedute a *trust*) che appartengono ad un *trust* o sono amministrati per conto di un *trust*.

Il testo dell'Avanprogetto, il menzionato “Rapporto esplicativo ai fini della procedura di consultazione”, nonché lo stato della procedura di consultazione sono reperibili sul sito internet del Dipartimento federale di giustizia e polizia <http://www.ofj.admin.ch/>.

¹² In tema, G. ALPA, A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma, 2004.

L'interrogativo concerne proprio la possibilità di realizzare l'interesse concreto alla destinazione in via di autonomia privata mediante il ricorso a categorie giuridiche interne con le quali, seppur adeguate ed evolute, fornire una risposta efficace.

sposta efficace alle problematiche di disciplina che l'introduzione di un istituto formalmente estraneo ad un certo ordinamento pone.

Un esempio di questa opzione per così dire più intensa ed "interventista" proviene dall'ordinamento della Repubblica di San Marino la quale, recentemente, si è dotata di una legge (17 marzo 2005, n. 37) che ha introdotto il *trust* con una disciplina organica alla quale è stata giustapposta una specifica normativa di carattere fiscale¹³. Si tratta di una legge che consta di ben 65 articoli che disciplinano in modo organico la vita del *trust* (l'istituzione, la durata, la modifica, la revoca e l'estinzione), i profili di separazione, i casi di invalidità, i soggetti, la dimensione gestoria, gli obblighi gravanti sul *trustee*, i diritti del beneficiario ed il ruolo del guardiano. Ai sensi dell'art. 2, 1° comma, in particolare, "si ha *trust* quando il *trustee* è titolare di beni nell'interesse di uno o più beneficiari, o per uno scopo specifico".

Nel nostro ordinamento non poche sono le voci che si sono levate in favore di un intervento normativo nel senso della recezione del *trust* e vari sono stati i disegni di legge in tal senso che hanno prospettato interventi ampi e generali¹⁴ ovvero limitati a determinati settori di rilevanza giuridica e sociale¹⁵.

Una seconda risposta legislativa per così dire "intermedia", se da un lato rigetta il ricorso a fenomeni di innesto giuridico di istituti ritenuti formalmente estranei alla tradizione di *civil law*, dall'altro ricorre a categorie negoziali domestiche (la *fiducie*) per tipizzare in modo articolato negozi

¹³ La normativa sammarinese sancisce inoltre gli elementi del *trust* che devono risultare dall'atto istitutivo, atto che, a pena di nullità, deve rivestire la forma scritta (*ex art. 11*) o, se si tratta di *trust inter vivos*, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata con sottoscrizioni autenticate. La peculiarità della normativa – al di là di specifici aspetti di disciplina – concerne, in particolare, da un lato l'istituzione di un "Registro dei *trust* della Repubblica di San Marino", registro pubblico nel quale deve essere iscritto a cura del notaio un estratto dell'atto istitutivo del *trust* che il notaio stesso ha ricevuto (o del quale ha autenticato le sottoscrizioni); dall'altro lato, la riserva in testa a soggetti qualificati (società bancarie, finanziarie e fiduciarie la cui compagine sociale sia identificata dalla Banca Centrale della Repubblica di San Marino ed aventi sede legale e sede dell'amministrazione nella Repubblica stessa – art. 19) dotati di autorizzazione rilasciata dalla Banca Centrale (altri requisiti sono previsti in caso di *trust* privi di collegamento con il territorio di San Marino) della facoltà di svolgere l'ufficio di *trustee*.

¹⁴ Al riguardo, si veda in particolare il progetto di legge del giugno 2000, S.785 riguardante l'introduzione del *trust* di *common law* nel nostro ordinamento, disegno di legge poco meditato e "particolarmente infelice" (P. SCHLESINGER, *Una novella per il trust*, cit., 337).

¹⁵ In via esemplificativa, il Progetto di legge n. 5494 recante "Norme in materia di *trust* a favore di soggetti portatori di handicap" presentato alla Camera dei Deputati il 4 dicembre 1998.

giuridici, in risposta alle esigenze concrete di destinazione di beni che avvicinano i vari ordinamenti ¹⁶.

2. La proposta francese: i contratti di *fiducie*

Dimostrazione della seconda prospettiva di intervento “intermedia” è quella progettata nell’ordinamento francese.

La Francia, infatti, con atteggiamento di maggior cautela quantomeno da parte del legislatore, ha firmato la Convenzione dell’Aja, posticipandone tuttavia la ratifica a seguito della approvazione del progetto di legge relativo ai contratti di *fiducie* ed al relativo inserimento nel Code Civil o, comunque, previa soluzione della problematica sostanziale di diritto interno regolante un rapporto “assimilabile” al *trust*.

Si fa in particolare riferimento al progetto di legge presentato l’8 febbraio 2005 ¹⁷ e sottoposto all’esame del Senato, progetto che ha sostituito il precedente presentato al *Bureau de l’Assemblée Nationale* il 20 febbraio 1992. Tale disegno di legge prevede l’introduzione del c.d. contratto di *fiducia* nel codice civile francese e, più precisamente, l’inserimento di una sezione autonoma intitolata “*De la fiducie*” (la *XVI bis*) nel Libro III (“*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”) del Code Civil nel quale sia prevista e disciplinata una fattispecie contrattuale tipica ¹⁸.

Il progetto in parola merita di essere analizzato sia relativamente all’opzione di politica legislativa della quale è espressione, sia per le scelte tecnico-giuridiche recepite, ciò al fine di effettuare una prima comparazione con il nostro art. 2645-ter c.c.

¹⁶In questo senso il progetto di legge francese sui contratti di *fiducie*, per il quale si rinvia al paragrafo successivo.

¹⁷La proposta di legge è reperibile al seguente indirizzo: <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>. Essa, in particolare, si compone di cinque capitoli relativi, rispettivamente, alle disposizioni generali relative al contratto di *fiducie*, alle disposizioni relative alla lotta contro la fuga dei capitali, alle disposizioni di carattere fiscale volte a rendere la fattispecie trasparente (ai fini fiscali, per evitare fenomeni di evasione, il costituente è ritenuto titolare dei diritti costituenti il *patrimoine d’affectation*), ed infine alle disposizioni contabili e diverse.

¹⁸Una dimensione sulla quale è opportuno soffermarsi concerne proprio la struttura contrattuale della *fiducie*, a fronte della diversa struttura del *trust* inglese al cui fondamento (quanto al *trust inter vivos*) non vi è un contratto tra disponente e *trustee* quanto una duplicità di negozi: un negozio istitutivo di carattere unilaterale e il negozio di trasferimento. Sul punto, M. LUPOI, *Trusts*, cit., 6.

Sul rapporto tra *trust* e *fiducie*, F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parigi, 2004.

Quanto al primo punto di vista, l'ordinamento francese – che ormai da alcuni anni sta affrontando il progetto di legge sui contratti di *fiducie* – manifesta l'intenzione di ricorrere a categorie appartenenti alla tradizione giuridica interna, naturalmente adeguate e ripensate criticamente alla luce delle esigenze maturate per effetto dell'evoluzione socio-economica e del sempre più inteso fenomeno degli scambi internazionali. Il legislatore transalpino rifiuta, dunque, il ricorso a fenomeni di "impianto" nell'ordinamento interno di istituti estranei alla tradizione, quali per l'appunto il *trust*.

È indicativo al riguardo l'incipit della relazione al Senato del progetto sulla *fiducie*, nella quale vengono enucleate le ragioni fondanti del progetto stesso fondate sulla dichiarata consapevolezza secondo la quale "*certaines pays de tradition romano-germanique parviennent à un résultat équivalent à celui du trust avec la pratique, consacrée soit par la jurisprudence soit par la loi, de la fiducie*".

Tale considerazione ed una sorta di "fiducia" negli strumenti e nella capacità evolutiva dell'ordinamento interno assumono nella prospettiva francese il valore di criteri-guida per dare risposte efficaci alle esigenze rese ancor più stringenti dal fenomeno della "*globalisation et internationalisation des instruments juridiques*"¹⁹. In questa prospettiva, i contratti di *fiducie*

¹⁹ Anche nel nostro ordinamento si assiste all'emersione di esigenze che muovono nello stesso senso per le quali ampio è il dibattito in dottrina e tra i pratici del diritto.

Il legislatore italiano ha fornito una prima risposta alle problematiche che si sono poste soprattutto sul piano della sicurezza e della certezza della circolazione dei beni immobili di provenienza donativa per effetto dell'esperibilità dell'azione di riduzione da parte di eredi necessari pretemessi o lesi da parte del donante-*de cuius*, mediante il c.d. decreto competitività (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana del 16 marzo 2005, n. 62 entrato in vigore il 17 marzo 2005, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80), il cui art. 4-*nonies*, introdotto dalla legge di conversione, ha modificato gli artt. 561 e 563 c.c. In tema, tra gli altri, F. TASSINARI, *La "provenienza" donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, Studio n. 5859/C della Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato.

Parallelamente al dibattito fervente in Francia, il nostro ordinamento, con legge n. 55 del 14 febbraio 2006 recante "Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia" ha introdotto, nel Libro II, Titolo IV, il nuovo Capo V-*bis* (articoli 768-*bis*-768-*octies*), i cosiddetti "patti di famiglia", ovvero contratti mediante i quali, "compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti" (art. 728-*bis* c.c.).

Al di là di problematiche di carattere disciplinare, con il patto di famiglia, il legislatore, come risulta dalla relazione alla proposta di legge dell'8 aprile 2003, n. 3870 dalla quale ha preso le mosse il provvedimento, ha inteso conciliare il diritto dei legittimari con l'esigenza dell'imprenditore di garantire alla propria azienda (o alla propria partecipazione societaria) una successione non aleatoria a favore di alcuno dei propri discendenti, mediante, da

diventano uno strumento di ammodernamento del sistema e di risposta alle richieste di efficienza che provengono soprattutto dal settore economico e degli affari internazionali, ciò anche al fine di evitare, così si esprime la relazione, la “delocalizzazione” (*délocalisations*) e la fuga degli operatori

un lato, la previsione della liceità di tali accordi (è stato infatti modificato – per coordinarlo alle nuove norme codicistiche – la norma espressione del divieto dei patti successori, l’art. 458 c.c.) e, dall’altro, la predisposizione di strumenti di tutela dei legittimari esclusi dalla proprietà dell’azienda. La ragione giustificatrice dell’intervento normativo sussiste proprio nel superamento nella successione di impresa, della rigidità del divieto dei patti successori, divieto formulato nel nostro ordinamento in modo generale e tale da contrastare sia coll’esercizio dell’autonomia privata, sia con le esigenze di dinamicità e sicurezza relative alla successione di impresa.

L’obiettivo dunque – già auspicato in sede comunitaria con la comunicazione n. 98/C93/02 pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità Europee del 28 marzo 1998, n. C93 – è quello di garantire il passaggio generazionale di azienda, mediante la composizione e la tutela degli interessi rilevanti in merito: la stabilità della gestione aziendale (altrimenti incisa dall’esperimento di azioni di riduzione e dall’assoggettabilità a collazione) da un lato, e le ragioni economiche dei legittimari attraverso la “liquidazione” dei loro diritti di legittima, dall’altro.

Si assiste in altre parole ad un percorso che muove verso il superamento di divieti di risultato che da sempre assumono in certi ordinamenti (quali quello italiano e francese) il ruolo di dogma irrinunciabile e non scalfibile in quanto espressione di interessi superiori (si pensi soltanto al divieto dei patti successori da un lato ed alla tutela dei legittimari dall’altro), divieti ai quali si sostituisce una autonomia contrattuale responsabile, ragionevole e in equilibrio con altri interessi tutelati dall’ordinamento. È proprio questa esigenza di bilanciamento e di equilibrio tra interessi giuridicamente rilevanti e di superamento dei generali divieti di risultato che sottende anche la recente introduzione dell’art. 2645-ter c.c. Sul punto, si rinvia ai Paragrafi successivi.

Sulle tematiche accennate, in particolare: A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 2002; ID., *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, Relazione presentata al Convegno su “Successione nell’impresa e società a base familiare”, Università di Macerata, 24 marzo 1997, in *Dir. priv.*, 1998, 4, 255; D. MURITANO, *Strumenti alternativi per la trasmissione della ricchezza familiare. Trust e ruolo del Notaio*, Relazione svolta al Congresso Nazionale del Notariato Pesaro 18/21 settembre 2005, reperibile sul sito http://www.notariato.it/cnn/News/Relazioni_Pesaro/Muritano/OKMuritano.pdf.

Sul tema del divieto dei patti successori e sull’esigenza emersa in dottrina di un suo ripensamento, in particolare, P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5; PALAZZO, *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1999, II, 289; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1999, 273; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997, II, 1371; C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 74; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, II, 1209; V. PUTORTÌ, *Promesse “post mortem” e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, II, 789.

economici verso sistemi più attraenti e flessibili²⁰. Ciò che dunque emerge dal progetto di legge e dai relativi principi ispiratori è, da un lato, la consapevolezza della forza di istanze di flessibilità anche in ambiti tradizionalmente rigidi ed ispirati ad esigenze di tutela di soggetti e “valori” piuttosto che a strumenti di circolazione della ricchezza e, dall’altro, l’intensificazione dell’autonomia negoziale e dello strumento principe con il quale la stessa si esprime nel mondo giuridico, ovvero il contratto.

Da un punto di vista tecnico – giuridico, i profili sui quali appare opportuno soffermarsi, anche ai fini di una valutazione con il nostro ordinamento, vertono ed incidono sui seguenti aspetti: dimensione soggettiva; ampiezza degli interessi di destinazione; separazione patrimoniale; tutela dei terzi.

Il contratto di *fiducie*, quale fattispecie negoziale tipizzata, viene definito nel progetto come il contratto mediante il quale “il costituente trasferisce diritti di qualsiasi natura a una persona fisica o giuridica chiamato fiduciario con l’obbligo di quest’ultimo di amministrarlo o disporne a vantaggio di uno o più beneficiari in via esclusiva o cumulativa in conformità alle previsioni contrattuali ai fini di gestione, garanzia o di trasmissione a

²⁰ Esigenze di maggiore flessibilità del sistema interno francese si sono manifestate anche nell’ambito del trasferimento *mortis causa* della ricchezza.

Al riguardo, si richiama un recente disegno di legge di Riforma del diritto delle successioni e delle donazioni (Progetto di legge AN del 5 luglio 2005, n. 2427), annunciato e discusso da lungo tempo, approvato dal *Conseil des Ministres* il 29 giugno 2005 e trasmesso alla *Assemblée Nationale*, i cui principi ispiratori e guida sono individuabili nelle esigenze di “modernizzare” il sistema francese delle successioni e delle donazioni, di eliminare o ridurre gli ostacoli alla circolazione di ricchezza nei trasferimenti *mortis causa* e l’incertezza che la provenienza donativa determina nella circolazione dei beni stante il pericolo dell’azione di riduzione.

Da un lato, infatti, vengono relativizzati i principi che reggono la successione necessaria consentendo ai presunti eredi necessari di “*renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte*” (formulazione proposta del novellato art. 929 del Code Civil); tale rinuncia deve avvenire in favore di una o più persone determinate e vincola il solo rinunciante a partire dal giorno in cui è stata accettata da colui della cui eredità si tratta. Si tratta del c.d. “*pacte de famille*” attraverso il quale viene data giuridica rilevanza e tutela ad accordi aventi ad oggetto la rinuncia ad esperire azione di riduzione per una successione ancora non aperta.

Altro importante ambito di intervento contemplato nel progetto di legge francese concerne le donazioni e, segnatamente, la previsione delle c.d. “*donations-partages*”, quale strumento di sistemazione in vita della ricchezza del donante.

Per ulteriori riferimenti si rinvia A. LE STER, *Réforme des successions: vers une meilleure transmissibilité des patrimoines?*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 2005, 19 (settembre), 43, ove è altresì riportato il testo degli articoli del Code Civil con le modifiche prospettate; il testo del progetto è reperibile sul sito internet dell’*Assemblée Nationale* (www.assemblee-nationale.fr).

titolo oneroso. Il trasferimento determina un *patrimoine d'affectation* chiamato patrimonio fiduciario distinto sia dal patrimonio generale del fiduciario che da eventuali altri patrimoni separati". Per effetto di tale trasferimento, dunque, il pieno titolare di tali diritti è il fiduciario, i cui atti di disposizione sono validi e nei cui confronti il beneficiario potrà rivalersi mediante un'azione personale²¹.

Il progetto disciplina, pertanto, una fattispecie contrattuale tipica individuando gli interventi che richiedono un'espressa previsione normativa e lasciando alle parti ampia autonomia contrattuale, come risulta dall'assenza di tipizzazione degli interessi di destinazione, rimessi alle valutazioni dei soggetti interessati²². Sono altresì manifestazioni dell'intento rafforzativo della libertà negoziale la proposta di inserire lo strumento della *fiducie* nel *droit commun* piuttosto che renderlo oggetto di disciplina speciale extracodicistica²³, nonché la *sedes materiae*, scelte tutt'altro che neutre, soprattutto alla luce della tradizionale, storica e radicata importanza del testo codicistico.

La protezione dei beneficiari è perseguita mediante l'*affectation*, ovvero la separazione – opponibile ai terzi – del patrimonio destinato dal restante patrimonio del fiduciario e dagli eventuali altri patrimoni destinati, previsione questa che giustifica l'intervento derogativo degli artt. 2092 e 2093 del Code Civil²⁴.

²¹ Da notare che l'attuale formulazione del progetto francese esclude che il costituente possa essere contestualmente fiduciario, esclude cioè quei risultati che – negli ordinamenti *trust* – sono perseguibili mediante il c.d. *trust* autodichiarato. Tale limitazione è presumibilmente riconducibile alla necessaria bilateralità soggettiva del contratto di fiducie: la qualità di fiduciario implica una alterità soggettiva rispetto al costituente.

²² L'autonomia privata nell'individuare gli interessi di destinazione incontra naturalmente i limiti che derivano dalle norme di legge e dai principi di ordine pubblico; al riguardo la relazione è significativa poiché esclude che i contratti di *fiducie* abbiano una struttura ed una natura intrinsecamente elusiva (come avanzato da alcuni Autori) e precisa che eventuali usi patologici della *fiducie* dovranno essere valutati in concreto: "*Ce n'est pas la nature même de l'institution qui est en cause, mais l'application qui en est faite. Et dans de tels cas, la violation devra, comme toute violation de l'ordre public, être sanctionnée*".

²³ La relazione, infatti, così si esprime "*Il est, sans doute, préférable que la loi consacrant la fiducie en droit français se limite à disposer des seuls éléments fondamentaux permettant de régir les aspects principaux de la fiducie, afin d'éviter d'encadrer trop strictement les diverses situations pouvant advenir. Le texte se doit de rester un texte général, "de droit commun"; sa physionomie offre une grande liberté contractuelle aux personnes qui auront recours à cet instrumenta*".

²⁴ È noto come la codificazione francese abbia rappresentato per il legislatore italiano sia del 1865 che del 1942 il modello di riferimento per la previsione del principio dell'illimitatezza ed universalità della responsabilità patrimoniale, seppure entrambe le codifica-

Con riferimento alla dimensione reale, si precisa nella relazione al progetto di legge che il ricorso alla *fiducie* ed alla separazione patrimoniale non incide sul principio del *numerus clausus* dei diritti reali. In tal modo si è inteso replicare a quelle critiche che, anche in seno all'ordinamento francese, si sono levate a fronte delle difficoltà di riconduzione sistematica della scissione tra titolarità formale e sostanziale e delle perplessità relative alla funzionalizzazione della proprietà nell'interesse altrui ed alla esaltazione del profilo dinamico e gestorio piuttosto che del rapporto statico ed univoco soggetto-patrimonio.

Si tratta dunque di un contratto che riprende in linea generale lo schema del contratto a favore di terzo, nel quale la stipulazione interviene tra costituente e fiduciario, ed il beneficiario (o i beneficiari) non configura

zioni hanno adottato opportuni correttivi in senso evolutivo del principio di derivazione francese.

Il riferimento, in particolare, è rappresentato dall'art. 2092 *Code Napoléon* norma che così dispone: “*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*”.

Come accennato, il legislatore italiano del 1865 (art. 1949) si è conformato al modello francese, tuttavia ha adottato l'innovazione belga sostituendo all'espressione non del tutto precisa “*quiconque s'est obligé*” (che fa riferimento alle ipotesi di assunzione volontaria delle obbligazioni), l'espressione più generica “chiunque sia obbligato” che prescinde dalla fonte (volontaria o meno) del rapporto obbligatorio. La formulazione codicistica del 1865 lasciava tuttavia dubbi ed incertezze soprattutto in merito alla configurazione dei beni del debitore non tanto come mezzi di garanzia, quanto come mezzi di adempimento dell'obbligazione, essendo peraltro questa la ricostruzione comunemente individuata a fondamento dell'idea di responsabilità patrimoniale come elemento costitutivo dell'obbligo (così le c.d. teorie patrimonialiste).

Il legislatore del 1942 ha invece introdotto un'innovazione assai importante rispetto ai tradizionali principi di unità ed indivisibilità del patrimonio, ovvero la previsione di cui all'attuale II comma dell'art. 2740. Tale norma, frutto dell'originale elaborazione della codificazione vigente – seppur in una previsione tipizzante a tutela dei creditori – consente espressamente il ricorso a forme di separazione patrimoniale, prendendo così posizione nel senso della scindibilità del patrimonio.

Viene pertanto relativizzato e superato quel principio che aveva influenzato il dibattito dottrinale e le scelte legislative, ovvero il dogma dell'unicità del patrimonio sancito dall'art. 2093 del *Code Napoléon* (secondo il quale “*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*”) verso la previsione di una pluralità di patrimoni teleologicamente contraddistinti, ammissibili sia attraverso il ricorso a forme di moltiplicazione della soggettività, sia entro un riferimento soggettivo unitario. La paternità della teoria personalistica del patrimonio è da ricondurre alla riflessione di C. AUBRY e C. RAV, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, Paris, 1857-1858, 3^a ed., (successivamente riedita).

Sul punto, FRAGALI, voce *Garanzia* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 451 ss.; ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, artt. 2740-2899, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1958, *sub* art. 2740, 1 ss.

parte in senso tecnico, non essendo necessaria la sua accettazione per la valida stipulazione del contratto di *fiducie*. Dal negozio così concluso sorge un diritto di credito in capo al terzo indipendentemente dalla sua accettazione, principio acquisito ormai anche dalla nostra dottrina e tale da non incidere né ledere l'altro principio – di derivazione francese – della relatività degli effetti del contratto²⁵.

Nel prospettare tale “nuova” fattispecie contrattuale, il legislatore francese prevede, in modo indivisibile, da un lato l'obbligo di forma scritta *ad substantiam* (salve le prescrizioni di forma richieste in relazione agli specifici beni oggetto del trasferimento al fiduciario) e, dall'altro, alcuni elementi contenutistici che il contratto di fiducia deve indicare a pena di nullità, quali, in particolare, l'individuazione dei beni oggetto del trasferimento, la cosiddetta “finalità” della fiducia, in un certo senso la causa in concreto, ovvero la gestione, la garanzia²⁶ o il ritrasferimento, nonché la durata, che non può eccedere i 99 anni.

Un punto di vista centrale nell'analisi della *affectation*-destinazione ricorribile in via di autonomia negoziale, è rappresentato dal profilo rimediale e, segnatamente, dalla tutela dei creditori del fiduciante a fronte del potenziale pregiudizio conseguente alla limitazione della garanzia generica del debitore. Tali soggetti potranno ricorrere, ferma l'ipotesi dell'apertura di una *procédure collective*, allo strumento generale di garanzia dei diritti creditorii, l'*action paulienne* disciplinata all'art. 1167 Code Civil, ai sensi del quale, i creditori possono agire in proprio nome contro “*les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits*”. Si tratta di una tutela esperibile contro i terzi che abbiano acquistato determinati beni dal debitore in frode ai diritti dei creditori ed il cui effetto è l'inopponibilità dell'atto di disposizione fraudolento compiuto dal debitore. Analogamente all'azione revocatoria di diritto italiano, l'esperimento dell'*action paulienne* avvantaggia il solo creditore agente e si fonda sulla *fraude* a danno del creditore, presup-

²⁵ Sul punto, A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 1; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *Tratt. Contr. Rescigno*, Torino, 1999, 1051; F. MESSINEO, voce “*Contratti nei rapporti col terzo*”, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962; M. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, Milano, 1970; F. ANGELONI, *Il principio di relatività del contratto quale regola generale per la soluzione dei conflitti di diritti*, in *Contr. impr.*, 1999, 897; A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917.

²⁶ Di particolare rilievo sono inoltre alcune espresse disposizioni che riguardano il contratto di fiducia a scopo di garanzia per il quale è previsto un particolare strumento di opponibilità della cessione di tali crediti dal costituente (debitore) al fiduciario dalla data di stipulazione del contratto di fiducia, ovvero una comunicazione scritta mediante raccomandata o per posta elettronica al debitore. Il progetto consente inoltre che oggetto del trasferimento al fiduciario in funzione di garanzia siano crediti futuri, purché determinabili.

posto interpretato dalla *Cour de cassation* francese, come indica lo stesso Progetto di legge, in modo più favorevole alla vittima della frode, non essendo richiesta la prova a carico del creditore della mala fede del debitore.

Si ricorda che l'art. 1167 risulta compreso nell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)* del 22 settembre 2005. In particolare, nell'*exposé des motifs* è fatto riferimento all'opportunità di modificare le azioni a tutela dei creditori di un contraente (*l'action oblique*, *l'action paulienne*, e *l'action directe*; per quest'ultima l'*Avant-projet* propone una espressa disciplina nel Code Civil), accogliendo alcuni principi emersi dall'applicazione giurisprudenziale: con riferimento all'azione pauliana, al fine di limitare "*la perturbation de la stabilité du contrat*" che la stessa è idonea a produrre, si propone, tra l'altro, di circoscriverne l'esperibilità nei tre anni decorrenti dalla conoscenza da parte dei creditori della frode operata dal loro debitore²⁷.

Quanto al profilo della destinazione, come accennato, il progetto francese non pone alcuna limitazione lasciando ampia autonomia alle parti e prevede, a tutela dei beneficiari e per rendere effettiva la *affectation* del patrimonio, una serie di obblighi a carico del fiduciario: l'obbligo di prendere tutte le misure necessarie per evitare la confusione patrimoniale, l'obbligo di accendere un conto corrente separato sul quale effettuare le operazioni e relative al *patrimoine d'affectation*; l'obbligo di rendere conto a certe scadenze temporali al fiduciario; nonché la manifestazione della propria qualità nelle attività negoziali che pone in essere, pena l'inopponibilità delle stesse.

La normativa si preoccupa inoltre di dettare uno speciale regime di responsabilità del fiduciario nell'esercizio delle sue funzioni: tale soggetto sarà responsabile personalmente (anche ove si avvalga di sostituti, essendo l'obbligazione fiduciaria squisitamente *intuitu personae*) per dolo e colpa, quest'ultima valutata in modo meno rigoroso per il caso in cui l'attività fiduciaria sia esercitata a titolo gratuito (ipotesi presunta, salvo diversa determinazione delle parti).

²⁷ L'*Avant-projet* prevede inoltre, con riferimento all'art. 1167, che i creditori possano agire in nome proprio contro "*les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits*" al fine di stabilire, se si tratta di un contratto a titolo oneroso, che i terzi contraenti erano a conoscenza della frode (mala fede) ed inoltre stabilisce espressamente gli effetti che – ricorrendone i presupposti – conseguono alla dichiarazione del carattere fraudolento dell'atto dispositivo del debitore: "*l'acte déclaré frauduleux est inopposable aux créanciers, de telle sorte que ceux-ci ne doivent souffrir d'aucun de ses effets. Le cas échéant, le tiers acquéreur est tenu de restituer ce qu'il avait reçu en fraude*".

Di particolare rilevanza ed opportunità sono inoltre le proposte per il caso di fallimento del fiduciario e, soprattutto, la previsione secondo la quale, in caso di morte del fiduciario stesso i diritti compresi nel *patrimoine fiduciaire* non entrano nell'asse ereditario del titolare formale (il fiduciario)²⁸ e, di conseguenza, non sono trasmissibili *mortis causa*, previsione questa coerente con la natura e gli effetti della *fiducie*.

Si ricorda inoltre che una soluzione per certi aspetti analoga a quella prospettata in Francia, è stata predisposta in Lussemburgo: tale ordinamento con la stessa legge con cui ha ratificato la Convenzione dell'Aja (legge 27 luglio 2003 pubblicata sul *Mémorial* del 3 settembre 2003), ha introdotto alcune modifiche alla disciplina del contratto fiduciario di diritto interno (la *fiducie*) abrogando il Regolamento granducale del 19 luglio 1983. Ai sensi dell'attuale previsione, mediante il contratto fiduciario, il fiduciario stesso diventa proprietario dei beni ad esso trasferiti dal fiduciante e costituenti il "patrimonio fiduciario" per la cui gestione sono previste una serie di obbligazioni²⁹. Il contratto fiduciario lussemburghese presenta elementi disciplinari analoghi al progetto francese, tuttavia differisce da esso in modo sostanziale in merito ai soggetti che possono assumere la qualifica di "*fiduciaire*": non qualunque "*personne physique ou morale*" (così il progetto francese, salve naturalmente per le persone fisiche, le limitazioni od esclusioni della capacità d'agire del beneficiario) ma soltanto soggetti qualificati³⁰, circostanza questa che indica e sottolinea la funzione eminentemente finanziaria e di gestione patrimoniale della *fiducie* lussemburghese.

I contratti fiduciari in quell'ordinamento danno vita, per espressa previsione legislativa (art. 6) ad una autonomia patrimoniale del *patrimoine fiduciaire* rilevante nei confronti dei terzi ed anche in sede fallimentare³¹.

²⁸ Tale conseguenza si applica, nei limiti di compatibilità, anche ove fiduciario sia una persona giuridica.

²⁹ L'art. 5 di tale normativa prevede infatti che "*un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire*".

³⁰ Ovvero, "*un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier*".

³¹ "*Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie*".

3. La scelta del legislatore italiano: l'articolo 2645-ter c.c. Un inventario dei problemi

Nella scala di graduazione che abbiamo indicato vi è una terza tipologia di intervento legislativo che non incide direttamente sul profilo “sostanziale” mediante un corpus normativo che espressamente tipizza una fattispecie negoziale nuova con gli ordinari strumenti e nella fisiologica sistematica codicistica, ma interviene sullo strumento pubblicitario. Il legislatore interno ha optato per una soluzione di bilanciamento che consentisse una tendenziale flessibilità della fattispecie destinataria, senza, dunque, l'introduzione di specifici profili disciplinari o di regolamentazioni sostanziali elaborate e dettagliate.

Si tratta del nuovo art. 2645-ter³² che va ad inserirsi nel Libro VI, Tito-

du patrimoine personnel du fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels”.

Il testo della normativa nella originale in lingua francese è disponibile sul sito <http://www.legilux.public.lu>.

³²La norma così recita: Art. 2645-ter. – (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) – Gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, 2° 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'art. 2915, 1° comma, solo per debiti contratti per tale scopo.

La formulazione definitiva dell'art. 2645-ter c.c. trova il suo precedente nell'art. 34 del disegno di legge S-3533 – Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, approvato dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2005, il quale disponeva che “Gli atti risultanti da atto pubblico, ovvero da contratto di intestazione ad una società fiduciaria autorizzata ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, 2° 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'art. 2915, 1° comma, solo per debiti contratti per tale scopo”. Si osserva come il riferimento alle persone con disabilità, quali soggetti ai quali riferire gli interessi meritevoli di tutela, è stato introdotto dalla legge n. 51 del 2006 in sede di conversione del citato decreto legge n. 273/2005 ed è indicativo della tipizzazione legislativa e della specifica attenzione verso questo settore di tutela, pur nell'apertura e nell'ampiezza del giudizio di meritevolezza.

lo I (intitolato “Della trascrizione”) del codice civile³³ in forza del quale possono essere trascritti gli atti di destinazione di beni immobili o mobili registrati per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 1322, 2° comma, c.c.: a ciò consegue l’opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi, l’obbligo di impiego dei beni destinati alla sola realizzazione dell’interesse di destinazione e l’aggregabilità di detti beni per la soddisfazione dei debiti contratti a tale scopo³⁴.

L’art. 2645-ter e la trascrivibilità degli atti di destinazione aprono nel nostro ordinamento una serie di questioni problematiche che ci limiteremo a delineare – anche alla luce di quanto osservato in merito alla proposta di legge francese – non potendo in questa sede soffermarvisi in modo organico.

La ragione giustificatrice ed il significato della norma, pur con possibili rilievi di frettolosità analoghi alla recezione della Convenzione dell’Aja sul *trust*, devono essere inseriti nella prospettiva storico-ricostruttiva della destinazione a livello continentale, la cui articolata evoluzione prende le mosse da istanze della Pandettistica tedesca e consente di individuare un percorso continentale che si è posto come fenomeno di rottura e di analisi critica delle posizioni tradizionali³⁵. La recezione della Convenzione dell’Aja,

³³ La tecnica è analoga a quella già sperimentata dalla novella del 1997 (d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30) che ha introdotto l’art. 2645-bis e la trascrivibilità dei contratti preliminare di compravendita immobiliare a fronte di esigenze di tutela dei promissari acquirenti per ovviare a situazioni di squilibrio. In proposito, A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare: regole e dogmi*, Padova, 1998; G. GABRIELLI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 533; DI MAJO, *Effetti della trascrizione del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, 516; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998; G. CIAN, *La trascrizione del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, 215.

³⁴ La norma si esprime in termini di “soggetto conferente”, termine che evoca una situazione di duplicazione soggettiva di tipo societario ed un fenomeno potenzialmente traslativo, presumibilmente giustificabili alla luce della neutralità perseguita dal legislatore che non ha inteso direttamente tipizzare o qualificare la situazione negoziale sottostante.

³⁵ Il riferimento è alla teoria dello *Zweckvermögen* (patrimonio di scopo) di A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. I, 2ª ed. modificata, Erlangen, 1873 e il vol. III, Parte II (*Das Zweckvermögen*), 2ª ed. modificata, Erlangen, 1888, in part. 453 ss., recentemente pubblicata in occasione dei cento anni del BGB, Golbach, 1997 e di E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, Weimar, 1886, e *Zur Lehre vom Rechtssubject: Genü(und Verfügung) Zweckvermögen und juristische Personen*, in *Jher. Jahrb.*, 12 (1872), 60. In questa riflessione, la destinazione imprime un effetto reale tale da sostituirsi alla tradizionale appartenenza di tipo soggettivo e sussume i casi in cui un’attribuzione patrimoniale s’indirizza ad uno scopo e non ad un soggetto: il patrimonio non appartiene ad alcuno (*ad aliquem*), ma è destinato ed appartenente ad uno scopo (*ad aliquid*).

le applicazioni giurisprudenziali interne, l'esigenza e gli interessi concreti³⁶ volti ad introdurre anche in Italia uno strumento flessibile e di ampia utilità quale il *trust* in un'ottica di efficienza e di competitività tra modelli, hanno rafforzato e reso di grande attualità questo fenomeno.

A livello generale, la norma si pone nell'alveo della più recente tendenza legislativa (assai rilevante quale criterio guida anche nell'attività legislativa a livello comunitario)³⁷, la quale, in un'ottica di bilanciamento di interessi rilevanti e nella ricerca di proporzione tra valori egualmente tutelati dall'ordinamento, tende ad abbandonare divieti generalizzati per lasciare spazio all'autonomia privata, i cui termini di operatività devono essere ancora approfonditi e ricostruiti.

Come accennato, la *sedes materiae* è indicativa della risposta legislativa alle esigenze ed ai dibattiti già esposti; l'art. 2645-ter è una norma sulla trascrizione³⁸ con la quale il legislatore concentra la propria attenzione sull'effetto giuridico derivante dall'apposizione di un vincolo di destinazione, tuttavia, la stessa prevede e regola la dimensione sostanziale dell'atto di de-

³⁶ Come autorevolmente osservato, sono gli interessi dei privati alla realizzazione di determinati effetti negoziali a operare in funzione dinamica, in funzione di "propulsore di ogni attività verso un risultato" (ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 100).

³⁷ In merito all'opzione di politica legislativa così ricostruita, si veda quanto *supra* osservato (nota 19).

Sul punto può ricordarsi inoltre il d.lgs. del 21 maggio 2004, n. 170 (attuativo della direttiva n. 47/2002 in materia di contratti di garanzia finanziaria) che, alla luce di esigenze manifestate dalla realtà socio-economica, dispone all'art. 6 che "Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'art. 2744 c.c."; è poi la stessa normativa che individua precisi requisiti soggettivi ed oggettivi di applicazione nonché meccanismi di tutela e pubblicità. Si tratta di un'ulteriore indice della tendenza – non solo interna ma anche comunitaria – a relativizzare quelle previsioni che si pongono in termini proibitivi, sostituendo la tecnica del divieto di risultato con strumenti di tutela alternativi, più "tecnici" ed articolati.

³⁸ Sulla trascrizione immobiliare, per tutti, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit.; F. FERRI, P. ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1995; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano, 1973; F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959.

Con riferimento, più specificamente, al valore della trascrizione immobiliare nell'ambito dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-*quinquies*, 2° comma c.c.), in dottrina si propende per la natura costitutiva: così, G. BOZZA, *Commento all'art. 2447-quinquies*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, 98 ss.; GIANNELLI, *Commento agli artt. 2447-quater e 2447-quinquies*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1238, 1243 ss. *Contra*, G. CONDÒ, M. DE PAOLI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di A. BORTOLUZZI, Torino, 2004, 645.

stinazione³⁹. Tale “anomalia” legislativa, come è stata definita dal primo provvedimento giudiziale che, peraltro non direttamente, si è pronunciato sul punto, non appare affatto insuperabile o tale da inficiare il tipo negoziale riconducibile alla norma⁴⁰.

Tra i numerosi spunti di riflessione che ci limiteremo ad indicare, aspetti centrali, funzionali sia alla ricostruzione della fattispecie di destinazione negoziale di diritto interno, sia in una prospettiva di concreta applicazione pratica, sono rappresentati dal giudizio di meritevolezza dell’interesse di destinazione e dalle tecniche di tutela dei soggetti coinvolti.

³⁹ Connesso alla dimensione pubblicitaria è, evidentemente, la previsione formale: l’art. 2645-ter prevede per la validità dell’atto di destinazione e per la sua trascrizione, la forma dell’atto pubblico e non menziona né fa riferimento alla scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente, forma idonea a costituire titolo per la trascrizione nei registri immobiliari ai sensi dell’art. 2657 c.c.

⁴⁰ Si tratta del Decreto del Tribunale di Trieste – Ufficio del Giudice tavolo del 7 aprile 2006, citato alla precedente nota 10 con il quale il Giudice, richiesto di iscrivere nel registro tavolo un atto di trasferimento di un bene immobile ad un *trustee*, nel negare tale pubblicità per l’astrazione causale dell’atto di trasferimento stesso, si è soffermato – nel tentativo di operare un’interpretazione conservativa della fattispecie concreta – sull’art. 2645-ter c.c.

Da un lato, si osserva come mediante l’art. 2645-ter c.c. il legislatore non abbia inteso disciplinare ed introdurre compiutamente un nuovo tipo di negozio, dall’altro la nuova norma nel limitarsi a sancire un determinato effetto negoziale è considerata una “anomalia del sistema” proprio per la scelta legislativa di non disciplinare una fattispecie sostanziale.

Non pare tuttavia del tutto fondata la conclusione cui perviene il Tribunale nel comporre il giudizio di meritevolezza effettuato in concreto da parte del giudice ed avente ad oggetto un *trust* (“per saggiare il rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico italiano”), ovvero una fattispecie di cui all’art. 2645-ter c.c.

In merito alla prima ipotesi, si osserva – richiamando quanto già indicato nel Decreto del giudice tavolo di Trieste del 23 settembre 2005 – che “quanto all’individuazione dei parametri per l’apprezzamento del programma negoziale, il giudizio di meritevolezza andrebbe confinato nel mero esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all’ordine pubblico, e al buon costume”, ritenuta questa, una delle più condivisibili chiavi di lettura del giudizio di meritevolezza stesso, a fronte della mancanza di apporti consapevoli da parte della giurisprudenza e dell’abbandono della prospettiva e della rilevanza, fatta propria nella Relazione al Codice civile, dell’utilità sociale: “i principi sovraordinati fungono, riguardo all’autonomia contrattuale quali limitazioni inderogabili, più che come finalità che i contraenti debbano prefiggersi”. Dunque, “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 di si sia proposti di derogare a norme imperative e a principi generali”.

Il Giudice triestino delinea dunque l’iter della valutazione giudiziale di meritevolezza, costituito da un apprezzamento “in negativo”, ovvero l’assenza di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, ed uno “in positivo”, finalizzato a ricostruire gli effetti negoziali in concreto per verificare se essi siano rapportabili a quelli previsti dall’ordinamento giuridico.

L'art. 2645-ter non impone una predeterminazione degli interessi perseguibili, facendo riferimento quale parametro valutativo concreto, alla meritevolezza di tutela di cui all'art. 1322, 2° comma c.c.⁴¹, norma sul cui significato la dottrina civilistica si è ampiamente soffermata a partire dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, portavoce di una specifica e contingente ottica di controllo sulla contrattazione privata⁴². La meritevo-

⁴¹ Si mutuano al riguardo le osservazioni contenute in un recente decreto del Tribunale di Trieste – Ufficio del giudice tavolo del 23 settembre 2005 (in *Guida al dir.*, 2005, 41, 57 ss.) ove, nell'ordinare l'intervolazione della qualifica di *trustee*, si accoglie, con varie argomentazioni, l'ammissibilità del *trust* interno e si individua la centralità del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. quale giudizio di liceità ("l'interprete dovrebbe dunque limitarsi all'esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume") e chiave di lettura che spiega "la mancanza di consapevoli apporti giurisprudenziali all'analisi della norma, una volta abbandonato il criterio dell'utilità sociale che, nella relazione al codice civile, aveva giustificato la pur contestata adozione della norma". Nella consapevolezza di una lettura ambigua da parte della più recente giurisprudenza di Cassazione in merito alla fattispecie in oggetto – continua il decreto – "il sindacato dell'autorità giudiziaria deve 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". Nello stesso senso, si veda anche quanto indicato alla precedente nota.

Sul punto, E. PETRONE, *L'utilizzo giurisprudenziale del concetto di "meritevolezza"*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 50; F. DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 305; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. discip. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, 324; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 799.

⁴² Diverse, come è noto, sono le impostazioni formulate in dottrina circa il giudizio di meritevolezza di interesse di cui all'art. 1322, 2° comma c.c. che brevemente si ripercorrono.

In una prospettiva di funzionalizzazione si pone quella dottrina (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1943) che individua nella meritevolezza una clausola di utilità sociale che limita in positivo l'autonomia privata in quanto richiede l'idoneità del contratto a realizzare funzioni socialmente utili e ad a rispondere agli interessi generali. Tale autorevole interpretazione si manifesta fedele con le ragioni che hanno ispirato il legislatore del '42 e la formulazione della norma, come chiaramente risultano dalla Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile "Delle obbligazioni" (Torino, 1941, n. 8). Si è poi assistito ad un rovesciamento di tendenza, alla critica di ogni atteggiamento ideologico ed alla ricostruzione della meritevolezza coincidente con i limiti della legge, dell'ordine pubblico e buon costume e, quindi, con il giudizio di liceità (G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966). A partire poi dagli anni settanta, si manifesta in dottrina un approccio che legge la meritevolezza alla luce di nuovi valori, quali i valori costituzionali, sempre in un'ottica di funzionalizzazione (M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984).

Sulla nozione di causa, inoltre, M. GIORGIANNI, voce *Causa* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547; R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino,

lezza o la non meritevolezza dell'interesse di destinazione ripropongono una articolazione di posizioni che ricalca le diverse letture della previsione codicistica: da un lato, si ipotizza una valutazione comparativa e di prevalenza fra l'interesse dell'autore dell'atto di destinazione e l'interesse dei creditori generali e tale da giustificare il sacrificio. Dall'altro, come si legge anche nel parere della Commissione Giustizia del 28 giugno 2005⁴³, si esclude una selezione di merito individuando nel giudizio di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c. una valutazione di liceità, ovvero di assenza di violazione di norme imperative, ordine pubblico e buon costume e di posizioni soggettive espressamente riconosciute dal sistema; in positivo, potrà farsi ricorso ai criteri desumibili da ipotesi tipiche di vincoli di destinazione (sia entro le previsioni codicistiche che nella legislazione speciale) ed allo stesso articolo 2645-ter c.c. che fa espresso riferimento alle "persone con disabilità"⁴⁴. Si tratterà quindi di operare una valutazione che consenta di individuare, alla luce dei diversi settori di rilevanza degli interessi destinatori emersi in fattispecie tipiche, quelle previsioni di carattere imperativo ed inderogabile nel ricorso alla figura ampia e generale dell'atto di destinazione.

L'interesse di destinazione, come espressamente prescrive la norma, deve essere "riferibile" a persone con disabilità o, comunque, ad altri soggetti, tra i quali la Pubblica Amministrazione, così aprendo un ampio ventaglio

1993; U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, t. III, *Trattato di dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 1999.

⁴³ Parere espresso dalla Commissione Permanente di Giustizia in data 28 maggio 2005, reperibile all'indirizzo http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/200506/0628/pdf/02.pdf.

⁴⁴ In questo ambito la dimensione causale si manifesta nella sua utilità e vitalità quale strumento di accertamento della liceità negoziale. Tale considerazione assume rilevanza soprattutto se collocata nel più ampio dibattito che a livello europeo coinvolge la letteratura giuridica in merito al residuo valore del concetto di causa ed alla sua attuale funzione.

Nella prospettiva progettuale di codificazione europea del diritto civile, si è rilevata la "morte" del concetto di causa, la sua inutilità nella realtà giuridica moderna e la natura di pesante portato dogmatico e classificatorio meramente teorico. Il concetto di causa, infatti, non è riproposto né nei Principles of Contract Law (detti anche Principi Lando), né negli Unidroit Principles of International Commercial Contract (detti anche principi Unidroit) né nel Code Européen des Contrats. Circa la rilevanza di tali progetti nel cammino dell'unificazione di un diritto privato europeo, G. VETTORI, *Introduzione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.

Sul punto, U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002; G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in *Causa e contratto*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997; G.B. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 904; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 979.

glio di possibili applicazioni pratiche anche nel settore, per esempio, delle convenzioni urbanistiche: la libertà nella determinazione dell'interesse riflette la libertà e l'ampiezza dei soggetti coinvolti nell'atto di destinazione, ferma, come sembra, l'alterità soggettiva tra conferente e beneficiario.

Un punto di divergenza rispetto alla attuale formulazione del progetto francese sui contratti di *fiducie*, è rappresentato dal possibile carattere statico dell'atto di destinazione di diritto interno: può ammettersi un atto di destinazione di tipo "autodichiarato"⁴⁵, per utilizzare una terminologia cara al *trust*, nel quale manchi il trasferimento di titolarità della res vincolata ad un gestore-fiduciario che amministri il bene in funzione della destinazione. L'art. 2645-ter non presuppone, a differenza del contratto di *fiducie*, una alterità soggettiva tra conferente e "gestore": per effetto dell'atto di destinazione, integrati i presupposti di forma e di sostanza, la res vincolata rimane nel patrimonio del conferente, separata dal patrimonio generale e vincolata al perseguimento dell'interesse di destinazione. Oltre al riferimento letterale, l'effetto separativo e la conseguente articolazione di patrimoni all'interno della medesima dimensione soggettiva è ormai fenomeno conosciuto e ampiamente sperimentato nel nostro ordinamento, in settori quantitativamente e qualitativamente sempre più rilevanti: basti pensare ai patrimoni destinati costituibili dalle s.p.a. ai sensi degli artt. 2447-bis ss. c.c.⁴⁶.

⁴⁵ Con tale termine si indica la fattispecie in cui *settlor* e *trustee* coincidono e la *declaration of trust* configura un negozio unilaterale. In dottrina, sul punto, S. BARTOLI, *Trusts*, cit., 67; ID., *Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de l'Aja sui trusts*, in *Trusts*, 2005, 3, 355; R. SICLARI, *Il trust interno tra vecchie questioni e nuove prospettive; il trust statico*, in *Vita not.*, 2002, 727; D. MURITANO, *Trust auto-dichiarato per provvedere ad un fratello con handicap*, in *Trusts*, 2002, 473; L. MONTI, *Trust unilaterale e trascrizione*, in *Trusts*, 2003, 480; F. STEIDL, *Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, in *Trusts*, 2003, 376; F. CERIO, *La trascrizione del trust interno autodichiarato*, in *Trusts*, 2005, 185.

⁴⁶ In generale, varie sono le aggettivazioni cui è ricorso il legislatore speciale per descrivere e prevedere il fenomeno della separazione del patrimonio (autonomo, separato, segregato, destinato).

Per indicazioni circa la nozione di patrimonio, P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; B. BIONDI, voce *Patrimonio*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, 3^a ed., Torino, 1957 ed anche V.M. TRIMARCHI, voce *Patrimonio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982; V. DURANTE, voce *Patrimonio* (dir. civ), in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Roma, 1990; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 280; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, 105.

Per uno spunto relativo alla storia del concetto di patrimonio in dimensione comparatistica, A. SERIAUX, *La notion juridique du patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1994, 801 ss.; J.A. DORAL GARCIA, *El patrimonio como instrumento técnico jurídico*, in *Anuario de derecho civil*, 1983, 1269 ss.

Per effetto della trascrizione, il vincolo di destinazione (validamente costituito) è opponibile ai terzi e rende tali beni passibili di esecuzione forzata solo da parte di una determinata categoria di creditori, ovvero coloro i quali individuano il titolo del proprio diritto di credito nella realizzazione dell'interesse di destinazione. Pur nelle incertezze che possono emergere quanto al carattere unilaterale o bilaterale della limitazione di responsabilità, l'esigenza primariamente perseguita dal legislatore concerne l'opponibilità del vincolo di destinazione a terzi conseguente alla trascrizione. Al riguardo, il concetto giuridico di opponibilità non deve essere confuso con quello della realtà⁴⁷: l'opponibilità, come efficacemente messo in luce in dottrina, consegue ad un giudizio di rilevanza (e di prevalenza) operato dall'ordinamento giuridico in base ad esigenze emerse nella società e nella contrattazione e non deriva dall'atteggiarsi strutturale del diritto⁴⁸.

3.1. *Segue: Il profilo rimediale*

A fronte della detta ricostruzione della meritevolezza di tutela dell'interesse destinatorio, la prospettiva di indagine deve concentrarsi sui meccanismi di tutela dei soggetti coinvolti nell'atto di destinazione per verificare

⁴⁷ Cospicua è la dottrina che si è interessata al tema della tipicità delle situazioni soggettive reali; in particolare si veda A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979. Vi sono inoltre vari contributi che si muovono in direzione di un ripensamento di tale tipicità. Sul punto, M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 119 ss.; ID., *Numerus clausus dei diritti reali*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980, 421 ss.; E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, ora in *Studi sui contratti*, Torino, 2000, 444 ss. e S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dottrina e storia*, oggi in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, 178 ss.; A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 226; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 439; RUDDEN, *La teoria economica contro la property law: il problema del numerus clausus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 451; M. COMPORI, *Autonomia privata e diritti sui beni*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001, 67; ID., *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, 201; E. BAFFI, *Gli "anticommons" e la tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 455.

⁴⁸ Il concetto di opponibilità prescinde dalla natura del diritto e dagli effetti reali od obbligatori che il negozio produce, ed esprime la necessità di risolvere conflitti fra più titoli attraverso una valutazione di prevalenza di alcuni su altri incompatibili. Diverse sono dunque le problematiche del *numerus clausus* dei diritti reali della tipicità dei negozi ad effetti reali da un lato, e dell'opponibilità dall'altro: essa si pone come limite per così dire "esterno" al dispiegarsi dell'autonomia privata la cui riconduzione ad unità può essere spiegata ed affrontata in base alle richieste di tutela provenienti dalla realtà socio-economica al di là della insufficiente distinzione tra diritti reali e personali (G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, spec. 145 ss.).

l'efficacia degli attuali strumenti legislativi di protezione. Il riferimento è, in particolare, a tre aspetti di studio: la tutela dei creditori del conferente; la posizione dei creditori di origine non contrattuale, e la tutela dei diritti dei soggetti beneficiari della destinazione.

La tutela dei creditori del conferente a fronte del pregiudizio sofferto per effetto della limitazione della garanzia generica e la meritevolezza dell'interesse di destinazione vengono da alcuni posti in stretta connessione, recuperando la dimensione di garanzia di cui è espressione l'art. 2740 c.c. nella fase strutturale del giudizio di meritevolezza mediante una comparazione di merito. Diversamente, indicazioni sui profili rimediali possono individuarsi entro il sistema giuridico valutato nella sua evoluzione che muove verso la specializzazione della responsabilità patrimoniale e la funzionalizzazione dei beni, e che trova analoghe esigenze in altri ordinamenti di *civil law*. In mancanza della previsione legislativa di rimedi di tipo preventivo analoghi alla opposizione di cui all'art. 2447-*quater*, 2° comma c.c., o della distinzione tra creditori anteriori e creditori successivi alla destinazione, come previsto, per esempio, nella *cessio bonorum* all'art. 1980 c.c., i diritti creditorii sono tutelati attraverso l'esperibilità dell'azione revocatoria quale istituto diretto a tutelare l'interesse del creditore: tale rimedio *ex post* deve essere valutato alla luce dell'evoluzione che caratterizza la giurisprudenza di legittimità e che investe i tradizionali presupposti dell'azione stessa⁴⁹. Analogamente al progetto di legge francese dunque, la tutela dei creditori è realizzata mediante uno strumento successivo, nella sua evoluzione maturata nell'applicazione giurisprudenziale.

Ambito di grande rilevanza, come accennato, concerne la tutela dei diritti del beneficiario, ovvero del soggetto al quale è riferibile (la norma si esprime proprio nei termini più ampi di riferibilità e non di imputabilità) l'interesse di destinazione meritevole di tutela e trascritto, il quale vanta diritti creditorii sulla res destinata, diritti che possono assumere le articolazioni ed il contenuto più vari. L'ipotesi più interessante è proprio quella della tutela dei beneficiari a fronte di atti di disposizione sui beni destinati in pregiudizio dell'interesse di destinazione: ipotesi più interessante perché consente di operare alcune valutazioni con i meccanismi di tutela predisposti in altri ordinamenti.

Ci si può domandare se la tutela della posizione creditoria di tali soggetti possa desumersi dalla previsione legale dell'opponibilità della trascrizione del vincolo di destinazione ai terzi in genere, ovvero se debba limitarsi

⁴⁹ Sul punto, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995 ed i riferimenti ivi indicati.

all'esperibilità dello strumento della revocatoria e, quindi, se i beneficiari siano da considerarsi "semplici" creditori.

Dalla lettera e dal contenuto della norma risulta come il vincolo di destinazione (validamente costituito e trascritto) sia opponibile ai terzi in generale, esso dunque affetta la res e la segue nella sua eventuale circolazione. La disposizione in pregiudizio degli interessi destinatori risulta inopponibile ai beneficiari dell'interesse di destinazione stesso: in questa ricostruzione, gli acquisti degli aventi causa dal conferente di diritti reali sulla res vincolata in violazione dell'interesse di destinazione, se trascritti successivamente al vincolo, soccombono a fronte dei diritti dei beneficiari. Si ripropone, anche e principalmente nell'ottica delle tutele, un metodo di analisi che coinvolge e confronta soluzioni apprestate in altri ordinamenti; in particolare risulta interessante, anche se in questa sede ci limiteremo ad accennarvi, valutare il meccanismo di tutela dei beneficiari conseguente alle norme sulla trascrizione, con il c.d. *tracing*, procedimento istruttorio con finalità reipersecutoria, il cui favorevole esperimento consente, tra l'altro, la immissione del bene in *trust* illegittimamente disposto a terzi, nel patrimonio del *trust* stesso⁵⁰.

Tali considerazioni aprono un altro ambito di riflessione, ovvero il rapporto tra il vincolo di indisponibilità dei beni in pregiudizio dell'interesse destinatorio ed i limiti sanciti dall'ordinamento all'art. 1379 c.c. circa l'efficacia *inter partes* del divieto di alienazione. In modo più ampio, la meritevolezza attribuita dall'art. 2645-ter alla destinazione attraverso il giudizio di rilevanza sul titolo in cui si sostanzia l'opponibilità, rispetto al principio della libera circolazione dei beni, sollecita un riesame critico dell'efficacia obbligatoria o reale (e della trascrivibilità) di alcuni vincoli contrattuali, quali l'opzione e la prelazione.

L'asse centrale del problema si sposta, dunque, sull'individuazione degli atti dispositivi in spregio del vincolo di destinazione: anche sotto questo aspetto, come più in generale per la fattispecie dell'atto di destinazione, risulta di grande rilevanza la funzione notarile e l'articolata redazione dell'atto pubblico, nell'ambito del controllo di legalità svolto dal Notaio e nel risultato "antiprocessuale"⁵¹ al quale lo stesso è chiamato, che si concretizza

⁵⁰ Sul punto e sulle caratteristiche del *tracing* di *common law* e di *equity*, M. LUPOI, *Trusts*, cit., 48 ss. e la letteratura ivi citata, e A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005.

⁵¹ F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, 4 ss.

Sul complesso ruolo del Notaio sulla sua attività di adeguamento della volontà delle parti e sulla natura creativa si rinvia a BOERO, *La legge notarile commentata*, vol. I, Torino, 1993, 12 ss. ed i riferimenti ivi indicati.

dall'*expressio* chiara dell'interesse di destinazione alle clausole e previsioni degli atti di disposizione/amministrazione compatibili con il vincolo destinatario.

Il terzo ambito di indagine relativo alla prospettiva rimediale concerne la categoria dei creditori di origine non contrattuale, soggetti che si trovano ad essere legati da un rapporto obbligatorio con il titolare della res vincolata a prescindere da un momento volontaristico, a prescindere cioè da contrattazioni e dall'instaurazione di rapporti con tale soggetto⁵². Si pone dunque un problema di opponibilità della destinazione trascritta ai creditori da fatto illecito compiuto dal conferente (o da altro soggetto a seconda del concreto assetto di interessi) nel perseguimento dell'interesse di destinazione: il tenore letterale della norma che espressamente limita l'esecuzione sui beni conferiti e i loro frutti per i soli "debiti *contratti* per lo scopo di destinazione", evocando la fonte negoziale del rapporto obbligatorio, ripropone alcune incertezze già affrontate dalla giurisprudenza e dalla dottrina con riferimento alla formulazione dell'art. 170 c.c. in tema di fondo patrimoniale.

A fronte del silenzio legislativo sul punto, possono essere d'ausilio all'interprete gli orientamenti giurisprudenziali ed i riferimenti normativi che il nostro ordinamento già conosce ed ha sperimentato per altre fattispecie di destinazione. Il riferimento è, da un lato, all'art. 2447-*quinquies*, 3° comma c.c. nell'ambito della disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, ove è fatta espressamente salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito; la ragione giustificatrice di tale norma è da individuare nell'esigenza di evitare di esternalizzare a terzi i rischi di impresa e di dissuadere la società da valutazioni opportunistiche. Tale previsione è da interpretare quale principio generale di inopponibilità della separazione ai creditori extra-contrattuali e mostra di recepire le risultanze dell'analisi economica del diritto sul tema⁵³. Dall'altro, il riferimento è al fondo patrimoniale e, segnatamente, all'orientamento – autorevolmente sostenuto in dottrina e recentemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁴ – che ritiene comprese nel sistema del 170

⁵² Figura paradigmatica di "creditori involontari" è quella dei creditori da fatto illecito, per definizione estranei a qualunque tipo di contrattazione con il rispettivo debitore. Non rileva, naturalmente, nell'ambito della involontarietà della posizione creditoria, l'ignoranza della sussistenza del vincolo di destinazione trascritto in quanto opponibile ai terzi, i quali hanno pertanto l'onere di controllare le risultanze dei Registri immobiliari.

⁵³ Per tutti, H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, 1879.

⁵⁴ C.M. BIANCA, *Se l'esecuzione sui beni e frutti del fondo patrimoniale possa aver luogo*

c.c. anche le obbligazioni di fonte non contrattuale, per le quali, dunque, occorre verificare l'inerenza diretta ed immediata della fonte del rapporto obbligatorio con le esigenze familiari⁵⁵, a prescindere dalla natura contrattuale o meno; in ordine a tali debiti non è ritenuto operante il requisito della conoscenza da parte del creditore della estraneità del medesimo rapporto obbligatorio alle esigenze familiari, non ponendosi nel campo delle obbligazioni non contrattuali l'esigenza di tutela dell'affidamento⁵⁶. Si osserva in particolare come, in assenza di espressa previsione normativa, l'elemento distintivo tra obbligazioni per le quali può procedersi in via esecutiva sui beni del fondo patrimoniale o meno sia proprio l'inerenza con i bisogni della famiglia, esigenza primariamente tutelata dall'ordinamento: non sarebbe dunque corretto impostare il problema in termini di contrapposizione col principio della responsabilità patrimoniale e di conseguente eccezionalità del vincolo derivante dal fondo patrimoniale.

Una prima soluzione sul punto non può prescindere dal valutare l'interesse di destinazione: ove esso consista in una attività di impresa (astrattamente non vietato o precluso dal riferimento del 2645-ter agli "interessi meritevoli di tutela ex 1322, 2° comma c.c."), sarebbe irragionevole non

per debiti non derivanti dal contratto, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, 111.

In giurisprudenza, si veda in particolare Cass. 18 luglio 2003 n. 11230, in *Riv. not.*, 2004, 155, con nota di Vocaturo ed in *Famiglia e dir.*, 2004, 351, con nota di Longo.

⁵⁵ La sfera dei bisogni della famiglia è da intendersi in senso ampio, con riferimento all'indirizzo della vita familiare concordato tra i coniugi ed al contesto economico-sociale nel quale vive il nucleo familiare: tale valutazione deve essere estesa a quelle esigenze volte a realizzare un sempre maggiore benessere materiale e spirituale dei componenti della famiglia, al mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia stessa, ed al potenziamento della sua capacità lavorativa. Rimangono escluse le ipotesi potenzialmente dannose quelle esigenze – e le relative obbligazioni – potenzialmente dannose, immeritevoli di tutela, e quelle di natura voluttuaria o caratterizzate da intenti meramente speculativi.

Sul punto, in particolare Cass. civ., sez. I, 18 settembre 2001, n. 11683, in *Vita not.*, 2001, 1314; Cass. civ., sez. III, 9 aprile 1996, n. 3251, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2959; Cass. civ., 7 gennaio 1984, n. 134, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 740. In dottrina M. MAGGIOLO, *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, a cura di Cendon, Torino, 2000, II.

⁵⁶ In senso contrario, G. TRAPANI, *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale: limiti all'esecuzione*, in *Studi del CNN*, 1999, secondo il quale "rappresenta, peraltro, ostacolo alla applicabilità dell'art. 170 c.c. il fatto che la norma richieda la conoscenza positiva del creditore dell'inerenza ai bisogni della famiglia dell'obbligazione. Difetta, infatti, in capo al creditore per fonte legale una siffatta conoscenza 'positiva' all'atto dell'insorgere del rapporto obbligatorio della corrispondenza del debito alle esigenze familiari. Inoltre, sembra più in linea con la norma l'escludere il ricorso all'art. 170 c.c. in ipotesi di obbligazioni sorte *ex lege*, anche per la impossibile configurabilità concreta di una 'conoscenza' di tal fatta, piuttosto che per una *fictio* dottrinale ritenere inutile un siffatto requisito".

applicare l'art. 2447-*quinquies*, 3° comma c.c., interpretato quale norma imperativa.

Proprio il riferimento al giudizio di rilevanza contenuto nella norma e la formulazione generica sono tali da individuare nel vincolo di destinazione e nell'inerenza dell'obbligazione alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, l'elemento distintivo per stabilire i creditori che possono aggredire il bene destinato, a prescindere dalla fonte contrattuale o meno dell'obbligazione.

Più in generale, l'atto di destinazione di cui all'art. 2645-*ter* e le relative prescrizioni sostanziali richiedono un confronto con il sistema "tipico" di destinazioni che il nostro ordinamento già conosce, e con le fattispecie note nell'elaborazione dottrina e della giurisprudenza di merito del *trust* interno: se, come detto, le destinazioni "tipiche" rappresentano un rilevante ausilio nella ricostruzione dell'atto di destinazione, dall'altro occorre verificarne le interrelazioni, in funzione dell'individuazione delle previsioni di carattere inderogabile e dei criteri di interpretazione.

In conclusione, a fronte dei "modelli" legislativi individuabili anche alla luce dell'esperienze adottate o proposte in altri ordinamenti, la scelta di rendere quello italiano un ordinamento *trust* mediante l'adozione di una disciplina organica e completa richiesta dall'importazione di tale istituto, risulterebbe sconsigliabile, sia in una valutazione di politica legislativa che in una prospettiva tecnico-giuridica. Dal primo punto di vista, si assisterebbe ad una modalità "indiretta" di legiferare, la quale ricorre cioè ad istituti e strumenti giuridici per pervenire a risultati concreti attuabili mediante fattispecie non estranee alla tradizione giuridica nazionale nella loro fisiologica evoluzione determinata dalla mobilità della realtà contemporanea⁵⁷. Un intervento legislativo articolato e complesso oltre ai rilievi "per eccesso" nel senso sopra detto, nel tentativo di pervenire a soluzioni concretamente assimilabili al *trust*, finirebbe per "scoraggiare ogni iniziativa"⁵⁸, a fronte delle difficoltà tecniche e dell'ampiezza dell'intervento.

⁵⁷ Si è osservato come il problema del *trust* e, segnatamente, la *querelle* relativa all'ammissibilità del *trust* interno debba essere relativizzato e ricondotto a ragionevolezza: si tratta di uno "pseudoproblema", in quanto il risultato che il *trust* consente di effettuare "risultato già perseguibile attraverso l'impiego di strumenti negoziali" reperibili nel nostro ordinamento ed utilizzabili in via di autonomia privata. Ritenerne il contrario e pertanto sostenere che il risultato economico raggiungibile mediante il *trust* sia per l'appunto conseguibile solo attraverso tale strumento (nelle forme predisposte dalla Convenzione e nel ricorso alla legge applicabile di uno stato-*trust*) costituisce un "equivoco metodologico" che implica un'ingiustificata "valutazione di inidoneità del nostro ordinamento a far fronte alla crescente varietà della prassi negoziale", ergo "un giudizio assolutamente gratuito di incompletezza" (G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del trust interno*, cit., 158).

⁵⁸ Così P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 337.

Superato nella recente consapevolezza⁵⁹ l'assunto del fondamento inderogabile e di rango di ordine pubblico del principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale, la tutela dei creditori – ragione giustificatrice tradizionalmente individuata a fondamento dell'art. 2740 c.c. – può essere bilanciata e relativizzata a fronte di manifestazioni di autonomia negoziale “meritevoli di tutela” ex art. 1322, 2° comma c.c. Il legislatore nazionale, nel recepire le istanze da più parti manifestate⁶⁰ e nel tutelare la circolazione giuridica, ha scelto di non incidere direttamente con un'opera di tipizzazione e qualificazione a livello sostanziale e (di conseguenza) pubblicitaria (come sembrerebbe prospettare il “modello” francese), quanto sulla prospettiva dell'opponibilità a terzi del vincolo di destinazione, andando a risolvere il cuore del relativo conflitto di interessi⁶¹. Se l'ottica descritta è quella legislativa, è compito della letteratura giuridica riflettere sull'impatto dell'art. 2645-ter c.c. sul panorama dei creditori, in una articolazione fondata sulla riconducibilità del rapporto obbligatorio all'interesse di destinazione, nonché sull'efficienza degli attuali meccanismi di tutela delle posizioni giuridiche coinvolte⁶².

⁵⁹ In particolare, Trib. Bologna 1° ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295, con nota di Di Ciommo, prima sentenza a conclusione dell'ordinario processo di cognizione che si è pronunciata in tema di ammissibilità del *trust* interno. In merito all'art. 2740 c.c. si osserva come tale norma “non può assurgere al rango di supremo (e come tale inderogabile) principio di ordine pubblico economico”: la segregazione patrimoniale non deve essere considerata un “tabù”, né l'unitarietà della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. può valere “come un dogma sacro ed intangibile del nostro ordinamento”. Per alcuni riferimenti relativi alla giurisprudenza di merito che si è pronunciata sull'ammissibilità dei *trusts* interni, si rinvia alla precedente nota 7.

⁶⁰ “Sarebbe davvero un merito della legislatura affrontare con determinazione un tema di questo tipo e dotare il nostro armamento giuridico di uno strumento idoneo a farci reggere validamente il confronto con i Paesi che attualmente risultano di certo in grado di avvantaggiarsi rispetto a noi grazie ad un istituto particolarmente flessibile e di sicura utilità” (P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 337).

⁶¹ Né può dirsi che la tipizzazione legislativa di una “nuova” figura sostanziale sia necessaria in quanto idonea ad individuare *ex lege* la “causa” del negozio destinatorio posto in essere dai privati; una tale impostazione confonde l'ambito di applicazione e di rilevanza del principio spesso evocato del *numerus clausus* dei diritti reali (per alcuni riferimenti sul punto, si rinvia alla precedente nota 47), il quale – nei limiti in cui sia ritenuto vitale – opera con riferimento a situazioni soggettive di carattere reale imponendo ai privati limitazioni alla loro autonomia, variamente fondate in dottrina.

⁶² Con riferimento alla revocatoria fallimentare, si ricorda che il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante “Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”, convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005, n. 80, ha apportato una serie di rilevanti innovazioni anche con riferimento alla disciplina della revocatoria, segnatamente intervenendo sull'art. 67, legge fall.