



I Trust interni e le loro clausole



Saverio Bartoli, Michele Graziadei,
Daniele Muritano, Luigi Francesco Risso

a cura di

Ernesto Quinto Bassi e Federico Tassinari



Consiglio Nazionale del Notariato

Gli Autori

Saverio Bartoli
Avvocato in Firenze

Luigi Francesco Riso
Notaio in Genova

Michele Graziadei
*Professore ordinario di diritto privato comparato
nell'Università del Piemonte*

Daniele Muritano
Notaio in Empoli

*Il volume raccoglie materiali della Commissione Propositiva
del Consiglio Nazionale*

© Copyright ADR Notariato s.r.l. - Consiglio Nazionale del Notariato - 2007

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

*L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare
specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.*

Sommario*Presentazione*

Paolo Piccoli	XI
---------------------	----

Introduzione

Ernesto Quinto Bassi e Federico Tassinari	XIII
---	------

TRUST E DIRITTO ITALIANO: UNO SGUARDO D'INSIEME (TRA TEORIA E PRASSI)

Daniele Muritano

1. Premessa	1
2. I settori di utilizzo del trust	5
3. Le questioni discusse	9
3.1. Riconoscimento del trust	9
3.2. Riconoscimento del trust auto-dichiarato	11
3.3. La pubblicità e l'opponibilità ai terzi della segregazione	11
3.4. Il trattamento tributario nelle imposte indirette e nelle imposte dirette	13
3.5. Trust e diritto di famiglia	17
3.6. Trust e beneficiari incapaci	19
4. La posizione della giurisprudenza italiana	20
4.1. Riconoscimento del trust (e del trust interno in particolare)	21
4.2. Effetti del trust	22
4.3. Pubblicità immobiliare	23
4.4. Pubblicità in regime tavolate	26
4.5. Diritto di famiglia	26
4.6. Società	28
4.7. Tutela di incapaci	29
4.8. Diritto tributario	30
4.9. Altre pronunce	32
5. Il trust ed il negozio di destinazione ex art. 2645-ter c.c. Rinvio.	34

IL TRUST: DIRITTO INTERNO E CONVENZIONE DE L'AJA.

RUOLO E RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO

Luigi Francesco Riso e Daniele Muritano

1. La Convenzione de L'Aja e il trust interno	37
2. La scelta di una legge straniera e il diritto internazionale privato	38
3. Il riconoscimento del trust interno e l'articolo 13 della Convenzione	44
4. La responsabilità patrimoniale generale del debitore e la segregazione di beni	56
5. Adempimenti pubblicitari (in particolare: la trascrizione immobiliare)	58

6. Trust interno: causa, interessi perseguiti e limiti al suo riconoscimento	62
7. Il ruolo e la responsabilità del notaio: considerazioni generali	66
8. Intervento in atto notarile di persona che si dichiara trustee	66
9. Conclusioni.	68

IL TRUST AUTODICHIARATO NELLA CONVENZIONE DE L'AJA SUI TRUST

Saverio Bartoli

1. Premessa	71
2. Cenni sul trust autodichiarato nel diritto inglese	72
3. Il problema relativo all'applicabilità o meno della Convenzione de L'Aja sui trusts al trust autodichiarato	73
3.1 I lavori preparatori e l'art. 2 della Convenzione	73
3.2 I lavori preparatori e l'art. 4 della Convenzione	75
3.3 La posizione della dottrina italiana prima dell'intervento della giurisprudenza	79
3.4 L'intervento della giurisprudenza italiana	81
3.5 La dottrina italiana successiva all'intervento della giurisprudenza	83
3.6 La tesi proposta.	85

RIFLESSIONI SU TALUNE CLAUSOLE UTILIZZATE NEI TRUSTS INTERNI

Saverio Bartoli e Daniele Muritano

1. Premessa: esigenza di un'attenta valutazione dell'impatto con nostre norme imperative di talune clausole utilizzate nei trusts interni; configurabilità di un'esigenza analoga anche nella redazione di un atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.	89
2. Clausole incidenti sulla designazione di beneficiari del trust	94
2.1 Trust che non individua i beneficiari ed in cui il disponente riserva a se stesso o ad un terzo (sia esso il trustee, il guardiano o altro soggetto) il potere di designarli	94
2.1.1 I problemi posti dal trust che inizialmente non individua i beneficiari	94
2.1.1.1 La nullità, o comunque il mancato perfezionamento, della fattispecie istitutiva	94
2.1.1.2 La clausola che riserva al disponente il potere di individuare i beneficiari mediante testamento ed il divieto dei patti successori indiretti	95
2.1.2 I problemi posti dal trust che, oltre a non indicare inizialmente i beneficiari, demanda ad un terzo il compito di individuarli	106
2.1.2.1 Il trust liberale ed il cosiddetto "principio di personalità della volizione liberale"	106

2.1.2.2	Il trust liberale ed il coordinamento fra principio di personalità della volizione e regole sulla capacità a ricevere per testamento o per donazione	110
2.2	Trust in cui il disponente riserva a se stesso o ad un terzo (sia esso il trustee, il guardiano o altro soggetto) il potere di modificare i beneficiari già indicati nell'atto istitutivo	113
2.2.1	Premessa	113
2.2.2	I problemi posti dal trust liberale in cui la modifica dei beneficiari inizialmente individuati – risolvendosi nell'eliminazione o sostituzione di uno o più di costoro – comporta la revoca di disposizioni beneficie	113
2.2.3	I problemi posti dal trust liberale in cui il disponente riserva a se stesso o ad un terzo il potere di aggiungere ulteriori beneficiari a quelli già indicati nell'atto istitutivo ..	121
3.	Trust e capacità di ricevere per testamento e per donazione	121
4.	Il trust discrezionale quanto all'erogazione dei redditi ed il principio di personalità della volizione liberale	122
4.1	Premessa	122
4.2	Analisi della clausola sub a)	123
4.3	Analisi della clausola sub b)	124
5.	Clausole volte ad impedire o limitare l'alienazione volontaria (<i>inter vivos</i> o <i>mortis causa</i>) ovvero forzata del diritto del beneficiario	126
5.1	La clausola che vieta l'alienazione del diritto del beneficiario ...	126
5.1.1	La clausola che vieta l'alienazione del diritto del beneficiario nel trust regolato dal diritto inglese ed in quello regolato da talune leggi rientranti nel cosiddetto modello internazionale	126
5.1.2	Il problema della compatibilità o meno con il nostro ordinamento della clausola che vieta l'alienazione del diritto del beneficiario	127
5.1.2.1	Il divieto di alienazione nel nostro ordinamento ...	127
5.1.2.2	Conclusioni	130
5.2	La clausola prevedente un diritto di prelazione per il caso in cui un beneficiario intenda alienare il proprio diritto	134
5.3	Le clausole prevedenti un "determinable interest" o un "Protective trust"	136
5.3.1	Premessa	136
5.3.2	Determinable interest e Protective trust nel diritto inglese	137
5.3.3	Il problema della compatibilità o meno del Determinable interest e del Protective trust con il nostro ordinamento ...	139
5.3.3.1	Premessa	139

5.3.3.2	Analisi della clausola che collega la perdita del diritto del beneficiario alla sua tentata o effettuata alienazione <i>inter vivos</i>	140
5.3.3.3	Analisi della clausola che collega la perdita del diritto del beneficiario al sequestro o pignoramento del suo diritto ovvero al suo fallimento	142
5.4	Considerazioni conclusive	144
6.	Clausola che vieta al trustee di alienare	144
7.	Clausola che sottopone un negozio compiuto dal trustee al preventivo consenso di altri soggetti	150
8.	La clausola di trust testamentario che individua quale beneficiario un legittimario ed il divieto ex art. 549 c.c. di pesi o condizioni sulla quota di legittima.	152
8.1	Cenni sul divieto ex art. 549 c.c.	152
8.2	Analisi della questione	154
9.	Clausola secondo la quale il diritto del beneficiario del trust sarà amministrato da un soggetto diverso da costui	157
9.1	Premessa	157
9.2	Ipotesi di beneficiario capace d'agire	158
9.3	Ipotesi di beneficiario del trust incapace d'agire	160
9.3.1	Beneficiario del trust totalmente incapace	160
9.3.2	Beneficiario del trust parzialmente incapace	163
9.3.3	Soluzioni alternative	165
9.4	Problema se la clausola secondo la quale il diritto del beneficiario del trust incapace sarà amministrato da un soggetto diverso dal suo legale rappresentante possa, altresì, esonerare quest'ultimo dall'obbligo di richiedere, per gli atti di straordinaria amministrazione inerenti alla posizione beneficiaria dell'incapace, le autorizzazioni giudiziali previste dalla legge	165
10.	Clausola di trust liberale <i>inter vivos</i> in cui il disponente incapace individua, quali beneficiari, soggetti ulteriori rispetto a se medesimo	167
10.1	Premessa	167
10.2	Ipotesi di disponente minore	169
10.3	Ipotesi di disponente minore emancipato	171
10.4	Ipotesi di disponente inabilitato	171
10.5	Ipotesi di disponente interdetto	171
10.6	Ipotesi di disponente sottoposto ad amministrazione di sostegno	172
10.6.1	Premessa	172
10.6.2	Beneficiario di a. di s. totalmente incapace	173
10.6.3	Beneficiario di a. di s. parzialmente incapace	174
10.6.4	Conclusioni	175

11. Clausola secondo la quale il beneficiario che impugni il trust o sue singole disposizioni perderà, in tutto o in parte, quanto attribuitogli dal disponente	178
12. Clausola secondo la quale i provvedimenti di nomina o revoca del trustee o del guardiano di un trust interno dovranno o potranno essere richiesti ad un giudice diverso da quello italiano; clausola secondo la quale il trustee potrà rivolgersi al giudice per ottenere direttive	180
12.1 Analisi della prima clausola	180
12.2 Analisi della seconda clausola	182
13. Clausola secondo la quale, in caso di cessazione dall'ufficio di un trustee, i beni in trust diverranno di titolarità del trustee subentrante pur se manchi una dichiarazione negoziale traslativa da parte del trustee uscente (o, se deceduto, degli eredi di costui) ..	183
13.1 Premessa	183
13.2 La sostituzione del trustee nel diritto inglese e nel nostro diritto	183
13.2.1 L'ipotesi di morte del trustee	183
13.2.1.1 La nomina del nuovo trustee	183
13.2.1.2 Il trasferimento dei beni al trustee subentrante ..	187
13.2.2 L'ipotesi di dimissioni o revoca del trustee	188
13.3 Conclusioni	190
14. Clausola secondo la quale, alla cessazione del trust, i beni in trust diverranno di titolarità dei beneficiari finali pur se manchi una dichiarazione negoziale traslativa da parte del trustee ..	194
14.1 Premessa	194
14.2 Il passaggio dei beni in trust dal trustee ai beneficiari finali nel diritto inglese e nel nostro diritto	194
15. Clausola che designa i beneficiari di reddito in ordine successivo ..	197
15.1 Premessa	197
15.2 I divieti ex artt. 692 e 698 c.c. ed il trust testamentario prevedente beneficiari di reddito in ordine successivo	197
15.2.1 Cenni sulla portata del divieto di fedecommesso testamentario ex art. 692 c.c.	197
15.2.2 Cenni sulla portata del divieto di legato di attribuzioni successive ex art. 698 c.c.	200
15.2.3 I divieti ex artt. 692 e 698 c.c. ed il trust testamentario	202
15.3 I divieti ex artt. 795 e 796 c.c. ed il trust liberale inter vivos prevedente beneficiari di reddito in ordine successivo	207
15.3.1 Cenni sulla portata del divieto di fedecommesso nella donazione ex art. 795 c.c.	207
15.3.2 Cenni sulla portata del divieto di attribuzioni successive ex art. 796 c.c.	207
15.3.3 I divieti ex artt. 795 e 796 c.c. ed il trust liberale <i>inter vivos</i>	209

15.4 Divieto di attribuzioni successive e trust inter vivos non liberale	211
16. Clausola prevedente effetti coincidenti, in tutto o in parte, con quelli che sarebbero prodotti da un resulting trust	211
16.1 Premessa	211
16.2 Il problema dell'applicabilità o meno della Convenzione ai resulting trusts	212
16.3 Analisi della clausola prevedente effetti coincidenti, in tutto o in parte, con quelli che sarebbero prodotti da un resulting trust	213
17. Problemi relativi alle clausole concernenti la durata del trust	215

L'ART. 2645-TER E IL TRUST: PRIME OSSERVAZIONI

Michele Graziadei

1. Introduzione	217
2. L'art. 2645-ter c.c., ovvero della vaghezza dell'atto e del vincolo di destinazione	219
3. Il regime della responsabilità patrimoniale introdotto dall'art. 2645-ter.	221
4. Il trust: un vincolo di destinazione ?	223
5. Trust e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter.	225

PRESENTAZIONE

Paolo Piccoli

“Se soltanto cinque anni fa – *scrivevo nel 1996*¹ - avessimo osato parlare di *trust* in un ambiente di civilisti avremmo rischiato il linciaggio giuridico”.

Da allora le riflessioni circa l'utilizzabilità dei *trusts* anche nel nostro paese hanno fatto enormi passi avanti.

Dapprima timidamente, poi con sempre maggiore attenzione ed approfondimento, il dibattito si è incentrato su due temi:

- se cioè la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia nel 1989 ed in vigore dal 1° gennaio 1992, avesse in qualche modo “introdotto” il *trust* nel nostro ordinamento;

- se fosse consentito costituire *trusts* “domestici”, ossia aventi riferimento ad elementi, compresi i soggetti, collegati interamente al nostro ordinamento, salvo la legge regolatrice, dal momento che l'Italia non conosce ancora una legge istitutiva del *trust* a differenza di altri Paesi di diritto civile.

Sul primo punto il dibattito è ormai approdato a conclusioni di grande chiarezza, nel senso che la Convenzione non introduce nel nostro ordinamento un nuovo istituto, ma consente il riconoscimento di un *trust* regolato da una legge straniera che lo conosca.

Sul secondo punto inizialmente, i civilisti erano istintivamente portati ad escludere la possibilità di un *trust* “domestico”, ma via via che le iniziative di riflessione hanno portato ad un approfondimento della tematica, sono aumentati i sostenitori di questa ipotesi.

Per parte mia ero stato tra i più convinti assertori della trascrivibilità del *trust* in Italia secondo l'art. 12 della Convenzione dell'Aja, che consente al *trustee* “che desidera far iscrivere in un registro un bene mobile o immobile od un titolo ad essi relativo, di richiedere l'iscrizione nella sua qualità di *trustee* od in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale l'iscrizione deve avere luogo”.

Nonostante l'Italia fosse stato il primo paese di diritto civile a ratificare la Convenzione, le disposizioni sulle modalità della trascrizione avevano tuttavia dato luogo da parte della Pubblica Amministrazione a perplessità ed attendismi fondati su una pretesa incompatibilità con la legislazione del nostro Paese² motivata peraltro su ragioni legate alla modulistica in essere e al programma di redazione della nota su supporto informatico.

Nel frattempo la stipula di numerosi atti istitutivi di *trust*, prevalentemente mobiliari da parte di notai italiani; l'omologa da parte del Tribunale di Genova

¹ P. Piccoli, *Il trust: questo (sempre meno) sconosciuto*, in *Notariato*, 1996, 4, 391.

² Tale posizione trovò in particolare formalizzazione in un parere negativo della Direzione compartimentale del Territorio della Lombardia datato 19 luglio 1994.

di una società a responsabilità limitata unipersonale costituita da un *trustee*; la costituzione di un *trust* a garanzia di un prestito obbligazionario che superò il vaglio del Tribunale di Milano con decreto del 27 dicembre 1996; la sentenza del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997, che ha ammesso la validità di un *trust* testamentario costituito da un cittadino italiano e il fondamentale passo della trascrizione di un bene immobile acquistato da un *trustee*; le ormai numerose pronunce giurisprudenziali favorevoli, hanno fatto fare al dibattito sul *trust* enormi passi avanti. Persino in sede tavolare è stato emesso un decreto di intavolazione a favore di un *trustee*.

Di recente, quanto il notariato andava studiando da tempo – e cioè la possibilità di utilizzo nel nostro ordinamento di un negozio giuridico di destinazione dei beni che, senza necessità di alienazione, siano separati dal patrimonio del proprietario disponente e siano utilizzati per scopi specifici - ha trovato un suo primo parziale accoglimento nell'introduzione, con la legge 273/2005, dell'art. 2645-ter nel codice civile ³.

La pubblicazione di questo volume testimonia ulteriormente come il coraggio di eminenti studiosi del notariato e non, consenta di affrontare temi delicati e di frontiera tra ordinamenti diversi come quelli di *civil law* e quelli di *common law* in tempi in cui la circolazione giuridica e commerciale è ormai sempre più globale.

Una sola "avvertenza per l'uso" ai notai: la materia è molto complessa, esige conoscenza della legge straniera di riferimento, richiede molta prudenza di valutazione e di applicazione.

³ Rubricato : "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".

INTRODUZIONE

Ernesto Quinto Bassi e Federico Tassinari

Gli studi contenuti in questo volume non hanno la presunzione di voler essere esaustivi o conclusivi del dibattito, ormai risalente, su un istituto come il trust, che tanto ha appassionato ed appassiona giuristi ed operatori del diritto.

Hanno, di contro, l'intento di procedere ad una ricognizione "laica" dello "stato dell'arte" in materia di trust, ordinamento interno e prassi nella prospettiva di cercare di fare chiarezza su questo istituto che è ipocrisia ignorare e che ha già una sua significativa casistica nel nostro Paese.

La ricognizione prende l'avvio dallo studio del notaio Daniele Muritano intitolato "*Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme (tra teoria e prassi)*", aggiornato, per ciò che riguarda prassi e giurisprudenza, al

Successivamente, con il fattivo e determinante apporto del prof. Michele Graziadei, un apposito gruppo di lavoro, con la voce di Luigi Francesco Riso e Daniele Muritano, ha prodotto l'importante studio sulla legittimità del trust interno, che ha richiesto quasi un anno di lavoro ed è il frutto di un ampio e appassionato confronto.

Uno dei temi centrali propri del trust, come risulta dallo studio da ultimo citato, concerne il rapporto tra trust (non importa se interno o "straniero") e norme dell'ordinamento interno.

All'approfondimento di questo importante aspetto è dedicato il saggio sulle clausole dei trust interni, scritto dal notaio Daniele Muritano e dall'Avv. Saverio Bartoli, anch'egli membro del gruppo di studio e noto esperto della materia.

Dalla semplice lettura del paragrafo introduttivo di tale saggio si evince chiaramente come esso sia, in un certo senso, "limitativo" delle utilizzazioni del trust interno.

Nelle more dei lavori del gruppo di studio è entrato in vigore l'art. 2645-ter del codice civile in tema di atto di destinazione, ciò che ha in qualche misura distolto l'opera del gruppo dal suo progetto originario.

Tuttavia, le incertezze proprie di tale norma suggeriscono una ripresa dell'attività del gruppo, al fine di proporre sue modifiche o integrazioni, risolutive di alcuni dei problemi da essa posti e messi in luce dalla letteratura giuridica fino ad oggi pubblicata, tra la quale meritano una segnalazione gli atti dei due Convegni organizzati in tema dalla Fondazione Italiana per il Notariato.

Sui rapporti tra tale norma e il trust il prof. Michele Graziadei ha redatto un breve contributo.

L'idea di raccogliere questi contributi in unico volume ha la finalità di dare indicazioni importanti al notaio, e agli operatori del diritto in genere, che, convinti della legittimità del trust interno, vi si vogliano cimentare. Lungi dall'esaurire la gamma dei problemi posti dall'istituto, il volume servirà certamente di stimolo alla discussione.

Sotto quest'ultimo profilo, il lavoro svolto sulle clausole degli atti istitutivi di trust interno è di fondamentale rilievo. Proprio nello studio sulla legittimità del trust interno si richiamava l'attenzione del notaio circa la necessità di svolgere

tale verifica, senza peraltro approfondire temi specifici.

Il lavoro sulle clausole colma, almeno in parte, questa lacuna (si tratta di un lavoro che nessun autore ha mai svolto fino ad oggi; è sufficiente scorrere la letteratura giuridica in materia di trust interno, per vedere come la quasi totalità delle questioni trattate abbia avuto ad oggetto il tema “trust interno sì – trust interno no”).

Lo studio, pertanto, dà conto dei rilevanti problemi di responsabilità notarile che possono emergere a seguito di un approccio, per così dire, “libero” alla materia, in quanto, sebbene sia stata fornita un’interpretazione favorevole in merito all’ammissibilità in astratto del trust interno, non si deve perdere assolutamente di vista il rigore che deve caratterizzare l’approccio notarile in questa materia, in considerazione del ruolo del notaio nell’ordinamento giuridico italiano.

È un’ottima occasione per il notariato al fine di presentarsi sulla scena giuridica come istituzione in grado di svolgere stimolanti riflessioni sulla materia, ponendosi così, ancora una volta, al vertice delle categorie professionali per capacità di analisi e focalizzazione dei problemi, e di riappropriarsi, ancora una volta, del suo ruolo sensibile di interprete del “diritto vivente”.

Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme (Tra teoria e prassi)*

Daniele Muritano

1. Premessa

Sono ormai trascorsi oltre quindici anni dall'entrata in vigore in Italia – il 1° gennaio 1992 - della Convenzione relativa alla legge sui “trusts” ed al loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 e ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364.

Nonostante il tempo trascorso, può affermarsi che solo negli ultimi anni si è avuta una concreta diffusione dell'istituto in Italia, ed una piena consapevolezza da parte degli operatori giuridici delle sue potenzialità.

A fronte di tale diffusione non può tacersi che sussistono molteplici incertezze in merito alla disciplina dell'istituto, a partire dai problemi, molto rilevanti e preliminari ad ogni ulteriore discussione, della “riconoscibilità” in Italia del trust in generale e del trust c.d. interno in particolare.

È anzitutto da ricordare cosa la Convenzione intende per trust. Ai sensi dell'art. 2 Conv., per trust si intende il rapporto giuridico creato da una persona – disponente – per atto tra vivi o *mortis causa*, allorquando dei beni vengano posti sotto il controllo di un trustee, nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo determinato.

Per effetto della stipulazione del trust, a carico del trustee sorge un'obbligazione fiduciaria, avente ad oggetto l'amministrazione e la gestione dei beni in trust secondo il programma stabilito dal disponente, e l'attribuzione finale ai beneficiari.

La Convenzione si occupa, inoltre, dei soli trust costituiti volontariamente e provati per iscritto.

* Il presente lavoro è aggiornato al 31 gennaio 2007.

È discusso, ancora, se l'art. 2 Conv. ricomprenda esclusivamente i trust nei quali il disponente ed il trustee sono soggetti diversi o anche i trust c.d. autodichiarati, nei quali le persone del disponente e del trustee coincidono¹.

Il problema del "riconoscimento" non si pone con riferimento al trust definibile come "internazionale" o "straniero", cioè il trust i cui elementi importanti sono, così come afferma l'art. 13 Conv., strettamente connessi a Stati che prevedono l'istituto del trust (ad esempio un trust nel quale, pur essendo i beni siti in Italia, il disponente o il trustee non siano cittadini italiani).

Questi trust sono sicuramente riconoscibili in Italia, visto che la Convenzione è stata sottoscritta proprio a tal fine e rispetto ad essi si producono sicuramente gli effetti previsti da essa, in particolare quelli previsti dall'art. 11².

Invece, con riferimento alla riconoscibilità del trust c.d. interno, intendendosi per tale, come affermato dalla prevalente dottrina, quello i cui elementi costitutivi, fatta eccezione per la legge applicabile (e per il luogo di amministrazione e la residenza abituale del trustee), siano connessi all'Italia, cioè nel quale disponente, beni e/o diritti, trustee e beneficiari siano italiani, la dottrina non è univoca, anche se prevalgono le posizioni favorevoli³.

¹ Su questo problema v. par. 3.

² Art. 11. - Un trust istituito in conformità alla legge determinata in base al capitolo precedente sarà riconosciuto come trust.

Tale riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio, di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica.

Nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implica in particolare:

- a. che i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust;
- b. che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento;
- c. che i beni in trust non rientrino nel regime matrimoniale o nella successione del trustee;
- d. che la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro.

³ In dottrina, in senso *favorevole* alla riconoscibilità del trust interno cfr. M.E. Corrao in *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento* a cura di A. Gambaro-A. Giardina-G. Ponzanelli, in *NLGC*, 1993, 1311 ss.; M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *VN*, 1992, 978 ss.; Id., *La sfida dei trusts in Italia*, in *CG*, 1995, 1205 ss.; Id., *Legittimità dei trusts interni*, in *I trusts in Italia oggi* a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, 30 ss.; Id., *Lettera a un notaio curioso di trusts*, in *RN*, 1996, 348 ss.; Id., in *AA.VV.*, *Il trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma 1997, 17 ss. Id., *Trusts*, Milano, 2001, 533 ss.; Id., *Lettera a un notaio conoscitore dei trusts*, in *RN*, 2001, 1159 ss.; S. Bartoli, *Trusts*, Milano, 2001, 597 ss.; R. Calvo, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *RTDPC*, 1998, 51 ss.; E. Maré, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *CG*, 1995, 167; A. Busato, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *RDC*, 1992, 341 ss.; A. De Donato - V. De Donato - M. D'Errico, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, 80 ss.; L. F. Risso, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *Trusts*, 2001, 333; Id., *Il libro degli eventi del trust*, in *Trusts*, 2000, 127 ss.; M. Dolzani, *Un trust azionario*, in *Trusts*, 2001, 479 ss.; A. Braun, *Trusts interni*, in *RDC*, 2000, 577 ss.; L. Salvatore, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile*, in *CI*, 2000, 644 ss.; G. Iudica, *Trust e stock option*, in *Trusts*, 2000, 511 ss.;

In estrema sintesi, il fondamento giuridico dei trust interni si ricava dalle norme della Convenzione sul “riconoscimento”, che non pongono alcuna limitazione soggettiva o oggettiva.

S. Cavanna, *L'omologazione dell'atto costitutivo di società di capitali*, Milano 1998, 741; P. Amati - P. Piccoli, *Trascritto un immobile in trust*, in *N*, 1999, 593 ss.; P. Piccoli - N. Raiti, *Atto di costituzione di trust*, in *Not.*, 1996, 269; P. Piccoli, *Il trust: questo (sempre meno) sconosciuto*, in *Not.*, 1996, 391 ss.; Id., *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, in *RN*, 1995, 66 ss.; U. Morello, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 97 ss.; Id., *Fiducia e negozio fiduciario: dalla riservatezza alla trasparenza*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 95 ss.; N. Lipari, *Fiducia statica e trusts*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 75; F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *CG*, 1999, 786 ss.; M. E. D'Orio, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *GC*, 1998, 239 ss.; R. Di Virgilio, *Appunti in materia di trusts*, in *VN*, 1997, 1077 ss.; R. Lener - G. B. Bisogni, *Omologa di prestito obbligazionario*, in *Soc*, 1997, 586 ss.; A. Moja, *Trusts interni e società di capitali: un primo caso*, in *GC*, 1998, 764 ss.; F. Steidl, *Prassi italiana in materia di pubblicità societaria*, in *Trusts*, 2000, 130 ss.; R. Luzzatto, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts*, 2000, 14 ss.; S. M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000, 145 ss.; A. Chizzini, *Revoca del trustee e legittimazione all'azione possessoria*, in *Trusts*, 2000, 47; S. Buttà, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2000, 557 ss.; A. Vicari, *Le proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts*, 629 ss.; A. Tonelli, *Affidamento di beni immobili e trascrizione*, in *Trusts*, 2000, 621 ss.; N. Canessa, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano*, Milano 2001, 3 ss. e 17 ss.; M. L. Mingrone, *Panorama della giurisprudenza italiana sui trusts*, in *Trusts*, 2001, 221 ss.; F. Maimeri, *Il trust nelle operazioni bancarie. La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trusts*, 2000, 329 ss.; Id., *Responsabilità del trustee di un finanziamento bancario*, in *Trusts*, 2000, 530; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di dir. civ. e comm. diretto da Cicu-Messineo*, Milano 1995, 637 ss.; Id., *Trasferimento di quote sociali al trustee: iscrizione nel registro delle imprese*, in *Trusts*, 2000, 225 ss.; Id., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *RDC*, 2002, 257 ss.; L.F. Rizzo-D. Muritano, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, Studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, in *CNN Notizie*, 22 febbraio 2006, *Trusts*, 2006, 459 e in questo stesso volume.

In senso invece contrario ai Trusts interni cfr.: M. C. Malaguti, *Il futuro del trust in Italia*, in *CI*, 1990, 997; G. Broggin, *Il trust nel diritto internazionale privato*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 22; D. Corapi, introduzione a Cheshire, *Il concetto del trust secondo la common law inglese*, Torino 1998 (ristampa anastatica dell'edizione originale del 1933); C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, in *VN*, 1998, 1323 ss.; R. Lenzi, *Operatività del trust in Italia*, in *RN*, 1995, 1381 ss.; L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *RN*, 1999, 296 ss.; E. Andreoli, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova 1998, 86 ss.; V. Salvatore, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996, 91 nt. 14 e 95 ss.; L. De Angelis, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *RDC*, 1999, 361; A. Saturno, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999; C. Girello, *Appunti di viaggio sulla strada del trust*, in *Soc*, 1998, 25; L. Zitiello, *Il trust e gli istituti corrispondenti nell'ordinamento italiano*, in *Soc*, 1995, 1033; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *RN*, 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 *RN*, 2001, 1247 ss.; Id., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *RN*, 2002, 1107; P. Schlesinger, *Una novella per il trust*, in *N*, 2001, 337; M. Nuzzo, *E luce fu sul regime fiscale del trust*, in *BBTC*, 2002, sp. 246 ss.; L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; Id., *Il trust in Italia*, Milano, 2004; R. Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004; R. Quadri, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004; F. Galluzzo, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione di beni allo scopo*, in *NGCC*, 2005, II, 85 ss.

Pur essendo la Convenzione essenzialmente internazionalprivatistica essa aderisce al criterio di libertà di scelta della legge regolatrice che costituisce una attuale tendenza del diritto internazionale privato.

D'altronde non si vede perché, aggiunge tale dottrina, un trust avente ad oggetto beni siti in Italia deve essere riconosciuto se istituito da uno straniero e non esserlo se istituito da un cittadino italiano.

Per quanto concerne le possibili obiezioni di ordine civilistico esse sono prive di pregio in quanto se fossero fondate comporterebbero il divieto di riconoscere qualunque trust e non solo quelli interni, con la conseguente inapplicabilità delle legge di ratifica della Convenzione, il che evidentemente non è ammissibile.

In particolare, l'obiezione relativa alla violazione dell'art. 2740 c.c. è ormai superata da parte della dottrina in quanto la sua eventuale violazione da un lato non comporta nullità del relativo atto ma solo l'inefficacia⁴, dall'altro comporta la sola applicazione dell'azione revocatoria ove ne ricorrono i presupposti e le condizioni. Ragionando diversamente, infatti, tutti gli atti di alienazione dovrebbero considerarsi in violazione dell'art. 2740 il che evidentemente non è. E se così non è per gli atti di alienazione a maggior ragione non è per gli atti che determinano la separazione patrimoniale, che costituiscono qualcosa di meno rispetto agli atti di alienazione⁵.

La Convenzione non è pertanto destinata a regolare "trust internazionali" o "trust stranieri", se con questa formula si intende riferire la scelta alla necessità della connessione fra legge straniera e cittadinanza o residenza del disponente o fra legge straniera e luogo ove sono situati i beni; la Convenzione dispone invece che un trust sia riconosciuto negli Stati contraenti alla sola condizione di essere stato costituito in conformità alle norme nella stessa previste.

Quindi un disponente italiano può istituire un trust regolato da una legge straniera da lui scelta, pur quando tutti gli elementi oggettivi di internazionalità fossero riferibili all'ordinamento italiano.

In questo lavoro non si discuteranno in modo approfondito le argomentazioni degli autori favorevoli o contrari al riconoscimento dei trust interni, essendo esso finalizzato a fornire una mera rassegna circa lo "stato dell'arte" in materia di trust in Italia.

Nel paragrafo 2 si indicheranno i settori di utilizzo dei trust ad oggi noti e le finalità perseguite con essi.

Nel paragrafo 3 si darà un quadro delle questioni tuttora aperte e di come esse sono state risolte nella prassi.

Nel paragrafo 4 si darà conto della posizione della giurisprudenza che finora si è occupata di questioni relative ai trust.

⁴ Cfr. C. Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, 159.

⁵ Cfr. A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo, Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, 29 ss.

2. I settori di utilizzo del trust

Indicare in maniera esaustiva i possibili settori di utilizzo del trust è impresa ardua, atteso che l'istituto è dotato di una flessibilità tale da potere essere utilizzato, in linea di principio, in qualsiasi settore del diritto.

Attualmente risulta che il trust sia stato utilizzato: per assicurare la destinazione di somme di danaro, con funzione di garanzia di obbligazioni pecuniarie; relativamente a beni di famiglia; per realizzare la gestione unitaria di posizioni giuridiche appartenenti a diversi soggetti; per la conservazione di beni.

Un'indagine completa è difficile anche perché molti trust, avendo ad oggetto beni o valori mobiliari, sono stati stipulati nella forma della scrittura privata non conservata agli atti del notaio autenticante o addirittura non autenticata, e quindi è difficile reperirli.

Qui di seguito, divisi per anno di stipula (decrescente), si riportano alcune delle più rilevanti fattispecie oggetto di atti di trust⁶.

Anno 2007

- Trust auto-dichiarato istituito al fine di rendere opponibile ai terzi l'intestazione fiduciaria di un bene immobile⁷.

Anno 2006

- Trust avente ad oggetto una somma di denaro che una banca è stata condannata a versare alla curatela di un fallimento ad esito di un'azione revocatoria, avente durata fino al passaggio in giudicato della sentenza o alla conclusione di una transazione tra le parti in causa.

- Trust istituito da un genitore in favore dei suoi due figli interdetti al fine di assicurare loro, per tutta la durata della loro vita, il mantenimento del tenore di vita attuale e la migliore cura ed assistenza, sia personale che medica⁸.

Anno 2005

- Trust avente inizialmente ad oggetto una somma di denaro, destinato ad assicurare il tenore di vita, la cura e l'assistenza personale, sociale e medica, di un soggetto particolarmente bisognoso di protezione.

- Trust avente ad oggetto una somma di denaro destinata all'acquisto della nuda proprietà superficaria di un immobile, da destinare successivamente ad un beneficiario (minorenne all'epoca dell'istituzione del trust), trascorsi diciotto anni dall'istituzione del trust.

- Trust autodichiarato istituito in sede di separazione consensuale tra coniugi, finalizzato ad attribuire un immobile alla figlia al compimento del trentesimo anno di età. È previsto che in caso di premorienza del beneficiario il bene "ritorni" al disponente.

- Trust avente ad oggetto un bene immobile ed una somma di denaro, destinati alla costruzione di un asilo nido comunale.

- Trust istituito al fine di acquistare, arredare e successivamente gestire un

⁶ La sintesi che segue è stata redatta – tra l'altro – sulla base di atti istitutivi di trust pubblicati nel sito web www.il-trust-in-italia.it.

⁷ Trattasi di atto istitutivo inedito, stipulato dallo scrivente.

⁸ Trattasi di atto istitutivo inedito, stipulato dallo scrivente.

immobile da destinare alle future esigenze di un soggetto.

- Trust avente ad oggetto la quota del capitale di una s.r.l. dotata del diritto di nominare la maggioranza degli amministratori; essa viene trasferita ad un trustee il quale con criteri di indipendenza ed imparzialità dovrà procedere alla nomina della maggioranza degli amministratori della società.

- Trust a mezzo del quale una società vincola una somma di danaro al fine di consentire un ordinato svolgimento della propria liquidazione ed evitare, se possibile, il fallimento.

Anno 2004

- Trust (regolato dalla legge inglese) in sede di concordato preventivo di una società per azioni, a mezzo del quale alcuni beni immobili vengono destinati all'alienazione al fine di utilizzare il ricavato per il pagamento dei creditori.

- Trust con il quale il disponente destina varie risorse patrimoniali in favore dei propri nipoti, figli del proprio fratello.

- Trust sottoposto alla legge inglese, nel quale due disponenti trasferiscono al trustee le loro quote di partecipazione in una s.r.l. e una somma di danaro al fine di garantire la professionalità nella gestione della società.

- Trust regolato dalla legge di Guernsey, dove i disponenti, trovandosi nella titolarità, per quote diverse, di alcuni cespiti, decidono di istituire un trust per non frammentare ulteriormente le proprietà e per impedire interferenze da parte di terzi. I disponenti possono successivamente incrementare i beni del trust. Trustee è una società estera. I beneficiari sono divisi in due categorie, i beneficiari del reddito, che sono i disponenti, e i beneficiari della distribuzione dei beni in trust (beneficiari finali).

Anno 2003

- Trust avente ad oggetto la cessione al trustee di tutti i crediti di natura fiscale maturati nel corso di una procedura fallimentare ed esigibili dopo la chiusura della stessa, dei quali il curatore non garantisce né l'esistenza né l'esigibilità. Beneficiari del trust sono i creditori ammessi al passivo del fallimento. Obiettivo del trust è quello di curare l'esazione dei crediti al fine di ottenere un ricavato maggiore di quello che si otterrebbe cedendoli a soggetti specializzati nel recupero di questo tipo di crediti.

- Previa autorizzazione del giudice tutelare, i genitori di un minore, legatario di una universalità di beni mobili, vincolano tali beni in trust fino al raggiungimento della maggiore età del legatario, nominando trustee l'esecutore testamentario.

- Trust istituito da una società allo scopo di segregare una somma corrispondente a quella per la quale la società ha prestato fideiussione a favore di una banca.

- Trust istituito da otto soci di una s.r.l., rappresentanti il 50% del capitale sociale, per attuare un patto parasociale già esistente "mediante uno strumento più appropriato e caratterizzato da una o più agevole formazione della volontà assembleare". Alla fine del trust le partecipazioni tornano ai disponenti e, in caso di loro morte ai loro eredi secondo un certo ordine.

- Trust di beni immobili che vengono trasferiti al trustee in unico contesto: l'atto istitutivo e il trasferimento immobiliare costituiscono due allegati di un atto

pubblico denominato “Negozio istitutivo di trust e negozio di sottoposizione al trust di beni immobili”. Il trust è sottoposto alla legge inglese e ha una durata di 50 anni. A ciascun beneficiario è attribuita una porzione individuata dei beni immobili, oggetto di tutela quali beni di interesse storico.

- Trust per la raccolta di somme da destinare alla promozione dell'attività sportiva di un pilota automobilistico fino alla Formula 1. Chiunque può versare somme al trustee per la suddetta finalità.

- Trust di beni immobili, che vengono trasferiti al trustee in unico contesto. La durata è di 15 anni. Si prevede un beneficiario principale, che è lo stesso disponente, e i beneficiari finali, che sono i suoi tre figli.

- Il disponente, debitore di due banche, trasferisce al trustee alcuni beni immobili, attribuendone il reddito alle banche creditrici fino all'estinzione dei loro crediti; beneficiari finali sono i figli del disponente. Il trustee è obbligato a vendere i beni in trust qualora il debito del disponente verso le banche non sia puntualmente onorato; le banche hanno diritto di vietare una compravendita se il prezzo non appare loro congruo.

Anno 2002

- Charitable trust, istituito in base alla legge inglese, per corrispondere una somma fissa a un ordine religioso, precisamente indicando a quale finalità esso deve destinare le somme che riceverà.

- Moderna forma di dote. Si tratta della trasformazione in trust di un fedecommesso ereditario del XVI secolo.

- Dichiarazione unilaterale di trust avente ad oggetto beni immobili. Finalità del trust è quella di provvedere al mantenimento e all'assistenza del fratello del disponente.

- Trust, sottoposto alla legge inglese, per provvedere alle necessità di un soggetto interdetto per tutta la sua vita. “Qualsiasi interessato anche moralmente” può agire affinché “sia dato adempimento allo scopo del trust”. Successivo acquisto di beni immobili da parte del trustee, impiegando le somme trasferitegli dal disponente.

- Trust della durata di 80 anni, sottoposto alla legge di Jersey, istituito dal disponente per “provvedere al sostentamento all'educazione ed alla istruzione dei suoi figli legittimi”.

Anno 2001

- Dichiarazione unilaterale di trust, sottoposta alla legge inglese, per dare esecuzione alla raccomandazione del padre della disponente di occuparsi del proprio fratello, in favore del quale essa vincola un bene immobile, che, alla morte del fratello, tornerà alla medesima e, qualora essa non sia più in vita, al marito e ai figli.

- Trasferimento a due trustees della quota indivisa del disponente su una massa ereditaria oggetto di controversia giudiziaria e indicazione dei figli delle figlie quali beneficiari finali.

Anno 2000

- Destinazione, per mezzo di trust, delle somme raccolte e di quelle che il trustee raccoglierà, per l'istituzione di una cattedra universitaria.

- Lettera scritta da un dottore commercialista ad un suo cliente per dargli atto di aver impiegato le somme da questi rimessesgli per costituire e capitalizzare una società all'estero che ha acquistato beni immobili, e per vincolare in trust le azioni intestate al dottore commercialista.

- Atto in lingua inglese recante dichiarazione unilaterale di un trust "charitable" regolato dal diritto inglese.

- Attuazione, da parte del disponente, delle raccomandazioni del proprio padre in favore di nipoti rimasti orfani. Trust sottoposto al diritto inglese fino al raggiungimento del trentacinquesimo anno di età da parte dei nipoti. Clausola di decadenza dei beneficiari dei loro diritti qualora avanzino pretese riguardanti l'eredità del nonno. Obbligo del trustee di gestire le partecipazioni societarie incluse fra i beni in trust "in sintonia con le indicazioni espresse dal membro della famiglia che riveste la principale carica amministrativa".

- Atto istitutivo di trust, sottoposto alla legge inglese, con trasferimento di beni immobili al trustee. I disponenti sono due fratelli, i quali intendono prevenire "conflitti e motivi di dissenso" e destinare gli immobili alla loro discendenza.

- Una coppia di coniugi e i loro tre figli vincolano in trust i rispettivi beni fino a quando almeno uno di essi sia in vita e comunque per non meno di 50 anni.

- Trust sottoposto alla legge di Jersey, avente per oggetto strumenti finanziari, che il trustee deve affidare in gestione a strutture specializzate, accumulando il reddito fino al matrimonio del beneficiario o il compimento del trentesimo anno di età. Facoltà di impiegare i beni in trust per acquistare un immobile da adibire ad abitazione del beneficiario. Cessato il periodo della accumulazione, il trustee versa al beneficiario un somma già determinata.

Anno 1998

- Trust con il quale il disponente vincola alcuni beni immobili affinché "i beneficiari possano, per il periodo di anni 20, godere dei frutti del fondo e abitare nell'edificio".

- Trust regolato dalla legge di Cipro, del quale è trustee una società fiduciaria italiana, con durata fino alla morte dei due fratelli disponenti. Ciascun disponente può modificare i beneficiari appartenenti alla sua stirpe. Il trustee deve mirare "al progressivo inserimento nelle società controllate dal trust dei discendenti dei disponenti che si rivelino idonei".

- Trust sottoposto alla legge di Jersey per la durata di 100 anni che comprende il "patrimonio storico" di una antica famiglia con un'articolata indicazione dei beneficiari del reddito, inizialmente privilegiando un figlio bisognoso di cure, e poi i discendenti di sesso maschile.

- Esecuzione di obbligazione naturale da parte di chi, avendo convinto una signora a lasciare il proprio impiego per assisterlo moralmente e con la propria compagna, la istituisce beneficiaria di un trust che dura fino alla morte del disponente ed è regolato dalla legge inglese.

Anno 1997

- Scrittura privata depositata presso un notaio, recante il trasferimento al trustee delle partecipazioni del disponente in società nelle quali egli non può essere

interessato perché dipendente del servizio sanitario nazionale. Previsione di revoca del trust, retto dalla legge di Jersey, qualora cessi lo stato di incompatibilità.

- In sede di compravendita di un immobile, gravato da ipoteche, e oggetto di espropriazione immobiliare, l'acquirente vincola il prezzo di acquisto in trust.

- Un esecutore testamentario, dovendo alienare un immobile prima che sia stata liquidata l'imposta di successione, vincola in trust una somma concordata con l'acquirente come ampiamente sufficiente per assolvere l'imposta e si obbliga a tenerlo informato sulla relativa procedura.

Chiaramente, la struttura degli atti istitutivi sopra brevemente descritti non è identica, sebbene in alcuni casi simile. Inoltre in ogni atto vi sono clausole specifiche, confezionate in relazione ai diversi interessi da realizzare.

3. Le questioni discusse

Non si può negare come i problemi da risolvere siano numerosi, sul piano teorico e sul piano della prassi applicativa.

Sotto il primo profilo occorre rilevare come la presenza di una norma come l'art. 15 Conv., che fa salve tutta una serie di disposizioni dell'ordinamento italiano, può determinare seri limiti di applicabilità dell'istituto⁹.

Sul piano della prassi applicativa le incertezze riguardano anzitutto la pubblicità e l'opponibilità ai terzi degli effetti del trust, nonché, soprattutto, gli aspetti tributari, sia per ciò che concerne le imposte indirette che quelle dirette.

Nonostante la recente introduzione di norme che si propongono di disciplinare la materia, che verranno brevemente analizzate nel par. 3.4, l'interpretazione appare ancora incerta, e le recenti prese di posizione dell'Amministrazione Finanziaria, ove confermate, potrebbero costituire un rilevante ostacolo alla diffusione dei trust interni.

3.1. Riconoscimento del trust

La questione della riconoscibilità del trust è, evidentemente, la più importante, essendo la necessaria premessa ad ogni ulteriore discorso sull'applicabilità dell'istituto in Italia.

Nel paragrafo 1 si è già accennato al fatto che la questione, con riferimento al trust c.d. internazionale, non dovrebbe porsi. Ciò alla luce delle finalità della Convenzione dell'Aja, emanata proprio al fine di consentire, nei paesi "non-

⁹ Art. 15. - La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme sul conflitto di leggi quando per un atto volontario non possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie:

a) protezione dei minori e degli incapaci;

b) effetti personali e patrimoniali del matrimonio;

c) testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria;

d) trasferimento della proprietà e le garanzie reali;

e) protezione dei creditori in caso di insolvenza;

f) protezione dei terzi in buona fede.

Qualora le disposizioni del precedente paragrafi siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici.

trust” come l’Italia, la produzione di effetti ai trust regolati da una legge straniera ma aventi elementi di internazionalità ulteriori (es. uno dei soggetti).

Il problema è discusso riguardo al trust interno, soprattutto per i riflessi sul piano della responsabilità professionale e disciplinare del notaio che riceva o autentichi relativi atti istitutivi¹⁰.

Come si è già riferito, la dottrina prevalente è favorevole alla riconoscibilità del trust interno, mentre la giurisprudenza, come si vedrà più oltre, si è occupata *ex professo* del problema due volte, risolvendolo nel senso della piena legittimità. Esistono inoltre una serie di pronunce, che più avanti vedremo, che si sono occupate del problema in modo implicito, al fine di risolvere la questione principale oggetto del giudizio, che quasi tutte hanno ammesso la riconoscibilità del trust interno.

È da segnalare come secondo taluno costituisca argomento contrario alla riconoscibilità del trust interno la mancanza di una pronuncia della Corte di Cassazione.

Tale argomentazione pare priva di pregio, anche in considerazione del ruolo svolto dal nostro ordinamento dalle pronunce della Corte di Cassazione, non di rado contrastanti tra loro¹¹.

Peraltro la pronuncia della Corte di Cassazione è infine arrivata¹². Si tratta di una pronuncia emessa in sede di reclamo avverso decreti di sequestro preventivo penale di beni in trust¹³. La vicenda decisa aveva ad oggetto l’istituzione di tre trust in data immediatamente successiva alla pronuncia di un lodo arbitrale che condannava i disponenti all’esecuzione specifica dell’obbligo di trasferire delle partecipazioni sociali. Sia i giudici per le indagini preliminari dei Tribunali di Torino e Grosseto, sia il Tribunale di Torino in sede di riesame, sia la Corte di Cassazione hanno confermato il provvedimento di sequestro preventivo dei beni in trust premettendo che l’istituzione di trust c.d. interni è consentita ma osservando che in ogni caso essa non può essere strumento di elusione o comunque violazione di norme imperative dell’ordinamento interno, nella specie quelle a tutela dei diritti dei creditori.

¹⁰ È comunque da ricordare come in tema di responsabilità del notaio per violazione dell’art. 28 della legge notarile la posizione più diffusa è quella secondo cui la nullità dell’atto deve essere “inequivoca”. Per la giurisprudenza cfr. Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Not.*, 1998, 7, con nota di E. Briganti; Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in *RN*, 1998, 493; *RN*, 1998, 704; *VN* 1998, 1743; Cass. 4 maggio 1998, n. 4441, in *RN*, 1998, 717; Cass. 4 novembre 1998, n. 11071, in *RN*, 1999, 1014; Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, in *RN*, 2001, 892.

Sulla responsabilità del notaio in materia di ricevimento o autenticazione di atti istitutivi di trust cfr. i contributi di L. Luzzatto, G. De Nova, G. F. Condò, M. Lupoi, A. Fusaro, L.F. Rizzo, M. Maltoni, in *Trusts*, rispettivamente 2000, 473, 475, 478, 484; 2001, 333; 2002, 31.

¹¹ È quasi superfluo ricordare che nel nostro ordinamento non è codificato il principio dello “*stare decisis*” proprio degli ordinamenti anglosassoni. Sulla questione, tuttavia cfr. F. Galgano, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *CI*, 2004, 1 ss.

¹² Cass. pen. sez. VI, 18 settembre 2004, reperibile sul sito www.il-trust-in-italia.it. Sul caso di cui alla sentenza cfr. M. Lupoi, *La reazione dell’ordinamento di fronte ai trust interni*, in *Trusts*, 2005, 333.

¹³ Trattasi di GIP Trib. Torino, 19 gennaio 2004, in *Trusts*, 2005, 412; GIP Trib. Grosseto, 6 febbraio 2004, in *Trusts*, 2005, 416; Trib. Torino, Sez. Riesame, 9 febbraio 2004, in *Trusts*, 2005, 414.

Il caso dimostra come chi si illude di potere utilizzare il trust per frodare i creditori probabilmente non ha ben compreso la “filosofia” che sta alla base di tale istituto. Giova ricordare, in proposito, che proprio nell’ordinamento inglese l’azione revocatoria non è soggetta ad alcun termine di prescrizione¹⁴.

3.2. Riconoscimento del trust auto-dichiarato

La figura del trust c.d. autodichiarato è quella che probabilmente determina i maggiori problemi.

Un’interpretazione letterale dell’art. 2 Conv., nella traduzione italiana, sembrerebbe escludere questa figura dal suo campo applicativo, richiedendo che disponente e trustee siano soggetti diversi.

La dottrina che si è occupata inizialmente del problema, aveva invece ritenuto ricompreso il trust autodichiarato nell’ambito applicativo della Convenzione, ma senza approfondire più di tanto la questione.

Uno specifico studio sulla questione, recentemente pubblicato, conclude, sulla base dell’esame dei lavori preparatori della Convenzione, nonché di altri argomenti, per la ricomprensione nell’ambito applicativo della Convenzione anche dei trust aventi tale struttura¹⁵.

3.3. La pubblicità e l’opponibilità ai terzi della segregazione

Il tema della pubblicità ha coinvolto e coinvolge, se non altro dal punto di vista numerico, i trust aventi ad oggetto beni immobili¹⁶.

In estrema sintesi la questione concerne l’interpretazione ed applicazione nel nostro ordinamento dell’art. 12 Conv.¹⁷.

Sull’interpretazione di questa norma il dibattito dottrinale è stato molto acceso¹⁸ e sembra ormai prevalere la tesi della trascrivibilità, anche alla luce dell’introduzione del nostro ordinamento dell’art. 2645-ter c.c.

È da notare, tuttavia, che la dottrina che è favorevole alla trascrivibilità dei trust aventi ad oggetto beni immobili precisa che ai fini dell’opponibilità ai terzi della segregazione non rileva la trascrizione *di per sé*, in quanto l’effetto (della segregazione) deriverebbe direttamente dalla legge, cioè dalla Convenzione e pertanto l’eventuale trascrizione avrebbe natura di pubblicità-notizia.

Ciò si ricava proprio dall’esame dell’art. 12 Conv. il quale parla di “*facoltà di richiedere la iscrizione nella qualità di trustee*”.

In sostanza il trustee potrebbe scegliere tra trascrivere il proprio acquisto

¹⁴ Insolvency Act 1986, s. 423.

¹⁵ Cfr. S. Bartoli, *Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L’Aja sui trust*, in *Trusts*, 2005, 355. Tale studio, con alcuni aggiornamenti è presente anche in questo volume.

¹⁶ I trust iscritti nel registro delle imprese e nel pubblico registro automobilistico sono pochi, a quanto consta.

¹⁷ Art. 12 - *Il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l’iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l’esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa.*

¹⁸ Cfr. gli autori citati alla nt. 3.

come se fosse un proprietario normale oppure trascrivere in qualità di trustee¹⁹.

Nel primo caso il problema dell'opponibilità della qualità di trustee si risolverebbe in maniera empirica.

Nel secondo caso, l'indicazione della qualità di trustee nel quadro "D" rivelerebbe l'esistenza del trust e renderebbe operative le norme della Convenzione, ed in particolare l'art. 11 (che stabilisce l'obbligo di riconoscere il trust e i suoi effetti).

Diversamente, nel caso di vendita a favore del trustee, questi potrebbe intervenire in atto senza rivelare detta sua qualità, così che la trascrizione non richiederebbe alcuna indicazione in merito.

Nella prassi delle Conservatorie dei Registri Immobiliari si riscontrano numerosi esempi di trascrizione, sia di atti istitutivi di trust con trasferimento di immobili al trustee, sia di acquisti in favore del trustee, sia di trust autodichiarati²⁰.

In molti casi le trascrizioni erano state eseguite con riserva ai sensi dell'art. 2674-bis, riserva successivamente cancellata dal Tribunale.

La questione, come si diceva, potrebbe avere trovato definitiva soluzione a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c.

Rinviando per l'analisi di detta norma ai numerosi contributi già pubblicati²¹ può rilevarsi come, interno o straniero che sia il trust, la legittimità della trascrizione potrebbe oggi ritenersi fondata o solo sull'art. 2645-ter che consentirebbe quindi la trascrizione, non essendo sufficiente argomentare ai sensi dell'art. 12 della Convenzione ovvero anche sull'art. 12 della Convenzione, per cui l'art. 2645-ter costituirebbe null'altro che la conferma della trascrivibilità di un trust²².

¹⁹ La norma parla di "facoltà" e non di "obbligo" perché in alcuni Paesi la legge espressamente vieta di rivelare l'esistenza del trust.

²⁰ Le relative note di trascrizione sono reperibili sul sito web www.il-trust-in-italia.it

²¹ Cfr. almeno Schlesinger, *Atti istitutivi di vincoli di destinazione. Riflessioni introduttive*, testo dattiloscritto della relazione agli atti del convegno organizzato da Paradigma a Milano il 22 maggio 2006; Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165 ss.; Petrelli, *La trascrizione degli atti destinazione*, in *RDC*, 2006, II, 161 ss.; Fanticini, *L'articolo 2645-ter del codice civile: "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"*, in *Aa. Vv., La tutela dei patrimoni, a cura di Montefameglio, Santarcangelo di Romagna*, 2006, 327 ss.; M. Bianca, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 187 ss.; Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645-ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *CM*, 2006, 697 ss.; M. Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *RN*, 2006, 1175; Franco, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Not.*, 2006, 315 ss.; Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts*, 2006, 169 ss.

²² Va precisato che quando si parla genericamente di trascrizione del trust il riferimento è al negozio traslativo dei beni dal disponente al trustee e non al negozio istitutivo. La precisazione è importante perché se è vero che la distinzione tra negozio istitutivo e negozio traslativo spesso si perde sul piano pratico, essendo spesso i due negozi contenuti in un unico documento, è altresì vero che essa rileva sul piano della legge applicabile al negozio traslativo, che è quella del foro e non quella regolatrice del trust, come è confermato dall'art. 4 della Convenzione, che stabilisce che la stessa non si applica alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee.

L'introduzione della nuova norma, infatti, non consentirebbe più di affermare che la trascrizione del negozio di destinazione di beni – tale è, in definitiva, il trust – sia incompatibile o vietata dall'ordinamento italiano.

L'una o l'altra posizione potrebbero assumersi a seconda che si escluda oppure – in linea con la tesi dominante – si ammetta la natura di norma self-executing dell'art. 12 della Convenzione.

3.4. Il trattamento tributario nelle imposte indirette e nelle imposte dirette

3.4.1. I profili tributari del trust hanno una rilevanza essenziale nella prospettiva di una sua più ampia diffusione²³.

L'Amministrazione Finanziaria si è pronunciata, in materia di imposte indirette, una prima volta, con una delibera del Secit del 1998, che però aveva travisato completamente la struttura dell'istituto ed è finita nel dimenticatoio.

Di notevole importanza è, invece, la risposta ad interpello della Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell'Agenzia delle Entrate del 28 settembre 2004²⁴.

Essa concerne il trattamento tributario del trust sia nell'ambito delle imposte indirette che di quelle dirette.

Quanto alle imposte indirette, l'Agenzia afferma che l'atto istitutivo del trust è soggetto all'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (testo unico delle disposizioni in materia di imposta di registro), in quanto stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Quanto al trattamento tributario dell'atto di trasferimento dal disponente al trustee dei beni in trust (che l'Agenzia definisce “conferimento”), nel caso di specie un complesso immobiliare, l'Agenzia conclude per l'applicazione dell'aliquota residuale del 3%, ai sensi dell'art. 9 della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (testo unico delle disposizioni in materia di imposta di registro) trattandosi di atto avente contenuto patrimoniale²⁵.

Risultano anche pubblicate altre risposte ad interPELLI, riguardanti tuttavia le sole imposte dirette²⁶.

²³ Sul tema cfr. A. Salvati, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004.

²⁴ Reperibile sul sito web www.il-trust-in-italia.it.

²⁵ In senso analogo si esprime la Direzione Regionale delle Entrate dell'Emilia Romagna nella risposta ad interpello resa il 2 novembre 2005, reperibile nel sito www.il-trust-in-italia.it

²⁶ Cfr. ad es. risposta del 24 settembre 2002, prot. 2002/150208, all'interpello di un contribuente da parte dell'Agenzia delle Entrate-Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, reperibile nel sito web www.il-trust-in-italia.it, nella quale con riferimento al trust interno si afferma tra l'altro: “*Si ritiene, conformemente all'orientamento della più recente giurisprudenza e della dottrina prevalente, che il citato art.13 non preveda un divieto di riconoscimento. L'art.6, infatti, che prevede che “il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente”, non sottopone la scelta di quest'ultima ad alcun limite, nel rispetto della più ampia autonomia delle parti. Per quanto di interesse, si ritiene che la “riconoscibilità” dei trusts debba effettuarsi non in astratto, considerando anzitutto la loro natura “domestica” o meno, bensì caso per caso, tenuto conto del limite espressamente previsto dall'art. 15 della Convenzione, ossia il rispetto delle norme imperative e dei principii inderogabili dell'ordinamento giuridico.*”

Per quanto riguarda la dottrina i contributi sono molto numerosi, anche se prevalentemente si riferiscono alla tassazione, nelle imposte indirette, dei trust c.d. liberali o di famiglia.

Sono stati anche pubblicati due studi della Commissione Studi Tributari del Consiglio Nazionale del Notariato, uno specifico in materia di trust ed un altro in materia di negozio fiduciario in genere²⁷.

Nel merito della questione può dirsi che la configurazione del trasferimento dei beni dal disponente al trustee quale donazione, sia problema ormai ampiamente superato.

È evidente che se si ragiona in termini di donazione (nel qualificare l'atto di disposizione dal disponente al trustee), si incorre in un grave errore concettuale, ponendo sullo stesso piano gli atti a titolo gratuito e gli atti liberali.

Questa distinzione è molto netta nel diritto tributario: infatti, se, da un lato, il legislatore tributario ha previsto una serie di atti a titolo gratuito che non costituiscono donazione (es. le destinazioni di beni a finalità extraimprenditoriali), dall'altro, la donazione, dal punto di vista impositivo, richiede la presenza di un requisito ulteriore: che l'atto attributivo, oltre all'impoverimento del donante ed al contestuale arricchimento del donatario, sia dotato dei requisiti della definitività, espressione di una capacità contributiva attuale ed effettiva.

Ove invece si configuri un definitivo arricchimento del trustee probabilmente non si può neanche parlare di trust.

La tassazione dei trust liberali si individua, concretamente sulla base degli effetti che si verificano nella sfera giuridica del beneficiario.

Ricostruendo unitariamente la vicenda giuridica nascente dall'istituzione del trust liberale si vede come l'operazione posta in essere tramite il trust conduce ad individuare nell'attribuzione dei diritti al beneficiario da parte del disponente, mediati dall'azione del trustee, una donazione indiretta nei riguardi del beneficiario stesso.

Valutando l'operazione atomisticamente avremmo da un lato il trustee che riceve un diritto dal disponente. In sé e per sé questo atto è da ritenersi, per così dire, neutro, in quanto a fronte del depauperamento del disponente non si è realizzato alcun arricchimento di altro soggetto.

Dall'altro il beneficiario riceverà (o riceve subito) diritti o genericamente "vantaggi" dal trustee.

Quindi l'atto dispositivo del trustee non è una donazione, in quanto sebbene il bene giuridicamente fuoriesca dal patrimonio del disponente-donante, non si verifica, in quel momento, arricchimento di alcun soggetto.

L'arricchimento si verifica tuttavia, *indirettamente*, nel momento in cui,

²⁷ Cfr. Studio n. 80/2003/T, approvato dalla Commissione Studi Tributari del Consiglio Nazionale del Notariato in data 21 novembre 2003, in materia di "Trust e imposte indirette" e Studio n. 86/2003/T, approvato dalla Commissione Studi Tributari del Consiglio Nazionale del Notariato in data 26 marzo 2004 e dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 6 maggio 2004, in materia di "Negozio fiduciario e imposte indirette", studi entrambi estesi da C. Brunelli.

successivamente all'istituzione del trust il beneficiario acquista i diritti o gode dei vantaggi che ne derivano.

Sotto il profilo tributario quindi, nei trust liberali il trasferimento al trustee dovrebbe scontare l'imposta in misura fissa ai sensi dell'art. 11 della tariffa allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, ed il successivo trasferimento dal trustee ai beneficiari non dovrebbe scontare nessuna imposta, se il rapporto tra disponente e beneficiari sia di coniugio o parentela in linea retta ovvero l'imposta di registro in caso contrario e sempre che il valore di quanto trasferito superi l'importo stabilito dalla legge.

Occorre comunque tenere presente che la ricostruzione di cui sopra è generalmente accettata per i trust c.d. liberali, come già prima detto, e che pertanto non può parlarsi di trattamento tributario del trust in generale, dovendosi valutare caso per caso la concreta tipologia dell'operazione posta in essere.

Si pensi ai trust c.d. solutori, che secondo la dottrina vanno tassati con l'imposta di registro in misura proporzionale ai sensi dell'art. 9 della tariffa allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131. In tali tipi di trust vi è un rapporto obbligatorio tra disponente e beneficiario, per cui il trasferimento dei beni dal trustee ai beneficiari sconta l'aliquota del 3%. Peraltro occorre precisare come in questo caso il presupposto impositivo non riguarda il trust in quanto tale ma l'adempimento di una comune obbligazione civilistica rispetto alla quale il trust costituisce solo lo strumento.

In altri termini anche in questi tipi di trust il trasferimento dei beni dal disponente al trustee sconta l'imposta di registro in misura fissa, solo che, diversamente dai trust c.d. liberali, il successivo trasferimento, non trattandosi di operazione ricostruibile come donazione indiretta sarà tassato sulla base dell'art. 9 sopra citato.

Per quanto riguarda il trust autodichiarato il problema tributario è facilmente risolvibile, non determinando tale operazione alcun trasferimento del diritto di proprietà.

Dal punto di vista della pratica professionale è da osservare come la ricostruzione sopra riportata non è accettata da molti uffici, i quali, in assenza di indicazioni provenienti "dall'alto" adottano interpretazioni autonome, che spesso impediscono la stipula di atti istitutivi, specialmente immobiliari, a causa dell'onerosità della tassazione pretesa.

La vicenda del trattamento tributario della tassazione dei trust, ed in particolare degli atti traslativi di beni dal disponente al trustee, sembrerebbe ricevere soluzione definitiva a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni nella l. 24 novembre 2006, n. 286.

Il decreto, nell'istituire l'imposta sulle successioni e donazioni, prevede espressamente la tassazione, con l'imposta di donazione, degli "atti costitutivi di vincoli di destinazione".

Il punto rilevante è capire se, così come riconosciuto dalla dottrina prevalente e dalla rara giurisprudenza, l'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee sia sottoposto all'imposta in misura fissa ovvero debba scon-

tare la neo-istituita imposta di donazione.

Sul punto non constano ancora prese di posizioni ufficiali da parte dell'Agenzia delle Entrate; tuttavia nel convegno "Telefisco 2007", organizzato da Il Sole 24 Ore e tenutosi il 30 gennaio 2007, i rappresentanti dell'Agenzia delle Entrate hanno sorprendentemente affermato che, a seguito dell'introduzione della nuova imposta, detto trasferimento debba scontare l'imposizione in misura proporzionale.

Le affermazioni dell'Agenzia sono fortemente censurabili per diversi motivi.

Anzitutto perché il prelievo tributario verrebbe irrazionalmente ad essere oggetto di aliquote diversificate a seconda del rapporto di parentela che intercorre tra il trustee e il disponente. Ciò, per tacere d'altro, non è coerente con la natura giuridica del trustee, titolare di un ufficio di diritto privato²⁸.

In secondo luogo perché comporta una tassazione in assenza di capacità contributiva, in quanto il patrimonio del trustee non si arricchisce di certo (la proprietà del trustee è una proprietà "destinata" a terzi).

Ancora, la tassazione di tale trasferimento e del successivo trasferimento ai beneficiari realizza indubbiamente una duplicazione di tassazione a fronte di una vicenda che è sostanzialmente unitaria.

È evidente che, ove tale posizione dell'Agenzia delle Entrate ricevesse il crisma dell'ufficialità, l'utilizzazione del trust (e del negozio di destinazione ex art. 2645-ter c.c.) con trasferimento di beni sarebbe così penalizzante sul piano tributario da scoraggiare i cittadini dal farvi ricorso.

3.4.2. – Per ciò che concerne le imposte dirette l'art. 1, commi 74, 75 e 76 della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007) introduce una disciplina di tassazione dei redditi nascenti dal trust attraverso una modifica degli artt. 44 e 73 del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte dirette).

L'art. 73 del TUIR anzitutto attrae nell'ambito dell'imposizione sul reddito delle società (IRES), i trust residenti e non residenti nel territorio dello Stato, che abbiano o non abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

In secondo luogo prevede, al comma 2, che nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali.

²⁸ Per rendersi conto dell'insostenibilità della tesi dell'Agenzia delle Entrate si ipotizzi che l'ordinamento italiano preveda che i beni dell'incapace, per potere essere amministrati dal suo rappresentante debbano essere a costui trasferiti. È immaginabile che detto atto sia manifestazione di capacità contributiva in capo al rappresentante dell'incapace? Chiusure risponderebbe negativamente (ma non, forse, l'Agenzia delle Entrate ...). Il trasferimento dei beni al trustee di un trust è fattispecie del tutto simile a quella appena descritta. E non occorre aggiungere altro.

Infine, il comma 3, individua i criteri in forza dei quali un trust si considera residente nel territorio dello Stato.

Viene inoltre modificato l'art. 44, comma 1 del TUIR, che alla lettera g-sexies definisce redditi di capitale anche i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell'articolo 73, comma 2, anche se non residenti.

Il trust infine, per effetto della modifica apportata all'art. 13 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, diviene soggetto obbligato alla tenuta delle scritture contabili sia che abbia sia che non abbia per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

3.5. Trust e diritto di famiglia

Dei rapporti tra trust e diritto di famiglia si può parlare con riferimento alla dote²⁹, alle convenzioni matrimoniali, al regime patrimoniale, al fondo patrimoniale, alla crisi coniugale e alla famiglia di fatto.

Può fornirsi qualche indicazione in merito ai possibili ostacoli (al di là, naturalmente, del problema della riconoscibilità del trust interno) all'utilizzazione del trust in tali ambiti.

Riguardo alla *dote* il ricorso al trust potrebbe dar luogo ad apporti patrimoniali di provenienza di un coniuge (o della sua famiglia), nella veste di costituente, in favore dell'altro (nella veste di trustee), con conferimento del potere di amministrazione esclusivo in capo a quest'ultimo, con vincolo di utilizzo e destinazione al sostenimento dei bisogni della famiglia, con divieto di alienazione dei cespiti "segregati" ed obbligo di restituzione per il caso di separazione legale o scioglimento del vincolo matrimoniale. Si potrebbero quindi porre in essere attribuzioni patrimoniali caratterizzate dalla presenza di tutti quei connotati caratteristici della dote che la dottrina ha individuato³⁰. In questa fattispecie appare difficilmente contestabile l'operatività, anche in relazione al trust interno, dell'art. 166-bis c.c., proprio per effetto del rinvio di cui all'art. 15 Conv. alle disposizioni inderogabili relative agli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, tra le quali dovrebbe rientrare anche l'art. 166-bis c.c.

Con riferimento alle *convenzioni matrimoniali* si pone il problema della compatibilità tra trust e artt. 160 e 161 c.c..

Riguardo alla prima norma occorre solo ricordare che essa riguarda i diritti e i doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio ed è norma il cui ambito applicativo non è limitato alle "convenzioni", per cui essa dovrebbe estendersi anche ai trust autodichiarati.

Riguardo alla seconda norma, essa stabilisce che "*Gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto od in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devo-*

²⁹ V. in proposito il caso citato al par. 2.

³⁰ Si realizzerebbero gli effetti - vietati - della dote, tutte le volte in cui si stipulassero convenzioni che attribuissero ad un coniuge una posizione di supremazia rispetto all'altro, conferendogli il potere di amministrare e gestire beni nei confronti dei quali egli non vanti alcun diritto reale. Cfr. A e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, III, Milano, 1988, 790.

no enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti”.

Ciò vuol dire che nel caso in cui i coniugi intendano regolare i loro rapporti patrimoniali tramite un trust (regolato necessariamente da una legge straniera), dovrebbero riportare per esteso nell'atto costitutivo del trust le disposizioni della legge straniera richiamata. Tale requisito formale andrebbe peraltro osservato nelle sole ipotesi di trusts che vedessero quale costituente uno dei coniugi e quale trustee l'altro, dal momento che l'art. 161 c.c. colpisce solo atti qualificabili alla stregua di “patti”, con esclusione quindi dei trust autodichiarati.

Ulteriore problema riguarda la possibile applicazione al trust tramite il quale i coniugi intendano regolare i loro rapporti patrimoniali, degli articoli da 162 a 166 c.c. e quindi, in particolare, se detto trust possa essere o meno considerato come “convenzione matrimoniale”, con tutto ciò che ne consegue in tema di forma, pubblicità, simulazione, capacità.

Altri problemi possono sorgere riguardo ai rapporti tra trust e disposizioni inderogabili in tema di regime patrimoniale legale, soprattutto con riferimento a quelle riguardanti l'amministrazione, la titolarità e l'uguaglianza delle quote.

Riguardo al *fondo patrimoniale* in realtà non si pongono problemi di compatibilità, evidenziandosi esclusivamente i vantaggi del ricorso al trust³¹.

Per quanto concerne l'utilizzo del trust nel corso della *crisi coniugale* si è affermato che esso potrebbe costituire uno strumento di utile sia in un momento antecedente l'inizio del procedimento di separazione o divorzio, sia successivamente, una volta che la volontà delle parti (in sede consensuale) o la determinazione del giudice (in sede contenziosa) abbiano imposto un contributo di mantenimento o un assegno a carico di un coniuge. Al riguardo, l'effetto segregativo proprio del trust consentirebbe di opporre il vincolo ai creditori del disponente, così garantendo il pagamento delle prestazioni periodiche in favore del coniuge e/o alla prole anche di contro a possibili azioni esecutive di terzi (fatte salve, ovviamente, possibili domande revocatorie).

La stipulazione di un trust in questi casi potrebbe giovare anche del favorevole trattamento fiscale, trattandosi di atto che ricadrebbe comunque, ove relativo ad un procedimento di separazione o divorzio, sotto il disposto dell'art. 19 l. div., esteso, come noto, dalla Corte costituzionale alla separazione personale.

Si segnalano, su questo specifico tema, alcuni trust autodichiarati istituiti in sede di separazione consensuale tra coniugi, dei quali si dirà oltre.

Infine, con riferimento alla *famiglia di fatto* si è ipotizzato il caso dell'uomo che intenda provvedere alla propria compagna non abbiente, senza tuttavia fare danno alla propria famiglia legittima e, al tempo stesso, commisurando le elargizioni alle effettive necessità della convivente: il ricorso al trust sarebbe qui consigliato di fronte alla constatazione secondo cui nessun negozio conosciuto nel nostro ordinamento sarebbe in grado di assicurare tali fina-

³¹ Cfr. D. Cenni, *Trust e fondo patrimoniale*, in *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, a cura di M. Dogliotti e A. Braun, Milano, 2003, 111 ss.; L. Rovelli, *I limiti del fondo patrimoniale*, ivi, 103 ss.

lità. Qui il problema è costituito dal fatto che ogni attribuzione effettuata (direttamente come indirettamente) alla convivente andrà a diminuire il patrimonio del disponente, così riducendo le aspettative dei futuri eredi legittimi.

3.6. *Trust e beneficiari incapaci*

L'utilizzazione del trust quale strumento idoneo a realizzare la tutela di beneficiari incapaci è molto frequente, vista l'inefficienza di istituti quali l'interdizione e l'inabilitazione, dei quali da più parti si domanda ormai l'abolizione³².

In questi casi si discute se il trustee di un trust (estero ovvero interno) avente quale beneficiario un minore o un incapace di cittadinanza italiana (sia o meno detto trustee il legale rappresentante del beneficiario) debba o meno soggiacere, nel compimento di atti di straordinaria amministrazione di beni in trust posti in Italia, al regime autorizzatorio previsto dalle norme in materia di tutela degli incapaci. Ciò in quanto in tali casi il trustee, pur amministrando beni di cui è proprietario, svolge tale compito nell'interesse di un soggetto incapace.

Prima dell'entrata in vigore della Convenzione la questione era stata affrontata dal Tribunale di Casale Monferrato³³ che, dopo aver assimilato l'istituto del trust al negozio fiduciario³⁴, escluse la competenza del giudice italiano ad emettere il provvedimento autorizzativo richiesto, poiché il trustee doveva ritenersi proprietario a tutti gli effetti dei beni in questione³⁵.

Successivamente all'entrata in vigore della Convenzione, un parte della dottrina che si è occupata della questione ha ritenuto che le autorizzazioni in esame

³² Un tentativo in tal senso è stato fatto con la recente legge sull'amministrazione di sostegno (legge 9 gennaio 2004, n. 6).

³³ Trib. Casale Monferrato decr. 13 aprile 1984, in *RN*, 1985, 240 ss. e ripubblicata in *Trusts*, 2003, 93. È utile riportare la fattispecie oggetto della pronuncia: una cittadina inglese morta in Australia aveva istituito un trust *for sale* testamentario conforme al diritto del suo Paese, includente beni siti anche in Italia e recante nomina di un *executor trustee* australiano; quest'ultimo era stato incaricato di amministrare e vendere i beni oggetto del trust nel momento ritenuto opportuno, investendo il ricavato in attesa della maggiore età dei beneficiari (i due figli della *de cuius*, pur essi di cittadinanza inglese) e ripartendo detto ricavato fra costoro una volta maggiorenni; il trustee, avendo deciso di vendere un immobile sito in Italia, aveva adito (tramite un avvocato inglese munito di procura) il giudice in sede di volontaria giurisdizione per farsi autorizzare (ove ritenuto del caso) alla vendita ex artt. 703 c.c. e 747 c.p.c.

³⁴ Per le analogie e differenze fra i due istituti cfr M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 728-753.

³⁵ Così testualmente il decreto: "Rilevato che con il testamento del 9 aprile 1981 la cittadina britannica Nicola Sara Fitzgerald in Dawson, in conformità al diritto del suo Stato - applicabile ex art. 23 delle disposizioni sulla legge in generale - ha lasciato tutti i suoi beni mobili ed immobili fiduciariamente ad un *executor trustee*, con l'obbligo per quest'ultimo di monetizzare l'intero patrimonio e di consegnarlo ai figli della Fitzgerald al raggiungimento della maggiore età; ritenuto che l'*executor trustee* ha acquistato, per quanto sopra, la proprietà di tutti i beni (...); ritenuto altresì che quanto stabilito nel testamento riproduce esattamente lo schema di un negozio fiduciario, e precisamente quello della "fiducia cum amico" (...) (si veda anche in proposito un'altra figura molto simile prevista dal nostro c.c.: art. 627, fiducia testamentaria; nella "fiducia cum amico" vi è una vera e propria obbligazione per l'amico, nel caso previsto dall'art. 627 vi è solo l'adempimento di un'obbligazione naturale); rilevato che il negozio fiduciario è perfettamente valido per il nostro ordinamento giuridico e che quindi l'*executor trustee* - anche ai fini dell'art. 22 disposizioni generali sulla legge - deve essere considerato proprietario dei beni immobili siti in Italia a tutti gli effetti. Per questi motivi (ecc.), visto l'art. 747 c.p.c., si dichiara incompetente ad emanare provvedimenti autorizzativi a vendere, essendo ormai proprietario, dei beni immobili di cui al ricorso, l'*executor trustee*".

siano sempre necessarie³⁶.

Altra parte della dottrina³⁷ ha invece ritenuto ammissibile l'ipotesi in cui la qualifica di trustees venga assunta dai genitori di un beneficiario minorenne e consti, nell'atto costitutivo del trust, un'apposita clausola escludente la necessità dell'autorizzazione per atti del genere.

Tale soluzione viene motivata sia argomentando sulla base del secondo paragrafo dell'art. 15 Conv.³⁸ (il quale consentirebbe di temperare le conseguenze negative di una "applicazione troppo rigorosa" del detto regime autorizzatorio, che "ridurrebbe in modo consistente" i poteri gestori conferiti ai trustees nel contesto della common law), sia traendo spunto dall'interpretazione prevalente del nostro art. 169 c.c. - dettato in tema di fondo patrimoniale - secondo la quale tale norma sarebbe derogabile dalla volontà espressa nell'atto costitutivo non solo nel senso di consentire il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del singolo coniuge, ma anche nel senso (che qui rileva) che, pur in presenza di figli minori, potrebbe essere esclusa l'esigenza dell'autorizzazione giudiziale.

4. La posizione della giurisprudenza italiana

In questo paragrafo si procederà all'esposizione delle pronunce italiane edite più significative emanate successivamente all'entrata in vigore in Italia della Convenzione con riferimento ai vari profili della materia di cui si occupano queste brevi note³⁹.

³⁶ Cfr. V. Salvatore, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, cit., 102-103, secondo il quale "Qualora in ipotesi beneficiario fosse designato un minore, gli atti di disposizione sui beni costituiti in trust dovrebbero essere assoggettati alla disciplina contemplata dagli artt. 374 e 375 del codice civile, che subordinano all'autorizzazione del giudice tutelare o del Tribunale il compimento di atti che possano deperdere il patrimonio del minore"; P. Piccoli, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, cit., 1995, 46.

³⁷ Cfr. M. B. Deli in AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, cit., 1289-1290, secondo cui "Qualora la qualifica di trustee sia stata attribuita ad uno o ad entrambi i genitori ovvero a un terzo, potrebbe essere richiesta la conformità ai principi stabiliti dagli artt. 320 ss. e 374 ss. cod.civ. (...). È evidente che un'applicazione troppo rigorosa di tali norme ridurrebbe in modo consistente il potere di gestione normalmente riconosciuto ai trustees nell'ambito dei sistemi di *common law* (...). Considerando quindi il senso generale che gli autori della Convenzione hanno voluto attribuire alla norma, specialmente con riguardo al secondo paragrafo, potrebbe forse risultare indicativo il disposto dell'art. 169 c.c. che, in materia di fondo patrimoniale ed in presenza di figli minori, subordina all'autorizzazione del giudice la possibilità di compiere taluni atti di disposizione (...) nel solo caso in cui non sia stato altrimenti convenuto nell'atto di costituzione del fondo. Tuttavia (...) una soluzione di questo tipo sembra potersi prospettare limitatamente all'ipotesi in cui i trustees siano i genitori dei minori beneficiari".

³⁸ L'art. 15 Conv., dopo aver fissato nel primo paragrafo il principio per cui nessun trust può violare le norme imperative dettate dalle regole di conflitto del foro, al secondo paragrafo precisa che "Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici".

³⁹ La giurisprudenza si era occupata della materia anche prima dell'entrata in vigore della Convenzione Aja. ed aveva escluso la contrarietà del *trust* - estero - all'ordine pubblico interno. Cfr. Cass. Roma 21 febbraio 1899, in *GI*, 1899, I, 1, 216 nonché *FI*, 1900, I, 501, sia pure in considerazione del fatto che, nel caso di specie, il *trust* doveva avere esecuzione all'estero; Trib. Oristano, 15 marzo 1956, ripubblicata in *Trusts*, 2003, 294; Trib. Casale Monferrato, cit alla nt. 33.

4.1. Riconoscimento del trust (e del trust interno in particolare)

La prima sentenza che secondo vari autori si occupa del problema del riconoscimento del trust è del Tribunale di Lucca⁴⁰.

In questa fattispecie un cittadino americano di origini italiane, proprietario di beni siti America, nel suo testamento nomina un trustee quale erede universale di tutti i suoi beni. L'unica figlia del testatore agisce in giudizio, chiedendo che il testamento sia dichiarato nullo e deducendo che la sostituzione fedecommissaria delineata è illegittima e ignota al nostro ordinamento.

Il tribunale dichiara che non c'è un'illegittima sostituzione fedecommissaria ma istituzione di trust, e che detto testamento non è in conflitto con le norme interne perché in forza della legge di ratifica della Convenzione de l'Aja gli stati firmatari riconoscono l'istituto; tuttavia, avendo il testatore posto tutti i propri beni sotto il controllo del trustee, l'attrice avrebbe potuto agire per ottenere la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, azione non proposta dall'attrice.

Questa sentenza, confermata in grado di appello⁴¹ ma senza che la Corte sia entrata nel merito della vicenda, è forse poco significativa, non tanto perché il disponente era cittadino straniero, quanto perché i beni in trust erano all'estero e quindi la problematica della legittimità o meno della segregazione non si poneva.

Si occupa, *ex professo*, della riconoscibilità del trust interno il Tribunale di Bologna nel 2003⁴², in quanto oggetto della domanda era proprio la dichiarazione di nullità del trust.

Il tribunale afferma che il trust è compatibile con l'ordinamento giuridico italiano, ritenendo che l'unico elemento di estraneità necessario per l'applicazione della Convenzione sia la legge straniera che regola il trust, la quale può essere liberalmente scelta dal disponente. L'art. 13 Conv. è una norma di chiusura per il caso in cui un trust interno produca effetti ripugnanti per l'ordinamento che non siano colpiti dagli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione stessa. Né è violato l'art. 2740 c.c., in quanto norma che non esprime un principio generale di ordine pubblico.

Altra sentenza che si occupa del riconoscimento del trust quale oggetto della domanda principale è quella del Tribunale di Brescia del 12 ottobre 2004⁴³.

Il tribunale riprende, anche se in forma sintetica, gli argomenti utilizzati dal tribunale di Bologna, ed afferma che l'art. 13 Conv. è norma di chiusura, destinata al giudice, da utilizzare quale strumento per reprimere le fattispecie in cui il trust viene utilizzato con intenti fraudolenti.

Interessante ed innovativa sentenza in tema di riconoscimento del trust interno è quella emanata recentemente dal Tribunale di Velletri⁴⁴. In detta sentenza, emanata in sede di reclamo avverso un'ordinanza di sequestro conservativo dei

⁴⁰ Trib. Lucca, 23 settembre 1997, *FI*, I, 2007 e 3391.

⁴¹ App. Firenze, 9 agosto 2001, in *Trusts*, 2002, 244.

⁴² Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 67.

⁴³ Trib. Brescia, 12 ottobre 04, in *Trusts*, 2005, 83.

⁴⁴ Trib. Velletri, 29 giugno 2005, reperibile nel sito www.il-trust-in-italia.it, sezione riservata ai soci.

beni mobili ed immobili di titolarità di un trustee ritenuto inadempiente ai propri obblighi, si riconosce come non conferente il richiamo ad una legge straniera regolatrice della fattispecie della separazione patrimoniale nascente dal trust, riconoscendo la legittimità, nel quadro di riferimento offerto dall'art. 1322 c.c., di un atto di autonomia privata avente come fine quello di destinare dei beni al perseguimento di uno scopo⁴⁵.

Gli unici provvedimenti che negano espressamente la riconoscibilità del trust interno sono un decreto del Tribunale di Belluno del 25 settembre 2002⁴⁶ e un decreto del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, che vedremo più oltre.

Il giudice tavolare di Cortina d'Ampezzo rigetta la domanda di intavolazione di un atto di trust, che prevede l'attribuzione di quote di un appezzamento di terreno sito nel Comune di Cortina d'Ampezzo ad un soggetto nella sua qualità di trustee.

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

Il tribunale ritiene inoltre che i trust "interni" siano comunque inammissibili, in quanto l'art. 13 Conv. consente di negare il riconoscimento dei trust privi di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico italiano e tale diniego deve essere pronunciato in assenza di qualsiasi ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto, certo non ravvisabile, nel caso di specie, nella mera volontà del disponente di adempiere "obbligazioni naturali e di coscienza".

Infine, l'ordinamento tavolare non consente che sia indicata la qualità di trustee nell'iscrizione nel libro fondiario.

Tutte le altre pronunce che riconoscono il trust, anche interno, e che appreso vedremo, non si occupano del problema del riconoscimento in via principale, essendo diverso l'oggetto della domanda attorea, ma ammettono implicitamente la riconoscibilità del trust nell'ordinamento italiano.

4.2 Effetti del trust

È noto come l'effetto principale del trust sia da un lato la fuoriuscita dei beni dal patrimonio del disponente e dall'altro la segregazione o separazione dei beni nell'ambito del patrimonio del trustee cui i beni stessi vengono trasferiti.

I provvedimenti di seguito indicati concernono fattispecie di uso "distorto" del trust, cioè fattispecie in cui l'istituzione del trust aveva come obiettivo quello di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori.

⁴⁵ La tesi seguita dal Tribunale risale a G. Palermo, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. 5, Milano, 1998, 339 ss. e Id., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *RDComm*, 2000, 133 ss.

⁴⁶ Trib. Belluno, decr. 25 settembre 2002, in *Trusts*, 2003, 255.

Il primo di questi provvedimenti è un decreto del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Alessandria del 5 aprile 2000⁴⁷ che dispone il sequestro preventivo di taluni beni immobili e di tutti gli arredi in essi contenuti. Qui peraltro non si pone un problema di riconoscimento del trust interno ma solo degli effetti prodotti dalla Convenzione nei confronti dei creditori.

Una coppia di coniugi (titolari di numerose società dichiarate fallite) avevano costituito una società inglese e aumentato il suo capitale sociale con conferimento di tali beni immobili; a seguito del conferimento la società emetteva azioni poi trasferite in un trust appositamente costituito.

Il giudice afferma che scopo dei coniugi era sottrarre i beni immobili, inseriti nel trust, dall'aggressione dei creditori, utilizzando un istituto giuridico "straniero" (in quanto privo di una specifica disciplina di diritto italiano). Così facendo, nonostante le dichiarazioni di fallimento personali, hanno sottratto i beni alla garanzia dei creditori.

In sede di gravame il Tribunale di Alessandria⁴⁸ conferma il decreto di sequestro limitandolo ai beni immobili di proprietà di uno dei coniugi, perché la libera disponibilità in capo a quest'ultimo potrebbe consentire la sottrazione definitiva dei cespiti. Afferma inoltre che i negozi posti in essere da costui avevano come unica finalità quella di sottrarre alle pretese dei creditori i beni immobili inseriti nel trust.

Altro provvedimento degno di interesse è un decreto di sequestro conservativo emesso dal Tribunale di Firenze nel 2002⁴⁹.

Il Tribunale afferma che non può essere istituito un trust in violazione delle norme in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei suoi creditori. In questo caso esso è aggredibile con l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. e di conseguenza deve essere disposto il sequestro conservativo dei beni in trust.

Altra pronuncia degna di interesse è quella emanata in sede penale, dal Tribunale di Venezia⁵⁰.

La vicenda esaminata dal Tribunale è molto complessa e non è possibile riassumerla in questa sede, tuttavia, a conferma di una tendenza ormai quasi costante, il tribunale conferma la legittimità dei trust interni, osservando che chi si duole di essere stato leso nei propri diritti ereditari (fatti salvi dall'art. 15 Conv.) per effetto dell'istituzione di un trust deve aggredirlo con l'azione di riduzione.

4.3. Pubblicità immobiliare

La materia della pubblicità immobiliare è quella che ha dato luogo al maggior numero di pronunce, anche in considerazione del fatto che i professionisti (ed i notai in particolare) per "*forma mentis*" sono indotti a ricollegare all'e-

⁴⁷ G.I.P. Trib. Alessandria, decr. 5 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, 375.

⁴⁸ Trib. Alessandria, ord. 2 maggio 2000, in *Trusts*, 2000, 377.

⁴⁹ Trib. Firenze, 6 giugno 2002 (decr.), in *Trusts*, 2004, 256.

⁵⁰ Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, in *Trusts*, 2005, 245.

secuzione delle formalità pubblicitarie l'opponibilità ai terzi degli effetti dei relativi atti. Si è sopra visto come in realtà, secondo certa dottrina, in materia di trust ciò non è sempre vero, atteso che la norma dell'art. 12 Conv. non obbliga affatto alla trascrizione ma attribuisce al trustee solo la facoltà di richiederla.

È opportuno, tuttavia, in una prospettiva di maggiore diffusione dell'istituto, cercare di ottenere chiarezza su questo punto, anche in forza di eventuali modifiche legislative, perché al di là delle disquisizioni teoriche sulla soluzione dei problemi di opponibilità degli effetti nascenti dal trust, in materia immobiliare il nostro ordinamento si regge sul sistema della trascrizione come strumento pubblicitario idoneo a garantire i terzi in merito alle vicende riguardanti i beni. Istituire un trust immobiliare senza trascriverlo nei registri immobiliari imporrebbe al disponente o al trustee (o ai beneficiari) la ricerca di altri mezzi idonei a realizzare l'opponibilità ai terzi degli effetti nascenti dal trust, con seri problemi sul piano probatorio.

La prima pronuncia che si occupa della trascrizione è del Tribunale di Chieti⁵¹, ma non riguarda un atto istitutivo bensì una compravendita in favore del trustee.

Il tribunale, considerato che le norme procedurali in tema di trascrizione non prevedono limitazioni ricollegabili ai contraenti, ritiene ingiustificato il rifiuto da parte della Conservatoria di trascrivere un atto di compravendita stipulato tra una persona fisica e un altro soggetto che ha agito nella sua qualità di trustee; ordina, quindi, alla Conservatoria di trascrivere l'atto recante quali parti contraenti, da un lato, i venditori e, dall'altro, l'acquirente nella sua qualità di trustee. Le menzioni della qualità di trustee dell'acquirente e della circostanza che l'immobile acquistato è segregato nell'ambito del suo patrimonio personale sono riportate nel quadro "D" della nota di trascrizione.

Si occupa invece della trascrizione di un atto istitutivo, denominato "Affidamento di beni in trust" il Tribunale di Bologna, con un decreto del 2000⁵².

Il Conservatore dei Pubblici Registri Immobiliari di Bologna trascriveva con riserva l'atto sulla base del principio di tassatività degli atti assoggettabili a trascrizione e sulla base dell'argomento secondo cui tale atto non produce alcuno degli effetti elencati dalle norme procedurali in tema di trascrizione.

Il tribunale accoglie il reclamo affermando che, in base all'art. 12 Conv. non vengono in rilievo questioni attinenti alla validità dell'atto, ma alla sua trascrivibilità nei Registri Immobiliari.

Continua affermando che il concetto di "trasferimento della proprietà", di cui all'art. 2643 c.c., si presta ad una visione più aperta grazie allo sviluppo di nuovi istituti e pertanto non ravvisa ostacoli ad assimilare gli effetti di un atto di trust ad almeno uno di quelli conseguenti ai "contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili".

⁵¹ Trib. Chieti, ord. 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000, 372.

⁵² Trib. Bologna, decr. 18 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, 372.

Il tribunale di Pisa⁵³, nel 2001, decide in merito alla trascrizione di un trust autodichiarato avente ad oggetto beni immobili.

Con detto atto, il primo del genere stipulato in Italia, il soggetto proprietario di un bene immobile se ne dichiarava trustee in favore del fratello disabile.

Il tribunale esamina prima la questione della riconoscibilità del trust autodichiarato, risolvendola positivamente e superando l'eccezione della violazione dell'art. 2740 c.c.

In secondo luogo ritiene che un trust autodichiarato debba essere trascritto sulla base dell'art. 12 Conv. Questa norma attribuisce al trustee il diritto potestativo di chiedere la trascrizione, al quale corrisponde un obbligo dei soggetti preposti alla pubblicità, che realizza l'interesse dei terzi e l'interesse pubblico di ottenere la trascrizione del vincolo di trust - istituto che presenta molte affinità con l'istituto del fondo patrimoniale - su un bene immobile, qualunque ne sia l'effetto.

La questione della trascrizione del trust autodichiarato avente ad oggetto beni immobili è giunta all'attenzione della giurisprudenza in vari altri casi ed in particolare dei Tribunali di Milano⁵⁴, Verona⁵⁵, Napoli⁵⁶, Parma⁵⁷, e della Corte d'Appello di Napoli⁵⁸.

Il Tribunale di Milano riconosce implicitamente la validità dell'atto istitutivo, lo ritiene assimilabile al fondo patrimoniale e per analogia con tale istituto ne ordina la trascrizione.

Il Tribunale di Verona, ordinando di trascrivere l'atto ritiene, da un lato, che l'art. 12 Conv. sia norma materiale, che ammette la trascrizione di trust aventi ad oggetto beni immobili, e dall'altro che la nostra legge non pone alcun divieto alla trascrizione di un atto di trust.

In merito alla validità dell'atto istitutivo, supera l'obiezione costituita dalla asserita violazione dell'art. 2740 c.c. in quanto il trust deve comunque essere riconosciuto sulla base della Convenzione.

Aggiunge ancora il Tribunale che l'assimilazione del trust al fondo patrimoniale, del quale è prevista dal nostro ordinamento la trascrizione, dimostra che la trascrizione dell'atto istitutivo del trust è conforme al sistema e che procedendo per analogia si può individuare proprio nell'art. 2647 c.c. la norma applicabile "anche" al trust ai sensi dell'art. 12, comma 2, delle preleggi.

Il Tribunale di Napoli invece rigetta il reclamo avverso la trascrizione con riserva, ritenendo che la Convenzione non consenta i trust autodichiarati, che evidentemente ledono l'art. 2740 c.c. Aggiunge che la finalità perseguita dalla disponente poteva essere egualmente raggiunta tramite l'istituzione di un fondo patrimoniale.

⁵³ Trib. Pisa, decr. 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241.

⁵⁴ Trib. Milano, decr. 29 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 270.

⁵⁵ Trib. Verona, 8 gennaio 2003 - 23 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409.

⁵⁶ Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 74 e in *RN*, 2004, 564.

⁵⁷ Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 73 e in *RN*, 2004, 565.

⁵⁸ App. Napoli, 27 maggio 2004, reperibile nel sito web www.il-trust-in-italia.it.

Il Tribunale di Parma invece accoglie il reclamo, ordinando di trascrivere l'atto sulla base dell'art. 12 Conv. e non rilevando alcun contrasto con l'art. 2740 c.c.

La Corte d'Appello di Napoli, pronunciandosi sul gravame proposto avverso la sentenza del tribunale prima citata, conferma l'intrascrivibilità dell'atto affermando che:

- il trust autodichiarato consiste in un vincolo e non può essere trascritto in mancanza di apposita norma;
- non è sufficiente l'interesse economico della parte di impedire che i beni siano esposti all'aggressione di eventuali creditori, poiché quel che rileva è l'interesse giuridico riconosciuto dal legislatore;
- non rileva l'interesse dei beneficiari, perché esso sorge immediatamente dalla legge (Convenzione e legge di ratifica), non dalla volontà di chi istituisce il trust: l'atto unilaterale di trust non è che il presupposto di fatto perché il diritto possa sorgere.

4.4. Pubblicità in regime tavolare

Nell'ambito del regime tavolare, il Tribunale di Trento⁵⁹, con un ordinanza del 20 luglio 2004, superando la precedente giurisprudenza contraria del Tribunale di Belluno, prima citata, ordina di annotare la "Costituzione" in trust allo scopo di dare pubblicità all'effetto segregativo, affermando che l'art. 12 Conv. ha introdotto nel nostro ordinamento una nuova fattispecie pubblicizzabile, non essendoci disposizioni espresse nei principi generali che configurino un divieto di trascrizione del trust.

In termini analoghi si esprimono altri provvedimenti in data 7 aprile 2005⁶⁰, 23 settembre 2005⁶¹ e 25 gennaio 2006⁶².

Non pare costituire precedente contrario alla pubblicità del trust interno, invece, il provvedimento del giudice tavolare di Trieste del 7 aprile 2006⁶³. Tale provvedimento rigetta l'istanza di intavolazione nei libri fondiari soltanto perché il notaio aveva ommesso di allegare ad essa l'atto istitutivo del trust, in tal modo precludendo al giudice di valutare (nell'esercizio di quei peculiari poteri di controllo di legittimità sia formale che sostanziale conferitigli dall'art. 26 della legge generale sui libri fondiari) i contenuti del programma negoziale e, dunque, la sua conformità al nostro ordinamento giuridico.

4.5. Diritto di famiglia

Per quanto riguarda il diritto di famiglia, il Tribunale di Firenze, con provvedimento del 23 ottobre 2002⁶⁴, esamina i rapporti tra trust e fondo patrimoniale.

⁵⁹ Trib. Trento, Giud. tav., decr. 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2004, 573.

⁶⁰ Trib. Trento, Giud. tav., decr. 7 aprile 2005, in *Trusts*, 2005, 406.

⁶¹ Trib. Trieste, decr. 23 settembre 2005, in *Trusts*, 2006, 83 e *Corr. mer.*, 2005, 1277

⁶² Trib. Trento-Sez. dist. Cles, Giudice Tavolare, decr. 25 gennaio 2006, in *Trusts*, 2006, 419.

⁶³ Trib. Trieste - Giudice Tavolare, decr. 7 aprile 2006, in *Trusts*, 2006, 417.

⁶⁴ Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 406.

Due coniugi istituivano un fondo patrimoniale. In seguito decidevano consensualmente di separarsi con l'intenzione di procedere poi al divorzio.

Al fine di tutelare maggiormente la propria figlia minore, decidevano di istituire anche un trust e di vincolarvi le risorse oggetto del fondo patrimoniale, chiedendo al Tribunale di essere a ciò autorizzati.

Il Tribunale respinge il ricorso tendente a consentire lo scioglimento anticipato del fondo patrimoniale affinché i beni in esso inclusi siano vincolati nel trust, ritenendo che, nonostante il trust abbia effetti analoghi a quelli del fondo patrimoniale, al potere di disposizione del trustee non viene posto alcun limite né, conseguentemente, onere di richiedere autorizzazione giudiziale (come invece si richiede, ai sensi dell'art. 169 c.c. nel caso del fondo patrimoniale). Ciò priverebbe l'istituto del trust delle garanzie proprie del regime autorizzativo previsto dall'art. 169 c.c., salvo che al fondo patrimoniale si applichi il regime di deroga.

Altro provvedimento degno di interesse è il decreto di omologazione della separazione consensuale di una coppia di coniugi, emesso dal Tribunale di Milano il 23 febbraio 2005⁶⁵.

Nell'ambito della varie condizioni della separazione, uno dei coniugi, al fine di provvedere alle esigenze abitative della figlia minore sino a che non avrà completato il ciclo di studi e raggiunto l'autonomia economica, istituisce un trust autodichiarato avente ad oggetto un bene immobile.

L'intero atto istitutivo trova la sua sede nel verbale, con il che, ma trattasi di questione non trattabile in questa sede, si ripropongono i dubbi circa l'idoneità del verbale quale titolo per la trascrizione nei registri immobiliari⁶⁶.

Nel solco di tale provvedimento si inserisce il provvedimento del Tribunale di Pordenone del 20 dicembre 2005⁶⁷ che anch'esso omologa un verbale di separazione nel quale viene istituito un trust⁶⁸.

Da ricordare, infine, il provvedimento del Tribunale di Milano del 7 giugno 2006⁶⁹, che omologa anch'esso un accordo tra coniugi in sede di separazione consensuale contenente l'istituzione di un trust (autodichiarato). Il provvedimento si segnala in quanto oggetto dell'istituzione del trust sono beni che formano oggetto di un fondo patrimoniale e su di essi viene apposto l'ulteriore vincolo nascente dal trust al fine di perpetuare gli effetti propri del fondo patrimoniale anche per il tempo successivo al suo scioglimento.

⁶⁵ Il provvedimento, inedito, è consultabile sul sito web www.il-trust-in-italia.it.

⁶⁶ La giurisprudenza è prevalentemente orientata in senso favorevole: Trib. Verbania, 6 luglio 2002, in *Not.*, 2003, 3, 272, con nota di P. Giunchi; Cass. 15 maggio 1997, n. 4306, in *RN*, 1998, 171, con nota di Gammone e in *VN*, 1997, 2, 842; Trib. Pistoia 1 febbraio 1996, in *RN*, 1997, 6, 1421, con nota di Giuri; Cass. 11 novembre 1992, n. 12110, in *Gazz. Not.*, 1994, 602, con nota Morace Pinelli; Trib. Firenze 29 settembre 1989, in *RN*, 1992, 3, 595, con nota di A. Brienza.

⁶⁷ Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005, in *Trusts*, 2006, 247.

⁶⁸ Di detto trust, tuttavia, non è stato possibile consultare l'atto istitutivo.

⁶⁹ Trib. Milano, decr. 7 giugno 2006, in *Trusts*, 2006, 575.

4.6. Società

In materia societaria si riscontrano pronunce in tema di omologazione della delibera di un'assemblea straordinaria di una società per azioni che istituisce un trust con il quale intende garantire un prestito obbligazionario⁷⁰; ed in tema di costituzione di società a responsabilità limitata unipersonale avente quale unico socio un trustee di un trust maltese⁷¹.

Occorre osservare che nei casi esaminati non si era in presenza di trust interni, ma di trust aventi elementi di internazionalità, i cui effetti sono stati pienamente riconosciuti in forza della Convenzione.

Interessanti sono anche le seguenti due pronunce, in tema di pubblicità di atti societari.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere⁷² con un decreto del 14 luglio 1999 si pronuncia sul ricorso avverso un decreto del Giudice del Registro che rigettava la richiesta di iscrivere il vincolo del trust su partecipazioni sociali.

Si tratta di trust interno e il tribunale ritiene che, in base all'art. 13 Conv., è possibile riconoscere in Italia solo i trust c.d. stranieri. L'istituzione di un trust retto da una legge straniera, quando tutti gli elementi si riferiscano all'ordinamento italiano, potrebbe rappresentare un abuso della regola che permette la scelta della legge applicabile e condurre alla deroga di imperative disposizioni del diritto italiano, in particolare quella in tema di responsabilità patrimoniale. Infine, le iscrizioni nel Registro delle Imprese sono soggette al principio di tipicità e il trust non rientra fra gli atti previsti dalla legge fra quelli iscrivibili.

Diversamente si pronuncia il Tribunale di Bologna⁷³. Anche in questo caso il conservatore del Registro delle Imprese rifiutava di iscrivere il trasferimento di una partecipazione in s.r.l. dal disponente al trustee, argomentando che la Convenzione si applica solo ai trust dotati di effettivi elementi di internazionalità, che i trust interni violano l'art. 2740 cod. civ. e comunque contrastano con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

Il Tribunale ordina che si proceda all'iscrizione, precisando che il Conservatore ha eventualmente solo il potere di controllare che esistano nell'atto sottopostogli le caratteristiche dell'istituto, come tracciate nella Convenzione, e che esista la legge alla quale il disponente ha sottoposto il trust da lui istituito.

Afferma inoltre che l'art. 13 Conv. è una norma di chiusura, probabilmente ultronea, per impedire il riconoscimento di trust che costituiscono frode alla legge e che non abbia pregio il dedotto contrasto con l'art. 2740 cod. civ., dato che l'effetto segregativo è proprio del trust e non avrebbe allora avuto senso ratificare la Convenzione.

⁷⁰ Trib. Milano, decr. 27 dicembre 1996, in *Soc*, 1997, 585.

⁷¹ Trib. Genova, decr. 24 marzo 1997, in *GC*, 1998, 759.

⁷² Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999 (decr.), in *Trusts*, 2000, 251.

⁷³ Trib. Bologna, Giudice del Registro, 16 giugno 2003, in *Trusts*, 2003, 580 e in *RN*, 2004, 556.

4.7. Tutela di incapaci

La materia degli incapaci è in movimento anche per ciò che riguarda il trust, come dimostrano gli otto provvedimenti di cui di seguito.

Sopra si è visto come sia discusso, in materia di trust con beneficiari incapaci, l'ambito di intervento del giudice ed a tale parte del presente lavoro si rinvia.

I provvedimenti qui sintetizzati costituiscono tutti autorizzazioni concesse al trustee di un trust avente per beneficiari degli incapaci.

Due casi sono stati esaminati dal Giudice Tutelare di Perugia⁷⁴.

Nel primo caso il trustee chiede l'autorizzazione ad alienare il pacchetto azionario oggetto del trust in quanto tra i beneficiari vi è un minore.

Il giudice tutelare autorizza il trustee alla vendita e aderisce alla sua proposta di investire il prezzo per mezzo di un istituto di credito. Dispone altresì che il trustee si impegni, per la quota riferibile alla minore e sino al raggiungimento della maggiore età di questa, a stipulare un piano d'investimenti, imponendogli l'obbligo del rendiconto.

Nel secondo caso il genitore, esercente la potestà su una figlia minore, chiede che quest'ultima sia autorizzata a stipulare un atto di adesione al trust, istituito dalle sorelle maggiori, di cui lo stesso genitore è trustee, e a vendere alcuni beni immobili, il cui ricavato sarà incluso tra i beni in trust.

Anche in questo caso il giudice autorizza la minore ad aderire al trust; pone a carico del trustee l'obbligo di presentare un rendiconto e precisa che, nel caso ci fosse l'intenzione di utilizzare le somme immesse nel trust, il trustee dovrà richiedere espressa autorizzazione.

Altro caso è stato esaminato dal Giudice Tutelare di Bologna⁷⁵, il quale ha autorizzato i genitori del legatario di beni mobili facilmente disperdibili (collezioni di piccoli oggetti d'arte) ad accettare il legato e a istituire un trust, del quale sarà trustee l'esecutore testamentario, per assicurare la conservazione dei beni fino alla maggiore età del legatario.

Due casi, infine, sono stati esaminati di recente dal Giudice Tutelare di Firenze⁷⁶.

Nel primo caso il giudice ha autorizzato il disinvestimento di obbligazioni e titoli di Stato per la istituzione di un trust correlato all'acquisto di beni immobili, per garantire maggiormente la sicurezza economica di un minore invalido.

Nel secondo caso ha invece autorizzato la modifica dell'atto di trust, consentendo la sostituzione dei "Tutori" del trust.

I tre casi più recenti riguardano soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno ed un interdetto.

Il primo, oggetto della pronuncia del Giudice Tutelare di Modena del 14 ago-

⁷⁴ Trib. Perugia, Giudice Tutelare, decr. 26 giugno 2001, in *Trusts*, 2002, 52; Trib. di Perugia, Giudice Tutelare, decr. 16 aprile 2002, in *Trusts*, 2002, 584.

⁷⁵ Trib. Bologna, Giudice Tutelare, 3 dicembre 2003, in *Trusts*, 2004, 254

⁷⁶ Trib. Firenze, Giudice Tutelare, 8 aprile 2004, in *Trusts*, 2004, 567; Trib. Firenze 7 luglio 2004, in *Trusts*, 2005, 85.

sto 2005⁷⁷, è un trust avente quale finalità quella di destinare somme al soddisfacimento delle spese straordinarie di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno.

Il secondo, oggetto della pronuncia del Tribunale di Ferrara del 28 febbraio 2006⁷⁸, è un trust che ha come finalità quella di garantire all'interdetto la possibilità di continuare ad abitare nella attuale dimora, rappresentata dallo stesso immobile conferito in trust, fino alla morte, nonché assistenza e mantenimento continuativi da parte del trustee.

Il terzo, oggetto della pronuncia del Giudice Tutelare di Genova del 14 marzo 2006⁷⁹, si caratterizza per il fatto che il soggetto che istituisce un trust è:

- sottoposto ad amministrazione di sostegno;
- totalmente incapace;
- il trust prevede la nomina di beneficiari ulteriori rispetto all'incapace stesso⁸⁰.

4.8. Diritto tributario

La materia tributaria è stata finora oggetto di tre provvedimenti, due dei quali relativi allo stesso caso.

Si tratta di provvedimenti riguardanti l'imposizione indiretta di atti istitutivi di trust aventi ad oggetto beni immobili.

L'assenza di altri provvedimenti può spiegarsi da un lato in base al fatto che molti atti di trust hanno ad oggetto beni mobili o comunque valori mobiliari, riguardo ai quali non si pongono rilevanti problemi di tassazione nelle imposte indirette, trattandosi di fattispecie che nascono con il trasferimento al trustee di somme o beni di poco valore (mentre i trasferimenti successivi vengono effettuati sulla base di operazioni che per legge non sono sottoposte ad alcun prelievo fiscale indiretto); dall'altro col fatto che, proprio nella materia immobiliare, laddove gli uffici si rifiutano di approfondire il caso e ritengano di non applicare l'imposizione in misura fissa, l'atto non viene stipulato o viene stipulato in altro luogo, in modo da procedere alla registrazione dell'atto presso altro ufficio, più propenso ad accettare l'imposizione meno onerosa.

Il primo caso è stato esaminato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Treviso⁸¹ nel 2001.

L'atto istitutivo del trust prevede che i beneficiari abitino per venti anni nell'immobile in trust, che sarà ad essi assegnato allo scadere di detto periodo.

L'Ufficio del Registro applica l'imposta sulle donazioni sul valore dell'usufrutto dell'immobile. La Commissione, rigettando il ricorso del contribuente, ritiene che la costituzione di un trust comporta un "impoverimento del donan-

⁷⁷ Trib. Modena (decr.) 11 agosto 2005, in *Trusts*, 2006, 581.

⁷⁸ Trib. Ferrara, 28 febbraio 2006, inedito.

⁷⁹ Trib. Genova (decr.) 14 marzo 2006, in *Trusts*, 2006, 415.

⁸⁰ Per alcune riflessioni critiche su questo trust cfr. S. Bartoli-D. Muritano, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, § 10.1, in questo stesso volume.

⁸¹ Comm. Trib. Prov. Treviso 29 marzo 2001, in *Trusts*, 2002, 419.

te, e con esso, l'effetto dell'atto consistente nella devoluzione dell'intero o di una parte del suo patrimonio", realizzandosi da subito un vantaggio per i beneficiari. Quindi, si è in presenza di un atto con una causa giuridica particolare, che realizza comunque lo scopo economico tipico di una donazione. Questa decisione è stata riformata dalla Commissione Regionale, come vedremo più avanti.

Il secondo caso, sempre del 2001, è esaminato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Lodi⁸².

Anche in questo caso l'Ufficio del Registro aveva sottoposto l'atto istitutivo di trust, con contestuale trasferimento al trustee della nuda proprietà di beni immobili, all'imposta sulle donazioni.

Il contribuente chiede che esso sia sottoposto all'imposta di registro con l'aliquota del 3% (aliquota residuale prevista per gli "altri atti aventi contenuto patrimoniale").

La Commissione ritiene che il trust sia un istituto nel quale al trustee vengono attribuiti diritti e poteri, ma che egli è tenuto a gestire il patrimonio trasferitogli in favore dei beneficiari secondo quanto stabilito dal disponente. "Causa" dell'atto di trust è, quindi, la realizzazione da parte del trustee degli interessi che il disponente ha previsto per i beneficiari: questo atto non può essere considerato né una donazione, difettandone la causa, né un atto a titolo oneroso, mancando il corrispettivo della cessione dei beni.

Pertanto ad esso non è applicabile l'imposta sulle donazioni, ma quella di registro, che tassa al 3% gli atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

Ancora, la Commissione Tributaria Regionale di Venezia, nel 2003⁸³, riforma la decisione della Commissione Provinciale di Treviso del 2001, che aveva tassato l'atto istitutivo di un trust con l'imposta sulle donazioni.

La Commissione, in accoglimento dell'appello dispone l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa, escludendo l'assimilazione dell'istituto del trust a quello della donazione: non si ravvisano, infatti, profili tributari di natura donativa nel trasferimento dal disponente al trustee in quanto quest'ultimo costituisce solo il mezzo per la realizzazione del programma voluto, che è quello di attribuire un vantaggio patrimoniale ai beneficiari finali.

Rispetto a questi ultimi, potrà ravvisarsi l'intento di liberalità al momento del compimento dell'atto dispositivo alla scadenza del trust.

Ultima in ordine di tempo, a quanto consta, è la decisione della Commissione Provinciale di Brescia dell'11 gennaio 2006⁸⁴, che conferma l'opinione più volte espressa in dottrina secondo cui il trasferimento al trustee è un atto che non costituisce trasferimento di ricchezza, in quanto prodromico ad una futura assegnazione di beni in favore dei beneficiari, e quindi lo ritiene non tassabile con l'imposta in misura proporzionale ma con la sola imposta in misura fissa.

⁸² Comm. Trib. Prov. Lodi, 5 novembre 2001, in *Trusts*, 2002, 418.

⁸³ Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 253.

⁸⁴ Comm. Prov. Trib. Brescia, 11 dicembre 2006, in *Trusts*, 2006, 424.

4.9. Altre pronunce

I provvedimenti qui di seguito segnalati si occupano di profili diversi. Di questi provvedimenti, due si riferiscono allo stesso caso.

Il primo provvedimento⁸⁵ concerne il caso di un trustee che chiede di essere reintegrato nel possesso di certificati azionari a lui intestati, rimasti presso le società emittenti dopo il deposito per la partecipazione all'assemblea.

Le società resistenti eccepiscono sia che il trustee è stato revocato prima della proposizione dell'azione possessoria sia la carenza di giurisdizione del giudice italiano, perché, secondo le disposizioni dell'atto istitutivo del trust, "ogni controversia relativa...agli effetti del trust...è obbligatoriamente sottoposta alla magistratura di Jersey".

Il pretore dispone la reintegrazione del ricorrente nel possesso dei certificati azionari: la revoca è avvenuta nelle more del procedimento e non ha fatto venire meno il possesso da parte del trustee; effetto della revoca è quello di obbligare il trustee, una volta recuperati i certificati, a consegnarli al nuovo trustee mediante girata.

Circa la giurisdizione, il giudice ritiene che le società resistenti sono estranee ai rapporti giuridici scaturiti dall'atto istitutivo del trust, cosicché esse non possono avvalersi della clausola sulla giurisdizione di Jersey.

In sede di reclamo il Tribunale di Roma⁸⁶, accogliendolo, ritiene che il trustee sia intestatario delle azioni nella sua qualità, sulla base di un rapporto di natura fiduciaria, assimilabile al mandato, del quale è sempre possibile la revoca.

Ne consegue che il trustee revocato e sostituito con altro soggetto perde la legittimazione a pretendere la restituzione dei beni in trust; la relativa questione è proponibile in sede possessoria perché essa non ha natura petitoria, ma attiene alla legittimazione del trustee ricorrente in spoglio.

Si occupa della rimozione di due trustee il Tribunale di Milano nel 2002⁸⁷ (sentenza confermata in appello⁸⁸).

Il tribunale, giudicando sulle contrapposte richieste di rimozione di due ex coniugi, cittadini italiani residenti a Milano, dai rispettivi uffici di trustee, li revoca entrambi dalle loro funzioni di trustee e nomina due nuovi trustee.

È da osservare che il trust era stato istituito dai due coniugi, in favore delle figlie, nel contesto di un procedimento di divorzio dinnanzi ad un giudice inglese e aveva per oggetto un immobile in Londra, somme di denaro e strumenti di investimento.

Si inserisce nel filone delle sentenze in materia di responsabilità del trustee una pronuncia resa in sede cautelare dal Tribunale di Velletri il 7 marzo 2005⁸⁹.

⁸⁵ Si tratta di Pret. Roma, ord. 13 aprile 1999, in *Trusts*, 2000, 83.

⁸⁶ Trib. Roma, ord. 2 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, 85.

⁸⁷ Trib. Milano, 21 novembre 2002, in *Trusts*, 2003, 265.

⁸⁸ App. Milano 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2005, 87.

⁸⁹ Trib. Velletri, 7 marzo 2005, in *Trusts*, 2005, 407. Trattasi della stessa vicenda che ha poi condotto all'emanazione della sentenza dello stesso Tribunale in data 29 giugno 2005, citata alla nt. 44, che ha revocato il sequestro conservativo.

Il tribunale, rilevato che i beni in trust devono essere protetti anche dall'aggressione dei beneficiari e che il trustee non può esimersi da responsabilità adducendo di avere erogato spese su sollecitazione o con ratifica dei beneficiari o del guardiano, ha ordinato il sequestro conservativo dei beni mobili ed immobili del trustee.

Molto innovative sono due pronunce in materia di procedure concorsuali.

La prima è stata emessa dalla Sezione Fallimentare del Tribunale di Roma⁹⁰.

Accogliendo l'istanza del curatore di un fallimento che ha realizzato tutto l'attivo, il Giudice Delegato autorizza il curatore a cedere a due trustees i crediti che il fallimento vanta verso l'Amministrazione Finanziaria, affinché i trustees li esigano e trasferiscano le somme incassate ai creditori secondo le indicazioni del piano finale di riparto. Nel suo provvedimento il Giudice Delegato nomina un professionista affinché rediga l'atto istitutivo e gli impartisce direttive circa il suo contenuto.

A questo provvedimento ha fatto seguito la ratifica da parte del Tribunale⁹¹, su ricorso del curatore, in seguito ad un dubbio in materia di competenza del Giudice Delegato ad emettere il provvedimento autorizzativo originario.

La seconda è stata emessa dal Giudice Delegato del Tribunale di Parma il 19 maggio 2004⁹², il quale ha autorizzato l'istituzione di un trust al fine dei destinare beni immobili di proprietà di terzi al soddisfacimento dei creditori nell'ambito di un concordato preventivo.

Altro provvedimento da segnalare, in materia di tutela cautelare, è un decreto del Tribunale di Roma del 2003⁹³.

L'unico beneficiario di un trust chiede al trustee di nominare beneficiario, quanto a 1/3, il proprio fratello, ma il trustee non accetta, chiedendo maggiori informazioni.

Il beneficiario invita allora il trustee a consegnare comunque 1/3 dei beni al fratello, dato che i beni in trust sono tutte le azioni rappresentanti il capitale di una società lussemburghese.

Il trustee fa emettere dalla società un certificato rappresentativo di 1/3 delle azioni e ricorre al tribunale di Roma chiedendo che venga pronunciato il sequestro liberatorio del certificato ex art. 687 c.p.c.

Il tribunale, premesso che il trust è ormai introdotto nel nostro ordinamento per effetto della Convenzione de L'Aja, rileva la totale mancanza di presupposti del sequestro liberatorio.

Da ultimo vanno segnalati i provvedimenti emessi dalla Sezione Fallimentare del Tribunale di Prato il 4 luglio 2006 e dal giudice delegato del Tribunale di Firenze il 26 ottobre 2006⁹⁴.

Entrambi i provvedimenti autorizzano l'istituzione di trust di somme di dena-

⁹⁰ Trib. Roma, Giudice Delegato, 4 marzo 2003, in *Trusts*, 2003, 411.

⁹¹ Trib. Roma, Sez. fall., 11 marzo 2003, in *Trusts*, 2004, 406.

⁹² Trib. Parma, Giudice Delegato, 19 maggio 2004, reperibile sul sito web www.il-trust-in-italia.it.

⁹³ Trib. Roma, decr. 12 marzo 2003, in *Trusts*, 2003, 577.

⁹⁴ Entrambi reperibili in www.il-trust-in-italia.it

ro che una banca è condannata a restituire alla curatela fallimentare in esito a sentenze che accolgono l'azione revocatoria di pagamenti effettuati in loro favore. Le somme vengono così separate dal patrimonio della banca fino al passaggio in giudicato della sentenza⁹⁵.

5. Il trust ed il negozio di destinazione ex art. 2645-ter c.c. Rinvio

I casi esposti al paragrafo 2 evidenziano come il trust sia stato utilizzato al fine di selezionare interessi meritevoli di tutela e di proteggerli meglio di quanto faccia o possa fare il nostro diritto interno.

Ciò non significa certo che il trust debba essere utilizzato come un istituto "per tutte le stagioni".

Il ricorso al trust deve invece essere il frutto di una scelta ponderata, effettuata alla luce di una seria analisi degli strumenti offerti dal nostro diritto. Solo quando essi non sono sufficientemente idonei alla realizzazione degli interessi in gioco il ricorso al trust può considerarsi utile.

È limitativo, inoltre, vedere nel trust solo uno strumento che assicura la segregazione. Se ci si limita a considerare solo questo aspetto, si finisce con il privilegiare solo uno degli effetti prodotti dal trust, anche se probabilmente il principale, rispetto ad altri, quali l'affidamento fiduciario, la surrogazione reale, oppure una loro combinazione.

È di tutta evidenza, tuttavia, come l'introduzione in Italia di un istituto nato in un ordinamento di common law, caratterizzato da principi e regole particolari, sia operazione molto delicata, rispetto alla quale la cautela è d'obbligo.

Ciò è certamente vero sul piano strettamente teorico, come dimostrato dal costante dibattito dottrinale in corso, soprattutto con riferimento all'ammissibilità del c.d. trust interno, cioè il trust i cui elementi, fatta eccezione per la legge applicabile, che è straniera, sono tutti riconducibili all'ordinamento italiano.

A fronte della teoria, tuttavia, si pongono la prassi professionale, che si dimostra molto fervida nell'utilizzazione dell'istituto (talvolta per finalità ultronee rispetto a quelle che il trust è stato - storicamente - destinato a realizzare); e la giurisprudenza (onoraria), chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del c.d. trust interno numerose volte con risultati certamente sorprendenti, che dimostrano da un lato la consapevolezza dell'insufficiente attenzione del legislatore italiano per la realizzazione di certi interessi (pensiamo ai trusts istituiti per la tutela di incapaci), dall'altro l'interesse culturale per un istituto che - e qui l'attenzione va indubbiamente al mondo delle imprese - non può essere disconosciuto sulla base di una forse antistorica difesa a spada tratta di principi e tradizioni del nostro ordinamento come se esso fosse migliore degli altri. Ogni sistema di diritto privato è valido come l'altro. E l'interesse per l'istituto con riferimento al mondo imprenditoriale è dimostrato, recentissimamente,

⁹⁵ Può sinteticamente osservarsi come l'istituzione di un trust in questi casi sia una cautela forse eccessiva, atteso che, per comune opinione, la sentenza emessa a seguito dell'esercizio dell'azione revocatoria non può essere eseguita fino al suo passaggio in giudicato e inoltre, trattandosi di primarie banche, il rischio di una loro insolvenza è fortemente ridotto, se non addirittura inesistente.

dallo stesso legislatore. La fattispecie dei patrimoni destinati introdotta dalla riforma del diritto societario null'altro è che un trust (autodichiarato) regolato dal diritto italiano.

Il trust è un istituto diffuso in tutto il mondo e persino la Cina e la Russia hanno emanato una legge in materia⁹⁶. Numerosi sono anche i paesi di tradizione civilistica che sono dotati di leggi che disciplinano figure analoghe (es. Uruguay, Argentina).

L'effetto della segregazione riveste, nella struttura dell'istituto, un ruolo essenziale, e probabilmente il ricorso al trust si spiega anche in riferimento all'esigenza, per gli operatori giuridici, di avere a disposizione ed utilizzare una figura generale di segregazione patrimoniale (tale è, in definitiva, uno dei principali effetti del trust), idonea alla realizzazione di certi interessi e che tale figura tuttavia non esiste in diritto italiano. Di qui il ricorso al trust (anche interno) regolato da una legge straniera, riconoscibile in Italia a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja.

Se di fronte alle numerose difficoltà che incontra l'introduzione del trust nel nostro ordinamento⁹⁷, si vuole procedere alla strutturazione di un istituto proprio del diritto italiano che possa essere utilizzato al fine di attuare certi assetti di interessi ritenuti meritevoli di tutela, il primo effetto da assicurare è proprio quello della segregazione patrimoniale.

L'effetto della segregazione patrimoniale non è visto con sfavore dal nostro ordinamento, e ciò è dimostrato da numerose norme, contenute (oltre che nel codice civile: es. fondo patrimoniale; accettazione con beneficio d'inventario; patrimoni destinati; finanziamenti destinati ad uno specifico affare) in leggi speciali, che la prevedono proprio in considerazione della rilevanza degli interessi da tutelare (si pensi alla normativa in materia di gestione del risparmio, di fondi pensione, di cartolarizzazione dei crediti e simili).

Una volta ammessa la conformità all'ordinamento di una figura generale da utilizzarsi per la produzione dell'effetto segregativo si dovrà pensare alla concreta disciplina di ciò che potrebbe molto genericamente definirsi "atto di destinazione ad uno scopo" e quindi alla sua struttura, ai soggetti di questo atto, agli aspetti pubblicitari (e di opponibilità nei confronti dei terzi), ai profili tributari, ai possibili strumenti di reazione nei confronti di atti posti in essere con finalità ultronee rispetto a quelle considerate meritevoli di tutela dalla legge.

Si potrebbe immaginare un provvedimento di tipo generale, che disegni un quadro di regole utilizzabili in maniera universale, indipendentemente dall'ambito di utilizzazione; oppure un intervento settoriale, volto a realizzare una

⁹⁶ Cfr. per una efficace sintesi, AA.VV., *World Trust Survey 2004*, in *Trusts & Trustees*, 2004, vol. 10, issue 7, pp. 53 e 148, nonché, per un commento alla legge cinese E. Toti-L. Formichella, *La legge sul trust della Repubblica Popolare Cinese*, in *GC*, 2004, II, 449.

⁹⁷ È possibile infatti che nonostante il trust interno debba essere riconosciuto, nondimeno esso in concreto produca effetti inaccettabili per l'ordinamento italiano. Non è escluso, infatti, che il trust sia aggredito con l'azione di riduzione, con l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, o con altro tipo di azione volto a renderlo invalido o comunque inefficace.

migliore tutela di determinati interessi (ad es. si potrebbero introdurre norme che disciplino l'atto di "destinazione allo scopo" per la sola realizzazione della tutela di soggetti deboli).

Un ipotetico provvedimento dovrebbe definire la struttura operativa del meccanismo di segregazione patrimoniale (quindi modi e forme di costituzione; durata), individuarne i soggetti, sia da lato attivo (disponente-fiduciante-affidante) che passivo (trustee-fiduciario-affidatario; beneficiari), con particolare riguardo, nell'ambito dei beneficiari, ai soggetti c.d. deboli; definire le regole di funzionamento della struttura (nomina del fiduciario, sua sostituzione, individuazione di forme di controllo del suo operato, responsabilità); definire le regole di pubblicità e di conseguente opponibilità nei confronti dei terzi sia della struttura in sè che del mutamento dei soggetti (con particolare riferimento alla trascrizione nei registri immobiliari e all'iscrizione nel registro delle imprese); definire i profili tributari (prevedendo un trattamento agevolato in relazione alle finalità o ai soggetti dell'operazione, sia riguardo alle imposte dirette che a quelle indirette); risolvere e regolamentare le interferenze tra il meccanismo segregativo così creato e le regole imperative previste in determinate materie del nostro ordinamento, prime fra tutte il diritto delle successioni e il diritto di famiglia; individuare gli strumenti di tutela nei confronti di strutture di segregazione patrimoniale poste in essere con finalità di frode ai creditori⁹⁸.

Il trust (anche interno) è una realtà che vive ed opera nel nostro ordinamento e l'adozione di una legge italiana non può (nè potrebbe) considerarsi disconoscimento e superamento della Convenzione de L'Aja. Sarà quindi problematico il coordinamento tra le regole sopra delineate (ove emanate) e la Convenzione, ove la figura di segregazione patrimoniale da esse prevista abbia le caratteristiche di cui all'art. 2 Conv.

La Convenzione è stata ormai ratificata e quindi è pienamente operante. Essa, alla luce dell'esperienza operativa, sembra consentire l'utilizzazione del c.d. trust interno, regolato da una legge straniera.

Una nuova legge non dovrebbe quindi impedire agli operatori di creare un trust regolamentato da una legge straniera, quanto, piuttosto, porsi in posizione di concorrenza.

Le considerazioni appena fatte vanno messe a confronto con l'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2645-ter c.c., che disciplina la "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".

Per alcune considerazioni ricostruttive del rapporto tra tale figura e il trust si rinvia allo scritto del prof. Michele Graziadei contenuto in questo stesso volume.

⁹⁸ Basti pensare, oltre alla questione dell'opponibilità ai terzi, ai delicatissimi problemi posti dal possibile esperimento dell'azione di riduzione nei confronti dell'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee.

Il trust: diritto interno e convenzione de l'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio.

Luigi Francesco Risso e Daniele Muritano

1. La Convenzione de L'Aja e il trust interno

La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 è stata ratificata dall'Italia in forza della l. 16 ottobre 1989, n. 364.

L'Italia è stato il secondo paese a ratificare la Convenzione (dopo il Regno Unito), con celerità inusuale, ed essa è entrata in vigore, ai sensi dell'art. 30 della Convenzione stessa, dopo il deposito del terzo strumento di ratifica ad opera dell'Australia, il 1° gennaio 1992.

Con tale ratifica si è creata una situazione apparentemente singolare, dal momento che il nostro paese (primo fra i paesi di *civil law*) si è impegnato, ai sensi dell'art. 11 della Convenzione, a riconoscere nel proprio ordinamento gli effetti dei trust che posseggono le caratteristiche di cui all'art. 2 della stessa Convenzione¹, senza però avere una disciplina interna generale della materia. Peraltro, il problema del "riconoscimento" dei trusts, si poneva in Italia ed in altri paesi già prima dell'entrata in vigore della Convenzione². Quest'ultima ha però sviluppato un regime

¹ La Convenzione è redatta in francese ed inglese, e fa fede il testo nell'una e nell'altra lingua. La Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ha pubblicato i due testi, con il rapporto esplicativo, sul proprio sito web. Per comodità di lettura saranno citati nel testo gli articoli della Convenzione nella traduzione italiana non ufficiale, pubblicata sulla G.U. 8 novembre 1989, n. 261. Può essere utile confrontare con quest'ultimo, per la resa in italiano, la traduzione proposta dall'associazione "Il trust in Italia" a cura di Elena Incisa di Camerana, reperibile in Quaderni della rivista Trusts e attività fiduciarie, n. 1, 2001 oppure sul sito dell'associazione www.il-trust-in-italia.it.

² Vedi per lo stato della questione all'epoca A. Dyer e H. Van Loon, Rapport sur le trusts et institutions analogues, in Actes et documents de la Quinzième session (1984), tomo II, Trust - Loi applicable et reconnaissance, II, La Haye, Olanda, 1985, p. 10 ss, a p. 77 ss.

internazionalprivatistico proprio per i trust, distinto cioè da quello applicato ad altri istituti, ad esempio al contratto. Nei Paesi in cui la Convenzione è in vigore il “riconoscimento” del rapporto riconducibile alla nozione di trust descritta nell’articolo 2 della Convenzione non passa ora più attraverso altre qualificazioni del medesimo rapporto, come invece avveniva in precedenza nella prassi di numerosi paesi estranei al mondo di *common law*, tra cui, per l’appunto, l’Italia.

Al pari di altre convenzioni di diritto internazionale privato, la Convenzione contiene una serie di norme “di salvaguardia”³, che conducono all’applicazione del diritto richiamato da altre norme di conflitto del foro, o diritto del foro, su cui si tornerà oltre.

La questione che ha fatto sorgere negli ultimi anni un vasto - e a tratti acceso - dibattito dottrinale riguarda l’ammissibilità nel nostro ordinamento del cd. “trust interno”⁴, cioè di un trust in cui, secondo la definizione datane da chi ha proposto tale espressione, tutti gli “*elementi soggettivi e obbiettivi*” siano “*legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come trust (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione*”⁵.

La fattispecie cui si fa principale riferimento è quella di un trust istituito in Italia da soggetti ivi residenti, su beni siti in Italia, a favore di beneficiari ivi residenti, e in cui eventualmente il trustee sia residente in Italia e altresì si svolga in Italia l’amministrazione dei beni del trust⁶.

2. La scelta di una legge straniera e il diritto internazionale privato

Per affrontare la questione relativa alla fattispecie ora considerata, e per comprendere come essa sia posta, è necessario considerare che il secondo Capitolo della Convenzione (“*Loi applicable/Applicable law*”) determina la legge applicabile al rapporto in primo luogo secondo la volontà del costituente (art. 6).

Solo se tale volontà manca interviene il criterio del collegamento più stretto (art. 7).

Recita in proposito l’art. 6 della Convenzione:

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply.

³ Cfr. artt. 13, 15, 16, 18 e 19 della Convenzione stessa.

⁴ L’espressione “trust interno” si deve a Maurizio Lupoi.

⁵ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, p. 546.

⁶ Per uno sguardo d’insieme sulla prassi in materia, si consenta di rinviare a D. Muritano, *Trust e diritto italiano: uno sguardo d’insieme (tra teoria e prassi)*, in questo stesso volume.

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause. Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

e nella traduzione italiana non ufficiale ⁷:

Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso.

Qualora la legge scelta in applicazione del precedente paragrafo non preveda l'istituzione del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'articolo 7.

Questa norma dice esattamente quanto si evince dal suo testo. Il punto è pacifico non solo in Italia, ma nei vari Paesi in cui la Convenzione è in vigore.

In effetti la formulazione della norma è avvenuta in seguito a un serrato dibattito, attestato dai lavori preparatori. In quella sede le varie proposte tendenti a limitare la facoltà di scelta della legge applicabile al rapporto furono via via respinte, fino ad arrivare alla testo attuale, come è stato puntualmente notato ⁸.

Non è dunque possibile leggere l'art. 6 come se dicesse: "Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente, purché tutti gli altri suoi elementi significativi non siano localizzati in uno stato che non conosce il trust". L'esame dei lavori preparatori della Convenzione e della relazione finale – a rigore superfluo, visto che il testo è chiarissimo – conferma in ogni caso che nessuna altra interpretazione diversa da quella letterale sarebbe corretta. Nel corso dei lavori preparatori vi furono proposte volte a limitare la possibilità di scelta della legge regolatrice in tal senso, e conseguentemente l'autonomia di scelta del costituente (v. ad es. il primo articolato dell'art. 3, terzo comma: "*il peut ne pas être tenu compte de ce choix, lorsque ni le constituant ni l'objet du trust n'ont de liens réels avec la loi choisie*" o la proposta del notariato latino "*la legge del trust deve corrispondere o a quella nazionale del disponente o a quella del suo domicilio o della sua residenza o a quella del luogo ove il trust sarà amministrato o dove sono i beni o dove si realizza lo scopo principale*"). La scelta finale fu però quella scritta nel testo attuale, che legittima la più ampia libertà di scelta da parte del costituente del trust ⁹.

⁷ La traduzione non ufficiale, curata da Elena Incisa Di Camerana, è riportata in R.Dabormida - P.Dibari - A.Fusi - E. Incisa Di Camerana - G. La Torre - D. Mazzone - F. Steidl, *Leggi tradotte*, Quaderno n. 1 della rivista *Trusts e attività fiduciarie* Milano, 2001, 2.

⁸ M. Lupoi, *Trusts*, cit., pp. 533 ss., con riferimento ai lavori preparatori della Convenzione.

⁹ Cfr. per riferimenti M. Lupoi, *Trusts*, cit. pp. 520 ss.

Considerando questo profilo, si comprende perché i primi argomenti mossi in Italia contro l'ammissibilità del trust "interno" non fecero perno sul dato testuale della Convenzione, riguardante l'art. 6, ma sul rilievo - per così dire - sistematico circa la natura della Convenzione, la quale è, in effetti, una Convenzione di diritto internazionale privato¹⁰. Si è così sostenuto che la Convenzione non avrebbe dovuto avere applicazione con riguardo al trust "interno" in quanto tale fattispecie non manifesterebbe alcun profilo di internazionalità. Questa opinione però non trova conforto né nel testo della Convenzione, né nei lavori preparatori. Tale opinione fa appello all'idea secondo cui, affinché possa operare il richia-

¹⁰ In particolare da G. Brogginì, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 11; G. Brogginì, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 410 ss.; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione*, in *RN*, 2001, p. 11; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *RN*, 2001, p. 1247; C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, in *VN*, 1998, p. 1323; L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *RN*, 1999, p. 279; S. Mazzamuto, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in *VN*, 1998, p. 754. Tale argomento non sembra essere stato affrontato con sufficiente approfondimento dalle pronunce giurisprudenziali in tema di trust interno. Le pronunce giurisprudenziali che dedicano spazio al tema sono Trib. Belluno, 25 settembre 2002 (decr.), in *Trusts e attività fiduciarie* (in seguito: *TAF*), 2003, p. 255 (che, con ragionamenti che paiono non condivisibili giunge a negare l'ammissibilità dei trust interni), e Trib. Bologna 1° ottobre 2003 n. 4545, in *TAF*, 2004, p. 72.

Altri provvedimenti giurisdizionali si sono fino ad oggi occupati nel nostro paese di trust interno: v., fra i più recenti, Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *TAF*, 2002, p. 241; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *TAF*, 2003, p. 580; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545, in *TAF*, 2004, p. 72; Trib. Trento, sez. Cavalese, Giudice Tavolare, 20 luglio 2004, in *TAF*, 2004, p. 573; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, n. 4185, in *TAF*, 2005, p. 83, Trib. Venezia 4 gennaio 2005 in *TAF*, 2005, p. 245, Trib. Parma 3 marzo 2005, in *TAF* 2005, p. 409, che con sentenza nel procedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo dispone che il commissario giudiziale dia attuazione ad un trust "interno", Trib. Trento 7 aprile 2005 in *TAF*, 2005, p. 406; Trib. Velletri 7 marzo 2005, in *TAF*, 2005, p. 407; Trib. Velletri 29 giugno 2005, in *TAF*, 2005, p. 577; Trib. Milano 8 marzo 2005, in *TAF*, 2005, p. 585; Cass. pen., Sez. VI, 18 dicembre 2004, in *TAF*, 2005, p. 574; Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 23 settembre 2005 e Trib. Firenze 2 luglio 2005, in *TAF*, 2006, p. 83 e p. 89. Esistono altre pronunce che riconoscono indirettamente l'ammissibilità di trust interni pronunciandosi favorevolmente in relazione alla trascrizione del vincolo in trust nei registri immobiliari: Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in *TAF*, 2000, p. 372; Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in *TAF*, 2000, p. 372; Trib. Milano, 8 ottobre 2002, in *TAF*, 2003, p. 270; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *TAF*, 2003, p. 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *TAF*, 2004, p. 73, in tema di trust autodichiarato. Sempre in relazione ad un trust autodichiarato, in una vicenda in verità un po' particolare, Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in *TAF*, 2004, p. 74, ha dichiarato tale tipologia di trust non contemplata dalla Convenzione e quindi non riconoscibile in Italia, mentre in secondo grado App. Napoli, 27 maggio 2004, in *TAF*, 2004, p. 570, ha ritenuto il trust valido ma non trascrivibile (sulla trascrizione del vincolo in trust cfr. *infra*, par. 5).

Infine, si segnala Trib. Santa Maria Capua Vetere (decr.), 14 luglio 1999, in *TAF*, 2000, p. 251, in quanto (unitamente a quelli già citati del Tribunale di Belluno e del Tribunale di Napoli) completa il novero delle pronunce contrarie al riconoscimento del trust interno in Italia.

Una rassegna completa delle pronunce giurisprudenziali in materia si trova in D. Muritano, *Trust e diritto italiano*, cit. Tutte le sentenze e i decreti italiani in materia di trust fino alla prima metà del 2005 si trovano ora ordinatamente raccolti in *La giurisprudenza italiana sui trusts*, Quaderno n. 4 della rivista *Trusts e attività fiduciarie*, Milano, 2005.

mo alla legge straniera, la fattispecie deve presentare (qualificati) elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano. La mera scelta della legge straniera non sarebbe però in grado di soddisfare il suddetto requisito. Il rilievo richiama alla mente quelle opinioni che ammettevano la possibilità per le parti di scegliere la legge applicabile al contratto, in quanto il contratto fosse oggettivamente "internazionale". Un esempio di tale soluzione, sul piano positivo, è dato dalla Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di oggetti mobili corporali. L'articolo 1 di tale Convenzione, nel regolare il campo di applicazione, stabilisce per l'appunto che essa si applica: "*aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*". Ma questa è solo una delle scelte possibili.

È noto che la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ha accolto un approccio diverso, come risulta dal suo articolo 1 e dal comma 3 dell'articolo 3¹¹ che, nel prevedere la libertà di scelta della legge regolatrice, contiene una salvaguardia delle "disposizioni imperative" riguardo ai rapporti per il resto del tutto legati ad un unico paese. Ed in effetti, i lavori preparatori di tale Convenzione, che per espressa previsione non si applica: "*alla costituzione di "trusts" né ai rapporti che ne derivano tra i costituenti, i "trustees" e i beneficiari*" (art. 1, comma 2, lett g), recano traccia delle resistenze che indussero ad abbandonare l'altra via.

In relazione alla Convenzione dell'Aja che è oggetto del presente studio il rilievo dato in sede di interpretazione alla necessaria presenza di oggettivi e qualificati elementi di internazionalità della fattispecie per poter far luogo all'applicazione della Convenzione dell'Aja è dunque da scartare, poiché la Convenzione relativa al trust non limita il proprio campo di applicazione in tal modo, a differenza di altre Convenzioni internazionali.

¹¹ Il terzo comma dell'art. 3 della Convenzione di Roma, richiamata dall'art. 57 della nostra legge di riforma del diritto internazionale privato, n. 218 del 31 maggio 1995, così recita: "La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate "disposizioni imperative".

Sull'applicazione della Convenzione di Roma a contratti puramente interni, v. in particolare S.M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, in *TAF*, 2003, p. 333; R. Luzzatto, "*Legge applicabile*" e "*riconoscimento*" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in *TAF*, 2000, p. 7, spec. pp. 14 ss.; L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *TAF*, 2001, p. 505; A. Gambaro, *Trasferimento di quote sociali al trustee: iscrizione nel registro delle imprese*, in *TAF*, 2000, p. 225, in commento alla citata sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere; F. Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, Torino, 1996, p. 169; N. Boschiero, voce *Obbligazioni contrattuali (dir. internaz. priv.)*, in *EdD*, aggiorn., vol. IV, Milano, 2000, p. 821 ss.; L. Forlati Picchio, voce *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Dig/priv.*, vol. IV, Torino, 1999, pp. 214 ss.; G. Petrelli, *Formulario notarile commentato*, vol. III, tomo I, Milano, 2003, p. 605.

La possibilità di scelta di una legge straniera per regolare un rapporto contrattuale per il resto del tutto interno era già ammessa nell'art. 25 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile (cd. preleggi), oggi abrogato dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 (riforma del diritto internazionale privato).

Il campo di applicazione della Convenzione è infatti delimitato dal suo primo capitolo (“*Champ d’application/Scope*”), contenente gli articoli da 1 a 5. Questi articoli non escludono affatto il trust “interno” dal campo di applicazione della stessa Convenzione.

La Convenzione, nel delimitare il proprio campo di applicazione, individua i tratti distintivi del fenomeno cui si applica, e cioè il trust, all’art. 2:

Ai fini della presente Convenzione, per trust s’intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell’interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Il trust presenta le seguenti caratteristiche:

- a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;
- b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un’altra persona per conto del trustee;
- c) il trustee è investito del potere e onerato dell’obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l’esistenza di un trust.

Gli articoli successivi del medesimo capitolo stabiliscono inoltre che essa:

- si applica solo ai trust istituiti volontariamente e provati per iscritto (art. 3);
- non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee (art. 4);
- non si applica se la legge specificata al successivo capitolo II non preveda l’istituto del trust o la categoria del trust in questione (art. 5).

Il punto su cui è necessario soffermarsi è legato all’interpretazione da dare all’articolo 5:

La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l’istituto del trust o la categoria di trust in questione.

Un Autore, sostenendo che “*Il dettato dell’art. 5 è imperativo e quindi assai più rilevante dell’art. 13, di solito invocato per sostenere la discrezionalità offerta al giudice di un ordinamento che non conosce il trust*”, ritiene che esso vieterebbe di applicare la Convenzione quando il trust presenti collegamenti più stretti, secondo l’art. 7, con un ordinamento che non conosce il trust¹².

Questa lettura della norma non è puntuale. La legge cui si riferisce l’art. 5 è determinata da due norme poste nel capitolo secondo della Convenzione dedi-

¹² Cfr. G. Brogini, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 21.

cato proprio alla legge applicabile, cioè l'articolo 6, secondo cui il trust è retto dalla legge scelta dal costituente, e l'articolo 7, per cui, in mancanza del primo criterio, opera il criterio del collegamento più stretto (art. 7). In astratto, è possibile, evidentemente, che la legge scelta dal costituente (o in difetto di scelta del costituente, la legge con cui il trust presenta il collegamento più stretto) non conosca l'istituto del trust, o la categoria di trust in questione. Può accadere, ad esempio, che il costituente del trust voglia costituire un "purpose trust" (trust di scopo) per fini che non hanno di mira la pubblica utilità (*non-charitable*), e scelga come legge regolatrice la legge di un paese che non ammette tale figura¹³. L'art. 5 della Convenzione disciplina quindi tale caso, e non invece, come si vorrebbe, quello affatto diverso, in cui il costituente del trust "interno" abbia scelto per legge regolatrice, ad esempio, la legge di Jersey, che conosce la figura. L'articolo 5 della Convenzione si guarda bene dall'escludere quest'ultima ipotesi dal campo della sua applicazione.

Alla luce di quanto detto, il riferimento all'art. 5 della Convenzione è fuori luogo rispetto al problema di stabilire il regime del trust interno. Tale articolo non vieta certo i trust interni, ma stabilisce che la Convenzione non possa trovare applicazione qualora un trust venga istituito in forza dell'autonomia privata, senza che possa individuarsi una legge che lo regolamenti. Questo avviene - come abbiamo visto - quando, in mancanza di una scelta o in caso di scelta errata della legge, i criteri di collegamento portino ad una legge che non preveda l'istituto del trust, o la categoria del trust in questione. Si vuole cioè evitare che il trust si situi in un vuoto normativo in cui, oltre le disposizioni dell'atto istitutivo, non si abbia una legge regolatrice. Non si tratta certo di una norma inutile, in quanto precisa che la Convenzione non estende la sua applicazione a questa eventualità.

Con riguardo a tale eventualità e cioè alla creazione degli stessi effetti di un trust senza ricorrere ad una legge che regolamenti la fattispecie, ma utilizzando la sola autonomia privata, è opportuno dare conto della riflessione, condotta da illustre dottrina¹⁴, secondo cui gli scopi che si perseguono attraverso il ricorso al trust interno (con relativa scelta di una legge straniera regolatrice), potrebbero trovare realizzazione nel nostro ordinamento mediante l'utilizzo dei soli strumenti propri del diritto interno, senza alcuna necessità di fare riferimento alla Convenzione.

Tale tesi, riprendendo alcune ricostruzioni della dottrina più moderna, riguardo la centralità dell'autonomia negoziale privata, la flessibilità delle strutture giuridiche rispetto agli interessi da perseguire e la necessaria corrispondenza fra gli assetti degli interessi come fissati dall'autonomia privata e gli effetti giuridici degli atti, rivendica piena cittadinanza nel nostro ordinamento a tutti gli atti volti ad imprimere vincoli di destinazione a beni, trasferiti in modo pura-

¹³ Per un caso di questo genere: *Dubai Aluminium Company Limited v. Deloitte Haskins & Sells, Coopers & Lybrand Deloitte, Fox & Gibbons* (QBD (Comm Ct), 6 luglio 2001). Un primario studio di sollicitors inglesi che operava per clienti del Dubai scelse nella specie come legge applicabile al trust il diritto dell'Emirato del Dubai, che però non conosce l'istituto del trust.

¹⁴ Cfr. G. Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *RDComm.*, 2001, I, p. 391; ID., *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *RDComm.*, 2000, I, p. 133.

mente strumentale ad un gestore, al fine di farli pervenire a soggetti beneficiari.

Più precisamente, ogni volta che, nel nostro ordinamento, un atto attributivo sia accompagnato da uno di destinazione, non sarebbe corretto riconoscere effetti *erga omnes* al solo atto attributivo ed effetti esclusivamente *inter partes* all'atto di destinazione, sulla base dell'assunto (ritenuto dall'autore di dubbia costituzionalità) che solamente il negozio attributivo possa avere rilevanza esterna e fungere da "indice della circolazione dei diritti", mentre i "negozi destinatari" (salvo il caso della fondazione), parimenti ad ogni altro tipo di pattuizione contenuta nell'atto, possano avere solamente rilevanza interna.

Secondo tale autore, pertanto, un "negozio atipico di destinazione" retto dal diritto italiano sarebbe in grado autonomamente di produrre nel nostro ordinamento effetti segregativi identici a quelli che la Convenzione dell'Aja riconosce ai trust cui essa si applica (cioè quelli che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2 della Convenzione stessa), riducendosi così la questione dell'applicazione della Convenzione al trust interno ad uno "pseudo-problema".

Questa tesi ha recentemente trovato riscontro in un provvedimento¹⁵ che, nel negare l'applicabilità della Convenzione dell'Aja al trust interno, ha ritenuto ammissibile l'istituzione di un trust interno (riconoscendone i relativi effetti) in quanto "negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli art. 1322 e 1324 c.c."

Oggi questa tesi pare da ultimo avere trovato riconoscimento da parte del nostro legislatore con il recentissimo inserimento dell'art. 2645-ter c.c.¹⁶ che nel prevedere la possibilità di trascrivere atti di destinazione diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, sembra riconoscere implicitamente alla nostra autonomia privata la possibilità di creare "rapporti giuridici" rientranti nella definizione di trust secondo l'art. 2 della Convenzione dell'Aja.

Non è compito di questo scritto commentare la tesi soprariportata né la norma appena inserita nel nostro codice civile, quel che è certo è che aderendo a tale tesi ed ora a seguito del nuovo art. 2645-ter c.c. il nostro Stato non può più essere annoverato tra quelli che "non prevedono l'istituto del trust" e conseguentemente l'art. 13 della Convenzione dell'Aja non potrebbe più essere invocato per negare il riconoscimento ad un trust interno.

3. Il riconoscimento del trust interno e l'art. 13 della Convenzione¹⁷

Come si è sopra chiarito, se le parti scelgono una legge regolatrice che preveda l'istituto del trust, la Convenzione è pacificamente applicabile, con il conseguente obbligo per lo Stato in cui la Convenzione è in vigore (salvo quanto disposto dall'art. 13 e dalle altre norme di salvaguardia contenute nella

¹⁵ Trib. Velletri (ord.) 29 giugno 2005, in *TAF*, 2005, p. 577 e in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 785, con commento di S. Mazzamuto, *Trust interno e negozio di destinazione*.

¹⁶ Art. 39-novies del decreto legge n. 273 del 30 dicembre 2005 convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51.

¹⁷ Questo paragrafo è stato redatto con il fondamentale contributo del Prof. Michele Graziadei, che ringraziamo.

Convenzione) di riconoscere il trust (capitolo III della Convenzione) con gli effetti di cui agli artt. 11 e seguenti della stessa Convenzione.

Risulta dunque comprensibile perché, nell'approfondire il tema, l'attenzione degli interpreti - in particolare della dottrina - si sia appuntata soprattutto sull' art. 13 della Convenzione.

Nei due testi che fanno fede la norma recita:

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause. No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

La traduzione italiana non ufficiale reca:

Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione.

Questa norma fu effettivamente introdotta nella Convenzione come "*clausola di salvaguardia a favore degli Stati che non conoscono il trust*"¹⁸ o la categoria di trust in questione, essenzialmente per rimuovere un ostacolo che si poteva frapporre al successo della Convenzione.

Come rileva il *Rapporto* di von Overbeck, la norma: "*permette al giudice di uno Stato che non conosce il trust di rifiutarne il riconoscimento in quanto egli reputi che si tratti di situazione interna*"¹⁹.

Giova quindi osservare (riservandoci di approfondire fra breve l'elemento dell'*abuso*, che pure è richiamato nel *Rapporto* di von Overbeck²⁰) che la norma si indirizza genericamente alle situazioni "interne", ma proprio per questa ragione sarebbe erroneo far leva su di essa per determinare il campo oggettivo di applicazione della Convenzione sul piano del diritto internazionale. La stessa Convenzione toglie infatti ogni dubbio circa il fatto che la norma regoli il riconoscimento del trust, ai sensi del capitolo III, in cui l'art. 13 è inserito, e non

¹⁸ Cfr. A.E. Von Overbeck, Rapport explicatif § 123, in Actes et documents, cit., p. 397: "La faculté prévue par l'article 13 est ouverte aux juges de tous les Etats contractants, mais il est évident qu'il s'agit en fait d'une clause de sauvegarde en faveur des Etats ne connaissant pas le trust."

¹⁹ ID., § 124, p. 397: "On notera encore que cette disposition permet au juge d'un Etat ne connaissant pas le trust de refuser la reconnaissance du trust parce qu'il estime qu'il s'agit d'une situation interne."

²⁰ ID., § 123: "La clause sera surtout utilisée par les juges qui estiment que la situation a été abusivement soustraite à l'application de leur propre loi."

invece l'ambito di applicazione della Convenzione.

La lettura della norma rivela che essa facoltizza, e non impone di non riconoscere effetto al trust cui essa si riferisce.

L'articolo citato è del tutto coerente con la lettura dell'articolo 6 offerta nel paragrafo precedente, secondo cui il trust interno è validamente retto dalla legge straniera scelta dal costituente. La norma infatti non avrebbe ragione d'essere se la scelta della legge effettuata ai sensi dell'articolo 6 fosse semplicemente invalida, o estranea al campo di applicazione della Convenzione, in relazione all'ipotesi considerata nell'articolo 13. L'art. 13 può quindi condurre a negare effetto al trust ma non *deve* condurre *in ogni caso* a disapplicare la legge straniera scelta dal costituente.

Pertanto, il trust interno, retto dalla legge straniera scelta dal costituente ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione, è valido e non affetto da alcun profilo di nullità che non derivi dal diritto straniero (proprio in quanto ad esso si applica la Convenzione) o dalla manifesta contrarietà all'ordine pubblico. Alla stessa stregua sono validi i negozi di dotazione dei beni al trustee che trovano causa nel trust, anche qualora il giudice neghi, per ragioni diverse dalla sua manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico²¹, il riconoscimento del trust, in forza dell'art. 13 della Convenzione, dal momento che ciò avrà come sola conseguenza l'impossibilità che il trust produca gli effetti di cui all'art. 11 della Convenzione stessa nel nostro ordinamento²².

Tale facoltà si comprende proprio perché la Convenzione mirava anche a dissipare i timori che i delegati dei paesi dell'area continentale portavano al tavolo delle trattative circa il fatto che l'istituto potesse così giungere ad essere ricevuto nei paesi di *civil law* in maniera incontrollata.

L'interpretazione qui avanzata è coerente con i canoni interpretativi da applicare alla Convenzione in commento secondo la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, e secondo l'art. 2, comma 2, della nostra legge di diritto internazionale privato.

In particolare l'art. 31, comma 1, della Convenzione di Vienna, secondo cui: "*Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.*"²³ conduce precisamente ad accogliere l'interpretazione illustrata, in quan-

²¹ La contrarietà manifesta del trust all'ordine pubblico comporta la disapplicazione della Convenzione ai sensi dell'art. 18 dello stesso testo, si avrà quindi la caducazione sia del trust che dei negozi dispositivi.

²² Di diversa opinione M. Lupoi, *Lettera a un notaio conoscitore dei trusts*, in *RN*, 2001, pp. 1161-1162 il quale ritiene che il diniego del riconoscimento comporti la nullità del trust e conseguentemente la nullità degli atti di dotazione per mancanza di causa.

²³ La regola generale di interpretazione posta dall'art. 31 precisa che oltre al contesto deve tenersi conto anche di ogni: "pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité". I mezzi sussidiari di interpretazione contemplati dall'art. 32 (tra cui in particolare i lavori preparatori e le circostanze relative alla conclusione del trattato), sono invece ammessi per confermare l'interpretazione ottenuta in modo conforme all'art. 31, oppure per determinare il senso della norma, allorché l'interpretazione basata sull'art. 31 conduca ad un senso ambiguo o oscuro, o ad un risultato manifestamente assurdo o irragionevole.

to il senso ordinario dei vocaboli conduce ad essa, nel rispetto dell'oggetto e dello scopo della Convenzione stessa ²⁴. L'interpretazione stessa deve ritenersi conforme a buona fede, poiché non è sviluppata per violare le obbligazioni derivanti dalla Convenzione dell'Aja, bensì per consentire piuttosto che essa abbia effetto, nel rispetto della norma posta dal suo art. 13.

Senza dubbio, il giudice italiano, in base all'articolo citato, potrebbe negare effetto al trust interno, e ricondurre la fattispecie all'applicazione del diritto italiano. Così il *Rapporto* di von Overbeck è esplicito nel ritenere che l'art. 13: "sarà soprattutto utilizzato dai giudici che reputano che la situazione sia stata abusivamente sottratta all'applicazione del loro diritto." ²⁵. Nell'effettuare tale operazione il giudice rimane però soggetto alla legge. Per rispettare il principio di legalità l'esercizio di tale potere non può tuttavia trasformarsi in arbitrio, in scelta capricciosa ²⁶. La scelta di negare effetto al trust regolato dalla legge straniera solo perché il trust è localizzato in Italia si qualifica come "capricciosa", sotto il profilo dello stretto diritto, ed anche per considerazioni di ordine sostanziale.

Sotto il profilo dello stretto diritto, bisogna rilevare che la prassi internazionale - rilevante in sede di interpretazione di una convenzione internazionale, come regola generale di interpretazione - non incoraggia il disconoscimento del trust in base all'art. 13 della Convenzione ²⁷.

Vi è da notare anzitutto che l'art. 13 della Convenzione non è stato riprodotto nel Recognition of Trusts Act 1987, la legge con cui Regno Unito ha ratificato la Convenzione. È quindi pacifico che il trust "interno" debba essere riconosciuto nel Regno Unito, salvi i limiti all'operare di tale legge ai sensi di altre norme della Convenzione, ed in particolare dell'articolo 18 della Convenzione, riguardante l'ordine pubblico ²⁸. La prima lite decisa nel Regno Unito in base alla Convenzione depone a favore della piena autonomia del disponente nella scel-

²⁴ Sul punto S. Bariatti, *L'interpretazione della Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Milano, 1986, p. 183 "Il metodo di interpretazione adottato dalla Convenzione ha natura prevalentemente oggettiva...", per quanto poi l'oggettivismo debba ritenersi "qualificato" p. 185.

²⁵ A.E. Von Overbeck, *Rapport explicatif*, cit., § 123, p. 397. Vedi indietro la nota 16 che riporta il testo nell'originale francese.

²⁶ Trib. di Bologna 1° ottobre 2003, n. 4545 giudica inammissibile una interpretazione dell'art. 13 tale da implicare un disconoscimento obbligatorio o - peggio - "capriccioso" dei trust interni.

²⁷ Avvertiva peraltro correttamente P. Piccoli, *La Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trusts, dell' 1 luglio 1985, ratificata il 16 ottobre 1989 ed i riflessi di interesse notarile*, in AA. VV., *Fiducia, trust, mandato e agency*, Milano, 1991, p. 137 ss., a p. 149, che: "l'assenza di un meccanismo di interpretazione unitario della convenzione nel caso di divergenti interpretazioni da parte dei giudici nazionali (...) potrà determinare, in taluni casi, scarsa uniformità nella applicazione normativa".

²⁸ Il punto è pacifico per tutti i commentatori. Si veda in proposito l'analisi di L. Smith, in M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005, p. 410 ss.; è invece aperta la discussione intorno a cosa possa costituire violazione dell'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 della Convenzione. La medesima soluzione è accolta riguardo al diritto scozzese: G. Gretton, *ibid.*, p. 424, ss., secondo cui è improbabile che l'art. 18 venga effettivamente invocato per disattendere la scelta della legge straniera.

ta della legge applicabile²⁹. È bene inoltre ricordare che il Regno Unito ha dato effetto alla Convenzione, nel testo ora menzionato, anche per i seguenti Paesi: Bermuda, Isole Vergini britanniche, Isole Falkland, Gibilterra, Isola di Man, Sant'Elena e alcuni altri territori per cui ha la rappresentanza internazionale, ed ha poi esteso l'applicazione del medesimo testo anche a Monserrat, Jersey, Guernsey, Turks and Caicos Islands, e ad Hong Kong (ora Regione Amministrativa Speciale della Repubblica popolare cinese).

La prassi che così si attesta offre una prima chiara indicazione riguardo al tema.

Con la propria legge di ratifica della Convenzione, Malta ha chiaramente optato per la medesima soluzione³⁰.

Una indicazione di segno analogo ulteriore si ricava esaminando la legislazione di San Marino, il paese che più di recente ha aderito alla Convenzione dell'Aja e si è anche munito di un legge che disciplina in linea generale il trust. La legge sammarinese del 17 marzo 2005, n. 37, relativa a tale istituto, all' art. 1, prevede espressamente la figura del "trust estero", che è designato come il trust la cui legge applicabile è la legge sul trust di uno Stato estero. La legge di San Marino non solleva dubbi circa la possibilità di sottoporre alla legge straniera un trust interamente localizzato in San Marino. Anzi, richiede espressamente che, nel costituire il trust, il costituente debba indicare la legge regolatrice del trust (art. 8, lett e), sposando così apertamente la libertà di scelta della legge applicabile sancita dall'art 6 della Convenzione. In quell'ordinamento è dunque ipotizzabile solo un' applicazione residuale dell'articolo 13. Essa appare in effetti piuttosto remota, soprattutto con riguardo all'ipotesi di trust amministrato da trustee sammarinese, ma costituito da italiani non residenti in San Marino. In tal caso infatti l'ordinamento di San Marino dovrebbe negare riconoscimento del trust retto dalla legge straniera scelta dal costituente in omaggio ad un diritto, quello italiano, che non è il diritto del foro.

Il diritto lussemburghese, che ha riformato di recente la propria legge sulla *fiducie*, pare a sua volta indirizzato in tal senso³¹.

Il diritto dei Paesi Bassi si allinea a sua volta alle precedenti esperienze nell'offrire una lettura restrittiva dell'art. 13³². Lo Hoge Raad nel 1998 ha infatti riconosciuto nei Paesi Bassi un trust retto dalla legge di Jersey che era stata scelta mediante un atto costitutivo posto in essere in Inghilterra da parte di un costi-

²⁹ Re Barton (Deceased), [2002] Ewhc 264, [2002] Wttr 469 (Ch). Il giudice che ha reso la sentenza è Lawrence Collins.

³⁰ An act to enable Malta to ratify the Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, and to make certain amendments to the offshore Trusts Act, cap. 331, Act n. XX of 1994.

³¹ Loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires, pubblicata in Mém. 4 n° 124 del 3 settembre 2003, p. 2620. Vedi in proposito S. Jacoby, in M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith (cur.), *Commercial Trusts*, cit., p. 421-422.

³² Nei Paesi Bassi la Convenzione è stata ratificata con la legge intitolata *Wet conflictenrecht trusts*, Staatsblad 1995, 505.. Sulla ratifica della Convenzione in tale paese: A. E. Von Overbeck, *La ratification de la Convention de La Haye sur le Trust par les Pays-Bas : un exemple pour la Suisse ?*, in Collisio Legum, *Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Brogginì*, Milano, 1996, p. 367 ss.

tuate residente nei paesi Bassi, con nomina di trustee di Jersey³³.

L'Australia ha ratificato la Convenzione nel suo testo integrale, ed al momento non constano pronunce sul punto.

Il Canada ha ratificato la Convenzione per le province del British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, New Brunswick, St. John's, Newfoundland e Labrador, Prince Edward Island. In ciascuna di queste province la Convenzione è entrata in vigore per legge nel suo testo integrale³⁴. Al momento non constano decisioni rese sulla materia qui considerata. Nelle province dell'Ontario, Nova Scotia e nei Northwest Territories rimane in vigore il *common law*. Il codice civile del Québec ha accolto una disciplina internazionalprivatistica dell'istituto basata sulla piena autonomia nella scelta della legge applicabile al trust³⁵.

Gli sviluppi più recenti sul piano internazionale riguardano il diritto elvetico³⁶. Con un messaggio del 20 ottobre 2004 il Dipartimento federale per la giustizia inviava in consultazione la proposta di decreto di ratifica della Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento e di modifica di alcune norme interne. Terminata con pareri largamente favorevoli la procedura di consultazione il 31 gennaio 2005, il 5 dicembre 2005 il Consiglio federale svizzero licenziava il messaggio concernente la ratifica della Convenzione dell'Aja sui trust³⁷. Il progetto di decreto cui il messaggio si riferisce elimina in sede di ratifica l'articolo 13 della Convenzione, al pari di quanto avevano già fatto il Regno Unito (anche per i numerosi paesi e territori sopra citati) e Malta.

La procedura di consultazione avviata dal Dipartimento federale per la giustizia sottoponeva al parere degli interpellati sia la proposta di non riprendere l'art. 13 della Convenzione nel testo di ratifica (con una variante che ne limitava portata), sia la proposta mirante a negare effetto ai trust interni. La prima veniva salutata con favore, la seconda veniva invece respinta dalla maggior parte degli interpellati o intervenienti nella consultazione. In particolare, la proposta di norma tendente ad escludere che trust interni potessero avere

³³ La sentenza della Corte suprema olandese del 18 novembre 1998, n. 31.756, è commentata da A. Dyer, *International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention*, 32 Vand. J. Trans. Law, 989, p. 1017-1018 (1999) e da M. Koppenol-Laforce, in M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith (cur.), *Commercial Trusts*, cit., p. 422 ss.

³⁴ *International Trusts Act*, R.S.B.C., 1996, c. 237; C.C.S.M. c. T165; S.N.B. 1998, c. I-12.3, R.S.N.L., 1990, C.I-17, R.S.P.E.I. 1988, c.I-7; *International Convention Implementation Act*, R.S.A., 2000, c. I-6, s. 1; *Trusts Convention Implementation Act*, S.S. 1994, c. 23.1. Nello Yukon è attesa l'entrata in vigore della Parte 6 di *An Act to Amend the Trustee Act*, S.Y. 2001, c. 11.

³⁵ Vedi gli art. 3107-3108 CCQ. L'art. 3082 del medesimo codice stabilisce che le norme di diritto internazionale privato contenute nel codice non si applicano se, tenuto conto di tutte le circostanze, è manifesto che la situazione ha un legame remoto con la legge di un altro Stato. Tuttavia la medesima norma deroga a tale criterio qualora la legge straniera sia scelta mediante un atto giuridico.

³⁶ I documenti citati nel testo sono pubblicati sul sito del suddetto Dipartimento: <www.ejpd-admin.ch>.

³⁷ *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* del 5 dicembre 2005.

effetto veniva rigettata da alcuni tra i più eminenti studiosi del diritto internazionale privato³⁸. Il messaggio del Consiglio federale accoglie tali opinioni, e quindi propone un decreto di ratifica il quale: “*exprime la volonté de la Suisse de renoncer à se prévaloir de la clause d’exception prévue à l’art. 13 de la convention*”³⁹. Il messaggio inviato dal Consiglio federale spiega perché il testo proposto non contenga alcuna disposizione contraria al riconoscimento dei trust interni, contro cui si era invece levata qualche voce in sede di consultazione: “*Après avoir évalué les résultats de la consultation et pesé tous les arguments, l’élément déterminant de la décision a été que les art. 4, 15, 16 et 18 de la convention, en liaison avec les art. 17 et 18 LDIP offrent une protection suffisante contre la possibilité d’éluider le droit suisse.*”⁴⁰.

Questi indirizzi si comprendono agevolmente poiché la Convenzione, oltre all’art. 13 citato, contiene le norme di salvaguardia già ricordate, che limitano gli effetti annessi alla legge straniera e alla stessa Convenzione. Considerato l’operare incondizionato di tali norme si comprende il tenore facoltativo della disposizione contenuta nell’art. 13, e poi le resistenze ad ammettere perfino la necessità di tale disposizione facoltativa.

L’esame della materia non deve peraltro essere limitato al rilievo riguardante il numero degli Stati che aderiscono all’orientamento ora ricordato, ma deve tentare di cogliere il significato di questa prassi nel contesto, e le sue implicazioni notevoli dal punto di vista dell’esperienza attuale italiana, che è per certo a sua volta largamente favorevole all’ammissibilità della figura, come attesta d’altra parte anche la nostra prassi⁴¹.

Sotto questo profilo merita particolare attenzione la scelta effettuata dal Regno Unito di non incorporare l’art. 13 della Convenzione nel proprio diritto, per una ragione ulteriore rispetto a quella già ricordata. Rilievi analoghi a quelli formulati di seguito in relazione al Regno Unito valgono per Malta e potrebbero valere anche per alcuni altri Stati che fanno parte della Comunità Europea, di cui però non è utile ora dire.

È noto che nel Regno Unito, come negli altri Stati membri della Comunità Europea, vige il Regolamento n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Tale regolamento, che sostituisce la Convenzione di Bruxelles del 1968, avente il medesimo oggetto, discipli-

³⁸ Il riferimento è alle opinioni espresse dai proff. Gutzwiller, Von Overbeck e Vischer, menzionate nel documento “*Résultats de la procédure de consultation*”, p. 12, pubblicato dal Dipartimento federale per la giustizia nell’aprile 2005.

³⁹ Messaggio, *cit.*, p. 44.

⁴⁰ Messaggio, *cit.*, p. 45. L’art. 17 della legge federale sul diritto internazionale (LDIP) privato preclude l’applicazione del diritto straniero qualora esso conduca ad un risultato incompatibile con l’ordine pubblico svizzero. L’art. 18 della medesima legge fa salva l’applicazione delle disposizioni imperative del foro che, in ragione del loro scopo particolare, sono applicabili qualunque sia il diritto designato secondo le norme della medesima legge.

⁴¹ Cfr. in particolare la giurisprudenza richiamata alla nt. 9, nonché la rassegna contenuta nello scritto di D. Muritano, *Trust e diritto italiano*, cit.

na la competenza giurisdizionale relativa a liti in materia di trust con l'introduzione di una competenza speciale riguardante il trust (art. 5), oltre ad introdurre la facoltà di attribuire convenzionalmente la competenza in materia di trust secondo l'art. 23 dello stesso regolamento, che si riporta di seguito integralmente per maggiore comodità del lettore:

1. Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

- a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o
- b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o
- c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.

2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza.

3. Quando nessuna delle parti che stipulano tale clausola è domiciliata nel territorio di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non possono conoscere della controversia fintantoché il giudice o i giudici la cui competenza è stata convenuta non abbiano declinato la competenza.

4. Il giudice o i giudici di uno Stato membro ai quali l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust.

5. Le clausole attributive di competenza e le clausole simili di atti costitutivi di trust non sono valide se in contrasto con le disposizioni degli articoli 13, 17 o 21 o se derogano alle norme sulla competenza esclusiva attribuita ai giudici ai sensi dell'articolo 22.

Il senso della norma citata e la possibilità che essa apre sono abbastanza agevoli da cogliere. In breve, l'atto costitutivo di trust può contenere una clausola riguardante la scelta della giurisdizione. Tale scelta opera in senso esclusivo, salva diversa volontà del costituente. L'atto costitutivo di trust "interno" può dunque contenere una clausola che attribuisce la giurisdizione a favore - per fare il caso più probabile - del giudice inglese. Il giudice inglese, investito della lite, applicherà il diritto internazionale privato inglese per vagliare la scelta della legge operata dalle parti. Poiché tale diritto non contiene una norma corrispondente all'articolo 13 della Convenzione egli non disporrà del mezzo che in Italia

potrebbe invece essere invocato per disconoscere la scelta operata dal costituente, quanto alla legge applicabile al rapporto. Ovviamente il giudice inglese potrà negare effetto alla scelta operata dal costituente in base ad altre norme contenute nella Convenzione, comunque invocabili anche in Italia, ad esempio perché la Convenzione conduce ad un esito che, sotto il profilo dell'applicazione, è manifestamente contrario all'ordine pubblico (art. 18). Altrimenti, egli darà effetto alla scelta della legge cui il trust "interno" è soggetto. La sentenza resa tra le parti sarà quindi eseguibile in Italia e in tutti gli altri Stati membri, secondo le norme dettate dallo stesso regolamento, nei limiti previsti dal regolamento stesso. Si noti che il riconoscimento della sentenza avrà come effetto quello di rendere efficaci in Italia anche le decisioni del giudice inglese riguardanti *resulting* o *constructive trusts* su cui la sentenza statuisca, poiché il regolamento in questione non si applica esclusivamente ai trust creati per volontà del costituente, comprovati per iscritto, ma a tutti i trust. La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Webb c. Webb è eloquente in proposito ⁴².

La scelta effettuata dal Regno Unito, e da altre giurisdizioni, si comprende meglio se si osserva che il trust, pur non essendo assimilabile ad un contratto, come si ricava dalla Convenzione dell'Aja, e prima di essa dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 da cui trae origine il regolamento comunitario sopra citato, ed anche dalla stessa Convenzione di Roma del 1980, può però essere inserito in un contesto contrattuale. Anzi, nella prassi odierna, frequentemente il trust appartiene ad un contesto contrattuale.

Il trust si inserisce in un contesto contrattuale quando il complessivo accordo raggiunto tra le parti dia vita alla fattispecie contemplata dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja. Non è necessario esercitare troppo la fantasia per ipotizzare fattispecie di questo genere. Basti pensare, ad esempio, ad un *escrow account*, nel quale debbano confluire i proventi di un determinato affare. Bisogna comprendere allora che la Convenzione dell'Aja, pur regolando gli aspetti internazionalprivatistici di un istituto diverso dal contratto, ha operato una scelta che consente di non spezzare le operazioni di affari in segmenti diversi e collidenti, come accadrebbe invece se il trust retto dalla legge straniera non potesse essere riconosciuto ai sensi del citato art. 13, mentre per i suoi aspetti prettamente contrattuali l'operazione dovesse avere la copertura della legge straniera scelta secondo la Convenzione di Roma.

Si obietta per contro che la finalità della Convenzione non sia quella di "*introdurre surrettiziamente il trust all'interno di ordinamenti che per tradizione non lo prevedono*", in quanto essa "*rimane comunque pur sempre una Convenzione in tema di conflitti di leggi e non ha assunto il carattere di Convenzione di diritto sostanziale uniforme*" ⁴³.

Il rilievo è eccessivo laddove fa appello all'idea secondo cui l'interpretazione favorevole al riconoscimento del trust interno tenderebbe a trasformare una convenzione di diritto internazionale privato in una convenzione di diritto sostanzia-

⁴² *Raccolta*, 1994, I,1717.

⁴³ Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit..

le uniformi. La Convenzione contiene invero un nucleo di norme uniformi e si comprende la qualificazione proposta da S.M. Carbone di “*norme di diritto sostanziale uniforme*”⁴⁴ in relazione agli artt. 2 e 11 della Convenzione, nonché le affermazioni nello stesso senso di L. Rovelli⁴⁵. Aderendo alle tesi che qui si espongono, Rovelli nota che la Convenzione, con gli articoli 2 e 11, non determina che cosa sia il trust ma “*describe quali rapporti devono essere riconosciuti dagli stati aderenti con il nome di trust*”⁴⁶ e che, una volta così qualificata la fattispecie, ad essa si applica la Convenzione con le sue regole di conflitto in materia di legge applicabile e di riconoscimento

Tali norme, infatti, non riguardano la legge applicabile (e non sono dunque norme di conflitto), bensì mirano a dettare una disciplina uniforme per tutti gli stati aderenti in tema di:

- a) individuazione della situazione regolata dalla Convenzione;
- b) effetti minimi di un trust che gli Stati si obbligano a riconoscere.

Pur ammettendo questo, chiaramente la Convenzione rimane un testo di diritto internazionale privato, opera come tale e non come una Convenzione di diritto uniforme.

Il rilievo è inoltre eccessivo in quanto presuppone che nell'ordinamento italiano non vi siano oggi, e non vi siano state in passato, fattispecie corrispondenti alla figura descritta nell'art. 2 della Convenzione. È vero invece il contrario. La nostra tradizione giuridica ha conosciuto l'istituto descritto nell'art. 2 della Convenzione, sebbene nella nostra esperienza esso non abbia assunto il carattere di figura generale. Il gioco della contrapposizione *common law - civil law* ha per lungo tempo oscurato le testimonianze importanti dello sviluppo della figura nel diritto comune. Tuttavia però l'art. 627 del codice civile regola le disposizioni fiduciarie che si ricollegano a quella grande esperienza⁴⁷. Non è poi da dimenticare che, al di là di questo preciso riferimento, denso di significato storico, il nostro diritto vigente conosce un ampio numero di ipotesi che vanno senz'altro ricondotte alla figura descritta nell'articolo 2 della Convenzione. Esse non si identificano *tout court* con i trust noti nei paesi di *common law*, ma abbracciano gli istituti e le concrete fattispecie, comunque note, che corrispon-

⁴⁴ S.M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *TAF*, 2000, p. 145-146. Cfr. anche A. Gambaro, *Trust e trascrizione*, in *TAF*, 2002, p. 346. Dal momento che il trust è istituto sconosciuto a molti ordinamenti, si è avvertita la necessità di definirlo. La Convenzione è stata infatti definita “auto-referenziale” da M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 501, in quanto “definisce essa stessa il fenomeno giuridico che regola”.

⁴⁵ L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, cit., p. 505.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 510.

⁴⁷ Il retroterra storico della norma è ora oggetto dei seguenti studi: M. Graziadei, *The Development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Régime*, in R. Helmholz e R. Zimmermann (cur.), *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlino, 1999, 237; F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis*, I, Napoli, 2002; M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 2004, p. 81 ss.. Tutti questi studi illustrano la dottrina del diritto comune, analizzano l'esperienza pratica maturata all'epoca, e documentano il ruolo che ebbe il notariato nella storia dell'istituto.

dono ai tratti distintivi enunciati nell'art. 2 della stessa Convenzione⁴⁸. L'elenco di tali figure in Italia comprende almeno le ipotesi ricordate brevemente nel paragrafo successivo. Si ricorderà poi che la dottrina italiana in tema di negozio fiduciario, da Grassetti⁴⁹ a Lipari,⁵⁰ fino a Jaeger e oltre⁵¹, ha preso in considerazione il trust come figura appartenente al medesimo campo di fenomeni in cui si colloca il negozio fiduciario, ed ha saputo trarre proprio dalla disciplina del trust molti degli elementi significativi necessari per sviluppare la teoria del negozio fiduciario.

Dunque, non è esatto affermare *sic et simpliciter* che il trust “non appartiene alla tradizione del diritto italiano”. Quello che non appartiene alla tradizione del diritto italiano sono in primo luogo le nozioni con cui i giuristi appartenenti al mondo di *common law* descrivono e analizzano il trust. Ma la Convenzione svincola la nozione di trust da tale retroterra, e lo fa in quanto non impone in alcun modo di dare effetto al rapporto passando attraverso tali nozioni e alle tecniche che ne sono il corollario.

È stato anche obiettato che: “L'art. 13 appare come una previsione normativa che richiede una apposita disposizione di adattamento ordinario, che nel caso dell'Italia non è stata emanata ... con la conseguenza che non si sono prodotte nell'ordinamento le modifiche necessarie per permettere il riconoscimento dei trust interni, la cui introduzione non è richiesta per rispettare gli obblighi imposti dalla Convenzione.”⁵²

L'obiezione riprende la tesi svolta in un pregevole studio, secondo cui l'art. 13, avendo il carattere di norma non self-executing, necessiterebbe di apposite disposizioni di adattamento ordinario, per essere esecutiva in Italia. In difetto di tali disposizioni, non vi sarebbe in capo al giudice il potere di ammettere il riconoscimento del trust interno, poiché lo Stato italiano - a causa degli effetti minimi dell'ordine di esecuzione - non è tenuto sul piano internazionale a riconoscere il trust interno.⁵³

La conclusione è esatta, quanto al rilievo dell' art. 13 sul piano dell'osservanza/inosservanza degli obblighi internazionali, ma è invece erronea là dove afferma che in difetto di disposizioni interne non vi sarebbe il potere del giudice di ammettere il riconoscimento del medesimo trust.

⁴⁸ Cfr. il Preambolo alla Convenzione, e il Rapporto di Von Overbeck, cit., § 36, p. 378, secondo cui la Convenzione si applica ai trust noti nel mondo di common law e agli istituti analoghi di altri Paesi.

⁴⁹ C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, *RDComm.*, 1936, I, 345; ID., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, ivi, 548.

⁵⁰ N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, pp. 153 ss., 182, 187 ss. 303 ss., 390 ss., i riferimenti riguardano la figura della “fiducia statica”, che ha trovato accoglimento nella giurisprudenza delle nostre corti a partire da Cass. 21 novembre 1975, n. 3911, in *GI*, 1977, I, 1, c. 984. Vedi ora ID., *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 483 ss.

⁵¹ P. G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

⁵² Trib. Belluno (decr.), 25 settembre 2002, cit..

⁵³ G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, pp. 131 ss.

Vale in contrario il rilievo secondo cui l'art. 13 non riguarda affatto il potere di riconoscere il trust retto dalla legge straniera ma, come si evince dal suo testo, quello di non riconoscerlo. Se davvero l'art. 13 fosse una norma non self-executing, dovremmo concludere che lo Stato italiano non avrebbe modo di sottrarsi all'obbligo di riconoscere il trust che è posto dall'articolo 11 della Convenzione⁵⁴.

Per evitare tale conclusione si deve riconoscere che la norma abbia caratteristiche self-executing, poiché rende lecito il non riconoscimento del trust: proprio in quanto facoltizza non richiede ulteriori adattamenti.

Il carattere non self-executing della norma è stato sostenuto rilevando che il Regno Unito non ha incorporato nel proprio diritto l'art. 13, e che la provincia canadese del New Brunswick ha adottato una versione dell'art. 13 diversa da quella accolta dalla Convenzione⁵⁵. Ma tali osservazioni provano troppo, poiché il modo in cui il diritto pattizio è incorporato nell'ordine interno non consente di per sé di trarre inferenze sicure circa il carattere non self-executing della norma, che peraltro non si presta affatto ad essere letta nel modo sopra ricordato⁵⁶.

La dottrina maggioritaria⁵⁷ e le altre pronunce giurisprudenziali che hanno preso posizione sul punto⁵⁸ ritengono che l'art. 13 sia rivolto ai giudici (secondo quanto indicato anche nei citati lavori preparatori), e che attribuisca loro il potere di non riconoscere un trust interno non per il solo fatto di essere "interno", ma solo in presenza di valide e forti ragioni, che vanno al di là del rilievo sommario secondo cui il trust, essendo "interno" non deve e non può essere riconosciuto, il che confliggerebbe, per non dire d'altro, con la libertà di scelta prevista all'art. 6 della Convenzione (che, come visto, è il cardine della Convenzione).

L'art. 13 viene dunque correntemente interpretato come "norma di chiusura", la quale consente al giudice di non riconoscere il trust regolato da legge straniera nel caso in cui, pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia previste agli articoli 15, 16, 18 della Convenzione stessa, il giudice ritenga ugualmente il trust non meritevole di riconoscimento in quanto realizzi un "abuso di diritto", venga utilizzato "in frode alla legge", o comunque realizzi effetti valutati dal

⁵⁴ Se, infatti, si interpreta l'art. 13 come norma diretta al legislatore, al pari dell'art. 26 della Convenzione stessa, che regola le riserve che possono essere espresse dagli Stati in sede di ratifica, essa risulta non rilevante, dal momento che il legislatore non ha esercitato la facoltà di dettare norme al fine di non riconoscere i trust puramente interni.

⁵⁵ G. Contaldi, *Il trust*, cit., p. 131-132, e ivi nt. 106.

⁵⁶ Il riferimento operato dall'autore al diritto del New Brunswick è peraltro inconferente, poiché il Conflict of Laws Rules for Trusts Act 1988 adottato da quella provincia canadese, cui si riferisce l'A., regola esclusivamente i conflitti di legge tra le varie province del Canada. La Convenzione ha invece effetto nel New Brunswick in forza del International Trusts Act 1998.

⁵⁷ Cfr. in particolare M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 541, autore che per primo ha proposto tale interpretazione dell'art. 13 e R. Luzzatto, "*Legge applicabile*" e "*riconoscimento*" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, cit., spec. p. 16.

⁵⁸ Cfr. da ultimo le citate Trib. Bologna 16 giugno 2003 e 1° ottobre 2003; Trib. Brescia 12 ottobre 2004.

giudice ripugnanti all'ordinamento in cui dovrebbe essere riconosciuto ⁵⁹.

Tale interpretazione è indirettamente avallata dall'art. 15, secondo comma della Convenzione, secondo cui, in presenza di norme imperative che impediscono di dare effetto alla legge applicabile al trust:

[Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust,] il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici.

Tale disposizione, infatti, è chiaramente ispirata da un particolare *favor* nei confronti del trust, e obbliga il giudice, in caso di contrasto fra le disposizioni del trust e le norme inderogabili dell'ordinamento individuato dalle norme di conflitto del foro, a non spazzare via il trust vanificandone "gli obiettivi", ma a salvarli e a realizzarli, nei limiti della loro ammissibilità nell'ordinamento, con altri mezzi giuridici.

Ciò conferma la centralità del concetto di "obiettivi del trust" e il fatto che l'indagine sulla riconoscibilità o meno di un trust debba essere condotta caso per caso, senza alcun tentativo di generalizzazione.

4. La responsabilità patrimoniale generale del debitore e la segregazione di beni

Veniamo ora ad un altro argomento invocato con una certa frequenza contro la possibilità di creare o di riconoscere il trust interno.

Il trust produrrebbe un effetto contrastante con l'art. 2740 c.c., relativo alla responsabilità patrimoniale generale del debitore.

Preliminarmente, occorre premettere che la segregazione di beni appartiene all'essenza stessa del trust (non si fa qui distinzione fra trust interni o stranieri); pertanto, se tale effetto fosse incompatibile con il nostro ordinamento giuridico, il nostro Stato non avrebbe dovuto ratificare la Convenzione ⁶⁰.

Ma in questo modo si opera una inversione concettuale.

Lo Stato italiano ha ratificato la Convenzione e pertanto la segregazione patrimoniale che si verifichi per effetto del trust non è (o per lo meno: non è più) incompatibile con il nostro ordinamento.

Infatti, l'art. 11 della Convenzione, quale norma di diritto sostanziale uniforme ⁶¹, detta le conseguenze minime che il riconoscimento di un trust implica, fra cui - correttamente - la segregazione dei beni in trust.

⁵⁹ Dunque, come rilevava P. Piccoli, *La Convenzione de L'Aja*, cit., p. 153, la scelta della legge straniera non potrà essere "né immotivata né fraudolenta". Cfr. Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, n. 4185, cit.: "[il riconoscimento] dovrà essere negato solo in mancanza di qualsiasi ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto". Tale tesi era sostenuta in dottrina, già più di dieci anni or sono, da M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, p. 148 ss. Lo stesso autore osservava che l'art. 13 della Convenzione può essere applicato dal giudice quando, ad esempio, la particolare configurazione di uno specifico trust renda non esperibile l'azione revocatoria per la difficoltà di individuare il giusto convenuto: M. Lupoi, *Lettera ad un notaio*, cit.; e v. anche ID., *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, TAF, 2005, p. 333.

⁶⁰ "La segregazione è un effetto ineliminabile di qualsiasi trust «riconosciuto» in forza delle norme della Convenzione." L'espressione è di M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, in *RN*, 2004, p. 570, ripubblicato in *TAF*, 2004, p. 362.

⁶¹ V. sopra, par. 3.

Tale norma, pertanto, impone (per ammissione unanime) che, ad esempio, i beni situati in Italia di un trust regolato dalla legge inglese e con beneficiari inglesi siano sottoposti al regime previsto dall'art. 11 della Convenzione, che non può dirsi contrario al nostro ordinamento per quanto visto sopra. Anzi, proprio l'art. 11 costituisce la norma di legge che legittima la limitazione di responsabilità in deroga al disposto dell'art 2740 c.c.⁶².

Poiché la Convenzione si applica anche ai trust interni, la legittimità della segregazione patrimoniale deriva anche per essi dallo stesso art. 11⁶³.

D'altra parte, i creditori del costituente non possono lamentare la violazione dell'art. 2740 c.c., quanto piuttosto, ove ne ricorrano i presupposti, esercitare l'azione revocatoria per rendere inefficaci nei loro confronti i trasferimenti al trustee⁶⁴.

I creditori del trustee non possono aggredire i beni in trust, (sostenendo che tali beni sono di proprietà del trustee e che non è loro opponibile il trust) in quanto tali beni sono pervenuti nel patrimonio del trustee con un vincolo di destinazione (non sono suoi beni, né presenti né futuri ai sensi dell'art. 2740 c.c.⁶⁵, in quanto egli deve disporne secondo quanto previsto dall'atto di trust). I creditori dei beneficiari potranno invece soddisfare le proprie pretese sui diritti loro attribuiti, in quanto tali diritti si caratterizzano come crediti vantati verso il trustee, o diano altrimenti luogo ad attribuzioni in loro favore.

Queste soluzioni derivanti dalla legge straniera non collidono con quanto dispone il nostro diritto in una ampio ventaglio di casi. Il nostro diritto conosce vari istituti che producono tale effetto, dalla cartolarizzazione dei crediti (l. 30 aprile 1999, n. 130, art. 3, c. 2), alla cessione dei beni ai creditori (art. 1980 c.c.), al contratto a favore del terzo nelle forme assicurazione sulla vita (art. 1923 c.c.) e della rendita vitalizia a favore del terzo (art. 1881 c.c.), al fondo patrimoniale (art. 170 c.c.), ai fondi per la previdenza e l'assistenza (art. 2117 c.c.), ai fondi pensione (d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, art. 4, c. 2), ai fondi comuni di investimento (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 36, c. 6), al mandato (art. 1707 c.c.), al deposito con mandato, ai patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 *bis* ss. c.c.), alle società fiduciarie (l. 23 novembre 1939 n. 1966), e agli intermediari abilitati alla gestione di patrimoni mobiliari ai sensi d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.⁶⁶

⁶² Cfr., in giurisprudenza, Trib. Bologna 1° ottobre 2003; Trib. Verona 8 gennaio 2003; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, tutte già citate. In dottrina, S.M. Carbone, *Autonomia privata*, cit., p. 147; ID., *Trust interno*, cit., p. 338; F. Steidl, *Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, in *TAF*, 2003, p. 377; contra F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, cit., p. 1251.

⁶³ Infatti, chi sostiene la non legittimità dei trust interni deve per forza sostenere che la Convenzione non si applichi ad essi (cfr. F. Gazzoni, *op. ult. cit. loc. cit.*).

⁶⁴ Cfr. A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in *TAF*, 2002, p. 338. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in *TAF*, 2004, p. 256.

⁶⁵ M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 576.

⁶⁶ In proposito v. P. Piccoli, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *VN*, 1998, p. 785; S.M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, cit., p. 338; A. Gambaro, *Trasferimento di quote sociali al trustee: iscrizione nel registro delle imprese*, cit., p.156; L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, cit., p. 507; A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, cit., p. 341 ss.; L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, p. 70 ss.. In giurisprudenza, v. in particolare Trib. Bologna 16 giugno 2003 e 1° ottobre 2003 nonché Trib. Brescia 12 ottobre 2004.

Del resto, in diritto italiano, nel caso del mandato senza rappresentanza, si trova espresso l'analogo principio per cui i creditori del mandatario non possono aggredire il bene immobile che il mandatario ha acquisito in nome proprio in esecuzione del mandato, benché esso non sia stato ancora stato ritrasferito al mandante, a patto che sussistano particolari risultanze pubblicitarie (priorità della trascrizione della domanda giudiziale diretta a conseguire il trasferimento dell'immobile rispetto alla trascrizione del pignoramento)⁶⁷.

Non vi è nessun conflitto tra l'art. 1707 e l'art. 2740 c.c., e neppure si deve ritenere che il primo deroghi al secondo, trattandosi di norme che si collocano su due piani distinti⁶⁸.

Analogo discorso può ripetersi per i rapporti fra trustee e suoi creditori.

5. Adempimenti pubblicitari (in particolare: la trascrizione immobiliare)

Come accennato in precedenza, in conclusione resta da chiarire come dare pubblicità al rapporto qualora tra i beni in trust sia compreso un bene iscritto in pubblici registri⁶⁹.

Anche su questo punto sono state sollevate perplessità che sembrano non riguardare solo i trust interni, ma in generale tutti i trust in cui siano coinvolti beni immobili situati in Italia, dal momento che tali obiezioni riguardano quelle che sono (o si pretende che siano) le caratteristiche intrinseche del nostro sistema pubblicitario.

L'art. 12 della Convenzione dispone:

⁶⁷ V. L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, cit., p. 512. Sui rapporti fra trust e risultanze pubblicitarie nei pubblici registri, v. *infra*, par. 5.

⁶⁸ Ricordiamo quanto scriveva oltre trent'anni fa P. G. Jaeger, *La separazione del patrimonio*, cit., p. 365, in relazione al rilievo secondo cui l'art. 2740 c.c. avrebbe fatto ostacolo al riconoscimento delle ragioni del fiduciante nel caso di fallimento del fiduciario o di esecuzione forzata dei creditori sui suoi beni: "Infine (ma introduciamo quest'ultima osservazione solo per completezza, perché ci sembra impossibile che qualcuno possa seriamente avanzare un simile argomento) è evidente che il principio dell'art. 2740 c.c. è del tutto neutro ai fini della soluzione della questione. Sarebbe quanto mai arbitrario leggere nel termine "i suoi beni", riferito al debitore, un richiamo alla nozione civilistica di proprietà; laddove il concetto di patrimonio, implicitamente presente nella norma, deve essere precisato e riempito di contenuto." (enfasi aggiunta).

⁶⁹ Oltre alla posizione contraria, più volte citata, di F. Gazzoni, cfr., in senso favorevole alla trascrivibilità, P. Piccoli, *Troppi timori in tema di trascrivibilità del trust in Italia*, in *Notariato*, n. 6/1995, pp. 616-619, P. Piccoli, *Le trascrizioni degli atti riguardanti trusts* (con E. Corso e M. Dolzani), in *RN*, 1995, pp. 1389-1404, A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, cit.; A. Gambaro, *Trust e trascrizione*, cit.; *Trascrizioni di atti attributivi di beni immobili al trustee*, saggi di F. Steidl; M. L. Cenni, G. Gallizia in *TAF*, 2002, pp. 350 ss.; M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 605. Nel seguito, limiteremo l'analisi all'ipotesi di pubblicità immobiliare retta dalle norme del codice civile. Quanto alla pubblicità nel sistema tavolare, si rinvia allo scritto di M. Dolzani, *Il trust nel sistema pubblicitario del libro fondiario*, in *TAF*, 2003, p. 567. La poca giurisprudenza in argomento è costituita dai già citati Trib. Belluno (decr.), 25 settembre 2002, (contrario all'ammissibilità del trust interno nel nostro ordinamento); Trib. Trento, sezione distaccata di Cavalese (decr.), Giudice Tavolare, 20 luglio 2004, in *TAF*, 2004, p. 573 e Trib. Trieste (decr.), Giudice Tavolare, 23 settembre 2005, in corso di pubblicazione su *TAF*, n. 1 del 2006 (i quali hanno ordinato l'intavolazione del diritto di proprietà del trustee con l'annotazione della costituzione in trust).

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

Tale norma è stata inserita nella Convenzione (e caldeggiata dal rappresentante dell'Italia ⁷⁰) con particolare riferimento ai paesi di *civil law*, posto che in Inghilterra è addirittura vietata l'iscrizione della qualità di trustee nei libri fondiari e nei libri sociali.

Tale facoltà attribuita dalla Convenzione ai trustees dei trust riconosciuti è stata correttamente configurata come “*un diritto potestativo, al quale deve corrispondere un obbligo dei soggetti deputati alla pubblicità*” ⁷¹, nei limiti in cui tale iscrizione non sia vietata o incompatibile con la legislazione dello Stato in cui la registrazione deve avere luogo.

Le critiche mosse alla trascrivibilità del vincolo in trust dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane possono così riassumersi:

- a) la proprietà del trustee sarebbe una “*nuova forma di proprietà*” sconosciuta al nostro ordinamento, e ciò violerebbe il *numerus clausus* dei diritti reali ⁷²;
- b) il sistema della trascrizione delineato dal codice civile è improntato a rigidi criteri di tipicità, connessi alla tipicità dei diritti reali, che non consentono di trascrivere il vincolo che il trust imprime sui beni e, più in generale, gli atti che producano effetti diversi da quelli tipici ⁷³.

In merito occorre recuperare concetti illustrati in precedenza.

In primo luogo, quanto alla pubblicità degli effetti traslativi (salvo in caso di trust autodichiarato in cui tali effetti non si producono) è stato chiarito che il tra-

⁷⁰ Cfr. A Gambaro, *Trust e trascrizione*, cit., p. 347.

⁷¹ Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, cit.

⁷² L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, cit.; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, cit., p. 15 ss.; C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, cit., p. 1335.

⁷³ Cfr., oltre agli autori già citati, App. Napoli, 27 maggio 2004, in *TAF*, 2004, p. 570 che, rifiutando la trascrizione di un trust autodichiarato, fonda la motivazione sulla discutibile affermazione che la trascrizione è volta a risolvere questioni di appartenenza e non questioni di disponibilità aventi causa dalla disponibilità del bene. Cfr. *infra*, quanto sostenuto in relazione agli artt. 2447 bis e seguenti c.c.

Del tutto particolare, nonché isolata, è la posizione di C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, cit., secondo cui la trascrizione nei pubblici registri non potrebbe avere l'effetto di rendere opponibile ai terzi il vincolo in trust, tuttavia la conoscenza del trust che i terzi acquirenti possono avere da tale trascrizione (una sorta di pubblicità notizia) legittimerebbe una *exceptio doli generalis*.

Cfr. anche C.M. Bianca, *Diritto civile, vol. 6, La proprietà*, Milano, 1999, p. 203, il quale ritiene che gli artt. 11 e 12 riguardino materie che attengono all'esclusiva competenza delle leggi nazionali e “non possano quindi valere come diritto interno senza una legge che stabilisca i presupposti di opponibilità degli atti sui beni e i modi della loro pubblicità”, anche in considerazione del fatto che lo stesso art. 15 della Convenzione stabilisce che la stessa non ostacola “l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie: (...) d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali; e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; (...)”.

sferimento di beni al trustee non crea un nuovo e atipico diritto di proprietà, in quanto, a seguito del trasferimento, i beni entrano nella piena proprietà e piena disponibilità del trustee⁷⁴. Pertanto, l'atto di trasferimento da disponente a trustee sarà, a tutti gli effetti, un atto che trasferisce la proprietà di beni immobili, secondo quanto previsto dagli art 2643 e 2645 c.c..

Il fatto che i beni in trust non siano aggredibili dai creditori del trustee non significa che egli non ne possa disporre, salvo eventualmente rispondere di tali atti nei confronti dei beneficiari. Quanto poi alla tassatività degli atti soggetti a trascrizioni, essa va intesa come regola che non trova il proprio fondamento unicamente nelle disposizioni sulla trascrizione contenute nel codice civile.

E questo non solo per il rilievo secondo cui tale tassatività non viene espressamente sancita dal codice civile, ma anche per il fatto che un numero sempre maggiore di norme contenute in leggi speciali impongono particolari obblighi di trascrizione⁷⁵.

L'art. 12 della Convenzione impone sicuramente allo Stato aderente l'obbligo di dare pubblicità al trust se questa è l'intenzione del trustee, anche perché, in ordinamenti come il nostro, questo pare l'unico modo per far sì che si producano gli effetti di cui all'art. 11, effetti che lo Stato si è obbligato a riconoscere nel caso un determinato atto possa qualificarsi come trust⁷⁶.

Si ritiene, pertanto, che la disposizione convenzionale sia sufficiente a legittimare la trascrizione che riveli l'esistenza del trust. Il fatto che il legislatore non abbia provveduto a modificare, in sede di ratifica della Convenzione, le disposizioni del sesto libro del codice civile (come pure avrebbe potuto e forse avrebbe fatto meglio a fare) non significa che tali atti non possano ricevere adeguata pubblicità, poiché nessuna norma del nostro ordinamento lo impedisce.

Del resto, pure in mancanza di tale "adeguamento", l'ordinamento offre strumenti idonei ad effettuare la pubblicità degli atti istitutivi di trust e degli atti di trasferimento di beni immobili in trust.

In particolare, sotto il profilo dogmatico, è stata più volte evidenziata l'affinità, per diversi aspetti, con la fattispecie prevista dall'art. 2647 c.c. in tema di fondo patrimoniale⁷⁷.

⁷⁴ F. Steidl, *Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, cit., Cfr., in giurisprudenza, le sentenze citate alla nt. 9, Corte Cost. 21 ottobre 2005, n. 394, che ha ammesso la trascrizione del provvedimento di assegnazione non in proprietà della casa familiare al genitore naturale affidatario di minore, è significativa di come al principio di tassatività della trascrizione si preferisca la tutela degli interessi in gioco.

⁷⁵ Cfr. F. Steidl, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., dove si citano la trascrizione degli atti d'obbligo edilizio ("(...) prassi notarile (...) spesso trasfusa in numerose norme, soprattutto di rango regionale", ivi, nota 3), quella relativa alla cd. legge sulla cartolarizzazione (v. sopra par. 4) oltre alla trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario dei figli in sede di divorzio e di separazione coniugale ai fini dell'opponibilità ai terzi (sancito dalla giurisprudenza: C. Cost. 27 luglio 1989, n. 454, in FI., 1989, I, c. 3336).

⁷⁶ F. Steidl, *Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, cit., p. 377.

⁷⁷ Cfr. in partic. i citati Trib. Trento, sezione distaccata di Cavalese (decr.), Giudice Tavolare, 20 luglio 2004; Trib. Milano, 8 ottobre 2002; Trib. Verona, 8 gennaio 2003; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001. Cfr. anche M.L. Cenni, *Trascrizioni di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., p. 355.

Sulla base di tale considerazione, la prassi consolidatasi procede come segue ⁷⁸:

- a) nel caso di istituzione di trust con trasferimento di beni immobili dal disponente al trustee:
 - a1) si trascrive l'atto di trasferimento della proprietà (che verrà indicato come "Costituzione in trust di beni immobili") contro il disponente e a favore del trustee, *ex artt.* 2643 e 2645 c.c.; eventualmente indicando nel quadro "D" tutti gli elementi riguardanti il trust che si ritengono utili;
 - b1) con successiva formalità si trascrive il vincolo in trust (analogicamente a quanto si fa per il fondo patrimoniale *ex art.* 2467 c.c.), contro il trustee;
- b) nel caso di acquisto da parte del trustee (in tale sua qualità) di un bene immobile che farà parte dei "beni in trust", quando il trust sia stato già precedentemente istituito:
 - b1) come nel caso precedente, si trascrive l'atto di trasferimento della proprietà (che questa volta sarà con grande probabilità un atto "tipico", ad es. una compravendita) contro il disponente e a favore del trustee;
 - b2) con successiva formalità si trascrive il vincolo in trust, come sopra;
- c) nel caso di trust "autodichiarato", in cui cioè disponente e trustee coincidono e non vi è alcun atto traslativo della proprietà, vi è solo la trascrizione del vincolo in trust, analoga a quelle sopra descritte, e la descrizione dell'atto potrà essere "Istituzione di vincolo in trust".

Il tema degli atti trascrivibili è molto complesso e non pare possibile approfondirlo in questa sede; tuttavia, a conferma di quanto sostenuto sopra, si vuole concludere con questa notazione.

La recente riforma del diritto societario ha introdotto la figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 *bis* e seguenti c.c.) che, come è stato notato ⁷⁹, presenta alcune analogie con l'istituto del trust.

A tal proposito, l'art 2447 *quinquies* c.c. dispone:

Diritti dei creditori. — Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti.

Qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, la disposizione del precedente comma non si applica fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri.

Qualora la deliberazione prevista dall'art. 2447-*ter* non disponga diversa-

⁷⁸ Cfr. in partic. M.L. Cenni, *Trascrizioni di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., p. 355.

⁷⁹ Trib. Parma, 21 ottobre 2003; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 e 16 giugno 2003. Cfr. anche M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, cit., p. 569.

mente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

*Gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo.*⁸⁰

La disposizione citata, al secondo comma, parla di “*destinazione allo specifico affare trascritta nei pubblici registri*”.

Tuttavia, tale norma non specifica come tale trascrizione debba avvenire, né - contestualmente all'introduzione di tale norma - è stata modificata alcuna disposizione del libro sesto del codice, onde introdurre in tale sede disposizioni *ad hoc*.

Pertanto, il legislatore fa riferimento ad una trascrizione che non trova, se non in tale sede, la sua legittimazione, esattamente come succede nel caso dell'art. 12 della Convenzione, come recepito dalla legge italiana di ratifica.

A questo punto, in presenza di norme simili nel nostro ordinamento, pare non più sostenibile negare la trascrivibilità del vincolo in trust, sostenendo che essa non rientra fra gli atti previsti agli artt. 2643 e seguenti c.c. o, comunque, fra gli effetti previsti all'art. 2645 c.c..

La citata recentissima novella dell'art. 2645-*ter*⁸¹ non dovrebbe mutare le considerazioni di cui sopra; infatti la trascrizione del vincolo in trust, tipico atto di destinazione, oltre a trovare la sua giustificazione nell'art. 12 della Convenzione dell'Aja come abbiamo visto, quanto meno per i trust rientranti nei limiti previsti da tale articolo, troverebbe ora giustificazione anche nell'art. 2645-*ter* c.c..

6. Trust interno: causa, interessi perseguiti e limiti al suo riconoscimento

L'atto istitutivo di trust è un negozio giuridico - quantomeno per il nostro ordinamento - atipico, con causa variabile (liberale, solutoria, di gestione o di garanzia, a titolo oneroso, etc.).

Tale negozio atipico non deve contrastare con disposizioni imperative e deve essere diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela⁸². Gli atti contemplati dall'art. 4 della Convenzione, in quanto negozi collegati all'atto istitutivo, si reggono sulla validità dello stesso (essi sono validi se è valido l'atto istitutivo e mutuano la loro causa da quella dell'atto istitutivo).

L'atto istitutivo dovrà quindi sempre far emergere la sua causa e sottostare ad un giudizio di meritevolezza (diversamente dalla causa dei contratti tipici); e ciò in modo particolare nei trust liberali, a differenza di quelli che trovano la loro

⁸⁰ Corsivi aggiunti.

⁸¹ Vedi nota 16.

⁸² Cfr. quanto disposto dall'art. 1322, secondo comma, c.c. in tema di contratti. Cfr. Trib Trieste, Giudice Tavolare, 23 settembre 2005, in *TAF*, 2006, p. 83.

giustificazione razionale nel rapporto sinallagmatico, nella causa associativa o comunque in altri rapporti caratterizzati da onerosità.

È quindi estremamente opportuno che negli atti istitutivi di trust interno siano sempre esplicitate le ragioni per le quali si istituisce il trust e le finalità che con lo stesso si vogliono perseguire, in modo da renderne trasparenti gli obiettivi per una loro immediata verifica di meritevolezza e non contrarietà con norme imperative del nostro ordinamento⁸³.

È necessario, a questo punto, chiarire che l'indagine circa la validità del negozio istitutivo di trust e dei connessi atti di sottoposizione e vincolo di beni al trust deve essere condotta in modo attento e rigoroso caso per caso in relazione ai singoli negozi istitutivi individualmente considerati al fine di verificare se per quella specifica fattispecie siano state osservate le norme di salvaguardia, in sostanza non si sia "abusato" dello strumento del trust per realizzare un risultato che il nostro ordinamento vieta.

Il ricorso alla legge straniera, per creare un rapporto riconoscibile ai sensi della Convenzione, presuppone una analisi della fattispecie ed un giudizio di meritevolezza particolarmente pregnante. Si tratta di verificare che tramite la scelta della legge straniera non vengano travalicati i limiti imposti dal nostro ordinamento all'autonomia privata nel quadro dell'applicazione della Convenzione.

Giova ricordare in proposito l'articolo 15, comma 1 della Convenzione, il quale contiene una clausola generale di salvaguardia delle norme imperative della legge cui rinviano le regole di conflitto del foro, e una lista a carattere esemplificativo di disposizioni la cui violazione conduce al non riconoscimento del trust. Nella traduzione non ufficiale, la norma recita:

"La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:

- a) la protezione di minori e di incapaci;
- b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima;
- d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali;
- e) la protezione di creditori in casi di insolvenza;
- f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede"

Sono poi da richiamare le norme di applicazione necessaria fatte comunque salve dall'art. 16 della Convenzione, la cui individuazione è da effettuare avendo presente il loro oggetto e il loro scopo, ai sensi dell'art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218⁸⁴, ed infine il dettato dell'art. 18 dello stesso testo, che con-

⁸³ Valutazioni che, naturalmente, spettano al giudice.

⁸⁴ Su cui si veda Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato*, cit., p. 188 ss.

duce a non applicare le norme della Convenzione qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico.

Queste disposizioni mirano certamente ad assicurare che il riconoscimento del trust previsto dall'art. 11 della Convenzione avvenga senza produrre effetti dirompenti per l'ordine giuridico interno, e in quanto tali devono senz'altro avere attuazione in ogni caso.

L'esame dei profili relativi all'effetto delle norme di applicazione necessaria e alla manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico tocca temi generali del diritto internazionale privato, che trovano la propria sede appropriata di discussione in altri ambiti.

Qui conviene invece soffermare l'attenzione sull'art. 15 della Convenzione, perché esso è strettamente legato alla materia in discussione.

La norma fa salve le disposizioni imperative riguardanti materie tradizionalmente connesse al trust, disciplinate dalle leggi richiamate dalle norme di conflitto del foro. Nel caso in cui il trust sia 'interno', le norme di conflitto del foro richiameranno per lo più l'applicazione di norme imperative del diritto italiano. La violazione di tali norme, secondo quanto si ricava dall'art. 15, comma 2, incide sulla riconoscibilità del trust, cioè sui suoi effetti nell'ordine giuridico del foro, salva l'indicazione espressamente rivolta al giudice di cercare di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici.

L'art. 15 assolve ad una funzione altamente lodevole, poiché tende ad assicurare che abbiano effetto nel foro solo quei rapporti che possano inserirsi armoniosamente nel quadro delle norme di legge non derogabili dall'autonomia privata. La valutazione da condurre in proposito compete senz'altro al notaio, cui venga richiesto di prestare il proprio ministero, e non può mai essere delegata ad altri (vedi *infra*, par. 7).

L'interrogativo legittimo, che si pone al riguardo, concerne lo spazio operativo dell'istituto qualora, com'è assolutamente doveroso, venga rispettato puntigliosamente il limite al riconoscimento stabilito dalle norme imperative richiamate dall'art. 15.

Sul punto in Italia si è sviluppata una casistica significativa, che abbraccia fattispecie disparate, alcune delle quali già venute all'attenzione del giudice, o già oggetto di commento in dottrina, come è noto. Non compete a questo studio entrare nel merito della singola soluzione. Va invece osservato in linea generale che l'esame di liceità di cui si tratta deve essere effettuato in relazione alla concreta volontà consegnata all'atto istitutivo, e agli effetti che deriverebbero nel foro dal rapporto retto dalla legge straniera applicabile.

Sulla scia di tali rilievi, e senza la pretesa di fornire un esame completo delle varie ipotesi richiamate dall'art. 15, che per la sua ampiezza è meritevole di trattazione in successivi e separati studi deve ritenersi, ad esempio, che le norme dettate dal nostro legislatore per regolare la creazione di patrimoni destinati in ambito societario, come pure la stessa disciplina della società a responsabilità limitata unipersonale, non possano essere eluse mediante il ricorso al trust ⁸⁵.

⁸⁵ L'art. 2447 c.c. impone limiti (per es. 10% del patrimonio netto della società) ed adempimenti pubblicitari certamente non superabili con il ricorso al trust.

Altra situazione che merita di essere toccata brevemente in linea generale per il suo immediato rilievo notarile, è l'ipotesi in cui il trasferimento dei beni dal disponente al trustee leda (potenziali) diritti dei legittimari, salvaguardati dall'art. 15 Conv.

Sul punto è utile precisare in primo luogo che non sarà la mera istituzione del trust a porsi in potenziale conflitto con i diritti dei legittimari, bensì l'atto di trasferimento dei beni o diritti dal disponente al trustee, la cui validità o efficacia in linea di principio non è retta dalla legge scelta secondo la Convenzione, ma dalla legge individuata dalle regole di conflitto del foro, secondo quanto prevede l'art. 4 della stessa Convenzione⁸⁶. Qui peraltro si può osservare che, oltre alla possibilità di esperire l'azione di riduzione⁸⁷, la norma contenuta nell'art. 15 della Convenzione può condurre al non riconoscimento del trust, in quanto venga rilevato un effettivo contrasto tra il trust in questione, e le disposizioni in materia di legittima⁸⁸.

Pertanto, qualora il disponente non utilizzi beni costituenti la sola disponibile in sede di trasferimento di beni al trustee, esso sarà potenzialmente attaccabile dopo la sua morte, anche se il legittimario è uno dei soggetti beneficiari. I rischi di attaccabilità dell'atto sotto questo profilo ovviamente non sussistono nel diritto inglese dove non esiste un istituto paragonabile alla nostra legittima⁸⁹.

Alla stessa stregua, e sempre a titolo esemplificativo, è possibile che si debbano formulare valutazioni analoghe quanto ad operazioni lesive dei diritti dei creditori mediante atti di disposizione con cui determinati beni sono trasferiti al trustee. Qui può essere esperita l'azione revocatoria, ma può anche non aversi il riconoscimento del trust, per effetto del richiamo a norme imperative da parte della norma contenuta nell'art. 15 Conv.

Da altro angolo di visuale, qualora l'analisi della fattispecie e della volontà negoziale dovesse condurre a constatare che le stesse finalità perseguite attraverso la scelta della legge straniera sono raggiungibili con altrettanta soddisfazione tramite l'applicazione del diritto italiano il ricorso al trust sarebbe privo di ragionevolezza, ove pur non illegittimo⁹⁰.

Alla luce delle considerazioni svolte, è pertanto necessario esaminare più a fondo il ruolo e la responsabilità del notaio in relazione al ricevimento o all'autenticazione di atti istitutivi di trust, come si farà nei paragrafi seguenti.

⁸⁶ Sul piano strutturale occorre infatti distinguere l'atto istitutivo del trust dall'atto di trasferimento dei beni o diritti al trustee. Cfr. G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *TAF*, 2000, 162.

⁸⁷ Vedi Trib. Lucca, 23-9-1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007 e 3391.

⁸⁸ Vedi in proposito A.E. Von Overbeck, *Rapport explicatif*, cit., §54. Cfr. inoltre M. Lupoi, *Lettera a un notaio*, cit., 348 ss..

⁸⁹ Cfr. A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato diretto da R. Sacco*, Torino, 2002, 74 ss.

⁹⁰ Si leggano in proposito i rilievi di A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, VIII, t. 2 diretto da A. Cicu, F. Messineo L. Mengoni, Milano, 1995, p. 639-640, il quale ritiene che il rischio di lacune critiche a parte subiecti in relazione all'impiego del trust vada tenuto ben presente nel valutare il ricorso all'istituto in ambiente di civil law.

7. Il ruolo e la responsabilità del notaio: considerazioni generali

Affrontare un tema di così ampio respiro quale la responsabilità del notaio in relazione alla stipula dell'atto istitutivo di trust è compito non facile, soprattutto alla luce della "trasversalità" propria dell'istituto e della sua estrema flessibilità operativa, ciò che imporrebbe un'approfondita analisi delle leggi straniere che sono chiamate a governare la fattispecie e delle clausole contenute nei singoli atti istitutivi, il tutto da esaminare nel rapporto con le norme del nostro ordinamento interno e, ancor prima, da coordinare con i principi generali.

Rinviano a successivi studi l'esame dei rapporti tra legge straniera e legge italiana, clausole degli atti istitutivi e ordinamento interno, non si può comunque non sottolineare che la materia offre profili di particolare delicatezza e che il notaio, nell'accostarvisi, deve considerare con grande attenzione e prudenza la estrema varietà delle fattispecie prevedibili e delle norme chiamate in causa, tenuto conto che ruolo e responsabilità del notaio connessi alla sua pubblica funzione non mutano nella specifica materia ⁹¹.

L'analisi dei profili di responsabilità del notaio che stipula l'atto istitutivo di trust andrà effettuata in stretta connessione con quanto affermato nei parr. precedenti e l'aver ammesso, sia pure problematicamente, la legittimità in astratto del trust interno, non esime certo il notaio dallo svolgere i compiti che istituzionalmente gli competono quale istituzione che mira a fornire certezze in merito all'assetto ed alla titolarità dei diritti, compiti che in questa materia e per tutte le ragioni indicate nei paragrafi precedenti, devono essere svolti con particolare attenzione e rigore.

8. Intervento in atto notarile di persona che si dichiara trustee

Si è già all'inizio precisato che nel caso in cui il trustee acquisti o venda un bene, o compia qualsiasi altro atto relativo ai beni del trust fund, il notaio – ove richiesto – ha l'obbligo di accettare l'incarico.

Ciò discende – e su questo vi è unanimità di consensi – dall'art. 11, comma 2, Conv. in forza del quale " ... il trustee [ha] la capacità di ... di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica".

In queste fattispecie si pone solo un problema di verifica della legittimazio-

⁹¹ La novità del tema è testimoniata dalla limitata presenza di dottrina e dalla totale assenza di pronunce giurisprudenziali. In dottrina sul tema cfr. A. De Donato, *Trust: aspetti notarili*, in *Quaderni di Federnotizie*, 12, 2001, p. 23; A. Fusaro, *Trust: la responsabilità del notaio*, in *Quaderni di Federnotizie*, 12, 2001, p. 40; G. Gallizia, *Il notaio e la legge del trust*, in *Quaderni di Federnotizie*, 12, 2001, p. 46; M. Dolzani, *La responsabilità del notaio: il caso particolare del trust azionario*, in *Quaderni di Federnotizie*, 12, 2001, p. 47; L.F. Rizzo, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2001, 3, p. 333; M. Lupoi, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 484; ID., *Trusts*, Milano, 2001, p. 582; G.F. Condò, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 478; G. De Nova, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 475; R. Luzzatto, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 473; A. Fusaro, *Legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2001, 2, p. 177; S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, p. 771 ss.

ne a disporre da parte del trustee ⁹².

Prima questione è se la fattispecie di intervento in atto di un trustee rientri o meno nell'ambito applicativo dell'art. 54 r. not., a norma del quale "*I notari non possono rogare contratti nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentanti giuridicamente obbligarsi*".

Su tale punto si osserva come tradizionalmente la norma si è considerata applicabile ai soli casi di rappresentanza ed assistenza di soggetti incapaci o semi-incapaci. La tesi estensiva invece ritiene applicabile la norma anche ai casi di rappresentanza organica e volontaria ⁹³.

Detto questo potrebbe ritenersi la norma non applicabile alla fattispecie di intervento in atto del trustee di un trust, trattandosi di soggetto pienamente capace, che agisce in nome proprio, quale gestore dei beni in trust.

Il trustee è un soggetto titolare di diritti nell'interesse altrui; a costui quindi non saranno in alcun modo applicabili le norme previste in tema di procura o mandato. Se ciò è vero in linea di principio, non è men vero che l'art. 54 r. not. è norma che costituisce un punto di riferimento generale per tutte le ipotesi in cui siano coinvolte questioni di legittimazione a disporre (in linea, del resto, con la tesi prevalente).

Pertanto, al di là delle ipotesi in cui un soggetto interviene in atto notarile senza disvelare la sua qualità di trustee, negli altri casi, qualora cioè tale soggetto si presenti di fronte al notaio quale trustee di uno specifico trust potrebbe trovare applicazione l'art. 54 r. not, con la precisazione che segue.

È vero che il trustee è proprietario dei beni e quindi, come già detto, in linea di principio dovrebbe agire senza dovere giustificare i propri poteri (salvo eventualmente dare prova di essere il trustee in carica in quel momento), al fine di evitare che gli eventuali limiti costituiscano un vincolo alla circolazione dei beni ⁹⁴; tuttavia, tenuto conto del fatto che la qualità di trustee implica la titolarità di un ufficio in virtù del quale la proprietà di cui egli è titolare deve essere gestita in modo da soddisfare un interesse di soggetti terzi (nel caso di trust con beneficiari) o comunque un interesse che trascende la sfera giuridica personale del trustee (nel caso di trust di scopo) ⁹⁵, il notaio non può trascurare che il trustee è un proprietario che ha il potere di scambiare ricchezza ma

⁹² Sulla questione cfr. S. Tondo, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, cit., p. 198 ss; in *Studi e Materiali*, 5.2, Milano, 1998, p. 869 e in RDP, 1997, p. 174; S. Bartoli, *Il trust*, cit., p. 783 ss.

⁹³ Cfr. S. Tondo, *Controllo notarile sui presupposti dell'atto negoziale*, in *Studi e materiali*, 1, Milano, 1986, p. 368 ss.; G. Casu, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in RN, 1998, p. 561 ss.

⁹⁴ Molte leggi del modello internazionalizzazione dispongono in tal senso. Ad es. la recente legge sul trust emanata dalla Repubblica di San Marino (l. 17 marzo 2005, n. 37), all'art. 32 dispone espressamente che "Salve le disposizioni di cui all'articolo 9, comma 7, il trustee dispone dei beni in trust senza limitazioni di sorta, e senza mai dovere giustificare i propri poteri". Per un primo commento a tale legge cfr. AA.VV., *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Maggioli Editore, 2005.

⁹⁵ Cfr. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 785; S. Tondo, *Ambientazione*, cit., p. 199.

non di distruggerla, con tutte le relative conseguenze con riferimento all'art. 54 r. not.⁹⁶.

Può inoltre aggiungersi che non si tratta di valutare soltanto la posizione del trustee ma anche quella dei terzi che con lui contrattano.

In linea generale le limitazioni ai poteri del trustee contenute nell'atto istitutivo di trust non saranno opponibili al terzo acquirente a titolo oneroso di buona fede, ma resterà ferma la responsabilità del trustee secondo la legge regolatrice⁹⁷.

Tenuto conto che molto spesso gli atti istitutivi di trust contengono clausole che variamente condizionano la "competenza" del trustee, anche indicando operazioni non implicanti responsabilità, è sicuramente da approfondire il ruolo che in tale vicenda debba svolgere il notaio, nel caso in cui il trustee abbia disvelato la propria qualità o il vincolo in trust risulti "rivelato" per il bene oggetto dell'atto, dal momento che al trustee, come chiarito, non possono applicarsi le norme in tema di rappresentanza, né volontaria né organica.

9. Conclusioni

Dopo questo *excursus* pare abbastanza chiaro che anzitutto il notaio ed il notariato non possono esimersi dall'approfondire ulteriormente la materia, soprattutto per ciò che concerne il rapporto fra norme della legge regolatrice e norme del nostro ordinamento interno nonché meritevolezza e legittimità degli interessi che si intendono perseguire con il ricorso al trust.

Non può infatti negarsi che il trust (anche interno) è una realtà che vive ed opera nel nostro ordinamento in virtù della Convenzione de L'Aja, ratificata e pienamente operante e che la giurisprudenza si è finora espressa in termini ampiamente positivi.

D'altro canto non v'è dubbio che i problemi di adattamento dell'istituto sono molteplici e il compito dell'operatore giuridico che intende strutturare un'operazione utilizzando il trust è molto delicato, soprattutto alla luce del fatto che occorre utilizzare una legge straniera, la cui interpretazione, trattandosi il più delle volte di ordinamenti di *common law*, si ricava non dai manuali bensì dall'esame dei precedenti, non semplici da individuare (anche se i mezzi informatici ormai ne agevolano davvero la ricerca).

In particolare, negli ordinamenti di *common law* i precedenti giudiziari assurgono infatti al ruolo di fonte del diritto in senso formale, pertanto nel panorama giuridico internazionale le leggi in materia di trust, a prescindere dalla loro redazione più o meno minuziosa, non sono da considerarsi esaustive.

Considerata la complessità della materia è da ritenere, qualora si aderisca alla

⁹⁶ Per fare un esempio attuale: la simulazione del prezzo con occultamento del reale corrispettivo comporta per la controparte, e per il Notaio se conosciuta, il concorso in truffa nei confronti dei Beneficiari del Trust, del resto questo rischio è analogo in tutti i casi (amministratore di società o procuratore) in cui una persona agisce nell'interesse altrui.

⁹⁷ Cfr. S. Tondo, *Ambientazione*, cit., p. 885.

tesi che il notaio che accetta l'incarico di redigere un atto istitutivo di trust assuma la responsabilità della conoscenza della legge straniera, che egli debba anche conoscere le regole di origine giurisprudenziale destinate a governare la validità dell'atto di trust.

È certo, quindi, che la complessità dell'istituto richiede una preparazione minuziosa e, salvo limitatissimi casi, mai potrà essere un "prodotto pronto".

Ciò significa che la verifica in merito alla utilizzazione del trust rispetto ad altri istituti a noi più familiari andrà effettuata di volta in volta, con riguardo alla concreta fattispecie, alla luce del livello di certezza giuridica che tramite esso si può conseguire.

Soprattutto con riferimento a quest'ultimo aspetto, è evidente che se il notaio vuole assumere un ruolo importante deve farlo secondo ciò che costituisce il suo "dna", quello di foro privilegiato di produzione di strumenti giuridici dotati di certezza. Sarebbe pertanto erroneo assumere un ruolo di totale distacco, limitandosi, in materia di trust, a svolgere il compito di mero certificatore.

Anche in questo settore il notaio dovrebbe assumere un ruolo attivo, proprio al fine di evitare che vengano immessi nel circuito giuridico atti che producano incertezza in merito all'assetto ed alla titolarità dei diritti. Si deve evitare, per quanto possibile, di rimettere alla decisione giudiziaria rapporti aventi rilevanza non solo sul piano patrimoniale ma anche, e soprattutto, sul piano sociale; conseguentemente, in particolar modo per i trust destinati a durare nel tempo, dovrà porsi particolare cura nel rendere conoscibile con certezza il trust e le sue regole⁹⁸ nonché le successive vicende relative ai soggetti che ruotano attorno al trust (trustee, beneficiari, ed eventualmente guardiano) in modo da evitare, per quanto possibile, incertezze da parte dei terzi.

⁹⁸ La conservazione a raccolta dell'atto istitutivo, ove non si sia scelta la forma pubblica, è quindi sempre opportuna.

Il trust autodichiarato nella convenzione de L'Aja sui trusts

Saverio Bartoli¹

1. Premessa

A partire dalla fine dell'anno 2001 il cosiddetto trust "autodichiarato" (detto anche "statico" o "unilaterale"²) è stato oggetto di ben undici pronunzie giudiziarie³, nove

¹ Questo scritto costituisce un aggiornamento, con talune revisioni, del mio saggio pubblicato nella rivista *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 355 ss.

² Gli inglesi parlano al riguardo di *declaration of trust*.

³ Trattasi, in ordine di tempo, di Trib. Pisa (decr.) 22 dicembre 2001, *Trust e attività fiduciarie* (d'ora in avanti *TAF*) 2002, 241 nonché *Riv. Not.* 2002, 188 (per commenti su questa vicenda cfr M. Lupoi, nota senza titolo a Trib. Pisa cit., *Riv. Not.* 2002, 192; R. Siclari, *Il trust interno tra vecchie questioni e nuove prospettive: il trust statico*, *Vita Not.* 2002, 727; M. L. Mingrone, *La giurisprudenza italiana sui trusts: un ulteriore passo verso il riconoscimento dell'istituto*, *TAF* 2003, 381; D. Muritano, *Trust autodichiarato per provvedere ad un fratello con handicap*, *TAF* 2003, 473; P. Manes, *Trust e art. 2740 cc: un problema finalmente risolto*, *Contr. e impr.*, 2002, 570); Trib. Milano (decr.) 8-29 ottobre 2002, *TAF* 2003, 270 (per commenti su questa vicenda cfr F. Steidl, *Trust autodichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, *TAF* 2003, 376; L. Monti, *Trust unilaterale e trascrizione*, *TAF* 2003, 480); Trib. Verona (decr.) 8 gennaio 2003, *TAF* 2003, 409 (per commenti su questa vicenda cfr F. Steidl, *Trust autodichiarati*, cit. in questa nota e L. Monti, *Trust unilaterale*, cit. in questa nota); Trib. Napoli (decr.) 1° ottobre 2003, *TAF* 2004, 74 (per commenti su questa vicenda cfr M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, *Riv. Not.* 2004, 568); Trib. Parma (decr.) 21 ottobre 2003, *TAF* 2004, 73 (per commenti su questa vicenda cfr M. Lupoi, *Osservazioni*, cit. in questa nota); App. Napoli (decr.) 27 maggio 2004, *TAF* 2004, 570 (che ha confermato Trib. Napoli 1° ottobre 2003, cit.); Trib. Trento-S. D. di Cavalese, Giudice Tavolare (decr.) 20 luglio 2004, *TAF* 2004, 573; Trib. Milano (decr.) 8 marzo 2005, *TAF* 2005, 585 (per commenti su questa vicenda cfr S. Bartoli, *Omologazione di una separazione consensuale prevedente l'istituzione di un trust interno autodichiarato*, *Corr. Mer.* 2005, 668; M. Monegat, *Trust nei patti di separazione consensuale*, *TAF* 2005, 649); Trib. Rovereto, Giudice Tavolare (decr.) 28 ottobre 2005, *TAF* 2006, 420; Trib. Trento-S. D. di Cles, Giudice Tavolare (decr.) 25 gennaio 2006, *TAF* 2006, 419; Trib. Milano (decr.) 7 giugno 2006, *TAF* 2006, 575. Su tali decisioni ora citate ci si soffermerà più ampiamente nel § 3. 4.

delle quali ne hanno dichiarato l'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico ⁴.

Si presenta così l'occasione di analizzare più a fondo questa figura, soffermandosi in particolare sul problema della sua collocazione all'interno della Convenzione de L'Aja.

2. Cenni sul trust autodichiarato nel diritto inglese

È noto che nell'ordinamento inglese il disponente può istituire un trust, alternativamente, o mediante trasferimento dei beni ad un trustee ovvero dichiarandosi trustee di detti beni ⁵.

In quest'ultimo caso, i beni resteranno (stante la coincidenza fra disponente e trustee) in proprietà del disponente, ma risulteranno affetti da quel vincolo di destinazione opponibile ai terzi che è tipico di qualunque trust.

Com'è stato osservato ⁶, il *trust* in cui disponente e *trustee* coincidono (*declaration of trust*) è stato creato da una sentenza inglese dell'inizio del XIX secolo ⁷.

Quanto alla forma della *declaration of trust*, valgono le regole generali proprie di qualunque atto *inter vivos* istitutivo di trust: essa è infatti a forma libera, salvo che abbia ad oggetto immobili, nel qual caso dovrà essere provata per iscritto ⁸.

Quanto al contenuto della dichiarazione di volontà del disponente, pur non essendo richieste formule sacramentali, deve risultare in modo inequivoco che costui intese assumere il ruolo di trustee dei propri beni, e non semplicemente effettuare una donazione ⁹.

⁴ Occorre però sottolineare che, a ben guardare, l'unica decisione effettivamente contraria al trust autodichiarato è (come meglio si evidenzia nel § 3. 4) Trib. Napoli 1° ottobre 2003 cit., in quanto App. Napoli 27 maggio 2004 cit. ha ritenuto non trascrivibile un trust autodichiarato facendo leva non già sull'inammissibilità di detta figura (il *decisum*, infatti, non si sofferma sul punto in alcun modo), bensì sull'inammissibilità della trascrizione del trust tout-court alla luce di un preteso principio di tassatività delle ipotesi di atti trascrivibili (principio quest'ultimo – com'è noto – tutt'altro che pacifico).

⁵ Il punto è pacifico: cfr per tutti A. Underhill-D. J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londra-Dublino-Edimburgo 2003, 144.

⁶ Cfr M. Lupoi, *Trusts*, Milano 2001, 160; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui*, Trento 1995, 248-249; S. Bartoli, *Il Trust*, Milano 2001, 67-68.

⁷ Trattasi della sentenza *Ex Parte Pye* (1811) 18 VES 140, sulla quale si vedano gli autori ed i luoghi citati alla precedente nota 6.

⁸ Cfr infatti sect. 53 (1)(b) del Law of Property Act 1925. Nel testo si è volutamente evitato di parlare di forma scritta *ad probationem*, onde evitare fuorvianti assimilazioni con nostri concetti civilistici.

⁹ La decisione *Richards v Delbridge* (1874) LR 18 Eq 11 distingue, infatti, fra espressioni tipo "*I give and make over this property to you*", le quali manifestano la volontà di effettuare una semplice donazione, ed espressioni tipo "*I undertake to hold this property for you*", le quali invece manifestano la volontà di istituire un trust autodichiarato. Quale esempio di *trust* in cui disponente e *trustee* coincidono è stato citato (cfr A. Underhill-D. J. Hayton, *Law relating cit.*, 146) quello di cui alla sentenza *Paul v. Constance* (1977) 1 AELR 195: un uomo che aveva depositato del denaro in un proprio personale conto bancario, aveva però autorizzato la propria convivente a prelevarne delle somme, a più riprese dicendole che ella poteva considerarlo come denaro di entrambi ("*the money is as much yours as mine*"). Altro noto esempio è costituito dal cosiddetto Totten trust, sul quale si vedano M. Lupoi, *Trusts cit.*, 653-654; V. Bertorello, *Il Totten Trust*, TAF 2002, 399; S. Bartoli, *Il trust ed il divieto dei patti successori*, con particolare riguardo al cosiddetto TottenTrust, TAF 2002, 207.

La *declaration of trust* è un atto unilaterale¹⁰ e non recettizio, nel senso che non occorre, ai fini della sua efficacia, che essa sia comunicata ai beneficiari¹¹: dall'omessa comunicazione, però, potrebbe in certi casi desumersi o che il trust è inesistente poiché il disponente non era del tutto convinto di istituirlo¹², ovvero che il trust è affetto da nullità per simulazione, in quanto il disponente lo ha istituito allo scopo di farne conoscere l'esistenza ai propri creditori e non anche ai destinatari delle sue utilità economiche¹³.

3. Il problema relativo all'applicabilità o meno della Convenzione de L'Aja sui trusts al trust autodichiarato

3.1 I lavori preparatori e l'art. 2 della Convenzione

Nella sua stesura originaria, l'art. 2 paragrafo primo della Convenzione affermava¹⁴ che per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da un soggetto "qualora dei beni siano trasferiti a o trattenuti da" un trustee.

Detta chiara formulazione, non ritenendo indispensabili né un'alterità soggettiva fra disponente e trustee, né un trasferimento di beni dal primo al secondo, da un lato forniva una nozione di trust conforme a quella tradizionalmente presente nell'ordinamento inglese¹⁵, dall'altro non lasciava dubbi in ordine all'applicabilità della Convenzione anche ai trusts autodichiarati.

Nel corso dei lavori preparatori, però, la norma in esame è stata modificata, pervenendo in tal modo alla sua odierna formulazione, secondo la quale per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti "da un soggetto, il disponente, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee".

Occorre in primo luogo osservare che l'inserimento dell'espressione "il disponente" ha fatto sì che la lettera della norma appaia ora richiedere che disponente e trustee siano soggetti diversi¹⁶.

Preme comunque subito evidenziare che la menzione del disponente, come risulta dai lavori preparatori¹⁷, lungi dall'esser frutto di una precisa scelta norma-

¹⁰ Nel trust autodichiarato, come nel trust testamentario, è particolarmente evidente la natura unilaterale del negozio istitutivo del trust, che dev'essere però sottolineata anche per i trust caratterizzati dal trasferimento di beni dal disponente ad un trustee. Sulle ragioni dell'unilateralità del trust cfr M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, Eur. e dir. priv., 1998, 425 ss; S. Bartoli, *Il trust cit.*, 117 ss.

¹¹ Cfr A. Underhill-D. J. Hayton, *Law relating cit.*, 145.

¹² Così è accaduto in *Re Cozens (1913) 2 Ch 478*.

¹³ Così è accaduto in *Midland Bank plc v Wyatt (1995) 1 FLR 697*, nonché in questa Rivista 2003, 299.

¹⁴ Cfr M. Lupoi, *Trusts cit.*, 502 e 503; S. Bartoli, *Il Trust cit.*, 513.

¹⁵ Ciò, del resto, in perfetta aderenza con quanto riportato nel preambolo della Convenzione, il quale si riferisce al trust come istituzione tipica creata dalle giurisdizioni di equity nei paesi di common law (cfr G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano 2001, 57).

¹⁶ Lo ammettono M. Lupoi, *Trusts cit.*, 504 ed ivi nota 68; S. Bartoli, *Il Trust cit.*, 513.

¹⁷ Cfr A. E. Von Overbeck, Report of the Special Commission, in Hague Conference on private international law. Proceedings of the 15th Session, II, La Haye, 1985, 180-181, che in relazione all'art. 4 paragrafo primo della bozza provvisoria della Convenzione (corrispondente, appunto, all'art. 2 della versione definitiva) afferma: "*This provision gives the definition as such of the trust by setting out the three elements considered in English and American doctrine to be essential that there be a trust: property, a trustee and beneficiaries. At the request of experts from the civil law countries, the settlor has also been mentioned.*"

tiva nel senso suindicato, avvenne unicamente per venir incontro a richieste in tal senso da parte di delegati di Paesi di *civil law*.

Quanto poi all'introduzione nella norma dell'espressione "beni posti sotto il controllo di un trustee" in luogo di quella "beni trasferiti a o trattenuti da un trustee", detta modifica, a dispetto della poco convincente spiegazione ufficiale che ne fu data¹⁸, in realtà altro non fu che il (maldestro) frutto dell'interazione di due orientamenti presenti in seno alla Conferenza de L'Aja.

Il primo di tali orientamenti, proprio dei delegati dei Paesi di *common law* ed a più riprese emerso nel corso dei lavori (anche con riguardo ad altri articoli), mirava a far varare una nozione convenzionale di trust la quale fosse di facile ed immediata comprensibilità anche per i Paesi di *civil law*¹⁹.

Ciò è tanto vero che i delegati dei Paesi di *common law* non dettero, per lo più, particolare peso alla detta modifica, in quanto essi – data la loro antica familiarità con l'istituto del trust – giudicarono le due espressioni sostanzialmente equivalenti²⁰. Il secondo orientamento, assai diffuso fra i delegati partecipanti alla Conferenza (quale che ne fosse l'estrazione giuridica) mirava a far varare una nozione convenzionale di trust che, sia pur ponendosi in contrasto con i "puristi" intendimenti palesati nel preambolo della Convenzione²¹, non fosse ristretta al trust propriamente detto, ma risultasse aperta anche alle cosiddette "*trust-like institutions*", cioè ad altri istituti (propri anche di Paesi estranei all'area della *common law*) ad esso più o meno analoghi.

La finale ed ampia formulazione dell'art. 2 paragrafo primo, pertanto, ha finito per esser fonte di almeno due ordini di rilevanti problemi ermeneutici:

a) quello (che non può esser affrontato nella presente sede, ma che tende a ricevere risposta positiva)²² dell'applicabilità della Convenzione solo al trust

¹⁸ Detta spiegazione ufficiale (reperibile in A. E. Von Overbeck, Report of the Special Commission, in Hague Conference cit. n° 30; Id., Explanatory Report, in Hague Conference cit., 381) afferma che il "trasferimento dei beni al trustee" è stato sostituito con il "controllo dei beni da parte del trustee" non già perché non lo si ritenesse essenziale per la configurabilità di un trust, bensì perché tutto ciò che riguarda il trasferimento al trustee è, come risulta dall'art. 4 della Convenzione (sul quale si tornerà nel successivo § 3. 2), estraneo all'ambito applicativo della stessa. Com'è stato osservato (cfr M. Lupoi, Trusts cit., nota 57 a p. 502), però, tale motivazione non convince affatto, in quanto, essendo compito dell'art. 2 della Convenzione semplicemente quello di fornire una definizione di trust, esso ben avrebbe potuto menzionare il trasferimento dei beni al trustee.

¹⁹ Si veda ad esempio quanto dichiarato dal delegato statunitense Trautman in Hague Conference cit., 238: "*the wording "place under control of" ... might be better understood by the civil law countries*".

²⁰ Ne appare chiaro indice quanto affermato, nel corso dei lavori, sia dal Segretariato del Commonwealth (ad avviso del quale il testo convenzionale "*repeatedly stresses a transfer of assets*" tanto nell'art. 2 paragrafo primo, che parla di "controllo", quanto nell'art. 4, che parla di "trasferimento"), sia dal delegato statunitense Trautman (per il quale "*there was no difference between transfer and place under the control of, because conceptually there is a transfer when there is a declaration of trust*"): cfr Hague Conference cit., rispettivamente 214 e 238.

²¹ Si veda infatti la precedente nota 15.

²² Sul punto, pertanto, cfr per tutti M. Lupoi, Trusts cit., 491 ss., il quale qualifica il trust delineato dalla norma convenzionale come "trust amorfo" (*shapeless trust*); S. Bartoli, Il Trust cit., 508 ss. L'estendibilità della Convenzione alle *trust-like institutions*, come si vedrà al § 3. 6, costituisce, fra l'altro, argomento a favore dell'applicabilità di essa, a fortiori, ai trusts autodichiarati.

propriamente detto, ovvero anche alle “trust-like institutions” le cui caratteristiche siano in linea con la previsione della citata norma;

b) quello (che è oggetto del presente scritto) dell'applicabilità della Convenzione non solo ai trusts con trasferimento al trustee, ma anche ai trusts autodichiarati.

Occorre altresì osservare fin d'ora che nessun sicuro contributo alla soluzione di quest'ultimo problema appare fornito dall'ultimo paragrafo del medesimo art. 2²³, per il quale “il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà²⁴ ...non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust”: come sembra risultare dai lavori preparatori²⁵, infatti, è pressoché certo che fra tali “diritti e facoltà” non possa figurare l'ipotesi in cui il disponente si autodichiari trustee.

Il problema del rapporto fra trust autodichiarati e Convenzione, però, non pare poter esser adeguatamente affrontato senza la previa disamina della genesi di un'ulteriore norma, cioè dell'art. 4.

3.2 I lavori preparatori e l'art. 4 della Convenzione

Il testo definitivamente approvato dell'art. 4²⁶ della Convenzione afferma

²³ Norma corrispondente all'art. 4 paragrafo quarto della bozza provvisoria della Convenzione.

²⁴ Si precisa che si è fatto uso della traduzione non ufficiale della norma proposta dall'Associazione “Il Trust in Italia” (reperibile ad esempio in Aa. Vv., *Introduzione ai trust e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza*, a cura di S. Buttà, Milano 2002, 209 ss.), che è in linea con la traduzione ufficiale in lingua inglese (che parla di “*rights and powers*”) ed appare da preferirsi alla traduzione non ufficiale ministeriale, che usa l'assai più generico termine “*prerogative*” (sia pure in linea con la versione ufficiale in lingua francese, che parla appunto di “*prérogatives*”).

²⁵ Cfr ad esempio le osservazioni del Segretariato dei Paesi del Commonwealth reperibili in Hague Conference cit., 214 (per le quali la norma in esame prevede unicamente “*that the settlor can reserve certain powers and can also be a beneficiary; the case of the settlor/trustee is not expressly stated*”), ovvero quelle di A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 380 (il quale, dopo aver evidenziato che in base alla norma in esame “*the roles of the different persons involved may be mingled*”, in relazione alla figura del disponente si limita ad affermare che egli “*may still retain for himself certain decisions*”, con ciò – parrebbe - implicitamente escludendo qualunque riferibilità al trust autodichiarato di detta porzione dell'art. 2). Non a caso la delegazione Canadese aveva proposto, ma senza successo, di modificare l'ultimo paragrafo dell'art. 2 nel modo che segue: “*The creator of the trust, if he wishes, may retain a power or some powers for himself. He may be a trustee, and he may be a beneficiary*” (cfr sul punto ancora le osservazioni del Segretariato dei Paesi del Commonwealth reperibili in Hague Conference cit., 214). Sull'argomento cfr altresì le note 53 e 77. Com'è noto, i “*rights and powers*” cui la norma in oggetto (nella sua versione ufficiale in lingua inglese: cfr nota 24) fa riferimento pongono la affatto diversa questione del discrimine fra trust valido e trust nullo per simulazione (*sham trust*), in quanto caratterizzato dalla mancanza di una vera e propria perdita del controllo sui beni da parte del disponente (cfr A. Underhill-D. J. Hayton, *Law relating* cit., 1017: “*The final paragraph of article 2 indicates that...the reservation by the settlor of certain rights and powers is...permitted. The Convention does not say which rights they are. To the extent that the assets remain effectively under the control of the settlor, the trust should be treated as a sham trust*”): su tale questione cfr S. Bartoli, *Il trust* cit., 198 ss. e bibliografia ivi citata.

²⁶ Norma corrispondente all'art. 2 della bozza provvisoria della Convenzione. Per un commento all'art. 4 cfr M. Lupoi, *Trusts* cit., 518 ss.; L. Fumagalli in Aa. Vv., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, a cura di A. Gambaro-A. Giardina-G. Ponzanelli, NLCC, 1993, 1238 ss.; S. Bartoli, *Il Trust* cit., 524 ss.

che essa “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”.

Per comprendere pienamente il significato precettivo della norma, occorre tener presente che, com'è noto ²⁷, all'interno della composita fattispecie costitutiva di un trust si devono distinguere da un lato il negozio istitutivo (il quale contiene il “programma” del trust) e dall'altro il negozio dispositivo (il quale trasferisce il diritto dal disponente al trustee ovvero, nel caso di trust autodichiarato, determina la nascita del vincolo di destinazione proprio del trust in capo a beni che sono e restano nella titolarità del disponente).

Costituisce intendimento dell'art. 4 quello di rendere, appunto, estraneo all'ambito applicativo della Convenzione ogni profilo di validità, sia formale che sostanziale, del negozio dispositivo ²⁸: in tale ottica, quindi, il profilo della validità formale e sostanziale di detto negozio sarà disciplinato non già dalla legge regolatrice del trust ²⁹, ma dalle norme di diritto internazionale private proprie dei singoli Stati ³⁰.

Poiché, da un lato, fra i delegati in seno alla Conferenza era diffuso il convincimento che l'esistenza e la validità di un negozio dispositivo fosse pregiudiziale alla venuta ad esistenza del trust previsto nell'atto istitutivo ³¹ e, dall'altro lato, costituisce prassi diffusa nell'ordinamento inglese quella di far precedere il negozio istitutivo dal negozio dispositivo ³², tali circostanze produssero in sede di lavori preparatori almeno due ordini di conseguenze:

²⁷ Cfr M. Lupoi, *Trusts* cit., 615 ss. e 759 ss.; G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in TAF, 2000, 162 ss.; S. Bartoli, *Il Trust* cit., 125 ss. In senso contrario, limitatamente all'ipotesi di trust autodichiarato, cfr recentemente R. Siclari, *Il trust interno* cit., 730-731.

²⁸ La norma in esame appare pertanto presentare un evidente collegamento con l'art. 15 paragrafo primo lettere (c) e (d) della Convenzione, che sancisce il principio per cui le norme convenzionali non ostacolano l'operatività delle norme imperative fissate dalle regole di conflitto del foro in materia di testamenti e di trasferimento della proprietà.

²⁹ Essa regolerà infatti, come risulta dall'art. 8 della Convenzione, la validità dell'atto istitutivo del trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e la sua amministrazione. Quanto al profilo della validità dell'atto istitutivo, se è pacifico che nella previsione di detta norma rientrino le questioni di validità sostanziale, è discusso se vi rientrino altresì quelle di validità formale: la tesi prevalente (cfr A. Saravalle in Aa. Vv., *Convenzione relativa alla legge sui trusts* cit., 1259-1260; M. Lupoi, *Trusts* cit., 520), in linea con il contenuto dei lavori preparatori, opta per la soluzione negativa (in senso contrario cfr ad esempio L. Fumagalli, *La Convenzione dell'Aja sui trusts e il diritto internazionale privato*, Dir. Comm. Internaz. 1992, 549 ss.). Ove pertanto si opti per la tesi prevalente, le questioni di forma del negozio istitutivo dovranno esser risolte (analogamente a quanto accade, in base all'art. 4, per quelle concernenti il negozio dispositivo) alla luce delle norme internazionalprivatistiche dei singoli Stati. Per un commento all'art. 8 cfr A. Saravalle in Aa. Vv., *Convenzione relativa alla legge sui trusts* cit., 1257 ss.; S. Bartoli, *Il Trust* cit., 540 ss.

³⁰ “*The law designated by the Convention applies only to the establishment of the trust itself, and not to the validity of the act by which the transfer of assets is carried out. This act is entirely governed by the law to which the conflicts rules of the forum submit it*” (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 381).

³¹ “*A transfer of assets to the trustee is a sine qua non condition for the creation of the trust*” (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 381).

³² Lo rileva M. Lupoi, *Trusts* cit., nota 117 a p. 589.

a) le questioni attinenti alla validità del negozio dispositivo vennero qualificate come “preliminari”, e tale aggettivo venne inserito nel testo dell’art. 4³³;

b) si tentò di rendere palpabile l’intendimento perseguito mediante l’art. 4, implicante in sostanza una dicotomia fra negozio dispositivo (estraneo all’ambito applicativo della Convenzione, in quanto – ad avviso dei delegati – concernente una fase anteriore alla venuta ad esistenza del trust) e negozio istitutivo (soggetto, invece, alla Convenzione), facendo frequente ricorso all’immagine della “fionda” o “rampa di lancio” per il primo ed a quella del “sasso” o “razzo” per il secondo³⁴.

Pur se la scelta sub a) e quella sub b) non sono risultate particolarmente felici³⁵, il testo dell’art. 4 è abbastanza chiaro nel suo significato per quanto riguarda i trusts caratterizzati da un trasferimento ad un trustee.

I problemi ermeneutici nascono, invece, allorché venga in questione la figura del trust autodichiarato, poiché la parte finale del testo definitivo dell’art. 4, come si è visto all’inizio di questo paragrafo, fa riferimento a “testamenti o... altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee”, senza alcun riferimento espresso – appunto - alla declaration of trust.

Un’osservazione preliminare s’impone: il testo dell’art. 4 (che parla di “trasferimento” dei beni al trustee) non coincide con quello dell’art. 2 (che, come si è visto al § 3.1, nel fornire la nozione convenzionale di trust parla di “controllo” del trustee sui beni).

Ciò ha fatto sì che, nel corso dei lavori preparatori, taluni delegati si siano fatti latori di proposte di modifica del testo provvisorio dell’art. 4, volte a porlo in linea con quello dell’art. 2.

³³ “The word “preliminary” expresses the idea that the instrument of transfer, such as the will, pre-exists the trust” (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 382).

³⁴ “Article 4 deals with the delimitation...of the Convention’s scope of application in respect of certain institutions to which resort must be had in order for a trust to spring into life and which give rise to legal operations which are distinct from the trust and preliminary to its inception...it is always necessary to have a launcher, for example a will, a gift or another act with legal effects, which then launches the rocket, the trust. The preliminary act with legal effects, the launcher, does not fall under the Convention’s coverage” (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 381).

³⁵ L’utilizzo dell’aggettivo “preliminari” appare infatti fuori luogo, ove si consideri che il negozio dispositivo ben può esser contestuale ovvero successivo al negozio istitutivo (cfr M. Lupoi, *Trusts* cit., 519-520 e 589; S. Bartoli, *Il Trust* cit., 91). Non a caso, nel corso dei lavori preparatori taluni delegati (quello greco e quello statunitense: cfr Hague Conference cit., 238) ne proposero, sia pure senza successo, la soppressione. Quanto poi alle immagini della rampa di lancio e del razzo, è stato osservato (cfr M. Lupoi, *Trusts* cit., 518-519) che esse rischiano soltanto di ingenerare confusione, ove si ometta di tenere presente che nella “rampa di lancio” (cioè nell’ambito della fase genetica del trust) dovrebbero a rigore includersi sia il negozio istitutivo che quello dispositivo (che sono negozi autonomi, pur se eventualmente inseriti in un unitario contesto documentale, come ad esempio nel trust testamentario) e di considerare che l’art. 4 intende invece riferirsi solo a quest’ultimo, poiché per il primo dispone (assoggettandolo alla signoria della legge regolatrice del trust quale individuata dalla Convenzione) il successivo art. 8.

La prima proposta, proveniente dai delegati inglese e statunitense³⁶, mirava a sostituire nell'art. 4 il concetto di "trasferimento" con quello di "controllo".

Ciò allo scopo, appunto, di rendere chiara la scelta di escludere dall'ambito applicativo della Convenzione ogni profilo di validità, sia formale che sostanziale, del negozio dispositivo non solo nei trust con trasferimento al trustee, ma anche in quelli autodichiarati³⁷.

La proposta in questione incontrò un iniziale vasto favore fra i delegati³⁸, ma nel prosieguo si fece inopinatamente marcia indietro e finì per esser approvato il sopra menzionato testo provvisorio dell'art. 4³⁹, in quanto dai più si ritenne (discutibilmente) da un lato che detto testo, tutto sommato, era riferibile anche ai trusts autodichiarati e dall'altro lato che non era opportuno introdurre una nozione (quella, appunto, di "controllo") che già era utilizzata, a fini diversi, dall'art. 2⁴⁰.

Una seconda (e successiva) proposta di modifica dell'art. 4, proveniente dai delegati australiano, inglese, canadese, statunitense ed irlandese⁴¹, prevedeva che alla parte finale di tale norma dovesse aggiungersi la frase "*or set aside by a person to be held by himself as trustee*", sì da rendere ancor più inequivoco

³⁶ Trattasi del Working Document n° 2.

³⁷ "Mr. Hayton (United Kingdom) declared that this Convention should not apply to the rocket launcher, the creation of trusts. It is the local law which applies to the rocket launcher. The idea... is generally reflected in article 2 (ora 4: Ndr), but this article is not wide enough in its operation. Most trusts are created by the transfer of assets from one person, the settlor, to another, the trustee, but the settlor can create a trust by declaring himself a trustee... Article 2 (ora 4: Ndr) will exclude the operation of the Convention in the first case, but not in the second. He pointed out that the proposal was intended to exclude the Convention in both cases. He said the proposal had been worded in such a way that it will fit in with article 4 (ora 2: Ndr). Thus it should cause no extra problem in drafting. The sole intention of the proposal was to exclude all items dealing with the creation of a trust either by transference of assets or in cases where the settlor declares himself the trustee" (così Hague Conference cit., 237). "Mr Trautman (United States)... realized that there is no difference between "transfer" and "place under the control of", because conceptually there is a transfer when there is a declaration of trust. He would still argue for the wording "place under the control of": firstly, it reiterated the language used in article 4 (ora 2: Ndr), and secondly, it might be better understood by the civil law countries" (così Hague Conference cit., 238).

³⁸ Ciò è tanto vero che essa ricevette il voto favorevole di 23 delegati (fra cui quello italiano, il Prof. A. Gambaro), a fronte di tre soli voti contrari e di un'unica astensione (ciò risulta da Hague Conference cit., 239).

³⁹ "The Fifteenth Session, having accepted this proposal, returned however in the end to the terms used in article 2 (ora 4: Ndr) of the preliminary draft" (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 382).

⁴⁰ "It was thought on the one hand that this expressed rather clearly the idea that article 4 also applied to the declaration of trust, and on the other hand it was not desired to take up here the allusion to control which appears in a different perspective in article 2, first paragraph" (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 382). "La Commission avait adopté l'idée de remplacer le mot "transfert" par le mot "controle", ceci afin de couvrir la "declaration of trust". A la réflexion, le Comité de rédaction s'est rendu compte que ce terme n'exprimait pas mieux l'idée que le précédent. Il est meme plus clair de parler de transfert" (così Hague Conference cit., 320).

⁴¹ Trattasi del Working Document n°60.

(anche – si badi - per i giuristi di common law) il riferimento ai trusts autodichiarati⁴².

La proposta, però, giunta in un momento in cui i lavori preparatori si trovavano ormai in una fase avanzata e vigorosamente osteggiata, in particolare, dal delegato francese⁴³, non venne accolta⁴⁴ in quanto ancora una volta si ritenne che il testo dell'art. 4 fosse già sufficientemente chiaro nella sua riferibilità anche ai trusts autodichiarati.

Se dunque appare evidente come fosse diffuso intendimento dei delegati quello di rendere applicabile l'art. 4 anche ai trusts autodichiarati, non si può certo dire, ad ogni modo, che detto intendimento sia stato reso trasparente dal testo definitivamente approvato di tale norma: di ciò viene dato atto, del resto, anche nel noto Explanatory Report della Convenzione redatto da A.E.Von Overbeck⁴⁵.

3.3 La posizione della dottrina italiana prima dell'intervento della giurisprudenza

Nel periodo compreso fra l'entrata in vigore della Convenzione e le prime pronunzie giurisprudenziali in tema di trust autodichiarato⁴⁶, la dottrina italiana si è pochissimo occupata del problema se la Convenzione si applicasse o meno ad un trust siffatto. Secondo un autore⁴⁷, la soluzione dev'essere negativa per almeno due ragioni:

⁴² "Mr. Bennett (Australia)...and the other delegates joining this Working Document had found difficulty with the present formulation, which referred to "other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee". He noted that in civil law jurisdictions a settlor's declaration of trust might be considered a transfer, but queried whether the same result would be reached in all common law jurisdictions. The common law delegations sought to avoid this problem by the formulation contained in Working Document n°60. Although a declaration of trust involved in some sense a transfer of equitable interest and a change in the manner in which this equitable interest was held, many common law lawyers would not understand a declaration of trust to be included within the term "transfer" of article 4. This point could be made clear in the Rapporteur's Report, but the delegations proposing Working Document n°60 thought it better to make express reference in article 4" (così Hague Conference cit., 325).

⁴³ "Mr Beraudo (France) déclare que le problème dont il est question a été discuté pendant deux ans; il concerne la déclaration de trusts. Le Comité a considéré que les mots employés visaient le transfert juridique à soi-même en un autre qualité juridique. Cette qualification a été acceptée par les deux juristes de common law et les membres du Secrétariat. Il pense qu'il faut désormais suspendre les débats sur cette question" (così Hague Conference cit., 325).

⁴⁴ Più precisamente, essa ricevette 6 voti contrari, 11 astensioni (fra cui quella italiana) e 10 voti favorevoli, ma non venne accolta per difetto della maggioranza assoluta (che era di 14 voti) richiesta per la riapertura della discussione sul punto (cfr Hague Conference cit., 325).

⁴⁵ In sede di commento dell'art. 4, infatti, tale autore così si esprime: "The words "assets are transferred to the trustee" are completely clear when the settlor and the trustee are distinct persons. In contrast, one may doubt whether they cover the case of the declaration of trust...The Commission unanimously accepted that the acts by which this change in the capacity in which the assets were held was effectuated must also be envisaged by article 4 and therefore excluded from the Convention's scope" (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report, in Hague Conference cit., 382).

⁴⁶ Cfr precedente nota 3.

⁴⁷ Cfr V. Salvatore, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996, 61.

- a) poiché il testo definitivo del primo paragrafo dell'art. 2 ha sostituito, alla nozione di “beni trasferiti a o trattenuti da” un trustee, quella di “controllo sui beni” da parte del trustee;
- b) poiché tale testo definitivo, definendo il trust come “rapporto giuridico istituito da una persona, il disponente... qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee”, implica l'alterità soggettiva fra disponente e trustee⁴⁸.

Altri autori optano, invece, per la soluzione positiva, ma lo fanno solo implicitamente e/o senza motivare sul punto⁴⁹, ovvero fornendo argomentazioni di difficile con divisibilità, in quanto fondate su una visione (del tutto isolata) del trust come soggetto di diritto civilistico⁵⁰.

Risulta maggiormente consapevole e meglio argomentata, invece, l'opinione positiva di chi⁵¹ fa leva sull'ultimo paragrafo dell'art. 2, che consente al disponente di conservare “diritti e facoltà” relative al trust dopo la sua istituzione⁵², per concludere che l'espressione fra virgolette comprende anche l'ipotesi in cui il disponente di autodesigna trustee⁵³.

Da segnalare infine l'autorevole opinione di chi⁵⁴, pur ammettendo che trattasi di tesi non priva di ombre, finisce per optare per la soluzione positiva facendo leva in particolare sull'andamento dei lavori preparatori, da cui si evince⁵⁵ che la menzione del “disponente” nel primo paragrafo dell'art. 2 fu introdotta solo per venire incontro ai delegati degli Stati di civil law (i quali aspiravano ad una formulazione chiara al punto da risultare “scolastica” della norma descrittiva del *trust*), in quanto per i delegati degli Stati di common law era pacifica l'applicabilità della Convenzione ai trusts autodichiarati.

⁴⁸ Su queste modifiche della norma nel corso dei lavori preparatori si veda il § 3. 1.

⁴⁹ È il caso di G. Gallizia, *Trattamento tributario dell'atto dispositivo in un trust di beni immobili*, TAF 2001, 148-149; N. Lipari, *Fiducia statica e trusts in Aa. Vv., I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano 1996, 77. È anche il caso di G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale cit.*, 76-77, il quale, dopo aver ignorato il problema in sede di commento all'art. 2 della Convenzione, dà ad esso incidentalmente soluzione positiva quando passa al commento dell'art. 4: per l'autore infatti, mancando nel trust autodichiarato un atto dispositivo, da un lato va esclusa l'applicabilità ad esso dell'art. 4 (norma quest'ultima che, come si è visto al § 3. 2, deferisce alle norme di conflitto del foro il compito di disciplinare - appunto - il negozio dispositivo) e dall'altro occorre ritenere che l'unica disciplina di riferimento per un siffatto trust sia quella della Convenzione.

⁵⁰ È il caso di A. De Donato-V. De Donato-M. D'Errico, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma 1999, 191-193: ad avviso di tali autori, infatti, l'art. 2 sarebbe applicabile anche al trust autodichiarato in quanto, essendo il trust un soggetto di diritto, anche in tale ipotesi si verificherebbe un trasferimento - dal disponente, appunto, all'ente trust, di cui il disponente diverrebbe rappresentante organico - del bene.

⁵¹ Cfr L. Fumagalli in Aa. Vv., *Convenzione relativa alla legge sui trusts cit.*, 1239; A. De Donato-V. De Donato-M. D'Errico, *Trust convenzionale cit.*, 191-193.

⁵² Cfr § 3. 1 in fine ed ivi nota 25.

⁵³ Si è visto in precedenza, però, come l'argomento fondato sull'ultimo paragrafo dell'art. 2 non sia di sicura pertinenza: cfr § 3. 1 in fine ed ivi nota 25 nonché la nota 77.

⁵⁴ Cfr M. Lupoi, *Trusts cit.*, 503-504 (identica l'opinione espressa dall'autore anche nella prima ediz. di tale opera: cfr *Trusts*, Milano 1997, 421). Nello stesso senso S. Bartoli, *Il Trust cit.*, 513-514.

⁵⁵ Cfr § 3. 1 ed in particolare la nota 17.

3.4 L'intervento della giurisprudenza italiana

Come si è detto al § 1, a partire dalla fine del 2001 sono state emesse undici decisioni giudiziarie in tema di trusts interni autodichiarati ⁵⁶.

Novi di tali decisioni si riferiscono al problema della pubblicità di tale trust nei registri immobiliari ai fini dell'opponibilità ai terzi del relativo vincolo di destinazione ⁵⁷; sette di esse hanno ordinato di procedere a detta pubblicità, mentre due hanno dichiarato legittimo il rifiuto di provvedervi ⁵⁸.

Le residue due decisioni, invece, costituiscono altrettanti provvedimenti di omologazione di accordi di separazione prevedenti l'istituzione di un trust autodichiarato da parte di uno o di entrambi i coniugi ⁵⁹.

Appare pertanto evidente come la giurisprudenza allo stato dominante abbia dato per scontato, a monte, che la Convenzione si applichi anche ai trust autodichiarati.

Risulta però curioso come nessuna delle nove decisioni favorevoli a detti trusts abbia mostrato di essere a conoscenza del fatto che la questione è, in realtà (come si è visto e come si vedrà), tutt'altro che pacifica.

La decisione del Trib. Pisa 27 dicembre 2001 cit., infatti, si limita ad affermare, apoditticamente ⁶⁰, che l'applicabilità della Convenzione ad un trust del genere è un fatto "di immediata percezione e pacifico, quindi da accennare soltanto", poiché nel caso di specie il disponente aveva scelto per il trust la legge regolatrice inglese ed "il trust, senza eccezione per questo tipo di trust, è previsto nell'ordinamento inglese esplicitamente invocato" da detto disponente.

Il Tribunale mostra così di accogliere l'argomento che era contenuto nel reclamo predisposto, avverso la trascrizione con riserva disposta dal Conservatore, dal notaio rogante ⁶¹.

⁵⁶ Cfr la precedente nota 3.

⁵⁷ Più precisamente, sei delle dette nove decisioni ineriscono al problema della trascrivibilità presso la conservatoria dei registri immobiliari [trattasi di Trib. Pisa (decr.) 22 dicembre 2001 cit.; Trib. Milano (decr.) 8-29 ottobre 2002 cit.; Trib. Verona (decr.) 8 gennaio 2003 cit.; Trib. Napoli (decr.) 1° ottobre 2003 cit.; Trib. Parma (decr.) 21 ottobre 2003 cit.; App. Napoli (decr.) 27 maggio 2004 cit.], mentre le residue tre riguardano l'analoga questione dell'intervolazione nei libri fondiari [trattasi di Trib. Trento-S. D. di Cavalese, Giudice Tavolare (decr.) 20 luglio 2004 cit.; Trib. Rovereto, Giudice Tavolare (decr.) 28 ottobre 2005 cit.; Trib. Trento-S. D. di Cles, Giudice Tavolare (decr.) 25 gennaio 2006 cit.].

⁵⁸ Trattasi di Trib. Napoli (decr.) 1° ottobre 2003 cit. e di App. Napoli (decr.) 27 maggio 2004 cit. Alla precedente nota 4 sono esposte le ragioni per cui solo la prima di dette decisioni contrarie alla trascrizione del trust autodichiarato può ritenersi, altresì, contraria a tale tipologia di trust.

⁵⁹ Trattasi di Trib. Milano (decr.) 8 marzo 2005 cit. e di Trib. Milano (decr.) 7 giugno 2006.

⁶⁰ R. Siclari, *Il trust interno* cit., 744, parla al riguardo di "motivazione volutamente scarna e laconica".

⁶¹ Trattasi del Notaio Daniele Muritano di Empoli, che ringrazio di avermi fornito il reclamo in questione. Identico argomento risulta impiegato dai professionisti che hanno predisposto l'accordo di separazione poi omologato (senza però spendere una parola sul punto, come si dirà nel testo) da Trib. Milano (decr.) 7 giugno 2006 cit. (leggesi infatti in detto accordo: "Il diritto inglese ammette la possibilità di vincolare i beni in trust mediante dichiarazione unilaterale del disponente, senza che ciò sia seguito da trasferimento di beni a un terzo, cosicché il disponente assume egli stesso la qualifica di trustee").

Non pare però trattarsi di argomento convincente: se infatti è pacifico che la legge inglese, scelta dal disponente in quel caso, ammette il trust autodichiarato⁶², ciò non aiuta certo a risolvere il problema che si pone a monte, cioè se il trust autodichiarato come tale (quale che sia, cioè, la legge regolatrice scelta dal disponente) rientri o meno nell'ambito applicativo della Convenzione⁶³.

Ancora minore appare lo sforzo ermeneutico delle altre otto decisioni favorevoli ai trusts autodichiarati: in esse, infatti, non è dato reperire neppure un abbozzo di motivazione al riguardo.

Secondo Trib. Milano 8-29 ottobre 2002 cit., infatti, "non è oggetto di valutazione la validità o meno del trust, ma unicamente il profilo strettamente formale della sua trascrivibilità"; il Trib. Verona 8 gennaio 2003 cit. afferma incidentalmente che "la caratteristica precipua del trust... non è tanto il trasferimento... al trustee (mancante nella concreta fattispecie, in cui la stessa persona è ad un tempo disponente e trustee) quanto la separazione (o segregazione) dei beni"; Trib. Parma 21 ottobre 2003 cit., Trib. Trento-S.D. di Cavalese, Giudice Tavolare 20 luglio 2004 cit., Trib. Milano 8 marzo 2005 cit., Trib. Rovereto, Giudice Tavolare (decr.) 28 ottobre 2005 cit., Trib. Trento - S.D. di Cles, Giudice Tavolare (decr.) 25 gennaio 2006 cit. e Trib. Milano (decr.) 7 giugno 2006 cit., infine, non dedicano al trust autodichiarato neppure una parola.

Si ha quindi l'impressione che la giurisprudenza in esame stia sprecando un'importante occasione per munire di solide basi argomentative la tesi (peraltro condivisibile, come si vedrà nel § 3.6) che include i trusts in esame nell'ambito applicativo della Convenzione.

Tale impressione risulta, purtroppo, rafforzata dalla considerazione che il più organico tentativo di dare in sede giudiziaria una risposta appagante alla questione oggetto del presente scritto è stato, ad oggi, effettuato dall'unica decisione contraria ai trusts autodichiarati (trattasi di Trib. Napoli 1 ottobre 2003 cit.), secondo la quale, in estrema sintesi:

a) il trust cui fa riferimento l'art. 2 della Convenzione postula che disponente e trustee siano soggetti diversi⁶⁴;

b) il disegno di legge sui trusts n. 6547 del 1999⁶⁵ postula anch'esso l'alterità soggettiva di cui al punto a), giungendo al punto di riservare l'attività di trustee a società fiduciarie, banche, società di gestione del risparmio ed imprese di investimento abilitate ex Testo unico dell'intermediazione finanziaria (Decreto Legislativo n. 58 del 1998);

⁶² Cfr la precedente nota 8.

⁶³ Così anche R. Siclari, *Il trust interno* cit., 746.

⁶⁴ "La legge 364/1989 di ratifica...della Convenzione...prevede espressamente (articolo 2) come debbano sussistere quanto meno due soggetti...: da un lato il costituente e dall'altro il trustee, con un limitatissimo potere di ingerenza del primo" (così Trib. Napoli 1. 10. 2003 cit.).

⁶⁵ Reperibile in TAF 2000, 259 ss.

c) la finalità familiare perseguita dal trust nel caso di specie⁶⁶ può essere attuata facendo ricorso all'istituto nostrano del fondo patrimoniale.

Appare comunque evidente che, se l'argomento sub a) appare dotato di una sua plausibilità⁶⁷, diverse considerazioni meritano quelli sub b) e sub c): quanto al primo, infatti, non si comprende quali spunti ermeneutici possa fornire (se non *de jure condendo*) un disegno di legge (peraltro, a quanto consta, abbandonato da tempo); quanto al secondo, esso si atteggia come una petizione di principio, la quale, fra l'altro, mostra di non tener conto delle notevoli differenze esistenti fra trust e fondo patrimoniale⁶⁸.

3.5 La dottrina italiana successiva all'intervento della giurisprudenza

Neppure l'emissione delle undici decisioni giudiziarie di cui si è detto al § 3.4 appare aver destato la dottrina italiana dal suo torpore relativamente alla problematica in oggetto: a parte casi del tutto isolati⁶⁹, infatti, gli autori che hanno avuto modo di commentare tali decisioni hanno speso ben poche parole su tale questione e si sono concentrati su quella (parimenti oggetto di tali decisioni) della trascrivibilità dei trusts⁷⁰.

Solo due autori, a quanto consta, hanno tentato di supportare di idonee motivazioni la tesi dell'applicabilità della Convenzione ai trusts autodichiarati.

⁶⁶ L'atto istitutivo affidava infatti al trustee, in particolare, il compito di erogare i redditi dal trust fund ai quattro figli della disponente per "coprire le spese per la frequenza a corsi di formazione, di frequenza scolastica, di frequenza universitaria e post-universitaria, di specializzazione, di educazione e formazione culturale, sportiva e ricreativa" (così riferisce la motivazione di Trib. Napoli 1. 10. 2003 cit.). Com'è stato evidenziato (cfr M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce* cit.), essendo l'atto in questione notevolmente carente a livello sia di tecnica redazionale sia (soprattutto) di giustificazione causale, non si può escludere che anche tali circostanze abbiano indotto il decidente a valutare negativamente il negozio.

⁶⁷ Come si è visto nel § 3. 1.

⁶⁸ Sul tema cfr M. Lupoi, *Trusts* cit., 624 ss.; S. Bartoli, *Il trust* cit., 314 ss.; Id., *La conversione del fondo patrimoniale in trust*, in Aa. Vv., *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, a cura di M. Dogliotti ed A. Braun, Milano 2003, 207 ss.; M. L. Cenni, *Trust e fondo patrimoniale*, in Aa. Vv., *Il trust nel diritto* cit., 111 ss.

⁶⁹ Cfr M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, Torino 2004, 259; Id., *Osservazioni su due recenti pronunce* cit.; S. Bartoli, *Omologazione di una separazione* cit.; R. Siclari, *Il trust interno* cit., spec. 743-749.

⁷⁰ Il discorso vale per tutti i contributi citati alla nota 3, eccezion fatta per quello di R. Siclari, per quello di M. Lupoi citato per secondo e per quello di S. Bartoli. Più precisamente, tali contributi o forniscono motivazioni a dir poco stringate in ordine all'ammissibilità del trust autodichiarato (cfr D. Muritano, *Trust autodichiarato* cit., 474: "tale struttura di trust secondo taluno non era contemplata dalla Convenzione, anche se gli argomenti favorevoli alla sua ricomprensione sono indubbiamente maggiori di quelli contrari"; P. Manes, *Trust* e art. 2740 cc cit., 571: "il caso esaminato dalla corte toscana riguarda un particolare atto istitutivo di trust, nel quale, come ben possibile, è lo stesso soggetto che unilateralmente si dichiara trustee di propri beni"; F. Steidl, *Trust autodichiarati* cit., 376: "Un simile trust appartiene senza ombra di dubbio ad una delle tipologie conosciute dalla legge regolatrice, nella specie quella inglese...Non vi è quindi questione sulla validità del trust secondo la legge regolatrice"), ovvero non spendono parola alcuna sull'argomento (cfr M. Lupoi, nota senza titolo cit.; L. Monti, *Trust unilaterale* cit.; M. L. Mingrone, *La giurisprudenza italiana* cit.; M. Monegat, *Trust nei patti* cit.).

Il primo autore ⁷¹, che già in precedenti contributi aveva aderito (sia pur non senza dubbi) alla tesi in questione ⁷², ha così argomentato:

a) poiché il trust autodichiarato corrisponde al nostro negozio fiduciario statico e quest'ultimo è ammesso dalla giurisprudenza⁷³, ne discende che detto tipo di trust (null'altro essendo che una fiducia statica prevista e regolata da una legge straniera) può trovare applicazione in Italia a prescindere da quella che debba ritenersi la portata applicativa della Convenzione;

b) poiché la nozione di trust contenuta nel primo paragrafo dell'art. 2 della Convenzione è assai ampia ⁷⁴, in essa ben può farsi rientrare il tipo di trust in questione.

Preme osservare che, se l'affermazione sub a) pare non persuadere del tutto, in quanto trust statico e fiducia statica sono assimilabili ma non identificabili⁷⁵, quella sub b) risulta del tutto condivisibile.

Il secondo autore ⁷⁶, dopo aver da un lato escluso che la soluzione favorevole al trust statico possa fondarsi sull'ultimo paragrafo dell'art. 2 ⁷⁷, dall'altro osservato che parrebbero a prima vista far propendere per la soluzione negativa sia il dettato del paragrafo primo dell'art. 2 (che parrebbe postulare l'alterità soggettiva fra disponente e trustee), sia l'andamento dei lavori preparatori, finisce comunque per optare per la soluzione positiva facendo essenzialmente leva sull'argomento secondo il quale la Convenzione concentrerebbe la sua attenzione non tanto sulle modalità costitutive di un trust, quanto sugli effetti giuridici del medesimo ⁷⁸.

A dire dell'autore, ciò emergerebbe da varie norme della Convenzione, quali gli artt. 2 paragrafo secondo e 11 (che individuano gli effetti del trust), l'art. 4 (che, escludendo dall'ambito applicativo della Convenzione le questioni attinenti al conferimento in trust, mostrerebbe l'interesse di essa per la situazione successiva all'istituzione del trust stesso), l'art. 8 (che individua gli aspetti del rapporto giuridico avente fonte nel trust disciplinati dalla legge regolatrice di esso) e l'art. 20 (che, consentendo agli Stati aderenti di estendere la Convenzione anche a trust diversi da quelli espressamente istituiti di cui all'art. 3 e come

⁷¹ Cfr M. Lupoi, *I trust nel diritto civile* cit., 259, Id., *Osservazioni* cit.

⁷² Si veda la precedente nota 54.

⁷³ Cfr il *leading case* costituito da Cass. 3911/1975, Giur. It., 1977, I, 1, 984 ss. e successivamente Cass. 4438/1982 inedita; Cass. 5663/1988, Foro It., 1989, I, 101; Cass. 6024/1993, Giur. Comm., 1994, II, 5-8. Per le ragioni per cui, a ben guardare, solo quest'ultima pronuncia concerne una vera e propria fattispecie di fiducia statica, cfr S. Bartoli, *Il trust* cit., 403 ss.

⁷⁴ Si ricorderà, infatti, che detta norma afferma l'esistenza di un trust allorché il trustee abbia il "controllo" sui beni, senza cioè esigere che vi sia necessariamente un trasferimento di beni a costui: cfr il precedente § 3. 1.

⁷⁵ Sul tema del raffronto fra trust e negozio fiduciario, con particolare riferimento alla cosiddetta fiducia statica, cfr per tutti in dottrina M. Lupoi, *Trusts* cit., 728 ss.; S. Bartoli, *Il trust* cit., 361 ss.

⁷⁶ Cfr R. Siclari, *Il trust interno* cit., spec. 743-749.

⁷⁷ Cfr R. Siclari, *Il trust interno* cit., 747. Sul tema del rapporto fra trust statico ed ultimo paragrafo dell'art. 2 della Convenzione cfr altresì le precedenti note 25 e 53.

⁷⁸ Cfr R. Siclari, *Il trust interno* cit., 748.

tali privi di un soggetto disponente, cioè ai constructive e resulting trust, mostrebbe una volta di più l'interesse di essa per il rapporto giuridico di trust piuttosto che per le sue modalità istitutive).

La tesi dell'autore in esame non appare però convincente, poiché se è indubitabile che, all'interno della Convenzione, vi siano numerose norme dedicate agli effetti giuridici del trust, non si può certo trascurare il fatto che essa contiene, altresì, una norma (appunto l'art. 2 paragrafo primo) che fornisce la nozione convenzionale di trust e che, letta in correlazione all'art. 3, pone a monte il preliminare problema ermeneutico dell'includibilità o meno, nell'ambito applicativo della Convenzione, dei trusts espressamente istituiti nei quali disponente e trustee siano la stessa persona.

La particolare importanza dell'art. 2 si evince altresì dal fatto che, com'è stato osservato ⁷⁹, esso è norma insolita rispetto agli schemi usuali adottati per le Convenzioni di diritto internazionale - con particolare riguardo a quelle de L'Aja - in quanto in esse viene di solito evitata qualunque definizione dell'istituto cui devono applicarsi.

3.6 La tesi proposta

Dall'analisi che precede dovrebbe essere emerso con chiarezza che, pur essendovi fra i delegati in seno alla Conferenza de L'Aja un assai diffuso orientamento volto ad includere i trusts autodichiarati nell'ambito applicativo della Convenzione, non si è addivenuti all'approvazione di un testo normativo (mi riferisco all'art. 2 paragrafo primo) formulato in modo da rispecchiare in modo inequivoco detto orientamento ⁸⁰.

Sembra possibile escludere, però, che ciò sia accaduto perché ha finito per prevalere, in sede di lavori preparatori, un orientamento contrario all'inclusione di siffatti trusts nell'ambito convenzionale.

Riterrei pertanto corretta ⁸¹ la tesi che include tali trusts nella Convenzione, alla luce delle seguenti argomentazioni:

a) L'art. 2 paragrafo primo, là dove parla di un "disponente" e di un "trustee", non postula affatto che costoro debbano essere soggetti distinti, ma si limita ad affermare che, per aversi un trust ai sensi della Convenzione, occorre una fattispecie in cui qualcuno svolge il ruolo di disponente e qualcuno (non necessariamente qualcun altro) svolge il ruolo di trustee ⁸².

⁷⁹ Cfr R. Luzzatto, *Legge applicabile e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione de L'Aja*, TAF 2000, 11.

⁸⁰ Sottolinea l'inadeguata formulazione della norma in questione rispetto agli intendimenti dei redattori anche una delle più autorevoli monografie straniere sui trusts di diritto inglese: cfr A. Underhill-D. J. Hayton, *Law relating cit.*, 1015 ("Where a settlor declares himself as trustee... it is doubtful whether it can be said that "assets have been placed under the control of a trustee" within the meaning of article 2. This might suggest that declarations of trust are excluded from the Convention. However, there seems to be no reason why a declaration by the settlor of himself as trustee should be excluded").

⁸¹ Superò in tal modo le perplessità a suo tempo espresse in S. Bartoli, *Il trust cit.*, 513-514.

⁸² Per questo argomento cfr in particolare § 3. 1 nota 17 e § 3. 3 note 54 e 55.

b) L'art. 2 paragrafo primo, che nel testo definitivo parla di "controllo" sui beni da parte del trustee (invece che di beni "trasferiti a o trattenuti da" un trustee, come accadeva in una precedente versione di tale norma), introduce una nozione convenzionale di trust più ampia di quella propria del modello tradizionale anglosassone, al punto che la tesi prevalente include nella stessa anche le cosiddette *trust-like institutions*⁸³.

Ne discende che, a fortiori, in detta lata nozione di "controllo" non può non rientrare anche il trust autodichiarato, che è tipologia di trust rientrante in detto modello tradizionale⁸⁴.

Riterrei, altresì, che siano invece prive di attinenza con il tema in questione due ulteriori norme della Convenzione, cioè l'art. 2 ultimo paragrafo e l'art. 4.

Quanto alla prima norma, infatti, essa si limita ad affermare che non può escludersi la validità di un trust in cui il trustee sia altresì beneficiario ovvero in cui il disponente si riserva, nell'atto istitutivo, una serie di "*rights and powers*", e tanto la prima quanto la seconda situazione nulla hanno a che fare con quella in cui il disponente sia, altresì, trustee⁸⁵.

Quanto alla seconda norma, si è visto⁸⁶ che essa mira semplicemente ad escludere dall'ambito applicativo della Convenzione (per sottoporlo alle regole di conflitto del foro) il solo negozio dispositivo, e non anche l'atto istitutivo di un trust (al quale invece, naturalmente, la Convenzione si applica, ex art. 2 paragrafo primo).

Si è visto altresì⁸⁷ che, pur essendovi fra i delegati in seno alla Conferenza de L'Aja un assai diffuso orientamento volto ad includere nella previsione dell'art. 4 anche il negozio dispositivo proprio dei trusts autodichiarati, anche in questo caso non si è addivenuti all'approvazione di un testo normativo inequivoco in tal senso: la lettera dell'art. 4, infatti, fa espresso riferimento al solo negozio dispositivo implicante "trasferimento" di beni al trustee.

Come nel caso dell'art. 2 paragrafo primo, però, sembra possibile escludere che ciò sia accaduto perché ha finito per prevalere, in sede di lavori preparatori, un orientamento contrario all'inclusione nell'art. 4 del negozio dispositivo di siffatti trusts.

L'ambiguità dell'art. 4, però, in questo caso nuoce all'interprete assai meno di quanto accade per quella dell'art. 2 paragrafo primo: ciò in quanto, quale che sia la lettura dell'art. 4 che, con riferimento al trust autodichiarato, si intenda dare, pare indubitabile che detta norma non abbia alcuna attinenza con il tema oggetto di questo scritto.

Se, infatti, si opta per la tesi secondo la quale anche nel trust autodichiarato vi è un negozio lato sensu dispositivo (come parrebbe preferibile, considerato che il disponente-trustee, pur non trasferendo i suoi beni, crea un vincolo su di

⁸³ Sul punto cfr § 3. 1 nota 22.

⁸⁴ Per questo argomento cfr in particolare § 3. 5 nota 74.

⁸⁵ Per questo argomento cfr in particolare § 3. 1 note da 23 a 25 e § 3. 5 nota 77.

⁸⁶ Cfr § 3. 2.

⁸⁷ Cfr § 3. 2.

essi ⁸⁸), ne discende l'applicabilità dell'art. 4 (a dispetto del suo tenore letterale) a quest'ultimo negozio: ciò significa – si badi – che, ferma la riconoscibilità di detto trust autodichiarato in base all'art. 2 paragrafo primo, il suo negozio dispositivo sarà soggetto alle regole di conflitto del foro.

In tale ottica, quindi, se ad esempio Tizio autodichiara un trust interno immobiliare, i profili di validità formale e sostanziale dell'atto dispositivo (che è fonte, pur in assenza di un trasferimento, del vincolo di destinazione) sono estranei all'ambito applicativo della Convenzione in quanto, ex art. 4, sono regolati dalle norme italiane: ciò significa che il disponente dev'essere capace secondo la legge italiana e che occorre un atto scritto *ad substantiam* (e non semplicemente una prova scritta dell'istituzione del trust, come prevede la legge inglese e come consentirebbe, in assenza di una norma come il nostro art. 1350 cod.civ., anche l'art. 3 della Convenzione ⁸⁹).

Se invece si opta per la tesi restrittiva secondo la quale, mancando nel trust autodichiarato un negozio dispositivo implicante un trasferimento, l'art. 4 non è applicabile ad un trust siffatto ⁹⁰, resta comunque ferma l'applicabilità al medesimo della Convenzione in base all'art. 2 paragrafo primo.

⁸⁸ Su questa linea ermeneutica cfr le precedenti note da 36 a 44, nonché A. Underhill-D. J. Hayton, *Law relating cit.*, 1026 (“*Where the settlor declares himself trustee of property, matters are less certain. Although there will be no transfer of legal title, there will still be the passing of a right from the would-be settlor, namely the right to the beneficial interest in the property*”).

⁸⁹ Cfr precedente nota 8.

⁹⁰ Per questo minoritario orientamento cfr ad esempio J. Mowbray-L. Tucker-N. Le Poidevin-E. Simpson, *Lewin on Trusts*, Londra, 2000, 288 (“”); G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale cit.*, 76-77. Sull'opinione di quest'ultimo autore v. altresì la precedente nota 49.

Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni

Saverio Bartoli e Daniele Muritano

1. Premessa: esigenza di un'attenta valutazione dell'impatto con nostre norme imperative di talune clausole utilizzate nei trusts interni; configurabilità di un'esigenza analoga anche nella redazione di un atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.

Sin dall'entrata in vigore in Italia della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento¹, la gran parte degli studi dottrinali e degli interventi giurisprudenziali in tema di trust interno² si è occupata essenzialmente di due temi: l'ammissibilità o meno di tale isti-

¹ D'ora in avanti, per brevità: la Convenzione. Ratificata dallo Stato italiano con l. 16 ottobre 1989, n. 364, recante "Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento adottata a L'Aja il 1° luglio 1985", essa è entrata in vigore in data 1 gennaio 1992 per le ragioni esposte in S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, 501.

² Visto il tenore dell'art. 13 della Convenzione, per "trust interno" si intende, com'è noto, il trust che è fonte di un rapporto giuridico i cui "elementi significativi" (per tali dovendosi intendere sia - com'è pacifico - il luogo in cui i beni sono ubicati e quello in cui lo scopo del trust deve essere perseguito, sia - come parrebbe affermare la tesi prevalente - la cittadinanza e residenza del disponente e dei beneficiari: sulla questione v. *amplius* L. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, 156 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 599 ss.) sono localizzati all'interno del nostro ordinamento ed i cui unici elementi di internazionalità sono quindi costituiti: a) indefettibilmente, dalla legge regolatrice del trust (essendo quest'ultima - per definizione - una legge straniera); b) eventualmente, anche dal luogo di amministrazione del trust e da quello di residenza abituale del trustee. L'espressione "trust interno" è stata coniata da M. Lupoi già all'indomani dell'entrata in vigore della Convenzione (cfr. M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *VN*, 1992, 976; Id., *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, 148 ss.) ed è stata da egli ripresa anche in successivi lavori, fra cui la sua nota monografia (cfr. M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 536).

tuto³ e l'ammissibilità o meno della sua pubblicità ai fini dell'opponibilità ai terzi⁴.

Non sono mancati, naturalmente, anche interventi sul tema dell'esigenza del

³ Detto tema, com'è noto, presuppone l'analisi della portata dell'art. 13 della Convenzione. Fra i più estesi contributi dottrinali sulla questione cfr., per la tesi dominante favorevole ai trusts interni, M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, spec. 533 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., spec. 597 ss.; L.F. Risso-D. Muritano, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, in *Trusts*, 2006, 459; S.M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, in *Trusts*, 2003, 333; Id., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000, 145; R. Luzzatto, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts*, 2000, 7; S. Buttà, *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2000, 551; per la tesi contraria cfr. invece G. Brogginì, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 411 ss.; C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, in *VN*, 1998, 1323 ss.; Id., *Il trust e sostiene Lupoi*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 448 ss.; L. Contaldi, *Il trust*, cit., 123 ss.; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *RN*, 2001, 1247; Id., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *RN*, 2001, 11; Id., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *RN*, 2002, 1107. Quanto alla giurisprudenza, anch'essa è in genere favorevole all'istituto. Cfr. per la tesi positiva Trib. Milano (decr.) 27 dicembre 1996, in *Soc*, 1997, 585 ss.; Trib. Genova (decr.) 24 marzo 1997, in *GCo*, 1998, II, 759 ss.; Trib. Genova (decr.) 17 aprile 1997 in S. Bartoli, *Il trust*, cit., 743; Pret. Roma (ord.) 13 aprile 1999 e Trib. Roma (ord.) 2 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, 83-85; Trib. Chieti (ord.) 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000, 372; Trib. Bologna (decr.) 18 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, 372-374; Trib. Perugia-Giudice Tutelare (decr.) 26 giugno 2001, in *Trusts*, 2002, 52; Trib. Pisa (decr.) 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241 nonché in *RN*, 2002, 188; Trib. Perugia-Giudice Tutelare (decr.) 16 aprile 2002, in *Trusts*, 2002, 584; Trib. Firenze (decr.) 10 maggio 2002 inedito e Trib. Firenze (ord.) 6 giugno 2002, in *Trusts*, 2004, 256; Trib. Milano (decr.) 29 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 270; Trib. Firenze (decr.) 23 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 406; Trib. Verona (decr.) 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409; Trib. Roma-Sez. fall.-Giudice Delegato (decr.) 4 aprile 2003, in *Trusts*, 2003, 411; Trib. Bologna (decr.) 16 giugno 2003, in *Trusts*, 2003, 580; Trib. Bologna 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 67; Trib. Parma (decr.) 21 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 73; Trib. Bologna (decr.) 3 dicembre 2003, in *Trusts*, 2004, 254; Trib. Roma-Sez. fall. (decr.) 5 marzo 2004, in *Trusts*, 2004, 406; Trib. Firenze-Giudice Tutelare (decr.) 8 aprile 2004, in *Trusts*, 2004, 567; Trib. Firenze (decr.) 9 luglio 2004, in *Trusts*, 2005, 85; Trib. Trento-Sez. dist. Cavalese (decr.) 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2004, 573; Trib. Parma-Sez. fall. (decr.) 5 ottobre 2004, in www.il-trust-in-italia.it; Trib. Brescia 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, 83; Trib. Milano (decr.) 23 febbraio 2005 (oppure 8 marzo 2005), in *Il Sole 24 Ore* del 31 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 667 e *Trusts*, 2005, 585; Trib. Parma-Sez. fall. (decr.) 3 marzo 2005, in *Trusts*, 2005, 409; Trib. Trento-Sez. dist. Cles (decr.) 7 aprile 2005, in *Trusts*, 2005, 406; Trib. Napoli (decr.) 16 giugno 2005, in *Trusts*, 2006, 249; Trib. Modena (decr.) 11 agosto 2005, in *Trusts*, 2006, 581; Trib. Trieste (decr.) 23 settembre 2005, in *Trusts*, 2006, 83 e *Corr. mer.*, 2005, 1277; Trib. Pordenone (decr.) 23 novembre 2005, in *Trusts*, 2006, 247; Trib. Trento-Sez. dist. Cles, Giudice Tavolare (decr.) 25 gennaio 2006, in *Trusts*, 2006, 419; Trib. Genova (decr.) 14 marzo 2006, in *Trusts*, 2006, 415; Trib. Milano (decr.) 7 giugno 2006, in www.il-trust-in-italia.it; Trib. Bolzano – Sez. dist. Bressanone, Giudice Tavolare (decr.) 16 agosto 2006, in www.il-trust-in-italia.it; Trib. Prato (decr.) 4 luglio 2006, in www.il-trust-in-italia.it; Trib. Firenze (decr.) 26 ottobre 2006, in www.il-trust-in-italia.it; per la tesi contraria cfr. invece Trib. S. Maria Capua Vetere (decr.) 14 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, 51; Trib. Belluno (decr.) 25 settembre 2002, in *Trusts*, 2003, 255; Trib. Napoli (decr.) 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 74; Trib. Velletri 29 giugno 2005, in *Trusts*, 2005, 577.

⁴ Detto tema, com'è noto, presuppone l'analisi dell'art. 12 della Convenzione. Per la dominante tesi favorevole alla pubblicità dei trusts interni cfr. in dottrina L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, 82 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 571 ss.; A. Gambaro, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *RDC*, 2002, II, 919; Id., *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in

rispetto, da parte di un trust interno, delle norme imperative del foro ⁵, ma l'impressione è che in tale contesto vi siano ancora molte questioni da affrontare, o comunque da approfondire, anche perché il numero crescente delle decisioni favorevoli all'ammissibilità del trust interno ed il diffondersi di veri e propri formulari ⁶ hanno causato fra gli operatori del diritto una vera e propria "corsa" al trust, la quale non sempre appare improntata a quei criteri di avvedutezza e prudenza cui dovrebbe attenersi l'attività professionale.

RDC, 2002, II, 257; F. Steidl, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – I*, in *Trusts*, 2002, 350; Id., *Trasferimento a trustee e vincolo del trust*, in *Trusts*, 2004, 317; M.L. Cenni, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – II*, in *Trusts*, 2002, 355; Ead., *Acquisto immobiliare e duplice formalità*, in *Trusts*, 2002, 305; G. Gallizia, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – III*, in *Trusts*, 2002, 362; Id., *Trattamento tributario dell'atto dispositivo di un trust di beni immobili*, in *Trusts*, 2001, 148; F. Cerio, *La trascrizione del trust interno auto-dichiarato su beni immobili o complessi di beni immobili*, in *Trusts*, 2005, 185; L. Monti, *Trust unilaterale e trascrizione*, in *Trusts*, 2003, 480; A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in *Trusts*, 2002, 337; P. Piccoli, *Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee*, in *Trusts*, 2000, 227; Id., *Troppi timori in tema di trascrivibilità del "trust" in Italia*, in *Not*, 1995, 616; P. Amati-P. Piccoli, *Trascritto un immobile in trust*, in *Not*, 1999, 593; P. Piccoli-E. Corso-M. Dolzani, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, in *RN*, 1995, 1389; L.F. Risso, *Trascrizione di trasferimento dal disponente al trustee*, in *Trusts*, 2001, 481; per la tesi contraria cfr. invece, per tutti, F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, cit.; Id., *In Italia tutto è permesso*, cit.; Id., *Il cammello, il leone*, cit. Quanto alla giurisprudenza, anch'essa in generale favorevole alla pubblicità dei trusts interni, cfr., per la tesi positiva, con riguardo alla trascrizione, Trib. Chieti (ord.) 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000, 372; Trib. Bologna (decr.) 18 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, 372-374; Trib. Pisa (decr.) 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241 nonché *RN*, 2002, 188; Trib. Milano (decr.) 29 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 270; Trib. Verona (decr.) 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409; Trib. Napoli (decr.) 16 giugno 2005, in *Trusts*, 2006, 249; Trib. Parma (decr.) 21 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 73; con riguardo all'intavolazione nei libri fondiari, Trib. Trento-Sez. dist. Cavalese (decr.) in 20 luglio 2004, *Trusts*, 2004, 573; Trib. Trento-Sez. dist. Cles (decr.) 7 aprile 2005, in *Trusts*, 2005, 406; Trib. Trento-Sez. dist. Cles, Giudice Tavolare (decr.) 25 gennaio 2006, in *Trusts*, 2006, 419; Trib. Trieste (decr.) 23 settembre 2005, in *Trusts*, 2006, 83 e *Corr. mer.*, 2005, 1277; Trib. Bolzano – Sez. dist. Bressanone, Giudice Tavolare (decr.) 16 agosto 2006, in www.il-trust-in-italia.it; con riguardo all'iscrizione nel registro delle imprese, Trib. Bologna (decr.) 16 giugno 2003, in *Trusts*, 2003, 580; per la tesi contraria cfr. invece, con riguardo alla trascrizione, Trib. Belluno (decr.) 25 settembre 2002, in *Trusts*, 2003, 255; App. Napoli (decr.) 27 maggio 2004, in *Trusts*, 2004, 570; Trib. Napoli (decr.) 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 74; con riguardo all'iscrizione nel registro delle imprese, Trib. S.Maria Capua Vetere (decr.) 14 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, 51. Non pare costituire precedente contrario alla pubblicità del trust interno, invece, Trib. Trieste - Giudice Tavolare (decr.) 7 aprile 2006, in *Trusts*, 2006, 417: tale pronuncia, infatti, ha rigettato l'istanza di intavolazione nei libri fondiari, ma soltanto perché il notaio aveva omissis di allegare ad essa l'atto istitutivo del trust, in tal modo precludendo al giudice di valutare (nell'esercizio di quei peculiari poteri di controllo di legittimità sia formale che sostanziale conferitigli dall'art. 26 della legge generale sui libri fondiari) i contenuti del programma negoziale e, dunque, la sua conformità al nostro ordinamento giuridico.

⁵ Esigenza, com'è noto, sancita dall'art. 15 paragrafo primo della Convenzione.

⁶ Cfr. G. Petrelli, *Formulario notarile commentato*, vol. III, t. I, Milano, 2003, 897 ss.; M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005. Un famoso formulario in lingua inglese (ed al quale autorevole dottrina – cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 28 – dichiara di essersi ispirata) è quello di J. Kessler, *Drafting Trusts and Will Trusts. A Modern Approach*, Londra, 2004. Da segnalare, infine, un recente contributo (F. Rota-G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia. Manuale e applicazioni pratiche con la revisione di Guido Capozzi*, Milano, 2007) contenente alcuni schemi di clausole e di atti istitutivi.

Appare al riguardo opportuno evidenziare la pericolosità del seguente sillogismo, cui troppo spesso l'operatore appare affidarsi prima di decidere se utilizzare o meno, nel contesto di un trust interno, una certa clausola:

- a) in base alla Convenzione, il trust interno è regolato dalla legge straniera prescelta;
- b) tale legge regolatrice straniera ammette la clausola che, nel caso di specie, si vorrebbe inserire nell'atto istitutivo di un trust interno;
- c) la clausola in questione è pertanto da considerarsi ammissibile anche nell'atto istitutivo di un trust interno.

Un siffatto ragionamento appare dover essere accuratamente evitato, in quanto mostra di non tenere in alcun conto il dettato dell'art. 15 paragrafo primo della Convenzione, che vieta la violazione delle norme imperative del foro.

Con riferimento ad un trust interno, pertanto, il corretto percorso argomentativo parrebbe, invece, essere il seguente:

- a) in base alla Convenzione, il trust interno è regolato dalla legge straniera prescelta;
- b) tale legge regolatrice straniera ammette la clausola che, nel caso di specie, si vorrebbe inserire nell'atto istitutivo di un trust interno;
- c) la clausola in questione confligge o meno con norme imperative dell'ordinamento giuridico italiano?
- d) la clausola in questione è da considerarsi ammissibile anche nell'atto istitutivo di un trust interno solo se si sia data risposta negativa al quesito sub c) ⁷.

⁷ Non appare inutile ribadire (onde evitare fraintendimenti) che il ragionamento svolto nel testo si riferisce soltanto ai "trusts interni". Esula infatti dal presente scritto la disamina del rapporto fra clausola del trust conforme ad una norma straniera e nostre norme imperative allorché ci si trovi in presenza di trusts "non interni", cioè dotati di qualificanti elementi di collegamento con un ordinamento straniero. In queste ultime ipotesi infatti appare possibile, senza alcuna pretesa di completezza, disegnare almeno due scenari. Potrebbe in primo luogo accadere che (ed in tale caso – si badi – l'art. 15 della Convenzione non viene affatto in questione), pur se le nostre norme di diritto internazionale privato individuano come applicabile ad un trust "non interno" una norma straniera contrastante (in ipotesi) con una nostra norma imperativa, tale norma straniera trovi ugualmente applicazione ex art. 16 l. 31 maggio 1995, n. 218 (già art. 31 disp. prel. c.c.), in quanto essa non contrasta con il nostro ordine pubblico. Si pensi ad un trust istituito con atto *inter vivos*, in conformità alla legge inglese, da un disponente inglese residente in Inghilterra su beni ubicati in Italia ed a favore di un beneficiario italiano residente in Italia che viene designato dal disponente con successivo testamento: considerato che la successione del disponente è in tal caso regolata dalla legge inglese (cfr. art. 46 l. 31 maggio 1995, n. 218) anche a voler ipotizzare che un siffatto trust violi il nostro divieto dei patti successori indiretti (sul punto v. amplius il § 2 gennaio 2.2), il giudice italiano eventualmente adito ben potrebbe escludere la nullità della clausola facendo leva su quella giurisprudenza secondo la quale la norma straniera contrastante con il divieto ex art. 458 c.c. non viola comunque il nostro ordine pubblico (cfr. Trib. Bolzano 8 marzo 1968, *RFI*, 1969, 2489, n. 41 e *RGAA*, 1968, 220). In secondo luogo si può ipotizzare che (ed in tal caso viene invece in questione l'art. 15 della Convenzione) le nostre norme di diritto internazionale privato individuino come applicabile ad un trust "non interno" il diritto italiano e che una certa clausola di esso contrasti con una nostra norma imperativa: in casi del genere, non può escludersi che il giudice italiano faccia ricorso, sia pure in ipotesi limitate e quale extrema *ratio*, alla previsione dell'art. 15 paragrafo secondo della Convenzione, secondo la quale "il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici". Pur se il significato e la portata di tale norma appaiono oscuri, anche per il silenzio sul punto sia dei lavori preparatori che della Relazione esplicativa della Convenzione (così L. Contaldi, *Il trust*, cit., 213), appare condivisibile quella dottrina secondo la

Tanto premesso, si esamineranno in questo scritto, senza alcun intento polemico né alcuna pretesa di completezza, ma al mero scopo di tentare di stimolare una costruttiva riflessione, una serie di clausole che tendono a trovare corrente utilizzazione nella prassi dei trusts interni, ma che sovente, a sommosso avviso di chi scrive, destano più di una perplessità.

Talune delle clausole qui esaminate, come si avrà modo di vedere, sono probabilmente valide: è parsa però opportuna l'analisi anche di esse, onde tentare di munirle (nella sostanziale assenza per la gran parte di esse – ad oggi - di contributi dottrinali in materia) di un qualche fondamento di diritto positivo.

Si precisa, altresì, che la presente analisi si riferisce (salvo dove diversamente indicato) a clausole redatte sulla scorta della legge regolatrice inglese.

Una considerazione finale s'impone: il tipo di indagine oggetto di questo scritto appare di estrema utilità non solo per l'operatore che abbia intenzione di attuare finalità destinatorie mediante lo strumento del trust interno, ma anche per chi intenda, invece, utilizzare a tale scopo⁸ la nuova figura negoziale prevista dall'art. 2645-ter c.c.⁹, cioè l'atto di destinazione regolato (non già da una

quale essa si applica "alle sole ipotesi nelle quali l'art. 15 interviene al fine di rendere possibile un coordinamento fra le diverse leggi richiamate dalle norme di conflitto", si da "permettere al giudice di ricercare una soluzione equilibrata nelle situazioni nelle quali un'applicazione incondizionata e cumulativa di norme desunte da ordinamenti differenti condurrebbe ad un risultato incongruo sul piano della regolamentazione materiale del rapporto" (così ancora L. Contaldi, *Il trust*, cit., 215).

⁸ Perché ritiene inammissibile il trust interno, ovvero perché ritiene l'istituto ex art. 2645-ter c.c. un'alternativa ad esso (la quale consente di evitare, fra l'altro, di cimentarsi con un diritto straniero).

⁹ L'opinione ad oggi prevalente ritiene, infatti, che tale nuova norma codicistica preveda un nuovo istituto di fonte negoziale: cfr. in tal senso in dottrina, ad esempio, M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts*, 2006, 169 ss. e in *RN*, 2006, 467 ss.; G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *RDC*, 2006, 161 ss.; D. Muritano, *Negoziato di destinazione e trust interno*, relazione al Convegno "Gli atti di destinazione atipici alla luce del nuovo articolo 2645 ter c.c.", organizzato dal Consiglio Notarile di Firenze", i cui atti sono in corso di pubblicazione; S. Bartoli, *Riflessioni sul nuovo art. 2645ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in corso di pubblicazione in *GI*; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *GC*, 2006, II, 165; R. Franco, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Not*, 3/2006, 315 ss.; M. Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *RN*, 2006, 1175; P. Manes, *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *CI*, 2006, 626 ss.; R. Quadri, *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *CI*, 2006, 1717 ss; cfr. anche gli atti dei due Convegni organizzati dalla Fondazione Italiana per il Notariato a Rimini il 1° luglio 2006 e a Catania l'11 novembre 2006, i cui atti, in corso di pubblicazione, sono tuttavia parzialmente reperibili nel sito www.fondazione notarariato.it; in giurisprudenza Trib. Genova – Giudice Tutelare (decr.) 14 marzo 2006, in *Trusts*, 2006, 415. In senso contrario si veda invece l'obiter dictum contenuto in Trib. Trieste (decr.) 7 aprile 2006, in *Trusts*, 2006, 417, secondo il quale tale norma non introduce affatto nel nostro ordinamento un nuovo tipo di negozio di destinazione, ma soltanto "un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione...accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi". Secondo tale decisum, infatti, la norma non conterrebbe alcun indice da cui desumere l'avvenuta creazione di una siffatta nuova figura negoziale, non essendo chiara né la natura unilaterale o bilaterale, né il carattere oneroso o gratuito, né la presenza di effetti traslativi o obbligatori. La tesi del Tribunale triestino appare, però, lungi dal persuadere, poiché se è vero che la formulazione della norma non è né felice né precisa, ciò non pare sufficiente a consentire all'interprete di ignorare le numerose tracce di disciplina sostanziale in essa disseminate dal legislatore, si da obliterarne l'evidente intento di delineare, sia pure in modo assai sommario, i contorni di un nuovo istituto giuridico.

legge straniera, bensì) dal diritto interno ¹⁰.

Appare infatti evidente come l'operatore, in sede di redazione delle clausole di tale atto di destinazione, debba comunque fare i conti (si ispiri egli o meno al contenuto delle clausole reperibili in un atto istitutivo di trust interno) con le nostre norme imperative.

2. Clausole incidenti sulla designazione di beneficiari del trust

2.1. Trust che non individua i beneficiari ed in cui il disponente riserva a se stesso o ad un terzo (sia esso il trustee, il guardiano o altro soggetto) il potere di designarli

2.1.1. I problemi posti dal trust che inizialmente non individua i beneficiari

2.1.1.1. La nullità, o comunque il mancato perfezionamento, della fattispecie istitutiva

Nei trusts ora in esame il disponente ha omesso di individuare ab initio dei beneficiari: trattasi quindi di trusts "in incertam personam".

Autorevole dottrina ¹¹ ha ritenuto validi siffatti trusts in quanto gli stessi si convertirebbero in altrettanti resulting trust aventi quale beneficiario il disponente, ovvero (se costui sia deceduto) i suoi eredi ¹².

L'osservazione però non persuade, non tanto perché ¹³ l'ammissibilità del resulting trust nel nostro ordinamento è (visto il tenore degli artt. 3 e 20

¹⁰ Occorre evidenziare che tale nuova figura negoziale, per tutta una serie di ragioni che non è possibile esporre in questa sede (sul punto si rinvia a M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione"*, cit.; D. Muritano, *Negoziato di destinazione*, cit.; S. Bartoli, *Riflessioni*, cit.; G. Petrelli, *La trascrizione*, cit.), non appare esattamente coincidente con la figura del trust.

¹¹ Cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 75.

¹² L'autore si riferisce ad un fenomeno rientrante in una ben specifica ipotesi di resulting trust (per la quale cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londra-Dublino-Edimburgo, 2003, 329 ss.; M. Lupoi, *Trusts*, cit., 114-115; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 150-152), e precisamente in quella ipotesi (detta anche "trust di ritorno") che si verifica allorché, pur essendovi stato un valido ed efficace trasferimento dei beni dal disponente al trustee, il negozio istitutivo presenti carenze tali che la volontà del disponente non può dirsi compiutamente manifestata. In fattispecie del genere, nel diritto inglese il giudice emette una sentenza (fondata sull'equity ed avente natura dichiarativa) secondo la quale il trustee del trust negoziale a suo tempo istituito dal disponente deve considerarsi trustee di un diverso trust (che è - appunto - il resulting trust) avente quali beneficiari lo stesso disponente o, se deceduto, i soggetti cui spetterà il suo asse, cioè i suoi eredi o legatari (pare infatti inesatto affermare che, se il disponente è deceduto, i beneficiari saranno sempre e soltanto i suoi eredi: si pensi, infatti, ad un trust *inter vivos* privo di beneficiari finali, destinato a durare finché è in vita il disponente ed istituito da un soggetto che, nel proprio testamento, lega uno dei beni in trust a Tizio). A tali soggetti, su loro semplice richiesta, il trustee dovrà pertanto trasferire i beni, trattandosi di bare trust (per il bare trust cfr. per tutti S. Bartoli, *Il trust*, cit., 133-134 e bibliografia ivi citata). Per altre fattispecie di resulting trust (non rilevanti, però, nell'economia del presente scritto) cfr. per tutti M. Lupoi, *Trusts*, cit., 115 ss.

¹³ Come si vedrà al § 16 febbraio

della Convenzione) discussa ¹⁴, quanto e soprattutto perchè il resulting trust è un trust distinto dal trust negoziale a suo tempo istituito dal disponente: esso ha infatti fonte in una sentenza che, in applicazione di una regola di equity, accerta l'esistenza di un obbligo restitutorio del trustee quale conseguenza – appunto – dell'invalidità o della sopravvenuta impossibilità di detto trust di fonte negoziale.

Affermare che un trust negoziale non è nullo perché si converte in resulting trust, pertanto, significa in realtà ammettere che detto trust negoziale è ab initio improduttivo di qualunque effetto.

A tutto concedere, un trust in cui il disponente si riserva il potere di individuare in seguito i beneficiari potrebbe essere inteso (invece che come negozio nullo) come una fattispecie a formazione progressiva non ancora perfezionatasi ¹⁵: come tale, comunque, fino al momento del suo perfezionamento (cioè fino a quando il disponente non identifichi i beneficiari) esso non parrebbe in grado di produrre il caratteristico effetto finale del trust, dato dalla separazione patrimoniale.

Tale ipotesi ricostruttiva (mossa da un indubbio “favor” nei confronti del negozio) pare percorribile anche per un trust in cui il disponente attribuisca ad un terzo il potere di individuare in seguito i beneficiari ¹⁶; nel caso in cui si tratti di un trust avente natura liberale, però, detta clausola dovrà fare altresì i conti – per le ragioni che si esporranno in seguito ¹⁷ – con il cosiddetto “principio della personalità della volizione liberale”.

2.1.1.2. La clausola che riserva al disponente il potere di individuare i beneficiari mediante testamento ed il divieto dei patti successori indiretti

A) Premessa

Nella prassi dei trusts interni che inizialmente non individuano beneficiari non è infrequente l'utilizzo di una clausola con la quale è il disponente a riservarsi il potere di designarli successivamente, con atto fra vivi o con

¹⁴ Si vedrà infatti al § 16.2 che tale questione parrebbe costituire, per i trusts interni, un problema degno di essere ridimensionato, poiché l'effetto restitutorio del resulting trust ben appare conseguibile con una sentenza del nostro giudice nazionale dichiarante l'invalidità del trust (come nel caso - descritto nel testo - di trust in cui manca l'indicazione dei beneficiari), ovvero l'impossibilità sopravvenuta di portare a compimento il programma in esso contenuto (come, ad esempio, nel caso di trust che indica beneficiari finali i quali non accettano l'attribuzione o premuono).

¹⁵ Per spunti in tal senso cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1961, 135, per il quale “Non è escluso che il donante si riservi la facoltà di indicare egli stesso successivamente la persona del donatario...; ma allora la dichiarazione diventa efficiente solo quando sarà sopravvenuta la determinazione. In tal caso...si ha soltanto una dichiarazione attuale ma imperfetta, che sarà completata dallo stesso donante”.

¹⁶ Nel senso che, in tal caso, potrà al limite ritenersi che la fattispecie si perfezioni, e finalmente produca il suo effetto di separazione patrimoniale, allorché il terzo abbia individuato i beneficiari. Per una clausola siffatta cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 77-78.

¹⁷ Cfr. § 2 gennaio 2 gennaio

testamento¹⁸.

Tale clausola, indubbiamente valida nell'ordinamento inglese, nel nostro ordinamento parrebbe invece dover fare i conti¹⁹, nella parte in cui prevede una possibile designazione testamentaria, con il divieto dei patti successori indiretti²⁰.

L'esame della questione²¹, però, richiede a monte l'analisi di un tema più generale: quello del rapporto fra trust e patti successori.

B) Il divieto di patto successorio istitutivo

È noto che il patto successorio istitutivo²² ha natura giuridica di atto *mortis causa* - poiché con esso si dispone del proprio patrimonio per il tempo in cui si sarà cessato di vivere - strutturato in forma di contratto (a titolo gratuito ovvero a titolo oneroso) e non di testamento.

Per la nozione di atto *mortis causa* appare possibile rifarsi all'insegnamento tradizionale e consolidato²³, per il quale in un siffatto negozio l'evento-morte svolge il ruolo di causa dell'attribuzione e non già quello di mero accadimento da cui dipende l'efficacia dell'attribuzione stessa (cioè di evento avente funzione di termine o condizione), poiché in quest'ultimo caso si dovrà invece ritenere di trovarsi di fronte ad un negozio *inter vivos* con attribuzione post mortem.

Tale tradizionale insegnamento afferma, più precisamente, che l'atto *mortis causa* è volto a regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo ed in dipendenza della sua morte e, come tale, non è destinato a produrre alcun effetto, neppure prodromico o preliminare, prima che l'evento

¹⁸ Per clausole di tale tipo cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 75, 451 ("art. 6" - *Il termine beneficiari indica le persone che il disponente per testamento o per mezzo di atti comunicati al trustee nomina nel corso della durata del trust*), 459-460 ("art. 1" e "art. 2"; tali clausole disciplinano l'ipotesi del c.d. terzo incrementatore del trust che, a tal fine, è qualificabile come disponente), 533 ("art. 8" dell'atto istitutivo n. 3; tale clausola prevede due ipotesi: alla lett. A quella del terzo incrementatore del trust che nomina i beneficiari con atto tra vivi; alla lett. B quella del disponente che nomina i "Beneficiari del residuo" con atto tra vivi o testamento) e 566 ("art. 20" dell'atto istitutivo n. 5 - *Il termine beneficiari indica le persone che il disponente per testamento o per mezzo di atti autentici comunicati al trustee, revocabili o irrevocabili, nomina nel corso della durata del trust ...*).

Clausola simile è quella leggibile alle pp. 451-452 dello stesso volume ("art. 7-A-2" - *Il termine beneficiari indica ... le persone che il disponente nomina nel corso della durata del trust ... per testamento o per mezzo di atti comunicati al trustee*). Essa si differenzia dalle precedenti in quanto i beneficiari sono inizialmente già individuati.

¹⁹ Ferma l'esistenza, a monte, di quei problemi che si sono esposti nel precedente § 2 gennaio 1 gennaio.

²⁰ Evidenza detta esigenza, concludendo per la probabile nullità della clausola, S. Bartoli, *Il trust*, cit., 693-694. Aderisce a tale tipo d'impostazione G. Petrelli, *Formulario*, cit., 954, il quale propone una clausola nella quale il disponente si riserva di individuare i beneficiari "in un successivo atto tra vivi".

²¹ Che sarà affrontata nella successiva lettera E-4).

²² Per il quale cfr. ad esempio l'efficace sintesi di G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 1982-1983, 27 ss. (Del volume di G. Capozzi è stata pubblicata una nuova edizione nel 2006. Le citazioni contenute nel presente lavoro si riferiscono all'edizione 1982-1983)

²³ V. amplius per tutti A. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 37-74, 103 ss., 219 ss.; A. Palazzo, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; M.V. De Giorgi, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

morte si verifichi - sì che l'oggetto dell'attribuzione costituisce un quod superest ed il beneficiario di essa viene in questione come soggetto incluso in quella certa successione - mentre nell'atto post mortem l'evento morte è condizione o termine di efficacia dell'attribuzione, la quale è dunque attuale nella sua consistenza e non limitata ai beni rimasti nel patrimonio del disponente al momento della sua morte.

Occorre precisare che si è fin qui fatto riferimento alla figura del patto successorio istitutivo diretto e con effetto reale.

Sono infatti configurabili - e sono parimenti affetti da nullità - sia il patto successorio istitutivo indiretto²⁴, sia il patto successorio istitutivo ad effetto obbligatorio, cioè mediante il quale il de cuius si sia obbligato a disporre in un certo modo del suo asse²⁵.

Una prima *ratio* del divieto dell'art. 458 c.c. viene ravvisata nel contrasto con il principio della revocabilità in ogni tempo delle disposizioni di ultima volontà²⁶; in virtù del vincolo contrattualmente assunto, infatti, il soggetto non potrebbe successivamente mutare tali disposizioni²⁷.

A ben guardare, però, risultano ipotizzabili anche accordi aventi natura di patto successorio a dispetto della loro revocabilità da parte del disponente.

Come in qualunque contratto, infatti, anche in un patto successorio ben potrebbe esser stata inserita una clausola attributiva del potere di recesso al disponente: si pensi al caso in cui Tizio stipuli con Caio un contratto che contiene una clausola siffatta e prevede l'istituzione d'erede di Caio dietro corrispettivo.

In ipotesi del genere, la nullità del contratto ex art. 458 c.c. non potrebbe certo escludersi per il fatto che l'attribuzione in favore di Caio risulti revocabile.

In secondo luogo, la *ratio* della nullità del divieto ex art. 458 c.c. riposa nell'esigenza di salvaguardare il cosiddetto principio di personalità della volizione testamentaria²⁸.

C) Il mandato "post mortem"

Il patto successorio istitutivo può essere stipulato dal futuro ereditando con il futuro successibile (ed è l'ipotesi più ricorrente) oppure con un terzo; è quest'ultima l'ipotesi del mandato post mortem nella sua configurazione di mandato *mortis causa*.

Si distinguono infatti, all'interno della categoria del mandato post mortem (caratterizzato dalla previsione di un obbligo del mandatario di compiere una certa attività dopo la morte del mandante), le ipotesi del mandato post mortem exequendum, del mandato *mortis causa* e del cosiddetto mandato unilaterale

²⁴ Per il quale si rimanda alla successiva lettera D) di questo §.

²⁵ Ciò a dispetto del fatto che l'art. 458 c.c. utilizza l'espressione "disporre della propria successione", in tal modo evocando - appunto - la sola immagine del patto successorio istitutivo ad effetto reale (cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 30-31).

²⁶ Sancito anche da altre norme, come gli artt. 589 e 679 c.c.

²⁷ Salvo, ovviamente, che egli riesca a sciogliere il contratto per mutuo consenso ex art. 1372, co. 1°, c.c.

²⁸ Per il quale si rinvia al successivo § 2 gennaio 2.1, lettera A).

mortis causa ²⁹.

La prima figura - che ha natura contrattuale e ricorre allorché l'attività in questione non consista in attribuzioni patrimoniali, risolvendosi essa nel compimento o di atti giuridici non negoziali o di atti materiali ³⁰ - è tendenzialmente ritenuta valida, partendo dalla premessa della derogabilità dell'art. 1722, n. 4, c.c., per il quale "mandatum morte finitur".

La seconda figura - che ha parimenti natura contrattuale e nella quale l'attività da compiersi si concreta in un'attribuzione a terzi, non giustificata da una causa onerosa, di diritti patrimoniali "prelevati" dall'asse del defunto - è considerata, come si è detto sopra, nulla ex art. 458 c.c. ³¹.

La terza figura, infine, in cui il tipo di attività che l'incaricato deve svolgere è identica a quella vista per la prima figura, è solo impropriamente denominata "mandato", poiché trattasi in realtà di un negozio unilaterale posto in essere dal soggetto incaricante; essa è pertanto ritenuta valida come negozio testamentario, se ed in quanto possieda i requisiti di forma e di sostanza del testamento.

D) L'istituto previsto dall'art. 1412 c.c. ed il patto successorio istitutivo indiretto

D-1) Considerazioni generali

Da non confondere con il patto successorio istitutivo vietato è il contratto a favore del terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, figura prevista (ed ammessa) dall'art. 1412 c.c.

Una tesi minoritaria ³² afferma trattarsi di atto *mortis causa* eccezionalmente (cioè a dispetto del divieto ex art. 458 c.c.) valido.

Più precisamente, con riguardo all'ipotesi normale (prevista dal primo comma dell'art. 1412 c.c.) in cui lo stipulante mantenga il potere di revoca pur se il terzo abbia dichiarato di voler profittare della stipula a suo favore ³³, l'orientamento in questione evidenzia che sarebbe - appunto - tale persistente facoltà di revoca ³⁴ a comprovare la natura *mortis causa* dell'attribuzione e, al tempo stesso, a giustificarne la validità; con riferimento invece alla particolare eventualità (parimenti prevista dal primo comma della norma) che lo stipulante abbia rinunciato alla facoltà di revoca, la tesi in esame sottolinea che, nel

²⁹ Su questo tema cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 37-38.

³⁰ Si pensi a disposizioni per la propria sepoltura o per la pubblicazione di proprie opere, ovvero all'incarico di consegnare al donatario una somma precedentemente donata (cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 37; Cass. 2804/1962, in *FI*, I, 49).

³¹ Cfr. Cass. 2804/1962, cit.; Trib. Milano 18 aprile 1974, in *GCo*, 1975, II, 694, con nota critica di U. Carnevali.

³² Cfr. in dottrina L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. SB*, Bologna-Roma, 1984, 110-111; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, 320 e 411 (nt. 3); G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Commentario del codice civile, Torino, 1987, 445-446; in giurisprudenza App. Milano 29 luglio 1957, in *A*, 1958, 33.

³³ In deroga, quindi, a quanto previsto dall'art. 1411, co. 2°, c.c.

³⁴ "Usque ad supremum exitum vitae": l'art. 1412, co. 1°, c.c., infatti, consente detta revoca allo stipulante anche con disposizione testamentaria.

caso di specie, si sarebbe di fronte ad un'ancor più accentuata deroga al divieto di cui all'art. 458 c.c.

L'opinione prevalente e preferibile³⁵ attribuisce invece alla figura in esame (a prescindere - si badi - dal profilo della revocabilità o meno della stipulazione) natura non già di atto *mortis causa* eccezionalmente valido, bensì di negozio *inter vivos* in cui al terzo designato è attribuita sin dalla stipula (non già una mera aspettativa di fatto, bensì) un'aspettativa giuridica all'acquisto del diritto, cioè un diritto la cui efficacia è sospesa fino alla morte del disponente-stipulante.

La tesi in esame giunge a tali conclusioni, in particolare, argomentando dal fatto che il secondo comma dell'art. 1412 c.c. prevede l'attribuzione del diritto (o meglio, dell'aspettativa giuridica all'acquisto del diritto) agli eredi del terzo se questi premuoia al disponente-stipulante; circostanza questa che, appunto, dimostrerebbe che il terzo può trasmettere *mortis causa* la posizione giuridica già acquisita per effetto del contratto a favore del terzo³⁶.

Diverso discorso appare invece meritare la fattispecie di contratto a favore del terzo in cui lo stipulante (come gli è consentito di fare dalla parte finale del secondo comma dell'art. 1412 c.c.) abbia escluso l'eseguibilità della prestazione, in caso di premorienza del terzo, in favore degli eredi di quest'ultimo, poiché in tal caso si è probabilmente di fronte ad un patto successorio indiretto eccezionalmente consentito³⁷.

È infine utile precisare che sembra invece doversi escludere l'applicabilità dell'art. 1412 c.c., dovendosi piuttosto parlare di patto successorio istitutivo "indiretto" vietato³⁸, al contratto a favore del terzo in cui lo stipulante si riserva di designare il terzo beneficiario solo nel proprio testamento³⁹.

L'espressione "patto successorio indiretto", pertanto, sta ad indicare che l'attribuzione *mortis causa* vietata proviene, in detta figura, non dal disponente-stipulante⁴⁰ - come accade nell'ipotesi ex art. 458 c.c. - bensì dal promittente.

La natura *mortis causa* dell'attribuzione si evince dal fatto che, mentre nel-

³⁵ Cfr. in dottrina G. Capozzi, *Successioni*, cit., 34; M.V. De Giorgi, *I patti*, cit., 122-125 ed autori ivi citati alle note 10 e 12; in giurisprudenza Cass. 17 agosto 1990, n. 8335, in *RN*, 1991, 517.

³⁶ Così anche Trib. Milano 20 marzo 1956, in *FI*, 1957, I, 1346.

³⁷ Cfr. in tal senso S. Tondo, *Note sul trust: comparazione con una nostra prassi bancaria*, in *RN*, 1993, 62 e 64. Sul patto successorio indiretto - che è generalmente vietato nel nostro ordinamento - cfr. la parte immediatamente successiva del testo e la nota.

³⁸ Il generale divieto di patto successorio indiretto soffre ben poche eccezioni: a parte quella di cui alla precedente nota, la dottrina menziona (cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 31-32; A. Giampiccolo, *Il contenuto*, cit., 306 ss.; M.V. De Giorgi, *I patti*, cit., 126 ss.) la fattispecie prevista dall'art. 1920, co. 2°, c.c., nella parte in cui prevede la possibilità per l'assicurato di designare il beneficiario del contratto nel testamento.

³⁹ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 31; A. Giampiccolo, *Il contenuto*, cit., 301. Si segnala che ad un risultato affine ma lecito potrebbe pervenirsi mediante un sub-legato di cosa dell'onerato-legatario ai sensi dell'art. 651 c.c. (esempio: Tizio nel suo testamento dispone un legato a vantaggio di Caio, al tempo stesso ponendo a carico di quest'ultimo un sub-legato che lo obbliga a trasferire un suo bene a Sempronio).

⁴⁰ Cioè dall'ereditando.

l'ipotesi ex art. 1412 c.c. il terzo acquista, sin dalla stipula a suo favore, un'aspettativa giuridica, nel patto successorio indiretto ogni effetto acquisitivo si produrrà solo a seguito del testamento individuante la persona del terzo beneficiario ⁴¹.

D-2) Una particolare fattispecie di deposito bancario

Per la sua intima connessione con il profilo ora trattato ⁴², giova riflettere su una fattispecie così strutturata: un soggetto A deposita presso una banca una certa somma di denaro, facendo emettere all'istituto un libretto di deposito a risparmio nominativo intestato ad un altro soggetto B, riservandosi il diritto di prelevare le somme in questione, in tutto o in parte, durante la propria vita ed attribuendo a B il diritto di ritirare l'eventuale residuo alla morte dello stesso A.

Una fattispecie siffatta è stata oggetto di un prima decisione ⁴³, la quale si è limitata ad affermare che l'intestataro del libretto aveva diritto a conseguire la prestazione da parte della banca depositaria, in quanto doveva presumersi che egli fosse altresì proprietario della somma depositata.

Una successiva sentenza ⁴⁴, con maggiore approfondimento dell'analisi di altra fattispecie concreta simile, ha inquadrato il negozio come contratto a favore di terzo rientrante nella previsione dell'art. 1412 c.c., concludendo quindi per la sua validità - stante la non configurabilità di una violazione del divieto di cui all'art. 458 c.c. - e per il riconoscimento del diritto di B di conseguire dalla banca quanto residuo dell'originario importo depositato.

Il negozio in esame è stato fonte di un acceso dibattito in dottrina; un primo orientamento lo ritiene nullo per contrasto con l'art. 458 c.c., cioè in quanto fonte di un patto successorio indiretto ⁴⁵.

⁴¹ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 31.

⁴² Ed anche in vista della disamina del cosiddetto Totten trust, per la quale si rinvia alla lettera E-3) di questo §.

⁴³ Trattasi di Trib. Catania 5 marzo 1958, in *BBTC*, 1959, II, 100 ss. Sulla vicenda cfr. altresì M.V. De Giorgi, *I patti*, cit., 131 (nt. 22).

⁴⁴ Trattasi di Trib. Genova 5 febbraio 1967, citata da R. Nicolò, *Disposizione di beni mortis causa in forma indiretta*, in *RN*, 1967, 641 ss. Sulle implicazioni della vicenda in punto di imposta di registro si pronunziò poi Cass. 1232/1975, in *GI*, 1976, I, 1, 295.

⁴⁵ Cfr. G. Bisconti, *Deposito in nome del terzo e disposizione di ultima volontà (il Totten trust in Italia?)*, in *BBTC*, 1959, II, 111; M. Ieva, *I fenomeni cosiddetti parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, I, 92 ss.; F. Padovini, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, 200-203; F. Giorgianni, *Depositi bancari anomali a vantaggio di un terzo*, *RDCComm.*, 1970, 30; A. Palazzo, *Autonomia contrattuale*, cit., 108 ss.; R. Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, *VN*, 1971, 147-155; Id., *Disposizione di beni*, cit., 641-644, per il quale: "Anzi tutto, può osservarsi che, nella fattispecie prevista dall'art. 1412 c.c., la contemplazione del terzo ha carattere attuale, malgrado che il termine della prestazione è fissato post mortem dello stipulante: nella ipotesi qui considerata, invece, è la stessa contemplazione del terzo che è rinviata al momento della morte, ed è fatta solo in via di eventualità, per il caso che il depositante non abbia esercitato durante la sua vita il potere di disporre delle somme. È vero che, anche nell'ipotesi contemplata dall'art. 1412, il potere di revoca che spetta normalmente allo stipulante attenua il carattere attuale dell'attribuzione; ma è altresì vero che, sul piano concettuale, una cosa è l'attribuzione attuale di un diritto salvo revoca, altro è

Un secondo orientamento, che pare preferibile ⁴⁶, si dichiara invece favorevole all'inquadramento del negozio nell'art. 1412 c.c., concludendo per la sua validità ed evidenziando che, per effetto immediato della stipula, sorge in capo al terzo, a dispetto del potere implicito di revoca totale o parziale dell'attribuzione in suo favore riservatosi nel contratto dal depositante-stipulante (stante la facoltà di quest'ultimo di effettuare prelevamenti), un'aspettativa giuridica, e non di mero fatto, al conseguimento dell'attribuzione.

E) Disamina di talune fattispecie di trust alla luce del divieto dei patti successori istitutivi, siano essi diretti o indiretti

E-1) Prime fattispecie oggetto di riflessione

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, appare possibile procedere al raffronto fra talune fattispecie di trust ed il divieto dei patti successori⁴⁷.

Una prima fattispecie di trust che appare dover essere presa in considerazione

l'attribuzione per il tempo in cui l'attribuente ha cessato di vivere, conservando l'attribuente per tutta la sua vita la propria posizione dominicale ed il potere di disposizione che ad essa inerisce. E sarebbe certamente una grossolana approssimazione quella di chi volesse identificare le due ipotesi, sulla base della considerazione che l'esercizio del potere di disposizione equivalga sostanzialmente ad una revoca tacita. D'altra parte, non può negarsi che la prestazione promessa al terzo deve avere, sin dal momento della stipulazione, quei caratteri di determinatezza, o per lo meno di determinabilità, senza i quali un rapporto obbligatorio non assume ad entità giuridica. Nel caso qui considerato, al contrario, la prestazione da eseguirsi a favore del terzo non aveva, al momento della stipulazione, alcuna determinatezza: anzi, era connaturale al meccanismo posto in essere proprio la incertezza obiettiva intorno alla prestazione che il terzo avrebbe conseguito alla morte dello stipulante, o addirittura intorno alla eventualità di una prestazione a suo favore".

⁴⁶ Cfr. U. Majello, *Il deposito nell'interesse del terzo*, in *BBTC*, 1961, I, 338-340; M.V. De Giorgi, *I patti*, cit., 134; S. Tondo, *Note sul trust*, cit., 53 ss., per il quale "Le critiche, di cui bisogna occuparsi, non paiono ridicibili a formulazioni rigorose. (...) Un primo punto è nel fatto che, lungi da aversi per la nostra fattispecie una contemplazione attuale del terzo (seppur operativa post mortem), sarebbe "la stessa contemplazione (...) rinviata al momento della morte". Vi si coordina, a sua volta, l'osservazione che il depositante, con il riservare a se medesimo il potere di pienamente e liberamente disporre delle somme depositate e depositande, non avrebbe minimamente modificato, come pur richiesto dalla logica del contratto a favore di terzo, né la propria né la posizione del terzo stesso. Ma a parte la gratuità della prima notazione (dato che l'attualità della contemplatio del terzo esiste persino a livello di testualità scritta), è facile poi replicare che, a ipotizzare per un momento la validità dell'operazione, ne risulterebbe almeno fondata, se non la certezza di una titolarità futura in ordine alla prestazione divisata per il terzo, almeno l'aspettativa a una titolarità siffatta (quale - se non altro - spes iuris): la quale, se non rimossa medio tempore attraverso un atto contrario, è destinata, con la sopravvenienza della morte del depositante, ad automaticamente radicarsi nel terzo stesso (e, salvo diversa clausola, anche negli eredi del terzo eventualmente premorto)".

⁴⁷ Sul tema cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 663 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 679 ss.; Id., *Il trust ed il divieto dei patti successori, con particolare riferimento al cosiddetto Totten trust*, in *Trusts*, 2002, 207 ss.; P. Piccoli, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano*, in *RN*, 1995, 46 (nt. 28); Id., *Trusts, patti successori, fedecommesso*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, 134 ss.; E. Moscati, *Trust e vicende successorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 1075 ss.; A. Gambaro, voce *Trusts*, Dig. civ., vol. XIX, Torino, 1999, 468; R. Calvo, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, *RTDPC*, 1998, 62; C. Castronovo, *Il trust*, cit., 447; L. Salvatore, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia*, in *CI*, 2000, 655 ss.

ne è la seguente ⁴⁸: il disponente A trasferisce un bene al trustee B, con atto strutturato in forma di negozio *inter vivos*, stabilendo che costui dovrà attribuirne i frutti allo stesso A durante la sua vita e che, alla morte di A, il trust avrà fine ed il bene dovrà essere attribuito al beneficiario C; quale variante di detta ipotesi, si pensi al trust in cui il disponente A trasferisca un bene al trustee B, sempre con atto strutturato in forma di negozio *inter vivos* e sempre con attribuzione dei frutti ad A per tutta la sua vita, ma prevedendo che alla sua morte i frutti spetteranno al beneficiario C e che, alla fine del trust, allo stesso C dovrà essere attribuito il bene.

Una parte della dottrina ⁴⁹ ha ritenuto di dover ipotizzare che il trust dell'esempio debba, oltre che essere strutturato in forma di negozio *inter vivos*, essere altresì negozio "irrevocabile" e "a titolo gratuito".

Non sembra però del tutto certa l'indispensabilità di detti requisiti: quanto al primo, infatti, si è detto in precedenza ⁵⁰ che per il nostro ordinamento la natura di patto successorio di un negozio non è esclusa dalla circostanza che in esso sia eventualmente prevista una clausola attributiva di un potere di recesso al disponente; quanto al secondo, poi, in precedenza ⁵¹ si è altresì detto che un patto successorio ben può esser stipulato anche a titolo oneroso. Non a caso, infatti, altra dottrina ⁵² ha sostenuto che "non è la revocabilità o la non revocabilità la *ratio* del divieto dei patti successori, ma la personalità dell'atto di disposizione *mortis causa*. Quando allora il trust, revocabile o meno che sia, si atteggia concretamente a patto con il quale si dispone della propria successione, viene a confliggere con la norma imperativa che dichiara nulli i patti successori".

E-2) Inconfigurabilità di una violazione del divieto dei patti successori da parte delle fattispecie di cui alla lettera E-1)

È stato osservato ⁵³ che un primo elemento di differenziazione del trust rispetto al patto successorio è costituito dal fatto che (almeno nel contesto del trust di modello tradizionale inglese) il trust è un negozio unilaterale e non un contratto ⁵⁴.

Non sembra, però, certo che tale profilo abbia rilevanza decisiva per dare soluzione al problema dell'eventuale contrasto fra trust e art. 458 c.c.; ciò per le ragioni che seguono:

⁴⁸ Questo esempio ed i successivi sono tratti da M. Lupoi, *Trusts*, cit., 664-665 e da E. Moscati, *Trust e vicende*, cit., 1101-1102.

⁴⁹ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 664.

⁵⁰ Cfr. la precedente lettera B) di questo §.

⁵¹ Cfr. la precedente lettera B) di questo §.

⁵² Cfr. C. Castronovo, *Il trust*, cit., 447.

⁵³ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 665; E. Moscati, *Trust e vicende*, cit., 1103; P. Piccoli, *Trusts*, cit., 138-139; A. Gambaro, voce *Trusts*, cit., 468, il quale fra l'altro esclude la violazione del divieto sulla base di questo esclusivo argomento.

⁵⁴ Per le ragioni storiche e tecniche di siffatta unilateralità cfr., ad esempio, F.W. Maitland, *L'equità*, Milano, 1979, 37 ss. e 71 ss.; M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 425 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 117 ss.

- a) la ricostruzione del trust come negozio unilaterale piuttosto che come contratto non è, nel contesto civilistico, del tutto pacifica⁵⁵;
- b) la natura unilaterale di un negozio non osta a che esso violi il divieto di cui all'art. 458 c.c.: si pensi alla rinuncia da parte di un soggetto ad una successione non ancora aperta, la quale costituisce – per pacifica opinione⁵⁶ – un “atto col quale taluno...rinuncia” ai diritti su una successione futura – e come tale vietato dalla norma in oggetto – pur quando la rinuncia sia strutturata in forma di negozio unilaterale⁵⁷;
- c) l'art. 1324 c.c. estende ai negozi unilaterali, nei limiti della compatibilità, le norme dettate in tema di contratti;
- d) il fulcro dell'indagine parrebbe dover vertere sulla questione se il trust in forma non testamentaria realizzi o meno (a prescindere dalla sua struttura di negozio unilaterale o di contratto⁵⁸) un'attribuzione *mortis causa* vietata⁵⁹.

Un ruolo che pare invece decisivo per escludere che le fattispecie considerate violino l'art. 458 c.c. è rivestito dalla considerazione che⁶⁰, in esse, tanto l'attribuzione al trustee quanto quella al beneficiario hanno natura di atto *inter vivos*; né il discorso muta nel secondo dei due esempi formulati nel testo⁶¹: alla morte di A, infatti, non avverrà alcun trasferimento *mortis causa* a C del diritto alle rendite vantato in vita dallo stesso A, poiché il diritto di quest'ultimo si estingue.

L'attribuzione in favore del trustee è infatti attribuzione *inter vivos* in quanto essa avviene per effetto del negozio-trust concluso in vita dal disponente; quanto poi all'attribuzione in favore del beneficiario, può affermarsi non solo che essa vede quale dante causa il trustee, che la effettua in vita⁶², ma anche che,

⁵⁵ Per un'autorevole opinione nel senso della natura contrattuale del trust negoziale, cfr. ad esempio G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts*, 2000, 166 ss.

⁵⁶ Cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 29-30.

⁵⁷ Si pone implicitamente nella medesima linea interpretativa quella dottrina che ravvisa “uno degli atti di cui all'ultima parte dell'art. 458 c.c.”, ma eccezionalmente ammesso dalla legge (cioè – appunto – un negozio *mortis causa* abdicativo eccezionalmente valido), nella dichiarazione di rinuncia al diritto di opposizione alla donazione prevista dal nuovo art. 563, ult. co., c.c., pur quando detta rinuncia consista in una mera dichiarazione unilaterale (cfr. in tal senso G. Carlini-C. Ungari Trasatti, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla legge n. 80 del 2005*, in *RN*, 2005, 789-790). Non pare, d'altro canto, inutile evidenziare che il divieto dell'art. 458 c.c. è stato concepito in un'epoca ben anteriore a quella dell'introduzione del trust nel nostro ordinamento.

⁵⁸ Ritenere decisiva l'unilateralità del negozio di trust per escludere la violazione dell'art. 458 c.c. significa, infatti, accettare il rischio che, con il ricorso a detto istituto, si realizzino eventualmente – in frode alla legge – fattispecie vietate di attribuzioni *mortis causa* in forma non testamentaria.

⁵⁹ In senso contrario cfr. M. Lupoi, *Trust*, cit., 665 (nt. 324), il quale non esclude che il profilo dell'unilateralità del trust possa, invece, rivestire un ruolo “dirimente”, cioè idoneo ex se ad escludere la violazione del divieto ex art. 458 c.c.

⁶⁰ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 665-667; E. Moscati, *Trust e vicende*, cit., 1102 ss.

⁶¹ Cioè – lo ricordiamo – quello del trust in cui il disponente A trasferisca un bene al trustee B, prevedendo l'attribuzione dei frutti a sé medesimo per tutta la sua vita ed alla sua morte l'attribuzione di detti i frutti a C, al quale dovrà poi essere attribuito il bene alla cessazione del trust.

⁶² Tale considerazione non avrebbe da sola ruolo dirimente: è infatti configurabile ed è parimenti vietato, come si è visto alla precedente lettera D), il patto successorio indiretto.

rispetto ad essa, l'evento costituito dalla morte del disponente svolge il ruolo di mero fatto storico che condiziona l'efficacia dell'attribuzione stessa, analogamente a quanto accade nella già esaminata⁶³ figura regolata dall'art. 1412 c.c.⁶⁴.

In altri termini, nelle fattispecie considerate il beneficiario appare titolare, sin dalla perfezione del negozio-trust, di un'aspettativa giuridica all'acquisto del diritto, e potrà concretamente acquistare quest'ultimo quando si verificherà l'evento-morte del disponente.

E-3) Un'altra fattispecie da analizzare: deposito bancario revocabile a favore di terzo e Totten trust

Il riferimento appena fatto all'art. 1412 c.c. consente finalmente di porre a confronto la fattispecie di deposito bancario revocabile a favore di terzo⁶⁵, e quella, indubbiamente affine dal punto di vista funzionale⁶⁶, del cosiddetto Totten trust⁶⁷.

Quest'ultimo fu oggetto nel 1904 di una famosa sentenza statunitense⁶⁸: allo scopo di evitare il pagamento dell'imposta di successione, una donna si era dichiarata trustee delle somme giacenti in conti correnti a lei intestati presso una banca, designando un terzo quale beneficiario, ma riservandosi il potere di revocare in tutto o in parte il trust durante la propria vita, in particolare prelevando in tutto o in parte, per uso personale, tali somme.

Un siffatto tipo di trust può senz'altro avere ingresso nel nostro ordinamento ove si condivide l'orientamento⁶⁹, del resto preferibile, che opta per la validità della fattispecie di deposito bancario oggetto della precedente lettera D-2): in tal caso, infatti, ci troveremo di fronte ad un trust funzionalmente affine ad altro negozio (deposito a favore di terzo) da ritenersi valido, in quanto rientrante nella previsione dell'art. 1412 c.c.⁷⁰.

Di estremo interesse appare, del resto, evidenziare che anche i giuristi anglosas-

⁶³ Cfr. precedente lettera D).

⁶⁴ Su questa stessa linea ricostruttiva appare, fra l'altro, essersi mossa la Corte di Cassazione francese la quale, posta di fronte ad una fattispecie in cui A aveva trasferito al trustee B un pacchetto azionario, con obbligo di attribuirne le rendite allo stesso A e, dopo la morte di costui, di suddividere il pacchetto fra i figli di A via via che costoro avessero compiuto 25 anni, con sentenza 20 febbraio 1996 (in *Semaine Juridique*, 1996, n. 22647) ha dichiarato valido il trust (previo inquadramento della fattispecie nell'istituto della donazione indiretta), escludendone il contrasto con il divieto dei patti successori. Il decisum motiva il suo assunto evidenziando sia l'estraneità dei beneficiari al negozio di trust (motivazione che, come si è visto, non pare dirimente) sia la natura di attribuzione *inter vivos*, rispetto alla quale la morte del disponente gioca il ruolo di mero evento condizionante, del beneficio.

⁶⁵ Oggetto della precedente lettera D-2).

⁶⁶ S'intende: effetto di separazione patrimoniale a parte.

⁶⁷ Sul Totten trust (detto anche P.O.D. account, cioè payable on death account) cfr. G.T. Bogert, *Trusts*, St.Paul-Minnesota, 1998, 44 ss.; V. Bertorello, *Il Totten trust*, in *Trusts*, 2002, 399 ss.; S. Bartoli, *Il trust ed il divieto*, cit.

⁶⁸ Trattasi di Matter of Totten, Court of Appeal of New York, *Trusts*, 2002, 441. Per l'analisi di ulteriori sentenze, sia precedenti che successive, cfr. V. Bertorello, *Il Totten trust*, cit.

⁶⁹ Per il quale si veda la precedente nt. 47.

⁷⁰ Aderisce a questa impostazione anche G. Petrelli, *Formulario*, cit., 956, in quanto propone appunto un trust costituente la traduzione in termini civilistici del Totten trust.

soni affermano ⁷¹ che il Totten trust attribuisce da subito al beneficiario un'aspettativa giuridica (e non di mero fatto) ⁷².

Ciò allo scopo di escludere non già la violazione del divieto dei patti successori (che, com'è noto, è sconosciuto in tali ordinamenti), bensì la violazione delle regole in tema di forma ad substantiam del negozio testamentario.

Nel caso, invece, in cui si preferisca ritenere il deposito bancario di cui alla precedente lettera D-2) affetto da nullità per violazione dell'art. 458 cod.civ., il trust in esame appare comunque in grado di sottrarsi ad analoga censura di nullità ove si ponga in secondo piano l'aspetto della conservazione del potere di revoca da parte del disponente e si collochino al centro del ragionamento le sopra esposte ⁷³ differenze strutturali fra trust e patto successorio ⁷⁴.

Il Totten trust appare, semmai, poter eventualmente trovare ostacoli al proprio riconoscimento nel nostro ordinamento sotto un profilo diverso da quello concernente l'art. 458 c.c.: così com'è congegnato, infatti, trattasi di trust in cui disponente e trustee coincidono e, com'è noto, la riconoscibilità di trusts siffatti non è del tutto certa, stante l'ambiguo tenore dell'art. 2 paragrafo primo della Convenzione de L'Aja ⁷⁵.

Parrebbe trattarsi, ad ogni modo, di un ostacolo agevolmente superabile costruendo il Totten trust "nostrano" come trust revocabile in cui il disponente-depositante, invece di autodichiararsi trustee, designa un terzo (ad esempio: la banca-depositaria) quale trustee delle somme.

E-4) Analisi della fattispecie di trust *inter vivos* che omette d'indicare i beneficiari riservando al disponente il potere di individuarli mediante testamento alla luce del divieto dei patti successori indiretti

Appaiono a questo punto disponibili elementi sufficienti per analizzare la clausola in questione.

Autorevole dottrina ⁷⁶ ha ritenuto di escludere anche nella fattispecie in esame la sussistenza di un contrasto con l'art. 458 c.c., limitandosi a rinviare alle ragioni addotte per le fattispecie in precedenza ⁷⁷ esaminate ⁷⁸.

⁷¹ Cfr. per tutti G.T. Bogert, *Trusts*, cit., 47 e sentenze ivi menzionate.

⁷² Cfr. G.T. Bogert, *Trusts*, cit., 47, per il quale il beneficiario vanta, all'esito dell'istituzione del trust, un "immediate vested interest subject to defeasance during the depositor's life".

⁷³ Cfr. infatti le precedenti lettere E-1) ed E-2).

⁷⁴ Per spunti nel senso dell'ammissibilità del Totten trust nel nostro ordinamento, cfr. altresì M. Lupoi, *Trusts*, cit., 653-654; S. Tondo, *Note sul trust*, cit., 53 ss.

⁷⁵ Sul problema si rinvia a S. Bartoli, *Il trust autodichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts*, in *Trusts*, 2005, 355, con ampia bibliografia ed analisi dello stato della nostra giurisprudenza in materia.

⁷⁶ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, 667, il quale, allo scopo di avvicinare il più possibile la fattispecie di trust esaminata al testamento, ipotizza altresì che si tratti di un trust revocabile dal disponente. Al solito, però, è dubbio se a detto profilo possa attribuirsi rilievo essenziale ai fini dell'indagine: quest'ultima, come si è detto alla lettera E-2), parrebbe infatti dover vertere sulla questione se il trust in forma non testamentaria realizzi o meno un'attribuzione *mortis causa* vietata, a prescindere dalla revocabilità o meno del negozio.

⁷⁷ Cioè alla lettera E-2).

⁷⁸ Secondo M. Lupoi, *Trusts*, cit., 667, infatti, "l'analogia funzionale con il testamento non richiede dimostrazione, ma la differenza strutturale è rilevante perché, come nei casi sopra studiati, l'attribuzione al trustee, sia pure revocabile, ha avuto luogo e i beni in trust sono comunque usciti dal patrimonio del disponente prima della sua morte. (...) La sua ammissibilità in diritto italiano non pare dubbia".

Sorge però il dubbio che, nell'ipotesi in oggetto, possa configurarsi la violazione del già esposto ⁷⁹ divieto dei patti successori indiretti, poiché in ambo le ipotesi:

- a) la designazione del beneficiario discende dall'utilizzo di un meccanismo indiretto, perché la liberalità non proviene da colui che desidera effettuarla, ma da un soggetto diverso (il promittente nel contratto a favore di terzo diverso da quello eccezionalmente ammesso nell'art. 1920 c.c. nell'un caso; il trustee nell'altro);
- b) tale meccanismo indiretto è il frutto della combinazione fra un negozio *inter vivos* (un contratto a favore di terzo nell'un caso; un trust *inter vivos* nell'altro) con un negozio testamentario (la designazione per testamento del beneficiario del contratto a favore di terzo da parte dello stipulante nell'un caso; la designazione per testamento del beneficiario del trust *inter vivos* da parte del disponente nell'altro);
- c) per effetto del meccanismo attributivo indiretto utilizzato nessuno potrà affermare, fino alla morte dell'autore della liberalità (momento in cui il testamento recante la designazione diverrà efficace), di vantare un'aspettativa giuridica all'acquisto della liberalità, tanto che pare difficile escludere la natura *mortis causa* della liberalità stessa.

2.1.2. I problemi posti dal trust che, oltre a non indicare inizialmente i beneficiari, demanda ad un terzo il compito di individuarli ⁸⁰

2.1.2.1. *Il trust liberale ed il cosiddetto "principio di personalità della volontà liberale"* ^{80-bis}

A) La manifestazione del principio nel testamento ⁸¹

L'art. 631, co. 1°, c.c. fissa la regola generale secondo la quale la dichiarazione di volontà *mortis causa* deve integralmente - cioè per quanto concerne sia il beneficiario che l'oggetto del lascito - provenire dal de cuius ⁸².

Tale regola trova implicita conferma, fra l'altro, nell'art. 589 c.c., che vieta il cosiddetto testamento collettivo.

Quanto al profilo dei soggetti beneficiari del lascito, la legge fissa comunque tre eccezioni a tale principio generale.

⁷⁹ Cfr. precedente lettera D).

⁸⁰ Per clausole di tale tipo cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 467-468 ("art. 1°"), 491 ("art. 3°"), ladove prevede che il trustee possa tenere i beni a disposizione di un altro trust, nominando però egli stesso i relativi beneficiari).

^{80-bis} Poiché si sta esaminando una clausola che incide sull'individuazione dei beneficiari, sarebbe a rigore sufficiente trattare di tale principio solo con riguardo al profilo dei soggetti destinatari della liberalità. Nel presente §, invece, per ragioni di completezza si esporranno anche le implicazioni del principio sul piano dell'oggetto della liberalità: a tempo debito, infatti, detti profili verranno parimenti in questione (cfr. successivo §).

⁸¹ Su questo tema cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 407 ss.

⁸² Nel codice del 1865 vi era una norma analoga all'art. 631 cc, contenuta nell'art. 834.

La prima di esse è prevista dall'art. 631, co. 2° e co. 3°, c.c., che tratta del cosiddetto “legato soggettivamente alternativo”: in base alla norma, è consentito al testatore disporre un legato in favore di una persona o di un ente che saranno scelti da un terzo⁸³ all'interno di una “rosa” di soggetti, ovvero in favore di una persona appartenente a famiglie o categorie di persone indicate dal testatore⁸⁴.

La seconda eccezione è contenuta nell'art. 699 c.c., che prevede un tipo di disposizione testamentaria rientrante nel genus di quelle – appena esaminate – di cui all'art. 631, co. 2°, c.c.⁸⁵: trattasi della disposizione⁸⁶ prevedente l'erogazione periodica, per un certo periodo di tempo o in perpetuo e per fini di pubblica utilità⁸⁷, di una somma di denaro determinata a favore di persone fisiche che un terzo⁸⁸ dovrà scegliere all'interno della categoria ovvero fra i discendenti delle famiglie indicati dal testatore⁸⁹.

La terza eccezione, infine, si ricava a contrario dall'art. 630, co. 2°, c.c., che consente al de cuius di predisporre un lascito⁹⁰ genericamente a favore dei poveri (o di altre categorie di soggetti bisognosi) e di attribuire ad un terzo il potere di determinare l'uso o il pubblico istituto a beneficio del quale esso è destinato.

Quanto poi al profilo dell'oggetto del lascito, il principio di personalità della volizione subisce deroghe più numerose.

Una prima eccezione si ricava a contrario dall'art. 632, co. 1°, c.c.⁹¹: è

⁸³ Potrà trattarsi, a scelta del testatore, dell'onerato ovvero di una terza persona.

⁸⁴ Si noti come la norma in esame non preveda, invece, anche la possibilità di un'istituzione d'erede soggettivamente alternativa: com'è stato chiarito (cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 410-411) ciò si spiega con la considerazione che la designazione dell'erede, il quale è destinato a subentrare nei rapporti giuridici che facevano capo al defunto (ivi inclusi i debiti), è parsa al legislatore scelta ben più delicata e come tale da riservarsi al testatore.

⁸⁵ Cfr. in tal senso M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, in *Comm. SB*, Bologna-Roma, 1980, 425.

⁸⁶ Secondo taluno avente natura di legato (così M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 424), secondo talaltro rientrante, invece, nella figura del modus (così A. Cicu, *Il testamento*, Milano, 1951, 227).

⁸⁷ La norma, a titolo meramente esemplificativo (come si evince dal suo stesso tenore letterale: cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 427), indica quali possibili finalità i “premi di nuzialità o di natalità”, i “sussidi per l'avviamento a una professione o a un'arte” e le “opere di assistenza”.

⁸⁸ Al solito, potrà trattarsi, a scelta del testatore, dell'onerato ovvero di una terza persona.

⁸⁹ L'art. 699 c.c. costituisce altresì deroga ad altri due rilevanti principi del nostro diritto successorio: trattasi del divieto (sul quale cfr. § 15.2) di usufrutto, rendita o annualità successivi di cui al precedente art. 698 c.c. (cfr. C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952, vol. II, 327; M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 424; G. Capozzi, *Successioni*, cit., 594) e del principio ex art. 462 c.c. per il quale i nascituri non concepiti possono ricevere per testamento soltanto se siano figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore (cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 424-425; G. Capozzi, *Successioni*, cit., 594). Si avrà modo di tornare su questi temi nei §§ 2 gennaio 2 febbraio.

⁹⁰ In questo caso potrà trattarsi non solo di un legato, ma anche di un'istituzione d'erede, in quanto la *ratio* dell'art. 630 c.c. è di attribuire al de cuius la massima libertà di azione allorché egli abbia in animo di effettuare disposizioni di ultima volontà di carattere umanitario (cfr. L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, vol. 6, 32; G. Capozzi, *Successioni*, cit., 403; A. Cicu, *Il testamento*, cit., 195).

⁹¹ Nel codice del 1865 vi era una norma analoga all'art. 632 c.c., contenuta nell'art. 835.

ammesso il legato che attribuisce ad un terzo ⁹² il potere di determinarne l'oggetto o la quantità, purché detta discrezionalità non sia assolutamente libera (cosiddetto "arbitrium merum"), ma debba esplicitarsi nel rispetto di criteri diretti predisposti dallo stesso de cuius (cosiddetto "arbitrium boni viri").

Altra deroga, contenuta nell'art. 632, co. 2°, c.c., è data dal legato remuneratorio.

Trattasi di una species del genus di legato previsto dal primo comma della norma stessa: in questo caso il parametro oggettivo che dovrà esser tenuto presente dal terzo nell'individuazione dell'oggetto del legato è dato dal valore dei servizi resi al defunto dal legatario.

Altra eccezione (artt. 653 e 664 c.c.) è il legato di cosa genericamente determinata: il terzo dovrà individuare beni rientranti nel genus indicato da de cuius ed aventi qualità non inferiore alla media.

Vi è poi il legato alternativo (art. 665 c.c.), in cui il terzo sceglierà fra più beni indicati dal de cuius l'oggetto del lascito.

Occorre infine menzionare l'ipotesi – prevista dagli artt. 706 c.c. e 733, co. 2°, c.c. – della divisione testamentaria che, per volontà del de cuius, viene effettuata (o meramente progettata) da soggetti diversi da costui ⁹³.

B) La manifestazione del principio nelle liberalità fra vivi ⁹⁴

Il principio della personalità della volizione vige anche in tema di donazione.

Viene al riguardo in questione, in primo luogo, l'art. 778, co. 1°, c.c., il quale vieta ⁹⁵ l'attribuzione a terzi del potere di individuare il beneficiario o l'oggetto della liberalità ⁹⁶.

I temperamenti al divieto sono contenuti (rispettivamente: quanto al beneficiario e quanto all'oggetto) nei due successivi commi della norma citata: è possibile, infatti, attribuire al terzo il potere di scegliere il beneficiario all'interno di una "rosa" di soggetti o enti ovvero fra gli appartenenti a determinate categorie di persone indicate dal donante ⁹⁷, come pure il potere di scegliere l'oggetto

⁹² Potrà trattarsi, al solito, dell'onere ovvero di una terza persona.

⁹³ Trattasi dell'esecutore testamentario (art. 706 c.c.) o di un semplice terzo (art. 733, co. 2°, c.c.), con l'avvertenza che, in entrambi i casi, non dovrà trattarsi né di un erede né di un legatario.

⁹⁴ Su questo tema cfr. A. Torrente, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1956, 351 ss. (del volume di A. Torrente è uscita nel 2006 una nuova edizione a cura di U. Carnevali e A. Mora. Nel prosieguo le citazioni saranno riferite all'edizione del 1956) e 417; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 135 ss.; G. Capozzi, *Successioni*, cit., 801-802 e 846-847; U. Carnevali, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, Torino, 1984, vol. 6, 455-458 e 463-464.

⁹⁵ Analogamente a quanto dispone, in tema di liberalità *mortis causa*, l'art. 631, co. 1°, c.c.

⁹⁶ L'art. 778 c.c. altro non ha fatto che elevare al rango di diritto positivo le analoghe conclusioni cui giurisprudenza e dottrina già erano pervenute sotto il vigore del codice civile del 1865: all'epoca, infatti, si traeva spunto dagli artt. 834 e 835 (sostanzialmente corrispondenti agli attuali artt. 631 c.c. e 632 c.c.) per affermare che anche in tema di donazione, così come in tema di testamento, "la rimessione alla volontà del terzo non incontrava ostacoli allorché l'arbitrio del terzo non era illimitato, ma erano determinati i criteri oggettivi per l'individuazione della persona del donatario e dell'oggetto della donazione" (così, testualmente, A. Torrente, *La donazione*, cit., 351-352).

⁹⁷ Cfr. secondo comma norma cit., il cui dettato è analogo a quello dell'art. 631, co. 2°, c.c.

della liberalità all'interno di una "rosa" di oggetti indicati dal donante ovvero entro i limiti di valore dal donante stesso fissati⁹⁸.

Appare ragionevole ritenere che, come del resto è stato precisato da autorevole dottrina, l'art. 778 c.c. si applichi in via analogica – si badi - anche alle donazioni indirette⁹⁹.

Connesso al tema della personalità della volizione liberale è altresì l'art. 777 c.c., il quale vieta al rappresentante legale di un minore o di un interdetto di stipulare donazioni in vece di costoro, salva la limitata ipotesi prevista – in tema di interdetti - nel secondo comma¹⁰⁰.

Quest'ultimo tema, però, essendo intimamente connesso a quello della capacità a donare, sarà oggetto di più diffusa disamina nel prosieguo¹⁰¹.

C) Conclusioni

Alla luce di quanto si è osservato, pare possibile così concludere:

- a) il principio di personalità della volizione liberale deve ritenersi applicabile sia al trust testamentario sia (stante la sua natura di donazione indiretta)¹⁰² al trust liberale *inter vivos*¹⁰³;

⁹⁸ Cfr. terzo comma norma cit., che fissa un principio analogo a quello desumibile a contrario dall'art. 632, co. 1°, c.c., nonché dall'art. 665 c.c.

⁹⁹ Questa precisazione, come si vedrà nel §, è di notevole rilevanza nell'analisi di una serie di clausole utilizzate nei trusts istituiti con atto *inter vivos*, ove si consideri che siffatti negozi, per costante dottrina (cfr. per tutti G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo*, cit., 162; S. Bartoli, *Trusts*, cit., 647; D. Parisi, *Trust e comunione ereditaria*, in *Trusts*, 2006, 208), attuano una liberalità indiretta a favore dei beneficiari. Nel senso di cui al testo cfr. U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., 534; A. Torrente, *La donazione*, cit. 65-66; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 929-930. In senso contrario cfr. Cass. 12 novembre 1992, n. 12181, in *GI*, I, 1, 114, secondo la quale "l'art. 778 c.c. è una delle norme regolanti la donazione...che, per non essere richiamata dall'art. 809 c.c., non è applicabile agli atti, diversi dal contratto di donazione, dai quali risultino liberalità". Occorre però considerare che detta pronuncia è stata emessa in relazione ad una ipotesi di negozio misto con donazione (trattavasi, per la precisione, di una vendita a prezzo inferiore a quello di mercato), fattispecie questa difficilmente assimilabile alla liberalità indiretta attuata mediante trust, nella quale, a fronte dell'impoverimento subito dal disponente, manca una qualunque controprestazione (sia pure inidonea – come accade nel negozio misto con donazione – a conferire un equilibrio economico al negozio) a suo favore. Non è pertanto certo che la Suprema Corte, posta eventualmente di fronte ad un trust liberale *inter vivos* debordante dai limiti di cui all'art. 778 c.c., adotterebbe identica soluzione (salva, forse, l'ipotesi di trust in cui il disponente figura, altresì, fra i beneficiari: in detta ipotesi, infatti, una qualche assimilabilità con il negozio misto con donazione – s'intende: da un punto di vista meramente economico – parrebbe possibile).

¹⁰⁰ Il quale consente al tutore dell'interdetto, debitamente autorizzato in sede di volontaria giurisdizione, di effettuare donazioni ai discendenti dell'interdetto in occasione delle nozze di costoro.

¹⁰¹ Cfr. successivo §. Anche la normativa in questione, come si vedrà in tale sede, è applicabile non solo alla donazione tipica, ma altresì alle donazioni indirette.

¹⁰² Cfr. nt. precedente.

¹⁰³ A tale conclusione non pare d'ostacolo (ove la si ammetta) la natura unilaterale (e non contrattuale) del negozio istitutivo del trust *inter vivos*: l'art. 1324 c.c., infatti, pare consentire di applicare anche al trust i principi imperativi fissati dal nostro ordinamento in materia contrattuale, ché ritenere il contrario significherebbe ritenere il trust esentato dal rispetto dei medesimi, in aperto contrasto con quanto invece previsto dall'art. 15 della Convenzione. Questa osservazione vale anche per tutte le norme imperative in tema di contratti che saranno oggetto della parte successiva di questo scritto, e non sarà perciò ogni volta ripetuta. Non pare costituire ostacolo alla conclusione di cui al testo

b) il trust di cui sub a), ove non individui i beneficiari ed attribuisca ad un terzo il compito di individuarli può – al limite – essere considerato¹⁰⁴ come un negozio in corso di perfezionamento (e non come un negozio nullo) solo nel caso in cui la clausola che attribuisce al terzo il potere in questione si conformi al principio di cui sub a).

In altri termini, detta clausola sarà conforme a detto principio solo se, come si evince dagli artt. 631, co. 1° e 778, co. 2°, c.c.¹⁰⁵, il disponente abbia attribuito al terzo il potere di scegliere i beneficiari all'interno di una rosa di soggetti ovvero di una categoria di soggetti¹⁰⁶.

Parrebbero perciò nulle tutte le clausole che fuoriescono dal suddetto schema, con particolare riguardo a quelle attributive al terzo di un cosiddetto “general power of appointment”, cioè del potere di designare come beneficiario un qualunque soggetto¹⁰⁷.

2.1.2.2. Il trust liberale ed il coordinamento fra principio di personalità della volizione e regole sulla capacità a ricevere per testamento o per donazione

Occorre precisare che, se anche la clausola attributiva al terzo del potere di individuare i beneficiari si conformi al principio di personalità della volizione liberale, la selezione dei beneficiari all'interno della categoria indicata dal disponente parrebbe dover essere effettuata dal terzo nel rispetto del principio di capacità a ricevere per testamento o per donazione¹⁰⁸.

neppure il fatto che, nella previsione dell'art. 778 c.c., il terzo cui è deferita l'individuazione dell'oggetto e/o del beneficiario della liberalità possa essere configurato come un rappresentante o - quanto meno - come un mandatario del donante, mentre il trustee non è - propriamente - né l'uno né l'altro (per le differenze fra trustee e mandatario, con o senza rappresentanza, cfr. infatti, per tutti, S. Bartoli, *Il trust*, cit., 343 ss.). Com'è stato osservato, infatti, i limiti all'arbitrio del terzo individuati dall'art. 778 c.c. si devono considerare applicabili a qualunque trust, quale che sia la fonte negoziale del suo potere di incidere sul contenuto della liberalità (cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 351 e 417).

¹⁰⁴ Per le ragioni viste alla fine del § 2 gennaio 1 gennaio

¹⁰⁵ Poiché si sta esaminando l'ipotesi di un trust con beneficiari, non paiono invece d'aiuto per l'interprete norme come l'art. 630 e 699 c.c., le quali si riferiscono ad ipotesi in cui il disponente manifesta nel suo testamento la volontà che siano effettuate attribuzioni per fini di pubblica utilità (o comunque altruistici) ed attribuisce ad un terzo il potere di individuare coloro che concretamente ne beneficieranno. In queste ipotesi, le quali semmai suggeriscono un raffronto con la diversa figura del charitable trust, la discrezionalità attribuita al terzo sarà sovente ben maggiore di quella reperibile negli artt. 631 e 778 c.c., appunto in considerazione della particolare finalità dell'atto liberale.

¹⁰⁶ Cfr. in tal senso M. Lupoi, *Trusts*, cit., 641 (nt. 260); S. Bartoli, *Il trust*, cit., 695; E. Moscati, *Trust e vicende*, cit., 1114-1115.

¹⁰⁷ Appare dunque condivisibile solo se interpretata nel senso di cui al testo quella autorevole dottrina (cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 82) la quale si limita ad affermare che una clausola siffatta non viene utilizzata nella prassi dei trusts interni, in considerazione dell'ampiezza di poteri che, in tal modo, il disponente attribuirebbe al terzo. Parrebbe infatti più appropriato sottolineare che tale clausola “non deve essere utilizzata”, stante la sua probabile nullità.

¹⁰⁸ Segnala l'esigenza del rispetto di dette norme nell'individuazione dei beneficiari del trust, sia pure senza scendere in dettagli, S. Bartoli, *Il trust*, cit., 696.

In base agli artt. 462 e 784, co. 1°, c.c., infatti, possono ricevere per testamento o donazione i nascituri concepiti ed i nascituri non concepiti, ma in quest'ultimo caso è necessario che costoro siano figli di una determinata persona vivente, rispettivamente, al tempo dell'apertura della successione (cioè della morte del *de cuius*) o al tempo della donazione.

L'applicabilità dell'art. 462 c.c. al trust testamentario con beneficiari appare quindi difficilmente contestabile ¹⁰⁹.

Né paiono potervi essere dubbi sull'applicabilità dell'art. 784, co. 1°, c.c. al trust liberale *inter vivos*, stante la sua natura di donazione indiretta ¹¹⁰.

Per pressoché pacifico insegnamento ¹¹¹, infatti, alle donazioni indirette si applicano tutte le norme materiali dettate per quelle dirette, salvo che consti una disciplina diversa.

Tanto premesso, ove si consideri che la norma codicistica in questione è nata dall'esigenza di contemperare l'apprezzabile interesse del disponente ad effettuare la liberalità anche a favore di soggetti non ancora nati (ed addirittura neppure concepiti) con l'esigenza – di indubbia natura pubblicistica e per certi versi affine a quella che giustifica il divieto di fedecommesso – di non tenere troppo a lungo in sospenso la titolarità dell'attribuzione (come accadrebbe se potessero esserne beneficiari senza limiti di sorta i non concepiti) ¹¹², appare evidente come le donazioni indirette non possano sottrarsi all'applicazione della medesima.

Il problema si pone, ad esempio, ove l'atto istitutivo abbia indicato come categoria "i discendenti del disponente nati e nascituri nel periodo di durata del trust" ovvero "i discendenti del soggetto X nati e nascituri nel periodo di

¹⁰⁹ A favore della correttezza di quanto ipotizzato nel testo parrebbe deporre anche quanto affermato da autorevole dottrina (cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 424-425) con riferimento all'art. 699 c.c. Come si è visto (cfr. § 2 gennaio 2.1 lettera A), infatti, tale norma costituisce un'ampia deroga al principio di personalità della volizione liberale e con l'ampiezza del potere di scelta dei beneficiari da essa riconosciuto al terzo finisce per derogare altresì, come evidenzia la dottrina in questione (cfr. nt. precedente), alla regola dettata dall'art. 462 c.c. in tema di nascituri non concepiti. Tanto premesso, ove si consideri che il carattere particolarmente permissivo della norma in oggetto si spiega in considerazione dei fini di utilità pubblica che il testatore intende perseguire con un lascito siffatto, se ne dovrebbe dedurre che un'analogha larghezza di vedute è - a tutto concedere - ammissibile con riguardo ad un trust di scopo caritatevole (o, comunque, mirante alla realizzazione di un fine di pubblica utilità), ma non con riguardo ad un ordinario trust con beneficiari, cioè con la tipologia di trust oggetto di esame.

¹¹⁰ Per la natura di donazione indiretta di detto trust cfr. precedente nt. 100.

¹¹¹ Cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 880.

¹¹² Chiaro in questo senso appare B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 249 ("Mentre circa il concepito la legge non pone alcun limite, per il non concepito sono posti limiti assoluti ed insuperabili, al fine di evitare il prolungarsi dell'incertezza a cui la disposizione dà luogo") e 622 ("Nel caso di donazione a nascituri non concepiti, oltre i casi contemplati nell'art. 784 c.c., la nullità intende proteggere interessi del donante, ma vi contribuiscono, come determinanti, ragioni di ordine superiore, le quali escludono che la titolarità dell'attribuzione resti per lungo tempo in sospenso"). Per l'accostamento fra la *ratio* dell'art. 784 c.c. e quella del divieto di fedecommesso cfr. invece A. Torrente, *La donazione*, cit., 363 ("La capacità del concepturus di ricevere per donazione, come quella di succedere, è collegata storicamente con il divieto del fedecommesso, che mira a temperare").

durata del trust”¹¹³.

Si immagini allora che Tizio, disponente di un trust testamentario regolato dalla legge inglese e destinato a durare 80 anni, abbia attribuito ad un terzo il potere di individuarne i beneficiari fra i discendenti dello stesso Tizio e che, al tempo della sua morte, Tizio abbia un figlio Caio ed un nipote ex filio Sempronio.

Si immagini altresì che, nel corso del trust, Sempronio generi un figlio Mevio, il quale a propria volta generi un figlio Lucio.

Pare a chi scrive che il terzo individuato da Tizio non possa scegliere, quali beneficiari del trust, né Lucio né suoi eventuali discendenti: costui, infatti, è nato da una persona (Mevio) che non era vivente al tempo della morte di Tizio.

Ad analoghe conclusioni parrebbe doversi pervenire nel caso di trust liberale *inter vivos*, cioè ove si ipotizzi che, al tempo dell'istituzione del trust, Tizio abbia un figlio Caio ed un nipote ex filio Sempronio, e che dopo l'istituzione del trust Sempronio generi Mevio e quest'ultimo Lucio.

L'unica possibilità, con riguardo al trust liberale *inter vivos*, di sottrarsi a tali conclusioni parrebbe quella di sostenere – allo scopo di dilatare la cerchia dei discendenti di Tizio “selezionabili” dal terzo - che in questo caso l'espressione “determinata persona vivente al tempo della donazione” (contenuta nell'art. 784, co. 1°, c.c.) vada interpretata come “determinata persona vivente al tempo in cui il terzo individua il beneficiario”, poiché quello è il momento in cui concretamente viene effettuata la liberalità indiretta in questione.

¹¹³ Per clausole siffatte cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 450 (clausola qualificata come “art. 2” del par. 4 – Elementi della struttura beneficiaria: primo elemento - *i discendenti del disponente*), 451 (“art. 5” – *i nipoti di sesso maschile del disponente ... nati entro il termine finale di durata del trust* e “art. 7” – *i discendenti del disponente*), 452 (“art. 3” – *i discendenti del disponente*), 457-458 (“art. 3” – *i nipoti del disponente*, “art. 4” – *i discendenti del disponente*), 458-459 (“art. 6” – *i discendenti del disponente* e “art. 7” – *i discendenti del disponente*), 459 (“art. 1” – *i discendenti del disponente*), 460-461 (“art. 1” – *i discendenti del disponente*), 461 (“art. 2” – *i discendenti dei figli del disponente*), 462 (“art. 3” – *i discendenti dei disponenti*), 465-466 (“art. 1”, “art. 2”, “art. 3” e “art. 4” – in tutti – *i discendenti del disponente*), 467 (“art. 2” – *i discendenti del disponente nominati dal trustee*), 477 (“art. 8” – *i figli del disponente ... di cui siano vivi discendenti che sono beneficiari*), 480-481 (“art. 5” – *ogni altro discendente del disponente*), 490-491 (“art. 2-A-b-i” – *il suo coniuge e i suoi discendenti* e “art. 3-A-b-ii” – *al suo coniuge e i suoi discendenti*), 546 “art. 6” dell'atto istitutivo n. 4 – *i discendenti dei figli del disponente*), 575 (“art. 4” dell'atto istitutivo n. 6 – *i discendenti del disponente*). Con riferimento a quest'ultima clausola va segnalato come dalle premesse dell'atto istitutivo (alle pp. 572-573) si ricava che tale trust dovrà operare all'estero, in quanto i beni in trust colà si troveranno, il che potrebbe determinare una qualificazione di tale trust come trust “non interno” in relazione a quanto disponete l'art. 13 della Convenzione (sulla questione cfr. nt. 3). Sempre da dette premesse si ricava che tale trust è destinato al “mantenimento” dei beneficiari, il che potrebbe ingenerare il dubbio che trattasi di trust solutorio e non liberale. Può rilevarsi anzitutto come “mantenimento” sia concetto diverso da “alimenti”; in secondo luogo la circostanza non parrebbe rilevante al fine di escludere il carattere liberale del trust, tenuto conto che esso ha durata di 120 anni e che l'obbligazione alimentare si estingue a seguito della morte del disponente (su tali questioni cfr. il § 5 marzo 3.3). Cfr. anche G. Rota-F. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, cit., 168 (“art. 7”, laddove prevede quali beneficiari i nipoti di sesso maschile ex fratre Caio e, successivamente, i loro discendenti); 178 (“art. 4”; anche con riferimento a tale clausola può ribadirsi quanto appena detto in ordine alla rilevanza del fatto che il trust sia destinato al “mantenimento” dei beneficiari).

Ad una siffatta lettura dell'art. 784, co. 1°, c.c. parrebbe, però, opporsi la sopra accennata *ratio* pubblicistica della norma, che sembra sottrarla a tale interpretazione estensiva^{113-bis}.

2.2. Trust in cui il disponente riserva a se stesso o ad un terzo (sia esso il trustee, il guardiano o altro soggetto) il potere di modificare i beneficiari già indicati nell'atto istitutivo

2.2.1. Premessa

Rispetto all'ipotesi analizzata nel 2.1, in questo caso l'atto istitutivo del trust individua inizialmente dei beneficiari, ma prevede la possibilità che costoro vengano successivamente¹¹⁴ mutati.

Tale modifica ex post potrà assumere, secondo la volontà del disponente, le configurazioni più varie: essa infatti potrà comportare l'eliminazione, la sostituzione o l'aggiunta di uno o più beneficiari¹¹⁵.

2.2.2. I problemi posti dal trust liberale in cui la modifica dei beneficiari inizialmente individuati – risolvendosi nell'eliminazione o sostituzione di uno o più di costoro - comporta la revoca di disposizioni beneficiarie

A) Premessa

Il problema oggetto di questo § si pone nel caso di trust liberale in cui il disponente o il terzo possano eliminare ovvero sostituire, con una semplice dichiarazione di volontà, un beneficiario in precedenza individuato, poiché il concreto esercizio di tale potere implica la revoca della disposizione beneficiaria a favore, rispettivamente, del soggetto eliminato ovvero sostituito.

B) Ipotesi in cui il potere di revoca della disposizione beneficiaria compete al disponente

Nel caso in cui il potere di eliminazione o sostituzione spetti al disponente^{115-bis}, occorre in primo luogo evidenziare che ad una clausola siffatta parrebbe potersi alternativamente attribuire la natura giuridica di condizione risolutiva

^{113-bis} Diversamente argomentando, d'altro canto, dovrebbe concludersi, altresì, che in caso di donazione a nascituri non concepiti (diretta o indiretta) sottoposta ad una condizione sospensiva, il precetto normativo consentirebbe di beneficiare di detta donazione anche ad un nascituro non concepito che sia figlio di persona vivente (non già al tempo della donazione, bensì) al tempo dell'avveramento della condizione, il che non pare invece consentito dalla norma stessa (la quale, infatti, non distingue fra donazione pura e donazione condizionata).

¹¹⁴ In tutto o in parte ed in una o più volte, a seconda di quanto stabilito dal disponente.

¹¹⁵ Per una clausola siffatta cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 452 ("art. 2" – potere del disponente di aggiungere beneficiari), 468 ("art. 4" e "art. 5" – potere del trustee di aggiungere beneficiari).

^{115-bis} Deve ovviamente immaginarsi, in questo caso, un trust *inter vivos*, poiché una clausola come quella che stiamo esaminando non avrebbe senso in un trust testamentario. Per una clausola del genere cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 156.

meramente potestativa (in quanto la pura e semplice volontà del disponente ¹¹⁶ può porre nel nulla, ex post, la disposizione beneficiaria) ovvero di clausola attributiva di un potere di recesso (in quanto il disponente ha il diritto potestativo di porre nel nulla, ex post, la disposizione beneficiaria).

Più precisamente, ove la disposizione beneficiaria si riferisca ad un beneficiario di reddito e sia strutturata in modo tale che costui, nel momento in cui il disponente pone nel nulla detta disposizione, ha già iniziato a godere di redditi del trust ¹¹⁷, la clausola pare inquadrabile (concernendo un rapporto di durata) o come condizione risolutiva meramente potestativa che, ai sensi dell'art. 1360, co. 2°, c.c., produce effetto ex nunc, ovvero come clausola di recesso ex art. 1373, co. 2°, c.c., parimenti operante ex nunc.

Nell'ipotesi, invece, in cui la disposizione beneficiaria si riferisca ad un beneficiario di reddito che, nel momento in cui il disponente la pone nel nulla, non ha ancora iniziato a godere di redditi del trust ¹¹⁸, come pure nell'ipotesi di disposizione beneficiaria relativa ad un beneficiario finale, la clausola parrebbe aver natura (concernendo un rapporto che non ha ancora avuto ancora un principio di esecuzione) o di condizione risolutiva meramente potestativa che, ai sensi dell'art. 1360, co. 1°, c.c. (cioè alla luce della volontà del disponente o comunque della natura del rapporto: è il caso del beneficiario finale) e comma secondo, c.c. (è il caso del beneficiario di reddito) c.c. opera ex tunc, ovvero come clausola di recesso ex art. 1373, co. 1°, c.c., parimenti operante ex tunc.

A prescindere dalla qualificazione che si decida di dare alla clausola ¹¹⁹, appare comunque possibile concludere per la sua validità, per i motivi che si vanno qui di seguito ad esporre.

Ove si opti per la tesi della condizione risolutiva meramente potestativa, occorre dare preliminarmente conto del fatto che – com'è noto – si discute se essa rientri o meno nella previsione dell'art. 1355 c.c., che tace sul punto e dichiara nullo il negozio sottoposto, invece, a condizione sospensiva meramente potestativa.

Secondo parte della dottrina ¹²⁰ la risposta dev'essere affermativa ed il negozio sottoposto ad una condizione siffatta è nullo, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 1354, co. 1°, c.c. in tema di condizione risolutiva illecita.

¹¹⁶ È evidente che nel caso in cui il disponente possa, invece, esercitare il potere in oggetto solo ove si verificano determinati presupposti e comunque con una discrezionalità limitata, siamo al di fuori dell'ambito della condizione risolutiva meramente potestativa.

¹¹⁷ Si pensi al beneficiario di reddito che abbia diritto a redditi del trust sin dalla sua istituzione.

¹¹⁸ Si pensi al beneficiario di reddito minorenni che dovrebbe iniziare a ricevere detti redditi all'età di 18 anni, ma viene eliminato o sostituito dal disponente prima di detta età.

¹¹⁹ Detto problema di qualificazione giuridica subisce, d'altro canto, un drastico ridimensionamento ove si aderisca alla tesi dottrinale (cfr. G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., 237; C.M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Milano, 1987, 521-522) secondo la quale la condizione risolutiva meramente potestativa altro non sarebbe, in realtà, che una clausola di recesso.

¹²⁰ Cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, 199.

Secondo altro orientamento dottrinale ¹²¹, invece, la nullità colpisce soltanto la clausola condizionale, ma non il negozio nel suo complesso.

La giurisprudenza ¹²², però, appare costante nel ritenere valida la clausola in questione, sia perché l'art. 1355 c.c. non la menziona, sia perché l'art. 1373 c.c. ammette il recesso convenzionale, il quale parimenti consente alla parte di sciogliersi dal vincolo negoziale con una mera dichiarazione unilaterale di volontà ¹²³.

Ferme queste preliminari osservazioni, occorre però considerare che, nel caso in esame, la condizione risolutiva meramente potestativa concerne non già un qualsiasi negozio *inter vivos*, bensì un negozio (il trust liberale) avente natura di donazione indiretta.

In tale contesto, infatti, fermo il divieto della condizione sospensiva meramente potestativa ¹²⁴, il problema dell'ammissibilità della condizione risolutiva meramente potestativa ¹²⁵ dev'essere oggetto di una valutazione particolarmente attenta, alla luce della controversa questione relativa alla residua portata, nel codice vigente, del tradizionale principio d'irrevocabilità della donazione.

Un dato di fatto appare certo: detto tradizionale principio ("donner et retenir ne vaut"), proveniente dal diritto consuetudinario francese e - fra l'altro - derivato da un'erronea interpretazione di fonti romanistiche ¹²⁶, venne riprodotto nell'art. 1050 del codice civile italiano del 1865 ¹²⁷, ma è scomparso dalla nozio-

¹²¹ Cfr. P. Rescigno, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, s.d. ma Varese 1961, 796; D. Barbero, *Condizione (dir. civ.)*, *NDI*, vol. III, Torino, 1103.

¹²² Cfr. Cass. 2097/51, in *RFI*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 193; 1689/57, in *RFI*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 187; Cass. 606/1968, in *RFI*, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 179; Cass. 2504/74, in *GC*, 1975, I, 462; Cass. 18 novembre 1981, n. 6107, in *MGI*, 1981; Cass. 16 novembre 1985, n. 5631, in *MGI*, 1985; Cass. 25 gennaio 1992, n. 812, in *RN*, 1993, 489; Cass. 15 settembre 1999, n. 9840, in *GI*, 2000, 1161 (la quale comunque precisa che la parte dovrà avvalersi di una clausola condizionale siffatta "senza dar luogo ad abuso del diritto", cioè senza "violazione dei principi di correttezza, affidamento e buona fede").

¹²³ Poco convincente appare, però, l'affermazione di quelle pronunzie (cfr. ad es. Cass. 2504/74, cit.) che ritengono di distinguere la condizione risolutiva meramente potestativa dal recesso alla luce dell'asserito effetto sistematicamente irrotoattivo di quest'ultimo: a parte, infatti, la considerazione che anche una condizione risolutiva può operare ex nunc (come risulta dall'art. 1360, co. 1°, c.c.), occorre evidenziare che l'art. 1373, ult. co., c.c. sancisce il carattere meramente dispositivo delle norme sul recesso, il che rende ipotizzabile sia un recesso ex tunc da un contratto di durata, in deroga al secondo comma della norma, sia addirittura un recesso ex tunc da un contratto non di durata che ha già avuto un principio di esecuzione, in deroga al primo comma della norma (in quest'ultimo senso cfr. Cass. 27 febbraio 1990, n. 1513, in *MGI*, 1990; Cass. 25 gennaio 1992, n. 812, in *RN*, 1993, 489; Cass. 15 settembre 1999, n. 9840, in *GI*, 2000, 1161).

¹²⁴ Tale divieto era presente nel codice del 1865 sia per il contratto in generale (art. 1162) che con specifico riferimento alla donazione (art. 1066). Nel codice attualmente vigente, invece, questa duplicazione di norme è venuta meno, essendovi la sola previsione generale dell'art. 1355 c.c., di pacifica applicabilità anche alla donazione (cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 496 ss.; A. Torrente, *La donazione*, cit., 460).

¹²⁵ Problema, a quanto consta, mai affrontato dalla giurisprudenza sotto l'impero del codice civile vigente, salvo quanto si dirà nel prosieguo a proposito di Cass. 10 ottobre 1970, n. 1933, in *RN*, 1971, 268.

¹²⁶ Cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 61 ss.; A. Torrente, *La donazione*, cit., 308 ss.

¹²⁷ Per il quale "La donazione è un atto di spontanea liberalità, con il quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta".

ne di donazione fornita ora dall'art. 769 c.c.¹²⁸

A dispetto di tale dato testuale, un primo orientamento dottrinale¹²⁹ ha ritenuto che alla donazione non possa apporsi una condizione risolutiva siffatta per le seguenti ragioni:

- a) l'eliminazione del riferimento all'irrevocabilità lascerebbe comunque ferma l'applicabilità alla donazione dell'art. 1372 c.c. (che escluderebbe che un'iniziativa unilaterale possa sciogliere un vincolo contrattuale)¹³⁰;
- b) vi sarebbe equivalenza funzionale fra tale condizione e la condizione sospensiva meramente potestativa vietata dall'art. 1355 c.c.¹³¹;
- c) non potrebbe ricavarsi argomento contrario dal fatto che l'art. 790 c.c. (relativo alla donazione con riserva di disporre) consente al donante, con propria unilaterale iniziativa, di riappropriarsi di parte dei beni donati, in quanto, anche a voler ammettere che si trattasse di clausola condizionale, si tratterebbe di condizione risolutiva potestativa, e non meramente potestativa¹³²;
- d) la clausola non potrebbe essere ricostruita come clausola di recesso, stante l'inammissibilità del recesso nella donazione¹³³.

Pare però preferibile l'orientamento favorevole a tale peculiare condizione risolutiva¹³⁴, secondo il quale:

- a) l'avvenuta eliminazione – nell'art. 769 c.c. - di qualunque riferimento all'irrevocabilità della donazione implica che un siffatto negozio sia ora soggetto alle regole generali in tema di contratto, cioè - nel caso di specie - all'art. 1355 c.c., che vieta soltanto la condizione sospensiva meramente potestativa¹³⁵;
- b) l'ammissibilità di detto tipo di condizione si evince anche dall'art. 790 c.c., in quanto la donazione con riserva di disporre di parte dei beni donati altro non è¹³⁶ che una donazione sottoposta – per una porzione

¹²⁸ In detta norma, infatti, non figura più l'espressione "attualmente ed irrevocabilmente". La Relazione al codice giustifica la soppressione con la considerazione che il principio di irrevocabilità della donazione è ormai un inutile relitto del diritto consuetudinario francese (cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 66).

¹²⁹ Cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 499 e 858-859.

¹³⁰ "La nullità si deduce dall'art. 1372 c.c. ... se si ammettesse la validità della condizione risolutiva meramente potestativa, ammetteremmo che il contratto potrebbe sciogliersi per volontà unilaterale di una sola parte" (così B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 499).

¹³¹ "Dire dono se vorrò equivale a dire dono e la donazione sarà risolta se vorrò" (così B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 499).

¹³² "La disposizione non è atto talmente indifferente da doversi considerare uguale alla clausola se vorrò" (così B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 499). Come subito si vedrà, però, la tesi prevalente attribuisce alla clausola la natura di condizione risolutiva meramente potestativa.

¹³³ Cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 499, 518-519 e 858-859. Sul problema dell'ammissibilità o meno di una clausola di recesso nella donazione si avrà, però, modo di soffermarsi più ampiamente nel prosieguo.

¹³⁴ Cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 308 ss. e 465.

¹³⁵ Si è visto, del resto, alla precedente nt. 123, come la Suprema Corte escluda la riferibilità dell'art. 1355 c.c. anche alla condizione risolutiva meramente potestativa.

¹³⁶ In tal senso si pronunzia, del resto, la dottrina prevalente: cfr. ad es. U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., 475.

del suo oggetto - ad una condizione risolutiva meramente potestativa¹³⁷ ¹³⁸.

La preferibilità della tesi favorevole a siffatta condizione risolutiva emerge con ancor maggiore evidenza ove si consideri che, come subito si vedrà, pare difficile escludere¹³⁹ l'ammissibilità di una clausola di recesso, la quale parimenti consentirebbe al donante di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale.

Nel caso in cui si intenda – appunto - attribuire alla clausola in esame la natura di clausola di recesso, occorrerà parimenti domandarsi se (stante la natura liberale del trust e la controversia residua portata del principio d'irrevocabilità della donazione) una clausola del genere sia ammissibile.

Secondo un orientamento¹⁴⁰, la soluzione dev'essere negativa in quanto:

- a) l'avvenuta eliminazione dall'attuale art. 769 c.c. del riferimento all'irrevocabilità della donazione renderebbe comunque applicabile la norma generale di cui all'art. 1372 c.c., che vieta di sciogliersi unilateralmente da un contratto;
- b) l'art. 1373 c.c., prevedente appunto la clausola di recesso, sarebbe inapplicabile perché incompatibile con la sussistenza dello spirito di liberalità del donante e di un arricchimento del donatario¹⁴¹.

Parebbe però preferibile l'orientamento favorevole alla clausola di recesso¹⁴², perché l'eliminazione nel codice vigente del riferimento all'irrevocabilità fa sì che detto negozio sia sul punto soggetto alle regole generali, fra le quali figura appunto l'art. 1373 c.c. (cui fa implicito rinvio lo stesso art. 1372 c.c., allorché afferma che un contratto può sciogliersi, oltre che per mutuo consenso, per "cause ammesse dalla legge").

¹³⁷ In tale ottica, l'autore in esame non ha difficoltà a ritenere ammissibile anche una donazione con riserva di disporre della totalità dei beni donati (cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 465 ss.). A suo avviso, infatti, se sotto il codice civile del 1865, nel quale figurava il principio dell'irrevocabilità della donazione (art. 1050), l'art. 1069 (antenato dell'attuale art. 790 c.c.) poteva esser ritenuto un'eccezionale deroga ad un generale principio che vietava al donante di sciogliersi unilateralmente dalla donazione (deroga, come tale in suscettibile di interpretazione estensiva o analogica), nel codice vigente, scomparso dall'art. 769 c.c. qualunque riferimento all'irrevocabilità, all'art. 790 c.c. non resterebbe che la funzione di mera norma interpretativa di una clausola (quella - appunto - di riserva parziale) che il legislatore ha ritenuto potesse ricorrere con una certa frequenza. Contrario alla riserva di disporre totale, invece, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 858 ss., che nell'art. 790 c.c. vede una norma eccezionale, in coerenza con la sua impostazione secondo la quale permane nel sistema del codice vigente, pur se l'art. 769 c.c. non contiene più il riferimento all'irrevocabilità della donazione, l'impossibilità per il donante di sciogliersi unilateralmente da essa (impostazione che porta detto autore ad escludere sia – come si è visto - la condizione risolutiva meramente potestativa, sia – come già si è accennato – il recesso). Nello stesso senso cfr. U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., 475; Balbi, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso-Santorio Passarelli, Milano, 1964, 56.

¹³⁸ Si evidenzia che la tesi favorevole alla condizione risolutiva meramente potestativa si lascia preferire anche alla luce di quanto subito si dirà in tema di recesso.

¹³⁹ Anche alla luce di quanto affermato, come si vedrà, da Cass. 1933/1970, cit.

¹⁴⁰ Cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 499, 518-519 e 858-859.

¹⁴¹ "Si può dire forse che abbia spirito di liberalità o determini un arricchimento colui che dica: ti dono questa cosa, ma me la restituirai se vorrò?" (così B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 518).

¹⁴² Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 857 ss. Nello stesso senso, implicitamente, A. Torrente, *La donazione*, cit., 308 ss.

Questa impostazione più liberale, d'altro canto, è stata accolta anche da un lontano (e, a quanto consta, unico) precedente della Suprema Corte ¹⁴³: essa infatti, posta di fronte ad una donazione revocabile dal donante ad nutum, premesso che una siffatta liberalità “sotto il codice civile del 1865 (e, secondo taluni, anche secondo il codice vigente) era ritenuta di nessuna efficacia giuridica perché la donazione definita nell’art. 1150” del previgente codice “era caratterizzata dalla irrevocabilità”, conclude affermando che si tratta di liberalità non incompatibile con il negozio di donazione.

Inutile evidenziare che una siffatta impostazione liberale, sposata dalla corte di legittimità, pare fornire supporto anche alla tesi che ammette la condizione risolutiva meramente potestativa, che anche in quest’ultimo caso trattasi di ammettere, in definitiva, che il donante possa sciogliersi dal vincolo negoziale con una mera iniziativa unilaterale.

Al termine dell’articolata analisi che precede pare pertanto possibile, in estrema sintesi, ammettere la validità di una clausola che attribuisca al disponente il potere di eliminare o sostituire beneficiari.

Merita, però, ulteriore riflessione la clausola in base alla quale il disponente può esercitare un siffatto potere anche mediante testamento, stante il divieto dei patti successori indiretti ¹⁴⁴.

Un’eventuale eliminazione di beneficiari mediante testamento non pare confliggere con detto divieto: in modo non dissimile, infatti, l’art. 1412, co. 1°, c.c. consente di revocare anche per testamento l’attribuzione *inter vivos* effettuata dallo stipulante in favore del beneficiario ¹⁴⁵.

Diversa, invece, appare l’ipotesi della sostituzione di beneficiari mediante testamento, poiché in questo caso l’individuazione del beneficiario-sostituto è il frutto della combinazione di un atto fra vivi (il trust) con un atto *mortis causa* (il testamento), sì che la sanzione di nullità appare difficilmente evitabile.

C) Ipotesi in cui il potere di revoca della disposizione beneficiaria compete ad un terzo

Nel caso in cui il potere di eliminazione o sostituzione di beneficiari di un trust testamentario o liberale *inter vivos* spetti, invece che al disponente, ad un terzo ¹⁴⁶, finiscono per intrecciarsi due problematiche intimamente connesse: quella della condizione meramente potestativa “*si voluerit*” ¹⁴⁷ e quella ¹⁴⁸ della personalità della volizione liberale.

Per quanto concerne il testamento, è noto che la condizione *si voluerit* è considerata dall’opinione dominante illecita e quindi nulla, non essendo ammissibi-

¹⁴³ Cfr. Cass. 1933/1970, cit.

¹⁴⁴ Per il quale si rinvia al § 2 gennaio 1 febbraio

¹⁴⁵ Cfr. F. Messineo, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, vol. X, 204, Milano, s.d.

¹⁴⁶ Per clausole del genere cfr. M. Lupoi, *L’atto istitutivo*, cit., 157 (potere di esclusione in capo al disponente), 454 (“art. 9” – potere di esclusione in capo al trustee o al guardiano).

¹⁴⁷ In quanto, in ipotesi siffatte, il disponente effettua una liberalità la cui efficacia finisce per dipendere (poco importa se la condizione è congegnata come sospensiva ovvero come risolutiva: cfr. successiva nt. 150) dalla mera volontà di un terzo.

¹⁴⁸ Già affrontata nel precedente § 2 gennaio 2 gennaio

le che l'efficacia della disposizione testamentaria sia fatta dipendere dalla mera volontà di un soggetto diverso dal testatore¹⁴⁹.

Più precisamente, la tesi dominante¹⁵⁰ afferma che una condizione del genere rende nulla anche la disposizione cui essa accede, in quanto vi è una violazione dell'art. 631, co. 1°, c.c. che esclude l'applicabilità dell'art. 634 c.c. (cosiddetta regola sabiniana¹⁵¹).

Secondo un orientamento che appare isolato¹⁵², invece, può farsi applicazione di quest'ultima norma, sì che la nullità colpisce solo la condizione, ma non la disposizione cui essa accede.

Quanto poi alla liberalità *inter vivos*, se è vero che autorevole dottrina ha ritenuto di escludere l'illiceità della condizione *si voluerit*¹⁵³, resta il fatto che la soluzione contraria parrebbe più prudente¹⁵⁴, in quanto anche in tale contesto esiste, come si è visto¹⁵⁵, il principio della personalità della volizione liberale.

Dall'eventuale illiceità della clausola discenderebbe quindi la nullità non solo della condizione, ma anche della disposizione cui essa accede: a siffatte conclusioni conduce sia l'art. 778 c.c., che delimita in modo preciso l'ambito di possibile intervento della volontà di un terzo in una donazione, sia l'art. 1354, co. 1°, c.c., che dichiara nullo il negozio cui è apposta una condizione illecita¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Trattasi di un ovvio corollario del principio di personalità della volizione testamentaria (per il quale cfr. § 2 gennaio 2.1, alla lettera A). La più attenta dottrina precisa altresì (cfr. C. Gangi, *La successione*, cit., 523-524) che il discorso vale tanto per la condizione sospensiva quanto per quella risolutiva.

¹⁵⁰ Cfr. in dottrina G. Capozzi, *Successioni*, cit., 411 e 464; G. Caramazza, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, Commentario teorico-pratico al codice civile diretto da V. De Martino, Roma 1982, 245 ed autori ivi citati; in giurisprudenza App. Firenze 8 agosto 1953, in *FI*, 1953, I, 1757.

¹⁵¹ Si ricorda che, secondo l'art. 634 c.c., se una disposizione testamentaria è sottoposta a condizione impossibile o illecita sarà solo la condizione ad esser colpita da nullità. La norma precisa, altresì, che vi sarà invece nullità della disposizione testamentaria nel suo complesso ove ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 626 c.c., cioè quella del motivo illecito o impossibile che risulti dal testamento e sia stato determinante (per l'estensibilità del rinvio all'art. 626 c.c. operato dall'art. 634 c.c. anche all'ipotesi – non contemplata dall'art. 626 c.c. – del motivo impossibile, cfr. per tutti P. Rescigno, voce "*Condizione (dir.vig.)*", cit. 792).

¹⁵² Cfr. M. Allara, *Il testamento*, Padova, 1934, 72.

¹⁵³ Cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 355, per il quale la tesi dominante dell'illiceità della condizione *si voluerit* in materia testamentaria sarebbe di dubbio fondamento e comunque sarebbe inestendibile alla donazione, poiché l'art. 778 c.c. vieterebbe solo "che un terzo si sostituisca al donante nella formazione della sua volontà o nella determinazione di elementi che, essendo fondati su una sua valutazione personale, non possono promanare che dal donante medesimo", sì che "subordinare la donazione all'approvazione di un terzo significa soltanto subordinare l'efficacia ad una condizione dipendente dalla volontà di un terzo, il che non è vietato (art. 1355 c.c.)".

¹⁵⁴ Su questa linea parrebbe muoversi, implicitamente, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 135.

¹⁵⁵ Cfr. precedente § 2 gennaio 2.1, alla lettera B).

¹⁵⁶ Nel testo si aderisce così implicitamente alla tesi, del resto dominante (cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 818 ss.; A. Torrente, *La donazione*, cit., 478-479; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 504-505), secondo la quale alla donazione cui è apposta una condizione illecita non può applicarsi la cosiddetta regola sabiniana di cui agli artt. 634, 647 e 794 c.c. (la quale implicherebbe la nullità della sola condizione, con salvezza del negozio, salva l'ipotesi prevista dall'art. 626 c.c.), ma - appunto - la regola generale ex art. 1354 c.c. valevole per tutti i negozi affetti da condizioni illecite. Tale orientamento precisa che, pur se il codice civile vigente non contiene più (a differenza del codice del 1865: cfr. art. 1065) una norma che dichiara nulla la donazione sotto condizione illecita, non può desumersi da ciò una volontà innovativa del

Alla luce di quanto si è fin qui osservato, parrebbe a prima vista necessario concludere che la clausola di un trust testamentario o liberale *inter vivos* la quale, dopo aver individuato i beneficiari, attribuisca ad un terzo il potere di eliminarli o di sostituirli (in tutto o in parte), sia sempre affetta da nullità, implicando l'attribuzione a detto terzo di un potere di revoca di disposizioni beneficarie che le rende sottoposte ad una sorta di condizione *si voluerit*¹⁵⁷.

A ben guardare, però, la clausola in oggetto parrebbe poter sfuggire alla sanzione di nullità ove sia strutturata in modo tale da non confliggere con il principio di personalità della volizione liberale, cioè nel caso in cui¹⁵⁸ essa sia in pratica equiparabile ad una clausola che conferisce al terzo il potere di scegliere i beneficiari all'interno di una rosa di soggetti ovvero di una categoria di soggetti.

Tanto per fare degli esempi, una clausola che individua Tizio, Caio e Sempronio come beneficiari ed attribuisce a Mevio il potere di eliminare uno o più di costoro (ma non tutti), parrebbe valida in quanto assimilabile ad una clausola in base alla quale il terzo ha il potere di scegliere i beneficiari all'interno di una rosa di soggetti individuata dal disponente; al contrario, se detta clausola attribuisce al terzo il potere di eliminare tutti i beneficiari in questione¹⁵⁹, essa difficilmente potrà sottrarsi alla sanzione di nullità¹⁶⁰.

Quanto poi alle clausole attributive al terzo di un potere di sostituzione (in tutto o in parte) di beneficiari, parrebbero doversi ritenere nulle quelle in cui detto potere di sostituzione è illimitato (esempio: i beneficiari sono Tizio, Caio e Sempronio, ma Mevio potrà sostituire costoro, in tutto o in parte, con altri soggetti) e valide quelle in cui il terzo può, invece, scegliere i sostituti all'interno di una categoria o di una rosa di soggetti (esempio: i beneficiari sono Tizio, Caio e Sempronio, ma Mevio potrà sostituire costoro, in tutto o in parte, con un soggetto da egli scelto fra Lucio e Filano).

Occorre altresì precisare che in certe ipotesi, per ragioni analoghe a quelle viste in precedenza¹⁶¹, se anche la clausola attributiva al terzo del potere di individuare i beneficiari-sostituti si conformi al principio di personalità della volizio-

legislatore, stante la presenza di una norma generale di tenore analogo (l'art. 1354 c.c.). Per la tesi minoritaria secondo la quale dovrebbe, invece, applicarsi la regola sabiniana (e precisamente lo stesso trattamento normativo riservato, dall'art. 794 c.c., alla donazione con *modus illecito*), cfr. P. Rescigno, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 1977, 562.

¹⁵⁷ Poco importa, fra l'altro, che la clausola sia congegnata in modo tale da far operare la condizione *si voluerit* ex nunc invece che retroattivamente (si pensi al caso del beneficiario di reddito che, nel momento in cui il terzo si avvale del suo potere di eliminarlo o sostituirlo, già ha iniziato a godere dei redditi del trust): come si evince dall'art. 1360, co. 1°, c.c., infatti, un siffatto effetto irretroattivo non è incompatibile con la natura di condizione della clausola. F.Rota-G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, cit., 58, ritengono che la modifica delle posizioni soggettive dei beneficiari abbia natura di condizione risolutiva e sia valida, ma con motivazione che ci pare insufficiente.

¹⁵⁸ Come si è detto al precedente § 2 gennaio 2.1, lettera C).

¹⁵⁹ Così che, ove il potere in oggetto venga esercitato dal terzo, diverrà operativo un resulting trust: cfr. precedente nt. 13.

¹⁶⁰ Il problema di cui al testo non dovrebbe invece porsi laddove il disponente abbia già individuato dei beneficiari per l'eventualità che il terzo si avvalga del potere di eliminare la totalità di quelli designati "in prima battuta": in questo caso, infatti, parrebbe esservi equivalenza funzionale con una clausola che dà al terzo il potere di scegliere se beneficiari saranno costoro ovvero quelli designati "in seconda battuta".

¹⁶¹ Cfr. § 2 gennaio 2 febbraio

ne liberale, la selezione di detti beneficiari all'interno della categoria indicata dal disponente parrebbe dover essere effettuata dal terzo nel rispetto del principio di capacità a ricevere per testamento o per donazione.

Si pensi all'esempio che segue: i beneficiari sono Tizio, Caio e Sempronio, ma Mevio potrà sostituire costoro, in tutto o in parte, con un soggetto da egli scelto fra i discendenti del disponente.

In un caso del genere, il terzo dovrebbe poter selezionare, quale beneficiario-sostituto, esclusivamente un discendente che sia figlio di una persona vivente al tempo della morte del disponente (se il trust è testamentario) ovvero al tempo dell'istituzione del trust (se trattasi di trust liberale *inter vivos*)¹⁶².

2.2.3. I problemi posti dal trust liberale in cui il disponente riserva a se stesso o ad un terzo il potere di aggiungere ulteriori beneficiari a quelli già indicati nell'atto istitutivo

In questo caso, le clausole meritevoli di riflessione parrebbero le seguenti:

- a) Clausola in base alla quale il disponente potrà nominare ulteriori beneficiari anche per testamento¹⁶³: si pone il consueto problema della possibile nullità per violazione del divieto dei patti successori indiretti¹⁶⁴.
- b) Clausola in base alla quale il potere di nominare ulteriori beneficiari è attribuito ad un terzo¹⁶⁵: si pongono i consueti problemi del rispetto del principio di personalità della volizione liberale¹⁶⁶ e, nell'ipotesi in cui la categoria di possibili ulteriori beneficiari indicata dal disponente abbia certe caratteristiche, del coordinamento fra detto principio e le regole in tema di capacità a ricevere per donazione e per successione¹⁶⁷.

3. Trust e capacità di ricevere per testamento e per donazione

Il principio di capacità a ricevere per testamento o per donazione, sancito rispettivamente dagli artt. 462 e 784, co. 1°, c.c., è già venuto in questione con riferimento a fattispecie in cui il soggetto che istituisce il trust individua una categoria di possibili beneficiari avente determinate caratteristiche (esempio: "i discendenti del disponente") ed attribuisce ad un terzo il potere di selezionare, all'interno di essa, beneficiari del trust: si sono infatti esaminate le ipotesi in cui ciò accade in un trust che inizialmente non individua alcun beneficiario¹⁶⁸, in un trust che individua beneficiari ma consente al terzo di sostituirli¹⁶⁹ ed in un trust che individua beneficiari ma consente al terzo di aggiungerne altri¹⁷⁰.

In casi del genere, come si è visto, il terzo parrebbe doversi avvalere del

¹⁶² Si rimanda, per un'esemplificazione, al § 2 gennaio 2 febbraio

¹⁶³ Per una clausola siffatta cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 149-150.

¹⁶⁴ Si rinvia pertanto al § 2 gennaio 1 febbraio

¹⁶⁵ Per una clausola siffatta cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 149.

¹⁶⁶ Si rinvia pertanto al § 2 gennaio 2 gennaio

¹⁶⁷ Si rinvia pertanto al § 2 gennaio 2 febbraio

¹⁶⁸ Cfr. § 2 gennaio 2 febbraio

¹⁶⁹ Cfr. § 2 febbraio 2 lettera C).

¹⁷⁰ Cfr. § 2 febbraio 3.

potere in questione conformandosi a detto principio.

Il principio in esame viene però in questione anche in un contesto diverso, cioè in presenza di un trust in cui il disponente si limiti ad indicare come beneficiari i soggetti appartenenti ad una categoria siffatta¹⁷¹: anche in questo caso, infatti, l'interpretazione della clausola dovrà conformarsi al principio in oggetto¹⁷².

In altri termini, se ad esempio colui che istituisce un trust testamentario o liberale *inter vivos* ha individuato come beneficiari, ab initio oppure ex post, "i discendenti del disponente", potranno considerarsi come beneficiari soltanto:

- a) i discendenti del disponente nati o concepiti al tempo della morte del disponente (se il trust è testamentario) ovvero al tempo dell'istituzione del trust (se trattasi di trust liberale *inter vivos*);
- b) quanto ai discendenti del disponente non ancora concepiti nel momento indicato sub a):
 - b' nel trust testamentario, coloro che siano figli di un discendente del disponente vivo al tempo della morte del disponente;
 - b'' nel trust liberale *inter vivos*, coloro che siano figli del disponente ovvero coloro che siano figli di un discendente del disponente vivo al tempo dell'istituzione del trust¹⁷³.

4. Il trust discrezionale quanto all'erogazione dei redditi ed il principio di personalità della volizione liberale

4.1. Premessa

Interessa esaminare in questa sede quei trusts "discrezionali"¹⁷⁴ in cui il dis-

¹⁷¹ È naturalmente irrilevante che ciò si verifichi sin dall'istituzione del trust ovvero in un momento successivo, cioè all'esito dell'esercizio, da parte del disponente, di quel potere di individuare, aggiungere o sostituire beneficiari che egli si era riservato nell'atto istitutivo.

¹⁷² Per le motivazioni di ciò si rinvia al § 2 gennaio 2 febbraio

¹⁷³ Indizi in ordine alla correttezza della soluzione proposta nel testo appaiono, altresì, desumibili da quanto affermato da Cass. 10 luglio 1979, n. 3969, in *GI*, 1980, I, 1, 882 e in *VN*, 1979, 654, in relazione al tema della fondazione di famiglia (cui accenna, com'è noto, l'art. 28, co. 3°, c.c., il quale contiene un riferimento alle fondazioni "destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate"). Nel ribadire che un siffatto istituto è ammissibile solo ove persegua un fine di pubblica utilità, la Suprema Corte evidenzia, infatti, che attraverso una fondazione destinata ad erogare rendite a vantaggio di tutti i futuri discendenti di un dato soggetto, si finirebbe in pratica per violare l'art. 462 c.c., cioè per chiamare a succedere anche soggetti non nati né concepiti al tempo dell'apertura della successione. Con riferimento al trust testamentario, appare aderire alla linea ricostruttiva indicata nel testo, tenendo conto dell'art. 462 c.c., G. Petrelli, *Formulario*, cit., 947-949 e 950-951, il quale propone clausole di un trust testamentario in cui i beneficiari finali sono, rispettivamente i "discendenti del disponente che siano nati o concepiti al momento dell'apertura della sua successione" ed i discendenti dei figli del disponente "i quali siano già nati o concepiti al momento della morte del disponente". Tale autore non tiene invece conto dell'art. 784, co. 1°, c.c. allorché propone (cfr. *ivi*, 938-939 e 942) clausole di un trust *inter vivos* secondo le quali alla fine del trust ne saranno beneficiari, rispettivamente, "i discendenti del disponente...che saranno in quel momento in vita" ed i discendenti dei fratelli del disponente.

¹⁷⁴ Sui trusts discrezionali cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 216 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 278 ss.; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui*, Trento, 1995, 403 ss.; A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 63 ss.; P.H. Pettit, *Equity and the law of trusts*, Londra-Dubliano-Edimburgo, 1993, 68 ss.; F. Rota-G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, cit., 19.

ponente indica una certa categoria o una certa rosa di beneficiari e conferisce ad un terzo (di solito trattasi del trustee):

a) il potere di decidere a chi di essi e/o in quale misura fra essi distribuire il reddito dei beni in trust;

ovvero

b) il potere di decidere se distribuire o meno a costoro il reddito dei beni in trust e, in caso affermativo, a chi di essi e/o in quale misura fra essi distribuirlo ¹⁷⁵.

Nel caso di trust testamentario ovvero di trust liberale *inter vivos*, occorre chiedersi se le clausole in questione siano o meno conformi al principio di personalità della volizione liberale ¹⁷⁶: in quella sub a), infatti, la volontà di un soggetto diverso dal disponente è destinata ad incidere sull'individuazione del destinatario e/o sull'oggetto della liberalità, mentre in quella sub b) tale volontà è idonea altresì a condizionare, a monte, lo stesso "an" dell'erogazione liberale.

4.2. Analisi della clausola sub a)

La clausola sub a) appare conforme a detto principio per quanto attiene al profilo dell'individuazione del destinatario della liberalità: il terzo è infatti chiamato a selezionare uno o più soggetti all'interno di una categoria indicata dal disponente.

Maggiori perplessità sorgono per quanto invece attiene al profilo dell'individuazione dell'oggetto della liberalità: da norme come gli artt. 632, co. 1°, c.c. e 778, co. 3°, c.c., infatti, emerge (per quanto rileva nella presente sede) che la disposizione testamentaria o *inter vivos* è valida solo se al terzo è conferito il potere di sceglierne l'oggetto o la quantità in conformità ai criteri direttivi o entro i limiti di valore indicati dal disponente.

Ne discende che la clausola sub a), laddove il disponente non abbia espressamente limitato - mediante appunto l'indicazione di criteri direttivi ¹⁷⁷ o di limiti di valore ¹⁷⁸ - la discrezionalità del trustee concernente l'erogazione dei redditi del trust, appare di dubbia validità.

¹⁷⁵ Cfr. in tal senso, incisivamente, P.H. Pettit, *Equity*, cit., 68-69, per il quale "A discretionary trust may be exhaustive, that is where the trustees are bound to distribute the whole income, but have a discretion as to how the distribution is to be made between the objects. Alternatively (...) a discretionary trust may be non-exhaustive, in which case the trustees have a discretion not only as to how the distribution is to be made, but also as to whether and to what extent it is to be made at all".

¹⁷⁶ Per il quale si veda il § 2 gennaio 2 gennaio

¹⁷⁷ Si pensi ad un trust testamentario secondo il quale: "Sono beneficiari del reddito del trust Tizio, Caio e Sempronio. Il trustee dovrà, a sua scelta, erogare detto reddito ad uno ovvero a più dei detti soggetti. In quest'ultimo caso, la misura dell'erogazione dovrà tener conto dell'entità dei bisogni economici di ciascun destinatario della medesima".

¹⁷⁸ Esempio: "Sono beneficiari del reddito del trust Tizio, Caio e Sempronio. Il trustee dovrà, a sua scelta, erogare detto reddito ad uno ovvero a più dei detti soggetti. In quest'ultimo caso, l'erogazione avverrà in parti uguali fra i destinatari della medesima".

4.3. Analisi della clausola sub b) ¹⁷⁹

La clausola sub b), nella parte in cui affida ad un terzo la decisione “se” l'erogazione debba o meno essere effettuata, parrebbe far dipendere da costui la stessa efficacia del negozio liberale posto in essere dal disponente.

Sembrirebbe in tal modo porsi nuovamente il problema della liberalità sottoposta a condizione “*si voluerit*” ¹⁸⁰ (e della nullità della relativa clausola), che merita approfondito esame.

Nel caso in cui il trustee abbia il potere di decidere se erogare o meno (in tutto o in parte) il reddito del trust, ciò significa che egli, laddove opti (in tutto o in parte) per la non erogazione, potrà decidere se “accumulare” ovvero “accantonare” detto reddito non erogato.

Nel primo caso, il reddito non erogato in quanto “accumulato” diviene “capitalizzato”, cioè entra a far parte dei beni-capitali oggetto del trust ¹⁸¹ e, come tale, diviene destinato (unitamente agli altri beni-capitali in trust) ai beneficiari finali ¹⁸².

Una considerazione preliminare s'impone: laddove il trust non preveda, per ragioni originarie o sopravvenute, beneficiari finali, si verificheranno i presupposti di un resulting trust ¹⁸³ ed il reddito accumulato spetterà agli eredi o legatari del disponente. Pare pertanto difficile negare che, in tal caso, la clausola contenga una liberalità in favore dei beneficiari di reddito sottoposta a condizione *si voluerit*: avvalendosi del suo potere di accumulazione, infatti, il trustee è arbitro dell'an dell'erogazione in favore di costoro ¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Appaiono rientrare in questa tipologia le clausole [reperibili in M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 308-309, 474 (cfr. clausole distinte come “art. 3” e come “art. 4”) e 480 (cfr. clausola distinta come “art. 2”) secondo le quali “Nel corso della durata del trust il trustee può versare reddito del fondo in trust a quei beneficiari che ritenga” ovvero “Nel corso della durata del trust il trustee può: 1. nel corso del periodo di accumulazione, accumulare reddito del fondo in trust, in tutto o in parte, incrementando il fondo in trust; 2. versare reddito del fondo in trust a quei beneficiari che ritenga”.

¹⁸⁰ Tale problema è già stato affrontato nel § 2 febbraio 2 alla lettera C), con riguardo all'ipotesi in cui il disponente attribuisce ad un terzo il potere di eliminare e/o di sostituire beneficiari del trust.

¹⁸¹ Per questa nozione di “reddito accumulato” cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 56 e 291-293.

¹⁸² La durata del periodo di accumulazione consentito al trustee dipende da due fattori. Vengono in primo luogo in questione le previsioni della legge regolatrice del trust, poiché l'art. 8 paragrafo secondo lettera f) della Convenzione include – appunto – il “power to accumulate the income of the trust” fra le materie da tale legge disciplinate. Dette leggi talvolta fissano una durata massima [caso classico quello della legge inglese – cfr. *Perpetuities and Accumulation Act 1964*, art. 13 (1), e *Law of Property Act 1925*, art. 164-165; sul punto cfr. per tutti M. Graziadei, *Diritti*, cit., 317, per il quale la durata massima del periodo di accumulazione è “pari alla durata della vita del settlor, o a 21 anni, decorrenti dalla sua morte, ovvero dal momento in cui ha effetto l'atto *inter vivos* che creò il trust, o ancora, durante la minore età di una data persona”], mentre più spesso ammettono un'accumulazione sine die e quindi – al limite – anche per tutta la durata del trust [cfr. ad esempio *Trusts (Jersey) Law 1984 (as amended 2006)*, art. 38 (1)]. In secondo luogo, viene in questione la volontà del disponente, il quale può fissare una durata del periodo in questione inferiore a quella massima eventualmente prevista dalla legge regolatrice.

¹⁸³ Su questa figura si veda la precedente nt. 13.

¹⁸⁴ Irrilevante al riguardo appare la circostanza che il reddito capitalizzato debba essere attribuito dal trustee, in adempimento del resulting trust, al disponente o, se deceduto, ai suoi eredi o legatari (che di detto resulting trust sono i beneficiari): trattasi infatti (come si è detto al § 2 gennaio 1.1, di un effetto restitutorio derivante da un provvedimento giudiziale di natura dichiarativa ed estraneo agli effetti negoziali (cioè riconducibili alla volontà del disponente) del trust discrezionale.

Se invece il trust preveda beneficiari finali, appare necessario distinguere a seconda che vi sia o meno coincidenza fra i soggetti beneficiari di reddito e quelli beneficiari finali.

Nella prima ipotesi, la clausola in esame finisce per attribuire al terzo-trustee il potere non già di decidere l'an dell'erogazione del reddito, bensì di differire detta erogazione.

Se ciò pare sufficiente per escludere la natura di condizione *si voluerit* della clausola (e dunque la sua nullità sotto tale profilo), è dubbio che valga a sottrarla - altresì - alla nullità per violazione del più generale principio della personalità della volizione liberale: le norme a suo tempo esaminate¹⁸⁵, infatti, non prevedono che l'autore della liberalità possa attribuire ad un terzo un siffatto potere di differimento.

Nel caso, invece, in cui i beneficiari di reddito ed i beneficiari finali siano soggetti diversi, la clausola in esame parrebbe a prima vista svolgere la pratica funzione di una condizione *si voluerit* apposta all'erogazione del reddito in favore dei beneficiari di reddito: esercitando il potere di accumulazione, infatti, il trustee esclude costoro dal beneficio.

A ben guardare, però, poiché la scelta di accumulare il reddito implica, altresì, la scelta di attribuirlo ai beneficiari finali invece che ai beneficiari di reddito, si deve da un lato escludere che ricorra una condizione *si voluerit* e dall'altro evidenziare che la clausola appare conforme anche al principio di personalità della volizione liberale: vi è infatti una rosa di soggetti (beneficiari di reddito e beneficiari finali) individuata a monte dal disponente ed all'interno della quale il trustee è chiamato ad effettuare la sua scelta.

Quanto poi al reddito non erogato dal trustee in quanto "accantonato", occorre osservare che esso conserva la sua natura di reddito, cioè continua ad essere destinato, sia pure in un momento successivo¹⁸⁶, ai beneficiari di reddito¹⁸⁷.

Ne discende che, in tal caso, la clausola sub b) attribuisce al terzo-trustee il potere non già di decidere l'an dell'erogazione del reddito, bensì di differire detta erogazione: a tale riguardo vale pertanto quanto si è riferito in relazione all'analogo potere di differimento attribuito al trustee dalla clausola a)¹⁸⁸.

La clausola b), infine consente al trustee di decidere di erogare ai beneficia-

¹⁸⁵ Cfr. § 2 gennaio 2 gennaio

¹⁸⁶ A differenza di quanto sovente accade per l'accumulazione del reddito (cfr. precedente nt. 183), l'accantonamento di esso non soggiace a limiti legislativi di durata (cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 293).

¹⁸⁷ Per questa nozione di "reddito accantonato" cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 56 e 293-294. Quanto alle modalità di distribuzione di detto reddito ai beneficiari di reddito, la clausola b) prevede che il trustee possa decidere a chi ed in quale misura erogarlo e tale potere crea le medesime problematiche descritte per l'analogo potere previsto dalla clausola a).

¹⁸⁸ Se poi i beneficiari di reddito esistenti nel momento in cui il trustee decide di accantonare il reddito non coincidono con quelli esistenti allorché egli decide finalmente di erogarlo, la clausola b) non pare porre problemi perché - al solito - essa implica l'esistenza di un potere del trustee di selezionare i beneficiari di reddito all'interno della classe a suo tempo indicata dal disponente.

ri di reddito, in tutto o in parte, il reddito del trust: ove il trustee decida in tal senso, pertanto, la clausola gli consente anche di decidere a chi ed in quale misura erogare tale reddito e, come tale, essa appare porre le stesse problematiche viste per la clausola sub a).

5. Clausole volte ad impedire o limitare l'alienazione volontaria (“*inter vivos*” o “*mortis causa*”) ovvero forzata del diritto del beneficiario

5.1. La clausola che vieta l'alienazione del diritto del beneficiario

5.1.1. La clausola che vieta l'alienazione del diritto del beneficiario nel trust regolato dal diritto inglese ed in quello regolato da talune leggi rientranti nel cosiddetto modello internazionale

Com'è stato evidenziato da autorevole dottrina¹⁸⁹, il diritto inglese considera nulla (in quanto contraria all'ordine pubblico) una clausola del trust recante un divieto siffatto, tanto se essa riguarda i beneficiari di reddito quanto se concerne i beneficiari finali¹⁹⁰.

Esistono, però, numerose leggi diverse da quella inglese che ammettono tale clausola¹⁹¹.

Ne discende che il redattore di un atto istitutivo di un trust interno il quale voglia inserirvi una clausola siffatta¹⁹² dovrà, in primo luogo, aver cura di scegliere una di tali leggi e non la legge inglese¹⁹³.

Occorre però precisare che tale scelta non pare di per sé sufficiente a far ritenere senz'altro valida la clausola in esame, poiché essa dev'essere sottopo-

¹⁸⁹ Cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 214-215 e giurisprudenza ivi citata alla nt. 11; M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 133.

¹⁹⁰ Come si avrà modo di vedere, pertanto, nel diritto inglese si tende a ricorrere, onde evitare d'incappare nella suddetta nullità, a strumenti quali il trust discrezionale, il determinable interest e (limitatamente, però, ai beneficiari di reddito) il Protective trust (che poi è, in sostanza, il frutto della combinazione fra un determinable interest ed un trust discrezionale).

¹⁹¹ Cfr. per tutti l'art. 35 (2) della Trust (Jersey) Law 1984 (as amended 2006) (“the terms of a trust may make the interest of a beneficiary in the income or capital of the trust property subject to...a restriction on alienation or disposal”) e l'art. 50.4 della legge di San Marino 17 marzo 2005, n. 37, nonché M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 134-135. Come si vedrà, pertanto, in tali ordinamenti giuridici il trust discrezionale, il determinable interest ed il Protective trust (che la legge di Jersey ed altre leggi del modello internazionale, fra l'altro, ammettono anche per i beneficiari finali) altro non sono che strumenti alternativi rispetto alla (per tali ordinamenti) valida clausola d'intrasferibilità dei diritti del beneficiario. Sul trasferimento delle posizioni soggettive beneficiarie cfr. anche G. Rota-F. Biasini, *I trust e le figure affini in Italia*, cit., 58, i quali parlano di generica trasferibilità, senza quindi tenere conto dell'esistenza di leggi regolatrici del trust che invece consentono di vietarla.

¹⁹² La quale, com'è stato osservato (cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 346), è usualmente inclusa nei trusts familiari, avendo il disponente l'interesse ad imprimere natura personale ai diritti attribuiti ai beneficiari.

¹⁹³ Appaiono pertanto di scarsa utilità per l'operatore (se non addirittura fuorvianti) le clausole riportate in G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1025 e 1033, perché in esse si parla di diritti dei beneficiari inalienabili senza fare alcun riferimento alla legge regolatrice del trust prescelta.

sta al vaglio anche delle nostre norme imperative interne, come impone l'art. 15 della Convenzione ¹⁹⁴.

5.1.2. Il problema della compatibilità o meno con il nostro ordinamento della clausola che vieta l'alienazione del diritto del beneficiario

5.1.2.1. Il divieto di alienazione nel nostro ordinamento

A) Il divieto negli atti fra vivi

La clausola parrebbe dover essere analizzata alla luce dell'art. 1379 c.c., poiché in pratica essa mira a rendere inalienabile il diritto del beneficiario ¹⁹⁵ con effetto non meramente obbligatorio ¹⁹⁶, ma erga omnes.

L'art. 1379 c.c., com'è noto, esclude che possa apporsi un vincolo negoziale di inalienabilità con rilevanza reale ¹⁹⁷, in quanto prevede la rilevanza meramente obbligatoria di esso e lo considera valido solo se contenuto entro convenienti limiti di tempo e rispondente ad un apprezzabile interesse delle parti del negozio ¹⁹⁸.

Il divieto di alienazione può aver fonte, in primo luogo, in negozio fra vivi ¹⁹⁹ ed è pacificamente applicabile all'atto di alienazione fra vivi, mentre se

¹⁹⁴ Pare infatti quasi superfluo ricordare che, se da un lato l'art. 8, paragrafo primo della Convenzione demanda alla legge regolatrice il compito di disciplinare gli effetti del trust (fra i quali rientra indubbiamente l'attribuzione di un "diritto" ai beneficiari), il successivo art. 15, paragrafo primo impone al trust il rispetto delle nostre norme imperative, con particolare riguardo - cfr. ivi alla lettera d) - a quelle in tema di "trasferimento di proprietà".

¹⁹⁵ Non pare inutile precisare che il problema esaminato nel testo si pone solo per il diritto del beneficiario di un trust fixed (poiché il beneficiario di un trust discrezionale - com'è noto - non vanta diritti azionabili sui beni in trust, non si pone neppure, infatti, il problema della loro alienazione) ed avente quale contenuto una prestazione patrimoniale che non sia, per sua natura, indissolubilmente collegata alla persona del beneficiario.

¹⁹⁶ Ciò implicante, in caso di alienazione in ispregio al divieto, non già la nullità o inefficacia dell'atto dispositivo, bensì un mero obbligo risarcitorio a carico dell'alienante.

¹⁹⁷ La Relazione al codice civile, n. 630, così giustifica una siffatta scelta normativa: "È parso esorbitante riconoscere al patto un'efficacia reale, data la difficoltà di organizzare per esso un sistema di pubblicità che potesse attuarsi rispetto ad ogni categoria di beni e di diritti ... in mancanza di una disposizione testuale che ne affermasse l'opponibilità ai terzi".

¹⁹⁸ Occorre fin d'ora evidenziare che in punto di divieto di alienazione l'ordinamento prevede, a fianco della regola generale di cui all'art. 1379 c.c., vari regimi speciali: si pensi all'art. 965, co. 3°, c.c. (in tema di enfiteusi; trattasi, fra l'altro, dell'unico regime speciale in cui il divieto di alienazione ha rilievo meramente obbligatorio), all'art. 980, co. 1°, c.c. (usufrutto), all'art. 1260, co. 2°, c.c. (diritti di credito), all'art. 2355-bis c.c. (azioni di s.p.a.), all'art. 2469 c.c. (partecipazioni in s.r.l.), all'art. 2530 c.c. (partecipazioni in società cooperativa) ed all'art. 43 della legge sull'assegno (diritti di credito cartolari). Esistono poi particolari figure di diritto reale che la legge dichiara addirittura inalienabili: si tratta del diritto di uso e del diritto di abitazione, come risulta dall'art. 1024 c.c. Si vedrà nel prosieguo come queste considerazioni siano non prive di utilità.

¹⁹⁹ L'art. 1379 c.c. parla di "contratto", ma vista la previsione dell'art. 1324 c.c. ben può ipotizzarsi che detto divieto sia contenuto in un negozio unilaterale. Tale osservazione consente di applicare le riflessioni di cui al testo anche al trust, ove si acceda alla tesi per cui esso è - appunto - un negozio unilaterale.

ne esclude l'applicabilità al trasferimento *mortis causa*²⁰⁰, in quanto in tal caso il divieto concreterebbe un'ipotesi di sostituzione fedecommissaria vietata ex art. 692, ult. co., c.c.²⁰¹.

Si discute se, onde avviare al limite della rilevanza meramente obbligatoria del divieto, sia possibile²⁰² collegare all'eventuale alienazione del diritto un meccanismo di risoluzione dell'attribuzione²⁰³, e precisamente se detta alienazione possa svolgere il ruolo di condizione risolutiva²⁰⁴ ovvero (ricostruendo il divieto di alienare come un'obbligazione modale) di clausola risolutiva ex art. 793, ult. co., c.c.²⁰⁵.

Una prima tesi ha ritenuto di rispondere in senso affermativo²⁰⁶, trattandosi di un meccanismo semplicemente volto ad incentivare il soggetto a tenere la condotta desiderata (condotta la quale, se contenuta nei limiti previsti dall'art. 1379 c.c., non implica illecita coartazione di sorta).

Un diverso orientamento, però, ha ritenuto (parrebbe non senza fondamento) di rispondere negativamente al quesito²⁰⁷, asserendo che una siffat-

²⁰⁰ Cfr. G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2002, sub art. 1379, 3; A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 164-165; G. Rocca, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *RTDPC*, 1982, 412 (nt. 8).

²⁰¹ In tal caso già S. Pugliatti, *L'atto di disposizione e il trasferimento di diritti*, in *Diritto civile – Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 19 ss. scorgeva affinità fra il divieto ed il cosiddetto fedecom-messo de residuo.

²⁰² S'intende, dopo avere a monte costruito un divieto di alienazione in linea con il disposto dell'art. 1379 c.c. (cioè – lo si ripete – contenuto entro convenienti limiti di tempo e rispondente ad un apprezzabile interesse di una delle parti).

²⁰³ Una clausola siffatta rientra nella più ampia categoria delle cosiddette "clausole di decadenza" dall'attribuzione, sulle quali si tornerà più ampiamente nel § 11, allorché si esaminerà la clausola prevedente la perdita della posizione beneficiaria in caso di impugnazione del trust.

²⁰⁴ Nel qual caso la clausola suonerebbe più o meno così: "Ti attribuisco il diritto x, ma se lo alienerai nei prossimi 5 anni, ne perderai la titolarità".

²⁰⁵ Nel qual caso la clausola suonerebbe più o meno così: "Ti attribuisco il diritto x, con l'obbligo di non alienarlo nei prossimi 5 anni. In caso di inadempimento di detta obbligazione, l'attribuzione in tuo favore si risolverà".

²⁰⁶ Cfr. A. Chianale, *Vincoli negoziali di indisponibilità*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, 204; L. Coviello jr, *L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria generale delle obbligazioni)*, I, Napoli, 1931, 124 ss.; V. Polacco, *Delle successioni*, I, Roma, 1928, 401-402; M. Longo, voce "Inalienabilità", *NDI*, VI, Torino, 1938, 924; F. Negro, *I divieti convenzionali e testamentari di disporre, RDPriv*, 1931, I, 37; Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 424 ss.

²⁰⁷ Cfr. G. Rocca, *Il divieto*, cit., 469 ss.; E. Moscati, *Alienazione (divieto di)*, in *EGTreccani*, I, Roma, 1988, 5; N. Di Mauro, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, 134 ss.; L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. SB*, Bologna-Roma, 1997, 163 ss.; A.D. Candian, *La funzione*, cit., 162-164; G. Bonilini, *La prelazione testamentaria*, in *RDC*, 1984, I, 264-265; Id., *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, 191-193. Appare opportuno evidenziare che, secondo quest'ultimo autore, poiché una clausola siffatta è priva di effetto reale nei confronti dell'acquirente del bene alienato, essa – a tutto concedere – si limita a causare, ove sia violata, la perdita della qualità di erede o legatario da parte dell'alienante e la nascita, a suo carico, di un'obbligazione di tipo restitutorio-risarcitorio nei confronti del soggetto subentrante nella titolarità del lascito (in altri termini, secondo l'autore la violazione della clausola "lascia perfettamente efficace l'atto di alienazione dal punto di vista dell'acquirente; risolvendosi, però, per suo tramite, l'istituzione, la somma introitata dall'istituto-decaduto in relazione all'alienazione del bene oggetto del divieto, passa al soggetto che gli subentra nella posizione successoria").

ta clausola rischierebbe di vanificare l'efficacia meramente obbligatoria che l'art. 1379 c.c. ha voluto connettere al divieto di alienazione.

B) Il divieto nel testamento

Si discute poi se il divieto di alienare possa, altresì, esser contenuto in un testamento.

Il dibattito prende le mosse dalla considerazione che la l. 19.5.1975, n. 151 di riforma del diritto di famiglia ha soppresso il previgente art. 692, ult. co., c.c., per il quale era nulla la clausola con cui il testatore proibiva all'erede di disporre, *inter vivos* o *mortis causa*, dei beni ricevuti.

Secondo un primo orientamento²⁰⁸, l'assoluto divieto testamentario di alienazione deve ritenersi sempre esistente, in quanto il suddetto intervento legislativo non ha affatto innovato il regime previgente.

La tesi in esame, infatti, osserva che la medesima legge di riforma ha ristretto in modo ulteriore la possibilità di predisporre un valido fedecommesso²⁰⁹ e conclude pertanto che sarebbe contraddittorio attribuire al legislatore del 1975 il parallelo intento di lasciare, invece, un qualche spazio al divieto testamentario di alienazione, poiché quest'ultima disposizione, concretando un limite all'alienazione e circolazione dei beni, appare inaccettabile per ragioni affini a quelle attinenti al fedecommesso.

La tesi prevalente²¹⁰, però, ritiene che la soppressione del divieto operata dalla riforma del 1975 corrisponda ad una precisa scelta del legislatore e che pertanto il nuovo punto di riferimento normativo in materia sia l'art. 1379 c.c., da applicarsi per analogia al testamento.

Detta tesi ammette pertanto il divieto testamentario di alienazione²¹¹, ma

²⁰⁸ Cfr. in dottrina F. Amato-G. Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Camerino, 1979, 32-33 e 40; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1988, 669 nt. 2 e 885; G. Benedetti, *sub art. 692 c.c.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Carraro-G. Oppo-A. Trabucchi, t. I, parte II, Padova, 1977, 888; P. Vitucci, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, DFP, 1983, 665 ss.

²⁰⁹ Dall'art. 692, ult. co., c.c. da essa introdotto, infatti, si evince che l'unica sostituzione fedecommissaria ora ammessa è quella (cosiddetta assistenziale) espressamente prevista dai precedenti comi della norma stessa. Prima del 1975, invece, il codice civile ammetteva che, per la sola quota disponibile, il testatore potesse imporre ad un figlio o fratello di conservare i beni ereditati, in tutto o in parte, a favore di tutti i figli nati e nascituri dell'istituto ovvero a favore di un ente pubblico.

²¹⁰ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 589; G. Bonilini, *La prelazione volontaria*, cit., 99 ss.; C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1978, 390; M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 343-terdecies ss.; G. Rocca, *Il divieto*, cit., 435 ss.

²¹¹ Quanto poi alla natura di detto divieto testamentario, si tratterà in linea di massima di un modus, salvo che sia in concreto identificabile un soggetto che riceva un vantaggio diretto ed immediato dal rispetto del divieto, nel qual caso si tratterà di un legato obbligatorio (cfr. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990, 156-157). Per la condivisibile tesi secondo la quale l'unico sicuro criterio discretivo fra modus e legato obbligatorio è – appunto – quello che vede un legato solo nella disposizione che identifica uno o più soggetti determinati quali beneficiari della prestazione imposta all'onere cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 482 ss.

solo nei sopra descritti limiti fissati da detta norma codicistica ²¹² e con rilevanza meramente obbligatoria.

A tal riguardo, anche in questo caso si pone il problema (sulla soluzione del quale in senso positivo appare consentito – al solito - nutrire dubbi) se possa o meno attribuirsi una rilevanza “reale” al divieto mediante attribuzione, all’atto di alienazione che lo violi, del ruolo di condizione risolutiva del lascito ovvero di clausola risolutiva del lascito per inadempimento del *modus* che ad esso accede ex art. 648, ult. co., c.c.

5.1.2.2. Conclusioni

Si dispone a questo punto di elementi sufficienti per valutare la validità della clausola del trust (sia esso istituito per atto fra vivi ovvero per testamento) recante ²¹³ divieto di trasferimento del diritto del beneficiario.

Nel caso in cui si dia rilevanza al fatto che il diritto del beneficiario è opponibile ai terzi ed assume, quindi, una connotazione lato sensu “reale”, varie potrebbero essere le conclusioni dell’interprete.

Si potrebbe ritenere, da un lato, che la clausola in questione sia valida in quanto attribuisce un nuovo tipo di diritto reale intrasferibile ex lege ²¹⁴, il quale va ad aggiungersi al diritto di uso ed a quello di abitazione (diritti reali intrasferibili ex art. 1024 c.c.).

Una siffatta impostazione, però, appare inaccettabile sia perché non tiene conto dell’art. 15 della Convenzione, sia perché altro non è che l’estremizzazione della tesi, ormai del tutto minoritaria, che vede nel diritto del beneficiario un diritto di natura reale ²¹⁵.

Si potrebbe poi ritenere, in alternativa, che il diritto (in ipotesi: “reale”) del beneficiario soggiaccia alla previsione di cui all’art. 1379 c.c. ^{216 217}.

²¹² Oltre a dover esser contenuto entro convenienti limiti di tempo e rispondere ad un interesse apprezzabile del testatore (interesse che peraltro taluno – cfr. G. Bonilini, *La prelazione testamentaria*, cit., 245 ss. – identifica con la liceità del motivo), il divieto sarà quindi riferibile alle sole alienazioni *inter vivos* e non anche ai trasferimenti *mortis causa*.

²¹³ In conformità – ripetesì – alla legge regolatrice prescelta, che non potrà essere quella inglese.

²¹⁴ Cioè in virtù della legge di ratifica della Convenzione, che consente al disponente di scegliere una legge regolatrice (ad esempio quella di Jersey) la quale – appunto – ammette la clausola d’intrasferibilità del diritto del beneficiario. Per una clausola del genere cfr. F. Rota-G. Biasini, *I trust e gli istituti affini in Italia*, cit., 157-158 (“art. 7^o”). La clausola è tuttavia di scarso aiuto all’operatore, in quanto nell’atto istitutivo non viene indicata la legge regolatrice del trust.

²¹⁵ Detta tesi è stata sostenuta per la prima volta in Italia nel risalente contributo di R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, spec. 23-50 e 127-145. Non è questa la sede per diffondersi sulla questione della natura reale o obbligatoria del diritto del beneficiario, che comunque viene ormai prevalentemente risolta nel secondo senso: sul punto cfr. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 91 ss.

²¹⁶ Norma da ritenersi applicabile in via diretta o analogica, a seconda che il trust sia istituito *inter vivos* o per testamento.

²¹⁷ Per completezza si evidenzia che, ove ci si ponga nella qui contestata ottica della realtà del diritto del beneficiario, si potrebbe anche affermare, con limitato riguardo al diritto del beneficiario di reddito, che la clausola d’intrasferibilità è pienamente valida in quanto tale diritto va assimilato, più che al diritto di proprietà (cui - appunto - si applica l’art. 1379 c.c.), al diritto di usufrutto, per il quale l’art. 980, co. 1^o, c.c. fissa (cfr. G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario*, cit., sub art. 980, III, 1) la diversa regola dell’ammissibilità di un divieto di alienazione assoluto, cioè non temperato da limiti, e con effetto reale (per la differenza fra diritto del beneficiario e diritto dell’usufruttuario cfr. comunque S. Bartoli, *Il trust*, cit., 483 ss.).

In tale ottica, occorrerebbe preliminarmente ritenere che non sia consentito un divieto di alienazione di detto diritto munito di efficacia “reale”, ma solo un divieto concernente unicamente le alienazioni *inter vivos*²¹⁸, contenuto nei limiti descritti dall’art. 1379 c.c. ed a rilevanza meramente obbligatoria.

Sempre in tale ottica, se il limite rappresentato dall’interesse apprezzabile del disponente non costituirebbe un problema²¹⁹, a diverse conclusioni condurrebbe invece il limite temporale, nel senso che il divieto dovrebbe contenersi entro periodi di tempo ben precisi e ristretti, con possibile vanificazione delle finalità di certi trusts destinati a durare nel tempo.

Il limite del rilievo meramente obbligatorio del divieto potrebbe invece essere superato, visto quanto si è esposto nel precedente §, soltanto elevando²²⁰ l’eventuale alienazione *inter vivos* del diritto del beneficiario al rango di condizione risolutiva ovvero di clausola risolutiva dell’attribuzione per inadempimento del *modus*²²¹.

Pare evidente, però, che anche questa impostazione (pur essendo più “moderata” di quella riferita in precedenza) risulta difficilmente accettabile, postulando pur sempre l’adesione alla tesi che vede nel diritto del beneficiario un diritto di natura reale.

Se invece ci si pone nell’ottica per la quale il diritto del beneficiario ha natura di diritto di credito, lo scenario che si pone innanzi all’interprete appare diverso, potendosi allora affermare che tale diritto va esente dall’applicazione dell’art. 1379 c.c.: è noto, infatti, che quest’ultima norma non si applica ai diritti di credito, per i quali vige il diverso regime speciale previsto dall’art. 1260. co. 2°, c.c., prevedente la possibilità di stipulare un patto che vieta il trasferimento a terzi del credito con possibile efficacia “reale”^{222 223}.

In questa diversa ottica, che parrebbe preferibile in quanto in linea con la tesi

²¹⁸ Si è visto, infatti, che il divieto ex art. 1379 c.c. non può riguardare anche la trasmissione *mortis causa* del diritto.

²¹⁹ Tale limite, infatti, risulterebbe rispettato ogni volta che il divieto di alienazione del diritto del beneficiario fosse posto dal disponente per la realizzazione di un interesse meritevole di tutela.

²²⁰ Previa adesione alla sopra esposta (e discutibile) tesi che ammette una siffatta clausola, in quanto esclude che essa eluda il principio della rilevanza meramente obbligatoria del divieto di alienare sancito dall’art. 1379 c.c..

²²¹ Rispettivamente ex art. 793, ult. co., c.c. (da applicarsi analogicamente al trust liberale, in quanto donazione indiretta) o ex art. 648, ult. co., c.c., a seconda che il trust sia *inter vivos* o testamentario.

²²² Il patto d’incapibilità del credito, infatti, in base all’art. 1260, co. 2°, c.c. è opponibile al cessionario ove si provi che egli ne era a conoscenza al tempo della cessione. Norma analoga è posta (ovviamente senza alcun riferimento a stati soggettivi) dall’art. 43 della legge sull’assegno, con riguardo al credito incorporato in un assegno non trasferibile. L’incapibilità di posizioni lato sensu creditorie con effetto “reale” è ammessa poi dall’ordinamento (sotto forma di possibile previsione statutaria) in materia di partecipazioni sociali: cfr. infatti gli artt. 2355-bis c.c. (azioni di s.p.a.), 2469 c.c. (partecipazioni in s.r.l.) e 2530 c.c. (partecipazioni in società cooperativa).

²²³ Si precisa che non viene in questione in questa sede l’ovvia previsione dell’art. 1260, co. 1°, c.c. che dichiara incapibile il credito avente “carattere strettamente personale” e quello dichiarato tale da una norma di legge. Quanto alla prima fattispecie, essa non rileva poiché si è ipotizzato (come si è precisato alla nt. 196) che il diritto del beneficiario non sia strettamente inerente alla sua persona. Quanto alla seconda fattispecie, non pare sostenibile che il diritto del beneficiario dichiarato intrasferibile dal disponente (sia pure in conformità alla legge regolatrice prescelta) costituisca una nuova ipotesi di credito intrasferibile ex lege, poiché una simile interpretazione confliggerebbe – al solito – con il disposto dell’art. 15 della Convenzione.

attualmente dominante in tema di natura giuridica del diritto del beneficiario nel contesto civilistico²²⁴, non essendo operante il divieto ex art. 1379 c.c. si dovrebbe ammettere un divieto di alienazione *inter vivos*²²⁵ del diritto del beneficiario con effetto “reale”, in quanto si tratterebbe di un diritto di credito sorto da un negozio (il trust) che ne prevede l’incapibilità ex art. 1260, co. 2°, c.c.²²⁶.

S’impongono, comunque, due precisazioni.

In primo luogo, è discusso se i due limiti previsti in generale dall’art. 1379 c.c. (contenimento dell’operatività del divieto di alienazione entro convenienti limiti di tempo; sua rispondenza ad un apprezzabile interesse di una delle parti) debbano comunque esser rispettati anche nel patto d’incapibilità del credito ex art. 1260, co. 2°, c.c., pur se pare prevalere la tesi negatrice²²⁷.

Tanto premesso, pare evidente che, ove si optasse per la tesi positiva, detti limiti varrebbero anche per la clausola del trust vietante il trasferimento *inter vivos* del diritto del beneficiario.

In secondo luogo, se è pacifico che il patto d’incapibilità del credito ex art. 1260, co. 2°, c.c. è opponibile all’eventuale acquirente del credito²²⁸, la dottrina esclude che esso possa giungere fino ad essere opponibile anche ad eventuali creditori che intendessero (con attività propedeutica alla futura alienazione forzata) pignorarlo o sequestrarlo, non potendo una clausola negoziale menomare né l’attività esecutiva né quella cautelare di un terzo²²⁹.

²²⁴ Cfr. la precedente nt. 216.

²²⁵ L’art. 1260, co. 2°, c.c., infatti, prevede il patto di incapibilità con limitato riguardo alle alienazioni *inter vivos*, sì che resterà salva la libera trasmissione *mortis causa* del diritto.

²²⁶ L’eventuale attribuzione al trust *inter vivos* della natura di negozio unilaterale (e l’inevitabile natura unilaterale del trust testamentario) non parrebbero di ostacolo a tale conclusione, sia per la presenza del più volte citato art. 1324 c.c., sia (e soprattutto) perché il beneficiario deve comunque accettare il diritto che il trust gli attribuisce e tale accettazione, se pure - in tale ottica - non avrebbe natura di accettazione di una proposta contrattuale, concorrerebbe comunque con il negozio unilaterale-trust nel perfezionamento della fattispecie acquisitiva del diritto. L’unico ostacolo all’efficacia “reale” del divieto di alienare *inter vivos* il diritto potrebbe esser rappresentato dall’eventuale buona fede del cessionario al tempo della cessione (la quale, in base all’art. 1260, co. 2°, c.c., rende appunto a costui inopponibile il divieto di cessione). Il fatto, però, è che detta buona fede parrebbe difficilmente ipotizzabile in concreto, in quanto non pare possibile qualificare come diligente la condotta di colui che, volendo acquistare un diritto peculiare come il diritto di un beneficiario di un trust, ometta di farsi consegnare (come fra l’altro parrebbe suo diritto, visto l’art. 1262 c.c.) copia dell’atto istitutivo che tale diritto attribuisce e disciplina.

²²⁷ Per la tesi negativa cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, L’obbligazione*, vol. 4, Milano, 1993, 578; per quella positiva cfr. invece P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. SB*, Bologna 1982, 20 ss.

²²⁸ Nonché all’acquirente di diritti sul credito di natura diversa, quali il diritto di pegno o di usufrutto: cfr. P. Perlingieri, *Della cessione*, cit., 26.

²²⁹ Cfr. in tal senso P. Perlingieri, *Della cessione*, cit., 27-28 (“L’indisponibilità volontaria non può impedire l’operatività di istituti quali il pignoramento e il sequestro, che hanno una loro giustificazione d’interesse generale. L’azione esecutiva e quella cautelare non possono essere escluse dall’attività negoziale”); C.M. Bianca, *Diritto civile, L’obbligazione*, cit., 579 (“La clausola non riguarda... i creditori che agiscono esecutivamente sul credito, poiché essa non comporta l’oggettiva e assoluta intrasferibilità del diritto, ma solo un limite di disposizione a carico del titolare. Un’espressa clausola di impignorabilità del credito sarebbe comunque nulla, in quanto non è dato all’autonomia privata fissare limiti alla responsabilità patrimoniale in pregiudizio dei terzi, salve le deroghe previste dalla legge”). È per questa ragione che nel testo si è qualificato il patto d’incapibilità ex art. 1260, co. 2°, c.c. come patto ad efficacia “reale” e non come patto ad efficacia “erga omnes”: esso è infatti opponibile a talune categorie di soggetti, ma non a tutti.

Tanto premesso, la clausola del trust vietante il trasferimento *inter vivos* del diritto del beneficiario sarebbe parimenti opponibile solo all'acquirente del suo diritto (o al titolare di un diritto di pegno o di usufrutto sullo stesso), ma non anche ai creditori del beneficiario, che ben potrebbero sequestrarlo o pignorarlo.

L'ammissibilità della clausola in esame (fermi - si badi - i limiti operativi della stessa che si sono or ora evidenziati) appare argomentabile anche sulla scorta dell'art. 1406 c.c., dettato in tema di cessione di contratto.

Sembra infatti esservi una certa qual affinità funzionale fra il contratto ad esecuzione differita ed il contratto di durata²³⁰ da un lato e, dall'altro lato, il rapporto giuridico che lega, rispettivamente, il trustee al beneficiario finale ed il trustee al beneficiario di reddito.

Tale affinità giustifica – appunto - un parallelismo fra alienazione del diritto del beneficiario e cessione di contratto²³¹.

In tale ottica, pertanto, occorre considerare che l'art. 1406 c.c. ammette la cessione di un contratto soltanto se il ceduto vi consenta.

Ove si faccia applicazione di detto principio (con i dovuti adattamenti) al trust, ne discende quindi che il beneficiario potrebbe cedere a terzi il suo diritto (cioè la sua qualità di parte del rapporto negoziale con il trustee) soltanto se il disponente vi consenta, cioè se quest'ultimo non abbia inserito nel trust una clausola vietante detto trasferimento²³².

Le ragioni per le quali, nel nostro caso, rileverebbe il consenso del disponente e non quello del trustee, che pure è la controparte negoziale del beneficiario, appaiono evidenti: è il disponente ad aver fatto nascere, istituendo il trust, il rapporto negoziale fra costoro; è il disponente ad aver fissato il programma delle attribuzioni patrimoniali e, con esso, ad aver stabilito preventivamente se di esse potranno o meno beneficiare soggetti diversi da quelli da egli indicati nell'atto istitutivo; il trustee si limita a dare attuazione a tale disegno, senza esser dotato

²³⁰ Per quest'ultimo dovendosi intendere – com'è noto – il contratto ad esecuzione continuata o periodica.

²³¹ D'altro canto, a ben guardare, il beneficiario che cede il suo diritto non cede (o, comunque, non cede necessariamente) soltanto una posizione creditoria, ma una posizione giuridica complessa, articolantesi in un fascio di poteri e diritti. A prima vista, parrebbe costituire ostacolo alla suddetta assimilazione il fatto che la lettera dell'art. 1406 c.c. consenta la cessione solo di un contratto a prestazioni corrispettive e non ancora eseguite. Da un lato, infatti, il rapporto trustee-beneficiario è, com'è noto, privo di sinallagma; dall'altro lato, ben potrebbe accadere (anzi, questa pare l'ipotesi in concreto più probabile) che l'alienazione del diritto del beneficiario di reddito avvenga in un momento in cui egli già ha iniziato a percepire il reddito spettantegli. Occorre, però, osservare che nel corso del tempo la giurisprudenza ha finito per ammettere sia la cessione di un contratto unilaterale, cioè con prestazioni a carico di una sola parte (cfr. Cass. 2 giugno 2000, n. 7319, in *Contr.*, 2000, 10, 891; contra Cass. 3597/55, in *FI*, I, 1609, che in tal caso ritiene applicabile la disciplina della cessione di credito), sia di un contratto di durata che abbia già avuto un principio di esecuzione (cfr. Cass. 3648/56, in *GC*, 1957, I, 682, con l'ovvia precisazione che la cessione opera, in tal caso, ex nunc).

²³² Il problema, al solito, neppure si pone ove la posizione di una parte sia ab initio stata costruita in modo tale da risultare strettamente inerente alla sua persona, poiché in tal caso il relativo negozio non può essere dalla stessa ceduto ex art. 1406 c.c..

sul punto di autonomia negoziale di sorta ²³³.

5.2. La clausola prevedente un diritto di prelazione per il caso in cui un beneficiario intenda alienare il proprio diritto

Una clausola del genere ²³⁴, all'evidenza, non contiene un divieto di alienazione, bensì un mero limite alla facoltà di alienare del beneficiario del trust: sull'ammissibilità della stessa, sia essa inserita in un trust *inter vivos* ovvero in un trust testamentario, non paiono quindi potervi essere dubbi ²³⁵.

Si discute, comunque, se la clausola prelatizia debba o meno rispettare il limite temporale previsto dall'art. 1379 c.c.: la tesi positiva ²³⁶ esclude l'ammissibilità di una clausola prelatizia priva di termine (o con un termine eccessivamente lungo) traendo argomento dall'asserita affinità fra vincolo prelatizio e divieto di alienazione, ma appare preferibile la soluzione negativa ²³⁷ in quanto, come si è appena osservato, la prelazione non comporta affatto un divieto di alienare.

²³³ Una finale notazione s'impone per il trust testamentario che designi quale beneficiario un legittimario e gli vieti il trasferimento del diritto: laddove tale diritto integri la sua legittima, infatti, occorre tener presente l'art. 549 c.c. Ciò non solo perché già la stessa attribuzione della legittima mediante trust assai spesso costituisce violazione di detta norma (sul tema cfr. § 8), ma anche perché il divieto di trasferimento del diritto costituisce un peso sulla legittima vietato dalla norma stessa.

²³⁴ Per un esempio di essa cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 136-137 e 455 (cfr. clausola qualificata come "art. 3").

²³⁵ Ciò può infatti ritenersi pacifico con riguardo al trust *inter vivos*, ma dev'essere affermato anche per il trust testamentario, poiché dottrina e giurisprudenza pressoché incontrastate ammettono l'inserzione di una clausola di prelazione nel testamento (per la dottrina cfr. G. Bonilini, *La prelazione testamentaria*, cit., 223 ss.; Id., *La prelazione volontaria*, cit., 98 ss.; A.D. Candian, *La funzione*, cit., 188 ss.; per la giurisprudenza cfr. Trib. Terni 2 ottobre 1948, in *RFI*, 1948, voce "Successione ereditaria", 128-129; App. Napoli 25 febbraio 1950, in *FI*, 1951, I, 90 ss.; App. Napoli 25 luglio 1963, in *DG*, 1964, 538 ss.; Cass. 8 febbraio 1986, n. 802, in *MGI*, 1986). Nel caso in cui il beneficiario sia un legittimario del disponente ed i beni attribuitigli mediante il trust testamentario integrino la sua legittima occorre, però, tener conto della previsione dell'art. 549 c.c. Si pone, cioè, non solo la generale questione (che verrà esaminata al § 8.2) se l'attribuzione della legittima a mezzo trust violi detta norma, ma anche la più specifica questione se la clausola prelatizia implichi o meno un'ulteriore violazione della norma stessa. Quesito, quest'ultimo, che parrebbe dover ricevere risposta positiva, considerato quanto correntemente si afferma in generale in tema di prelazione testamentaria (cfr. G. Bonilini, *La prelazione testamentaria*, cit., 270-271, per il quale - appunto - "la clausola prelatizia deve operare al di fuori della quota di riserva"). Quanto poi alla natura giuridica della prelazione testamentaria, secondo un orientamento (cfr. in dottrina G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 156; L. Oggioni, *La successione dell'erede nel patto di prelazione*, in *Studi in onore di Eula*, III, Milano, 1957, 74; in giurisprudenza App. Napoli 25 febbraio 1950, cit.; Cass. 8 febbraio 1986, n. 802, in *MGI*, 1986) si tratterebbe di un *modus*, ma appare più convincente la tesi che vede in esso un legato (cfr. G. Bonilini, *La prelazione testamentaria*, cit., 254 ss.; M. Giorgianni, *Il modus testamentario*, in *Studi in onore di F. Messineo*, I, Milano, 1959, 198 (nt. 25 e 27); A.D. Candian, *La funzione*, cit., 192 ss.), poiché l'obbligo di rispettare la prelazione va sempre a beneficio di uno o più soggetti determinati e tale circostanza (come si è detto alla nt. 212) vale a distinguerlo dall'obbligazione modale.

²³⁶ Cfr. in dottrina C.M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, cit., 277; in giurisprudenza App. Milano, 15 settembre 1972, in *GM*, 1973, I, 123.

²³⁷ Cfr. in dottrina G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario*, cit., sub art. 1379, 6; in giurisprudenza Trib. Torino 28 gennaio 1972, in *GI*, 1972, I, 2, 827; Cass. 28 luglio 1983, n. 5213, in *FI*, 1983, I, 2770.

Deve inoltre evidenziarsi, per quanto si tratti di osservazione addirittura ovvia, che una prelazione siffatta ha natura non già di prelazione legale, bensì di prelazione meramente volontaria, sì che l'eventuale violazione della clausola da parte del beneficiario del trust non potrà produrre alcuna conseguenza sull'acquisto del terzo, essendo solo fonte di un'obbligazione risarcitoria a carico del beneficiario stesso.

Si pone così la questione se sia possibile dotare il meccanismo prelatizio di una qualche valenza "reale", cioè collegare l'effetto della perdita del diritto del beneficiario all'eventualità che quest'ultimo lo alieni ad un terzo in spregio alla clausola di prelazione: tale problematica, già esaminata con riguardo al divieto di alienazione²³⁸, sembra meritare analoghe conclusioni in senso dubitativo.

Una considerazione finale merita, poi, il problema relativo all'applicabilità o meno della clausola prelatizia a particolari negozi traslativi eventualmente compiuti dal soggetto gravato (che nel nostro caso è il beneficiario del trust): vengono a tale riguardo in questione²³⁹ l'alienazione a titolo oneroso prevedente un corrispettivo infungibile²⁴⁰, la donazione ed il testamento.

Quanto alla prima ipotesi, la risposta dovrebbe essere affermativa, a patto che la clausola preveda un meccanismo per sostituire con una somma di denaro il corrispettivo infungibile che sarebbe spettato al soggetto gravato dalla prelazione.

Maggiori perplessità suscitano invece sia la seconda ipotesi (la quale secondo taluno finirebbe per snaturare lo spirito di liberalità, imponendo di donare al soggetto titolare della prelazione²⁴¹) che la terza (la quale appare evocare il

²³⁸ Cfr. § 5 gennaio 2.1, cui si rinvia. Al solito, un siffatto meccanismo potrà essere congegnato come condizione risolutiva ovvero come clausola risolutiva di un modus (ex art. 648, ult. co., c.c. ovvero ex art. 793, ult. co., c.c.), a seconda che il trust sia, rispettivamente, testamentario ovvero *inter vivos*: nel primo caso il beneficiario del trust sarà gravato dall'obbligo prelatizio e perderà il suo diritto se lo alienerà, mentre nel secondo egli sarà gravato, oltre che dall'obbligo prelatizio, dall'obbligo modale di non alienare il suo diritto a terzi, a pena della risoluzione - stante l'inadempimento di tale modus - della disposizione attributiva cui esso accede.

²³⁹ S'intende, se il disponente non ha espressamente escluso l'operatività della prelazione per tali fattispecie. Il problema di cui al testo si pone in particolare nella non infrequente ipotesi in cui la clausola collega la prelazione, genericamente, all'eventuale "alienazione" del diritto. Alla soluzione del problema non pare, ovviamente, d'aiuto la nuova disciplina in tema di trasferimento di partecipazioni sociali (cfr. artt. 2355-bis c.c. per la s.p.a. e 2469 c.c. per la s.r.l.): se infatti da essa si evince che un'eventuale clausola statutaria di prelazione ben potrebbe operare (sia pure con i correttivi di legge) anche nelle tre ipotesi menzionate nel testo, resta il fatto che tali previsioni normative riguardano una ben definita ipotesi di prelazione legale (sulla pacifica natura di prelazione legale della prelazione statutaria, stante l'idoneità dello statuto ad essere opponibile erga omnes cfr. ad es. Cass. 2763/73, in *RFI*, 1973, voce Società, n. 217) e - come tali - non possono offrire alcuna indicazione ermeneutica per la fattispecie di mera prelazione volontaria ora in esame.

²⁴⁰ Si pensi al caso in cui il beneficiario del trust abbia permutato la titolarità del proprio diritto con la proprietà di un bene immobile.

²⁴¹ Per la soluzione contraria all'operatività della prelazione volontaria nell'ipotesi di donazione cfr. in dottrina M. D'Orazi, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, 245; F.A. Porta, voce "Prelazione", in *Enc. giur. it.*, vol. XIII, parte II, Milano, s.d., 700; in giurisprudenza Cass. 486/1953, in *FI*, 1953, I, 794 ss.; F.D. Busnelli, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *RN*, 1981, I, 821. Per la soluzione positiva cfr. invece G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali*, cit., 135 (nt. 29). Si esprimono dubitativamente, infine, G. Bonilini, *La prelazione volontaria*, cit., 36; C. Sarasso, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, 1968, 50.

divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.): ad ogni modo, nel caso in cui si ritengano superabili tali perplessità, la clausola dovrà prevedere un idoneo meccanismo atto ad individuare la somma che il soggetto titolare della prelazione dovrà versare, rispettivamente, al soggetto gravato da essa o ai suoi eredi.

5.3. Le clausole prevedenti un “determinable interest” o un “Protective trust”

5.3.1. Premessa

Come si è visto nel § 5.1.1, la legge inglese considera nulla una clausola che vieta al beneficiario di un trust, sia egli un beneficiario di reddito o un beneficiario finale di trasferire (*inter vivos o mortis causa*) il proprio diritto.

Ne discende che in tale ordinamento è possibile ottenere un risultato affine solo facendo ricorso a strumenti differenti ²⁴².

Viene prima di tutto in questione il trust discrezionale: tale figura, infatti, non attribuendo al beneficiario (di reddito o finale) alcun diritto nei confronti del trustee a conseguire una prestazione patrimoniale, gli preclude altresì qualsiasi attività dispositiva del medesimo.

Viene poi in questione – e merita approfondita riflessione nella presente sede – la figura del “determinable interest” ²⁴³.

Esso, in prima approssimazione, è un diritto sul reddito o sui beni in trust consegnato dal disponente in modo tale da esser destinato a durare “fino al momento in cui” (“until”) si verificheranno certi eventi futuri e incerti che, in assenza di una clausola siffatta, provocherebbero il trasferimento (volontario o coattivo) del diritto dal beneficiario ad un terzo: poiché fra detti eventi figura anche l’alienazione di tale diritto, appare quindi evidente come nel diritto inglese la clausola miri ad avviare alla cennata nullità del divieto di alienare.

Viene infine in questione – e merita non minore considerazione in questo scritto – la figura del “Protective trust” ²⁴⁴.

Quest’ultimo, che in diritto inglese è consentito solo per i beneficiari vitalizi di reddito ²⁴⁵, in prima approssimazione costituisce il frutto della combinazione

²⁴² Quelle descritte nel testo risultano essere, per l’operatore inglese, scelte obbligate anche perché, come si avrà modo di vedere, il diritto inglese non ammette neppure che l’eventuale alienazione del diritto da parte del beneficiario sia resa oggetto, da parte del disponente, di una condizione risolutiva: ciò, all’evidenza, onde evitare l’elusione del principio di ordine pubblico che vieta di sancire l’intrasferibilità di tale diritto.

²⁴³ Per un’esemplificazione di clausole attributive di diritti aventi tale natura cfr. M. Lupoi, *L’atto istitutivo*, cit., 133 ss., 315-316, 366-367, 453 (“art. 5”), 453-454 (“art. 6”, limitatamente all’ipotesi n. 1), 454 (“art. 7”, limitatamente al beneficiario del reddito), 479 (“art. 16”, limitatamente al beneficiario del reddito), 484-485 (“art. 13”, limitatamente al beneficiario del reddito), 550-551 (“art. 20” dell’atto istitutivo n. 4, limitatamente al beneficiario del reddito).

²⁴⁴ Per un’esemplificazione di clausole costituenti la fonte di un trust siffatto cfr. M. Lupoi, *L’atto istitutivo*, cit., 313-315, 475 (cfr. clausola qualificata come “art. 9”), 476 (cfr. clausola qualificata come “art. 10”), 490-491 (cfr. clausole qualificate come “art. 2” e come “art. 3”), 550-551 (cfr. art. 20 dell’atto istitutivo di trust) e 585 (cfr. art. 34 dell’atto istitutivo di trust); G. Petrelli, *Formulario*, cit., 943-945.

²⁴⁵ Cfr. art. 33 del Trustee Act inglese del 1925.

fra un determinable interest sul reddito ed un trust discrezionale, poiché al verificarsi di uno degli eventi che fanno cessare il diritto del beneficiario il trust si trasforma – appunto - in un trust discrezionale.

Nel precedente § 5.1.1 si è visto, altresì, che la clausola d'intrasferibilità del diritto del beneficiario è invece ammessa da talune leggi diverse da quella inglese.

In tali ordinamenti, pertanto, il ricorso al trust discrezionale, ai determinable interest ed al Protective trust (istituto quest'ultimo che – fra l'altro – esse consentono di applicare non solo ai beneficiari di reddito, ma anche ai beneficiari finali) costituisce una mera alternativa rispetto alla (per essi) valida clausola d'intrasferibilità.

Al solito, l'utilizzo in un trust interno di un determinable interest o della clausola fonte di un Protective trust non pare potersi ritenere consentito per il solo fatto che ciò è ammesso dalla legge regolatrice prescelta, poiché la presenza del più volte citato art. 15 della Convenzione impone che la validità di clausole siffatte sia vagliata, altresì, alla luce delle nostre norme imperative

Tale è lo scopo della parte successiva del presente §, alla quale si premettono due precisazioni:

- a) l'analisi delle problematiche poste da tali figure tenterà di essere completa, cioè non limitata ai soli profili strettamente inerenti al divieto di alienare;
- b) pur se la disamina sarà essenzialmente incentrata sul diritto inglese, si analizzerà altresì, visto il suo interesse scientifico, una variante nordamericana del Protective trust, cioè lo Spendthrift trust.

5.3.2. Determinable interest e Protective trust nel diritto inglese

Secondo il diritto inglese, è vietato attribuire un diritto sottoposto ad una condizione risolutiva (“condition subsequent”) data dall'eventuale alienazione del diritto stesso, ovvero dal suo eventuale pignoramento o sequestro, ovvero infine dall'eventuale fallimento del suo titolare: in casi del genere, infatti, il diritto viene qualificato come “conditional interest” e la condizione è affetta da nullità (in quanto tendente ad eludere il cennato divieto della clausola che sancisce l'intrasferibilità del diritto): essa, cioè, si ha per non apposta ²⁴⁶.

È invece ammessa la clausola che attribuisce un diritto destinato a durare “fino a che” (“until”) non si verificheranno gli eventi suddetti: in tal caso il diritto assume la qualifica di “determinable interest” e la clausola è valida ²⁴⁷.

La ragione di questo radicalmente differente trattamento delle due clausole

²⁴⁶ Cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 209 e 214-215; M. Lupoi, *Trusts*, cit., 203 e 222; A. Vicari, *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003, 27 ed ivi nt. 66; M. Graziadei, *Diritti*, cit., 428, che cita il leading case *Brandon v. Robinson* (1811) 18 Ves. 429 (in quel caso il giudice inglese, posto di fronte ad un trust che attribuiva ad un soggetto poi fallito la qualità di beneficiario vitalizio sottoposta alla condizione risolutiva di cui al testo, dichiarò nulla la clausola ed incluso nell'attivo fallimentare il suo diritto).

²⁴⁷ Cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 209-210; M. Lupoi, *Trusts*, cit., 222; M. Graziadei, *Diritti*, cit., 429 ss.

nel diritto inglese viene spiegata alla luce del fatto che, mentre nel caso di determinabile interest il diritto nasce con una limitazione strutturale (diremmo quasi ontologica), cioè “intrinsecamente instabile”²⁴⁸, nel caso del conditional interest il diritto nasce pieno (cioè privo di limiti “interni” al suo contenuto), ma la clausola condizionale (che viene – appunto – vista come un limite “esterno” a detto contenuto) lo fa indebitamente estinguere prima che esso riesca ad esplicarsi in tutta la sua ampiezza²⁴⁹.

Com'è stato osservato²⁵⁰, la suddetta distinzione è radicata nel tecnicismo degli atti di trasferimento immobiliare nel diritto inglese e fa sì che il determinabile interest risulti, agli occhi del civilista, come un istituto sui generis (cioè come una sorta di “termine finale incertus an”), difficilmente omologabile con le nostre categorie ed al limite confondibile con la nostra condizione risolutiva, in quanto gli eventi futuri ivi dedotti sono – appunto – caratterizzati dall'incertezza.

È appunto su questo corrente e consolidato orientamento del diritto inglese che si fonda l'utilizzo sia del determinabile interest che del Protective trust, istituto quest'ultimo il quale ha finito per trovare anche un'espresso riconoscimento legislativo²⁵¹.

Il Protective trust, infatti, è oggi previsto dall'art. 33 del Trustee Act 1925 inglese²⁵², secondo la quale il disponente può prevedere che il diritto del beneficiario di reddito (cosiddetto “principal beneficiary”)²⁵³ durerà “finché” (“until”) costui disponga o tenti di disporre in favore di terzi del diritto attribuitogli dal trust, ovvero subisca un atto esecutivo o cautelare da parte di propri creditori, ovvero infine venga dichiarato fallito, poiché in tali ipotesi il diritto di costui si estinguerà ed il trust si trasformerà da trust fixed (cioè da trust che attribuisce al beneficiario di reddito un diritto di credito nei confronti del trustee) in trust discrezionale finalizzato al mantenimento di tale beneficiario, del suo coniuge e dei suoi discendenti.

²⁴⁸ L'espressione è di M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 133.

²⁴⁹ Cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 210 (“the determinable limitation is allowed, since the limitation merely sets a natural limit to the interest, whilst a condition or proviso cuts down the interest before it reaches the natural limit”) ed i precedenti giurisprudenziali ivi citati alla nt. 1; R. Megarry-H.W.R. Wade, *The Law of Real Property*, Londra, 1984, 70 (“A limitation marks the bounds...of the estate, a condition defeats the estate before it attains its boundary”) e 72 (“One of the incidents of ownership is the right to sell or otherwise dispose of the property. A condition against alienation is...contrary to the public policy, if it substantially takes away the tenant's power of alienation”).

²⁵⁰ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 203.

²⁵¹ Cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 210, il quale evidenzia anche l'importanza pratica di detta previsione legislativa (“Such trusts are now so common that the Trustee Act 1925, in sect. 33, contains...provisions intended to shorten wills and settlements by substituting a reference to protective trusts for the rather lengthy clause formerly employed”).

²⁵² Su tale istituto cfr. nella dottrina italiana M. Lupoi, *Trusts*, cit., 220-223; Id., *I trust nel diritto civile*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, I Diritti reali, 2, Torino, 2004, 322-323; Id., *L'atto istitutivo*, cit., 313-315; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 282-285; A. Vicari, *Il trust*, cit., 26 ss. e 86 ss.; nella dottrina inglese cfr. per tutti A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 209 ss.

²⁵³ Occorre precisare che, onde evitare agevoli frodi, il diritto inglese non consente che detto beneficiario di reddito sia lo stesso disponente e che parimenti è vietato che la qualità di beneficiario sia assunta dal trustee: cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 222-223; A. Vicari, *Il trust*, cit., 26 e 28-29.

Grazie a tale meccanismo negoziale, il quale in sostanza, all'avverarsi di certi eventi futuri ed incerti che potrebbero far perdere al beneficiario il proprio diritto, degrada quest'ultimo (il quale – per le ragioni sopra esposte - ha natura di determinable interest) da diritto di credito a mera aspettativa, l'ordinamento inglese consente di tutelare adeguatamente un soggetto.

Nel meccanismo in questione gli eventi sopra descritti costituiscono in pratica, al tempo stesso, presupposto dell'estinzione del diritto del soggetto beneficiario del trust fixed e dell'insorgere, a favore di costui, di una mera aspettativa nel connesso trust discrezionale²⁵⁴.

5.3.3. Il problema della compatibilità o meno del *determinable interest* e del *Protective trust* con il nostro ordinamento²⁵⁵

5.3.3.1. Premessa

In via preliminare, occorre tornare ad evidenziare come il peculiare determinable interest vantato dal beneficiario di reddito nel Protective trust costituisca, in diritto inglese, una situazione giuridica soggettiva ibrida, partecipe della natura del nostro termine e della nostra condizione.

Ciò pone di certo problemi di individuazione della natura giuridica della clausola nel contesto del nostro ordinamento, problemi che non paiono, però, risolvibili se non qualificandola come condizione risolutiva, stante il carattere futuro ed incerto degli eventi dedotti nella clausola stessa²⁵⁶.

²⁵⁴ Per completezza, si precisa che il diritto statunitense (rectius: il diritto di gran parte degli Stati di detta Confederazione) realizza analoghe finalità con il diverso strumento dello Spendthrift trust (sul quale cfr. A. Vicari, *Il trust*, cit., spec. 87 ss.; M. Lupoi, *Trusts*, cit., 220 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 284; G.T. Bogert, *Trusts*, cit., 148 ss.). In estrema sintesi, detta tipologia di trust prevede che il diritto del beneficiario da proteggere sia ab initio inalienabile da costui ed impignorabile dai suoi creditori, ciò che invece, come si è visto, non è consentito dal diritto inglese. Anche il diritto statunitense, ad ogni modo, vieta che in un siffatto trust il beneficiario oggetto di tutela sia lo stesso disponente (cfr. nt. precedente). Non si preoccupa affatto di queste problematiche G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1033, il quale, propone una clausola prevedente (oltre che l'inalienabilità) l'insequestrabilità e l'impignorabilità del diritto del beneficiario senza indicare quale sia la legge regolatrice del trust prescelta. Indicazioni del genere risultano, prima ancora che inesatte, addirittura fuorvianti per l'operatore pratico.

²⁵⁵ Le due figure appaiono poter essere trattate unitariamente in quanto, come si è avuto modo di sottolineare, il Protective trust altro non è che il frutto della combinazione fra un determinable interest ed un trust discrezionale.

²⁵⁶ Né pare decisivo in contrario il fatto che i suddetti eventi futuri ed incerti determinino la caducazione solo ex nunc del diritto, in quanto ciò non è incompatibile – come risulta dall'art. 1360 c.c. – con la natura di condizione della clausola. Difficilmente riproducibile nel nostro sistema appare, d'altro canto, quella sottile distinzione fra conditional interest e determinable interest su cui – come si è visto – il diritto inglese, per ragioni storiche e tecniche ad esso peculiari, fonda l'ammissibilità del Protective trust: nel nostro ordinamento, infatti, un diritto parrebbe nascere intrinsecamente limitato (e non pieno) tanto se sottoposto a condizione risolutiva quanto se sottoposto a termine finale (non a caso, infatti, in questi casi il civilista parla, rispettivamente, di titolarità di un diritto "risolvibile" o "a termine finale"). Per tacere del fatto che la suddetta distinzione è apparsa alla stessa dottrina inglese "sottile come un wafer" (cfr. G. Moffat, *Trusts Law. Texts and Materials*, Londra, 1994, 200, citato da M. Graziadei, *Diritti*, cit., 430 alla nt. 37).

A prescindere dalla qualificazione giuridica della clausola, pare necessario in ogni caso – come si è già anticipato - valutare se essa confligga o meno con principi inderogabili del nostro ordinamento, stante la non equivoca indicazione normativa reperibile nell'art. 15 della Convenzione.

Tanto premesso, si precisa che detta valutazione appare imporre una separata riflessione sulla clausola del Protective trust che collega la perdita del diritto del beneficiario alla sua tentata o effettuata alienazione *inter vivos*²⁵⁷ e su quella che collega detta perdita al sequestro o pignoramento del suo diritto ovvero al suo fallimento²⁵⁸.

5.3.3.2. Analisi della clausola che collega la perdita del diritto del beneficiario alla sua tentata o effettuata alienazione inter vivos

Poiché in pratica detta clausola mira – tramite il meccanismo della sua peculiare condizione risolutiva - a rendere inalienabile *inter vivos* il diritto del beneficiario del reddito con effetto non meramente obbligatorio, ma erga omnes, si pone la già esaminata questione²⁵⁹ dell'eventuale elusione, da parte di essa, delle nostre norme in tema in divieto di alienazione²⁶⁰.

Onde evitare inutili ripetizioni, pertanto, appare in estrema sintesi possibile affermare quanto segue.

Se si attribuisce al diritto del beneficiario natura di diritto reale, appare difficile escludere^{260-bis} l'esigenza del rispetto dell'art. 1379 c.c. e si pone pertanto la questione se la detta condizione finisca o meno per eludere tale precetto normativo.

Laddove si opti per la soluzione negativa, la condizione appare valida, a patto che il divieto di alienare sia (come richiede l'art. 1379 c.c.) contenuto dal disponente entro convenienti limiti temporali²⁶¹.

Se invece si sceglie (come pare preferibile) la soluzione positiva, la condizione è illecita.

In tale ottica, pertanto, nel caso di trust *inter vivos* detta condizione finisce, visto l'art. 1354, ult. co., c.c., per rendere nulla tutta la clausola attributiva del diritto al beneficiario di reddito²⁶² e tale nullità potrebbe anche trasmettersi all'atto istitutivo di trust nel suo complesso.

Nel caso invece di trust testamentario, ai sensi dell'art. 634 c.c. in linea di

²⁵⁷ Cfr. successivo § 5 marzo 3 febbraio

²⁵⁸ Cfr. successivo § 5 marzo 3 marzo

²⁵⁹ Per la quale cfr. § 5 gennaio 2 gennaio

²⁶⁰ Tale clausola può essere reperita in M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 584 ("art. 30" dell'atto istitutivo n. 6).

^{260-bis} Anche perché, come si è visto, non pare sostenibile che il diritto del beneficiario dichiarato intransferibile dal disponente sia un nuovo diritto reale ex lege intransferibile.

²⁶¹ Tale soluzione, fra l'altro, è in linea con quanto altresì consentito dal diritto inglese, poiché l'art. 33 del Trustee Act 1925 non è norma cogente, ma meramente dispositiva (sul punto cfr. ad es. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 282).

²⁶² Ciò significa che, se la disposizione si limita ad attribuire un determinabile interest, essa è nulla e che, se essa ha natura di Protective trust, sono nulle sia la disposizione attributiva del determinabile interest che quella, ad essa funzionalmente collegata, prevedente l'insorgere di un trust discrezionale.

principio dovrebbe esser colpita da nullità solo la condizione, con salvezza quindi della clausola attributiva del diritto al beneficiario di reddito ²⁶³; in concreto, però, essendo difficile ipotizzare la non ricorrenza dell'ipotesi ex art. 626 c.c. (motivo illecito determinante e risultante dalla scheda), nella maggior parte dei casi le conseguenze della nullità della condizione saranno analoghe a quelle sopra viste per il trust *inter vivos*.

Resterebbe comunque da valutare se, visto il "favor" per il trust mostrato dall'art. 15 paragrafo secondo della Convenzione, la disposizione attributiva di un determinabile interest possa eventualmente, all'esito di un'interpretazione conservativa, essere almeno ritenuta fonte di un divieto di alienare ad effetto meramente obbligatorio, così come consente l'art. 1379 c.c. e nei limiti (in particolare temporali) dallo stesso previsti.

Se invece – come appare preferibile – si attribuisce al diritto del beneficiario natura di diritto di credito, viene in questione non più l'art. 1379 c.c., ma l'art. 1260, co. 2°, c.c.

In tale ottica, essendo in virtù di tale norma valido il divieto negoziale di alienare un diritto di credito, parrebbe a prima vista possibile concludere nel senso che la condizione risolutiva propria del determinabile interest è parimenti valida, poiché non mira ad eludere alcun precetto imperativo.

Una siffatta conclusione, però, deve tener conto del fatto che, come si è visto in precedenza, il divieto negoziale ex art. 1260, co. 2°, c.c. non può operare in pregiudizio dei creditori di colui che ne è gravato, il quale – nel nostro caso – è il beneficiario del trust.

Parrebbe da ciò doversi dedurre, quindi, che la condizione risolutiva propria del determinabile interest è illecita ²⁶⁴ ovvero, quanto meno, che essa è valida ma opponibile nei soli confronti di chi acquisti *inter vivos* il diritto del beneficiario, e non anche nei confronti dei creditori di costui (sì che il trust ne risulta comunque privato del suo aspetto più qualificante).

Una conclusione di segno opposto, infatti, consentirebbe al disponente di eludere il detto limite operativo dell'art. 1260, co. 2°, c.c., cioè di predisporre un divieto di alienare la posizione creditoria del beneficiario di reddito con effetto anche nei confronti dei creditori di quest'ultimo ²⁶⁵.

²⁶³ Ciò significa che la disposizione, tanto se si limita ad attribuire un determinabile interest quanto se ha natura di Protective trust, resta valida come disposizione "pura" (cioè attributiva di un diritto al reddito non sottoposto a condizione). Nel caso del Protective trust, infatti, non pare ipotizzabile la sopravvivenza, a fianco della disposizione ormai depurata della condizione, della disposizione prevedente l'insorgere di un trust discrezionale: quest'ultima, infatti, era funzionalmente collegata alla disposizione condizionale attributiva del determinabile interest.

²⁶⁴ Con tutte le conseguenze sul piano sanzionatorio che si sono appena esposte.

²⁶⁵ Una breve considerazione merita poi lo Spendthrift trust che, come si è detto alla nt. 255, prevede direttamente l'inalienabilità del diritto del beneficiario. Se si opta per la natura reale di tale diritto, l'operatività dell'art. 1379 c.c. porta ad escludere la validità di detto trust (o, al massimo, visto l'art. 15 paragrafo secondo della Convenzione, a qualificarlo come fonte di un divieto di alienare ad effetto meramente obbligatorio, nei limiti ammessi dall'art. 1379 c.c.); se invece si opta per la preferibile tesi della natura obbligatoria del diritto del beneficiario, l'art. 1260, co. 2°, c.c. consente di ritenere detto trust valido, pur se inopponibile ai creditori del beneficiario.

5.3.3.3. Analisi della clausola che collega la perdita del diritto del beneficiario al sequestro o pignoramento del suo diritto ovvero al suo fallimento

A) I limiti alla pignorabilità di fonte negoziale nel nostro ordinamento

La clausola in esame, tramite il meccanismo della sua peculiare condizione risolutiva, mira in pratica a rendere insequestrabile ed impignorabile (in sede sia individuale che concorsuale) il diritto del beneficiario di reddito ²⁶⁶.

Essa parrebbe pertanto dover essere analizzata ^{266-bis} alla luce dei principi del nostro ordinamento dettati in tema di pignorabilità ²⁶⁷.

Una considerazione preliminare s'impone: la regola generale è quella della pignorabilità di qualunque bene o diritto del debitore, salvi i limiti risultanti da previsioni di legge di segno contrario.

La prima impressione, pertanto, è che non sia consentito introdurre limiti di fonte negoziale alla pignorabilità dotati di rilievo erga omnes, se non con il supporto di una previsione normativa che lo consenta.

Viene così in questione, in primo luogo, l'art. 545, co. 1°, c.p.c., il quale sancisce l'impignorabilità relativa dei "crediti alimentari", nel senso che essi possono esser pignorati solo "per cause di alimenti" e previa autorizzazione giudiziale fissante, altresì, il quantum pignorabile.

Secondo un primo orientamento ²⁶⁸, la norma – stante il suo carattere eccezionale – si applica alla sola obbligazione alimentare ex lege e non anche a quella derivante da negozio ²⁶⁹, per la quale, pertanto, varrebbe la regola generale della pignorabilità.

Secondo altra impostazione ²⁷⁰, invece, la norma vale sia per gli alimenti ex lege che per quelli ex contractu, in quanto il suo tenore letterale non autorizza a fare distinzioni.

Un terzo orientamento, che pare maggioritario ²⁷¹, ritiene infine la norma riferibile soltanto agli alimenti di fonte negoziale, poiché quelli ex lege dovrebbero soggiacere, argomentando ex art. 447 c.c., al divieto assoluto di pignoramento.

²⁶⁶ Tale clausola può essere reperita in M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 454 ("art. 1").

^{266-bis} Anche perché l'art. 15 paragrafo primo lettera e) della Convenzione impone il rispetto delle norme imperative interne in tema di "protezione dei creditori in casi di insolvibilità".

²⁶⁷ Ciò vale evidentemente anche per la porzione di clausola che mira a rendere insequestrabile il diritto, per l'ovvia considerazione che – com'è noto – il sequestro, in caso di esito positivo del giudizio di merito, prelude al pignoramento (cfr. del resto art. 671 c.p.c., che dichiara sequestrabile solo ciò che è pignorabile).

²⁶⁸ Cfr. G. Provera, *Degli alimenti*, in *Comm. SB*, Bologna-Roma, 1972, 171 ss.; V. Corsaro-S. Bozzi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 1996, 274.

²⁶⁹ Si pensi ad un vitalizio alimentare ovvero (nei limiti in cui la prestazione copra i bisogni alimentari del creditore) ad un vitalizio di mantenimento (figure pacificamente ammesse dalla giurisprudenza, che in passato – cfr. ad es. Cass. 14 luglio 1986, n. 4539, in *GC*, 1987, I, 1520 – le qualificava come sottospecie del contratto di rendita vitalizia di cui agli artt. 1872 ss. c.c., mentre più recentemente – cfr. ad es. Cass. 29 maggio 2000, n. 7033, in *CG*, 2000, 7, 856 e in *Contr.*, 2000, 10, 869, con nota di G. Bonilini – parla al riguardo di contratti atipici).

²⁷⁰ Cfr. P. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 1994, 471.

²⁷¹ Cfr. S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1950, 115; G. Tedeschi, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1951, 356 (nt. 3); D. Vincenzi Amato, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. IV, Torino, 1982, 844; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, 137.

Da questa rapida analisi dell'art. 545, co. 1°, c.p.c. emerge quindi una prima indicazione per l'interprete: detta norma, secondo l'opinione prevalente, ammette l'impignorabilità relativa (nel senso sopra esposto) di un credito alimentare di fonte negoziale.

Viene ora in questione una norma che evidenzia una scelta affine²⁷² da parte del legislatore: trattasi dell'art. 1881 c.c., per il quale è valida la clausola che dichiara inalienabile ed impignorabile una rendita vitalizia costituita a titolo gratuito "entro i limiti del bisogno alimentare²⁷³" del vitaliziando²⁷⁴.

Un'ultima breve considerazione merita infine, con riferimento all'esecuzione concorsuale, l'art. 46, co. 1°, n. 2, l. fall., che esclude dal fallimento "gli assegni aventi carattere alimentare...entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento" del fallito e della sua famiglia²⁷⁵.

Ove si consideri che, per giurisprudenza costante²⁷⁶, l'art. 545 c.p.c. è inapplicabile – stante la prevalenza dell'art. 46 l. fall. - alla materia fallimentare, ne dovrebbe discendere che il credito alimentare di fonte negoziale è, nella misura stabilita dal giudice, estraneo al fallimento del creditore e, per la parte eventualmente eccedente detta misura, fa invece parte della massa ed è destinato a soddisfare la totalità dei creditori concorsuali (e non soltanto – si badi – i creditori concorsuali "per cause di alimenti", come invece accadrebbe ove si ritenesse applicabile l'art. 545, co. 1°, c.p.c.).

B) Conclusioni sulla clausola che collega la perdita del diritto del beneficiario al sequestro o pignoramento del suo diritto ovvero al suo fallimento alla luce dei limiti alla pignorabilità di fonte negoziale nel nostro ordinamento

Si dispone a questo punto di elementi sufficienti per valutare detta clausola, sia essa propria di un trust *inter vivos* ovvero di un trust testamentario.

Non pare possibile affermare, come pure sostenuto da un autore²⁷⁷, che la clausola in oggetto si sottragga a detto tipo di valutazione (e si debba pertanto ritenere valida) in quanto essa non sancisce l'impignorabilità ed inalienabilità del diritto del beneficiario del reddito, ma si limita ad attribuire agli eventi del pignoramento e del sequestro il ruolo di condizione risolutiva dell'attribuzione di esso²⁷⁸.

A ciò pare infatti possibile replicare che occorre – al solito - porsi il proble-

²⁷² Si tratta – si badi - di una scelta affine a quella operata dall'art. 545, co. 1°, c.p.c., ma meno radicale: quest'ultima norma, infatti, prevede l'impignorabilità relativa solo con riguardo ai "creditori per cause di alimenti" ed impone l'impignorabilità assoluta a tutti gli altri creditori, mentre l'art. 1881 c.c. prevede un'impignorabilità relativa per tutti i creditori del vitaliziando.

²⁷³ Detti limiti, al solito, saranno fissati dal giudice.

²⁷⁴ Riterremo che debba invece applicarsi l'art. 545, co. 1°, c.p.c. alla rendita alimentare o di mantenimento (per le quali cfr. nt. precedente).

²⁷⁵ Il secondo comma della norma, al solito, affida al giudice il compito di stabilire entro quali limiti sarà operativa l'impignorabilità in questione.

²⁷⁶ Cfr. ad es. Cass. 24 aprile 1993, n. 4840, in *Fa*, 1993, 1120; Cass. 26 gennaio 1995, n. 971, in *Fa*, 1995, 917.

²⁷⁷ Cfr. A.Vicari, *Il trust*, cit., 88.

²⁷⁸ In coerenza con tale sua impostazione, il medesimo autore (cfr. A.Vicari, *Il trust*, cit., 89) ritiene invece nulla la clausola spendthrift, la quale appunto (come si è visto alla nt.) sancisce direttamente l'impignorabilità del diritto del beneficiario di reddito. Alla luce di quanto sostenuto nella parte successiva del testo, riterremo invece sostenibile che lo Spendthrift trust sia valido negli stessi (e ristretti) limiti del Protective trust.

ma dell'illiceità o meno (ex art. 1354 c.c. ovvero ex art. 634 c.c.) di una siffatta condizione risolutiva, cioè chiedersi se essa miri o meno a realizzare un risultato altrimenti vietato.

Tanto premesso, visto il tenore degli artt. 545 c.p.c., 1881 c.c. e 46, co. 1°, n. 2, l. fall.²⁷⁹, pare possibile concludere nel senso che la clausola è valida ed idonea a produrre effetti (precludendone il sequestro, il pignoramento e l'acquisizione al fallimento del beneficiario) solo per la porzione dell'erogazione spettante al beneficiario di reddito cui il giudice attribuisca natura e funzione effettivamente alimentari²⁸⁰.

5.4. Considerazioni conclusive

La lunga disamina che precede dovrebbe aver evidenziato le incertezze che sembrano caratterizzare, alla luce di varie norme imperative previste dal nostro ordinamento, la concreta operatività tanto della clausola d'intrasferibilità del diritto del beneficiario quanto del determinabile interest e del Protective trust.

Da ciò parrebbe pertanto possibile evincere che, nel caso in cui il disponente voglia esser certo di apprestare, per il beneficiario di un trust interno, una tutela completa ed effettiva, sia preferibile far ricorso allo strumento del trust discrezionale: in tal modo, infatti, la situazione giuridica soggettiva di detto beneficiario consisterà ab initio in una mera aspettativa di fatto e non in un diritto di credito, che come tale risulterà non solo inalienabile ed intrasmissibile *mortis causa*, ma anche non aggredibile (neppure in via cautelare) da eventuali creditori e non acquisibile dalla curatela del suo eventuale fallimento.

6. Clausola che vieta al trustee di alienare

Il disponente, inserendo una clausola siffatta, manifesta l'interesse a che, per le ragioni più varie, un certo bene non venga distolto dalla destinazione impressagli²⁸¹.

²⁷⁹ Secondo un autore (cfr. A. Vicari, *Il trust*, cit., 89) l'art. 1881 c.c., dettato per la rendita vitalizia a titolo gratuito, sarebbe difficilmente utilizzabile in tema di trust in quanto "quella del disponente, anche ove sia rendita, non è quasi mai vitalizia, perché normalmente la sua durata non è legata alla vita del disponente, e comunque non è mai gratuita perché è costituita mediante cessione di un capitale". Pare però possibile replicare in questo senso: a) nel caso in cui il beneficiario di reddito a vita sia soggetto diverso dal disponente (il che è, fra l'altro, necessario in un Protective trust, come si è detto alla nt. precedente), vi è affinità con il caso di rendita vitalizia a favore di terzo, previsto dall'art. 1875 c.c. (il disponente, infatti, attribuisce beni al trust e designa non se stesso, ma un terzo quale beneficiario di reddito); b) nel caso in cui il beneficiario di reddito sia tale non per tutta la sua vita, ma per un certo periodo di tempo, vi è affinità con l'ipotesi di un negozio atipico a favore di terzo, ex art. 1322 c.c., contiguo alla rendita vitalizia a favore di terzo; c) l'art. 1881 c.c. è ritenuto pacificamente applicabile (cfr. G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario*, cit., sub art. 1881, 1) anche alla rendita vitalizia a favore di terzo stipulata per spirito liberale, che è poi una donazione indiretta a favore del vitaliziando (come si evince, altresì, dall'art. 1875 c.c.), analogamente a quanto accade per la designazione di un beneficiario di reddito in un trust liberale.

²⁸⁰ Questa soluzione parrebbe, fra l'altro, in linea anche con il diritto inglese, stante la già accennata natura dispositiva, e non cogente, dell'art. 33 del Trustee Act 1925.

²⁸¹ Si pensi, ad esempio, ad un trust in favore di un disabile che preveda il diritto del beneficiario di abitare nell'immobile in cui ha sempre vissuto assieme ai genitori: appare infatti evidente che l'alienazione di tale bene, ove non fosse giustificata da particolari circostanze, potrebbe pregiudicare tale soggetto. Si pensi, altresì, ad un trust avente ad oggetto beni di particolare valore storico o artistico.

Appare altresì opportuno evidenziare che il divieto per il trustee di alienare beni in trust potrebbe non solo esser formulato esplicitamente, ma anche desumersi implicitamente dal contenuto dell'atto istitutivo²⁸².

Il problema posto da una clausola siffatta non appare tanto quello della sua validità, bensì quello dei suoi effetti nel caso in cui il trustee compia un atto di alienazione in ispregio ad essa.

È evidente infatti che, nel caso in cui si riconoscesse alla clausola una rilevanza meramente obbligatoria (nel senso che, ferma la validità dell'alienazione, i beneficiari potrebbero solo indirizzare pretese risarcitorie nei confronti del trustee infedele) e non "reale" (nel senso che un atto di alienazione siffatto ne risulterebbe inficiato²⁸³), l'utilità della stessa verrebbe drasticamente ridimensionata.

Occorre in effetti chiedersi se la clausola in esame debba o meno fare i conti con l'art. 1379 c.c., il quale (come si è visto) sancisce la rilevanza meramente obbligatoria dei divieti di alienare, imponendo altresì che essi siano contenuti entro convenienti limiti di tempo e rispondano ad un apprezzabile interesse di una delle parti.

Alla questione ha dedicato un brevissimo accenno un illustre autore²⁸⁴, il quale ha ritenuto che la clausola abbia efficacia solo obbligatoria, appunto alla luce dell'art. 1379 c.c..

Tale impostazione, però, parrebbe non tenere in sufficiente considerazione la natura del diritto del trustee sui beni in trust: se infatti è innegabile che costui sia titolare di un diritto di proprietà, non è men vero che trattasi di un diritto di proprietà funzionalizzato alla realizzazione di un interesse, e precisamente affetto da un vincolo di destinazione opponibile erga omnes il quale mira alla realizzazione del "programma" stabilito dal disponente²⁸⁵.

Appare quindi meritevole di considerazione quella dottrina²⁸⁶ secondo la quale l'art. 1379 c.c. è inapplicabile al diritto di proprietà affetto da un vincolo di destinazione, poiché i limiti alla facoltà di disporre del titolare di un siffatto diritto fanno ontologicamente parte del contenuto del vincolo stesso²⁸⁷.

²⁸² Si pensi ad un trust avente ad oggetto un immobile nel quale sia previsto: a) che il trustee, durante il trust, debba locare detto bene a terzi onde attribuire i canoni percepiti ad un beneficiario A; b) che il trustee, al termine del trust, debba trasferire il bene stesso ad un beneficiario B. Al fine di evitare incertezze interpretative appare comunque preferibile che il divieto di alienare sia formulato in modo inequivoco nell'atto istitutivo.

²⁸³ Si usa per il momento tale generico aggettivo, riservando al prosieguo l'analisi di quale, ove ci si ponga nell'ottica della realtà della clausola, potrebbe essere la sanzione da applicarsi all'atto dispositivo.

²⁸⁴ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 662 (nt. 315).

²⁸⁵ In tale prospettiva, appare quindi chiaro che la proprietà del trustee non sia riconducibile al paradigma proprietario di cui all'art. 832 c.c., il quale postula quel "diritto di usare e di abusare del bene" che non pare invece far parte delle prerogative del trustee.

²⁸⁶ Cfr. M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 196 ss.

²⁸⁷ Con specifico riferimento al trust, già alcuni anni fa la dottrina (cfr. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 697) affermava che la tesi dell'applicabilità dell'art. 1379 c.c. alla proprietà del trustee suscitava perplessità, in quanto rischiava di vanificare l'effettività del vincolo di destinazione.

Un ulteriore argomento in favore della rilevanza reale della clausola in oggetto appare ora ricavabile dal nuovo art. 2645-ter c.c., il quale prevede l'opponibilità ai terzi di un atto di destinazione disciplinato dal diritto italiano²⁸⁸ ed avente i requisiti indicati nella norma stessa.

Senza entrare nel merito delle possibili differenze tra la fattispecie introdotta da tale disposizione ed il trust²⁸⁹, non pare dubbio che dall'opponibilità del vincolo di destinazione discenda necessariamente l'opponibilità, altresì, di quei vincoli d'indisponibilità dei beni destinati che al vincolo siano eventualmente connaturati.

Ne discende insomma che, nel caso in cui il trustee alieni un bene a dispetto della presenza di un divieto di alienare nell'atto istitutivo, il negozio dovrebbe risultare in linea di principio (stante l'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c.) inopponibile ai beneficiari²⁹⁰, ferma l'esigenza di tutelare l'eventuale affidamento dell'avente causa dal trustee²⁹¹.

Quanto alla sanzione in concreto applicabile ad un tale atto di alienazione, il quale in definitiva si risolve in una peculiare ipotesi di breach of trust passibile di quei rimedi lato sensu "reipersecutori" o "reali" cui fa generico riferimento l'art. 11 paragrafo secondo lettera d) della Convenzione²⁹², una prima soluzione potrebbe essere quindi rappresentata dalla sua inopponibilità agli aventi causa dal trustee che siano in mala fede²⁹³.

²⁸⁸ Questa precisazione appare opportuna perché, com'è noto, un trust interno richiede invece (ferma l'esigenza del rispetto delle nostre norme imperative ex art. 15 della Convenzione) l'utilizzo di una legge regolatrice straniera.

²⁸⁹ Sul punto cfr. per tutti S. Bartoli, *Riflessioni*, cit.; G. Petrelli, *La trascrizione*, cit., 161 ss.; M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione"*, cit.

²⁹⁰ Né pare possibile obiettare che, così argomentando, si finirebbe per legittimare eventualmente la presenza di vincoli di inalienabilità al limite anche perpetui. Se è vero, infatti, che talune leggi regolatrici consentono di istituire trusts perpetui (se ne veda l'elencazione in M. Lupoi, *Trusts*, cit., 396-397; questa scelta è stata recentemente operata anche dalla legge di Jersey: cfr. art. 15 Trust Law 1984 (as amended 2006), l'ammissibilità di un trust interno siffatto appare dubbia: non può infatti escludersi che il nuovo art. 2645-ter c.c., il quale (per intuitive ragioni di ordine pubblico) consente l'atto di destinazione solo entro certi limiti massimi di durata (90 anni o la durata della vita del beneficiario), costituisca una norma imperativa cui un trust interno deve adesso, stante l'art. 15 della Convenzione, conformarsi (sul punto si tornerà nel § 17).

²⁹¹ Come si sottolinea anche nel testo, infatti, l'esigenza di tutelare l'avente causa di buona fede dal trustee (cosiddetto "bona fide purchaser without notice") è immanente – com'è noto – a tutto il diritto dei trusts. Tale esigenza è recepita anche dall'art. 15 paragrafo primo lettera f) della Convenzione, il quale impone il rispetto di eventuali norme interne poste a tutela dei terzi che agiscono in buona fede. Sul piano pratico ne discende che, laddove il divieto per il trustee di alienare si desuma solo implicitamente dall'atto istitutivo, sarà onere dei beneficiari provare la mala fede dell'acquirente (il che potrebbe essere in concreto assai problematico).

²⁹² Si evidenzia che l'ipotesi di alienazione indebita dei beni in trust è prevista dalle versioni ufficiali in lingua francese ed inglese del citato art. 11 paragrafo secondo lettera d) (le si vedano ad esempio in AA.VV., *Introduzione ai trust e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza*, a cura di S. Buttà, Milano, 2002, 216), ma non nella traduzione ministeriale non ufficiale in lingua italiana. Per una traduzione accurata e completa della norma cfr. ancora AA.VV., *Introduzione*, cit., 217.

²⁹³ È in sostanza questa la soluzione di recente proposta da un autore (cfr. G. Petrelli, *La trascrizione*, cit.) con riguardo all'alienazione indebita da parte del gestore di beni destinati ex art. 2645-ter c.c. Detta soluzione appare in linea con quell'orientamento dottrinale che la applica (a guisa di regola generale non scritta) a numerose ipotesi di patrimonio destinato la cui legge istitutiva taccia sul punto, e che giustifica tale conclusione alla luce del fatto che sarebbe immanente, nel nostro

Quali soluzioni alternative sul piano sanzionatorio, appaiono utilizzabili (e sia pur variegata) conclusioni cui è in passato pervenuta la dottrina che si è occupata dell'interpretazione dell'art. 11 paragrafo secondo lettera d) della Convenzione ²⁹⁴.

Com'è noto, infatti, il problema della tutela in questi casi dell'avente causa in buona fede dal trustee (cosiddetto "bona fide purchaser without notice") è immanente al diritto inglese dei trusts, sì che la dottrina italiana, posta di fronte all'esegesi dell'art. 11 paragrafo secondo lettera d) della Convenzione, stante la non importabilità in Italia della peculiare tecnica del tracing ²⁹⁵ si è vista costretta ad interrogarsi su quali possano essere i rimedi di diritto interno idonei ad assicurare un risultato il più possibile affine.

Senza voler qui ripercorrere nel dettaglio i contenuti di detta analisi ²⁹⁶, basterà ricordare che, secondo un diffuso orientamento ²⁹⁷, detti rimedi potrebbero essere costituiti, alternativamente, dall'annullamento del negozio dispositivo compiuto dal trustee per conflitto di interessi ex art. 1394

ordinamento, un principio di tutela dell'affidamento incolpevole: cfr. in tal senso R. Quadri, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, che in applicazione di tale supposto principio generale ritiene salvo l'acquisto dal gestore effettuato da parte del terzo in buona fede in tema di cartolarizzazione ex l. 30 aprile 1999, n. 130 (cfr. ivi, 52 ss.), di fondi speciali per la previdenza e assistenza ex art. 2117 c.c. (cfr. ivi, 89 ss.) e di patrimoni destinati delle s.p.a. (cfr. ivi, 110 ss.). Tale orientamento dottrinale non è però pacifico: con riferimento alla cartolarizzazione ex l. 30 aprile 1999, n. 130, infatti, altra parte della dottrina ha optato ora per la nullità dell'atto (cfr. D. Messinetti, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. "cartolarizzazione" dei crediti*, in *RDC*, 2002, II, 108 ss.), ora per la sua inefficacia (cfr. U. La Porta, *Il problema della causa del contratto, I, La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 162; V. Troiano, *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003); con riguardo ai fondi ex art. 2117 c.c., vi è chi ha parlato di atto nullo (cfr. G. Infante, *I profili civilistici dei fondi speciali per la previdenza e assistenza*, Napoli, 2002, 36 ss.); quanto ai patrimoni destinati delle s.p.a., infine, vi è chi ha optato per l'inefficacia dell'atto (G. Bozza in M. Bertuzzi-G. Bozza-G. Sciumbata, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.a.a.*, collana *La riforma del diritto societario* a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 22 ss.).

²⁹⁴ Si accenna qui ad un'ulteriore possibile soluzione: si potrebbe ipotizzare che l'alienazione indebita compiuta dal trustee sia in un negozio in relazione al quale egli difetta di legittimazione (l'atto dispositivo, infatti, deborda dalla finalità impressa ai beni dal disponente e quindi dai poteri attribuiti al trustee per attuare detta finalità), onde concludere che l'atto è inefficace tout court, analogamente a quanto accade per l'ipotesi di falsus procurator. Il limite di questa soluzione, però, parrebbe rappresentato dal fatto che non verrebbe tutelato l'affidamento del terzo.

²⁹⁵ Sul tracing nel diritto inglese cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 880 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 238 ss. Da segnalare, comunque, l'art. 57 della recente legge sanmarinese sui trusts (l. 17 marzo 2005, n. 37), la quale appare indicare (in prospettiva, anche al legislatore italiano) una sorta di embrionale "via civilistica" al tracing (secondo la norma, infatti, "Qualora il trustee abbia confuso i beni in trust con altri beni, il trustee cui non si debba la confusione, il beneficiario o il guardiano hanno diritto di ottenerne la separazione. La pretesa si estende ai beni di qualunque genere con cui i beni originari siano eventualmente stati sostituiti e ai loro frutti...L'azione di separazione non si prescrive").

²⁹⁶ Si rinvia sul punto a S. Bartoli, *Il trust*, cit., 564 ss.

²⁹⁷ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 608 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 564 ss.; A. Palazzo, *Successione, trust e fiducia*, in *VN*, 1998, 772-773; A. Guarneri, *Atti di disposizione illegittimi del trustee e possibili rimedi in civil law*, in *AA.VV., I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, 118 ss.

c.c.²⁹⁸, dall'esperienza di un'azione aquiliana di risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c. nei confronti di colui che, con dolo o anche solo con colpa, abbia acquistato dal trustee e dall'impugnazione del negozio dispositivo mediante azione revocatoria²⁹⁹.

La suddetta impostazione ha – appunto – il pregio di individuare rimedi i quali, pur essendo di natura affatto eterogenea, tengono tutti conto dello stato soggettivo dell'avente causa dal gestore-trustee: l'annullamento ex art. 1394 c.c., infatti, è conseguibile solo se il conflitto d'interessi era conosciuto o riconoscibile dal terzo; nel caso poi dell'art. 2058 c.c., l'obbligazione risarcitoria presuppone, all'evidenza, almeno la colpa del terzo; nel caso, infine, dell'azione revocatoria, se l'atto compiuto dal trustee è a titolo oneroso è necessario che il terzo sia a conoscenza del suo carattere fraudolento, mentre un disinteresse della norma per lo stato soggettivo dell'avente causa vi è – peraltro comprensibilmente – solo se l'atto è a titolo gratuito.

Ciascuna delle tre soluzioni prospettate non ha mancato di incontrare valutazioni critiche³⁰⁰, le cui argomentazioni, però, non appaiono del tutto convin-

²⁹⁸ «Infatti, esiste una alterità fra il trustee e lo scopo del trust, che al primo è stato commesso di realizzare; da questa alterità discende la configurabilità del conflitto di interessi, se non anche un difetto di legittimazione negoziale, e dunque l'applicazione dell'art. 1394 c.c., certo analogica» (così M. Lupoi, *Trusts*, cit., 611). Per incidere in tale ottica, in base all'art. 1445 c.c., potrà farsi valere l'annullamento anche nei confronti di eventuali subacquirenti, salvo che si tratti di soggetti che hanno acquistato a titolo oneroso ed in buona fede e salva comunque l'applicazione di norme come l'art. 1153 c.c. (per i beni mobili) e gli artt. 2652, n. 6, c.c. e 2690, n. 3, c.c. (per immobili e mobili registrati). Mostra di muoversi nel contesto della sanzione dell'annullabilità quella dottrina che, con riguardo ad un atto istitutivo di trust avente scopo di garanzia, propone una clausola secondo la quale «il trustee non può assumere alcuna obbligazione che non sia strumentale per l'attuazione dello scopo del trust» e «il guardiano ha diritto di agire per l'annullamento dei contratti stipulati in violazione della disposizione che precede» (cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., art. 10 dell'atto istitutivo n. 7, 594).

²⁹⁹ Poiché l'indebito negozio dispositivo del trustee costituisce inadempimento di un'obbligazione e, come tale, è lesivo del diritto di credito vantato nei suoi confronti dal beneficiario. Su siffatta tematica cfr. altresì F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust*, in *CG*, 1999, 640 e 784-785; Id., *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *FI*, 1999, I, 1470-1472, il quale precisa che il beneficiario potrà agire in revocatoria pur se non vanti un credito attualmente esigibile a conseguire la prestazione del trustee, citando a conforto quella recente giurisprudenza (cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 591, in *VN*, 1999, e Cass. 29 marzo 1999, n. 2971, in *MGI*, 1999, la prima delle quali reperibile in *FI*, 1999, I, 1469-1475) che conferisce - appunto - la legittimazione in oggetto anche al titolare di un credito allo stato inesigibile. Come nell'ipotesi di azione ex art. 1394 c.c., anche in questo caso, stante la previsione dell'ultimo comma dell'art. 2901 c.c., l'accoglimento della domanda potrà pregiudicare anche i sub-acquirenti, salvo che abbiano acquistato a titolo oneroso ed in buona fede e salve in ogni caso norme come gli artt. 1153 c.c., 2652, n. 5, c.c. e 2690, n. 1, c.c.

³⁰⁰ In senso contrario all'esperibilità dell'azione ex art. 1394 c.c. cfr. ad esempio A. Neri, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005, 361 ss.; L. Ricca, *Oggetto del trust, doveri del trustee e strumenti coercitivi o sanzionatori nel diritto interno*, in *AA.VV.*, *I trusts in Italia oggi*, cit., 106-107, il quale così argomenta: a) i vincoli di inalienabilità di matrice negoziale, come si evince dall'art. 1379 c.c., hanno rilevanza meramente obbligatoria se non vi è una previsione di legge in senso contrario; b) l'istituto del conflitto d'interessi è applicabile solo ove esista una rappresentanza diretta, la quale non è configurabile in tema di trust. Tanto premesso, l'autore assimila il trust al mandato senza rappresentanza e conclude che in tale contesto, a tutto concedere, l'avvenuta

centi ³⁰¹, eccezion fatta per quanto si è perspicuamente osservato ³⁰² con riguardo al rimedio dell'azione revocatoria.

In effetti l'adozione di quest'ultimo rimedio, comportando l'inefficacia relativa del negozio dispositivo, ma ai soli fini della assoggettabilità ad esecuzione forzata del bene che ne è oggetto, non appare idonea ad apprestare una tutela adeguata al beneficiario: ne discenderebbe infatti unicamente che il bene oggetto del negozio dispositivo compiuto del trustee in frode alle ragioni del creditore-beneficiario sarebbe aggredibile *in executivis* da quest'ultimo (o, comunque, sottoponibile a misure cautelari) presso l'avente causa dal trustee, mentre nel nostro caso un rimedio appropriato dovrebbe comportare il rientro del bene nel patrimonio destinato, onde sia possibile al trustee continuare a gestirlo.

Degne di segnalazione risultano, altresì, le proposte provenienti da altra parte della dottrina ³⁰³, la quale, ricostruendo – sia pure sulla base di argo-

conclusione da parte del mandatario di un contratto in conflitto d'interessi con il mandante potrebbe condurre alla risoluzione per inadempimento del mandato ex art. 1458 c.c., rimedio però sprovvisto di opponibilità al terzo. Contrari al rimedio del risarcimento in forma specifica S. Tondo, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, cit., 202-203; L. Ricca, cit., 108-109, per il quale "In definitiva, il rimedio del risarcimento in forma specifica dovrebbe valere, se ammissibile, quale surrogato di carattere generale della tutela reale...Ma la conclusione è tutt'altro che scontata, perché appare assai problematica la individuazione degli strumenti giuridici attraverso i quali garantire al beneficiary ed in genere al creditore danneggiato quella tutela specifica che è data dal ritrasferimento di proprietà dal terzo (in senso tecnico) (trattasi dell'avente causa dal trustee: n.d.r.) al debitore (cioè al trustee: n.d.r.) o addirittura direttamente in capo ad esso creditore (trattasi del beneficiary: n.d.r.) dei beni destinati a soddisfare le aspettative del creditore stesso. Per non parlare del caso in cui il rimedio dovrebbe riguardare beni immobili o mobili registrati, giacché in tal caso non sarebbe facilmente conciliabile con i principi che riguardano il meccanismo pubblicitario. A ciò, poi, deve aggiungersi una ulteriore difficoltà, in quanto non è certamente da escludere che il bene ritrasferito, se rientra nella disponibilità del trustee...a titolo di risarcimento del danno extracontrattuale, perderebbe il carattere di segregazione che riguarda i beni del trust".

³⁰¹ La tesi contraria all'applicazione dell'art. 1394 c.c. ed esposta alla nt. precedente non sembra infatti priva di ombre, per le seguenti ragioni. Quanto all'argomentazione riportata ivi sub a), come si è visto non appare corretto ritenere applicabile l'art. 1379 c.c. ad una forma di proprietà ontologicamente "nell'interesse altrui" come quella del trustee. Quanto poi all'argomentazione riportata ivi sub b), si rinvia a quanto detto alla precedente nt. 299. Quanto poi alle argomentazioni contrarie all'applicazione dell'art. 2058 c.c. e parimenti esposte alla nt. precedente, si osserva quanto segue: a) scarsamente comprensibili risultano le ragioni per le quali si ritiene che l'adesione alla tesi del risarcimento in forma specifica sarebbe fonte, in tema di beni immobili o mobili registrati, di una situazione in contrasto con i nostri principi di pubblicità immobiliare; b) l'affermazione per la quale il bene ritrasferito in adempimento dell'obbligo di risarcimento in forma specifica non farebbe più parte del trust fund, inoltre, appare il frutto di un palese fraintendimento dell'istituto.

³⁰² Cfr. A. Neri, *Il trust e la tutela*, cit., Padova, 2005, 392 ss.

³⁰³ Cfr. C. Amato, in AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, a cura di A. Gambaro-A. Giardina-G. Ponzanelli, in *NLCC*, 1993, 1272; P. Piccoli, *Possibilità operative*, cit., 58-59; R. Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, 311 ss.

mentazioni non univoche ³⁰⁴ - l'acquisto dal trustee in violazione della destinazione come acquisto a non domino, conclude nel senso che il terzo in buona fede potrà salvare il suo acquisto mobiliare in base all'art. 1153 c.c. ovvero, se trattasi di immobili o mobili registrati, in base alle norme sull'usucapione di cui agli artt. 1159 e 1162 c.c. ³⁰⁵.

7. Clausola che sottopone un negozio compiuto dal trustee al preventivo consenso di altri soggetti

La clausola in esame, che è di piuttosto frequente utilizzo ³⁰⁶, pone problemi analoghi a quelli appena esaminati con riguardo al divieto di alienare beni in trust: trattasi infatti di clausola comportante limiti ai poteri dispositivi del trustee ³⁰⁷.

Al solito, il problema non è tanto quello della sua validità, quanto quello della sua efficacia reale o obbligatoria in caso di sua violazione: secondo una consolidata giurisprudenza ³⁰⁸, infatti, l'art. 1379 c.c. si applica non solo al divieto di alienare, ma anche ad ogni altra clausola in virtù della quale il potere di alienare sia affetto da limiti tali da incidere in modo rilevante sulla disponibilità del bene.

Alcuni autori ³⁰⁹ affermano che alla clausola in esame dovrebbe applicarsi l'art. 1379 c.c., sì che l'eventuale alienazione posta in essere dal trustee senza il consenso del terzo sarebbe pienamente valida ed efficace ed ai beneficiari non resterebbe che agire nei confronti del trustee per il risarcimento del danno.

La tesi, però, non convince per le stesse ragioni già esposte con riguardo al divieto di alienare a carico del trustee: anche in questo caso, infatti, vi sono limiti alla facoltà di disporre che sono coesenziali al vincolo di destinazione opponibile³¹⁰.

³⁰⁴ Più precisamente, i primi due autori citati alla nt. precedente parlano di acquisto a non domino in quanto parrebbero prendere le mosse dall'implicita premessa per cui, se è vero che il terzo acquista dal proprietario (cioè dal trustee) la circostanza che l'acquisto implichi breach of trust importa una violazione dei diritti di colui per conto del quale la proprietà è gestita, cioè dei diritti del beneficiario. Il terzo autore citato alla nt. precedente, invece, parla di acquisto a non domino poiché (a nostro avviso discutibilmente) ritiene che il trustee sia non già proprietario dei beni in trust (in quanto la proprietà resterebbe in capo al disponente), bensì mero legittimato a disporre.

³⁰⁵ Per completezza, si segnala infine che di recente un autore (cfr. A. Neri, *Il trust e la tutela*, cit., 452 ss.) ha portato all'attenzione degli studiosi i rimedi dell'arricchimento senza causa ex artt. 2041-2042 c.c. e della ripetizione d'indebito ex artt. 2037-2038 c.c., sia pure evidenziando le numerose difficoltà tecniche per il loro concreto utilizzo nella fattispecie in esame.

³⁰⁶ I terzi dei quali viene richiesto il preventivo consenso, a seconda dei casi, risultano essere il guardiano o il comitato dei beneficiari o i beneficiari all'unanimità.

³⁰⁷ La clausola, infatti, sottopone l'attività dispositiva del trustee al veto del soggetto indicato dal disponente.

³⁰⁸ Cfr. Cass. 6 luglio 1973, n. 1941, in *GC*, 1973, 1445; Cass. 2981/73, in *RFI*, voce Fascismo, n. 14; Cass. 13 dicembre 1974, n. 4266, in *MGI*, 1974; Cass. 11 aprile 1990, n. 3082, in *RDCComm*, 1992, 485, con nota di Colombo; Cass. 17 novembre 1999, n. 12769, in *RN*, 2000, 369 e in *Not*, 2000, 413, con nota di Calabritto.

³⁰⁹ Cfr. G. Gallizia, *La prassi italiana in materia di protector*, relazione al I Congresso dell'associazione "Il trust in Italia", 1999, reperibile nel sito web www.il-trust-in-italia.it; N. Canessa, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano*, Milano, 2001, pp. 72-73. Tali autori analizzano una clausola prevedente che certi atti dispositivi del trustee siano sottoposti al preventivo consenso del guardiano.

³¹⁰ Suggestisce un ripensamento in ordine all'applicabilità dell'art. 1379 c.c. a questa clausola S. Bartoli, *Il trust*, cit., 697.

Resta pertanto, ove ci si ponga nella preferibile ottica della rilevanza “reale” della clausola, da individuare il tipo di sanzione che colpirà l’atto di alienazione compiuto dal trustee: considerato che, analogamente a quanto accade nel caso di alienazione in spregio ad un divieto di alienazione, anche in questo caso vi è un atto dispositivo costituente breach of trust e rientrante nella previsione dell’art. 11 paragrafo secondo lettera d) della Convenzione, si rinvia alle soluzioni che si sono sinteticamente esposte nel paragrafo precedente.

Tanto premesso, si osserva che nella prassi sono reperibili clausole secondo le quali l’atto compiuto senza il preventivo consenso del terzo indicato dal disponente sarà “invalido”³¹¹.

Premesso che l’invalidità include sia la nullità che l’annullabilità, la clausola non appare condivisibile nella parte in cui allude alla sanzione di nullità, poiché essa non risulta giustificata dalla violazione di alcuna norma imperativa.

Quanto poi alla sanzione della annullabilità, la clausola appare criticabile in primo luogo perché non specifica da quale norma detta annullabilità discenderebbe³¹².

Se poi la clausola intendesse riferirsi all’annullabilità per conflitto d’interessi ex art. 1394 c.c., essa parrebbe altresì criticabile perché tale sanzione è solo una di quelle che – come si è visto - la dottrina alternativamente ha ritenuto applicabili all’alienazione indebita dei beni in trust.

Parrebbe pertanto preferibile, in specie nell’attuale situazione d’incertezza ermeneutica, una clausola che faccia generico riferimento all’inopponibilità dell’indebita alienazione ai beneficiari, ai sensi dell’art. 11 paragrafo secondo lettera d) della Convenzione³¹³.

³¹¹ Per tali clausole cfr. M. Lupoi, *L’atto istitutivo*, cit., 145-146, 249, 269, 466 (cfr. clausola qualificata come “art. 1”), 469 (cfr. clausola qualificata come “art. 2”), 539-540 (cfr. art. 24 dell’atto istitutivo di trust), 563-564 (cfr. art. 15 dell’atto istitutivo di trust), 578 (cfr. art. 16 dell’atto istitutivo di trust) e 600 (cfr. art. 13 dell’atto istitutivo di trust).

³¹² È noto infatti che, a differenza della nullità, l’annullabilità non può discendere da principii generali, ma dev’essere prevista da una norma specifica.

³¹³ Appare muoversi su questa linea ermeneutica (a parte l’erroneo riferimento ad un inesistente “terzo comma” dell’art. 11 della Convenzione) la clausola reperibile in G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1002 ed intitolata “variante n. 1: limitazioni al potere di alienazione”: essa infatti prevede che l’atto compiuto senza il consenso del guardiano “sarà da considerarsi come indebitamente avvenuto ai sensi dell’art. 11, paragrafo 3, della Convenzione”. Appare invece contraddittoria, prima ancora che errata, la clausola reperibile in G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1002-1003 ed intitolata “variante n. 2: divieto di alienazione”: essa infatti, dopo aver previsto che il trustee potrà alienare gli immobili in trust solo con il consenso dei beneficiari, afferma da un lato che la violazione della clausola comporta l’applicazione dell’art. 1379 c.c. (ciò che farebbe pensare alla rilevanza meramente obbligatoria della limitazione stessa) e dall’altro lato che detta violazione implica che l’atto “sarà da considerarsi come indebitamente avvenuto ai sensi dell’art. 11, paragrafo 3, della Convenzione” (ciò che evoca invece le sanzioni “reali” di cui si è detto).

8. La clausola di trust testamentario che individua quale beneficiario un legittimario ed il divieto ex art. 549 c.c. di pesi o condizioni sulla quota di legittima.

8.1. Cenni sul divieto ex art. 549 c.c.

Com'è noto, l'art. 549 c.c. vieta al testatore di apporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari.

Rientra nel concetto di “peso” ogni disposizione congegnata in modo tale da menomare la consistenza economica dei beni lasciati a titolo di legittima (si pensi alla presenza di un *modus*, oppure di un legato posto espressamente a carico del solo legittimario), mentre rientra nel concetto di “condizione” la disposizione che alteri la posizione giuridica del legittimario rispetto a tali beni (si pensi alla presenza di un termine o di una condizione)³¹⁴.

Autorevole dottrina³¹⁵ ritiene che la disposizione che violi la norma in oggetto debba esser qualificata come “intenzionalmente lesiva” della legittima e che ciò la distingua, pertanto, dalla disposizione semplicemente esposta all'azione di riduzione, la quale sarebbe invece soltanto “accidentalmente lesiva”.

In altri termini, secondo tale tesi il carattere lesivo di quest'ultimo tipo di disposizione sarebbe accertabile solo oggettivamente ed a posteriori, cioè alla luce del fatto che il valore di essa eccede quello della disponibile, mentre il primo tipo di disposizione denoterebbe ab initio la volontà del disponente di pregiudicare la consistenza economica (o comunque di alterare la condizione giuridica) di attribuzioni patrimoniali che al legittimario spettano, nella loro integrità, per disposizione di legge.

Da tale distinzione discenderebbe, altresì, un diverso regime sanzionatorio, poiché mentre la disposizione riducibile sarebbe affetta da una mera inefficacia sopravvenuta (che il legittimario farebbe valere – appunto – con l'azione di riduzione), nel caso di disposizione affetta da pesi o condizioni questi ultimi dovrebbero considerarsi nulli e quindi come non apposti, anche argomentando da norme come gli artt. 634 c.c. e 647, ult. co., c.c.³¹⁶.

Secondo altra impostazione³¹⁷, invece, sarebbe errato qualificare la disposi-

³¹⁴ Cfr. sul punto L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1984, 99-100, per il quale l'espressione “pesi o condizioni” deve ritenersi comprensiva “non solo dell'onere (*modus*) e della condizione in senso tecnico, ma di ogni disposizione che diminuisca, vel in quantità vel in tempore, i diritti riservati ai legittimari, o comunque modifichi la loro posizione giuridica rispetto ai beni appartenenti alla riserva”; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 331 per il quale il vocabolo “condizioni” è utilizzato “per indicare ogni limitazione qualitativa, d'ordine temporale o condizionale, al libero godimento della legittima”.

³¹⁵ Cfr. per tutti L. Ferri, *Legittimari*, in *Comm. SB*, Bologna-Roma, 1981, 102 ss.; A. Cicu, *Le successioni*, Milano, 1947, 227; G. Capozzi, *Successioni*, cit., 299.

³¹⁶ Appare evidente che, nel caso in cui la disposizione a favore del legittimario e gravata da pesi o condizioni abbia ad oggetto beni eccedenti la legittima a costui spettante, la sanzione prevista dalla norma si applichi solo alla porzione di disposizione idonea a “coprire” la legittima.

³¹⁷ Cfr. L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., 99 ss.

zione in oggetto come “intenzionalmente lesiva”, poiché la presenza di una lesione di legittima è sempre accertabile solo a posteriori, cioè una volta apertasi la successione del disponente.

In tale ottica, pertanto, la sanzione discendente dalla violazione dell'art. 549 c.c. sarebbe l'inefficacia relativa (cioè rilevabile dal solo legittimario) del peso o della condizione gravanti sul lascito³¹⁸, cioè un'inefficacia che opera ipso iure³¹⁹, a differenza di quella che colpisce il lascito nel suo complesso quando lo stesso sia semplicemente soggetto a riduzione (e che è oggetto di una pronunzia giudiziale di natura costitutiva).

L'ordinamento prevede però talune deroghe al divieto ex art. 549 c.c.

A talune di esse fa espresso riferimento la parte finale di detta norma: trattasi di deroghe contenute in disposizioni dettate in tema di divisione ereditaria, e precisamente negli artt. 713, co. 2°, c.c. (per il quale il testatore può, in presenza di eredi minorenni, differire la divisione fino al compimento della maggiore età da parte del più giovane di essi), 713, co. 3°, c.c. (il testatore può differire la divisione dell'asse o di parte di esso per un periodo non eccedente i 5 anni), 733 c.c. (il testatore può dettare norme per la divisione) e 734 c.c. (il testatore può effettuare la divisione dei beni nel testamento)³²⁰.

Esistono poi talune fattispecie in cui è controverso se il divieto ex art. 549 c.c. debba o meno applicarsi: ai fini della presente indagine, fra tali fattispecie assume rilievo quella prevista dall'art. 356 c.c..

Nel caso in cui il testatore abbia attribuito ad un legittimario totalmente incapace beni integranti la sua legittima e che dovranno essere amministrati da un curatore speciale designato dal de cuius in luogo del rappresentante legale, ci si chiede infatti se la previsione di detto curatore speciale costituisca o meno un peso sulla legittima.

Secondo un primo orientamento³²¹ la risposta dovrebbe essere affermativa per due ragioni:

- a) la *ratio* dell'art. 356 c.c. (incentivare all'effettuazione della liberalità colui che non gradisca di vedere i beni oggetto di essa amministrati dal legale rappresentante del beneficiario) sarebbe nel caso di specie assente, poiché chi attribuisce beni compresi nella legittima altro non fa che attribuire beni che comunque spetterebbero al beneficiario per legge (si che in pratica farebbe difetto un vero e proprio spirito liberale);
- b) l'art. 324, co. 3°, n. 3, c.c. dichiara espressamente “priva di effetto”, per la

³¹⁸ Ovvero, al solito, sulla sola parte del lascito idonea a “coprire” la legittima, se il lascito ecceda il valore di quest'ultima.

³¹⁹ E che, come tale, verrà accertata dal giudice con una sentenza meramente dichiarativa.

³²⁰ Ulteriori deroghe al divieto ex art. 549 c.c. sono reperibili in altre norme: trattasi dell'art. 692 c.c. (che ammette il fedecomesso assistenziale anche su beni costituenti la legittima) e 540, co. 2°, c.c. (il diritto di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite da detta norma può giungere a gravare, se la disponibile è insufficiente, sulla legittima del coniuge stesso ed eventualmente su quella dei figli).

³²¹ Cfr. A. Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano ..., 184-185; G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, Milano, 1985-1989, vol. II, 813.

parte in cui mira a riferirsi alla quota di legittima, la condizione – apposta alla donazione o al lascito a vantaggio di un minore – che sul bene donato o lasciato non vi sia l'usufrutto legale dei genitori.

Appare però preferibile la soluzione negativa³²², la quale così replica alla sopra esposta tesi:

- a) in linea di principio, solo a posteriori è accertabile se il bene oggetto della liberalità rientra o meno nella legittima;
- b) il richiamo all'art. 324, co. 3°, n. 3, c.c. appare fuori luogo, poiché in tale ipotesi il dante causa mira a modificare la condizione giuridica dei beni compresi nella legittima, mentre nel caso in esame egli mira semplicemente a rimpiazzare il rappresentante legale del beneficiario con altro soggetto a lui gradito nell'amministrazione dei beni oggetto della liberalità (come consente di fare l'art. 356 c.c., senza distinguere a seconda che i beni figurino o meno nella legittima).

8.2. Analisi della questione

Occorre preliminarmente individuare in quale fattispecie concreta potrebbe porsi il problema del divieto di cui all'art. 549 c.c.: considerato, infatti, che l'art. 15 paragrafo primo lettera c) della Convenzione impone a qualunque trust il rispetto delle nostre norme in tema di legittima, l'art. 549 c.c. è una norma imperativa con cui il trust deve fare i conti³²³.

Una considerazione preliminare s'impone: la questione sorge solo per il trust testamentario e non anche per il trust liberale *inter vivos*, poiché l'applicabilità dell'art. 549 c.c. al solo testamento (e non anche alla donazione) è pacifica³²⁴.

Tanto premesso, si deve ipotizzare che un soggetto, non avendo in vita tacitato le pretese di un legittimario mediante donazioni (ovvero avendo effettuato in favore di costui donazioni insufficienti ad integrarne la legittima), istituisca un trust testamentario prevedendo l'attribuzione di beni dell'asse a detto legittimario: in detto caso, infatti, è certo che tali beni (o parte di essi, se ne eccedono il valore) fanno parte della legittima di costui.

Tanto premesso, in queste ipotesi appare difficile escludere che l'attribuzione testamentaria a mezzo trust di regola³²⁵ violi l'art. 549 c.c.: i vantaggi patrimoniali previsti a favore del beneficiario dal disponente, infatti, appaiono sottoposti a termine iniziale e/o a condizione sospensiva, in quanto nell'immediato egli non è desti-

³²² Cfr. in dottrina L. Mengoni, *Successioni a causa di morte*, cit., 102-103; in giurisprudenza (in relazione all'art. 247 del codice civile del 1865) Cass. 18 febbraio 1937, in *FI*, 1937, I, 171.

³²³ Sul tema cfr. E. Moscati, *Trust e vicende*, cit., 1113 ss. ed ivi nt. 101; S. Bartoli, *Trusts*, cit., 659 ss.

³²⁴ Non sembra cogliere questo aspetto chi (cfr. F. Viglione, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005, 108 e 109) parla genericamente di possibile violazione dell'art. 549 c.c. da parte di un trust, senza specificare che deve trattarsi di un trust testamentario. Ritengono che la clausola di un trust testamentario attributivo della legittima sia nulla ex art. 549 c.c. F. Rota-G. Biasini, *Il trust e gli istituiti affini in Italia*, cit., 60-61.

³²⁵ Si vedrà, infatti, che in talune peculiari fattispecie non pare sussistere violazione dell'art. 549 c.c.

natarario di attribuzione alcuna in piena proprietà (anzi, nel caso in cui egli sia destinatario di sole rendite del trust fund, nessun bene capitale mai gli perverrà)³²⁶.

A prima vista parrebbe ipotizzabile, nel caso in cui il beneficiario del trust legittimario sia totalmente incapace, una violazione dell'art. 549 c.c. sotto un ulteriore profilo, dato dal fatto che il disponente ha designato, in sostituzione del legale rappresentante dell'incapace, un amministratore (il trustee) dei beni attribuiti a costui.

A ben guardare, però, tal ulteriore profilo d'illegittimità appare da escludere per almeno due ragioni:

- a) i beni in trust appartengono al detto amministratore (cioè al trustee) e non al beneficiario legittimario;
- b) anche a voler disattendere quanto osservato sub a), si tende ad escludere, come si è visto nel paragrafo precedente, che la nomina all'incapace legittimario di un curatore speciale ex art. 356 c.c. violi l'art. 549 c.c.

Esistono, però, peculiari fattispecie in presenza della quali la violazione dell'art. 549 c.c. parrebbe da escludere.

Viene in primo luogo in questione l'ipotesi in cui l'imposizione di pesi sulla legittima attribuita mediante trust testamentario si realizzi attraverso meccanismi corrispondenti, o comunque funzionalmente analoghi, a quelli descritti dagli artt. 713, co. 2° e co. 3°, c.c.³²⁷, 733 c.c. e 734 c.c. (norme appunto prevedenti pesi lecitamente apportionabili, come ammette la stessa parte finale dell'art. 549 c.c.).

Si pensi al caso in cui il testatore abbia disposto che il riparto dei beni dell'asse fra i beneficiari del trust - in tutto o in parte minorenni - debba essere effettuato dal trustee solo al compimento del diciannovesimo anno di età da parte dell'ultimo nato fra costoro, ovvero al caso in cui il disponente differisca il riparto di tali beni fra i beneficiari allo spirare di un lasso di tempo non eccedente il quinquennio dalla sua morte, ovvero infine al caso in cui il disponente affidi al trustee il compito di procedere alla divisione dell'asse senza fornirgli alcun criterio direttivo al riguardo.

Viene in secondo luogo in questione una nota regola del diritto inglese dei trusts: trattasi della regola nota come "Saunders v. Vautier"³²⁸, secondo la quale, se

³²⁶ Non appare tener conto di questo aspetto chi (cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 424 ss.), con riferimento ad un trust testamentario del quale saranno beneficiari prima il coniuge del disponente finché vive (o comunque fino alla cessazione del vincolo di coniugio) e poi i figli del disponente, dopo aver affermato che qualora detto trust "riguardasse l'intero patrimonio del disponente ci sarebbe, in mancanza di precedenti liberalità in favore dei figli, una palese lesione dei loro diritti successori" (cfr. ivi, 427), si limita ad ipotizzare (cfr. ivi, 428-429) la sola eventualità dell'azione di riduzione e non anche quella (ben più grave, perché pone in discussione la stessa validità del negozio) dell'azione ex art. 549 c.c.. In una situazione del genere, pertanto, appare preferibile l'istituzione di un trust *inter vivos*, in modo appunto da confinare i problemi di lesione della legittima (stante l'inapplicabilità in tal caso dell'art. 549 c.c.) nell'ambito dell'azione di riduzione.

³²⁷ Nello stesso senso cfr. M. Graziadei, *Trust nel diritto angloamericano*, in *Dig. comm.*, XVI, Torino, 1999, 264.

³²⁸ Cfr. Saunders v. Vautier (1841) 4 Beav. 115 ovvero Cr. & Ph. 240. Sul principio cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 729 ss.; M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 97-99.

esiste un unico beneficiario del trust e costui è capace di agire (o se vi sono più beneficiari capaci di agire e d'accordo fra loro), essi possono far cessare anzitempo il trust, indipendentemente dai desideri in origine espressi dal disponente.

Com'è stato osservato ³²⁹, detta regola “recognises the rights of beneficiaries who are sui juris and together absolutely entitled to the trust property to exercise their proprietary rights to overbear and defeat the intentions of a testator or settlor”.

La regola si spiega con la considerazione che, essendo il trust per definizione istituito nell'interesse dei beneficiari, una volta che costoro siano esattamente individuati non v'è ragione per costringerli ad attendere il termine finale del trust fissato dal disponente.

Costoro, pertanto, se sono capaci d'agire, ben possono concordemente decidere di costringere il trustee a distribuire loro immediatamente la trust property.

È importante sottolineare che la regola si applica solo se i beneficiari sono (oltre che capaci d'agire) “absolutely entitled”, cioè se essi – complessivamente considerati - vantano un diritto certo sulla totalità del trust fund.

Tanto per fare degli esempi, la regola è stata ritenuta non applicabile nel caso in cui vi sia un beneficiario “contingent” (cioè sotto condizione sospensiva) ³³⁰, come pure nel caso in cui il disponente abbia indicato come beneficiari una rosa o categoria di soggetti congegnata in modo tale che fino al termine del trust non è possibile sapere chi ne farà effettivamente parte ³³¹ (si pensi ad un trust destinato a durare 80 anni e del quale dovranno essere beneficiari i discendenti del disponente che siano viventi al termine del trust stesso).

Poiché è la legge regolatrice del trust, in base all'art. 8 paragrafo secondo lettera h) della Convenzione, a regolarne le ipotesi di cessazione, pare difficile escludere che la regola debba applicarsi ad un trust interno disciplinato dalla legge inglese o da quella di uno dei numerosi Paesi (anche non di common law) che vi si sono conformati ³³².

In fattispecie del genere, pertanto, pare da escludersi che la fattispecie di trust testamentario oggetto di questa disamina incorra nella violazione dell'art. 549 c.c.: la possibilità dei beneficiari di porre fine ad esso in qualsiasi momento conseguendo i beni che ne sono oggetto, infatti, implica che la legittima di costoro non sia affetta da alcun peso.

³²⁹ Cfr. *Goulding v. James* [1997] 2 All ER 239.

³³⁰ Cfr. *Re Lord Nunburnholme* [1912] 1 Ch 489: in quel caso un soggetto era stato indicato come beneficiario se avesse raggiunto l'età di 30 anni e si è pertanto escluso che costui potesse reclamare la quota di beni in trust spettantegli prima che la condizione si fosse avverata.

³³¹ Cfr. *Re Jefferies* [1936] 2 All ER 626.

³³² Cfr. ad esempio Jersey, art. 43 (3) *Trust Law 1984 (as amended 2006)*; Malta, art. 17 (3) *Trusts and Trustees Act 2004*; S. Marino, art. 52, co. 3, l. 17 marzo 2005, n. 37. Quanto agli U.S.A., sino dalla fine del XIX secolo la maggior parte degli Stati (si pensi ad esempio al Texas) segue invece una regola di segno opposto a quella inglese, sulla scia del famoso precedente del 1889 *Clafin v. Clafin* 20 N.E. 454. Sulla questione cfr. altresì M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 230-231.

9. Clausola secondo la quale il diritto del beneficiario del trust sarà amministrato da un soggetto diverso da costui

9.1. Premessa

Non è infrequente reperire in un trust interno una clausola del genere ³³³, la quale è generalmente ammessa da varie leggi straniere regolatrici del trust.

Un caso eclatante al riguardo è rappresentato dall'art. 100, co. 2°, di una legge di Cayman Islands ³³⁴, secondo il quale – appunto – i diritti dei beneficiari possono essere esercitati nei confronti del trustee esclusivamente dal soggetto all'uopo designato dal disponente ³³⁵.

Poiché il nostro ordinamento ammette la rappresentanza nell'esercizio dei diritti unicamente nelle forme della rappresentanza volontaria e della rappresentanza legale (intendendosi per quest'ultima, nel contesto che stiamo esaminando, quella legata a fenomeni di incapacità di agire ³³⁶), sorge il problema di verificare la validità di una siffatta clausola, la quale parrebbe esser fonte di una sorta di “rappresentanza atipica”.

Nel caso del beneficiario del trust capace ³³⁷, infatti, vi sarebbe un soggetto che agisce in sua vece in virtù di una dichiarazione di volontà proveniente da un soggetto (il disponente) diverso dal rappresentato stesso.

Quanto poi al caso del beneficiario del trust totalmente incapace, vi sarebbe un soggetto che agisce in sua vece il quale è diverso dal suo legale rappresentante e la cui investitura ha fonte non già in un provvedimento giudiziale ³³⁸ ovvero in una norma di legge ³³⁹, bensì in una dichiarazione di volontà proveniente da un soggetto “privato” (il disponente).

Analoghe sono poi le perplessità suscitate dalla clausola nel caso del beneficiario del trust rientrante in tipologie di incapacità meramente parziale ³⁴⁰, poi-

³³³ Per un esempio cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 125 e 464 (cfr. clausola qualificata come “art. 1”). Di solito la clausola mira ad operare per un periodo di tempo determinato (ad esempio, fino al compimento della maggiore età da parte del beneficiario minorenni).

³³⁴ Più precisamente, trattasi della Trust Law Revision del 2001, nella cui parte VIII sono confluite le disposizioni di una precedente legge del 1997 (intitolata “Special Trust Alternative Regime”).

³³⁵ Si tratta di una delle disposizioni più significative del cosiddetto “S.T.A.R. Trust” (la sigla sta per “Special Trust Alternative Regime”, che è poi il titolo della legge del 1997 di cui alla nt. precedente).

³³⁶ È noto che comunemente viene definita “rappresentanza legale” anche quella degli amministratori di enti e società, che in realtà più propriamente va definita come “rappresentanza organica”, non trattandosi di fenomeno rappresentativo in senso proprio ma di fenomeno di “imputazione” degli effetti ad un soggetto diverso dall'agente.

³³⁷ Come meglio si vedrà nel prosieguo, ci si riferisce non solo al soggetto maggiorenne non interdetto né inabilitato, ma anche a colui che è sottoposto ad un tipo di amministrazione di sostegno (d'ora in avanti, per brevità: a. di s.) che non l'ha privato in alcun modo della capacità di agire.

³³⁸ Come accade per il tutore del minore o dell'interdetto. Lo stesso discorso vale per l'a. di s., laddove si ritenga possibile la sua nomina anche in relazione ad un soggetto totalmente incapace e, correlativamente, l'attribuzione a detto a. di s. di poteri di rappresentanza legale analoghi a quelli del tutore (sulla questione si avrà modo di tornare nel § 9 marzo 1).

³³⁹ Come accade per i genitori del minore.

³⁴⁰ Si pensi all'inabilitato, all'emancipato o al beneficiario di un tipo di a. di s. che lo ha solo parzialmente privato della capacità.

ché essa mira ad “esautorare” lo stesso beneficiario del trust (quanto agli atti che egli potrebbe compiere di persona), il soggetto (curatore o a. di s.) che dovrebbe assisterlo per legge o per provvedimento giudiziale (quanto agli atti per i quali tale assistenza sarebbe prevista) ed il soggetto (a. di s.) che dovrebbe rappresentarlo per provvedimento giudiziale (quanto agli atti per i quali tale rappresentanza sarebbe prevista).

L’esigenza di affrontare il problema in questione si evince con chiarezza, per l’ipotesi del beneficiario del trust incapace o parzialmente capace, dal tenore dell’art. 15 paragrafo primo lettera a) della Convenzione (secondo il quale un trust non può violare le norme imperative in tema di “protezione di minori e di incapaci”)³⁴¹, ma dev’essere affermata anche per l’ipotesi del beneficiario del trust capace, poiché è pacifico che l’elencazione di materie contenuta nel detto art. 15 sia meramente esemplificativa³⁴², sì che la norma in pratica dev’essere interpretata come recante un generale divieto di violazione di norme imperative.

9.2. Ipotesi di beneficiario capace d’agire

Occorre premettere che le considerazioni contenute in questo paragrafo riguardano non solo la tradizionale figura del soggetto maggiorenne non interdetto né inabilitato, ma anche la peculiare figura (che è stata individuata da attenta dottrina³⁴³ e già ha trovato riscontro in talune pronunzie giurisprudenziali³⁴⁴) del soggetto sottoposto ad una a. di s. che non l’ha affatto privato della capacità d’agire.

Ci si riferisce all’ipotesi (che in effetti l’ampio tenore del nuovo art. 405, co. 5°, n. 3 e 4, c.c. non pare consentire di escludere) in cui il decreto di nomina dell’a. di s. si limiti a prevedere che taluni atti potranno, alternativamente, essere compiuti personalmente dal beneficiario di a. di s. o, in sua vece, dal suo a. di s.: in casi del genere, infatti, essendo prevista una rappresentanza da parte dell’a. di s. non già esclusiva, ma meramente “concorrente”, di fatto non si verifica alcuna menomazione della capacità.

Con riguardo ai soggetti capaci d’agire, la clausola qui in esame parrebbe a prima vista affetta da nullità, in virtù di quanto si è osservato nel paragrafo precedente.

³⁴¹ Per un breve accenno all’esistenza del problema cfr. anche M. Lupoi, *L’atto istitutivo*, cit., 12-13, 125 e 306-308 (il quale, però, parrebbe escludere che la clausola in esame violi l’art. 15 della Convenzione); V. Vigoriti, *Trustee e beneficiari: l’arbitrato difficile*, *Trusts*, 2002, 508 ss.

³⁴² Ciò si evince dall’espressione “in particolare nelle seguenti materie” contenuta nella detta norma.

³⁴³ Cfr. E. Calò, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004, 126-127; G. Marcoz, *La nuova disciplina in tema di amministrazione di sostegno*, in *RN*, 2005, 526-527. Sul nuovo istituto dell’amministrazione di sostegno cfr. anche AA.VV., *L’amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, a cura di A. Bortoluzzi, Torino, 2005; G. Bonilini-A. Chizzini, *L’amministrazione di sostegno*, Padova, 2004; Autorino-Stanzione-Zambrano, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004; Gorgoni, *L’amministrazione di sostegno: profili sostanziali*, in *RDPPriv*, 2006, 3, 603. Sui rapporti tra amministrazione di sostegno e trust cfr. M.R. Spallarossa, *Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto*, in *Trusts*, 2006, 7, 354; Cipriani, *L’amministratore di sostegno e il trust interno*, in *NGCC*, 2006, 299.

³⁴⁴ Cfr. Trib. Parma-Giudice Tutelare (decr.) 2 aprile 2004, in *Not*, 2004, 397; Trib. Pinerolo-Giudice Tutelare (decr.) 4 novembre 2004, in *NGCC*, 2005, I, 1.

Occorre comunque chiedersi se, per avventura, la clausola possa essere in un qualche modo “salvata” dalla sanzione suddetta, stante la sostanziale meritevolezza di tutela degli interessi che, in specie nei trusts liberali, il disponente intenderebbe perseguire mediante il suo utilizzo: pare infatti evidente che, in casi del genere, colui che ha istituito il trust intenda assicurare un’oculata gestione dei diritti attribuiti al beneficiario.

Tanto premesso, la clausola potrebbe forse interpretarsi (un po’ forzatamente, invero) come attributiva del diritto al beneficiario sotto la condizione sospensiva che egli consenta che tale diritto sia esercitato da un terzo, cioè - in pratica - a condizione che egli conferisca a detto terzo un mandato con rappresentanza ad amministrare la posizione beneficiaria; in alternativa, il conferimento di detto mandato con rappresentanza potrebbe esser ritenuto oggetto di un’obbligazione modale, collegata alla previsione della risoluzione della posizione beneficiaria (ex artt. 648, ult. co., c.c., ovvero 793, ult. co., c.c.) in caso di inadempimento di tale obbligazione³⁴⁵.

Onde evitare i suddetti problemi interpretativi, pertanto, la redazione della clausola dovrà esser effettuata in modo tale da rendere inequivoca la volontà del disponente di indurre il beneficiario a conferire il suddetto mandato rappresentativo al terzo.

Occorrerà stabilire, ad esempio, se il mandato debba essere gratuito o oneroso e se la procura conferita è speciale o generale.

Al di là di tali considerazioni, preme tuttavia rilevare che, anche se la clausola venisse così configurata ed il beneficiario conferisse pertanto il detto mandato rappresentativo al terzo, egli non perderebbe il potere di compiere personalmente gli atti per cui il mandato è stato conferito, sì che gli intenti del disponente ne risulterebbero completamente frustrati³⁴⁶.

³⁴⁵ Appare opportuno precisare che un trust testamentario contenente una condizione o un modus siffatti può, comunque, porre un problema di validità sotto un diverso profilo. Se infatti il beneficiario del trust è un legittimario del disponente e l’attribuzione a suo favore fa parte della sua legittima, occorre tener conto dell’art. 549 c.c.. In altri termini, in casi del genere non solo si pone la generale questione (già esaminata al § 8) se l’attribuzione della legittima a mezzo trust testamentario costituisca o meno un peso vietato da detta norma, ma è necessario altresì chiedersi (e la risposta parrebbe inevitabilmente positiva) se la condizione o il modus in esame siano parimenti vietati dalla norma stessa.

³⁴⁶ Un inconveniente ulteriore della soluzione del mandato è l’eventuale sopravvenuta incapacità del beneficiario del trust-mandante, che ai sensi dell’art. 1722, n. 4, c.c. determinerebbe un’estinzione del mandato stesso evidentemente non accompagnata dall’estinzione della posizione beneficiaria: in tal caso, infatti, non si potrebbe affermare che la condizione non si è avverata o che il modus non è stato inadempito, poiché a suo tempo il mandato al terzo venne dal beneficiario del trust regolarmente conferito. A questo tipo di inconveniente potrebbe forse evitarsi prevedendo nella clausola che, ove appunto sopravvenga l’incapacità del beneficiario del trust-mandante, i suoi diritti saranno comunque amministrati dal soggetto indicato dal disponente: tale previsione sarà però ammissibile nei ristretti limiti individuati nel successivo §. Per la questione se il mandato conferito da un soggetto capace sopravviva o meno alla sopravvenuta apertura di un’a. di s. comportante la perdita anche solo parziale della capacità, stante il silenzio sul punto del citato art. 1722, n. 4, c.c. cfr. per tutti F. Mascolo-G. Marcoz, *L’amministrazione di sostegno e l’impianto complessivo del codice civile*, in *Riv.*, 2005, 1353-1354 e bibliografia ivi citata.

Né parrebbe potersi ovviare del tutto al suddetto inconveniente richiedendo che il beneficiario conferisca al terzo un mandato irrevocabile, poiché in tal caso il beneficiario-mandante conserverebbe non solo il potere di compiere da solo gli atti oggetto del mandato, ma anche (visto l'art. 1723, co. 1°, c.c.) il potere di revocare il mandato stesso, con l'unico deterrente dato dall'obbligo di risarcire il danno al terzo-mandatario ove la revoca fosse priva di giusta causa.

Potrebbe forse ipotizzarsi, onde ovviare ai suddetti inconvenienti, l'apposizione nell'atto, da parte del disponente, di un'ulteriore condizione (stavolta di natura risolutiva) ovvero di un'ulteriore obbligazione modale che determinino la perdita della qualità di beneficiario nel caso in cui il soggetto, dopo aver conferito il suddetto mandato con rappresentanza al terzo, compia un qualsiasi atto di amministrazione dei suoi diritti³⁴⁷.

La liceità di tale ulteriore condizione o *modus*, tuttavia, parrebbe destare più di una perplessità, dal momento che essa pare concretizzare una totale esclusione della libertà contrattuale di un soggetto (il beneficiario del trust) che è pienamente capace d'agire.

Alla luce delle varie osservazioni fin qui svolte, pertanto, le uniche soluzioni che parrebbero senza incertezze consentire al disponente di conseguire un risultato analogo a quello cui mira la clausola in esame sono, alternativamente:

- a) quella del ricorso ad un trust discrezionale, nel qual caso il beneficiario non sarebbe titolare di alcun diritto, ma solo di un'aspettativa di fatto e la tutela della sua posizione sarebbe in definitiva rimessa, a monte, alla discrezionalità del trustee³⁴⁸;
- b) quella del ricorso ad un trust di scopo la cui finalità sarebbe – appunto – quella di provvedere alle esigenze del soggetto capace, nel qual caso quest'ultimo sarebbe privo della qualifica di beneficiario³⁴⁹.

9.3. Ipotesi di beneficiario del trust incapace d'agire

9.3.1. Beneficiario del trust totalmente incapace

Occorre ora analizzare l'ipotesi in cui il disponente, avendo designato quale beneficiario un soggetto totalmente incapace, abbia inserito nel trust una clausola prevedente che i diritti di costui siano esercitati, in sua vece, non già dal suo legale rappresentante, bensì da altro soggetto.

La questione si pone non solo per le tradizionali figure del minore e dell'interdetto, ma anche per la nuova figura del soggetto che, pur versando in condi-

³⁴⁷ Nel caso di trust testamentario, al solito, tale ulteriore condizione o *modus* pone il problema del rispetto dell'art. 549 c.c. se il beneficiario è altresì un legittimario: cfr. precedente nt. 346.

³⁴⁸ Detta discrezionalità del trustee nell'attribuzione dei benefici incontrerà, naturalmente, una serie di limitazioni, la cui portata è oggetto del § 4.

³⁴⁹ Questa soluzione si ispira a M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 13, che ne parla con riferimento ad un soggetto incapace d'agire. È evidente che, trattandosi di scopo *not charitable*, per il trust in questione non potrà essere scelta, quale legge regolatrice, quella inglese, bensì quella di uno Stato che ammetta – appunto – un trust di scopo siffatto [(è il caso, ad esempio, degli artt. 11 e 12 della Trust Jersey Law 1984 (as amended 2006)].

zioni tali da poter essere interdetto, è stato invece sottoposto ad un'a. di s. di contenuto tale che l'amministratore, analogamente ad un tutore, svolge funzioni di sua totale rappresentanza legale.

Occorre comunque precisare che l'ammissibilità di quest'ultima figura è molto discussa sia in dottrina ³⁵⁰ che in giurisprudenza ³⁵¹.

³⁵⁰ La questione non può essere affrontata in questa sede in tutta la sua ampiezza. Per la tesi positiva cfr. G. Marozz, cit. 527; per la tesi contraria alla figura, in quanto potenzialmente elusiva delle sempre vigenti disposizioni in tema di interdizione, cfr. invece A. Jannuzzi-P. Lorefice, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, 319-320.

³⁵¹ Per la tesi positiva cfr. Trib. Genova-Giudice Tutelare (decr.) 14 marzo 2006, *Trusts*, 2006, 415; Trib. Campobasso-Giudice Tutelare (decr.) 26 aprile 2004, in *GC*, 2005, I, 3175; Trib. Modena-Giudice Tutelare (decr.) 15 novembre 2004, in *Corr. mer.*, 2005, 12; Trib. Modena-Giudice Tutelare (decr.) 11 agosto 2005, in *Trusts*, 2006, 581; Trib. Modena-Giudice Tutelare (decr.) 2 settembre 2005, in *DeG*, 2005; Trib. Bologna-Giudice Tutelare (decr.) 11 luglio 2005, in *FI*, 2005, I, 3482; Trib. Milano-Giudice Tutelare (decr.) 21 marzo 2005, in *GM*, 2005, 11, 2343; Trib. Roma-Giudice Tutelare (decr.) 19 febbraio 2005, *DeG*, 2005; Trib. Roma-Giudice Tutelare (decr.) 7 gennaio 2005, in *GM*, 2005, 11, 2344; per la tesi contraria cfr. invece Trib. Bari-Giudice Tutelare (decr.) 5 ottobre 2004, in *GM*, 2005, 2, 241; Trib. Nocera Inferiore-Giudice Tutelare (decr.) 8 luglio 2004, in *GM*, 2005, 5, 1074; Trib. Monza-Giudice Tutelare (decr.) 6 luglio 2004, in *GM*, 2005, 2, 242; Trib. Roma-Giudice Tutelare (decr.) 18 novembre 2004, inedita; Trib. Benevento-Giudice Tutelare (decr.) 15 febbraio 2005, in *RGMS*, 2004, 80 e, soprattutto Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 440, in *FD*, 2/2006, 121, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità del nuovo art. 404 c.c., nella parte in cui – secondo la tesi del giudice a quo – esso renderebbe l'a. di s. uno strumento fungibile rispetto all'interdizione, poiché in nessun caso l'ambito di detta procedura può coincidere con quello dell'interdizione. Parebbe tendere, invece, ad una composizione del conflitto interpretativo la recente Cass. 12 giugno 2006, n. 13584, in *CG*, 2006, 1529, con nota di Bugetti, secondo la quale, in estrema sintesi: a) l'a. di s. può essere disposta anche con riguardo ad un soggetto totalmente incapace, ma solo a patto che, nel caso concreto, tale misura appaia più idonea dell'interdizione a soddisfare le esigenze del soggetto; b) tale maggiore idoneità sussiste allorché si tratti di compiere, nell'interesse dell'incapace totale, una "attività minima, estremamente semplice, e tale da non rischiare di pregiudicare gli interessi del soggetto, vuoi per la scarsa consistenza del patrimonio disponibile, vuoi per la semplicità delle operazioni da svolgere (attinenti, ad esempio, alla gestione ordinaria del reddito da pensione e per l'attitudine del soggetto protetto a non porre in discussione i risultati dell'attività di sostegno nei suoi confronti"; c) deve invece procedersi all'interdizione se si tratta "di gestire un'attività di una certa complessità... ovvero nei casi in cui appaia necessario impedire al soggetto da tutelare di compiere atti pregiudizievoli per sé, eventualmente anche in considerazione della permanenza di un minimum di vita di relazione... ovvero in ogni altra ipotesi in cui il giudice di merito... ritenga lo strumento di tutela apprestato dall'interdizione l'unico idoneo" per la protezione di quel dato soggetto; d) il criterio del tipo di attività (semplice o complessa) da compiersi "non esclude, peraltro, la necessità della considerazione, in via concorrente, di quelli concernenti la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento". Nella fattispecie decisa dalla Suprema Corte, la madre e la sorella di un avvocato divenuto totalmente incapace avevano richiesto invano sia al Giudice Tutelare che alla Corte d'Appello di Salerno la nomina di un a. di s.: i giudici di merito, infatti, avevano ritenuto che per l'incapace totale dovesse esser promossa la procedura d'interdizione. La Corte di Cassazione ha ritenuto conforme a diritto il provvedimento della Corte di Appello, avendo essa "valorizzato... non già la sola condizione fisica del soggetto... - peraltro descritta come... tale da non consentirgli di provvedere autonomamente ad alcun atto della vita – ma altresì la complessità degli atti da compiere per suo conto, avuto anche riguardo alla pregressa attività professionale svolta dall'infermo".

Degna di nota è anche la recente Corte cost. (ord.) 8 gennaio 2007, n. 4, inedita, ma reperibile nel sito web www.giurcost.org, consultato il 20 gennaio 2007, la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 407 e 410 c.c., sollevata in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. Il giudice rimettente (Trib. Venezia – Sez. dist. di Chioggia – Giudice Tutelare, ord.

Considerate le possibili obiezioni esposte nel § 9.1, appare possibile affermare che, a tutto concedere, la clausola sarà valida nei soli limiti consentiti dall'art. 356 c.c., secondo il quale il donante o il testatore possono prevedere che i beni donati o lasciati al minore saranno amministrati non già dal legale rappresentante di costui, bensì da un curatore speciale a tal fine designato nell'atto liberale.

Tanto nell'ipotesi di trust ora in esame quanto in quella descritta nella norma codicistica, infatti, un atto di autonomia privata compiuto dal disponente mira ad esautorare il legale rappresentante del beneficiario e ad investire della rappresentanza legale di quest'ultimo, limitatamente ai beni donati o lasciati, un soggetto diverso.

Occorre premettere che l'art. 356 c.c., pur riferendosi solo al minore, può ritenersi applicabile sia all'interdetto che al soggetto sottoposto alla peculiare e discussa ipotesi di a. di s. sopra menzionata.

Quanto al primo soggetto, l'applicabilità dell'art. 356 c.c. è pacifica, visto il generale rinvio alle norme sulla tutela dei minori contenuto nell'art. 424, co. 1°, c.c.³⁵².

Quanto poi al secondo soggetto, se è vero che l'art. 411, co. 1°, c.c. non rinvia all'art. 356 c.c., quest'ultima norma potrebbe applicarsi o in virtù di un apposito provvedimento giudiziario ex art. 411, ult. co., c.c. oppure, in difetto, in via analogica³⁵³.

Tanto premesso, nel caso di trust *inter vivos* pare in primo luogo doversi senz'altro escludere la validità della clausola laddove il negozio non abbia natura liberale, poiché in tale fattispecie si fuoriesce completamente dall'ambito di applicazione dell'art. 356 c.c.

Nel caso, poi, in cui il trust *inter vivos* abbia natura liberale, parrebbe a prima vista doversi ammettere la validità della clausola, poiché la norma codicistica si applica alla donazione, cioè ad un negozio liberale *inter vivos*, ed in tale categoria dovrebbe farsi rientrare il tipo di trust in questione.

A ben guardare, però, ove si consideri che, secondo un diffuso orientamento³⁵⁴, il trust liberale è fonte di una donazione indiretta del disponente in favore del beneficiario, parrebbe non potersi escludere la nullità della clausola in

3 gennaio 2006) aveva sollevato la questione di costituzionalità degli artt. 407 e 410 nella parte in cui non subordinano al consenso dell'interessato l'attivazione della misura dell'amministrazione di sostegno ed il compimento dei singoli atti gestionali o, comunque, non attribuiscono efficacia paralizzante al suo dissenso in ordine a tale attivazione e al compimento di tali atti. La Corte cost. ha dichiarato inammissibile la questione, affermando che, contrariamente all'assunto del rimettente, il dato normativo non esclude, ma anzi chiaramente attribuisce al giudice anche il potere di non procedere alla nomina dell'a. di s. in presenza del dissenso dell'interessato, ove l'autorità giudiziaria ritenga detto dissenso giustificato e prevalente su ogni altra diversa considerazione.

³⁵² In tal senso cfr. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, cit., 811; A. Guerra, *Il curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati ad incapaci*, in *RN*, 1960, 173.

³⁵³ Affermano invece che l'art. 356 c.c. può applicarsi, ove manchi un provvedimento estensivo ex art. 411, ult. co., c.c., anche in via diretta, F. Mascolo-G. Marozz, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1339-1341. La tesi però non persuade, poiché l'omesso rinvio all'art. 356 c.c. da parte dell'art. 411, co. 1°, c.c. parrebbe sufficiente ad escludere l'applicabilità della norma in via diretta.

³⁵⁴ Cfr. precedente nt. 100.

esame: secondo una decisione della Suprema Corte ³⁵⁵, infatti, avendo l'art. 356 c.c. natura di norma eccezionale (in quanto esso integra una deroga ai principi in tema di legale rappresentanza), lo si deve ritenere applicabile solo alla donazione diretta e non anche (stante l'impossibilità di una sua interpretazione analogica) alla donazione indiretta.

Nel caso, infine, di trust testamentario, parrebbe invece possibile ritenere valida la clausola in oggetto, poiché l'art. 356 c.c. si applica in generale ai lasciti testamentari ed in tale categoria rientra pienamente anche il lascito a mezzo trust ³⁵⁶.

9.3.2. Beneficiario del trust parzialmente incapace

In questo caso ci si riferisce non solo alle tradizionali figure dell'inabilitato e dell'emancipato, ma anche alla nuova figura del soggetto sottoposto ad un'a. di s. che lo ha privato solo in parte della capacità ³⁵⁷.

Tanto premesso, nei casi in cui il trust *inter vivos* non abbia natura liberale, al solito, la clausola parrebbe affetta da nullità, non essendovi in radice spazio alcuno per invocare l'applicabilità dell'art. 356 c.c..

Quanto poi al caso di trust testamentario o liberale *inter vivos*, con riguardo all'inabilitato ed all'emancipato parrebbe imporsi un'identica soluzione contraria alla clausola, stante la pacifica inapplicabilità a tali soggetti di tale norma codicistica ³⁵⁸.

³⁵⁵ Cfr. Cass. 5 febbraio 1975, n. 423, in *MGI*, 1975, secondo cui "Introducendo una deroga alla regola generale per cui la rappresentanza dei minori e l'amministrazione dei loro beni competono al genitore esercente la potestà, l'art. 356 c.c. integra una norma eccezionale di stretta interpretazione e non è, pertanto, applicabile alle donazioni indirette, riguardo alle quali le norme sulle donazioni dirette sono applicabili unicamente nei limiti di cui all'art. 809 c.c. (...) (nella specie, è stato escluso che il genitore potesse nominare, in base alla citata norma, un curatore speciale ai figli minori, autorizzandolo a riscuotere, dopo la sua morte, il premio di un contratto di assicurazione a favore dei superstiti di cui i minori stessi erano stati designati come beneficiari, avendo il giudice di merito escluso che tale designazione costituisse una donazione diretta o una disposizione testamentaria)".

³⁵⁶ Alla luce dell'art. 549 c.c., un trust testamentario contenente una clausola siffatta ed avente quale beneficiario un legittimario del disponente pone comunque, se l'attribuzione a suo favore fa parte della sua legittima, da un lato problemi di validità analoghi a quelli visti alla nt. 346 (cioè il problema se l'attribuzione della legittima a mezzo trust costituisca o meno un peso vietato da tale norma); dall'altro lato il problema se l'esautoramento del legale rappresentante dell'incapace beneficiario cui mira la clausola implichi o meno un'ulteriore violazione di detta norma. Considerato però che, secondo la tesi preferibile, devesi escludere che la designazione di un curatore speciale ex art. 356 c.c. al legittimario incapace violi l'art. 549 c.c. (sul punto di veda il § 8.1), parrebbe possibile dare a quest'ultimo quesito analoga soluzione negativa.

³⁵⁷ Alla nt. 352 si è visto che per il soggetto totalmente incapace è discussa l'applicabilità di un'a. di s. avente implicazioni sulla capacità del soggetto identiche a quelle che discenderebbero da una sentenza d'interdizione. La stessa questione si pone per il soggetto parzialmente incapace, per il quale si discute se l'a. di s. possa, in pratica, produrre i medesimi effetti di una sentenza d'inabilitazione. La sentenza della Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 440 citata alla nt. 352 ha risposto negativamente a tale quesito.

³⁵⁸ Cfr. in tal senso per tutti A. Jannuzzi, *Manuale*, cit., 184. Si argomenta ciò dal fatto che tali soggetti non sono sottoposti ad alcuna forma di legale rappresentanza, ma solo, ed in relazione a taluni atti, all'assistenza legale di un curatore.

Un discorso più articolato pare invece meritare colui che è sottoposto ad un'a. di s. che lo ha privato solo in parte della capacità, poiché se di regola a costui risulta inapplicabile l'art. 356 c.c.³⁵⁹, ben può ipotizzarsi un provvedimento ex art. 411, ult. co., c.c. che preveda detta applicazione³⁶⁰.

Tanto premesso, se nel primo caso vale la medesima conclusione contraria alla clausola vista per inabilitati ed emancipati, nel secondo caso la clausola parrebbe invece valida negli stessi limiti visti in tema di beneficiario del trust totalmente incapace, e pertanto essa:

- a) parrebbe di dubbia validità nel caso di trust liberale *inter vivos*, stante l'inapplicabilità dell'art. 356 c.c. alle donazioni indirette;
- b) parrebbe valida nel caso di trust testamentario;
- c) avrebbe l'effetto di validamente sostituire all'a. di s. l'amministratore individuato dal disponente limitatamente agli atti in cui l'a. di s. svolge il ruolo di legale rappresentante dell'incapace;
- d) non potrebbe invece, a pena di nullità, sostituire l'a. di s. per gli atti in relazione ai quali egli svolge la mera funzione di assistente legale dell'incapace³⁶¹.

A chiusura del presente paragrafo, appare utile evidenziare che i soggetti parzialmente incapaci conservano, comunque, il potere di compiere personalmente alcuni atti di amministrazione.

Ne discende quindi che la clausola mirante a far compiere detti atti da un soggetto individuato dal disponente in luogo del soggetto parzialmente incapace dovrebbe ritenersi in linea di principio valida, non comportando essa, in tale ambito, alcun esautoramento di rappresentanti legali o assistenti legali dell'incapace³⁶².

Quanto ai limiti di validità di detta clausola, avendo essa in definitiva la stessa funzione e natura della clausola mirante a privare un soggetto pienamente capace del potere di amministrare la propria posizione beneficiaria, si rinvia a quanto esposto nel § 9.2.

³⁵⁹ L'art. 411, co. 1°, c.c., infatti, non rinvia all'art. 356 c.c.

³⁶⁰ Affermano invece (criticabilmente, visto quanto detto alla nt. precedente) che l'art. 356 c.c. può applicarsi in via diretta a questa ipotesi di a. di s., F. Mascolo-G. Marcoz, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1339-1341.

³⁶¹ Al solito, un trust testamentario recante una clausola siffatta in relazione ad un beneficiario parzialmente incapace il quale è, altresì, legittimario del disponente pone i problemi di validità ex art. 549 c.c. che si sono visti alla nt. 346.

³⁶² Ciò rivestirebbe particolare importanza per il beneficiario del trust sottoposto ad a. di s. (che, come si evince dall'art. 405, co. 5°, n. 3 e n. 4 c.c., potrebbe conservare il potere di compiere da solo anche taluni atti di straordinaria amministrazione), per il beneficiario del trust minore emancipato autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale (che, in base all'art. 397, ult. co., c.c., può compiere da solo gli atti di straordinaria amministrazione anche se non inerenti all'impresa) e per il beneficiario del trust inabilitato che, ai sensi del nuovo art. 427, co. 1°, c.c., si sia visto riconoscere dal giudice il potere di compiere senza l'assistenza del curatore taluni atti di straordinaria amministrazione.

9.3.3. Soluzioni alternative

Appare infine utile sottolineare che tutte le varie problematiche poste dalla clausola ed esaminate nel corso dei §§ 9.3.1 e 9.3.2 potrebbero essere superate facendo ricorso ad una delle soluzioni alternative già segnalate alla fine del § 9.2: trattasi del trust discrezionale ovvero del trust di scopo la cui finalità è far fronte alle esigenze dell'incapace³⁶³.

9.4. Problema se la clausola secondo la quale il diritto del beneficiario del trust incapace sarà amministrato da un soggetto diverso dal suo legale rappresentante possa, altresì, esonerare quest'ultimo dall'obbligo di richiedere, per gli atti di straordinaria amministrazione inerenti alla posizione beneficiaria dell'incapace, le autorizzazioni giudiziali previste dalla legge

L'analisi fin qui condotta ha portato a concludere nel senso che, sia pure entro ambiti ben delimitati, appare possibile al disponente prevedere che i diritti del beneficiario del trust incapace siano amministrati non dal suo legale rappresentante, ma da un diverso soggetto designato dallo stesso disponente.

A tale conclusione si è pervenuti³⁶⁴ traendo essenzialmente spunto da quanto previsto e consentito dall'art. 356 c.c.

Tanto premesso, occorre chiedersi se la clausola suddetta, nei casi in cui essa sia ammissibile, possa giungere fino al punto di escludere l'esigenza delle autorizzazioni giudiziali per l'attività di straordinaria amministrazione inerente alla posizione beneficiaria³⁶⁵.

La risposta parrebbe in linea di principio positiva, poiché lo stesso art. 356 c.c. prevede, al secondo comma, tale possibilità.

Occorre però precisare che, facendo la norma in questione limitato riferimento agli artt. 374 e 375 c.c., essa non consente l'esonero dalle autorizzazioni in due ipotesi:

³⁶³ Cfr. per quest'ultima soluzione M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 13.

³⁶⁴ Cfr. §§ 9 marzo 1 e 9.3 febbraio

³⁶⁵ Si pensi alla riscossione di somme, ovvero all'alienazione della posizione beneficiaria stessa. Ben diversa dal problema trattato nel testo è invece – occorre evidenziarlo – la questione se il trustee di un trust con beneficiario incapace debba o meno richiedere, allorché intenda compiere atti di straordinaria amministrazione dei beni in trust, le autorizzazioni giudiziali richieste dalla legge in tema di amministrazione di beni di incapaci. Per la disamina della questione cfr. in dottrina S. Bartoli, *Trust con beneficiari incapaci e rispetto delle nostre norme imperative in materia*, in *Trusts*, 2003, 560 ss. (che opta per la soluzione negativa), con ampia bibliografia (per ulteriore bibliografia cfr. G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1063; nel senso invece che le autorizzazioni in questione occorrerebbero, ma in sostanza senza motivare sul punto cfr. recentemente F. Viglione, *Vincoli di destinazione*, cit., 106 (nt. 116). Quanto alla giurisprudenza, essa a quanto consta si è pronunziata tre volte sulla questione, fra l'altro senza fornire motivazioni a supporto delle soluzioni prescelte (in due dei tre casi, fra l'altro, si tratta di meri obiter dicta): in due ipotesi (cfr. Trib. Perugia-Giudice Tutelare (decr.) 26 giugno 2001, in *Trusts*, 2002, 52; Trib. Perugia-Giudice Tutelare (decr.) 16 aprile 2002, in *Trusts*, 2002, 584), essa ha optato per la soluzione positiva, mentre in altra occasione [(cfr. Trib. Firenze-Giudice Tutelare (decr.) 23 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 406)] è stata scelta la soluzione negativa.

- a) nel caso di beni attribuiti all'incapace per testamento e a titolo di eredità³⁶⁶, poiché in tal caso, essendo l'incapace obbligato ex artt. 471 e 472 c.c. all'accettazione con beneficio d'inventario, non potrà prescindere³⁶⁷ dalle autorizzazioni previste dall'art. 747 c.p.c., le quali sono poste a tutela non solo dell'incapace, ma anche (e soprattutto) dei terzi aventi diritti sull'eredità, cioè dei creditori e legatari³⁶⁸;
- b) nel caso in cui il bene attribuito all'incapace abbia natura di azienda commerciale³⁶⁹, poiché dovrà necessariamente richiedersi (stante la delicatezza delle decisioni da adottarsi allorché l'incapace entri nell'orbita di un possibile rischio d'impresa) l'autorizzazione di cui all'art. 371, co. 1°, n. 3, e co. 1°, c.c. per la continuazione dell'impresa ovvero per l'alienazione o l'affitto di detta azienda³⁷⁰.

Tanto premesso, appare opportuno chiedersi se il disponente possa esonerare dalle autorizzazioni giudiziali il soggetto designato per l'amministrazione della posizione beneficiaria dell'incapace anche in ipotesi in qualche modo assimilabili a quelle sub a) e sub b).

Viene in primo luogo in questione³⁷¹ l'ipotesi di trust testamentario con beneficiario incapace: in questo caso la soluzione positiva appare comunque imporsi, in considerazione del fatto che, essendo il beneficiario del trust destinatario di beni determinati (e non dell'universum ius), non sembra possibile

³⁶⁶ Cfr. in tal senso G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, cit., 817; A. Jannuzzi, *Manuale*, cit., 186.

³⁶⁷ Almeno per tutto il tempo in cui persista la cosiddetta "qualifica ereditaria" dei beni, cioè la loro soggezione alle pretese di creditori e legatari del defunto: sul punto cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 192-194 e 199-200.

³⁶⁸ Con riguardo all'incapace sottoposto ad a. di s., deve segnalarsi che si discute se anche costui sia obbligato all'accettazione beneficiata, stante l'omesso rinvio agli artt. 471 c.c. e 472 c.c. da parte dell'art. 411, co. 1°, c.c. Il quesito ha ad oggi ricevuto risposta ora negativa (cfr. in dottrina F. Mascolo-G. Marcoz, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1344-1346; in giurisprudenza Trib. Pordenone-Giudice Tutelare (decr.) 4 giugno 2005, in *GM*, 2005, 2342), ora positiva (cfr. Trib. Roma-Giudice Tutelare (decr.) 6 aprile 2005, in *RN*, 2005, 879). Devesi ovviamente precisare che, ove si opti per la tesi negativa, un provvedimento ex art. 411, ult. co., c.c. ben potrebbe imporre l'accettazione beneficiata anche a tale soggetto. Tanto premesso, quanto riferito nel testo vale anche per l'incapace sottoposto ad a. di s. solo se possa ritenersi che costui sia obbligato (in virtù dell'applicazione diretta ovvero – ex art. 411, ult. co., c.c. – ope iudicis degli artt. 471 c.c. e 472 c.c.) all'accettazione beneficiata.

³⁶⁹ Cfr. in tal senso G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, cit., 817; A. Jannuzzi, *Manuale*, cit., 186.

³⁷⁰ Con riguardo all'incapace sottoposto ad a. di s., deve segnalarsi che si discute in ordine all'applicabilità o meno dell'art. 371 c.c., stante l'omesso rinvio a tale norma da parte dell'art. 411, co. 1°, c.c. Secondo una prima impostazione (cfr. A. Jannuzzi-P. Lorefice, *Manuale*, cit., 331) la soluzione dovrebbe essere positiva, mentre altro orientamento (cfr. F. Mascolo-G. Marcoz, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1342-1343) risponde negativamente, sostenendo che il silenzio dell'art. 411, co. 1°, c.c. si combina con l'ampia previsione dell'art. 409 c.c., secondo la quale il beneficiario di a. di s. può compiere liberamente ogni atto non incluso fra quelli soggetti a rappresentanza o assistenza. Quale che sia la soluzione prescelta, resta inteso che un provvedimento ex art. 411, ult. co., c.c. potrebbe prevedere l'applicazione della norma. Tanto premesso, le considerazioni svolte nel testo valgono anche per l'incapace sottoposto ad a. di s. solo se gli si applichi l'art. 371 c.c..

³⁷¹ In quanto assimilabile all'ipotesi di cui sub a).

attribuirgli la qualifica di erede³⁷².

Viene poi in questione³⁷³ l'ipotesi di trust con beneficiario incapace destinatario di un'azienda commerciale: anche in questo caso appare comunque possibile rispondere al quesito positivamente, poiché in costanza del trust detto beneficiario non è titolare dell'azienda.

Tale soluzione positiva varrà, naturalmente, con riguardo ai soli atti di straordinaria amministrazione della posizione beneficiaria che non siano funzionalmente affini a quelli (continuazione dell'impresa; alienazione o affitto dell'azienda) previsti dall'art. 371 c.c.: se quindi, ad esempio, l'amministratore della posizione beneficiaria designato dal disponente intenda, durante la vigenza del trust, procedere alla sua alienazione, appare difficile escludere che egli debba munirsi dell'autorizzazione giudiziale prevista dalla legge per l'alienazione dell'azienda, sì che un'eventuale previsione di segno contrario nell'atto istitutivo del trust parrebbe non poter essere ritenuta valida.

10. Clausola di trust liberale *inter vivos* in cui il disponente incapace individua, quali beneficiari, soggetti ulteriori rispetto a se medesimo

10.1. Premessa

Pur se è ben più frequente l'ipotesi di trust in cui il soggetto incapace riveste solo il ruolo di beneficiario, nella prassi si registrano anche ipotesi di trust istituiti da un incapace³⁷⁴.

³⁷² Tale considerazione, fra l'altro, consente di ritenere irrilevante la questione (per la quale si veda la precedente nt. 369) della presenza o meno, per l'erede incapace che è sottoposto ad a. di s., dell'obbligo di accettare con beneficio d'inventario. Il problema delle autorizzazioni giudiziali, semmai, si pone con riguardo agli atti di straordinaria amministrazione dei beni in trust che intenda compiere il trustee di un trust testamentario avente un beneficiario incapace ed in cui il disponente-testatore ha conferito in trust la totalità dell'asse o una sua quota indivisa (in questo caso, infatti, l'attribuzione al trustee appare a prima vista assimilabile ad un'istituzione d'erede): sul punto, intimamente collegato alla questione della natura dell'attribuzione *mortis causa* al trustee, cfr. S. Bartoli, *Trust con beneficiari incapaci*, cit., 565; Id., *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario*, in *Trusts*, 2004, 58 ss. e 179 ss.

³⁷³ In quanto assimilabile all'ipotesi di cui sub b).

³⁷⁴ In tanti casi è stato ovviamente necessario richiedere, in sede di volontaria giurisdizione, le autorizzazioni previste dalla legge: cfr. Trib. Perugia-Giudice Tutelare (decr.) 16 aprile 2002, in *Trusts*, 2002, 584 (disponente minore che, conferendo propri beni, aderisce ad un trust preesistente istituito dalle sorelle); Trib. Bologna-Giudice Tutelare (decr.) 3 dicembre 2003, in *Trusts*, 2004, 254 (disponente minore; il relativo atto istitutivo è in *Trusts*, 2004, 477; per commenti cfr. M. Dogliotti, *Trust e amministrazione dei beni del minore*, in *Trusts*, 2004, 212; I. Lipparini, *Trust e interesse del minore*, in *Trusts*, 2004, 534); Trib. Firenze-Giudice Tutelare (decr.) 8 aprile 2004, in *Trusts*, 2004, 567 (disponente minore); Trib. Modena-Giudice Tutelare (decr.) 11 agosto 2005, in *Trusts*, 2006, 581 (disponente beneficiario di amministrazione di sostegno; il relativo atto istitutivo può leggersi in *Trusts* Trib. Ferrara (decr.) 28 febbraio 2006, inedito (disponente interdetto); Trib. Genova-Giudice Tutelare (decr.) 14 marzo 2006, in *Trusts*, 2006, 415 (disponente beneficiario di amministrazione di sostegno).

Non sembra porre problemi il caso del trust che sia privo di natura liberale e che designi beneficiari diversi dall'incapace-disponente o beneficiari ulteriori rispetto a costui, poiché in tal caso si tratterà semplicemente di far uso delle forme abilitative richieste dalla legge in relazione al tipo di operazione di cui trattasi: tanto per fare un esempio, se il trasferimento di un bene dell'interdetto ad un trustee abbia, nel caso concreto, la funzione di fornire una garanzia ad un creditore di costui, il suo legale rappresentante dovrà previamente munirsi dell'autorizzazione del Tribunale richiesta dall'art. 375, n. 1 ovvero n. 2 c.c., rispettivamente, per l'alienazione di beni o per la costituzione di garanzie reali sugli stessi ³⁷⁵.

Qualche perplessità desta invece l'istituzione da parte dell'incapace (al solito, con le forme abilitative previste dalla legge) di un trust nel quale l'unico beneficiario sia l'incapace stesso ³⁷⁶ (e destinato normalmente a durare fino alla sua morte ovvero fino all'eventuale cessazione della sua incapacità): in casi del genere, infatti, appare difficile individuare una causa del negozio che possa utilemente distinguersi dall'effetto tipico di qualunque trust, cioè l'attuazione di un meccanismo di separazione patrimoniale.

Né pare possibile obiettare che, in tali casi, la causa del negozio è data dalla protezione del patrimonio dell'incapace, poiché quest'ultimo è già protetto dall'ordinamento mediante gli istituti della rappresentanza o assistenza legale: è vero che in questi casi il trust appresta un meccanismo di protezione ulteriore, dato dalla separazione patrimoniale, ma appare dubbio che l'istituzione di un trust possa trovare giustificazione nel mero intento di creare detta separazione.

Si può comunque osservare che la particolare meritevolezza di tutela dell'interesse sotteso ad una siffatta operazione (cioè la protezione del patrimonio di un incapace) potrebbe porla al riparo da una censura siffatta, così come dalla tipica censura che si suol muovere (in specie in ambiente civilistico) nei confronti di un trust in cui disponente e (unico) beneficiario coincidano, cioè quella secondo la quale il trust sarebbe simulato o comunque dovrebbe esser riquilificato in termini di mandato.

I maggiori problemi parrebbero comunque sorgere allorché l'incapace disponente istituisca un trust liberale in cui siano designati, quali beneficiari, sog-

³⁷⁵ Appare opportuno precisare che nei trusts istituiti da un incapace le autorizzazioni giudiziali occorreranno non solo, come si è detto nel testo, in sede di istituzione del trust, ma probabilmente anche nei casi in cui il trustee debba compiere un negozio avente natura di atto di straordinaria amministrazione sui beni in trust e che, pur essendo in linea con il "programma" del trust delineato nell'atto istitutivo, non sia espressamente contemplato nel provvedimento che autorizzò l'istituzione del trust.

³⁷⁶ Tali sono il trust oggetto del provvedimento autorizzativo emesso da Trib. Bologna-Giudice Tutelare (decr.) 3 dicembre 2003, cit. e quello oggetto del provvedimento autorizzativo emesso da Trib. Modena-Giudice Tutelare (decr.) 11 agosto 2005, cit., come si ricava dall'art. 5.1 del relativo atto istitutivo [(“Beneficiario principale del presente trust è il signor C.P. (il disponente: n.d.r.), come sopra meglio didentificato”).].

getti ulteriori rispetto all'incapace stesso ³⁷⁷.

Occorre infatti considerare che un trust liberale siffatto realizza ³⁷⁸ una donazione indiretta dell'incapace a favore di detti beneficiari e che alle donazioni indirette devono applicarsi, per l'opinione dominante³⁷⁹, le norme dettate in tema di capacità a donare per le donazioni dirette.

Tanto premesso, l'art. 15 paragrafo primo lettera a) impone di verificare se un trust siffatto violi o meno – appunto – le norme suddette.

Si anticipa fin d'ora la soluzione prescelta: l'incapace potrà istituire un trust del genere soltanto se il medesimo rientri in una delle (normalmente assai limitate) ipotesi di donazione a costui consentite dall'ordinamento.

Al di fuori di dette ipotesi, pertanto, unico beneficiario del trust parrebbe poter essere lo stesso incapace-disponente: nel frequente caso in cui il trust debba aver fine alla morte di costui, pertanto, non potranno esser previsti beneficiari residuali (si da lasciare operare un resulting trust ³⁸⁰) ovvero, a tutto concedere, l'atto istitutivo dovrà limitarsi a prevedere che, alla fine del trust, i beni spetteranno agli eredi o legatari del disponente (in tal modo altro non facendo che imprimere ai beni il medesimo indirizzo previsto dal resulting trust) ³⁸¹.

10.2. Ipotesi di disponente minore

È noto che l'art. 774, co. 1°, prima parte, c.c. vieta di effettuare donazioni ai soggetti privi della piena capacità di disporre dei propri beni.

Ne discende che il minore non può compiere donazioni e che le stesse sarebbero annullabili (in ossequio ai principi generali) se poste in essere da lui perso-

³⁷⁷ Tali erano i trusts oggetto dei provvedimenti autorizzativi Trib. Firenze–Giudice Tutelare (decr.) 8 aprile 2004, cit. e da Trib. Ferrara (decr.) 28 febbraio 2006, cit. Non a caso, a quanto consta, dopo aver conseguito le dette autorizzazioni giudiziali i professionisti incaricati hanno deciso nel primo caso di non procedere all'istituzione del trust e nel secondo caso di richiedere un parere sulla fattibilità dell'operazione al Consiglio Nazionale del Notariato (non è noto a chi scrive quale sia poi stato l'esito di quest'ultima vicenda). Tale era altresì il trust oggetto del provvedimento autorizzativo Trib. Genova – Giudice Tutelare (decr.) 14 marzo 2006, cit., il quale è stato invece regolarmente istituito. Non essendo stato possibile visionare l'atto istitutivo del trust oggetto del provvedimento autorizzativo Trib. Perugia–Giudice Tutelare (decr.) 16 aprile 2002, cit., non è possibile a chi scrive stabilire se anche detto trust rientrasse o meno in questa tipologia. Il trust istituito dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno in forza del provvedimento autorizzativo emesso da Trib. Modena–Giudice Tutelare (decr.) 11 agosto 2005, cit., è invece un trust che non prevede beneficiari ulteriori rispetto al disponente stesso. L'art. 5 febbraio dell'atto istitutivo infatti prevede che beneficiari finali del trust siano “gli eredi individuati secondo il diritto successorio italiano” del disponente.

³⁷⁸ Cfr. precedente nt. 100.

³⁷⁹ Cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 883; U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., 532; A. Natale, *La donazione*, in *Trattato* diretto da G. Bonilini, I, Torino, 2001, 339; C. Scognamiglio, *La capacità di disporre per donazione*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 291; in senso contrario cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 320, secondo il quale la capacità di porre in essere una donazione indiretta dovrebbe invece essere regolata dalle norme applicabili, in materia, al negozio-mezzo impiegato.

³⁸⁰ Cfr. precedente nt. 13.

³⁸¹ Cfr. successivo § 16 marzo

nalmente, ma addirittura nulle se compiute dal suo legale rappresentante ³⁸².

La seconda parte dello stesso art. 774, co. 1°, c.c., però, prevede che il minore possa effettuare una donazione nel proprio contratto di matrimonio (quindi, in definitiva, una donazione obnuziale) ai sensi dell'art. 165 c.c.

Quest'ultima norma, dal canto suo, si limita ad affermare che il minore ammesso a contrarre matrimonio può anche stipulare ³⁸³ "le relative convenzioni matrimoniali", senza fare menzione alcuna della possibilità di effettuare, altresì, donazioni.

Il difetto di coordinamento fra le due norme è dovuto al fatto che nel 1975 il legislatore della riforma del diritto di famiglia modificò il testo dell'art. 165 c.c. (appunto espungendo il precedente riferimento alle donazioni) e non anche quello dell'art. 774, co. 1°, seconda parte, c.c.: è pertanto oggetto di discussione se, dopo detta riforma, il minore possa o meno effettuare donazioni nel contesto qui considerato.

Secondo un primo orientamento ³⁸⁴ la soluzione dev'essere negativa, dovendosi attribuire peso decisivo all'innovazione apportata nel 1975 al testo dell'art. 165 c.c.

Un'altra impostazione, che parrebbe invece assolutamente maggioritaria ³⁸⁵, risponde al quesito in senso positivo, essenzialmente facendo leva sul fatto che il testo dell'art. 774, co. 1°, seconda parte, c.c. è rimasto invariato e prevede l'ipotesi di donazione in questione.

Dai fautori di quest'ultima tesi è stato poi precisato ³⁸⁶ che la norma consente al minore solo donazioni a favore del coniuge e/o dei figli nascituri dal matrimonio, con esclusione quindi di donazioni a favore di qualunque altro soggetto.

Quanto infine all'espressione "nel contratto di matrimonio" usata dall'art. 774, co. 1°, seconda parte, c.c., secondo un primo orientamento ³⁸⁷ essa andrebbe interpretata alla lettera, mentre secondo altra impostazione ³⁸⁸, che pare preferibile, essa consentirebbe sia la donazione fatta nel contratto di matrimonio, che quella fatta separatamente ma pur sempre in occasione del matrimonio.

³⁸² Secondo la costante dottrina (cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 873; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 150 ss.), infatti, la violazione dell'art. 777, co. 1°, c.c. determina non la mera annullabilità, ma la radicale nullità del negozio, che si giustifica per il carattere personale dell'animus donandi e per l'effetto particolarmente pregiudizievole del negozio in oggetto.

³⁸³ In questo caso, fra l'altro, la norma prevede che i genitori esercenti la potestà si limitino ad assistere il minore (con esclusione, dunque, della usuale rappresentanza legale) e non prevede il ricorso ad autorizzazione giudiziale di sorta (cfr. G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario*, cit., sub art. 165, 3).

³⁸⁴ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 846-847.

³⁸⁵ Cfr. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, cit., vol. II, 198 e 656; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, cit., 801; A. Jannuzzi, *Manuale*, cit., 284; A. Finocchiaro-M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 785-786; V. De Paola- F. Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978; 31; F. Santosuosso, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1983, 107; G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario*, cit., sub art. 774, II e sub art. 165, 5.

³⁸⁶ Cfr. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, cit., 198 e 656; A. Jannuzzi, *Manuale*, cit., 284.

³⁸⁷ Cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 323.

³⁸⁸ Cfr. G. Azzariti, *Le successioni*, cit., 801.

Tanto premesso, sembra potersi formulare la seguente conclusione:

- a) il minore può istituire ³⁸⁹ un trust liberale *inter vivos* designando beneficiari ulteriori rispetto a se stesso soltanto in occasione del proprio matrimonio;
- b) detti beneficiari possono essere solo il suo coniuge e/o i figli nati dalle loro nozze.

10.3. Ipotesi di disponente minore emancipato

Dall'art. 774, co. 2°, c.c. si evince che la capacità di donare di tale soggetto ha (anche nell'ipotesi in cui egli sia stato autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale) la stessa limitata estensione di quella del minore: si rinvia pertanto al paragrafo precedente.

10.4 Ipotesi di disponente inabilitato

Come il minore, anche l'inabilitato è di regola privo della capacità di donare, stante il disposto dell'art. 774, co. 1°, prima parte, c.c.

In virtù del combinato disposto degli artt. 774, co. 1°, seconda parte, c.c. e 166 c.c., però, egli può in primo luogo stipulare ³⁹⁰ donazioni nel proprio contratto di matrimonio: per tale ipotesi si rinvia a quanto detto per il minore.

In secondo luogo egli può, in virtù dell'art. 777, co. 2°, c.c., effettuare ³⁹¹ donazioni ai propri discendenti in occasione delle loro nozze.

Tanto premesso, sembra potersi formulare la seguente conclusione:

- a) l'inabilitato può istituire un trust liberale *inter vivos* designando beneficiari ulteriori rispetto a se stesso soltanto in occasione del proprio matrimonio³⁹² o di quello dei propri discendenti ³⁹³;
- b) nella prima delle ipotesi sub a), detti beneficiari possono essere solo il coniuge dell'inabilitato e/o i figli nati dalle loro nozze;
- c) nella seconda delle ipotesi sub a), detti beneficiari possono essere solo i discendenti dell'inabilitato che contraggono le nozze cui la donazione si riferisce.

10.5. Ipotesi di disponente interdetto

Visto l'art. 774, co. 1°, prima parte, c.c., l'interdetto, come il minore, non può donare ³⁹⁴.

Unica eccezione si ha in occasione delle nozze dei suoi discendenti, poiché

³⁸⁹ Per quanto detto alla nt. 384, detta istituzione potrà avvenire con la mera assistenza dei genitori esercenti la potestà e senza necessità di autorizzazione giudiziale.

³⁹⁰ Assistito dal curatore e senza necessità di autorizzazione giudiziale (cfr. G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario*, cit., sub art. 166).

³⁹¹ Assistito dal curatore e munito di autorizzazione giudiziale.

³⁹² Per quanto detto alla nt. 391, con la mera assistenza del curatore e senza necessità di autorizzazione giudiziale.

³⁹³ Per quanto detto alla nt. 392, assistito dal curatore e munito di autorizzazione giudiziale.

³⁹⁴ Come si è visto alla nt. 383 con riferimento al minore, mentre la donazione fatta personalmente dall'interdetto sarà annullabile, quella fatta dal suo tutore sarà, visto l'art. 777, co. 1°, c.c., radicalmente nulla.

l'art. 777, co. 2°, c.c. consente in tal caso all'interdetto (analogamente a quanto accade per l'inabilitato) di effettuare³⁹⁵ donazioni in favore di costoro.

Se ne deduce quindi che l'interdetto potrà³⁹⁶ istituire un trust liberale *inter vivos* designando beneficiari ulteriori rispetto a se stesso soltanto in occasione delle nozze dei suoi discendenti e che detti beneficiari ulteriori potranno essere unicamente i discendenti dell'interdetto che contraggono le nozze cui la donazione si riferisce.

10.6. Ipotesi di disponente sottoposto ad amministrazione di sostegno

10.6.1. Premessa

La disamina del tema in oggetto pare richiedere almeno due considerazioni preliminari.

In primo luogo, nessun problema di capacità a donare si pone³⁹⁷ per colui che sia stato sottoposto ad un'a. di s. che non l'ha in alcun modo privato della capacità d'agire: è il caso, già esaminato³⁹⁸, di colui che è sottoposto alla mera "rappresentanza concorrente" dell'a. di s.

In un'ipotesi siffatta, pertanto, il soggetto in questione potrà liberamente istituire un trust liberale designando beneficiari ulteriori rispetto a se stesso, trattandosi di persona pienamente capace d'agire.

Il problema che si sta esaminando si pone pertanto solo per coloro che hanno subito un provvedimento di apertura dell'a. di s. anche solo parzialmente ablativo della loro capacità.

In secondo luogo, il secondo e terzo comma dell'art. 411 c.c. non parrebbero avere alcuna attinenza con il tema che stiamo trattando.

Il secondo comma di tale norma³⁹⁹, infatti, rinvia all'art. 779 c.c., dal tenore del quale si evince con chiarezza che la donazione ivi prevista viene posta in essere non già durante l'a. di s., ma dopo la sua cessazione e quando vi sono ancora pendenze contabili fra il beneficiario di a. di s. e l'a. di s.: in tal caso, pertanto, il donante non è più nella condizione di beneficiario di a. di s., trattandosi di soggetto tornato ad essere pienamente capace.

Quanto poi al terzo comma dell'art. 411 c.c., che consente al beneficiario di a. di s. "in ogni caso" di effettuare "convenzioni" (termine all'interno del quale ben potrebbero – in ipotesi - rientrare le donazioni) a vantaggio di un a. di s. che sia suo parente entro il quarto grado o coniuge ovvero persona con lui convivente in modo stabile, esso a prima vista parrebbe porsi quale norma derogatrice speciale rispetto alla norma proibitiva generale di cui all'art. 774, co. 1°, c.c. (cioè quale norma che consente al beneficiario di a. di s., sia pure nei limiti da essa imposti, di effettuare donazioni).

³⁹⁵ Legalmente rappresentato dal suo tutore e munito dell'autorizzazione giudiziale.

³⁹⁶ Con le forme abilitative di cui alla nt. precedente.

³⁹⁷ Cfr. in tal senso E. Calò, *Amministrazione*, cit., 130; G. Marcoz, *La nuova disciplina*, cit., 545-546.

³⁹⁸ Cfr. § 9.3 febbraio

³⁹⁹ Il quale, rinviando all'art. 779 c.c., dichiara nulla la donazione fatta a favore di chi è stato a. di s. del donante, ove essa sia anteriore all'approvazione del conto o all'avvenuta prescrizione dell'azione di rendiconto (la materia è regolata dagli artt. 386-388 c.c., cui rinvia l'art. 411, co. 1°, c.c.).

Occorre però considerare che il terzo comma in questione è immediatamente successivo al già esaminato secondo comma, sì che appare ben più plausibile che esso intenda semplicemente derogare allo specifico divieto di cui al combinato disposto del detto art. 411, co. 2°, c.c. e dell'art. 779 c.c. (al quale – come si è detto – la prima norma rinvia), cioè consentire eccezionalmente⁴⁰⁰, pur se vi siano pendenze contabili, la donazione a vantaggio di chi è stato a. di s. del donante, a patto che il donatario sia suo parente entro il quarto grado o coniuge ovvero persona con lui convivente in modo stabile.

In tale ottica, pertanto, anche l'art. 411, co. 3°, c.c. (come il precedente secondo comma della stessa norma) non ha attinenza alcuna con il tema della capacità di donare del beneficiario di a. di s., concernendo un atto liberale compiuto da chi, non essendo più sottoposto ad a. di s., ha ormai recuperato la piena capacità d'agire⁴⁰¹.

Ferme queste precisazioni preliminari, il problema della capacità di donare del beneficiario di a. di s. parrebbe dover essere affrontato distinguendo fra soggetto totalmente incapace⁴⁰² o parzialmente incapace.

10.6.2. Beneficiario di a. di s. totalmente incapace

Con riguardo a tale soggetto, parrebbe inevitabile escludere in linea di principio la capacità di donare: trattandosi infatti di soggetto che avrebbe potuto essere interdetto, il tenore dell'art. 774, co. 1°, prima parte, c.c. parrebbe non lasciar dubbi al riguardo⁴⁰³.

In contrario non pare possibile invocare l'art. 409, co. 1°, c.c.: se è infatti vero che tale norma dichiara il beneficiario di a. di s. capace di compiere ogni atto che non sia stato oggetto del provvedimento giudiziale di nomina dell'a. di s., non è men vero che nel caso considerato la totale incapacità del soggetto fa sì che egli venga dal giudice sottoposto alla sistematica rappresentanza legale dell'a. di s.

Occorre comunque chiedersi se tale soggetto possa effettuare donazioni almeno nelle limitate ipotesi in cui ciò è consentito a soggetti incapaci.

Vengono al riguardo in questione le già esaminate fattispecie:

- a) di cui agli artt. 774, co. 1°, c.c. e 165 c.c. (dettata per il minore);
- b) di cui agli artt. 774, co. 1° c.c. e 166 c.c. (dettata per l'inabilitato);

⁴⁰⁰ Così come fa, in tema di testamento, l'art. 596, co. 2°, c.c. (che consente al beneficiario di a. di s., pur se vi siano ancora pendenze contabili, di testare a favore di chi è stato suo a. di s., se quest'ultimo sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore) rispetto al precedente primo comma della stessa norma (che invece vieta di testare a favore di chi è stato a. di s. del testatore finché vi siano pendenze contabili). Si noti, infatti, che anche l'art. 596 c.c., come l'art. 779 c.c., è richiamato dall'art. 411, co. 2°, c.c.

⁴⁰¹ Parrebbero implicitamente muoversi nella stessa linea ermeneutica A. Jannuzzi-P. Lorefice, *Manuale*, cit., 330.

⁴⁰² Come si è visto al § 9 marzo 1, l'ammissibilità di questa ipotesi è discussa.

⁴⁰³ Si noti che, se appare certa la sanzione dell'annullabilità per un'eventuale donazione compiuta da un tale beneficiario di a. di s. (stante il disposto dell'art. 412 c.c.), meno certo è il tipo di sanzione per la donazione compiuta dall'a. di s. munito dal giudice del potere di sua legale rappresentanza: in quest'ultimo caso, infatti, potrebbe applicarsi sia l'art. 412 c.c. sia (come parrebbe più corretto) l'art. 777, co. 1°, c.c. (norma che – come si è visto alla nt. 383 – colpisce una donazione siffatta con la più radicale sanzione della nullità) in via analogica.

c) di cui all'art. 777, co. 2° c.c. (dettata per l'interdetto e per l'inabilitato).

L'applicabilità delle ipotesi sub a) e sub b) postula che si affronti la preliminare questione della capacità o meno di contrarre matrimonio di un tale beneficiario di a. di s.

La tesi positiva ⁴⁰⁴ potrebbe far leva sul fatto che, non essendo l'art. 85 c.c. (il quale vieta all'interdetto di sposarsi) menzionato dall'art. 411, co. 1°, c.c., l'ampio disposto dell'art. 409 c.c. consentirebbe il matrimonio a tale figura d'incapace, salvo che intervenga un provvedimento ex art. 411, ult. co., c.c. il quale gli estenda l'applicazione dell'art. 85 c.c.

Appare però preferibile la tesi negativa, poiché essendo il beneficiario di a. di s. che si sta esaminando totalmente incapace, non può escludersi l'applicabilità in via analogica dell'art. 85 c.c.

Ad ogni modo, ove si ritenga di ammettere che tale soggetto possa sposarsi si pone la questione dell'applicabilità degli artt. 165 e/o 166 c.c..

Quanto alla prima norma, dovendosi escludere la possibilità di un provvedimento estensivo ex art. 411, ult. co., c.c. (l'art. 165 c.c., infatti, non è norma dettata per interdetti o inabilitati), l'unica via ipotizzabile appare quella di ritenere la norma (essendo essa parimenti dettata per un soggetto totalmente incapace – il minore – e che può sposarsi) applicabile in via analogica ⁴⁰⁵.

Quanto poi all'art. 166 c.c., esclusane l'applicabilità in via analogica (essendo essa dettata per un soggetto solo parzialmente incapace), appare possibile solo la sua applicazione *ope iudicis* ex art. 411, ult. co., c.c. ⁴⁰⁶.

Minori problemi pone invece l'ipotesi sub c): l'art. 777 secondo co. c.c. potrebbe infatti applicarsi per analogia e comunque potrebbe essere oggetto di un provvedimento estensivo ex art. 411 ultimo co. c.c..

10.6.3. Beneficiario di a. di s. parzialmente incapace

Con riguardo a tale soggetto, si potrebbe far leva sull'art. 409 c.c. ⁴⁰⁷ e quindi concludere nel senso che egli è capace di effettuare donazioni, salvo che un provvedimento ex art. 411, ult. co., c.c. preveda l'applicabilità a costui del divieto di cui all'art. 774, co. 1°, c.c. ⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Per la quale cfr. ad esempio F. Mascolo-G. Marcoz, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1333-1334; E. Calò, *Amministrazione*, cit., 133.

⁴⁰⁵ Quanto alle forme abilitative richieste, sarà sufficiente (come si desume, *mutatis mutandis*, dallo stesso art. 165 c.c.) la mera assistenza dell'a. di s. e non occorreranno autorizzazioni giudiziali.

⁴⁰⁶ Quanto alle forme abilitative richieste, sarà sufficiente (come si desume, *mutatis mutandis*, dallo stesso art. 166 c.c.) la mera assistenza dell'a. di s. e non occorreranno autorizzazioni giudiziali.

⁴⁰⁷ Così come fanno G. Bonilini-A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, 256.

⁴⁰⁸ In quest'ottica, il beneficiario di a. di s. potrebbe effettuare la donazione personalmente, salvo che il provvedimento giudiziale abbia ex art. 405 c.c. previsto che un tale negozio richieda la rappresentanza o l'assistenza dell'a. di s. In quest'ultimo caso, inoltre, poiché l'art. 411, co. 1°, c.c. rinvia agli artt. 374 c.c. e 375 c.c., dovrebbe sempre esser richiesta l'autorizzazione giudiziale (nel senso, appunto, che gli atti di straordinaria amministrazione relativi al beneficiario di a. di s. richiedono dette autorizzazioni sia nel caso di rappresentanza che nel caso di assistenza dell'a. di s., cfr. A. Jannuzzi-P. Loreface, *Manuale*, cit., 332; nel senso, invece, che le autorizzazioni occorrono solo per atti di straordinaria amministrazione rispetto ai quali l'a. di s. funge da rappresentante, cfr. G. Marcoz, *La nuova disciplina*, cit., 541-542).

Tale tesi, però, non persuade, poiché il tenore dell'art. 774, co. 1°, c.c. appare decisivo per escludere la capacità di donare di un tale soggetto ⁴⁰⁹.

Occorre comunque – al solito – chiedersi se egli possa almeno effettuare donazioni nelle limitate ipotesi di cui agli artt. 774, co. 1°, c.c. e 165 c.c., agli artt. 774, co. 1°, c.c. e 166 c.c. ed all'art. 777, co. 2°, c.c.

L'applicabilità delle prime due ipotesi postula come sempre che egli possa sposarsi: in questo caso, la risposta parrebbe affermativa, poiché l'art. 85 c.c. non è applicabile ad un soggetto solo parzialmente incapace.

Resta ferma che un provvedimento ex art. 411, ult. co., c.c. potrebbe però estendere a tale soggetto l'applicazione della norma in esame.

Se dunque il soggetto in questione può sposarsi, l'art. 165 c.c. parrebbe inapplicabile sia in via analogica (essendo dettato per un soggetto totalmente incapace) che ope iudicis ex art. 411, ult. co., c.c. (non trattandosi di norma dettata in tema di interdizione o inabilitazione); risulta invece applicabile l'art. 166 c.c., sia in via analogica (essendo dettato per un soggetto parzialmente incapace) che ex art. 411, ult. co., c.c. (essendo norma relativa all'inabilitazione) ⁴¹⁰.

Quanto, infine, all'art. 777, co. 2°, c.c., esso potrebbe essere applicato sia analogicamente che ex art. 411, ult. co., c.c.: ciò per le stesse ragioni appena viste con riguardo all'applicabilità dell'art. 166 c.c.

10.6.4. Conclusioni

In virtù di quanto si è osservato, pare quindi possibile concludere nel senso che il soggetto sottoposto ad a. di s. può liberamente istituire un trust liberale *inter vivos* designando beneficiari ulteriori rispetto a se stesso solo nella descritta ipotesi di mera “rappresentanza concorrente” dell'a. di s.

Nel caso, invece, in cui all'a. di s. siano stati dal giudice impressi contenuti tali che la stessa risulta aver privato il soggetto, in tutto o anche solo in parte, della capacità, un trust del genere parrebbe istituibile solo nelle suddescritte e limitate ipotesi in cui è ammessa la donazione da parte del soggetto incapace, e con l'adozione delle opportune forme abilitative.

È questa la ragione per la quale desta perplessità il provvedimento del Giudice Tutelare di Genova ⁴¹¹ che, in una vicenda in cui non ricorreva alcuna delle suddette limitate ipotesi, ha autorizzato un soggetto totalmente

⁴⁰⁹ Cfr. in tal senso G. Marcoz, *La nuova disciplina*, cit., 545-546; E. Calò, *Amministrazione*, cit., 130; A. Jannuzzi-P. Lorefica, *Manuale*, cit., 322. Ai sensi dell'art. 412 c.c. l'eventuale donazione dovrebbe esser colpita con la sanzione dell'annullabilità sia nel caso in cui venga compiuta dall'incapace, sia nel caso che venga compiuta dall'a. di s.: in quest'ultimo caso, infatti, non appare esservi spazio per l'applicazione analogica dell'art. 777, co. 1°, c.c. (dettato per un soggetto totalmente incapace) e per la correlata sanzione della nullità.

⁴¹⁰ Ritengono applicabile l'art. 166 c.c. anche A. Jannuzzi-P. Lorefica, *Manuale*, cit., 322; F. Masciolo-G. Marcoz, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1335-1336. Le forme abilitative richieste per una siffatta donazione dovrebbero essere quelle previste dalla norma per l'inabilitato, cioè consistere nella mera assistenza dell'a. di s., senza necessità di alcuna autorizzazione giudiziale.

⁴¹¹ Trattasi di Trib. Genova–Giudice Tutelare (decr.) 14 marzo 2006, citato alla nt. 378.

incapace sottoposto ad a. di s.⁴¹² ad istituire, legalmente rappresentato dall'a. di s. stesso, un trust *inter vivos* il quale designa, quale beneficiario ulteriore rispetto al disponente, il figlio del disponente stesso.

Se (e nella misura in cui) l'attribuzione al figlio del disponente avesse natura liberale, infatti, ci troveremmo di fronte ad un'ipotesi di donazione indiretta compiuta dall'incapace al di fuori dei casi consentiti.

Premesso che per dare una risposta precisa a tale quesito sarebbe necessario esaminare l'atto istitutivo del trust⁴¹³ e che ciò non è stato possibile, si possono comunque fare talune congetture.

Un indizio per escludere la natura liberale di detta attribuzione potrebbe essere rappresentato dal fatto che il figlio del disponente risulta essere "disabile"⁴¹⁴: si potrebbe infatti tentare di sostenere che l'attribuzione in suo favore non ha natura liberale ma "solutoria", in quanto è funzionale al suo mantenimento (cui il disponente, in quanto padre del disabile, è evidentemente obbligato).

Una siffatta conclusione parrebbe condivisibile, però, solo nel caso in cui le prestazioni del trustee consistano effettivamente nel mantenimento del disabile⁴¹⁵ (circostanza questa addirittura ovvia) ed abbiano, altresì, inizio e fine mentre è in vita il disponente (profilo questo che merita, invece, di essere approfondito).

Secondo alcuni autori⁴¹⁶, un trust nel quale le prestazioni a favore del figlio disabile si protraggano anche nel periodo successivo alla morte del genitore disponente conserverebbe pur sempre la sua natura solutoria (nel senso dianzi specificato), sì che se ne dovrebbe escludere la natura liberale⁴¹⁷: ciò - si argomenta in particolare - sulla base di un'interpretazione evolutiva degli artt. 433 c.c. e 443 c.c. alla luce degli artt. 2 e 30 Cost.

⁴¹² Che il soggetto in questione (affetto da "malattia di Alzheimer") fosse del tutto incapace risulta evidente dal tenore del provvedimento, il quale: a) ammette che, nel caso di specie, sussistevano tutti i presupposti per la sua interdizione, ma aderisce al non pacifico orientamento il quale ritiene utilizzabile l'a. di s. anche in luogo dell'interdizione (per incidens, considerato che nel caso di specie l'attività da compiere per l'incapace era tutt'altro che "semplice", trattandosi di fargli istituire un trust, anche a voler seguire la tesi mediatrice di Cass. 12 giugno 2006, n. 13584, citata alla nt. 352 la fattispecie avrebbe probabilmente richiesto un procedimento d'interdizione); b) attribuisce all'a. di s. (trattasi del coniuge del soggetto) il ruolo di legale rappresentante dell'incapace per la totalità degli atti negoziali, alla stessa stregua di un tutore; c) consente all'incapace di compiere da solo unicamente gli "atti della vita quotidiana nei limiti delle sue attuali condizioni fisiche" (di fatto ricalcando il tenore dell'art. 409, co. 2°, c.c. e privando di contenuto effettivo la previsione del primo comma).

⁴¹³ Tale esame consentirebbe, infatti, di conoscere l'esatto contenuto della posizione beneficiaria attribuita al disabile, cioè il tipo di prestazioni che il trustee dovrà effettuare in suo favore e la durata delle medesime.

⁴¹⁴ Il provvedimento genovese lo descrive, infatti, come soggetto affetto da "sindrome dissociativa di innesto in soggetto cerebropatico ed invalido civile al 100%".

⁴¹⁵ Cioè non eccedano la misura di quanto è effettivamente necessario per il mantenimento del disabile.

⁴¹⁶ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 645-646; P. Amenta, *Trust a protezione del disabile*, in *Trusts*, 2000, 619-620; G. Garrone, *Soggetti deboli in famiglia e trust quale tutela etica*, in *Trusts*, 2004, 310 ss.

⁴¹⁷ Gli autori citati alla nt. precedente partono da tale premessa per escludere che l'attribuzione a favore del disabile sia, nel caso considerato, soggetta ad azione di riduzione da parte di eventuali legittimari.

Appare evidente quindi che, ove si optasse per la tesi esposta, si dovrebbe concludere nel senso che il trust oggetto del provvedimento genovese è ammissibile in quanto l'incapace, istituendolo, non ha affatto realizzato una donazione indiretta a favore del figlio disabile.

Occorre però evidenziare ⁴¹⁸ che detta tesi (per quanto animata dal lodevole intento di evitare soluzioni pregiudizievoli per il disabile ⁴¹⁹) appare difficilmente condivisibile alla luce dell'attuale diritto positivo, in quanto:

- a) l'obbligo di mantenimento del disabile sussiste a carico del genitore-disponente solo finché quest'ultimo sia in vita, sì che dopo la sua morte appare difficile escludere la natura liberale dell'attribuzione ⁴²⁰;
- b) se è vero che dal combinato disposto degli artt. 742, co. 1°, c.c. e 564, ult. co., c.c., i quali dichiarano esenti da collazione e da riduzione le "spese di mantenimento", si evince la natura non liberale di attribuzioni del genere, non è men vero che le spese cui tali norme si riferiscono non si limitano ad aver fonte in un atto *inter vivos*, ma sono state altresì materialmente effettuate dal de cuius durante la propria vita (in adempimento – appunto – del proprio obbligo legale di mantenimento dei figli) ⁴²¹.

Ne discende che, laddove il trust in esame prevedesse attribuzioni in favore del figlio disabile del disponente incapace le quali, pur se non eccedenti la misura di quanto necessita per il mantenimento del beneficiario, sono destinate a protrarsi anche dopo la morte del disponente, sarebbe difficile escluderne la natura liberale e, con essa, l'invalidità della correlata

⁴¹⁸ Cfr. in tal senso S. Bartoli, *Il trust*, cit., 664-666.

⁴¹⁹ Tale tesi, infatti, sottrae l'attribuzione al disabile all'azione di riduzione da parte di eventuali legittimari e nell'ipotesi esaminata nel testo (in cui l'autore dell'attribuzione è un incapace) evita ad essa la sanzione dell'invalidità. Una siffatta tesi, inoltre, potrebbe sottrarre l'attribuzione al disabile anche all'azione revocatoria da parte di creditori del disponente, stante la previsione di cui all'art. 2901, co. 3°, c.c..

⁴²⁰ Appare in linea con questa affermazione F. Viglione, *Vincoli di destinazione*, cit., 109 (per il quale la tesi confutata nel testo "pur suggestiva, appare peraltro debole, basandosi solamente su di un presunto, ed in realtà inesistente, dovere di assistenza che oltrepassi la vita stessa dell'obligato").

⁴²¹ La tesi confutata nel testo appare, comunque, fonte di interessanti spunti de iure condendo: non a caso, infatti, l'art. 2 del cosiddetto "disegno di legge Paissan" (recante "norme in materia di trusts a favore di soggetti portatori di handicap" ed il cui testo è reperibile in N. Canessa, *I trusts interni*, cit., 184 ss.) prevedeva che, nell'ipotesi di trust avente quale beneficiario vitalizio un disabile e destinato a durare fino alla morte di costui, per esperire l'azione di riduzione si dovesse attendere la fine del trust, a meno che i beni in esso conferiti fossero manifesta-mente eccessivi per il soddisfacimento dell'esigenza di mantenimento del disabile. Il disegno di legge, però, è poi decaduto e si sono dovuti attendere vari anni prima che, con l'art. 39-novies del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito nella l. 23 febbraio 2006, n. 51, entrasse in vigore una norma prevedente espressamente un negozio di destinazione a favore di un disabile: trattasi dell'art. 2645-ter c.c., il quale però non fornisce alcun contributo alla soluzione del problema proposto nel testo, essendo del tutto silente sul tema della natura liberale o meno di una siffatta attribuzione al disabile.

donazione indiretta effettuata dal disponente incapace ⁴²².

11. Clausola secondo la quale il beneficiario che impugni il trust o sue singole disposizioni perderà, in tutto o in parte, quanto attribuitogli dal disponente

La suddetta clausola non è infrequentemente utilizzata nei trusts interni e la presenza dell'art. 15 della Convenzione pone, al solito, il problema di verificare se essa si ponga o meno in contrasto con nostre norme interne ^{423-bis}.

Tale clausola rientra fra quelle che la dottrina ⁴²³ ha qualificato (con quasi esclusivo riguardo al negozio testamentario ⁴²⁴) come "clausole di decadenza" ⁴²⁵ totale o parziale ⁴²⁶, le quali si caratterizzano per il fatto che il destinatario dell'attribuzione la perderà, in tutto o in parte, se non porrà in essere la condotta

⁴²² Secondo quanto esposto nel testo, pertanto, in questi casi il discrimine fra trust solutorio (in quanto volto ad adempiere ad un'obbligazione legale di mantenimento) e trust liberale è dato dalla ricorrenza o meno di due presupposti: a) le prestazioni a favore del beneficiario devono contenersi nei limiti di quanto in effetti è necessario al suo mantenimento; b) dette prestazioni non devono protrarsi dopo il decesso del disponente. Ne discende che in presenza di tali presupposti l'attribuzione al disabile, non avendo natura di atto liberale, dovrebbe essere immune sia dall'azione di riduzione che (visto l'art. 2901, co. 3°, c.c.) dall'azione revocatoria. A quest'ultimo riguardo, però, il condizionale s'impone, poiché la tesi proposta risulta ben più moderata di quella correntemente seguita dalla giurisprudenza in punto di revocabilità della contigua figura del fondo patrimoniale, cioè di un negozio che è parimenti fonte di un vincolo di destinazione e che per definizione ha (ove sia costituito da uno o da entrambi i coniugi) una componente "solutoria", venendo posto in essere per far fronte ai bisogni della famiglia. È noto infatti che la giurisprudenza si è costantemente rifiutata di seguire quel minoritario orientamento dottrinale (cfr. ad esempio M.R. Giugliano, *Natura giuridica dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale e azione revocatoria*, in *NGCC*, 1995, I, 267; F. Viglione, *Vincoli di destinazione*, cit., 43-49) secondo il quale il fondo patrimoniale costituito dai coniugi avrebbe - appunto - natura solutoria, ribadendo che trattasi, invece, di atto gratuito ovvero, a tutto concedere, di un mezzo anormale di pagamento, come tale soggetto a revocatoria (cfr. ad esempio Cass. 18 marzo 1994, n. 2604, in *NGCC*, 1995, 264 con nota di Giugliano; Cass. 20 giugno 2000, n. 8379, in *GC*, 2000, 2584, per le quali in particolare l'obbligo di mantenimento non dovrebbe necessariamente essere adempiuto mediante un fondo patrimoniale). Tale consolidata tesi giurisprudenziale meriterebbe un ripensamento almeno nei casi in cui il fondo patrimoniale implica attribuzioni non eccedenti le effettive esigenze di mantenimento e, stante l'assenza di figli minorenni, è destinato a cessare con la morte del coniuge costituente (in tali ipotesi, infatti, la funzione eminentemente solutoria del negozio appare degna di una qualche considerazione), ma non può escludersi che essa venga de plano applicata anche all'ipotesi di trust in esame.

^{423-bis} Una clausola di tale tipo, riferita all'azione di riduzione, può leggersi in M. Lupoi, *L'atto istittutivo*, cit., 453 ("art. 4"). Per le ragioni che verranno indicate nella nt. ... essa è da ritenersi valida.

⁴²³ Cfr. ad esempio G. Azzariti, *Le successioni*, cit., 525 (nt. 4); G. Capozzi, *Successioni*, cit., 467; A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 145 ss.

⁴²⁴ Com'è stato infatti osservato (cfr. A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 151 ss.), pur se clausole siffatte godono di una certa diffusione anche in negozi *inter vivos*, "la dottrina non si è interessata a questo tema se non in studi settoriali e in casi sporadici".

⁴²⁵ Oltre all'ipotesi qui esaminata, che è poi la più frequente nella pratica, la dottrina (cfr. per tutti A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 145 ss.) ha esaminato le clausole testamentarie di decadenza connesse dal testatore alla violazione, da parte di un erede o di un legatario, di un divieto di alienazione dei beni relitti (sul punto si veda il § 5 gennaio 2.1), o di un divieto di costituire ipoteca sui medesimi, o di un diritto di prelazione attribuito ad un terzo dal testamento stesso (sul punto si veda il § 5.2).

⁴²⁶ La clausola di decadenza parziale viene anche chiamata "clausola di riduzione": cfr. A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 146.

richiestagli dall'autore della stessa ⁴²⁷.

Quanto alla sua natura, essa in concreto potrà essere configurata dal disponente come condizione risolutiva ⁴²⁸ ovvero (meno frequentemente) come modus suscettibile di condurre, ove inadempito, alla risoluzione dell'attribuzione ex artt. 648, ult. co., c.c. (nel caso di trust testamentario) ovvero 793, ult. co., c.c. (nel caso di trust *inter vivos*) ⁴²⁹.

Con particolare riguardo alle clausole di decadenza totale o parziale da un lascito testamentario per il caso in cui il beneficiario impugni il testamento o parte di esso, si tende ad affermare ⁴³⁰ che la clausola è illecita o meno a seconda che essa miri ad impedire, rispettivamente, azioni giudiziarie a contenuto pubblicistico ⁴³¹ ovvero a contenuto privatistico ⁴³².

In stretta applicazione di tale principio, la giurisprudenza ha pertanto ritenuto illecite clausole miranti ad impedire impugnazioni per vizi di volontà del testatore ⁴³³ o per ipotesi di incapacità a ricevere ⁴³⁴ ovvero l'esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario ⁴³⁵.

⁴²⁷ Com'è stato precisato (cfr. A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 148 ss.), il fenomeno di "decadenza" in esame ha in comune con quello di cui agli artt. 2964 ss. c.c. unicamente la circostanza che l'effetto di entrambi si concreta nella perdita di un diritto. Se infatti in quest'ultimo istituto detta perdita si collega al decorso del tempo, nel primo istituto essa – come si è detto nel testo – discende invece dal mancato compimento, da parte del destinatario della liberalità, del comportamento richiesto dall'autore della stessa (analogamente a quanto accade in altre ipotesi qualificate dal codice come "decadenza" ed in cui il diritto si perde per il mancato rispetto di un obbligo previsto da una norma di legge: si pensi alla decadenza dell'erede dal beneficio d'inventario ex artt. 489 c.c., 493 c.c. e 494 c.c., a quella del tutore dai crediti o da altre pretese che egli vanta verso il pupillo ex art. 368 c.c., a quella dell'assicurato dal diritto all'indennità assicurativa ex art. 1915 c.c. ed a quella del socio accomandante dalla responsabilità limitata ex artt. 2314, co. 2°, c.c. e 2320, co. 1°, c.c.).

⁴²⁸ Tale ipotesi ricorrerà allorché il disponente abbia previsto che il beneficiario perderà tale sua qualità (in tutto o in parte) nell'eventualità che egli impugni il trust (o singole disposizioni di esso). In questo caso, insomma, il beneficiario non è gravato da alcuna obbligazione di non impugnare.

⁴²⁹ Tale ipotesi ricorrerà allorché il disponente abbia previsto che il beneficiario ha l'obbligo di non impugnare il trust (o singole disposizioni di esso) ed abbia espressamente collegato la risoluzione dell'attribuzione al beneficiario all'inadempimento di detto obbligo. A ben guardare, comunque, tale effetto risolutivo potrà prodursi, nel limitato caso del trust testamentario, anche ove il disponente non l'abbia espressamente previsto, e precisamente (ex art. 648, ult. co., c.c.) se l'adempimento del modus abbia costituito il solo motivo determinante della disposizione.

⁴³⁰ Cfr. per tutti A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 168 ss.; G. Capozzi, *Successioni*, cit., 467.

⁴³¹ Cioè volte a colpire il negozio in quanto contrastante con una norma imperativa, con l'ordine pubblico o con il buon costume.

⁴³² Cioè miranti alla tutela di interessi meramente privati. A tale riguardo si è precisato che la clausola, avendo in definitiva quale scopo quello di indurre il soggetto a rinunciare ad una tutela giudiziaria approntata per diritti disponibili, non si pone in contrasto neppure con gli artt. 2 e 24 Cost., i quali sanciscono il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti (cfr. A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 175 ss.).

⁴³³ Cfr. App. Milano 4 maggio 1951, in *T*, 1952, 242 ss.

⁴³⁴ Cfr. App. Roma 28 aprile 1959, in *GC*, 1959, I, 2216.

⁴³⁵ Cfr. Cass. 29 aprile 1931, in *MFI*, 1931, 1520; Cass. 27 luglio 1931, in *FI*, 1932, I, 370; Trib. Reggio Calabria 30 maggio 1977, in *GI*, 1981, I, 2, 745. Appare opportuno evidenziare che in casi del genere la clausola che vieta l'impugnazione è illecita anche perché, avendo natura di peso o di condizione sulla quota di legittima, viola l'art. 549 c.c.

A quest'ultimo riguardo, una più recente pronuncia ⁴³⁶ ha precisato che deve invece ritenersi lecita la condizione risolutiva che vieta al legittimario l'impugnazione del testamento o di una sua parte a pena della perdita della sola porzione disponibile del lascito.

Si è posta altresì la questione se sia ammissibile un divieto d'impugnare il testamento espresso in forma generale, cioè volto ad impedire qualunque forma di impugnazione: parte della dottrina ⁴³⁷ ha risposto negativamente, affermando che un siffatto divieto include altresì l'esperimento di azioni a contenuto pubblicistico, mentre secondo altra impostazione ⁴³⁸ esso dovrebbe ritenersi lecito in quanto, alla luce del principio di conservazione del testamento ⁴³⁹, andrebbe interpretato come divieto delle sole azioni a contenuto privatistico.

Stante l'assenza, a quanto consta, di precedenti giurisprudenziali su tale questione, la prudenza parrebbe quindi consigliare di evitare la formulazione del divieto in termini generali.

Tanto premesso, appare evidente la clausola recante divieto al beneficiario di impugnare il trust o sue singole disposizioni (sia esso testamentario o *inter vivos*) a pena della perdita totale o parziale di quanto attribuitogli dal disponente debba ritenersi ammissibile negli stessi limiti appena delineati.

Dal punto di vista sanzionatorio, se il divieto sia stato congegnato dal disponente come condizione risolutiva ⁴⁴⁰, la sua eventuale illiceità comporterà l'applicazione della regola sabiniana ex art. 634 c.c. ⁴⁴¹ solo nel caso di trust testamentario, e non anche in quello del trust *inter vivos*, dovendosi a quest'ultimo applicare ⁴⁴² la regola generale di cui all'art. 1354, co. 1°, c.c. ⁴⁴³; se invece il divieto abbia natura di modus, tanto per il trust testamentario quanto per quello *inter vivos* si applicherà la regola sabiniana, rispettivamente prevista dagli artt. 647, ult. co., c.c. e 794 c.c.

12. Clausola secondo la quale i provvedimenti di nomina o revoca del trustee o del guardiano di un trust interno dovranno o potranno essere richiesti ad un giudice diverso da quello italiano; clausola secondo la quale il trustee potrà rivolgersi al giudice per ottenere direttive

12.1. Analisi della prima clausola

Una considerazione preliminare s'impone: un provvedimento giudiziale di

⁴³⁶ Trattasi di Cass. 2 gennaio 1997, n. 1, in *Not*, 1997, 309, in *RN*, 1997, 1286 e in *GC*, 1997, I, 1321.

⁴³⁷ Cfr. M. Andreoli, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, *RTDPC*, 1949, 338.

⁴³⁸ Cfr. A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 181 ss.

⁴³⁹ Il quale costituirebbe corollario del principio del favor testamenti [(sul punto cfr. dottrina e giurisprudenza citate da A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria*, cit., 182 (nt. 74)].

⁴⁴⁰ Cfr. nt. precedente.

⁴⁴¹ Si che il divieto si avrà per non apposto, con salvezza dell'attribuzione al beneficiario cui esso accede (eccettuato il caso previsto dall'art. 626 c.c.).

⁴⁴² Come si è visto alla nt. 157, infatti, è opinione prevalente che la regola sabiniana non si applichi alle donazioni.

⁴⁴³ Si che ne risulterà travolta non solo la clausola recante il divieto, ma anche l'attribuzione al beneficiario cui esso accede.

nomina o revoca del trustee o del guardiano di un trust interno, implicando l'investitura in un ufficio di diritto privato o la rimozione dallo stesso, appare rientrare nell'ambito della volontaria giurisdizione⁴⁴⁴.

Si pongono pertanto, con riguardo ad un trust interno, almeno due ordini di questioni:

- a) se sia tecnicamente possibile l'emissione, da parte del giudice italiano, di un provvedimento siffatto;
- b) se sia possibile che l'atto istitutivo demandi l'emissione di un provvedimento siffatto ad un giudice straniero.

La questione sub a) parrebbe a prima vista dover ricevere soluzione negativa: secondo l'opinione corrente, infatti, i provvedimenti di volontaria giurisdizione soggiacciono al principio di tipicità⁴⁴⁵ e nel nostro ordinamento interno non vi sono norme prevedenti siffatti provvedimenti giudiziari.

A favore della conclusione positiva, d'altro canto, si potrebbe sostenere che, essendo questo aspetto del trust disciplinato, secondo la Convenzione, dalla legge regolatrice del trust⁴⁴⁶, l'avvenuta ratifica di essa ha determinato l'introduzione in Italia di queste nuove ipotesi extra codices⁴⁴⁷ di provvedimenti di volontaria giurisdizione.

Con riferimento alla figura del trustee, ad ogni modo, la questione (stante la sua intima connessione con il tema della sostituzione del trustee) viene più ampiamente trattata nel successivo paragrafo 13.2, cui si rinvia.

La questione sub b) appare invece dover ricevere risposta negativa⁴⁴⁸, non essendo possibile radicare la competenza ad emettere provvedimenti di volontaria giurisdizione in un luogo diverso da quello in cui sono ubicati gli interessi da proteggere (nel nostro caso: l'Italia, essendo italiani i beneficiari del trust).

Quanto sopra parrebbe doversi desumere dall'art. 28 c.p.c., nella parte in cui

⁴⁴⁴ Nello stesso senso, con riferimento alla nomina giudiziale del trustee, cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 234; L. Contaldi, *Il trust*, cit., 281. Occorre altresì precisare che, pur se la distinzione fra giurisdizione contenziosa e volontaria, com'è stato osservato (cfr. L. Contaldi, *Il trust*, cit., 323), è generalmente ignota ai sistemi di common law, essa appare costituire un punto di riferimento imprescindibile, nel nostro contesto civilistico, per la disamina del tema oggetto di questo paragrafo.

⁴⁴⁵ Per la tesi del *numerus clausus* di tali provvedimenti cfr. per tutti g. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, vol. I, Milano, 1985, 28 ed ivi nt. 60, 133 e 148; V. Andrioli, *Commento*, cit., 433.

⁴⁴⁶ Ciò vale non solo per il trustee, ma anche per il guardiano, del quale la Convenzione non parla espressamente: l'ampio tenore dell'art. 8 paragrafo primo, infatti, appare supportare tale conclusione.

⁴⁴⁷ Ci riferiamo al codice civile ed al codice di procedura civile.

⁴⁴⁸ Optano invece per la soluzione positiva F. Steidl, *La pubblicità della successione del trustee defunto*, in *Trusts*, 2005, 306 ss., sia pure senza motivare sul punto; M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 234, 499 (cfr. clausola qualificata come "art. 2"), 519 (cfr. art. 11 dell'atto istitutivo di trust), 524 (cfr. art. 4 dell'atto istitutivo di trust), 541 (cfr. art. 30 dell'atto istitutivo di trust), 548 (cfr. art. 11 dell'atto istitutivo di trust), 561 (cfr. art. 8 dell'atto istitutivo di trust) e 599 (cfr. art. 7 dell'atto istitutivo di trust), il quale propone una clausola (a quanto consta piuttosto diffusa nella prassi dei trusts interni) per la quale, laddove il giudice italiano ritenga di non poter emettere siffatti provvedimenti, essi potranno essere emessi dal giudice dello Stato la cui legge regola il trust. Quest'ultimo autore afferma infatti che il foro italiano sarebbe semplicemente, rispetto ai provvedimenti di volontaria giurisdizione concernenti un trust interno, un "forum conveniens".

esso si riferisce “ai procedimenti in camera di consiglio”: tale espressione viene infatti interpretata sia dalla dottrina dominante ⁴⁴⁹ che dalla giurisprudenza ⁴⁵⁰ come concernente la totalità dei procedimenti di volontaria giurisdizione.

12.2. Analisi della seconda clausola

Secondo il diritto inglese, il trustee può rivolgersi al giudice per ottenere direttive in ordine a questioni che siano insorte nell'amministrazione del trust e, laddove vi si sia conformato, sarà certo che non potrà essergli contestata alcuna violazione delle sue obbligazioni ⁴⁵¹.

L'ammissibilità di una clausola di un trust interno prevedente un siffatto potere ⁴⁵² appare però estremamente dubbia, non solo per il già segnalato problema della tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione ⁴⁵³, ma anche (e soprattutto) perché una forma analoga d'intervento del giudice (che si concreta nell'emissione non già di una decisione, ma di un parere indirizzato al soggetto istante, titolare di un ufficio gestorio di diritto privato) non trova riscontro nel nostro ordinamento ⁴⁵⁴.

Né, al solito, pare possibile ovviare al problema prevedendo ⁴⁵⁵ la competenza di un giudice straniero ad emanare tali direttive, stante la accennata inderogabilità del foro in tema di volontaria giurisdizione.

⁴⁴⁹ Cfr. F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, vol. I, 151.

⁴⁵⁰ Cfr. Cass. 12 novembre 1992, n. 12188, in *MGI*, 1992.

⁴⁵¹ Cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 832 ss.; P.H. Pettit, *Equity and the law*, cit., 374 ss.

⁴⁵² Per tale clausola cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 234, 499 (cfr. clausola qualificata come “art. 2°”), 519 (cfr. art. 11 dell'atto istitutivo di trust), 524 (cfr. art. 4 dell'atto istitutivo di trust), 541 (cfr. art. 30 dell'atto istitutivo di trust), 548 (cfr. art. 11 dell'atto istitutivo di trust), 561 (cfr. art. 8 dell'atto istitutivo di trust) e 599 (cfr. art. 7 dell'atto istitutivo di trust); G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1002. Quest'ultimo autore propone altresì (cfr. ivi alle pp.927-929) un modello di ricorso di volontaria giurisdizione per l'ottenimento di tali direttive.

⁴⁵³ Appare infatti pacifico che le direttive giudiziali al trustee abbiano natura di provvedimenti di volontaria giurisdizione: cfr. in tal senso M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 234; L. Contaldi, *Il trust*, cit., 281; G. Petrelli, *Formulario*, cit., 927-929.

⁴⁵⁴ Qualcosa di affine è previsto dall'art. 316, ult. co., c.c. per il caso di contrasto fra i genitori esercenti la potestà sul minore in ordine a questioni di particolare importanza: in tal caso il giudice “suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare” e “se il contrasto permane attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio”. Si tratta, però, all'evidenza, di un intervento giudiziale di contenuti ed incisività ben diversi da quelli del provvedimento di cui si parla nel testo. Esprime i suoi dubbi sull'ammissibilità della clausola anche M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 234, ma solo per il fatto che “manca...alcuna giurisprudenza sull'esercizio da parte del giudice italiano di poteri riguardanti l'amministrazione di un trust”. Non è chiaro se sia favorevole ad essa anche G. Petrelli, *Formulario*, cit., 927-929, poiché dal tenore del ricorso di volontaria giurisdizione ivi contenuto non è dato comprendere se lo stesso intenda o meno riferirsi ad un trust interno, stanti i riferimenti in esso contenuti sia al Regolamento (CE) del Consiglio dell'Unione Europea n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (entrato in vigore il 1 marzo 2002 in luogo della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), sia all'art. 9 della l. 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del diritto internazionale privato.

⁴⁵⁵ Come suggerisce M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 234.

13. Clausola secondo la quale, in caso di cessazione dall'ufficio di un trustee, i beni in trust diverranno di titolarità del trustee subentrante pur se manchi una dichiarazione negoziale traslativa da parte del trustee uscente (o, se deceduto, degli eredi di costui)

13.1. Premessa

La clausola in esame si inserisce nel contesto di uno dei profili più problematici del diritto dei trusts interni, cioè il caso in cui il trustee uscente non possa o non voglia porre in essere un atto di volontà volto a trasferire i beni in trust al trustee subentrante, onde consentire a quest'ultimo di dare ulteriore corso alla gestione di detti beni.

L'analisi di tale clausola richiede che sia trattata la disciplina inglese in tema di sostituzione del trustee, onde poi valutare, volta per volta, se (e fino a che punto) si possano utilizzare nel nostro diritto i meccanismi ivi previsti.

Se infatti è vero che, in base all'art. 8 paragrafo secondo lettera a) della Convenzione, è la legge regolatrice del trust (nel caso di specie: quella inglese) a disciplinare la trasmissione delle funzioni del trustee, non è men vero che l'art. 15 della medesima Convenzione impone ai trusts, in generale, il rispetto delle nostre norme imperative.

13.2. La sostituzione del trustee nel diritto inglese e nel nostro diritto

13.2.1. L'ipotesi di morte del trustee

13.2.1.1. La nomina del nuovo trustee

Com'è noto, i beni in trust sono nella titolarità del trustee, ma risultano separati dal suo restante patrimonio personale e, come tali, non si trasmettono *mortis causa* ai suoi eredi⁴⁵⁶.

Alla luce di tale principio, quindi, nel caso in cui l'ufficio di trustee sia ricoperto da una pluralità di soggetti ed uno di costoro muoia, per il diritto inglese la titolarità dei beni in trust si concentra in capo ai trustees superstiti⁴⁵⁷, i quali, se l'atto istitutivo non dispone diversamente⁴⁵⁸, saranno titolari di tutti i poteri di cui disponeva in vita il trustee defunto.

Nel caso, invece, in cui il soggetto deceduto sia l'unico trustee⁴⁵⁹, per il diritto inglese i beni in trust passano (come, del resto, anche il suo patrimonio personale) nella titolarità del suo cosiddetto "personal representative"⁴⁶⁰, il quale

⁴⁵⁶ Cfr. infatti gli artt. 2 paragrafo secondo lettera a) ed 11 paragrafo secondo lettera c) della Convenzione.

⁴⁵⁷ Cfr. art. 18 (1) del Trustee Act 1925. Nel testo, ovviamente, non si considera l'ipotesi in cui l'atto istitutivo preveda, invece, la cessazione del trust in caso di morte di anche uno solo dei trustees.

⁴⁵⁸ Cfr. art. 69 (2) del Trustee Act 1925.

⁴⁵⁹ E l'atto istitutivo – s'intende – preveda non già la cessazione, bensì la continuazione del trust.

⁴⁶⁰ Cfr. artt. 1 e 3 dell'Administration of Estates Act 1925. Occorre tener presente che il fenomeno della successione *mortis causa* nel diritto inglese è regolato in modo profondamente diverso rispetto al nostro sistema (per una sintesi al riguardo cfr. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 285 ss.). Più precisamente,

eserciterà i poteri del trustee defunto ⁴⁶¹.

La situazione descritta nella prima ipotesi è definitiva se il trustee deceduto non dev'essere rimpiazzato, meramente provvisoria in caso contrario; quella descritta nella seconda ipotesi, invece, è sempre provvisoria ⁴⁶², salvo che il personal representative risulti altresì designato quale trustee subentrante ⁴⁶³.

prima della fine del XIX secolo vi era in materia una netta distinzione fra real property e personal property (sia pure con notevole approssimazione, la prima è assimilabile alla categoria civilistica dei beni e diritti immobiliari, mentre la seconda è accostabile a quella dei beni e diritti mobiliari; cfr. sul punto la sintesi di S. Bartoli, *Il trust*, cit., 27 ss. e spec. 39-43): mentre infatti per la real property, analogamente a quanto accade nel nostro sistema civilistico, la delazione ereditaria si verificava nel momento stesso della morte del de cuius (cfr. M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971, 134-135; A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Milano, 1995, 128), per la personal property era previsto un iniziale trasferimento *mortis causa* a favore di un soggetto designato ad hoc dal testatore (executor) ovvero, in mancanza di tale designazione, ad un soggetto nominato da una Corte ecclesiastica (administrator). Costui aveva il compito di estinguere le passività gravanti sull'asse (estate), per poi trasferire quanto residuo da detta liquidazione ai successori ab intestato o testamentari del de cuius. Tale differenziazione di meccanismi successori si rifletteva anche sul piano processuale, poiché le liti successorie concernenti la real property spettavano alle Corti di common law, mentre quelle relative alla personal property erano attribuite alle Corti ecclesiastiche (l'esclusiva della giurisdizione ecclesiastica si affermò intorno al XIII secolo; cfr. E. Calò, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996, 4). Per effetto di un processo di riforma legislativa avviato nel 1897 con il Land Transfer Act e culminato con l'Administration of Estates Act del 1925, con l'Intestates' Estates Act del 1952 e con il Trust of Land and Appointment of Trustees Act del 1996, il regime della delazione *mortis causa* è stato unificato, nel senso che la real property si devolve oggi come la personal property. Alla morte del de cuius, infatti, una Divisione interna alla High Court of Justice, cioè la Family Division, provvede ad "omologare" l'eventuale testamento ed alla nomina di uno o più (di solito due) personal representatives, cui viene trasferito l'intero asse, cioè sia la real che la personal property. Quella di personal representative è appunto la qualifica che oggi, indifferentemente, designa tanto l'executor (indicato dal testatore e confermato dal giudice) quanto l'administrator (nominato dal giudice se il testatore non ha indicato alcun executor o se la successione avviene ab intestato). Costui provvederà alla definizione dei rapporti pendenti ed all'estinzione delle passività utilizzando i beni facenti parte dell'asse, se del caso provvedendo alla liquidazione in tutto o in parte dei medesimi, per poi trasferire quanto residuo, con un atto unilaterale detto "assent" (per il quale v. amplius E. Calò, *Dal probate*, cit., 16; l'assent relativo ad immobili dovrà rivestire la forma scritta: cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., 455), ai successori del de cuius ovvero, se il defunto (come sovente accade) ha altresì istituito un trust nel suo testamento, al trustee indicato dal testatore (che pertanto amministrerà tali beni nell'interesse dei beneficiari di detto trust testamentario). Nel caso poi in cui, come si ipotizza nel testo, all'interno dell'asse vi siano beni che appartenevano al defunto nella mera qualità di trustee, il personal representative li trasferirà al trustee subentrante. Il personal representative, che è per legge titolare dell'asse per tutta la fase della liquidazione e tenuto all'estinzione delle passività ereditarie nei limiti in cui l'asse lo consente, appare figura avvicicabile al nostro erede beneficiario (non a caso - fra l'altro - la legge inglese gli attribuisce la qualifica di "heir"), mentre i successori del de cuius, essendo destinatari di quanto residuerà dalla liquidazione e comunque di beni determinati (che, come detto, saranno loro trasferiti dal personal representative), sono in realtà piuttosto accostabili ai nostri legatari (cfr. M. Lupoi, *Appunti sulla real property*, cit., 138; E. Calò, *Dal probate*, cit., 3 ss. ed ivi nt. 3 e nt. 31; T. Ballarino, *Le successioni nel diritto internazionale privato italiano*, in *RN*, 1986, 33 ss.).

⁴⁶¹ Cfr. art. 18 (2) del Trustee Act 1925.

⁴⁶² Nel senso che, come si è detto alla nt. 461, il personal representative del trustee defunto, titolare dei beni, poi li trasferirà al trustee subentrante.

⁴⁶³ Si tende a ritenere (cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, *Law relating*, cit., p.454-456) che l'assent (per il quale si veda la nt. 461) sia necessario anche in tali ipotesi (così infatti dispone la più recente sentenza in materia: cfr. *Re King's Will Trusts* (1964) 1 All ER 833; in senso contrario, però, cfr. *Re Cockburn* (1957), 2 All ER 522).

Occorre a questo punto evidenziare un primo elemento di diversità rispetto al nostro diritto: appare evidente, infatti, come il decesso dell'unico trustee di un trust interno non possa comportare il passaggio dei beni in trust (sia pure a titolo provvisorio) ad un personal representative.

In casi del genere, pertanto, fino alla nomina del nuovo trustee le alternative appaiono, in astratto, essere tre:

- a) i beni in trust passano agli eredi del trustee deceduto, ma al solo fine di far sì che costoro li trasferiscano al nuovo trustee (in altri termini, detti eredi non possono godere dei beni in alcun modo ed hanno l'obbligo di trasferirli al nuovo trustee);
- b) i beni in trust, per il momento, non appartengono ad alcuno, ma grava comunque sugli eredi del trustee l'obbligo di cui sub a);
- c) i beni in trust per il momento non appartengono ad alcuno ed il trasferimento al nuovo trustee si attuerà con meccanismi che prescindono dalla partecipazione volitiva degli eredi del trustee defunto.

Sembra evidente come tanto la soluzione sub a) quanto quella sub b) debbano essere respinte, in quanto esse sono in palese contrasto con il principio della separazione patrimoniale prodotta dal trust: se i beni in trust sono per definizione esclusi dalla successione del trustee, infatti, gli eredi di costui non possono venire in questione in alcun modo ⁴⁶⁴.

La soluzione c) sembra quindi l'unica praticabile ⁴⁶⁵, poiché la temporanea assenza di un proprietario dei beni in trust è del tutto in linea con la temporanea vacanza dell'ufficio che è connesso alla proprietà di essi: è appunto ponendosi in tale ordine di idee che è stato gestito, con esito ad oggi positivo, il primo caso in Italia di morte del trustee ⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Non è insomma ipotizzabile che gli eredi del trustee siano gravati da un obbligo di trasferire i beni al trustee subentrante (al massimo, infatti, se detti beni o parte di essi si trovano presso costoro, sarà configurabile un loro obbligo di consegnarli).

⁴⁶⁵ Nello stesso senso cfr. F. Steidl, *La pubblicità*, cit., 306 ss.

⁴⁶⁶ Riguardano appunto tale vicenda l'articolo di F. Steidl, *La pubblicità*, cit. e le due note di trascrizione reperibili in *Trusts*, 2005, 309 ss. In quel caso due anziane sorelle (Tizia e Caia) avevano istituito in Firenze, nel novembre del 2001, un trust interno regolato dalla legge inglese, trasferendo all'unico trustee Sempronio (oltre a somme di denaro e ad altri beni mobili) la nuda proprietà di taluni immobili. Con scrittura privata autenticata idel dicembre 2001 Sempronio, avvalendosi dei poteri all'uopo concessigli dall'atto istitutivo, aveva nominato quale suo futuro successore nell'ufficio di trustee il figlio Mevio. A seguito della morte del trustee Sempronio, avvenuta nel gennaio del 2004, si è pertanto posto sia il problema del passaggio dei beni in trust da costui al trustee subentrante Mevio, sia quello della pubblicità del trasferimento nei registri immobiliari. Nel caso di specie, Mevio ha sottoscritto, nel giugno 2004 una scrittura privata autenticata intitolata "atto dichiarativo di sostituzione del trustee di beni in trust", nella quale egli: a) in primo luogo, dichiara di accettare l'incarico di trustee (in forza di tale accettazione – leggesi nell'atto – i beni in trust vengono "affidati" al nuovo trustee); b) in secondo luogo, richiede la trascrizione sia del trasferimento dei beni immobili in trust dal trustee deceduto a sè medesimo, sia del vincolo di destinazione che affetta detti beni. In stretto ossequio a quanto sopra, sono state presentate alla Conservatoria dei Registri immobiliari di Firenze due note di trascrizione (com'è stato evidenziato – cfr. F. Steidl, *La pubblicità*, cit., 307 - la forma autentica tanto dell'atto fra vivi con cui Sempronio aveva scelto il suo successore quanto dell'atto con cui Mevio aveva accettato l'incarico sono state indispensabili per consentire l'attuazione della pubblicità, stante la nota previsione dell'art. 2657 c.c. in tema di titoli idonei alla trascrizione). La prima nota, che nel quadro A (dedicato ai "dati relativi alla convenzione") descrive l'atto oggetto di

Dopo questa prima osservazione, è possibile continuare la disamina della disciplina inglese, secondo la quale, laddove il trustee defunto debba esser sostituito, sarà nuovo trustee:

- a) il soggetto eventualmente già individuato nell'atto istitutivo, ovvero, in difetto
- b) il soggetto individuato da chi, in base all'atto istitutivo, ha un siffatto potere di nomina (power of appointment)⁴⁶⁷, ovvero, in difetto di detta nomina,
- c) il soggetto individuato dai trustees superstiti oppure dal personal representative dell'ultimo trustee⁴⁶⁸, ovvero, quale extrema ratio,
- d) il soggetto individuato dal giudice⁴⁶⁹.

Nessuna questione appare porsi per l'applicazione ad un trust interno dell'ipotesi sub a): la prassi dei trusts interni, infatti, proprio allo scopo di prevenire il problema della sostituzione del trustee, fa frequente uso di una clausola che sin dall'istituzione del trust individua i soggetti che, secondo un ordine predefinito, ricopriranno in futuro detto ufficio⁴⁷⁰.

Identico discorso vale per l'ipotesi sub b): è appunto tale fattispecie ad esser verificata nel sopra menzionato⁴⁷¹ primo caso italiano di decesso del trustee, poiché l'atto istitutivo del trust conferiva al trustee in carica il potere di nominare il proprio successore ed egli si è avvalso, prima di morire, di tale potere.

Quanto poi alle due ipotesi sub c), pare evidente che se la prima è compatibile con i trusts interni, conclusione opposta merita la seconda, implicando una nomina del nuovo trustee ad opera del personal representative.

Un'adeguata riflessione s'impone, invece, per l'ipotesi sub d), in quanto non pare affatto certo che il giudice italiano possa emettere un provvedimento di nomina del trustee di un trust interno⁴⁷².

In primo luogo, infatti, considerato che la nomina giudiziale del trustee, implicando l'investitura di un soggetto nella titolarità di un ufficio di diritto privato, parrebbe aver natura di provvedimento di volontaria giurisdizione, essa parrebbe

pubblicità come "atto di nomina del nuovo trustee", reca la trascrizione relativa al trasferimento dei beni, che è stata effettuata contro Sempronio ed a favore di Mevio. Nel quadro D di detta nota (dedicato ad "altri aspetti che si ritiene utile indicare"), si riportano i dati essenziali del trust e si riferisce che il passaggio di proprietà in questione discende, appunto, dalla nomina di Mevio quale nuovo trustee in luogo di quello deceduto e dall'accettazione dell'incarico da parte di costui. La seconda nota, il cui quadro A descrive l'atto oggetto di pubblicità come "costituzione di vincolo a trust", reca invece la trascrizione di detto vincolo, che è stata effettuata contro Mevio (il quadro D della nota sottolinea l'effetto di separazione patrimoniale prodotto dal trust a suo tempo istituito).

⁴⁶⁷ Cfr. art. 36 del Trustee Act 1925.

⁴⁶⁸ Cfr. art. 36 del Trustee Act 1925.

⁴⁶⁹ Cfr. art. 41 del Trustee Act 1925.

⁴⁷⁰ A volte la lista dei trustees in questione è contenuta in un documento allegato all'atto istitutivo.

⁴⁷¹ Cfr. precedente nt. 467.

⁴⁷² Analoghe perplessità sono espresse, sia pure senza motivare sul punto, anche da F. Steidl, *La pubblicità*, cit., 306.

confliggere con il principio di tipicità di tali provvedimenti ⁴⁷³: non esiste infatti, nel nostro ordinamento, una norma analoga all'art. 41 del Trustee Act 1925.

I dubbi sono poi alimentati dalla considerazione che, come si vedrà nel prosieguo, il provvedimento giudiziale di nomina del trustee ha un contenuto particolarmente qualificante, in quanto esso incide, altresì, sul trasferimento a costui dei beni in trust.

Potrebbe, comunque, militare a favore della conclusione positiva il fatto che, come si è visto in precedenza, in base all'art. 8 paragrafo secondo lettera a) della Convenzione è la legge regolatrice del trust a disciplinare la successione del trustee e che, nel caso di specie, la normativa inglese contiene, appunto, l'art. 41 del Trustee Act 1925.

Si potrebbe quindi sostenere che, per effetto della ratifica della Convenzione, è stata introdotta in Italia una nuova ipotesi extra codices di provvedimento di volontaria giurisdizione.

Per tacere del fatto che due non lontane decisioni giudiziarie ⁴⁷⁴ hanno revocato (appunto fondandosi sull'art. 41 del Trustee Act 1925) i trustees di un trust straniero regolato dalla legge inglese sostituendoli con altri trustees, in tal modo mostrando la disponibilità dei nostri giudici ⁴⁷⁵ ad intervenire in questioni relative alla destituzione di un soggetto dall'ufficio di trustee ed all'investitura nel medesimo di altro soggetto.

13.2.1.2. Il trasferimento dei beni al trustee subentrante

Secondo il diritto inglese, se la nomina del nuovo trustee avviene in sede stragiudiziale ⁴⁷⁶ il trasferimento (vesting) dei beni in trust dal trustee defunto a costui potrà avere quale titolo (unitamente – s'intende – all'accettazione dell'incarico da parte del trustee subentrante):

- 1) un'espressa dichiarazione di trasferimento (express vesting declaration) contenuta nell'atto di nomina (deed of appointment) ⁴⁷⁷,
ovvero
- 2) l'atto di nomina come tale, se esso, pur essendo privo di una siffatta dichiarazione, non contenga un'espressa esclusione di un siffatto trasferimento (implied vesting declaration) ⁴⁷⁸,
ovvero, quale extrema ratio,
- 3) un provvedimento del giudice (vesting order) ⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Su questi temi cfr. il precedente § 12 gennaio

⁴⁷⁴ Trattasi di Trib. Milano 20 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 265, confermata da App. Milano 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2005, 87. Le decisioni – si badi – hanno la forma di sentenza, in quanto sono state emesse all'esito di un procedimento di giurisdizione non già meramente volontaria, bensì contenziosa.

⁴⁷⁵ Fra l'altro in un caso in cui, essendo uno dei trustees revocati residente in Inghilterra, non appare neppure certa l'esistenza della giurisdizione del giudice italiano.

⁴⁷⁶ Come nelle ipotesi distinte al § 13.2 gennaio 1 con le lettere da a) a c).

⁴⁷⁷ Cfr. art. 40 (1) (a) del Trustee Act 1925.

⁴⁷⁸ Cfr. art. 40 (1) (b) del Trustee Act 1925.

⁴⁷⁹ Cfr. artt. 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 e 58 del Trustee Act 1925.

Occorre evidenziare che né il meccanismo traslativo descritto sub 1) né quello descritto sub 2) appaiono porsi in contrasto con il nostro sistema civilistico, in quanto l'art. 8 paragrafo secondo lettera a) della Convenzione demanda alla legge regolatrice del trust la disciplina della trasmissione delle funzioni di trustee, e tali sono i meccanismi di trasmissione previsti dalla legge inglese, che nella vicenda in esame è appunto la legge regolatrice del trust ⁴⁸⁰.

D'altro canto, già la logica suggerisce come, non potendosi per definizione ricoprire l'ufficio di trustee senza esser titolare dei beni in trust, sia corretto collegare alla perdita della qualità di trustee la perdita della titolarità di tali beni ed alla nomina del nuovo trustee un effetto attributivo a costui dei beni stessi.

Nel primo caso italiano di decesso del trustee ⁴⁸¹ di un trust interno ci si è, appunto, avvalsi del meccanismo traslativo descritto sub 2): il titolo del trasferimento dei beni in trust dal trustee defunto a quello subentrante è ivi costituito, infatti, dall'atto di designazione di quest'ultimo effettuato in vita dal primo (atto, quindi, da ritenersi implicitamente attributivo dei beni in trust a far tempo dalla perdita dell'ufficio da parte del trustee designante) e dall'accettazione dell'ufficio da parte del trustee subentrante.

L'art. 40 (1) del Trustee Act 1925 appare quindi poter costituire la base normativa che giustifica, in un trust interno retto dalla legge inglese, un siffatto trasferimento di beni ⁴⁸².

Resta da esaminare il meccanismo traslativo di cui sub 3), cioè l'ipotesi in cui la nomina del nuovo trustee avvenga in sede giudiziale e detto provvedimento di nomina contenga, altresì, il vesting order relativo ai beni in trust.

A tale riguardo si ribadiscono i dubbi in ordine alla configurabilità di un provvedimento siffatto da parte del giudice italiano, per le stesse ragioni esposte in precedenza ⁴⁸³.

13.2.2. L'ipotesi di dimissioni o revoca del trustee ⁴⁸⁴

Nel diritto inglese il trustee può dimettersi nei seguenti casi:

- a) se l'atto istitutivo glielo consente, espressamente o per implicito;
- b) in caso contrario, se i soggetti individuati dall'art. 36 del Trustee Act (cioè

⁴⁸⁰ Tali meccanismi traslativi – si badi – altro non fanno che adeguare la situazione at law a quella già esistente in equity: verificatasi una qualunque causa di cessazione dall'ufficio, infatti, i beni in trust già "appartengono in equity" al trustee subentrante, poiché è venuta meno la ragione che a suo tempo giustificò l'attribuzione della legal ownership sui beni in trust in capo al trustee uscente: quest'ultimo, in altri termini, è un bare trustee (o trustee "nudo") del trustee subentrante (cfr. in tal senso M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 406 e – con riferimento all'analoga questione del passaggio dei beni, una volta finito il trust, dal trustee ai beneficiari finali, questione per la quale cfr. il successivo paragrafo 14 – 187 ss.).

⁴⁸¹ Per il quale cfr. precedente nt. 467.

⁴⁸² Occorre evidenziare che norme analoghe sono contenute anche in altre leggi: si pensi, ad esempio, all'art. 39 del Trustee Act 1961 dell'Isola di Man.

⁴⁸³ Cfr. § 13.2 gennaio 1.

⁴⁸⁴ È evidente che la cessazione dall'ufficio di trustee può verificarsi anche per altre cause, quali la scadenza di un termine finale o l'avveramento di una condizione risolutiva. Le conclusioni cui si perviene in questo § valgono, ovviamente, anche per tali fattispecie.

- i soggetti che, in base all'atto istitutivo, hanno il potere di nominare trustees oppure, in loro mancanza o se essi non possono o vogliono esercitare detto potere, gli altri trustees in carica) nominano un trustee al suo posto;
- c) se tutti i beneficiari maggiorenni e capaci d'agire acconsentono alle sue dimissioni;
 - d) se il giudice gli ordina di dimettersi (ipotesi assai rara a verificarsi in pratica).
- Quanto alla revoca del trustee, nel diritto inglese essa può essere disposta:
- a) dal soggetto cui l'atto istitutivo attribuisce un siffatto potere,
 - b) dai beneficiari, se maggiorenni e capaci;
 - c) dai soggetti individuati dall'art. 36 del Trustee Act, cioè quelli sopra indicati, in tema di dimissioni, alla lettera b);
 - d) dal giudice ⁴⁸⁵.

Quanto al trasferimento dei beni in trust dal trustee uscente a quello subentrante, valgono le osservazioni svolte al precedente § 13.2.1, con la precisazione che, se la nomina del nuovo trustee avviene in sede stragiudiziale, detto trasferimento potrà aver luogo non solo nei modi ivi descritti, ma anche mediante la stipula, da parte del trustee uscente, di un apposito atto traslativo.

Nell'ipotesi di cessazione del trustee per dimissioni o revoca (ed in particolare in quest'ultimo caso) ben potrebbe, però, ipotizzarsi che il trustee uscente si rifiuti di trasferire i beni a quello subentrante.

In tal caso, secondo un autore ⁴⁸⁶, l'unico modo per uscire dall'impasse sarebbe quello di avviare nei suoi confronti un'azione di cognizione ordinaria ⁴⁸⁷, volta ad ottenere mediante sentenza l'attuazione coattiva del suo obbligo inadempito di trasferire.

Una siffatta soluzione desta, però, talune perplessità, prima di tutto perché mira a risolvere quella che appare una questione di volontaria giurisdizione facendo ricorso ad un procedimento di giurisdizione contenziosa.

Il ricorso ad un siffatto procedimento, fra l'altro, dilaterrebbe a dismisura i tempi della tutela dei beneficiari del trust, pur se probabilmente potrebbe a ciò in parte ovviarsi in sede cautelare, richiedendo alternativamente:

- un sequestro giudiziario dei beni in trust ex art. 670, n. 1, c.p.c. (in quanto ne sarebbe "controversa la proprietà"), pur se ben difficilmente il custode nominato ex art. 676 c.p.c. potrebbe vedersi conferiti dal giudice, medio tempore, gli stessi ampi poteri gestori di un trustee;
- un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Cfr. art. 41 del Trustee Act 1925.

⁴⁸⁶ Cfr. F. Steidl, *La pubblicità*, cit., 306.

⁴⁸⁷ Fondata, riterremmo, sull'art. 2932 c.c. (la relativa sentenza – si badi – ha natura costitutiva).

⁴⁸⁸ L'ammissibilità di un siffatto rimedio cautelare quando si tratti di anticipare gli effetti di sentenze costitutive, comunque, non è pacifica: per l'affermativa cfr. Pret. Foggia 23 marzo 1981, in *GM*, 1981, I, 1190; Pret. Salerno-Eboli 25 febbraio 1998, in *AC*, 1998, 1095; Pret. Verona 31 agosto 1990 e App. Bari 12 aprile 1990, in *FI*, 1991, I, 1951; Trib. Firenze 10 dicembre 1996, in *FI*, 1997, I, 378; in senso contrario, però, cfr. Trib. Casale Monferato 25 febbraio 1997, in *RDI*, 1997, 531; Trib. Fermo 9 luglio 1993, in *DLM*, 1994, p.59; Trib. Alba 14 maggio 1996, in *FI*, 1996, I, 3211; Pret. Matera 27 maggio 1992, in *FI*, 1992, I, 3423.

In secondo luogo, appare sostenibile che il rifiuto del trustee uscente non sia idoneo ad impedire il passaggio dei beni in trust a quello subentrante, ma solo ad impedire che il titolo di un siffatto trasferimento riposi (unitamente – al solito – all'accettazione dell'ufficio da parte del trustee subentrante) in un atto volontario a tal fine posto in essere dallo stesso trustee uscente.

Si è infatti avuto modo di vedere⁴⁸⁹ che, in base al combinato disposto dell'art. 8 paragrafo secondo lettera a) della Convenzione e dell'art. 40 del Trustee Act 1925, il titolo in oggetto può altresì esser rappresentato sia da un provvedimento giudiziale di rapida formazione, in quanto avente natura di provvedimento di volontaria giurisdizione (titolo questo, però, di dubbia ammissibilità nel nostro ordinamento, per le ragioni già esposte nel § 13.2.1) sia (e soprattutto) dallo stesso atto di nomina del nuovo trustee, che è fonte di un'espressa o implicita vesting declaration ex lege in capo al trustee subentrante (il quale poi, accettando l'incarico, perfeziona la fattispecie traslativa).

Se la suddetta impostazione fosse corretta, pertanto, il rifiuto del trustee uscente sarebbe idoneo soltanto ad impedire la materiale consegna dei beni al (già proprietario) trustee subentrante che ha accettato l'incarico: inconveniente questo, però, cui quest'ultimo potrebbe ovviare in sede possessoria (cioè mediante un'azione di reintegrazione ex art. 1168 c.c.), oppure in ipotesi in sede cautelare (cioè richiedendo, nei confronti del trustee uscente, un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.⁴⁹⁰).

13.3. Conclusioni

Sono a questo punto disponibili elementi sufficienti per la disamina della clausola oggetto di questo paragrafo.

Occorre premettere che negli atti istitutivi di trusts interni di qualche anno fa era sovente reperibile una clausola secondo la quale, una volta cessato dall'ufficio il trustee per qualunque causa (morte, revoca, dimissioni), egli o (se deceduto) i suoi eredi sarebbero stati obbligati a "trasferire" i beni in trust al trustee subentrante⁴⁹¹.

Una clausola siffatta, pertanto, all'evidenza postula⁴⁹² che il passaggio della titolarità dei beni in trust dal trustee uscente a quello subentrante non possa avvenire senza la collaborazione di un conforme atto di volontà proveniente dal primo o dai suoi eredi.

I più recenti atti istitutivi di trusts interni, invece, contengono di solito una clausola secondo la quale il trustee uscente "perde ogni diritto sui beni in trust

⁴⁸⁹ Cfr. § 13.2 gennaio

⁴⁹⁰ In questo caso, infatti, la tutela in via d'urgenza verrebbe richiesta in vista di un successivo provvedimento giudiziale di natura non già costitutiva, ma dichiarativa, così evitando quelle difficoltà di applicazione dell'art. 700 c.p.c. che si sono evidenziate alla nt. 489.

⁴⁹¹ Per esempi di clausole siffatte cfr. G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1018-1019 e 1044-1047 (per l'ipotesi di dimissioni del trustee), 1019-1020 (per l'ipotesi di revoca del trustee) e 1020-1022 (per l'ipotesi di morte o revoca per sopravvenuta incapacità del trustee).

⁴⁹² Sulla scia di quell'orientamento ermeneutico del quale trovasi traccia in F. Steidl, *La pubblicità*, cit., 306.

in favore di colui o coloro che gli succedono o rimangono nell'ufficio", sì che a carico del trustee uscente (o dei suoi eredi) residua soltanto, stante l'automatichità del trasferimento dei beni in trust al trustee subentrante, un obbligo di consegnare detti beni ⁴⁹³.

Alla luce di quanto si è osservato in precedenza, quest'ultima clausola probabilmente non confligge con norme imperative del nostro ordinamento.

Essa, anzi, appare la traduzione più consona, in termini civilistici, del fenomeno della sostituzione del trustee: l'aver riconosciuto l'esistenza nel nostro ordinamento di un nuovo ufficio di diritto privato, cioè quello del trustee, appare esigere infatti il riconoscimento, altresì, del fatto che la situazione proprietaria di colui che ricopre detto ufficio nasce e viene meno, rispettivamente, con l'assunzione e la cessazione dell'incarico.

Considerata, ad ogni modo, la situazione di assoluta incertezza nella quale versa ad oggi la questione in esame, appare utile descrivere taluni accorgimenti che la prassi ha ritenuto di porre in essere onde ovviare all'eventualità che il trustee uscente non provveda spontaneamente al trasferimento dei beni in trust a quello subentrante.

In primo luogo, e con limitato riferimento a beni mobili e disponibilità finanziarie, si è evidenziata l'opportunità ⁴⁹⁴ che detti beni vengano intestati dal trustee, sin dall'inizio del trust, a mandatari società fiduciarie o società di gestione del risparmio ⁴⁹⁵.

In tali ipotesi – si osserva – non vi sarà alcun trasferimento di beni in trust dal trustee uscente a quello subentrante, in quanto terzo in questione si limiterà a registrare il cambiamento del soggetto che riveste l'ufficio di trustee.

A ciò pare comunque possibile replicare che, ove si ritenga di non aderire alla suesposta tesi del passaggio dei beni dal trustee uscente a quello subentrante a prescindere da un atto di volontà del primo, l'eventuale intestazione dei beni a terzi nomines lascia, in realtà, impregiudicato il problema: in tale ottica infatti costoro, per poter legittimamente procedere a detta registrazione, parrebbero dover previamente richiedere al trustee subentrante l'esibizione di un atto del trustee uscente recante il trasferimento a costui dei beni in trust.

In secondo luogo, si registra talvolta il ricorso allo strumento della condizio-

⁴⁹³ Per tale clausola cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 406-408, 504 (cfr. clausola qualificata come "art. 10)", 524-525 (cfr. art. 6 dell'atto istitutivo di trust), 538-539 (cfr. art. 23 dell'atto istitutivo di trust), 553-554 (cfr. art. 26 dell'atto istitutivo di trust), 569 (cfr. art. 28 dell'atto istitutivo di trust) e 605-606 (cfr. art. 29 dell'atto istitutivo di trust), che ne sostiene l'ammissibilità sulla base degli argomenti esposti alla precedente nt. 481. Si segnalano, comunque, casi recenti in cui l'atto istitutivo del trust continua a parlare di "obbligo di trasferire": si veda ad esempio la clausola 6 dell'atto istitutivo del cosiddetto "Trust Concordato Santa Rita" (reperibile in *Trusts*, 2005, 302 ss.; la sentenza che ha omologato il concordato preventivo connesso a detta operazione è Trib. Parma 3 marzo 2005, in *Trusts*, 2005, 409).

⁴⁹⁴ Cfr. in tal senso M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 259 e 407.

⁴⁹⁵ Tale attività di intestazione a terzi "nomines", del resto, è espressamente consentita anche dall'art. 2 paragrafo secondo lettera b) della Convenzione, secondo il quale "i beni in trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee".

ne: l'atto istitutivo, cioè, qualifica l'eventuale cessazione dall'ufficio del trustee in carica durante il trust, al tempo stesso, quale condizione risolutiva dell'atto attributivo della proprietà a costui e quale condizione sospensiva dell'attribuzione della proprietà al trustee subentrante.

Tale soluzione intende assicurare, mediante l'utilizzo di un tipico istituto civilistico, un risultato affine a quello dell'automatico passaggio dei beni dal trustee uscente al trustee subentrante: in questo caso, però, l'attribuzione dei beni in trust ai trustees via via in carica non proviene dai trustees via via uscenti, ma dal disponente.

Ad una soluzione siffatta si potrebbe a prima vista obiettare che la cessazione del trustee, fungendo in tale ottica da condizione risolutiva, dovrebbe operare retroattivamente: da ciò discenderebbe, insomma, che gli eventuali atti gestori o dispositivi compiuti dal trustee in conformità all'atto istitutivo, avendo ad oggetto una proprietà "risolubile" del trustee, dovrebbero parimenti risolversi retroattivamente, con quali rovinosi effetti per i terzi è facile immaginare.

A ciò si potrebbe comunque replicare che, in base all'art. 1360 c.c., l'avveramento della condizione non produce effetti ex tunc nei seguenti casi:

a) nei rapporti ad esecuzione istantanea quando, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, tali effetti debbano essere riportati a un momento diverso (art. 1360, co. 1°, c.c.);

b) nei rapporti di durata (art. 1360, co. 2°, c.c.).

Se quindi l'atto istitutivo lo prevedesse espressamente, un'eventuale atto di alienazione dei beni in trust compiuto legittimamente⁴⁹⁶ dal trustee in carica non potrebbe essere caducato una volta che costui sia cessato dall'incarico⁴⁹⁷.

Quanto poi alle eventuali prestazioni periodiche che legittimamente il trustee in carica avesse compiuto⁴⁹⁸, l'effetto ex tunc dell'avveramento della condizione in esame dovrebbe escludersi sulla scorta dell'art. 1360, co. 2°, c.c.⁴⁹⁹.

Appare inoltre utile evidenziare che la soluzione della condizione postula, in materia di immobili, l'effettuazione delle ulteriori formalità pubblicitarie previste, quanto alla condizione risolutiva, dagli artt. 2659, ult. co., c.c. (menzione nella nota dell'esistenza della peculiare condizione risolutiva affettante l'acquisto della proprietà da parte del trustee) e 2655 c.c. (annotazione a margine dell'avveramento della condizione risolutiva, cioè del verificarsi di una causa di cessazione dall'ufficio) e quanto alla condizione sospensiva, ancora dall'art. 2659, ult. co., c.c. e dall'art. 2668, co. 3°, c.c. (cancellazione dell'indicazione dell'esistenza della condizione sospensiva, essendosi questa avverata a

⁴⁹⁶ Cioè senza violare le disposizioni dell'atto istitutivo.

⁴⁹⁷ Si tratta della prima delle due ipotesi di irretroattività menzionate nel testo sub a). Si potrebbe forse altresì sostenere che, pur in difetto di una previsione siffatta nell'atto istitutivo, l'atto di alienazione legittimamente compiuto dal trustee in carica non verrebbe caducato ove egli cessi poi dall'incarico perché ciò si desume dalla "natura del rapporto": si tratta della seconda delle due ipotesi di irretroattività menzionate nel testo sub a). L'espressa previsione di effetto ex tunc contenuta nell'atto istitutivo, però, ovviamente eliderebbe in radice qualunque dubbio al riguardo.

⁴⁹⁸ Si pensi alle erogazioni eventualmente effettuate a favore di beneficiari di reddito.

⁴⁹⁹ Si tratta dell'ipotesi di irretroattività menzionata nel testo sub b).

seguito dell'assunzione dell'ufficio di trustee da parte del soggetto subentrante)⁵⁰⁰.

In terzo luogo, si è ipotizzato il rilascio da parte del trustee, all'atto dell'accettazione dell'incarico (e quindi all'atto dell'acquisizione della titolarità dei beni in trust), di un mandato con procura irrevocabile (ai sensi dell'art. 1723, co. 2°, c.c.) in favore di un terzo soggetto (di solito il guardiano), in base al quale quest'ultimo potrà, una volta che il trustee mandante sia cessato dall'ufficio, trasferire in luogo di costui i beni in trust al trustee subentrante⁵⁰¹.

Quest'ultima soluzione si lascia apprezzare per la particolare linearità, che forse la rende preferibile rispetto a quella esaminata in precedenza.

⁵⁰⁰ Quanto poi al titolo idoneo per l'effettuazione di tali formalità pubblicitarie, secondo l'art. 2655, ult. co., c.c. l'annotazione a margine dell'avveramento della condizione risolutiva si opera sulla base di una sentenza, di una convenzione da cui risulta l'avveramento ovvero di una dichiarazione unilaterale del contraente in danno del quale si è verificato l'avveramento. Considerato che, nel caso di specie, la "convenzione" dovrebbe esser stipulata dal disponente (alienante) e dal trustee uscente (acquirente) e la "dichiarazione unilaterale" dovrebbe provenire dal trustee uscente (è infatti in danno di costui che la condizione risolutiva si è avverata), a prima vista parrebbe riproporsi quel problema dell'eventuale non collaborazione da parte del trustee uscente cui la soluzione della condizione risolutiva intenderebbe ovviare (parrebbe infatti che, se il trustee uscente non possa o voglia porre in essere un atto da cui risulti la sua cessazione dall'ufficio, sia necessario ottenere una sentenza che accerti tale circostanza, con aggravio sia di tempi che di costi). A ben guardare, però, la norma parrebbe dover esser letta avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie. Se il trustee è cessato per morte, non può certo ipotizzarsi che siano i suoi eredi a dover partecipare alla "convenzione" o a porre in essere la "dichiarazione unilaterale" di cui parla la norma: costoro, infatti, per definizione, non possono succedere al trustee deceduto nella titolarità dei beni in trust, sì che parrebbe sufficiente l'esibizione del certificato di morte del trustee. Se poi il trustee si è dimesso, l'atto autentico recante le sue dimissioni dovrebbe costituire la "dichiarazione unilaterale" sufficiente allo scopo. Residua l'ipotesi di revoca del trustee, con riguardo alla quale potrebbe forse sostenersi, ad ogni modo, la sufficienza dell'atto autentico di revoca per almeno due motivi: a) nel momento in cui assunse l'incarico, il trustee accettò l'eventualità di poter cessare dal medesimo per revoca; b) la revoca non richiede l'esistenza di una giusta causa, salvo che l'atto istitutivo preveda diversamente, sì che trattasi di una causa di cessazione dall'ufficio del trustee operante, per così dire, oggettivamente. Il problema oggetto di questa nota, pertanto, parrebbe porsi unicamente nel non frequente caso in cui l'atto istitutivo preveda la revocabilità del trustee soltanto per giusta causa. Quanto poi al titolo idoneo all'effettuazione delle formalità pubblicitarie relative all'avveramento della condizione sospensiva, l'art. 2668, co. 3°, c.c. richiede una sentenza o una dichiarazione, anche unilaterale, della parte in danno della quale la condizione sospensiva si è avverata: poiché nel nostro caso tale "parte" altro non è che il disponente (è infatti costui ad aver alienato sotto condizione sospensiva al trustee subentrante), i problemi sopra accennati parrebbero non porsi affatto.

⁵⁰¹ Per un accorgimento siffatto cfr. G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1020-1022. La clausola, che si riferisce alla sola ipotesi di decesso o sopravvenuta incapacità del trustee, prevede che l'obbligazione di trasferire i beni al trustee subentrante gravi in tali casi non già sul trustee (o, se deceduto, sui suoi eredi), ma sul guardiano, cui essa dichiara di "conferire la relativa legittimazione": parrebbe quindi che l'atto istitutivo (rectius: il trustee nominato in detto atto e che ha accettato l'incarico) conferisca - appunto - una procura al guardiano a trasferire i beni al trustee subentrante. Più precisa appare la formulazione dell'analoga clausola 6 dell'atto istitutivo del cosiddetto "Trust Concordato Santa Rita" (di cui si è detto alla precedente nt. 494): in essa si afferma che il trustee "fin da ora si obbliga a trasferire" i beni in trust al trustee subentrante e che "nel caso in cui si renda necessario od opportuno...il protector può intervenire a tale atto di ritrasferimento in nome e per conto" del trustee uscente, "considerandosi con il presente atto conferito uno specifico mandato in tal senso" ex art. 1723, co. 2°, c.c.

14. Clausola secondo la quale, alla cessazione del trust, i beni in trust diverranno di titolarità dei beneficiari finali pur se manchi una dichiarazione negoziale traslativa da parte del trustee

14.1. Premessa

La clausola in esame ha una funzione analoga a quella esaminata nel paragrafo precedente e pone problematiche affini: essa infatti mira ad ovviare all'eventualità che il trustee in carica, una volta giunta la fine del trust, non compia spontaneamente un atto di volontà volto a trasferire i beni in trust ai beneficiari finali, onde portare a compimento il disegno del disponente.

Al solito, preliminarmente s'impone l'analisi del fenomeno dal punto di vista del diritto inglese, onde poi verificare se ed in quali limiti ne sia possibile un'adeguata traduzione in termini civilistici.

Se infatti è vero che, in base all'art. 8 paragrafo secondo lettere g) ed h) della Convenzione, è la legge regolatrice del trust (nel caso di specie: quella inglese) a disciplinare sia i rapporti fra il trustee ed i beneficiari che la cessazione del trust, non è men vero che l'art. 15 della medesima Convenzione impone ai trusts, in generale, il rispetto delle nostre norme imperative.

14.2. Il passaggio dei beni in trust dal trustee ai beneficiari finali nel diritto inglese e nel nostro diritto

Secondo il diritto inglese, al termine del trust i beneficiari vantano un diritto incondizionato a vedersi trasferiti dal trustee i beni in trust, essendo "absolutely entitled" rispetto ad essi: ciò in quanto ormai i beni in trust appartengono, dal punto di vista dell'equity, ai beneficiari, sì che il trustee è in tale momento un mero "bare trustee" di costoro⁵⁰².

L'eventuale rifiuto del trustee di effettuare il trasferimento comporta che i beneficiari possano ottenere dal giudice un provvedimento (vesting order) che coattivamente trasferisce la proprietà ad essi⁵⁰³.

Secondo autorevole dottrina⁵⁰⁴, la clausola oggetto di questo paragrafo costituirebbe la miglior traduzione civilistica possibile del suddescritto fenomeno proprio del diritto inglese⁵⁰⁵.

⁵⁰² Il punto è pacifico: cfr. ad esempio Lewin, *On trust*, Londra, 2000, 639. Per una chiara esposizione del fenomeno cfr. nella dottrina italiana, M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 187-189.

⁵⁰³ Cfr. artt. 44 (VI) e 51 (I) (ii) (d) del Trustee Act del 1925.

⁵⁰⁴ Cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., spec. 66-67, 187-189 e 385-386.

⁵⁰⁵ Tale dottrina [cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 67, 188, 384, 453 (clausola qualificata come "art. 1°), 455 ("art. 1°), 456 ("art. 1° e "art. 2°), 457 ("art. 3°), 458 ("art. 6°), 458-459 ("art. 7°), 459 ("art. 1°), 460-461 ("art. 1°), 461 ("art. 2°), 464-465 ("art. 4°), 465 ("art. 2°), 465-466 ("art. 4°), 467-468 ("art. 3°), 468 ("art. 5°), 517 (art. 5 dell'atto istitutivo di trust; d'ora in avanti, per brevità: a.i.t.), 525 (art. 7 a.i.t.), 534 (art. 10 a.i.t.), 551-552 (art. 22 a.i.t.), 566-567 (art. 23 a.i.t.) e 587 (art. 38 a.i.t.)] propone, pertanto, la clausola che segue: "Sopraggiunto il termine finale della durata del trust, il fondo in trust è trasferito di diritto" ai beneficiari "ai quali soltanto il fondo da quel momento appartiene; il trustee 1. tiene il fondo a loro disposizione e 2. cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi" (l'autore aggiunge la seguente traduzione in inglese della clausola: "Upon the termination of the Trust Period the Trustees shall hold the trust fund upon trust for...absolutely and shall take every necessary step to convey legal title to them, enforceable against any third party").

In tale ottica, pertanto, alla fine del trust residuerebbe a carico del trustee un mero obbligo di consegna dei beni ai beneficiari, essendo costoro proprietari degli stessi dal momento stesso in cui ne richiedono l'attribuzione.

La tesi (che, a quanto consta, già ha ricevuto accoglienza nei più recenti atti istitutivi di trusts interni) non appare però persuasiva, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, non sembra coerente dal punto di vista civilistico qualificare, a monte, il diritto dei beneficiari del trust quale diritto di natura obbligatoria e non reale ⁵⁰⁶ per poi affermare che costoro, alla fine del trust, divengono titolari dei beni a prescindere da un atto di adempimento del trustee ⁵⁰⁷.

Da un punto di vista civilistico, infatti, una siffatta costruzione evoca piuttosto l'immagine della titolarità, da parte del beneficiario finale, di un diritto reale sui beni in trust sottoposto dal disponente, a seconda del modo in cui è congegnato l'atto istitutivo, a condizione sospensiva o a termine iniziale.

In secondo luogo, come si è visto in precedenza, neppure nel diritto inglese appare esservi un trasferimento automatico dei beni dal trustee ai beneficiari finali, poiché l'obbligazione del trustee riluttante risulta coercibile solo mediante un *vesting order* del giudice ⁵⁰⁸.

Ciò, comunque, non parrebbe costituire un problema in tale ordinamento giuridico, stante la maggiore efficienza di esso, in casi del genere, rispetto a quello italiano: i tempi brevi entro i quali i beneficiari possono ottenere dal giudice inglese un siffatto *vesting order*, infatti, rendono il trasferimento coatto a costoro dei beni in trust equivalente, sul piano pratico, ad un trasferimento automatico.

Tanto premesso, nel nostro ordinamento la natura obbligatoria del diritto dei beneficiari finali parrebbe comportare che il trasferimento a costoro dei beni possa avvenire solo mediante un atto di adempimento del trustee ⁵⁰⁹ e che tale

⁵⁰⁶ Come ormai fa la dottrina dominante (cfr. tra gli altri F. Rota-G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, cit., 81-82) fra l'altro sulla scia di quanto da sempre sostenuto proprio dall'illustre autore citato.

⁵⁰⁷ La contraddizione appare emergere anche dalla stessa esposizione dell'illustre autore, il quale prima parla di un obbligo del trustee di trasferire i beni ai beneficiari (postulando, all'evidenza, un atto di adempimento di tale obbligo) e poi precisa, con riguardo alla prestazione del trustee, che "si tratta più propriamente di consegna; e il trasferimento avverrà appena sarà richiesto dal creditore" (cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 187-189; cfr. ivi anche 374 ss. e 495 ss., dove a più riprese compare, sia nel testo che negli esempi di clausole, l'attività traslativa del trustee in favore dei beneficiari).

⁵⁰⁸ La materia, come si è detto, risulta infatti regolata dagli artt. 44 (VI) e 51 (1) (ii) (d) del Trustee Act del 1925, per le quali non può prescindersi da un *vesting order* del giudice. In tema di passaggio dei beni in trust dal trustee uscente a quello subentrante, se il primo non effettua spontaneamente il trasferimento il diritto inglese prevede invece un'alternativa al *vesting order*: si è visto infatti che l'art. 40 di tale legge consente, altresì, il passaggio dei beni al trustee subentrante quale effetto dell'atto di nomina di costui.

⁵⁰⁹ Appaiono frutto della medesima impostazione concettuale (che era poi quella in generale seguita, fino a pochissimo tempo fa, dagli atti istitutivi di trusts interni) le clausole reperibili in G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1036-1037 (quanto alla previsione, nell'atto istitutivo, dell'obbligo del trustee di trasferire i beni, alla fine del trust, ai beneficiari) nonché 1066-1068 e 1068-1070 (quanto all'atto con cui il trustee, una volta cessato il trust, in adempimento di tale obbligo trasferisce i beni ai beneficiari).

prestazione, in caso di rifiuto del trustee, possa coattivamente essere conseguita solo mediante un provvedimento giudiziale ⁵¹⁰.

Quanto alla natura di tale provvedimento, appare difficile escludere che esso rientri nell'ambito della giurisdizione contenziosa: se è vero, infatti, che il trasferimento ai beneficiari finali appare consequenziale alla cessazione dall'ufficio del trustee, non è men vero che trattasi, comunque, di un'attribuzione patrimoniale che porta a compimento il disegno negoziale a suo tempo preordinato dal disponente ⁵¹¹: ne discende che tale provvedimento appare rientrare nella previsione dell'art. 2932 c.c., sì da comportare quelle dilatazioni di tempi e quelle difficoltà di conseguire un'anticipata tutela in sede cautelare cui si accennato nel paragrafo 13.2.2.

A tali lungaggini si potrebbe forse ovviare, in primo luogo, predisponendo una clausola che prevede al riguardo la giurisdizione del giudice inglese, appunto perché la materia non appare rientrare nella giurisdizione volontaria ⁵¹²: sembra però evidente come una tale scelta potrebbe, nel caso concreto, rivelarsi non conveniente, in quanto antieconomica.

Resta da esaminare la applicabilità, alla materia in esame, di taluni accorgimenti civilistici miranti ad ovviare all'eventuale rifiuto del trustee di effettuare il trasferimento, analoghi a quelli si sono esaminati in tema di passaggio dei beni dal trustee uscente a quello subentrante.

Non appare possibile congegnare la proprietà del trustee in carica alla cessazione del trust come sottoposta a termine finale ⁵¹³: ciò infatti postula, correlativamente, la ricostruzione del diritto dei beneficiari come proprietà sottoposta a termine iniziale, in aperto conflitto con l'assunto che il loro diritto abbia, in realtà, natura obbligatoria.

In quest'ottica, infatti, la fine del trust segna non già il momento in cui i beni in trust divengono di proprietà di costoro, bensì il momento in cui il loro diritto di credito (avente quale contenuto la prestazione del trustee consistente nel trasferimento dei beni) diviene esigibile.

Quanto poi alla soluzione dell'intestazione di beni mobili e valori mobiliari a terzi soggetti, essa è esposta alle medesime considerazioni critiche contenute nel paragrafo 13.3.

Resta infine la soluzione della procura irrevocabile, da parte del trustee, ad un terzo (di solito il guardiano), ed in virtù della quale quest'ultimo alla fine del trust potrà eventualmente trasferire ai beneficiari, in luogo del trustee riluttante, i beni in trust: essa si lascia apprezzare per le stesse ragioni esposte nel paragrafo 13.3.

⁵¹⁰ Appare utile evidenziare che il trustee riluttante potrebbe naturalmente essere revocato e sostituito con un trustee disponibile ad effettuare il trasferimento ai beneficiari finali: in tal modo si eviterebbero i problemi posti in questo paragrafo e si dovrebbero, però, affrontare quelli oggetto del paragrafo precedente.

⁵¹¹ Non a caso, infatti, lo si ribadisce, anche nel diritto inglese un tale trasferimento, se il trustee non lo effettui, può essere attuato solo dal giudice.

⁵¹² Parrebbero quindi non sussistere quei problemi d'inderogabilità del foro che si sono visti al paragrafo 12 in tema di giurisdizione volontaria.

⁵¹³ Poiché è certo che l'ufficio del trustee cesserà alla fine del trust, infatti, non è ovviamente possibile parlare di condizione risolutiva.

15. Clausola che designa i beneficiari di reddito in ordine successivo

15.1. Premessa

Non è infrequente che un atto istitutivo di trust attribuisca ad un soggetto A finché vive, dopo la sua morte ad un soggetto B, e via dicendo, il diritto di godere dei beni in trust (o parte di essi) e/o il diritto di ricevere dal trustee delle somme di denaro (d'importo fisso o variabile), prevedendo poi che i beni, una volta che il trust sia venuto a scadenza, spetteranno ai beneficiari finali⁵¹⁴.

Non meno frequente è, altresì, la previsione che i suddetti diritti dei beneficiari di reddito abbiano durata non già vitalizia, bensì per un certo periodo di tempo: si pensi al caso in cui le erogazioni di somme debbano essere effettuate dal trustee in favore di un soggetto A per 10 anni e, una volta decorso detto periodo, in favore di un soggetto B per ulteriori 10 anni, e via dicendo.

Considerato che l'art. 15 paragrafo primo lettera c) della Convenzione impone ad un trust il rispetto delle nostre norme imperative in tema di successioni *mortis causa*, le clausole suddette appaiono meritate, ove siano inserite in un trust testamentario, una disamina alla luce dei divieti di fedecommissario e di attribuzioni successive di cui agli artt. 692 c.c. e 698 c.c.

Stante poi la pacifica natura meramente esemplificativa dell'elenco di materie contenuto nell'art. 15 paragrafo primo della Convenzione, le suddette clausole appaiono altresì meritate, ove inserite in un trust *inter vivos*, un esame alla luce degli analoghi divieti di cui agli artt. 795 e 796 c.c.

15.2. I divieti ex artt. 692 c.c. e 698 c.c. ed il trust testamentario preveniente beneficiari di reddito in ordine successivo

15.2.1. Cenni sulla portata del divieto di fedecommissario testamentario ex art. 692 c.c.

Com'è noto, il termine "fedecommissario" individua la disposizione testamentaria con cui il de cuius impone all'erede o legatario⁵¹⁵ A (detto "istituito") l'obbligo di conservare i beni ricevuti onde restituirli, alla propria morte, ad altro soggetto B (sostituito)⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Per clausole siffatte cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 104, 464-465 (clausole qualificate come "art. 2" e "art. 4"), 477 ("art. 6", "art. 7" e "art. 8"), 478 ("art. 9", "art. 10", "art. 11", "art. 12" e "art. 13"), 480-481 ("art. 5"), 485-486 ("art. 5"), 551 (art. 20 dell'atto istitutivo di trust) e 571-588 (atto istitutivo di trust n°6); G. Petrelli, *Formulario*, cit., 952.

⁵¹⁵ Che A possa essere anche legatario risulta dall'art. 697 c.c., che estende ai legati le norme in tema di fedecommissario.

⁵¹⁶ Si utilizza nel testo la sintetica ed efficace definizione di fedecommissario fornita da G. Capozzi, *Successioni*, cit., 572. Si discute su quali siano le modalità consentite dalla norma per designare il sostituito. Secondo taluno (cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 343-ter), il tenore dell'art. 692, co. 1°, c.c. ammetterebbe solo la possibilità che il testatore disponga la sostituzione fedecommissaria con una relatio a coloro "che, sotto la vigilanza del tutore, avranno avuto cura dell'interdetto", come sarebbe confermato anche dal secondo comma di detta norma, prevedente una distribuzione dei beni proporzionale "al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto". Se dunque il testatore individuasse da subito uno o più sostituiti determinati, tale designazione dovrebbe considerarsi come non apposta. Secondo la tesi prevalente (cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 582), invece, il testatore potrebbe sia designare ab initio uno o più sostituiti determinati, sia effettuare una designazione generica, cioè a favore di chi si prenderà cura dell'istituito.

Per effetto della riforma del diritto di famiglia del 1975, l'unica forma di fedecommesso consentita è, come risulta dall'art. 692 c.c., quella "assistenziale", nella quale l'istituto A è un soggetto interdetto o interdicendo che è figlio, discendente o coniuge del de cuius ed il sostituto B è la persona fisica o giuridica che gli abbia prestato assistenza; in ogni altra ipotesi, pertanto, la sostituzione dovrà considerarsi nulla.

L'avvenuta introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, però, porta a ritenere che il giudice possa, con un provvedimento ex art. 411 ultimo co. c.c., estendere l'applicabilità dell'art. 692 c.c. anche ad un siffatto incapace, sì da consentire al suo genitore, ascendente in linea retta o coniuge, di predisporre un fedecommesso assistenziale in suo favore⁵¹⁷.

Si tende a ravvisare la *ratio* del divieto nell'intendimento di evitare la creazione di un ostacolo considerato eccessivo alla libera circolazione dei beni⁵¹⁸.

La struttura giuridica del fedecommesso è oggetto di discussione⁵¹⁹, ma secondo l'opinione che pare preferibile⁵²⁰, una volta apertasi la successione del de cuius, tanto l'istituto quanto il sostituto sono immediatamente destinatari di una vocazione ereditaria (cioè di una chiamata a succedere).

Mentre però l'istituto è, altresì, destinatario di una delazione ereditaria, la quale implica per costui l'immediata possibilità di accettare l'eredità, il sostituto è titolare di un'aspettativa giuridica alla delazione, cioè di una delazione sospensivamente condizionata (e trattasi di *condicio iuris*) in cui l'evento condizionante è dato dalla premorienza dell'istituto, nonché dall'assenza di una revoca dell'interdizione dell'istituto e dall'avvenuta prestazione di assistenza a costui da parte del sostituto.

Una volta accettata l'eredità, l'istituto ne diviene proprietario risolubile, nel senso che gli eventi appena descritti e sospensivamente condizionanti la delazione del sostituto svolgono, altresì, il ruolo di eventi risolutivamente condizionanti (e si tratta – al solito – di *condicio iuris*) la situazione proprietaria dell'istituto; quest'ultimo – appunto in considerazione della sua qualità di titolare risolubile dell'asse – pur potendo godere dei beni e compiere sui medesimi ogni atto di ordinaria amministrazione (cfr. art. 693 c.c.), deve munirsi dell'autorizzazione giudiziale (stante l'esigenza di tutela dell'interesse del sostituto) per gli

⁵¹⁷ Cfr. in tal senso F. Mascolo-G. Maroz, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1349-1350. Ove si ammetta che un soggetto totalmente incapace possa esser beneficiario di a. di s. (per la questione cfr. nt. 352), inoltre, non può escludersi che, in difetto di un siffatto provvedimento giudiziale estensivo ex art. 411, ult. co., c.c., l'art. 692 c.c. possa comunque applicarsi analogicamente ad un incapace siffatto.

⁵¹⁸ Cfr. in tal senso in dottrina, per tutti, C. Gangi, *La successione*, cit., II, 273 ss.; in giurisprudenza Cass. 11 luglio 1980, n. 4443, in *GI*, 1874; Cass. 19 gennaio 1985, n. 150, in *RN*, 1985, ; Cass. 27 novembre 1990, n. 11428, in *RN*, 1991, 222. Si evidenzia che chi ritiene sussistere successione *mortis causa* fra istituito e sostituto (cfr. in tal senso M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 283 ss.), afferma che *ratio* del divieto è invece quella di evitare la compressione della libertà testamentaria dell'istituto.

⁵¹⁹ Per l'esposizione delle varie teorie al riguardo cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 572 ss.

⁵²⁰ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 575 ss.

atti di straordinaria amministrazione (cfr art. 694 c.c.)⁵²¹.

Se alla morte dell'istituito potrà dirsi avverata la *condicio iuris* risolutiva affettante la proprietà da lui vantata, si sarà parallelamente avverata anche la *condicio iuris* sospensiva concernente la delazione del sostituito; tale fenomeno di cessazione della pendenza della *condicio iuris* implicherà al tempo stesso, con effetto irretroattivo, il venir meno della proprietà a suo tempo acquistata *mortis causa* dall'istituito e l'insorgere della possibilità di accettare l'eredità, divenendone titolare, per il sostituito; ove quest'ultimo accetti effettivamente l'eredità, infine, dovrà ritenersi che abbia anch'egli acquistato *mortis causa* (ma – ripetesi – con effetto *ex nunc* – dal testatore e non già dall'istituito).

Gli elementi costitutivi del fedecommesso risultano pertanto essere i seguenti⁵²²:

- a) la duplice chiamata a succedere dell'istituito e del sostituito;
- b) l'ordine successivo fra le due chiamate (nel senso che il sostituito succederà *mortis causa* al testatore una volta morto l'istituito);
- c) il cosiddetto "obbligo di conservare e restituire" a carico dell'istituito⁵²³;
- d) nell'unica forma di fedecommesso attualmente consentita, la cura dell'istituito incapace da parte del sostituito.

È stato precisato⁵²⁴ che, nel caso in cui un soggetto A sia istituito erede con l'obbligo di conservare e restituire i beni ad altro soggetto B non già al momento della propria morte, ma dopo un certo periodo di tempo, non si ha fedecommesso, ma istituzione d'erede a favore di A sottoposta a termine finale ed a favore di B sottoposta a termine iniziale: alla luce dell'art. 637 c.c., pertanto, tali termini dovranno considerarsi come non apposti ed A e B saranno considerati chiamati in parti uguali⁵²⁵.

⁵²¹ Si discute su quale siano le conseguenze del compimento di detti negozi in assenza di autorizzazione: per un riepilogo delle varie tesi (inefficacia relativa nei confronti del sostituito, inefficacia assoluta, nullità, annullabilità) cfr. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, vol. III, Milano, 1985-1989, 678-679.

⁵²² Cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 574.

⁵²³ Com'è stato osservato (cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 574), tale espressione è in realtà tecnicamente impropria. Non vi è infatti, in primo luogo, alcun obbligo di conservare, poiché vi è piuttosto un vincolo d'indisponibilità di carattere reale sui beni: l'eventuale alienazione in spregio all'art. 694 c.c., infatti, non comporta un mero obbligo risarcitorio, ma è colpita da una sanzione "reale" (cfr. sul punto precedente nt. 522). Non vi è neppure, in secondo luogo, un obbligo di restituire i beni al sostituito: alla morte dell'istituito, infatti, ove ricorrono gli altri presupposti di fatto descritti nel testo, si verificano ipso jure il venir meno della situazione proprietaria di costui e l'avveramento della condizione sospensiva affettante la delazione a vantaggio del sostituito. Si evidenzia infine che è parimenti vietato, salvo che ricorra l'ipotesi di fedecommesso assistenziale, anche il cosiddetto "fedecommesso de residuo", che si caratterizza per il fatto che l'istituito non ha l'obbligo di "conservare" i beni, ma solo di "restituire" al sostituito, al momento della propria morte, quanto ne resterà (cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 588-589).

⁵²⁴ Cfr. in dottrina G. Caramazza, *Delle successioni*, cit., 279-280; in giurisprudenza Cass. 26 marzo 1943, in *RFI*, 1943-1945, voce Sostituzione fecommissaria, n. 3.

⁵²⁵ È stato comunque precisato (cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 316 ss.) che ricorrerà fedecommesso vietato (stante la frode alla legge perpetrata dal *de cuius*) nel caso in cui il termine individuato sia destinato a scadere dopo la morte dell'istituito, ovvero nel caso in cui si accerti che esso è stato individuato poiché coincide presumibilmente con la morte dell'istituito.

L'esistenza di un fedecommesso è stata altresì esclusa⁵²⁶ nel caso in cui il soggetto A dell'esempio sia un mero legatario e non un erede: si è parlato al riguardo, infatti, della configurabilità di due validi legati a termine, rispettivamente finale (quanto ad A) ed iniziale (quanto a B)⁵²⁷.

15.2.2. Cenni sulla portata del divieto di legato di attribuzioni successive ex art. 698 c.c.

A) Il legato di usufrutto successivo

Il nostro ordinamento vieta, all'art. 698 c.c., il legato di usufrutto successivo⁵²⁸, cioè la disposizione testamentaria con cui A, dopo aver legato l'usufrutto su un bene a B, stabilisce che alla morte di B l'usufrutto sul bene spetterà a C: in casi del genere, il legato a favore di C sarà nullo.

La *ratio* del divieto, come risulta dalla Relazione al codice civile, è data dal fatto che "un seguito di più usufrutti, che potrebbero durare lunghi anni, annullerebbe praticamente il valore della proprietà, costituirebbe un ostacolo a miglioramenti fondiari e la renderebbe di fatto incommerciabile".

Si tratta, quindi, di una *ratio* affine a quella che giustifica il divieto di fedecommesso non assistenziale previsto dall'art. 692 c.c.

A quest'ultimo riguardo occorre evidenziare che, pur se taluno identifica lo schema dell'usufrutto successivo con quello del fedecommesso⁵²⁹, l'opinione dominante⁵³⁰ evidenzia le differenze strutturali fra i due istituti: in estrema sintesi, infatti, se è vero che - come accade nel fedecommesso - il dante causa del secondo legatario C è il testatore A (e non il primo legatario B), non è men vero che - a differenza di quanto accade nel fedecommesso - il secondo legatario C acquista non già il medesimo diritto di cui in vita era titolare il primo legatario B, bensì un diritto diverso, poiché l'usufrutto di B, evidentemente, si estingue alla morte di B stesso.

Stante il rinvio alle norme in tema di usufrutto contenuto nell'art. 1026 c.c., non si dubita dell'applicabilità del divieto anche al legato di diritti di uso o di abitazione successivi⁵³¹.

Il divieto si applica solo se i soggetti designati in via successiva sono tutti capaci di succedere ex art. 462 c.c. (in quanto trattasi di soggetti nati, concepiti

⁵²⁶ Salva, al solito, la sussistenza di termini individuati dal de cuius in frode alla legge [cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 406 (nt. 1), nonché la nt. precedente].

⁵²⁷ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 587; M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 405-ter-407. Quest'ultimo autore risolve positivamente la preliminare questione dell'ammissibilità o meno, alla luce del principio di tipicità dei diritti reali, della situazione di proprietà temporanea creata da siffatte disposizioni testamentarie.

⁵²⁸ Su tale istituto cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 592-594; C. Gangi, *La successione*, cit., II, 322-327; M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 413-429.

⁵²⁹ Cfr. in tal senso, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952-1963, VI, 524 ss. Con riguardo alla donazione, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 290, secondo il quale sussisterebbe "quell'ordo successivus che caratterizza il fedecommesso: prima uno e dopo l'altro".

⁵³⁰ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 593; C. Gangi, *La successione*, cit., II, 322-323; M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 413-415.

⁵³¹ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 594.

o quanto meno figli di una determinata persona vivente) al tempo della morte del testatore: se ciò non accade ⁵³², infatti, il divieto ex art. 698 c.c. non ha ragione di operare, poiché la disposizione è a monte già nulla – in relazione ai soggetti beneficiari privi di detta capacità - per violazione del citato art. 462 c.c. ⁵³³.

Si tende ad escludere ⁵³⁴ che incorra nel divieto in questione l'ipotesi dei cosiddetti “legati d'usufrutto successivi a termine”, che si ha allorché il testatore legghi l'usufrutto ad A per un certo periodo di tempo, a B per un certo periodo di tempo successivo, e così via: ciò in quanto, trattandosi di periodi di tempo ben determinati e non (come invece accade nell'usufrutto successivo) incerti, non ricorre in tali fattispecie la *ratio* del divieto.

È stato comunque precisato ⁵³⁵ che, nel caso in cui l'autore della liberalità abbia previsto termini di durata dei singoli usufrutti complessivamente così lunghi che possa ritenersi presente l'intento di eludere il divieto, una disposizione siffatta dovrà ritenersi in frode alla legge e, come tale, sarà colpita da nullità ex art. 1344 c.c.

B) Il legato di rendite o annualità successive

L'art. 901 del codice civile del 1865 vietava “la disposizione con la quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente”.

Di fronte a tale dettato normativo (peraltro improprio, visto che l'usufrutto non è un'annualità ⁵³⁶), se era pacifica l'applicabilità del divieto al legato di annualità reali ⁵³⁷, si discuteva se esso si riferisse, altresì, alle annualità obbligatorie: se la dottrina prevalente era orientata per la soluzione positiva ⁵³⁸, la tesi negativa (cioè la tesi della validità di legati siffatti) tendeva a trovare accoglimento presso la giurisprudenza ⁵³⁹.

L'art. 698 del codice civile vigente vieta ora “la disposizione con la quale è lasciato a più persone successivamente l'usufrutto, una rendita o un'annualità”: la

⁵³² Si pensi al caso in cui il testatore legghi l'usufrutto su un bene, in via successiva, a favore dei suoi discendenti in linea retta.

⁵³³ Cfr. C. Gangi, *La successione*, cit., II, 325-326.

⁵³⁴ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 594; C. Gangi, *La successione*, cit., II, 323-324; M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 419.

⁵³⁵ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 817; A. Torrente, *La donazione*, cit., 403. Detti autori si riferiscono all'analogo divieto di donazione di usufrutti successivi ex art. 796 c.c., ma le loro considerazioni appaiono estendibili anche al divieto ex art. 698 c.c.

⁵³⁶ Cfr. in tal senso C. Gangi, *La successione*, cit., II, 325.

⁵³⁷ È stato comunque precisato che detto tipo di annualità, più che essere poche come spesso si affermava, in realtà “non esistevano, dato che il termine non poteva riferirsi ad altri diritti reali tipici” (cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 421-422).

⁵³⁸ Cfr. in tal senso, ad esempio, C. Gangi, *I legati nel diritto civile italiano con riguardo alla giurisprudenza, al diritto romano ed alle moderne legislazioni. Parte generale*, Padova, 1932-1933, I, 258 (nt. 1). Com'è stato precisato (cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 421-422), la correttezza della tesi in esame viene confermata dal fatto che il successivo art. 902 del codice civile del 1865, il quale costituiva un'eccezione all'art. 901, si riferiva esclusivamente ad annualità obbligatorie.

⁵³⁹ Cfr. Cass. Napoli 12 maggio 1880, in *FI*, 1881, I, 17; Cass. Roma 18 maggio 1893, in *FI*, 1893, I, 764; Cass. 17 ottobre 1924, in *GI*, 1925, I, 1, 59; Cass. 9 dicembre 1924, in *GI*, 1925, I, 1, 1057; Cass. 3 luglio 1926, in *FI*, 1926, I, 1156.

Relazione al codice precisa il mutamento di formulazione della norma rispetto a quella dell'art. 901 del codice previgente intende porre fine al suddetto dibattito, poiché tale mutamento è stato effettuato “per chiarire che la norma riguarda tutte le disposizioni consistenti nella prestazione di rendite o annualità e non le rendite che abbiano carattere reale, come talvolta si è sostenuto senza plausibile ragione”.

In altri termini, com'è stato osservato ⁵⁴⁰, l'avvenuto inserimento – fra l'usufrutto e le annualità - delle “rendite”, cioè di un istituto che ha sicuramente una configurazione obbligatoria e non reale, ha fatto sì che debba ormai ritenersi pacifica l'applicabilità del divieto alle rendite obbligatorie ⁵⁴¹.

Resta comunque il fatto che, com'è stato osservato ⁵⁴², il divieto appare di difficile ed incerta giustificazione, stante l'inapplicabilità al riguardo sia della *ratio* del divieto d'usufrutto successivo (cioè l'intento di non svuotare di ogni contenuto economico il diritto di proprietà), sia (stante la natura meramente obbligatoria della rendita) di quella sottesa al divieto di fedecommesso ⁵⁴³.

C) La deroga al divieto ex art. 698 c.c. prevista dall'art. 699 c.c.

L'art. 699 c.c., che ammette la disposizione testamentaria prevedente “l'erogazione periodica, in perpetuo o a tempo, di somme determinate...per...fini di pubblica utilità”, costituisce un'eccezione al divieto ex art. 698 c.c. ⁵⁴⁴, la quale si giustifica soltanto – appunto – alla luce del fine di pubblica utilità dell'erogazione stessa ⁵⁴⁵.

15.2.3. I divieti ex artt. 692 e 698 c.c. ed il trust testamentario

A) Premessa

Appaiono a questo punto disponibili elementi sufficienti per affrontare il tema del rapporto fra i divieti in questione e le clausole di un trust testamentario che individuano beneficiari di reddito in ordine successivo descritte al § 15.1.

S'impongono, però, alcune precisazioni preliminari in relazione alle caratteristiche di detto trust.

In primo luogo, occorre ipotizzare che i beneficiari individuati dal testatore in via successiva siano tutti soggetti provvisti della capacità di succedere per testamento ex art. 462 c.c., poiché in caso contrario (come si è detto) si porreb-

⁵⁴⁰ Cfr. M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 422.

⁵⁴¹ Conformi in dottrina G. Caramazza, *Delle successioni*, cit., 549-550; in giurisprudenza Cass. 1171/1954, in *GC*, I, 878-881.

⁵⁴² Cfr. A. Marini, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 13, Torino, 1986, 41; A. Torrente, *Della rendita vitalizia*, in *Comm. SB*, Bologna-Roma, 1955, 55.

⁵⁴³ Ciò non toglie che sia priva di giustificazione e difficilmente condivisibile la tesi di chi (in sostanza effettuando un'interpretazione abrogatrice della porzione dell'art. 698 c.c. che si riferisce alla rendita) ritiene valido il legato di rendite successive (per tale tesi cfr. Valsecchi, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1961, 174).

⁵⁴⁴ Essa trova il suo antecedente storico nell'art. 902 del codice civile del 1865, che consentiva al testatore di “stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo...in...oggetti di pubblica utilità”.

⁵⁴⁵ G. Capozzi, *Successioni*, cit., 594; C. Gangi, *La successione*, cit., II, 327. Della norma ci si è già occupati nel § 2 gennaio 2.1, allorché si è affrontato il tema della personalità della volizione liberale.

be, a monte, il problema della violazione di quest'ultima norma ⁵⁴⁶.

In secondo luogo, si deve ipotizzare che il trust sia fonte di un diritto di credito dei beneficiari di reddito nei confronti del trustee, cioè che il trust sia *fixed* ⁵⁴⁷ ovvero che, se trattasi di trust discrezionale, la discrezionalità del trustee sia in esso congegnata in modo tale da poter incidere non già sull'an dell'attribuzione, bensì, soltanto sul quantum di essa ⁵⁴⁸.

B) Analisi delle clausole alla luce del divieto di fedecommesso ex art. 692 c.c.

Tanto premesso, si pensi al caso in cui il testatore A istituisca un trust nel quale B svolge il ruolo di trustee e vengono designati quali beneficiari vitalizi di reddito prima C, poi (alla morte di C) D, mentre E è il beneficiario finale.

Com'è stato osservato ⁵⁴⁹, una tale fattispecie non è affatto assimilabile ad un fedecommesso.

In primo luogo, infatti, non sussiste fedecommesso nel rapporto fra beneficiari di reddito e beneficiario finale, essenzialmente perché fa difetto fra costoro sia il requisito l'ordine successivo sia quello dell'obbligo di conservare e restituire: i beneficiari di reddito, infatti, sono titolari non già della proprietà dei beni, bensì di un diritto di credito nei confronti del trustee a conseguire i redditi; per tacere del fatto che tanto i beneficiari di reddito quanto il beneficiario finale acquistano dal trustee e non dal testatore.

In secondo luogo, non è ipotizzabile un fedecommesso neppure nel rapporto fra trustee e beneficiario finale ⁵⁵⁰, essenzialmente in quanto:

- a) non sussiste l'ordine successivo, provenendo l'acquisto del beneficiario – al solito - dal trustee e non dal testatore;
- b) mentre l'istituto, come risulta dall'art. 693, co. 1°, c.c., gode dei beni, è esclusa qualunque forma di godimento dei beni da parte del trustee, pena la configurabilità di una *breach of trust* con la connessa responsabilità.

Più in generale, si è osservato come un trust non violi alcuna delle rationes legis sottese al divieto di fedecommesso: non quella fondata sull'esigenza di evitare di comprimere la libertà di testare dell'istituto, perché i beni in trust sono per definizione estranei alla successione *mortis causa* del trustee ⁵⁵¹; non quella riposante sull'esigenza di evitare limiti intollerabili alla circolazione dei

⁵⁴⁶ Si pensi all'ipotesi in cui il testatore A abbia trasferito al trustee B un bene già locato o da locare a terzi, individuando quali beneficiari vitalizi dei canoni i propri discendenti in linea retta: alla morte di A potranno beneficiare del legato soltanto i discendenti di costui che siano, in quel momento, già nati o almeno concepiti. Del rapporto fra trust ed art. 462 c.c. ci si è già occupati nel § 2 gennaio 2.2, cui si rinvia.

⁵⁴⁷ Cfr. in tal senso M. Lupoi, *Trusts*, cit., 661 (nt. 309).

⁵⁴⁸ Le riflessioni che seguiranno appaiono quindi valide sia per il beneficiario di prestazioni d'importo fisso, sia per il beneficiario di prestazioni d'importo variabile.

⁵⁴⁹ Cfr. E. Moscati, *Trust e vicende*, cit., 1106-1110; P. Piccoli, *Trusts, patti successori*, cit., 139-143.

⁵⁵⁰ E ciò vale – si badi – anche nel caso in cui l'attribuzione al beneficiario finale debba aver luogo (analogamente a quanto accadrebbe in un fedecommesso) alla morte del trustee.

⁵⁵¹ Cfr. ad esempio M. Lupoi, *Trusts*, cit., 661; P. Piccoli, *Trusts, patti successori*, cit., 143.

beni, poiché il trustee normalmente ha il potere di alienare i beni e comunque le leggi regolatrici dei trusts di solito prevedono una durata massima di essi⁵⁵².

La clausola in esame appare così distante dal fedecommesso che le brevi notazioni che precedono risultano sufficienti ad escludere qualsiasi assimilazione a tale istituto esso⁵⁵³.

D'altro canto, la differenza fra trust e fedecommesso, che era già chiara alla dottrina⁵⁵⁴ e ad almeno parte della giurisprudenza⁵⁵⁵ addirittura prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile, è stata ulteriormente approfondita e messa in luce anche in epoca successiva⁵⁵⁶.

C) Analisi delle clausole alla luce del divieto di attribuzioni successive ex art. 698 c.c.

È a questo punto necessario analizzare se la clausola indicata all'inizio della lettera B) contrasti o meno con il divieto di cui all'art. 698 c.c.: si immagini altresì – onde avvicinare la clausola quanto più possibile alla fattispecie vietata – che l'attribuzione al beneficiario finale E debba avvenire alla morte del beneficiario di reddito vitalizio D.

Occorre infatti chiedersi se, in tal caso, sussista un parallelismo fra il primo legatario d'usufrutto successivo ed il primo beneficiario di reddito vitalizio C e fra il secondo legatario d'usufrutto successivo ed il secondo beneficiario di reddito vitalizio D, poiché in caso affermativo l'attribuzione a D dovrebbe considerarsi nulla in virtù della norma citata.

La dottrina che si è occupata della questione⁵⁵⁷ ha ritenuto di rispondere negativamente, essenzialmente per tre ragioni.

⁵⁵² Cfr. ad esempio M. Lupoi, *Trusts*, cit., 661-662. Quest'ultima osservazione, però, non persuade: se è vero, infatti, che il trustee può di regola alienare i beni in trust, non è men vero che ciò determina non già la cessazione del vincolo di destinazione, ma il suo spostamento sul ricavato dell'alienazione; quanto poi al fatto che per i trusts siano normalmente previste durate massime, esso appare privo di rilievo, perché il legislatore considera inaccettabile il vincolo nascente da fedecommesso per il solo fatto che esso è destinato a protrarsi per la durata di una vita umana (quella dell'istituto), cioè per un periodo tendenzialmente più breve di quello di durata massima di un trust.

⁵⁵³ Più somigliante ad un fedecommesso (ma pur sempre non assimilabile ad esso) sarebbe un trust testamentario in cui il de cuius A trasferisca i propri beni ad un trustee B e designi C quale beneficiario finale, cui detti beni dovranno esser trasferiti alla morte del trustee. Trattasi comunque, all'evidenza, di una clausola del tutto estranea al tema dei beneficiari di reddito designati in via successiva.

⁵⁵⁴ Cfr. G.M. Palliccia, *Trusts testamentari inglesi riferentisi a beni siti in Italia*, in *FI*, 1933, IV, 30-32.

⁵⁵⁵ Cfr. Cass. Napoli 29 marzo 1909, in *GI*, 1909; I, 1, 649 (per un'analisi di essa cfr. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 730 ss.). Assimilarono il trust al fedecommesso, invece, App. Cagliari 12 maggio 1898, in *GI*, 1898, I, 2, 612; Cass. Roma 21 febbraio 1899, in *GI*, 1899, I, 1, 216 (per un'analisi di esse cfr. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 725 ss.).

⁵⁵⁶ Per la dottrina, oltre ai due contributi citati alla nt. 550, cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 657-663; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 668 ss.; A. Palazzo, *I trusts*, cit., 126-127; Id., *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, 301-305; per la giurisprudenza cfr. Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *FI*, 1956, I, 1021; Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *FI*, 1998, I, 2007. Con opinione, a quanto consta isolata, un autore (cfr. F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, cit., 14-15), ritiene invece che il trust violi il divieto di fedecommesso.

⁵⁵⁷ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 660 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 676 ss.; P. Piccoli, *Trusts, patti successori*, cit., 142 ss.; E. Moscati, *Trust e vicende*, cit., 1109 ss.; A. Palazzo, *I trusts in materia successoria*, cit., 127; C. Brunetti, *Il testamento dello zio d'America. Il trust "testamentario"*, in *FI*, 1998, I, 2008.

In primo luogo, si è osservato⁵⁵⁸ come il divieto sia posto a tutela di un soggetto (il nudo proprietario) che non esiste in un trust siffatto: non lo sono, infatti, né il beneficiario finale (il quale, ad avviso dell'opinione dominante⁵⁵⁹, è titolare non già di un diritto reale, bensì di un diritto di credito nei confronti del trustee – per quanto opponibile erga omnes - a vedersi attribuiti i beni alla fine del trust) né il trustee (il quale è titolare di una proprietà priva della facoltà di godere i beni perché trattati di proprietà non già “nuda”, bensì affetta da un vincolo di destinazione⁵⁶⁰); per tacere del fatto che i beneficiari di reddito designati in via successiva (nell'esempio: C e D) non risultano assimilabili a degli usufruttuari (costoro vantano infatti – come si è detto - un diritto di credito nei confronti del trustee).

Si è poi evidenziato⁵⁶¹ che sia il primo che il secondo beneficiario vitalizio di reddito (cioè sia C che D) acquistano non già dal disponente, bensì dal trustee.

Se da un punto di vista strutturale le osservazioni che precedono appaiono tutto sommato convincenti, resta il fatto che, dal punto di vista funzionale, la clausola in esame sembrerebbe comunque creare una situazione affine a quella propria dell'usufrutto successivo, poiché per la durata di due vite umane (quelle di C e di D) essa esclude qualunque facoltà di godimento dei beni in trust da parte di soggetti diversi dai beneficiari di reddito.

L'affinità funzionale appare poi particolarmente marcata nel caso in cui i beneficiari di reddito non vantino un mero diritto di ricevere somme, bensì un più ampio diritto di godere delle utilità economiche dei beni in trust⁵⁶².

Occorre infine chiedersi se la clausola in esame violi o meno il divieto (parimenti previsto dall'art. 698 c.c.) di rendite successive, poiché in caso affermativo la validità della disposizione beneficiaria in favore di D ne risulterebbe inficiata.

La dottrina, dopo essersi limitata a porre la questione senza prendere posizione in merito⁵⁶³, ha finito per adombrare, se pure in termini assolutamente generici e senza scendere in dettagli, la configurabilità di una violazione del detto divieto⁵⁶⁴.

Tale conclusione appare senz'altro condivisibile nelle ipotesi in cui i beneficiari vitalizi di reddito individuati in ordine successivo vantino un credito a conseguire periodicamente una somma di denaro o una certa quantità di beni fun-

⁵⁵⁸ Cfr. ad esempio P. Piccoli, *Trusts, patti successori*, cit., 142.

⁵⁵⁹ Cfr. precedente nt. 216.

⁵⁶⁰ Ciò è tanto vero che il trustee, ove ciò non contrasti con le finalità dell'atto istitutivo, ben può alienare la piena proprietà dei beni in trust, facendo così divenire oggetto del patrimonio separato, in loro vece, il corrispettivo di tale alienazione.

⁵⁶¹ Cfr. ad esempio S. Bartoli, *Il trust*, cit., 677.

⁵⁶² Si pensi all'ipotesi in cui i beneficiari di reddito designati in via successiva abbiano il diritto di abitare nell'immobile costituente oggetto del trust. Non si dimentichi – fra l'altro – che il divieto ex art. 698 c.c. vale, come si è visto, anche per il diritto di uso e per il diritto d'abitazione.

⁵⁶³ Cfr. M. Lupoi, voce “*Trusts – I) Profili generali e diritto straniero; II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*”, in *EGTreccani*, XXV, Roma, 1995, § 3 gennaio 4.

⁵⁶⁴ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 660; Id., *La sfida dei trusts in Italia*, in *CG*, 1995, 1208; P. Piccoli, *Trusts, patti successori*, cit., 142 (nt. 197).

gibili: in tal caso, infatti, la contiguità della figura all'istituto della rendita vitalizia costituita per testamento ⁵⁶⁵ appare evidente.

Maggiori perplessità destano, invece, l'ipotesi in cui la somma di denaro o la quantità di beni fungibili periodicamente spettanti a costoro siano non già fisse, ma variabili (normalmente in relazione alle esigenze del beneficiario), nonché l'ipotesi caratterizzata da una continuità di prestazioni economiche a vantaggio di costoro ⁵⁶⁶.

Nel primo caso, fermo che la variabilità della prestazione periodica fa fuoriuscire la prestazione dal concetto di rendita in senso tecnico, parrebbe difficile escludere su questa sola base argomentativa la violazione del divieto.

Il secondo caso presenta affinità con il vitalizio alimentare e con il vitalizio di mantenimento, negozi che la più recente giurisprudenza non qualifica più come species del genere "rendita vitalizia", ma come negozi atipici ⁵⁶⁷; resta da vedere, però, se ciò basti a sottrarre detta ipotesi all'applicazione del divieto.

Occorre poi evidenziare che un illustre autore ⁵⁶⁸, allo scopo di tentare di ridurre la portata del divieto di rendite successive in relazione al trust, ha affermato che il termine "rendite" andrebbe impiegato "in senso tecnico-giuridico" e che, in tale ottica, non violerebbe detta norma un trust secondo il quale le rendite di un immobile saranno corrisposte prima a Tizio ed alla sua morte a Caio, poiché in tal caso la parola "rendita" significa "proventi della locazione".

La tesi, però, non persuade, poiché se è vero che i canoni locatizi non rientrano nel concetto di rendita ⁵⁶⁹, ciò nel nostro caso parrebbe soltanto implicare che essi non costituiscono rendita per l'immediato percettore di essi (cioè per il trustee, che li riceve dal conduttore), mentre costituiscono rendita per i beneficiari di reddito (in quanto trattasi di somme determinate di denaro loro erogate dal trustee e non dal conduttore).

In sintesi e per concludere, l'attuale incertezza in ordine all'ambito di applicabilità del divieto di usufrutto e (soprattutto) di rendite successive al trust testamentario parrebbe consigliare un'estrema prudenza nella predisposizione di beneficiari di reddito vitalizi in ordine successivo e di prendere in debita considerazione, quale possibile alternativa, la designazione di beneficiari di reddito in ordine successivo il cui diritto è destinato a durare non già a vita, bensì per periodi di tempo determinati: si è visto infatti⁵⁷⁰ che si tende ad escludere la violazione dell'art. 698 c.c., salvo che in concreto ricorra una fattispecie di frode alla legge, laddove il testatore abbia predisposto una serie di usufrutti a termine o di rendite a termine.

⁵⁶⁵ Cfr. artt. 1872, co. 2°, c.c. e – per la nozione di rendita – 1861 c.c.

⁵⁶⁶ Quest'ultima ipotesi parrebbe ricorrere nella clausola reperibile in M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 104, viste la genericità ed ampiezza della sua formulazione.

⁵⁶⁷ Cfr. precedente nt. 270.

⁵⁶⁸ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 660 (nt. 308).

⁵⁶⁹ Ciò pare risultare con chiarezza dall'art. 820, co. 3°, c.c., che nel definire il concetto di "frutti civili" menziona separatamente "le rendite vitalizie" ed "il corrispettivo delle locazioni".

⁵⁷⁰ Cfr. 15 febbraio 2.

15.3. I divieti ex artt. 795 e 796 c.c. ed il trust liberale inter vivos preven- dente beneficiari di reddito in ordine successivo

15.3.1. Cenni sulla portata del divieto di fedecommesso nella donazione ex art. 795 c.c.

La norma in esame vieta il fedecommesso non assistenziale anche se contenuto in una donazione.

La struttura giuridica del fedecommesso è ovviamente diversa da quella, in precedenza esaminata, del fedecommesso testamentario.

Com'è noto, infatti, si discute⁵⁷¹ se ci si trovi di fronte ad una donazione da A a B sottoposta ad un'obbligazione modale (il cui contenuto è conservare e restituire il bene a C) gravata da una condizione sospensiva, ovvero se debba piuttosto parlarsi di due donazioni, una a favore di B e risolutivamente condizionata, l'altra a favore di C e sospensivamente condizionata⁵⁷².

Il parallelismo instaurato dal legislatore con il fedecommesso testamentario consente di estendere a quello contenuto in una donazione le conclusioni raggiunte con riguardo al primo: risulta quindi vietato anche il fedecommesso di residuo⁵⁷³, mentre risulta ammissibile la donazione preveniente che il donatario A debba conservare e restituire i beni ad altro soggetto B non già al momento della propria morte, ma dopo un certo periodo di tempo⁵⁷⁴.

15.3.2. Cenni sulla portata del divieto di attribuzioni successive ex art. 796 c.c.

A) La donazione di usufrutto successivo

Come l'art. 795 c.c. costituisce il pendant dell'art. 692 c.c. in tema di fedecommesso, altrettanto può dirsi dell'art. 796 c.c.⁵⁷⁵ rispetto all'art. 698 c.c.: anche in tema di donazione, infatti, la predisposizione di un usufrutto vitalizio successivo è vietata.

La *ratio* del divieto è analoga a quella giustificante il divieto di fedecommesso (evitare l'ostacolo alla circolazione dei beni creato da un vincolo di durata

⁵⁷¹ Per tale dibattito cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 814 ss.

⁵⁷² L'evento che svolge il ruolo di condizione, al solito, è dato dalla premorienza del primo donatario B, dalla mancanza di una revoca dell'interdizione di B e dalla prestazione di assistenza a B da parte del secondo donatario C. Opta per la prima delle due tesi G. Capozzi, *Successioni*, cit., 814 ss., osservando che essa consente (in perfetto parallelismo con il disposto dell'art. 692 c.c. e dunque in linea con l'intenzione espressa dall'art. 795 c.c. di ammettere il fedecommesso nella donazione entro gli stessi limiti del fedecommesso testamentario) di ipotizzare anche una sostituzione fedecommissaria in favore di soggetto non individuato dal disponente in sede di stipula (sul punto cfr. precedente nt. 517); ciò invece non sarebbe possibile ove si opti per la tesi della doppia donazione, stante l'inammissibilità di una proposta di donazione – quella relativa alla donazione risolutivamente condizionata in favore del sostituto C – in incertam personam.

⁵⁷³ Cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 397.

⁵⁷⁴ Cfr. A. Torrente, *La donazione*, cit., 396; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 288. Tale soluzione positiva dovrà ovviamente fare i conti con fattispecie in cui la predisposizione dei termini da parte del donante sia tale da costituire frode alla legge, cioè tale da determinare lo stesso risultato di un fedecommesso.

⁵⁷⁵ L'antenato della norma è l'art. 1074 del codice civile del 1865.

indeterminata)⁵⁷⁶ e riposa, altresì, sull'esigenza che la durata dell'usufrutto non ecceda quella di una vita umana.

L'unica ipotesi di usufrutto successivo ammessa dall'art. 796 c.c. è quella in cui la catena degli usufruttuari vitalizi si compone di due soli anelli ed il primo degli usufruttuari vitalizi è lo stesso donante (che si è – appunto – riservato l'usufrutto in occasione della donazione della nuda proprietà)⁵⁷⁷.

Se dunque A dona l'usufrutto su un bene a B stabilendo che, dopo la morte di B, l'usufrutto spetterà a C, la donazione a favore di C sarà affetta da nullità.

La norma consente invece ad A di donare la nuda proprietà di un bene a B, riservandosene l'usufrutto e stabilendo che, alla sua morte, detto usufrutto spetterà a C per tutta la durata della vita di costui; se però A ha stabilito che alla morte di C l'usufrutto spetterà a D per tutta la durata della vita di costui, la donazione a favore di D sarà colpita da nullità.

Valgono, per il resto, considerazioni analoghe a quelle effettuate con riguardo all'art. 698 c.c.

In primo luogo, il divieto di applica anche ai diritti di uso⁵⁷⁸ e di abitazione, stante il generale rinvio alla normativa in tema di usufrutto contenuto nell'art. 1026 c.c.

In secondo luogo, quanto all'ipotesi di donazione dell'usufrutto su un bene ad A per un certo periodo di tempo, a B per un certo periodo di tempo successivo, e così via, la dottrina tende ad escludere⁵⁷⁹ che essa sia vietata dalla norma in questione: ciò per le stesse ragioni viste in precedenza in tema di legati di usufrutto a termine⁵⁸⁰.

È stato comunque precisato⁵⁸¹ che, nel caso in cui l'autore della liberalità abbia previsto termini di durata dei singoli usufrutti complessivamente così lunghi che possa ritenersi presente l'intento di eludere il divieto, una disposizione siffatta dovrà ritenersi in frode alla legge e, come tale, sarà colpita da nullità ex art. 1344 c.c.

Deve infine tenersi presente che, se gli usufruttuari vitalizi individuati in via successiva sono soggetti incapaci a ricevere per donazione ex art. 784 c.c. (in quanto soggetti non nati, né concepiti, né figli di un soggetto vivente al tempo della donazione), la disposizione porrà, prima ancora del problema della violazione dell'art. 796 c.c., quello della violazione dell'art. 784 c.c.

⁵⁷⁶ L'opinione dominante (cfr. per tutti A. Torrente, *La donazione*, cit., 402) evidenzia comunque le differenze strutturali fra le due figure (tende invece ad identificarle B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 290 ss.).

⁵⁷⁷ Ciò si spiega con la considerazione che solo in tale ipotesi può affermarsi che non sono stati costituiti sul bene più usufrutti vitalizi successivi, ma un solo usufrutto vitalizio: quello che il donante si è riservato, infatti, già faceva parte del patrimonio di costui.

⁵⁷⁸ Del diritto di uso, fra l'altro, parlava espressamente il già citato art. 1074 del codice civile del 1865.

⁵⁷⁹ G. Capozzi, *Successioni*, cit., 816-817; A. Torrente, *La donazione*, cit., 403.

⁵⁸⁰ In senso contrario cfr. però B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 293, secondo il quale "attraverso sostituzioni temporanee, opportunamente congregate, si arriverebbe alla perpetuazione dell'usufrutto" che il divieto mira appunto ad evitare.

⁵⁸¹ Cfr. G. Capozzi, *Successioni*, cit., 817; A. Torrente, *La donazione*, cit., 403.

B) La donazione di rendite successive

L'art. 796 c.c., a differenza dell'art. 698 c.c., non contiene un divieto di rendite successive.

La scarsa dottrina che si è occupata della questione⁵⁸² ha escluso che possa farsi applicazione analogica del divieto ex art. 698 c.c., stante il carattere eccezionale di esso: ne discende, pertanto, che la donazione di rendite successive parrebbe ammissibile.

15.3.3 I divieti ex artt. 795 e 796 c.c. ed il trust liberale *inter vivos*

A) Premessa

Appaiono a questo punto disponibili elementi sufficienti per affrontare il tema del rapporto fra i divieti in questione e le clausole di un trust liberale *inter vivos* che individuano beneficiari di reddito in ordine successivo descritte al § 15.1.

S'impongono le consuete precisazioni preliminari relative alle caratteristiche di detto trust: i beneficiari di reddito individuati in via successiva dovranno essere capaci di ricevere per donazione ex art. 784 c.c. ed il trust dovrà essere *fixed* o, se discrezionale, esser comunque fonte di un diritto di credito – per quanto incerto nel quantum – per detti beneficiari.

B) Analisi delle clausole alla luce del divieto di fedecommesso ex art. 795 c.c.

Tanto premesso, si pensi al caso in cui un soggetto A istituisca un trust liberale *inter vivos* in cui B svolge il ruolo di trustee e vengono designati quali beneficiari vitalizi di reddito prima C, poi (alla morte di C) D, mentre E è il beneficiario finale.

Si è osservato in dottrina⁵⁸³ che una siffatta disposizione non è assimilabile ad un fedecommesso, rinviando alle varie motivazioni viste in tema di trust testamentario.

Appare comunque opportuno precisare che, nel caso in cui si opti per la tesi che vede nel fedecommesso ex art. 795 c.c. non già una doppia donazione, bensì una sola donazione da A a B sottoposta ad un'obbligazione modale (il cui contenuto è conservare e restituire il bene a C) gravata da una condizione sospensiva, si avrà che il dante causa del secondo donatario C è il primo donatario B (e non il donante A).

Questo appare essere un punto di contatto fra il fedecommesso ex art. 795 c.c. e la struttura del trust liberale *inter vivos* sopra esemplificato, poiché anche quest'ultima ipotesi il dante causa del beneficiario di reddito vitalizio C è il trustee B (e non il disponente A).

Poiché, però, restano valide tutte le altre considerazioni che si sono effettuate per distinguere il fedecommesso dal trust testamentario, tale punto di contatto non appare sufficiente a rendere assimilabile ad un fedecommesso la disposizione in esame.

C) Analisi delle clausole alla luce del divieto di attribuzioni successive ex art. 796 c.c.

⁵⁸² Cfr. B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 296; A. Marini, *La rendita*, cit., 41.

⁵⁸³ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 661; S. Bartoli, *Il trust*, cit., 675-676.

È a questo punto necessario analizzare se un trust liberale *inter vivos* che individua beneficiari vitalizi di reddito successivi contrasti o meno con il divieto di cui all'art. 796 c.c.

Una precisazione preliminare s'impone: la risposta dovrebbe essere senz'altro negativa nel caso in cui il disponente sia il primo anello della catena di detti beneficiari vitalizi di reddito successivi e dopo di lui sia designato un solo ulteriore beneficiario vitalizio di reddito ⁵⁸⁴.

In tale ipotesi, infatti, appare esservi un'indubbia affinità con l'unica fattispecie di usufrutto successivo ammessa dalla norma in esame, cioè quella in cui il donante si riserva l'usufrutto sul bene e stabilisce che, dopo la sua morte, ne sarà usufruttuario un altro soggetto.

Un problema di contrasto con il divieto di cui all'art. 796 c.c. si pone, pertanto, in ogni altra ipotesi, cioè:

a) quando il primo anello della catena di beneficiari vitalizi di reddito successivi è occupato dallo stesso disponente, ma egli non si è limitato ad individuare un solo ulteriore beneficiario vitalizio, avendo previsto altri beneficiari vitalizi dopo la morte di costui ⁵⁸⁵;

b) quando il primo anello della catena di beneficiari vitalizi di reddito successivi non è occupato dallo stesso disponente.

Tanto premesso, si pensi al caso in cui un soggetto A istituisca un trust liberale *inter vivos* in cui B svolge il ruolo di trustee e vengono designati quali beneficiari vitalizi di reddito prima C, poi (alla morte di C) D, mentre E è il beneficiario finale ⁵⁸⁶.

Occorre infatti chiedersi se, in tal caso, sussista un parallelismo fra il primo donatario d'usufrutto successivo ed il primo beneficiario di reddito vitalizio C e fra il secondo donatario d'usufrutto successivo ed il secondo beneficiario di reddito vitalizio D ⁵⁸⁷.

A tale riguardo appare possibile rinviare a tutte le considerazioni che si sono svolte in relazione all'analogo tema del rapporto fra divieto ex art. 698

⁵⁸⁴ Esempio: il soggetto A istituisce un trust liberale *inter vivos* in cui B svolge il ruolo di trustee e vengono designati quali beneficiari vitalizi di reddito prima lo stesso disponente A, poi (alla morte di A) il soggetto C, mentre D è il beneficiario finale. Al solito, si immagini altresì – onde avvicinare la clausola quanto più possibile alla fattispecie vietata – che l'attribuzione al beneficiario finale D debba avvenire alla morte del beneficiario di reddito vitalizio C. Quest'ultima precisazione vale anche per l'esempio di cui alla successiva nt.

⁵⁸⁵ Esempio: il soggetto A istituisce un trust liberale *inter vivos* in cui B svolge il ruolo di trustee e vengono designati quali beneficiari vitalizi di reddito prima lo stesso disponente A, poi (alla morte di A) il soggetto C, poi (alla morte di C) il soggetto D, mentre E è il beneficiario finale. In questo caso il problema della violazione dell'art. 796 c.c. si pone per l'attribuzione al soggetto D. Per una clausola del genere cfr. G. Rota-F. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, cit. 168 ("art. 5", nella parte in cui prevede che alla morte di Tizia e Livia le rendite debbano essere attribuite in parti uguali ai loro nipoti viventi di sesso maschile e successivamente ai loro discendenti).

⁵⁸⁶ Al solito, si immagini altresì che l'attribuzione al beneficiario finale E debba avvenire alla morte del beneficiario di reddito vitalizio D.

⁵⁸⁷ I soggetti C e D – pare opportuno precisarlo – sono in questo caso destinatari di altrettante donazioni indirette.

c.c. e trust testamentario: in estrema sintesi, le differenze strutturali appaiono così consistenti da far dubitare dell'esistenza di una violazione del divieto, pur se ingenerano perplessità di segno contrario le affinità funzionali che le due figure presentano in certe ipotesi.

A differenza di quanto accade in tema di testamento (stante il tenore dell'art. 698 c.c.), per il trust liberale *inter vivos* non pare invece porsi un problema di violazione del divieto di rendite successive: si è visto infatti che l'art. 796 c.c. non prevede un divieto siffatto e che parrebbe da escludersi un'applicazione analogica di quello previsto, invece, dall'art. 698 c.c.

Considerato che – come si è visto in tema di art. 698 c.c. – appare proprio quest'ultimo divieto (più che quello di usufrutti successivi) a suscitare le maggiori perplessità con riguardo ai trusts prevedenti beneficiari vitalizi di reddito in ordine successivo, quest'ultima osservazione dovrebbe – riterrei – costituire per il disponente un incentivo ad istituire un trust siffatto con atto *inter vivos* piuttosto che mediante testamento⁵⁸⁸.

15.4. Divieto di attribuzioni successive e trust “inter vivos” non liberale

La dottrina⁵⁸⁹ ha affermato che, in difetto di norme proibitive analoghe agli artt. 698 e 796 c.c., l'usufrutto successivo deve considerarsi ammesso nei negozi diversi dal testamento e dalla donazione.

Da ciò pare potersi dedurre che un problema di violazione di detto divieto non si pone nei trusts *inter vivos* in cui l'attribuzione al beneficiario di reddito sia priva di natura liberale.

16. Clausola prevedente effetti coincidenti, in tutto o in parte, con quelli che sarebbero prodotti da un resulting trust

16.1. Premessa

Come si è accennato in precedenza⁵⁹⁰, nell'ordinamento inglese l'equity ovvia all'eventuale incompletezza della manifestazione di volontà del disponente contenuta nell'atto istitutivo, sia essa intenzionale o meno⁵⁹¹, sia essa dovuta a cause originarie⁵⁹² o sopravvenute⁵⁹³, con lo strumento del cosiddetto “resulting trust”: in virtù di una sentenza dichiarativa, pertanto, i beni dovranno considerarsi oggetto di detto peculiare trust, del quale beneficiari saranno il disponente ovvero, se deceduto, i suoi eredi o legatari; costoro potranno quindi ricevere detti beni dal trustee a loro semplice richiesta, trattandosi di un trust aven-

⁵⁸⁸ Per una clausola in tal senso cfr. G. Petrelli, *Formulario*, cit., 952.

⁵⁸⁹ Cfr. per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., 593.

⁵⁹⁰ Cfr. nt. 13.

⁵⁹¹ Si pensi ad un atto istitutivo che prevede solo beneficiari di reddito e non anche beneficiari finali: tale omissione potrebbe dipendere da una precisa scelta del disponente (quella – appunto – di non individuare beneficiari finali) ovvero essere involontaria.

⁵⁹² Come accade nell'esempio di cui alla nota precedente.

⁵⁹³ Come accade, ad esempio, se tutti i beneficiari finali individuati dal disponente non possono o vogliono accettare l'attribuzione in loro favore.

te, altresì, natura di bare trust ⁵⁹⁴.

16.2. Il problema dell'applicabilità o meno della Convenzione ai resulting trusts

Mentre la precedente versione dell'art. 3 della Convenzione ne affermava l'applicabilità ai trusts "costituiti espressamente", il testo definitivamente approvato della norma parla ora di trusts "creati volontariamente e provati per iscritto".

L'art. 20 della Convenzione, dal canto suo, afferma che uno Stato contraente può decidere di estendere l'applicabilità di essa anche ai trusts "créés par une décision de justice" (secondo la versione ufficiale in lingua francese) ovvero "declared by judicial decisions" (secondo quella in lingua inglese) ⁵⁹⁵.

Tanto premesso, occorre evidenziare che il tema dell'applicabilità della Convenzione ai resulting trusts è oggetto di discussione ⁵⁹⁶.

Un primo orientamento ⁵⁹⁷ ritiene che i resulting trusts rientrino nella previsione dell'art. 3 (e che quindi la Convenzione si applichi a qualunque ipotesi di resulting trust), poiché l'eliminazione dal testo definitivo della norma del precedente riferimento ai "trusts costituiti espressamente" e l'attuale riferimento di essa alla sola "volontarietà" del trust consentirebbe di estenderla anche ai resulting trusts, i quali – a dire di tale tesi – si fonderebbero in ogni caso su un'implicita e conforme volontà del disponente, giudizialmente accertata con una sentenza avente natura dichiarativa.

In tale ottica, pertanto, l'art. 20 della Convenzione riguarderebbe solo i trusts aventi fonte in una sentenza di natura costitutiva, in quanto creati dal giudice in contrasto con la volontà del disponente ⁵⁹⁸.

Una seconda tesi ⁵⁹⁹ è invece contraria all'inclusione dei resulting trusts nell'ambito applicativo della Convenzione: l'art. 3 si riferirebbe – a dire di essa – solo ai trusts di fonte negoziale, in quanto di tutti quelli aventi fonte giudiziale si occuperebbe l'art. 20, che subordina l'applicazione ad essi della Convenzione ad un'espressa dichiarazione in tal senso di uno Stato contraente (dichiarazione

⁵⁹⁴ Come si è detto alla nt. 13, esistono anche ulteriori fattispecie di resulting trust, le quali però non rilevano nella presente sede.

⁵⁹⁵ Si vedano dette versioni ufficiali in AA.VV., *Introduzione ai trust*, cit., 222. La versione non ufficiale in lingua italiana della norma parla invece di trusts "costituiti in base ad una decisione giudiziaria" (così accostandosi – parrebbe - più alla versione francese che a quella inglese).

⁵⁹⁶ Per un riepilogo su tale dibattito cfr. ad esempio S. Bartoli, *Il trust*, cit., 521 ss. Non è, fra l'altro, pacifico neppure se la sentenza del giudice (che è la fonte del resulting trust) possa o meno considerarsi idonea "prova scritta" del trust ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, pur se tende a prevalere la tesi affermativa (cfr. per tutti L. Contaldi, *Il trust*, cit., 70 (nt. 151)).

⁵⁹⁷ Cfr. D.J. Hayton, *The Hague Convention on the Law applicable to Trusts and their Recognition*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, 278 ss.; M.C. Malaguti, *Il futuro del trust in Italia*, in *CI*, 1990, 993 (nt. 20); V. Salvatore, *Il trust. Profili*, cit., 58-60; A. Busato, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *RDC*, 338 (nt. 152).

⁵⁹⁸ È il caso di numerose fattispecie di constructive trust, per le quali cfr. ad esempio M. Lupoi, *Trusts*, cit., 68 ss.

⁵⁹⁹ Cfr. T. Arrigo-S. Cavanna-E. Maré, *Trust. Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile, leggi complementari*, a cura di G. Alpa-P. Zatti, Padova, 1999, 47.

che lo Stato italiano, fra l'altro, non ha mai effettuato).

Una terza impostazione ⁶⁰⁰, infine, ha correttamente evidenziato come esistano, in realtà, fattispecie di resulting trust fondate su una sentenza dichiarativa ⁶⁰¹ ovvero su una sentenza costitutiva ⁶⁰²: l'art. 3 della Convenzione si riferirebbe alle prime (fondate comunque su una volontà in qualche modo manifestata dal disponente), mentre l'art. 20 alle seconde (in cui il giudice crea un trust a prescindere da una volontà del disponente, anzi in contrasto con essa).

In sintesi e per concludere, appare plausibile l'applicabilità della Convenzione alla fattispecie di resulting trust oggetto di questo paragrafo, poiché la sentenza ad essa relativa avrebbe indubbia natura dichiarativa.

Restano comunque delle perplessità al riguardo, alimentate in particolare dall'ambivalente tenore complessivo delle versioni ufficiali in lingua francese ed in lingua inglese dell'art. 20: l'aggettivo "créés" utilizzato dalla prima parrebbe, infatti, evocare l'immagine di una sentenza costitutiva, mentre l'aggettivo "declared" contenuto nella seconda appare contiguo al concetto di sentenza dichiarativa.

Con riferimento ai trusts interni, ad ogni modo, l'importanza della suesa posta questione parrebbe degna di essere ridimensionata, poiché l'effetto restitutorio proprio del resulting trust è desumibile anche dai nostri principi generali in tema di patologia del negozio.

In altri termini, una sentenza di un giudice italiano dichiarante l'invalidità o la risoluzione per impossibilità sopravvenuta del trust parrebbe produrre l'analogo effetto di accertare l'esistenza di un obbligo del trustee di ritrasferire i beni in trust al disponente o, se deceduto, ai suoi eredi o legatari.

Di una tale sentenza, d'altro canto, ben potrebbe non esservi bisogno laddove il trustee, adeguando la realtà di fatto a quella di diritto, spontaneamente provveda al ritrasferimento dei beni: la combinazione della sua volontà attributiva con la conforme volontà dei suindicati soggetti di ricevere i beni verrebbe, fra l'altro, a determinare una situazione analoga a quella (della quale è reperibile traccia nell'art. 2655, ult. co., c.c.) prodotta da un accordo dichiarante invalido o risolto un precedente negozio (che nel nostro caso sarebbe il trust di fonte negoziale a suo tempo istituito dal disponente).

16.3. Analisi della clausola prevedente effetti coincidenti, in tutto o in parte, con quelli che sarebbero prodotti da un resulting trust

Si ipotizzi, in primo luogo, una clausola dell'atto istitutivo con la quale il disponente prevede che, laddove i beneficiari finali da egli individuati non possa-

⁶⁰⁰ Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 511 ss.; C. Masi, *La Convenzione dell'Aja in materia di trusts*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 765 ss. Nello stesso senso parrebbe sostanzialmente anche L. Contaldi, *Il trust*, cit., 74 ss., per il quale i resulting trusts rientrano nell'ambito applicativo della Convenzione "solo se presentano un carattere di quasi-automaticità, determinato dal fatto che la volontà del disponente emergeva con sufficiente chiarezza, ma per ragioni occasionali non ha determinato l'esito sperato".

⁶⁰¹ Tale è – si badi – la fattispecie oggetto di questo paragrafo.

⁶⁰² Trattasi di fattispecie - estranee invece al tema di questo paragrafo – per le quali cfr. ad esempio M. Lupoi, *Trusts*, cit., 115 ss.

no o vogliono accettare, i beni in trust spetteranno ai suoi eredi o legatari.

In questo caso, la clausola parrebbe non porre problemi, in quanto il contenuto di essa prevede effetti restitutori esattamente coincidenti con quelli che sarebbero prodotti da un resulting trust e che comunque, anche a voler escludere l'applicabilità della Convenzione al resulting trust, discendono da principi generali del nostro ordinamento: si può – al limite – arrivare a sostenere che tale clausola non contiene una dichiarazione di volontà del disponente di natura negoziale, poiché descrive effetti che – ripetesi – si produrrebbero anche in sua assenza⁶⁰³.

Maggiore riflessione appaiono, invece, richiedere le clausole che eventualmente mirino a conseguire effetti non coincidenti con quelli suesposti e dalle quali, pertanto, parrebbe emergere la presenza di una dichiarazione di volontà negoziale attribuita da parte del disponente.

Viene, ad esempio, in questione la clausola di un trust *inter vivos* secondo la quale, se i beneficiari finali individuati dal disponente non possano o vogliono accettare, i beni in trust spetteranno ai suoi eredi testamentari e/o all'eventuale legatario.

Detta clausola, infatti, produce l'effetto pratico di consentire al disponente di designare beneficiari del trust istituito *inter vivos* mediante un atto *mortis causa* (il testamento): come tale, essa parrebbe porre l'interprete di fronte al già esaminato problema del patto successorio indiretto⁶⁰⁴.

Degna di considerazione appare, altresì, la clausola di un trust *inter vivos* secondo la quale, se i beneficiari finali individuati dal disponente non possano o vogliono accettare, i beni in trust spetteranno ai suoi eredi ab intestato⁶⁰⁵.

Essa parrebbe in linea di principio valida, poiché facendo ricorso ad essa il disponente (a differenza di quanto accade nella clausola precedente) non pone le premesse per la successiva individuazione di beneficiari mediante testamento, bensì predispose già nell'atto istitutivo *inter vivos* un meccanismo idoneo alla loro individuazione, limitandosi ad effettuare una relatio ai soggetti che, quando si aprirà la sua successione, saranno individuati dalla normativa vigente quali suoi eredi ab intestato.

Vi è, però, almeno un caso in cui la clausola desta perplessità, cioè quello in cui essa è contenuta in un trust liberale *inter vivos* istituito da un soggetto incapace d'agire, ma capace di testare⁶⁰⁶, e destinato a durare per tutta la sua vita.

⁶⁰³ Conclusioni analoghe valgono – riterremmo – anche per una clausola secondo la quale, laddove i beneficiari finali individuati dal disponente non possano o vogliono accettare, i beni in trust spetteranno ai suoi eredi testamentari ovvero, se anche costoro non possano o vogliono accettare, ai suoi eredi ab intestato. Per clausole siffatte cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 115 (il quale giustamente osserva che essa, rispecchiando il normale operare delle nostre norme sulla successione *mortis causa*, è "sostanzialmente ultronea"), 465-466 ("art. 3" e "art. 4") e 525 ("art. 7 dell'atto istitutivo n. 2).

⁶⁰⁴ Cfr. §. 2.1.1.2

⁶⁰⁵ Per tale clausola cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 114; G. Petrelli, *Formulario*, cit., 1024-1025.

⁶⁰⁶ Si pensi ad un inabilitato, ovvero ad un beneficiario di amministrazione di sostegno che non sia stato privato di detta capacità da un provvedimento giudiziale ex art. 411, ult. co., c.c. (sulla capacità di testare di quest'ultimo soggetto cfr. ad esempio E. Calò, *Amministrazione*, cit., 128 ss.).

In tale ipotesi infatti la clausola, non limitandosi a riprodurre quelli che sarebbero gli effetti di un resulting trust, parrebbe implicare l'effettuazione, da parte dell'incapace-disponente, di una donazione indiretta a favore dei soggetti che l'ordinamento individuerà, al momento della sua morte, come suoi eredi legittimi, liberalità questa che potrebbe, nel caso concreto, essergli vietata⁶⁰⁷.

17. Problemi relativi alle clausole concernenti la durata del trust

In base all'art. 8 paragrafo secondo lettera f) della Convenzione, è la legge regolatrice del trust a disciplinarne la durata.

Se la legge inglese tradizionalmente prevede una durata massima di 80 anni⁶⁰⁸, le leggi di altri Stati prevedono durate massime ora uguali a quella inglese⁶⁰⁹, ora (e più spesso) maggiori⁶¹⁰, ora addirittura illimitate (in taluni casi solo per i trusts di scopo⁶¹¹, in altri anche per i trust con beneficiari⁶¹²)⁶¹³.

Tanto premesso, occorre considerare come non sia infrequente l'utilizzo,

⁶⁰⁷ Sui problemi del trust istituito da un incapace che designa beneficiari ulteriori rispetto a se stesso cfr. precedente § 10. La problematica discussa nel testo non pare riguardare – si badi – il trust istituito da un minore ed autorizzato da Trib. Bologna – Giudice Tutelare (decr.) 3 dicembre 2003, cit.: dal combinato disposto delle sue clausole 7 e 9 risulta infatti che il trust è destinato a durare fino al raggiungimento della maggiore età del disponente “o al momento della sua morte, ove antecedente” e che solo in quest'ultimo caso - in cui, evidentemente, il disponente resterebbe incapace di testare così come lo era quando il trust fu istituito - i beni in trust spetteranno ai suoi eredi legittimi.

⁶⁰⁸ Più precisamente, la regola inglese classica in tema di durata (cosiddetta “rule against perpetuities”), elaborata in via giurisprudenziale circa tre secoli fa e poi recepita dal Perpetuities and Accumulation Act del 1964, impone che i beneficiari del trust siano individuati entro un certo lasso tempo (cosiddetto “perpetuity period”), che è pari a 21 anni dopo la morte di uno o più soggetti viventi (o almeno concepiti) all'epoca dell'istituzione del trust ed indicati nell'atto istitutivo (cfr. R. Megarry-M.P. Thompson, *Megarry's manual of the Law of Real Property*, Londra, 1993, 183: “The perpetuity period consists of a life or lives in being at the time of the gift, together with a further period of 21 years; and where gestation actually exists, the period of gestation may be added”). L'art.1 (1) della legge citata, comunque, consente al disponente di indicare, in alternativa e più semplicemente, una durata del trust espressa in un certo numero di anni e non eccedente gli 80 anni (questo il testo della norma: “Where the instrument by which any disposition is made so provides, the perpetuity period applicable to the disposition under the rule against perpetuities, instead of being of any other duration, shall be of duration equal to such number of years non exceeding 80 as is specified in that behalf in the instrument”). Di tale facoltà la prassi inglese mostra di avvalersi assai spesso, onde evitare le incertezze derivanti dall'applicazione della surriferita regola classica (la quale rimane “indigesta” anche agli operatori inglesi, che sovente ne reclamano addirittura l'abolizione): sul punto v. amplius S. Bartoli, *Il trust*, cit., 186-189. La prassi dei trust interni mostra appunto di allinearsi, allorché il trust sia regolato dalla legge inglese, a tale prassi inglese, prevedendo una durata del trust espressa in anni e pari, come massimo, ad 80 anni.

⁶⁰⁹ È il caso, ad esempio, di Bahamas: cfr. art.6 Perpetuities Act 1995.

⁶¹⁰ È il caso, ad esempio, di San Marino (art. 10 legge 37/2005; 100 anni), del Belize (art. 6 (1) Trusts Act 1992; 120 anni), di Cayman Islands (art. 4 (1) Perpetuities Law 1995; 150 anni).

⁶¹¹ È il caso, ad esempio, di San Marino (art. 10, co. 1°, legge 37/2005).

⁶¹² È il caso, ad esempio, di Jersey (art. 15 Trusts Law 1984, as amended 2006), di Turks & Caicos (art.14 (1) Trust Ordinance 1990), di Anguilla (art. 6 (1) Trust Ordinance 1994).

⁶¹³ Per una più ampia rassegna in tema di durata del trust nelle varie leggi regolatrici cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., 396-398.

negli atti istitutivi di trusts interni, di una clausola prevedente una durata del trust eccedente i 90 anni, se non addirittura illimitata ⁶¹⁴.

Al solito, anche nel caso in cui una clausola siffatta fosse conforme alle previsioni della legge regolatrice prescelta, in tal modo allineandosi alla sopra citata previsione dell'art. 8, paragrafo secondo, lett. f) della Convenzione, ciò non appare sufficiente per affermarne con certezza la validità anche alla luce delle nostre norme imperative interne.

Occorre infatti tener conto del fatto che il nuovo art. 2645-ter c.c., come si è accennato a suo tempo ⁶¹⁵, per intuitive ragioni di ordine pubblico ⁶¹⁶ consente la messa in atto di un negozio di destinazione solo entro certi limiti massimi di durata (90 anni o la durata della vita del beneficiario).

Non può pertanto escludersi ⁶¹⁷ che detta nuova previsione codicistica costituisca una norma imperativa cui un trust interno deve adesso, stante il disposto dell'art. 15 della Convenzione, conformarsi: in questa ottica, parrebbe prudente evitare di istituire trusts interni la cui durata, pur conforme alla legge regolatrice, superi quella indicata dall'art. 2645-ter c.c. ⁶¹⁸.

Di avviso contrario è invece quella dottrina ⁶¹⁹ secondo la quale l'art. 2645-ter c.c. non incide sul profilo della durata dei trusts poiché non innova l'ambito dell'ordine pubblico internazionale cui fa riferimento, come limite al riconoscimento dei trusts, l'art. 18 della Convenzione.

A ciò sembra comunque possibile replicare che il punto critico parrebbe essere un altro, cioè se – come si è detto - l'art. 2645-ter c.c. possa o meno considerarsi come nuova norma imperativa interna ex art. 15 della Convenzione, e quindi come norma non derogabile da un trust interno.

⁶¹⁴ Per clausole prevedenti una durata illimitata del trust cfr. G. Petrelli, *Formulario*, cit., 996, recante rinvio alla legge di Anquilla; M. Lupoi, *L'atto istitutivo*, cit., 228-229 e 494 ("art. 5"), entrambe recanti rinvio alla legge di Turks & Caicos; F. Rota-G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini*, cit., art. 3 dell'atto istitutivo a pag.167 ss., che utilizza la legge di Anquilla.

⁶¹⁵ Cfr. nt. 291.

⁶¹⁶ Riposanti nell'esigenza di non consentire che un siffatto atto di autonomia privata sia fonte di un fenomeno di destinazione opponibile avente una durata eccessiva o addirittura illimitata. Si tratta all'evidenza di una scelta di politica legislativa, poiché in ambito societario la destinazione di beni attuata mediante lo strumento della società di capitali è stata ritenuta compatibile, dal legislatore della riforma, con l'assenza di un termine di durata: cfr. infatti l'art. 2328, co. 2°, n. 13 per la s.p.a. e gli artt. 2463 (nel quale manca qualunque riferimento alla durata, presente invece nel previgente art. 2475 n. 9) e 2473, co. 2° (che prevede espressamente l'ipotesi di durata illimitata della società) per la s.r.l.

⁶¹⁷ Cfr. in tal senso cfr. S. Bartoli, *Riflessioni*, cit.

⁶¹⁸ Ove ciò accadesse, dalla nullità della clausola sulla durata dovrebbe discendere la sua sostituzione ope legis con la durata massima (90 anni) consentita dall'art. 2645-ter c.c.

⁶¹⁹ Cfr. G. Petrelli, *La trascrizione*, cit. Nello stesso senso, implicitamente, F. Rota-G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini* cit., 79-80 e art. 3 dell'atto istitutivo a p.167 ss., i quali comunque parlano di trusts a durata illimitata senza neppure porsi il problema dell'eventuale coordinamento con l'art. 2645-ter c.c.

L'art. 2645-ter del Codice Civile e il trust: prime osservazioni

Michele Graziadei

1. Introduzione

Per comune opinione, l'art. 2645-ter c.c. presenta un testo allusivo, redatto in modo da lasciare in ombra numerosi profili riguardanti la fattispecie e la disciplina, su cui il confronto è ora più che mai vivace. La riflessione che si è avviata in proposito sollecita ad approfondire il contesto in cui la nuova norma si colloca.

Se la norma brilla per il suo carattere ellittico, il suggerimento di portare immediatamente l'attenzione sul destinatario del messaggio, sull'interprete, non è peregrino. L'interprete entra sulla scena con il proprio bagaglio di nozioni, di concetti e di esperienze, con intuizioni più o meno felici, con le resistenze e le aperture consuete, con le attese che ogni nuova norma incontra. L'interprete che farà la parte del leone in relazione all'art. 2645ter c.c., sarà sicuramente il notaio. La norma si indirizza in primo luogo a questo operatore poiché richiede che l'atto di destinazione rivesta la forma dell'atto pubblico. Possiamo pensare anche ad altri pubblici ufficiali che hanno facoltà di rogare atti pubblici. Come norma destinata a regolare la pubblicità del vincolo di destinazione, essa poi interessa direttamente le conservatorie dei registri immobiliari. Infine, il giudice dovrà intervenire in questa materia per decidere eventuali liti (e quid della trascrizione delle relative domande e sentenze ?), o per prendere altri provvedimenti relativi alla medesima materia. L'elenco degli operatori interessati all'applicazione della norma potrebbe continuare, ovviamente. Comunque, la sua lettura solleva temi di generale interesse civilistico, che si collocano in un contesto ben più ampio di quello relativo alla pubblicità. In tale più ampio orizzonte si pone necessariamente il rapporto tra la norma specifica, e il tessuto generale del

diritto. Da questo angolo di osservazione, è lecito anche domandare quale rapporto vi sia tra la disciplina introdotta dall'art. 2645-ter c.c. e il trust costituito in base ad una legge straniera, ma riconosciuto in Italia secondo il regime previsto dalla Convenzione de l'Aja del 1985 sulla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento. Il presente contributo verte unicamente su questo aspetto del tema, poiché l'argomento ha effettivamente sollecitato la curiosità e la fantasia di qualche commentatore. Non è invece questa l'occasione per indagare altri profili dell'interpretazione della nuova norma, per cui si rinvia alla bibliografia raccolta in appendice a questo scritto.

Per affrontare il tema converrà muovere da qualche rilievo di ordine generale.

Sotto il profilo delle fonti, giova ricordare che il trust è figura retta dal diritto straniero applicabile. Come sappiamo, la determinazione della legge applicabile al trust e il suo riconoscimento in Italia avviene sulla scorta della suddetta Convenzione dell'Aja. Ma la Convenzione è essenzialmente il tramite per dare effetto in Italia al diritto straniero cui è sottoposto il trust, salvo la possibilità che alcuni aspetti del medesimo rapporto siano governati dal diritto italiano. L'intervento del diritto italiano in questa materia può avvenire in qualche misura per volontà delle parti, o in forza dell'applicazione di uno dei numerosi articoli della Convenzione che richiamano il diritto del foro. Il vincolo di destinazione introdotto dall'art. 2645-ter c.c. si iscrive invece totalmente nel quadro delle fonti interne.

In secondo luogo, sotto il profilo dell'analisi della fattispecie e del contenuto della disciplina, non vi sono ragioni forti per assimilare la figura di cui parla l'articolo 2645-ter c.c. e il trust. Tale rilievo vale sia rispetto alla nozione di trust adottata dall'Italia a fini internazionalprivatistici, tramite la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985, sia rispetto alle nozioni di trust emergenti dall'esame delle leggi straniere che "conoscono tale istituto", come si esprime l'art. 5 della Convenzione. Dimostrare in modo analitico la differenza ora segnalata va oltre le finalità del presente lavoro. Qui conviene indagare piuttosto le ragioni per cui l'atto di destinazione contemplato dall'art. 2645-ter c.c. è stato talvolta accostato al trust. Tale accostamento è stato verosimilmente suggerito per due ordini di motivi. In primo luogo, la figura del vincolo di destinazione è stata frequentemente richiamata nella letteratura civilistica dedicata al trust per illustrare i rapporti che sorgono nel momento il trust è costituito. Si comprende quindi che una norma intitolata espressamente all'atto di destinazione possa dare adito a letture le quali operano a loro volta riferimenti al trust. In secondo luogo, la costituzione di un trust produce l'effetto di rendere determinati beni immuni dalle pretese di alcune categorie di creditori. Il vincolo di destinazione introdotto dall'art. 2645-ter c.c. produce effetti analoghi. Per questa ragione può nuovamente apparire plausibile accostare l'atto di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. al trust, anche in relazione al problema di chiarire gli aspetti relativi alla pubblicità del medesimo rapporto.

Peraltro è agevole osservare come tali accostamenti procedano per semplificazioni. La tecnica è quella dell'estrapolazione e dell'isolamento di singoli elementi da contesti articolati e complessi. L'approfondimento del tema richiede

invece attenzione al contesto, come si è rilevato sopra, e quindi al più ampio panorama nel quale ogni norma si inserisce.

2. L'art. 2645-ter c.c., ovvero della vaghezza dell'atto e del vincolo di destinazione

Nel considerare questo ampio panorama possiamo formulare un primo appunto, relativo al linguaggio con cui si esprime l'art. 2645-ter c.c. La norma costituisce la migliore testimonianza dell'ampio favore con cui i testi legislativi e le fonti regolamentari accolgono la categoria del "vincolo di destinazione". Oltre all'articolo in commento, una miriade di altre norme, recenti e meno recenti, fanno spazio ad essa. L'interpello di una nota banca dati giuridica rileva oltre 197 occorrenze dell'espressione "vincolo di destinazione" nelle nostre fonti. Valga un solo un esempio, abbastanza curioso, per la verità, tratto da questa casistica. Il recente decreto ministeriale del 23 gennaio 2006, *Attuazione dei regolamenti comunitari sul miglioramento della produzione e commercializzazione dei prodotti dell'apicoltura* (G. U. - Serie Generale n. 60 del 13 marzo 2006) prevede all'art. 5 un vincolo di destinazione 'd'uso e di proprietà' relativo ai materiali, attrezzature e apparecchiature acquistati mediante finanziamenti erogati per migliorare le condizioni della produzione e della commercializzazione dei prodotti dell'apicoltura ai sensi del Regolamento CE n. 797/2004 del 26 aprile 2004.

Prima di essere una categoria del linguaggio legislativo, il 'vincolo di destinazione' è però una figura appartenente al senso comune. Chi non ha mai pensato di 'mettere da parte' un bene, per dedicarlo al perseguimento di un fine determinato ?

Il fenomeno si presenta con il massimo nitore quando un bene, o un complesso di beni, è personificato, tramite l'erezione di un ente. In tal caso, il bene, o il complesso di beni, che è all'origine della vicenda, figura poi come elemento del patrimonio dell'ente. Curioso rovesciamento di prospettiva, poiché il *prius* è il bene e la sua destinazione, il *posterius* è l'ente, come ben sapevano i vecchi autori, ai quali dobbiamo le prime elaborazioni in tema di *Zweckvermögen*, di patrimoni destinati ad uno scopo.

Nel senso comune l'idea di vincolo di destinazione preesiste dunque alle regole che ne determinano la struttura, e ne chiariscono l'efficacia. Indagando il senso comune è anche possibile rinvenire tracce dell'"atto di destinazione", il cui parallelo effetto sarebbe il "vincolo di destinazione" ora accennato. La casistica emergente in relazione al testamento è piuttosto eloquente al riguardo. Sono numerosi i casi pratici in cui il testatore richiede che il bene lasciato all'erede o al legatario venga destinato al perseguimento di determinate finalità. La figura dell'onere che, al pari del vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c., crea obblighi azionabili da parte di chiunque vi abbia interesse (artt. 647, 793 c.c.) copre principalmente il novero di tali varieguate ipotesi.

Per quanto il senso comune sia aperto verso l'idea di atto di destinazione e di vincolo di destinazione, il codice civile rimane tuttora poco eloquente in proposito. Sfogliare il codice civile per trarre lumi al riguardo è in effetti scarsamen-

te redditizio. L'atto di destinazione non figurava con quel nome nel codice civile fino a ieri. I riferimenti testuali alla nozione di "vincolo" nel codice sono rari, e non individuano in modo univoco la relativa disciplina applicabile. Le nozioni acquisite in materia di pertinenza sono di scarso aiuto in questa materia.

Potremmo avanzare due ipotesi circa il riserbo del codice al riguardo. Il codice civile mantiene il silenzio intorno al vincolo di destinazione poiché è ostile ad esso. In breve, l'idea che il diritto privato possa far spazio all'autonomia privata in questo campo sarebbe da respingere, come testimonierebbe l'articolo 2740 c.c., e la riserva di legge ivi sancita. Personalmente dubito che questa ipotesi sia davvero soddisfacente, e non solo perché preliminarmente si tratta comunque di chiarire quale struttura abbia il "vincolo di destinazione" di cui si discorre nel porre l'ipotesi. Infatti, lo stesso codice civile conosce figure ampie di vincolo di destinazione, pur battezzandole con un nome diverso da quello ora ricordato. Quanti vincoli di destinazione figurano già sotto altre spoglie nel testo originario del codice civile: comitato, associazione non riconosciuta, fondo pensione...svolgiamo l'elenco, e vedremo quanto esso è lungo. Queste ed altre ipotesi sono altrettante espressioni dell'autonomia privata. Per di più, le figure di rilievo si moltiplicano negli anni più recenti, tanto da costringere a ripensare nuovamente la portata dell'art. 2740 c.c. Le ragioni profonde di questa tendenza si possono cogliere rapidamente. Oggi la specializzazione non interessa solo il lavoro, riguarda anche i beni e i patrimoni. Si vuol davvero sostenere che le vecchie e le nuove figure che esprimono tale tendenza sono presenti sulla scena solo in quanto creazioni della legge? Pare più onesto riconoscere che la legge non inventa ex novo, ma raccoglie, riordina ed infine cristallizza i frutti dell'esperienza. Si tratta dunque forse di articolare regimi utili, più che di sbarrare la porta all'autonomia privata in questo campo, come insegna la storia recente e meno recente del diritto societario. Sotto questo profilo, la letteratura giuseconomica sottolinea opportunamente i costi associati alla moltiplicazione delle proprietà, nonché i rischi legati alle possibili esternalità negative che derivano dalle limitazioni di responsabilità (realizzate nei modi più vari).

Peraltro, dopo aver appreso che "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri" si vorrà sapere quali beni sono 'suoi' in vista dell'applicazione di tale norma cardinale. Il principio di tipicità espresso nell'art. 2740 c.c. possiede infatti senso solo in quanto si ottenga questo chiarimento essenziale. La riflessione intorno alla proprietà fiduciaria condotta in seno al diritto civile e al diritto commerciale lascia intravedere quali problemi si aprano in proposito, e di quali articolazioni il principio abbia bisogno.

Circa il silenzio del codice sulla figura del 'vincolo di destinazione' si può allora formulare una diversa ipotesi. Il codice evita di ricorrere alla categoria proprio in quanto essa riflette il senso comune con brutale immediatezza. La nozione, in altre parole, non dialoga con l'apparato di concetti tramite cui l'espressione di senso comune viene incasellata nel quadro del diritto – un tema senza dubbio caro al notariato, il quale ben conosce la funzione di adeguamento della volontà privata alla norma. Quando la dottrina si interroga sul tema,

come ha fatto nell'ultimo decennio con crescente intensità in vari pregevoli saggi, essa deve compiere uno sforzo ricostruttivo notevolissimo per metter ordine nella materia, per cogliere le sfaccettature di ciascuna fattispecie, e per ricollegare ad esse una disciplina appropriata.

'Vincolo di destinazione' è in effetti di un concetto di stampo funzionale, sia in quanto la destinazione è eminentemente uno scopo, una finalità al cui servizio il bene è posto, sia perché la parola 'vincolo' è a sua volta tesa a descrivere un effetto in termini funzionali. 'Vincolo' è parola che salta a piè pari il filtro delle abituali nozioni tecniche di cui il codice si avvale per dare corpo ad una disciplina sufficientemente precisa del rapporto che il termine stesso denota. Come ogni scorciatoia, essa presenta dunque qualche difficoltà, e può finire anche per allontanare dalla meta, rappresentata da una disciplina razionale dei rapporti che coinvolgono i beni. Il codice civile si sarebbe dunque tenuto alla larga dalla categoria 'vincolo di destinazione' non perché i privati la ignorino, o la rigettino - al contrario, sono i primi a parlarne (confusamente) in determinati frangenti - e nemmeno perché la ragione calcolante alla radice del codice esprima valutazioni generalmente negative in proposito, ma solo perché il codice affida le proprie scelte 'politiche' ad un linguaggio munito di robusti addentellati tecnici. Il codice civile non può permettersi il lusso di avvolgere tali scelte nel dubbio, adoperando un linguaggio privo di sufficiente valenza tecnica. Per lo meno, non può farlo senza mettere a repentaglio gli stessi obiettivi che ha di mira. L'art. 2645-ter c.c. solleva precisamente questo dubbio, come testimoniano le reazioni di alcuni interpreti.

3. Il regime della responsabilità patrimoniale introdotto dall'art. 2645-ter

Entriamo ora nel merito del discorso, ed esaminiamo qualche tratto saliente del nuovo testo di legge. In linea generale, come si è detto, la responsabilità patrimoniale del debitore è subordinata alla possibilità di considerare "suoi" i beni che formano la garanzia generica dei creditori ai sensi dell'art. 2740 c.c. Contrariamente a quanto alcuni ritengono, la ricostruzione di quali beni sono da considerare del debitore a tale fine non dipende da evidenze intuitive. Il gioco delle azioni revocatorie, a tacer d'altro, vale a togliere ogni illusione in proposito. A parte tale rilievo di carattere generale, nel diritto italiano la disciplina del mandato senza rappresentanza, dei fondi comuni di investimento, delle società fiduciarie, dei fondi pensione, delle società di gestione del risparmio, etc., mostra come la garanzia generica offerta dal debitore al creditore ai sensi dell'art. 2740 c.c., non sia informata al principio secondo cui essa comprende qualunque bene si trovi in capo al debitore per qualunque ragione. Al contrario, in linea generale i creditori personali del debitore non vantano diritti maggiori di quelli che competono a quest'ultimo rispetto ai beni sui quali egli esercita eventualmente prerogative a vario titolo. È per contro normale che, nelle ipotesi sopra ricordate, i creditori del beneficiario della gestione soddisfino i propri crediti sui diritti che competono al loro debitore nei confronti del gestore. Così, ad esempio, sono aggredibili dal creditore i diritti vantati dal debitore rispetto al fondo comune in cui siano eventualmente confluiti i propri risparmi.

Il “vincolo di destinazione” introdotto dall’art. 2645-ter c.c. è eccentrico rispetto alla disciplina delle ipotesi ora ricordate. L’articolo 2645-ter infatti stabilisce che un’unica categoria di soggetti possa aggredire i beni soggetti al vincolo, o i relativi frutti. Tale categoria è formata dai creditori che abbiano concesso credito per ragioni inerenti all’attuazione dello scopo inerente alla creazione del vincolo. Diversamente da quanto previsto per il fondo patrimoniale della famiglia (cfr. art. 170 c.c.), l’applicazione di questo regime non è inoltre subordinata alla conoscenza da parte del creditore delle ragioni per cui il debito fu contratto. La destinazione sottrae dunque il bene (e i suoi frutti) alle pretese dei creditori personali di chi ne è titolare. Esso però esclude al contempo che il vincolo generi posizioni giuridiche a favore dei beneficiari della destinazione tali da incrementare la garanzia generica offerta da questi ultimi ai loro creditori. Inoltre, come si è detto, il vincolo è opponibile ai creditori, purché trascritto, senza aver riguardo alla conoscenza di esso da parte di chi concesse credito per scopi estranei alla destinazione.

Vi è poi da rilevare che, sulla falsariga di quanto già stabilisce l’art. 793 c.c. rispetto alla donazione modale, l’attuazione della destinazione può essere pretesa dal “conferente”, come da qualsiasi interessato, anche durante la vita del conferente stesso. Questo regime ben si presta ad organizzare destinazioni i beni che rispondono ad interessi extrapatrimoniali, di carattere ideale, che implicano vincoli relativi all’alienazione e alla fruizione del bene. Tuttavia, la stessa norma precisa che tali interessi devono essere riferibili a “persone” (individuate, o individuabili). Non è quindi praticabile qualche soluzione che colli-de decisamente con questo aspetto della norma. Così, se Tizio si reca dal notaio per imporre il vincolo sull’immobile di proprietà a vantaggio del proprio gatto soriano e della sua discendenza, il notaio dovrà obiettare che il vincolo, in quanto non è riferito a persone, non può essere validamente imposto. Nell’esempio, l’interesse che muove il soggetto è verosimilmente interesse meritevole di tutela. I comuni (e altri enti pubblici) sono obbligati dalla legge a provvedere rifugi per determinate categorie di animali i quali godono – al pari di noi – del diritto vivere in città, anche stabilmente, sotto la protezione della legge. Si può ritenere che l’atto privato, che persegue finalità analoghe, sia non meritevole di tutela? Parrebbe di no. In ogni caso, bene ha fatto la legge a parlare di vincolo riferibile a persone, perché un vincolo che non lo sia è nei fatti non azionabile, in quanto nessuna persona sarebbe portatrice dell’interesse che consente di farlo valere. Avremmo in tal caso un vincolo illusorio. E il diritto può resistere all’idea di occuparsi di illusioni. Pertanto il vincolo in questione deve almeno essere configurato in modo tale da individuare chi lo farà valere. L’esempio classico, se stiamo parlando di destinazione del bene a protezione di animali, sarà una associazione, o un ente che provveda alla loro cura. Il vincolo può essere rivolto al perseguimento di scopi puramente ideali, purché dietro l’enunciazione dello scopo ideale si intraveda colui che ne è il gestore e il tutore, colui che deve attuarlo. L’espressione “vincolo riferibile a persone” nella norma in commento denota sia persone destinate a trarre diretto beneficio dall’imposizione del vincolo, sia persone che possono pretendere l’attuazione del vincolo senza però

trarne diretto beneficio.

L'ultimo aspetto su cui portare l'attenzione in questa sede riguarda la possibilità che il vincolo limiti la circolazione del bene su cui esso è imposto. Poiché l'art. 2645-ter c.c. sottrae il bene alla garanzia generica dei creditori tanto del "conferente", quanto di eventuali persone fisiche beneficiarie del vincolo, si potrebbe arguire che il bene, in quanto gravato dal vincolo, sia inalienabile. Il regime di pubblicità predisposto dalla norma vuole verosimilmente garantire che eventuali acquirenti del bene siano tenuti a rispettare il vincolo. Tanto dovrebbe bastare per escludere che esso renda il bene inalienabile. Tuttavia, il vincolo potrebbe effettivamente porre un serio ostacolo alla circolazione del bene, in quanto lo renda davvero poco attraente come oggetto di un potenziale acquisto. Un vincolo di questa specie ha di regola senso qualora si voglia salvaguardare la fruizione in specie del bene da parte di determinati soggetti. La norma parla in modo pertinente di persone affette da disabilità. Il bene però potrebbe essere vincolato anche solo per assicurare che vi sia un investimento produttivo di un reddito, mediante il quale finanziare finalità meritevoli di tutela. Nuovamente, emerge come l'espressione "vincolo di destinazione" non sia di per sé idonea ad individuare uno preciso statuto del bene. Per certo si sa che il vincolo grava sul bene, e ne varia il valore. Bisognerà individuare con cura gli interessi che giustificano l'eventuale diminuzione di valore derivante dagli ostacoli frapposti alla realizzazione del suo valore capitale. Se il vincolo tende addirittura a distruggere completamente il valore del bene senza giovamento per alcuno l'operazione potrebbe essere ritenuta contraria all'ordine pubblico economico, oltre che, evidentemente, non meritevole.

4. Il trust: un vincolo di destinazione?

Il raffronto tra la figura del trust e il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. può iniziare rilevando la difficoltà di tradurre l'espressione "vincolo di destinazione" nel linguaggio giuridico proprio dei *common lawyers*.

Come si è accennato, "vincolo di destinazione" è l'espressione utilizzata dai giuristi appartenenti all'area romanistica per parlare del trust. I *common lawyers* si esprimono altrimenti nel trattare dell'istituto. Certo, nel disciplinare il trust il recente codice civile del Québec parla di "patrimonio di destinazione autonomo e distinto da quello del settlor, del trustee e del beneficiario" (art. 1261 c.c.q.). L'espressione "patrimony by appropriation" che figura nel testo inglese del codice è però solamente un calco effettuato sul francese "*patrimoine d'affectation*", come risulta dal testo bilingue del medesimo codice. Essa non ha corso in paesi anglofoni appartenenti alla tradizione di common law. Provincia canadese in contatto storico con la tradizione giuridica francese, il Québec ha dunque introdotto nel proprio diritto una disciplina del trust/fiducie legata all'uso di concetti estranei al mondo di common law.

Il regime giuridico del trust nel mondo di common law viene infatti comunemente illustrato mediante la distinzione tra law e equity, e tramite al ricorso a nozioni di ownership e di obligation che rappresentano "falsi amici" per i giuristi appartenenti al mondo di civil law, come avverte la comparazione giuridica.

Per quanto riguarda la struttura del rapporto, il trust a vantaggio di beneficiari (private trust) è per lo più considerato come il mezzo per realizzare un'attribuzione liberale destinata a proiettarsi nell'arco del tempo, fino al compimento del suo termine. Alla stregua di una donazione, esso non solleva il problema della meritevolezza degli interessi perseguiti dal costituente, salva la compatibilità con l'ordine pubblico (public policy). Tanto meno sorgono problemi di meritevolezza rispetto ai trust che non hanno natura liberale (si pensi, ad esempio, ai voting trusts, agli unit trusts, etc.), creati in favore di beneficiari.

Viceversa, il tema della meritevolezza degli interessi perseguiti dal costituente sorge in relazione al trust privo di beneficiari, diretto unicamente a perseguire scopi (purpose trust).

Nella maggior parte dei paesi in cui è in vigore una law of trusts fedele al modello inglese il purpose trust con finalità estranee alla nozione di 'charitable purpose' è nullo. Charitable purposes sono, in primo luogo, la promozione dell'istruzione, la cura dei poveri, il sostegno alla religione. Appartengono al novero degli scopi charitable anche altri scopi che, al pari dei precedenti, rechino vantaggio alla comunità, ma la nozione di charity non è comunque così ampia da abbracciare qualunque scopo di pubblico interesse, e per la verità nemmeno qualunque scopo in astratto meritevole.

La mancanza di beneficiari (presenti o futuri) rende quindi attuale il problema della meritevolezza degli interessi perseguiti tramite il trust. Il risalente indirizzo di politica legislativa alle spalle di questa prospettiva oggi non è più condiviso ovunque. Numerosi Paesi hanno variato la regola in senso più liberale, o l'hanno addirittura abrogata. Non per questo essa è divenuta un pezzo da museo.

Nell'esperienza inglese, come in molte altre esperienze, il trust non è tout court un vincolo alla circolazione dei beni. È il valore rappresentato dai beni ad essere destinato ai beneficiari mediante la costituzione del trust. Esso è conservato e moltiplicato ammettendo di regola che i singoli beni soggetti al trust possano essere alienati, anche nel caso in cui il trust abbia natura charitable. Nel diritto inglese, l'eventuale limite imposto alla circolazione dell'immobile sarà superabile ottenendo il consenso delle persone che hanno il diritto di opporsi all'alienazione, il cui nome risulta dal registro immobiliare, e il cui numero non può essere superiore a quattro. In linea di principio, l'atto costitutivo di trust non lascerà alcun dubbio circa i poteri del trustee in merito all'alienazione dei beni oggetto del rapporto, poiché ogni incertezza in proposito ne abbatte inevitabilmente il valore.

Per quanto riguarda i charitable trusts, il potere di alienare spettante ai trustees è invece bilanciato da alcune salvaguardie di natura procedurale.

È opportuno inoltre ricordare che i diritti spettanti ai beneficiari del private trust sono normalmente aggredibili dai loro creditori, salvo il caso in cui l'attribuzione in loro favore abbia carattere discrezionale, o sia sottoposta a particolari condizioni. In ogni caso, come avviene nell'ipotesi regolata dall'art. 2645-ter c.c., sui beni oggetto del rapporto i creditori personali del trustee non vantano ragioni maggiori di quelle che spettano al loro debitore.

La disciplina del trust ha poi comunque un carattere più complesso ed articolato di quella delineata nell'art. 2645-ter c.c. In effetti, il trust fa perno sulla figura del trustee, tenuto ad amministrare i beni nell'interesse del beneficiario, o per la realizzazione di determinati scopi. La figura del gestore dei beni vincolati è invece assente nella norma italiana.

Per cogliere meglio questa fondamentale differenza basterà ricordare qui l'assorbente disciplina delle obbligazioni fiduciarie che incombono al trustee (con la relativa disciplina del conflitto di interessi) e l'assenza di ogni cenno in proposito nella nuova norma italiana. Proprio perché il trust consiste nell'attribuzione di poteri ad un soggetto, tali poteri si presentano in genere scolpiti in modo nitido, diversamente dai poteri che oggi competono a chi soggiace al vincolo efficace ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. Infine, procedendo per rapide notazioni, si ricorderà che il trust può senza dubbio avere ad oggetto i beni i più vari, mentre dubbi legittimi avvolgono tuttora gli effetti di un eventuale atto di destinazione riguardante beni non iscritti in pubblici registri.

5. Trust e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter

L'introduzione della nuova disciplina pone a disposizione dei privati uno strumento con potenzialità da saggiare. Questo strumento, al pari del trust, riflette l'evoluzione contemporanea del diritto dei beni, ma non si sovrappone al trust. Le leggi straniere relative ai trust che si impongono oggi all'attenzione muovono da premesse diverse da quelle che hanno ispirato la nuova disciplina. Esse individuano in primo luogo un soggetto tenuto a gestire determinati beni, di varia natura, con i poteri che normalmente competono a chi è titolare del bene, a favore di soggetti che beneficiano della gestione, o per la realizzazione di scopi determinati.

La volontà privata che crea il vincolo di destinazione, di cui parla la nuova norma, potrebbe indirizzarsi nella medesima direzione. Ma la norma introdotta dall'art. 2645-ter c.c. è pensata senza rivolgere la mente ai profili inerenti alla gestione del bene su cui è costituito il vincolo. In questo senso, tale norma sembra predisposta per regolare la fruizione in natura di beni rispetto a cui non si pongono soverchie esigenze di gestione, soprattutto nel caso in cui la destinazione allo scopo sia destinata a proiettarsi durevolmente nel tempo.

Il raffronto con il trust mette in luce l'esigenza di precisare quale posizione rivesta esattamente ciascuno dei soggetti coinvolti dall'operazione, e può forse contribuire a chiarire il senso di quel riferimento ad "interessi meritevoli di tutela", che trova il proprio parallelo – se non il proprio omologo – nella disciplina del charitable trust.¹

¹ Senza pretesa di completezza, si ricordano alcuni lavori recenti e meno recenti dedicati ai temi toccati da questo saggio. Le indicazioni seguenti omettono, salvo eccezioni, i riferimenti ai numerosi lavori diffusi mediante internet, che possono essere reperiti agevolmente tramite i consueti mezzi. Per la bibliografia relativa al trust si rinvia senz'altro agli altri contributi raccolti nel volume.

Sulla nozione "destinazione", prima della novella, nella letteratura in relazione a vari temi dal 1995 ad oggi: A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da

A. Cicu-F. Messino, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995; A. Fusaro, «*Affectation*», «*Destinazione*» e vincoli di destinazione, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, , 1995, 453; A. Gambaro, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 57 ss.; M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; A. Gambaro, *Segregazione e unità del patrimonio*, (reperibile all'indirizzo www.il-trust-in-italia.it/Formazione/Congressi/Congresso%201999/Gambaro.htm); A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2000; U. Mattei, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001; P. Spada, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, Riv. dir. civ., 2002, I, 837; A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, Riv. dir. civ., 2002, I, 545, P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, Riv. soc., 2002, 121, P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, Cedam, Padova, 2003; AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, R. Quadri, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004; M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2004;

Dopo la novella:

M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, Riv. not., 2006, 467; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, Giust. civ., 2006, II, 165; M. Bianca, G. De Nova, P. Spada, M. Nuzzo, *Relazioni* al Convegno promosso dalla Scuola di Notariato della Lombardia, tenutosi a Milano il 19 giugno 2006 (reperibili al sito www.scuoladnotinotariatodellalombardia.org/relazioni.htm) M. Bianca, C. Priore, M. D'Errico, A. De Donato, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006; B. Grasso, *L'articolo 2645-ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, Riv. not., 2006, 1191; Atti del convegno, *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, I quaderni della fondazione italiana per il notariato, Roma, 2007; A. Di Sapio, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter*, Dir. fam. pers., 2007 (con ulteriori indicazioni); G. Petrelli, *La trascrizione degli atti destinazione*, Riv. dir. civ., 2006, II, p. 161; G. Fanticini, *L'articolo 2645-ter del codice civile: "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"*, Aa. Vv., *La tutela dei patrimoni*, a cura di Montefameglio, Santarcangelo di Romagna, 2006, p. 327; M. Bianca, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, Giust. civ., 2006, II, p. 187; S. Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, Corr. merito, 2006, p. 697; R. Franco, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, Notariato, 2006, p. 315; A. Picciotto, *Brevi note sull'art 2645-ter: il trust e l'araba fenice*, Contr. impr., 2006, 1314; R. Quadri, *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, Contr. impr., 2006, 1717; P. Manes, *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, Contr. impr., 2006, 626; D. Muritano, *Negozi di destinazione e trust interno*, relazione al Convegno "Gli atti di destinazione atipici alla luce del nuovo articolo 2645 ter c.c.", organizzato dal Consiglio Notarile di Firenze", i cui atti sono in corso di pubblicazione; Atti del convegno di Catania dell'11 novembre 2006, *I negozi di destinazione nei principali settori dell'attività notarile*, in corso di pubblicazione ed attualmente reperibili parzialmente nel sito web www.fondazionenotariato.it.

Progetto grafico e impaginazione: Aton Immagine e Comunicazione
Stampa: Telligraf - Roma

Finito di stampare maggio 2007

