

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXII

FIDUCIA E DESTINAZIONE PATRIMONIALE

Percorsi giuridici a confronto

a cura di

GIANLUCA GUERRIERI, GIOVANNI LUCHETTI
MICHELE ANGELO LUPOI, PAOLA MANES
MARCO MARTINO, THOMAS TASSANI

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXII

FIDUCIA E DESTINAZIONE PATRIMONIALE

Percorsi giuridici a confronto

a cura di

GIANLUCA GUERRIERI, GIOVANNI LUCHETTI
MICHELE ANGELO LUPOI, PAOLA MANES
MARCO MARTINO, THOMAS TASSANI

Bologna
University Press

Il presente Volume raccoglie gli atti del convegno tenutosi a Bologna il 2 e 9 ottobre 2020 a conclusione del progetto di ricerca “*Destinazione patrimoniale e causa fiduciaria: un approccio interdisciplinare per una prospettiva ricostruttiva unitaria*” del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Alma Mater Studiorum - Università di Bologna (Progetto AlmaIdea 2017).

Hanno partecipato al gruppo di ricerca i Professori Gianluca Guerrieri, Giovanni Luchetti, Michele Angelo Lupoi, Paola Manes, Marco Martino, Andrea Mondini, Ivano Pontoriero, Alessandra Spangaro, Giorgio Spedicato, Thomas Tassani.

La segreteria organizzativa del Convegno e il comitato di redazione del Volume sono stati coordinati dal dott. Federico Tarini e dalla dott.ssa Martina Beggiato.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

Quest’opera è pubblicata sotto licenza
Creative Commons BY 4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-024-5
ISBN on line 979-12-5477-025-2
DOI 10.30682/sg312

Prima edizione: marzo 2022

SOMMARIO

PRESENTAZIONE <i>Michele Caianiello</i>	1
--	---

INTRODUZIONE L'esigenza di una prospettiva concettuale unitaria ed interdisciplinare per i negozi fiduciari di destinazione patrimoniale <i>Thomas Tassani</i>	3
---	---

PARTE I LE RADICI ROMANISTICHE DELLA FIDUCIA

I negozi fiduciari nell'esperienza giuridica romana <i>Letizia Vacca</i>	11
Struttura e funzione dei negozi fiduciari: il modello romano <i>Riccardo Fercia</i>	19

PARTE II GLI STRUMENTI NEGOZIALI DELLA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i <i>trusts</i> . Un itinerario <i>Michele Graziadei</i>	33
Spigolature sulla natura fiduciaria della causa della cessione di crediti in garanzia <i>Marco Martino</i>	63

Trust e legittimari: esiste un problema di circolazione dei beni conferiti in trust? 85
Giulio Errani

I nuovi scenari della fiducia e della destinazione patrimoniale 99
Paola Manes dialoga con Maurizio Lupoi

PARTE III
 FIDUCIA E DESTINAZIONE NEL DIRITTO COMMERCIALE

Dieci tesi sulla segregazione patrimoniale 109
Gianluca Guerrieri

L'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali 131
Giulia Giordano

PARTE IV
 PROFILI PROCESSUALI DELLA FIDUCIA
 E DELLA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

Arbitrato e *trust*: una prospettiva comparatistica 151
Michele Angelo Lupoi

La giurisdizione nelle controversie in materia di *trust* 173
Filippo Corsini

Gestione della fiducia e management del giudice 183
Caterina Pasini

PARTE V
 LA FISCALITÀ DELLA FIDUCIA
 E DELLA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

Il riconoscimento fiscale della fiducia e della separazione patrimoniale 201
Livia Salvini

L'applicazione al *trust* delle convenzioni contro le doppie imposizioni e del MLI 215
Gianluigi Bizioli

Gli "istituti aventi contenuto analogo" al *trust*: il caso delle fondazioni del Liechtenstein 229
Marco Allena

PRESENTAZIONE

Desidero esprimere il mio compiacimento per questa iniziativa organizzata a conclusione del progetto di ricerca Almaidea. Ringrazio a tal proposito il Prof. Thomas Tassani, che ne è stato l'ideatore e l'organizzatore. Vorrei anche rivolgere un ringraziamento speciale al Prof. Giovanni Luchetti, che, in un momento di passaggio nel quale c'era bisogno di un intervento, è stato capace, prontamente, di prendere *pro tempore* la responsabilità del progetto, così consentendo alla ricerca di andare avanti, per essere sviluppata e portata a compimento secondo le proprie potenzialità.

Il tema del convegno odierno, mi pare, rappresenta un bellissimo esempio di ricerca condotta in un ambito tecnico di alta complessità e di carattere interdisciplinare, sia pur all'interno della materia giuridica, con numerose sfaccettature, tutte di grande fascino.

Il settore della fiducia e della destinazione patrimoniale, infatti, è indubbiamente gravido di potenzialità e di espansione, sia in ambito transnazionale e che sovranazionale: si può dunque pensare che la ricerca condotta sino ad oggi sia sviluppabile su un ulteriore livello nel tempo a venire.

Un ulteriore ringraziamento *ad hoc* al Prof. Tassani, infine, per aver pensato di porre al centro del convegno odierno, e della ricerca condotta nel quadro dei Progetti Almaidea, un tema di carattere in senso lato privatistico, nella sua intersecazione con il diritto tri-

butario: scelta, questa, che ben si armonizza con la tradizione della Scuola bolognese.

In conclusione, celebriamo oggi la fine di un percorso di studio, e i frutti che esso ha portato, mentre al tempo stesso ci apprestiamo a proseguire il cammino, in un momento nel quale il nostro Paese vive una fase di rinnovazione e di transizione di estrema delicatezza. Grazie davvero a tutte e a tutti per il lavoro svolto, e un augurio di cuore, che il gruppo di lavoro che ha operato in questi anni possa conseguire ancora in futuro successi e soddisfazioni, per il prestigio del nostro Dipartimento di Scienze giuridiche.

MICHELE CAIANIELLO

Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna
Professore ordinario di Procedura Penale

INTRODUZIONE

L'ESIGENZA DI UNA PROSPETTIVA CONCETTUALE UNITARIA ED INTERDISCIPLINARE PER I NEGOZI FIDUCIARI DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE

*Thomas Tassani*¹

1. Con riferimento ai temi della fiducia e della destinazione patrimoniale si avverte l'esigenza, sul piano scientifico, di una sistemazione idonea ad individuare i principi e gli elementi strutturali delle diverse fattispecie, anche per [quanto meno tentare di] costruire una categoria concettuale unitaria.

Il sintagma "proprietà fiduciaria" evoca, infatti, una pluralità di istituti che, ancorché in larga parte omogenei sul piano degli effetti economici e degli interessi concreti, risultano fortemente differenziati nella elaborazione dogmatica e in talune schematizzazioni teoriche, nel momento in cui si distingue tra fiducia romanistica, germanistica e *trust*; oppure tra patrimoni segregati, separati, autonomi; oppure tra vincolo fiduciario con portata reale e obbligatoria; e potremmo continuare.

L'innegabile diversa origine degli istituti e la non totale omologazione sul piano effettuale dei negozi giuridici corrispondenti, non impedisce però di apprezzare un dato che è, al tempo stesso, sia storico sia evolutivo, e quindi prospettico.

Se le differenti culture hanno portato alla creazione di variegati modelli di proprietà nell'interesse altrui, occorre sottolineare come siano in parte comuni gli "ingredienti giuridici" che ne costituiscono

¹ Professore ordinario di Diritto Tributario presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

le basi concettuali (si rinvia ai contributi di Letizia Vacca, Riccardo Fercia e Michele Graziadei).

L'omogeneità degli interessi e la condivisione dei fondamentali elementi strutturali (o "scelte di fondo" come le chiama Michele Graziadei) è del resto ciò che ha reso e rende possibile la contaminazione degli istituti, la creazione di quei "flussi giuridici" (Maurizio Lupoi) idonei a determinare fenomeni di metabolizzazione e di reciproca integrazione delle soluzioni normative ed interpretative.

2. Sono due, a mio avviso, le prospettive che consentono di cogliere una dimensione unitaria delle fattispecie di destinazione patrimoniale con causa fiduciaria.

La prima attiene all'individuazione dei profili di autonomia patrimoniale ed organizzativi dei negozi fiduciari di destinazione.

Una volta rifiutata l'idea che il confronto debba avvenire sul piano dei diritti reali, ritenendo evanescente il tentativo di elaborare forme di "proprietà temporanea" o "diritti reali atipici", si deve assumere che la fiducia operi essenzialmente sul piano dei rapporti e quindi in una dimensione che è naturalmente obbligatoria. Questa considerazione vale per ogni tipo di fiducia: per il *trust* come per i negozi (per esempio il mandato senza rappresentanza) tradizionalmente ascritti nella categoria della fiducia romanistica.

Se, dunque, la proprietà del fiduciario non è strutturalmente diversa da qualunque altra proprietà e se sulla stessa non si creano specifici (e nuovi) diritti reali, è possibile affermare che la costituzione del rapporto obbligatorio fiduciario produce effetti di autonomia e quindi di «opponibilità del rapporto ai creditori non privilegiati del titolare fiduciario» (Michele Graziadei). Ciò che più di altro differenzia le diverse fattispecie appare allora essere il "grado" di autonomia patrimoniale riconoscibile con riferimento al patrimonio oggetto della proprietà fiduciaria.

Grado di autonomia che diviene massimo nel *trust* e nelle altre ipotesi di segregazione patrimoniale in cui il patrimonio non si confonde con quello del *trustee*/fiduciario, data la piena opponibilità del vincolo ai creditori di tale soggetto, oltre che a quelli del disponente/fiduciante e del beneficiario. Si assiste, cioè, ad una «chiusura dei punti di passaggio tra patrimonio generale e oggetto del *trust*»

(Maurizio Lupoi), che porta ad individuare quella che a tutti gli effetti risulta essere un'autonomia patrimoniale perfetta.

Il modello della segregazione, e quindi della piena autonomia patrimoniale conseguente al vincolo fiduciario, si è diffuso nei sistemi di *civil law*, come quello italiano, che peraltro già disciplinava il fondo patrimoniale con i suoi innegabili caratteri di separazione. Al punto che oggi è possibile parlare in termini sistemici di segregazione o separazione patrimoniale, in virtù dei vari istituti introdotti legislativamente come, tra gli altri, i patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 *bis* c.c.) ed i vincoli di destinazione su beni immobili e mobili registrati (art. 2645 *ter* c.c.).

A ben vedere, però, effetti di autonomia patrimoniale e di opponibilità, benché meno intensi, sono presenti anche nel mandato senza rappresentanza (art. 1707 c.c.) e non estranei alla tradizione romanistica della fiducia (si veda la relazione di Riccardo Fercia). Dove invece il rapporto obbligatorio non risulta idoneo a definire analoghi effetti di opponibilità è nell'ambito della fiducia c.d. germanistica, dato il permanere della titolarità giuridica in capo al fiduciante.

Sebbene le esigenze di segregazione e separazione patrimoniale (come ben rileva Gianluca Guerrieri) siano storicamente riconducibili alla creazione di nuovi soggetti di diritto, risulta ormai abbandonato il dogma della necessaria corrispondenza tra (un) soggetto e (un solo) patrimonio e, conseguentemente, affiancato da un modello alternativo piuttosto che solo derogato il principio della responsabilità patrimoniale illimitata *ex* art. 2740 c.c.

Al punto da poter ritenere che forme di articolazione del patrimonio possano crearsi senza che ad esse corrisponda l'individuazione di altrettanti soggetti giuridici.

Se, in questo modo, si delinea un punto di arrivo del ragionamento già idoneo a comprendere in una dimensione complessa ma unitaria diverse forme di proprietà nell'interesse altrui, risulta necessario chiedersi se e quando la proprietà fiduciaria possa invece determinare il sorgere di nuovi soggetti giuridici.

Il tema è estremamente ampio e non può essere trattato compiutamente in questa sede. Mi limito solo ad una riflessione, che nasce dall'esperienza del diritto tributario.

In tale disciplina giuridica il legislatore ha scelto, come è noto, di soggettivare il *trust*, considerando il patrimonio segregato alla stregua di un "ente". Lo stesso non è stato fatto con riferimento, per esempio, al fondo patrimoniale, o ai patrimoni destinati o agli atti di destinazione testé citati. Ciò induce la dottrina tributaristica ad interrogarsi su quali siano le condizioni minime per poter (dover) ricostruire la soggettività passiva d'imposta qualora il patrimonio sia separato/segregato e dunque pienamente autonomo.

A mio avviso, oltre all'autonomia patrimoniale (più o meno perfetta) deve sussistere l'ulteriore elemento della dimensione organizzativa. Il negozio di *trust* assume infatti una valenza programmatica, che unifica sul piano funzionale gli atti di esecuzione del programma negoziale, perché orientati alla realizzazione di un determinato fine. Solo attraverso la disciplina recata dall'atto istitutivo è possibile riunire in attività (ancorché non economica, o non necessariamente tale) gli atti posti in essere dal trustee.

Se si accetta l'idea che la dimensione organizzativa rappresenta l'*a priori* normativo della soggettivazione, così come è avvenuto per gli enti collettivi, deve essere riconosciuta la soggettività (almeno tributaria) a quelle forme di proprietà fiduciaria nelle quali l'autonomia patrimoniale si accompagna ad una disciplina organizzativa e programmatica. Se quindi i *trust* ed i contratti di affidamento fiduciario possono creare nuove figure soggettive, lo stesso non sembra possibile con riferimento a vincoli "statici" quali il fondo patrimoniale o gli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, oltre che nelle ipotesi in cui è il medesimo legislatore a disegnare un patrimonio separato all'interno di quello generale di un determinato soggetto (come nei patrimoni destinati).

3. Vi è un'ulteriore prospettiva idonea a definire una visione unitaria delle proprietà fiduciarie. È quella che attiene all'individuazione, nelle dinamiche negoziali delle diverse fattispecie, di uno o più momenti traslativi di beni e diritti, funzionali a consentire la realizzazione del rapporto fiduciario.

Il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario è certamente in grado di determinare l'integrale attribuzione delle facoltà proprietarie senza però, sul piano causale, assumere la funzione di

realizzare l'arricchimento del fiduciario. Né l'arricchimento si rivela in termini effettuali, se si considera la provvisorietà della titolarità e, comunque, la sua strumentalità rispetto al conseguimento degli interessi perseguiti.

Questo paradigma si riproduce in tutte le fattispecie di fiducia in cui il patrimonio su cui il vincolo si innesta richiede di essere inizialmente trasferito al fiduciario, che già non ne aveva la titolarità, ma può anche presentarsi in una fase successiva (come nel caso del mandato senza rappresentanza ad acquistare, cui consegue un ri-trasferimento del bene dal mandatario al mandante).

Quello che si vuole sottolineare è che la valenza solo strumentale di tali trasferimenti permane del tutto analoga nelle differenti fattispecie di proprietà fiduciaria. Con rilevanti riflessi di disciplina, come dimostra la vicenda tributaria che ha interessato l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni (oltre alle imposte ipotecaria e catastale) ai trasferimenti patrimoniali dal disponente al trustee. L'attuale soluzione di diritto vivente è nel senso di ritenere che gli atti dispositivi non abbiano "effetti traslativi" sul piano fiscale (nonostante la sicura capacità traslativa di tipo civilistico), perché non idonei a realizzare attribuzioni definitive nella sfera giuridica del *trustee*. L'assenza di traslatività fiscale determina l'applicazione dei soli tributi fissi anziché di quelli proporzionali, data l'assenza di una correlata capacità contributiva espressa dagli effetti giuridici degli atti in questione.

Ed appare particolarmente significativo osservare come la Corte di Cassazione abbia applicato (con le ordinanze nn. 11401 e 11402 del 2019) simili principi e soluzioni al trasferimento del bene, oggetto del mandato ad alienare, dal mandante al mandatario.

La natura "solo" romanistica della fiducia nel caso oggetto delle pronunce citate, quindi non riconducibile ad una fattispecie di segregazione patrimoniale, non ha impedito alla Suprema Corte di individuare, ed adeguatamente apprezzare, un comune aspetto strutturale e funzionale, direttamente rilevante per ricostruire una (unitaria) disciplina normativa.

PARTE I

LE RADICI ROMANISTICHE DELLA FIDUCIA

I NEGOZI FIDUCIARI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

*Letizia Vacca*¹

1. La ricostruzione della configurazione della “fiducia” nell’esperienza giuridica romana, come è noto, ha presentato, e presenta, gravi difficoltà in quanto Giustiniano eliminò nella compilazione qualsiasi riferimento testuale alla “fiducia”, che non era stata più utilizzata nel mondo postclassico².

La scoperta del manoscritto gaiano (nel 1816), e in particolare la lettura di Gai 2.60³, dove Gaio fa riferimento a due casi in cui *fiducia contrahitur, cum creditore* e *cum amico*, ha influenzato profondamente la dottrina del diciannovesimo secolo, portando in par-

¹ Professore emerito del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Roma Tre, già Professore ordinario di Diritto Romano, Istituzioni di Diritto Romano, Esegesi delle fonti del Diritto Romano, Sistemi giuridici comparati.

² La bibliografia su questo tema è immensa. Nelle osservazioni che seguono non posso soffermarmi su un’analisi critica delle fonti e della letteratura e mi limiterò a una riflessione che tiene conto degli esiti della dottrina scientifica più moderna, che ha permesso di “liberare” la lettura delle fonti romane dalle costruzioni dommatiche astratte, sovrastrutturate rispetto al contenuto originario. Il rinvio bibliografico sarà quindi limitato ad alcune recenti trattazioni e alla letteratura ivi citata.

³ Gai 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usus capio competit.*

ticolare gli autori della Pandettistica dogmatizzare il fenomeno fiduciario nella figura concettuale del negozio fiduciario⁴, e identificandolo esclusivamente nelle due figure della *fiducia cum amico* e in particolare della *fiducia cum creditore*; il negozio fiduciario venne concettualizzato come negozio giuridico necessariamente bilaterale fra il fiduciante e il fiduciario e questa concezione venne recepita nella dottrina civilistica novecentesca.

Questa configurazione del negozio fiduciario venne riproiettata nella lettura delle fonti romane, portando anche la dottrina romanistica prevalente a individuare la “fiducia” romana esclusivamente nello schema dommatico di “contratto reale”, attuato con il trasferimento, mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, da parte del “fiduciante”, della proprietà di un bene, correlato all’obbligazione, derivante da un *pactum fiduciae*, in capo al “fiduciario” di ritrasferire il medesimo bene.

La dottrina più moderna⁵, attenta alla storicità dell’esperienza giuridica romana, caratterizzata dalla “tipicità aperta” degli schemi

⁴ Come è noto, la categoria concettuale di negozio giuridico è estranea alla scienza giuridica romana come estranea alla stessa è l’idea unitaria di negozio fiduciario. Tuttavia, l’inesistenza nella dottrina giuridica romana della nozione generale di negozio giuridico, e, in questo caso, di negozio fiduciario, non è di ostacolo all’impiego di questa nozione quando il giurista storico vuole spiegare la disciplina concreta di determinate manifestazioni di volontà dei privati e il nesso stabilito dall’ordinamento fra la volontà dei soggetti e gli effetti giuridici derivanti da essa nell’ambito di una determinata esperienza giuridica. In questa prospettiva tenterò una riflessione di carattere generale sul processo di “giuridicizzazione” del fenomeno fiduciario nell’evoluzione dell’esperienza giuridica romana. Il giurista storico, peraltro, non può che limitarsi a ricercare nelle fonti, le tracce, forse si può dire le radici, di un istituto che per lungo tempo è stato considerato “morto”, soppiantato da nuovi negozi “tipici”, ma la cui autonoma rilevanza è prepotentemente riemmersa dalla prassi e cerca oggi un nuovo riconoscimento e una nuova ‘sistemazione’ dottrina e normativa.

⁵ Si vedano al proposito gli importanti contributi pubblicati nel 2006 nella collana del Centro di eccellenza in diritto europeo “Giovanni Pugliese”, come atti di un convegno ARISTEC tenutosi nel contesto della ricerca PRIN “le situazioni affidanti”, coordinata da Maurizio Lupoi: M. LUPOI (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, Giappichelli, 2006. Vedi in particolare L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, ivi, pp. 15 ss.; lo stesso Leo Peppe ha successivamente coordinato la ricerca PRIN (2006-2007) su “Il fenomeno fiduciario tra diritto romano e tradizione civilistica”, il cui risultato è stato pubblicato nella stessa collana: L. PEPPE (a cura di), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Pado-

negoziali, che vennero via via adeguati dai giuristi alle esigenze della prassi, ha superato le rigidità dommatiche della Pandettistica⁶, ponendo in luce la vastità e l'evoluzione del fenomeno fiduciario⁷.

2. Premesso che è indubbio che il “fenomeno fiduciario” o per seguire Maurizio Lupoi, le “situazioni affidanti”, avessero nel mondo antico una forte rilevanza etico-sociale, collegata al valore pregnante della *fides* e dell'*amicitia*⁸, si tratta di individuare il percorso evolutivo che ha portato all'emersione nel mondo del diritto della *fiducia*, come elemento qualificante di determinate attività negoziali.

Si può osservare che in un primo momento la giuridicizzazione dei rapporti fiduciari avviene mediante l'utilizzazione da parte dell'*interpretatio* giurisprudenziale del IV e III secolo a.C., degli schemi negoziali formali⁹, in particolare della *mancipatio*, elabora-

va, Cedam, 2008; per la letteratura più recente cfr. R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, Jovene, 2012; vedi anche P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati*, LXXXIII, vol. 66, 2015; P. MARRA, *Fiduciae causa*, Padova, Cedam, 2018.

⁶ Cfr. per esempio quanto scrive M. LUPOI, 'Fides', 'fiducia' e trust nella cornice delle situazioni affidanti, in *Le situazioni affidanti*, cit., pp. 1 ss.: «Se la Pandettistica non avesse inventato il negozio fiduciario il complesso quadro della fiducia sarebbe rimasto complesso, ma ricco, mentre a causa di quella invenzione, il diritto civile lo ingabbiò in sovrastrutture concettuali omologanti, che hanno talmente impoverito il quadro da rendere impossibile al comparatista – e penso anche allo storico – di avvicinarvisi senza perdere fondamentali punti di riferimento».

⁷ Va rilevato che la letteratura antecedente alla riscoperta delle Istituzioni gaiane, attingendo solo ad alcune fonti pregiustiniane, ad alcuni testi del Digesto chiaramente manomessi, e alle fonti letterarie, individuava una nozione di fiducia presente non solo nell'ambito dei negozi di garanzia ma anche nel diritto di famiglia, negli istituti successori e nel deposito; per un'analisi di questa letteratura cfr. F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti*, cit., pp. 101 ss.

⁸ Cfr. in particolare B. ALBANESE, *La struttura della 'manumissio inter amicos'*. Contributo alla storia dell'*'amicitia'* romana, in *AUPA*, XXIX, 1962, pp. 5 ss.; ora anche in B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, I, a cura di M. MARRONE, Palermo, Palumbo, 1991, pp. 217 ss.

⁹ Si veda per esempio quanto scrive F. TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trasmorte*, in *Diritto Privato. Studi in onore di A. Palazzo*, II, Torino,

ta dall'antica giurisprudenza pontificale per dare efficacia e riconoscimento giuridico al trasferimento delle *res mancipi*, i beni cioè di specifica rilevanza nel mondo economico sociale della Roma più antica¹⁰.

Come è noto, la "forma" della *mancipatio* si presentava originariamente come stilizzazione della "vendita", era cioè uno schema negoziale che nel suo formulario rappresentava la "causa" di vendita, trasferimento di un bene correlato al pagamento del corrispettivo, espresso materialmente nella pesatura del bronzo non coniato; questo atto formale venne successivamente utilizzato per *causae* negoziali diverse dalla vendita, e venne configurato, secondo la dottrina prevalente, come negozio "astratto", sganciando l'effetto reale traslativo dal contenuto dell'accordo sotteso all'atto.

Mi sembra tuttavia da condividere l'idea secondo cui la cd. "astrattezza" della *mancipatio* non escludeva la rilevanza dell'accordo sulla finalità pratica perseguita con il trasferimento; nel caso in cui la *mancipatio* non avesse la finalità del trasferimento definitivo della proprietà della *res* all'accipiente, ma fosse per esempio in attuazione di un accordo fiduciario per il conseguimento di determinati scopi pratici che comportavano l'impegno del *mancipio accipiens* a ritrasferire la *res*, tale finalità poteva essere formalizzata attraverso le dichiarazioni nuncupative inserite nel testo della *mancipatio* e che costituivano parte integrante del formulario.

Il *mancipio dans* poteva cioè compiere la *mancipatio fidi fiduciae causa*¹¹, "confidando" nella probità del *mancipio accipiens*¹².

Questa configurazione presupponeva ovviamente che l'osservanza dell'impegno assunto dal fiduciario fosse assicurata sufficientemente.

UTET, 2009, pp. 885 ss.: «L'impiego funzionale di forme tipiche preesistenti, che la divergente determinazione causale dei privati deviava verso risultati atipici era dunque alla base dei negozi compiuti *fiduciae causa*».

¹⁰ Cfr. in part. P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, cit., pp. 35 ss. e letteratura ivi citata.

¹¹ Sulla formula cfr. L. PEPPE, *Alcune considerazioni sulla fiducia romana*, in ID., *Fides, fidelitas*, cit., pp. 179 ss.; ID., *Intervento sulla formula 'fidi fiduciae' in particolare in Plauto*, in *Studi Urbinati*, LXXXIII, vol. 66, 2015, pp. 335 ss.

¹² Cfr. P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 43 ss.

temente dal timore della riprovazione sociale che sarebbe conseguita dalla violazione della *fides*, valore etico religioso profondamente radicato nella ristretta comunità più antica.

Nel momento in cui si attenuano i vincoli di solidarietà sociale su cui questa comunità si fondava, si pone il problema di “tutelare” il fiduciante nel caso del mancato rispetto dell’impegno assunto dal fiduciario. Spetterà quindi all’ordinamento giuridico di introdurre gli strumenti che permettano di “sanzionare” tale comportamento.

3. L’evoluzione del riconoscimento dell’efficacia giuridica degli accordi fiduciari non può che cogliersi nella prospettiva dell’evoluzione degli strumenti di tutela processuale elaborati dalla giurisprudenza che ha guidato l’attività del magistrato giudicante.

Limitando la riflessione ai casi di trasferimento fiduciario di una *res*, correlato all’impegno del fiduciario di ritrasferire la medesima *res*, si può ritenere che il mancato ritrasferimento configurasse una fattispecie di furto, fattispecie originariamente molto ampia, e fosse esperibile una *legis actio sacramenti in personam*.

Successivamente la *legis actio per condictionem*, cui si sostituì ben presto la *condictio* del processo formulare, nella sua astrazione permise la tutela di tutti i casi in cui vi fosse stato un trasferimento, la cui “causa negoziale”, e cioè il contenuto della volontà delle parti circa la finalità da perseguire con il trasferimento, non giustificava il permanere dell’arricchimento nel patrimonio dell’accipiente.

Sembra quindi del tutto condivisibile l’idea che una delle applicazioni della *condictio* concernesse il trasferimento *fiduciae causa*¹³. Il permanere della *res*, che era stata trasferita con la *mancipatio* fiduciaria, presso l’accipiente che non rispettava l’impegno di ritrasfe-

¹³ Da molti documenti della prassi risulta che la *causa fiduciae* era espressa nel testo stesso della *mancipatio*: cfr. in particolare P. LAMBRINI, *Le cause del negozio fiduciario*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, IV, Tricase (LE), Libellula Edizioni, 2016, in part. pp. 214 ss. L’Autrice sottolinea che la *causa fiduciae* all’interno dell’atto mancipatorio era sempre la stessa, ma la causa concreta, lo scopo specifico del trasferimento, doveva essere indicata nel patto aggiunto, il cd. *pactum fiduciae*.

rirarla, poteva essere definito *iniustum*¹⁴ e giustificare quindi l'esperimento della *condictio*¹⁵.

4. La rigidità formale della *condictio*, che poteva essere esperita solo per un *petitum* certo, venne superata con l'introduzione, probabilmente fra la fine del III sec. a.C. e l'inizio del II, dell'*actio fiduciae* che dava ingresso a un *iudicium bonae fidei*¹⁶ e permetteva quindi al giudice l'ampia valutazione di tutte le modalità dell'accordo fiduciario intercorso fra le parti, tenendo conto delle specifiche pattuizioni.

A questo punto, nella riflessione giurisprudenziale emerge progressivamente l'individuazione del contenuto delle obbligazioni che gravano sul fiduciario in relazione ai diversi scopi perseguiti dalle parti. La famosa dicotomia gaiana tra fiducia *cum amico* e *fiducia cum creditore* non può che essere considerata esemplificativa¹⁷.

I giuristi non si soffermano sulla definizione delle differenti fattispecie che possono essere ricondotte al fenomeno fiduciario; la

¹⁴ La risalenza al periodo dei *veteres* dell'applicazione della *condictio* in funzione di restituzione di quanto si trova nel patrimonio del convenuto *ex iniusta causa* è attestata da D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem extimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*. Quel che si apprende con sicurezza dal testo è che i *veteres* – approssimativamente i giuristi della repubblica a partire dai *fundatores* e anteriori a Labeone – avevano professato l'opinione, seguita poi ancora da Sabino e Celso fino ad Ulpiano, che «*id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*». La proposizione di per sé dice solo che quei giuristi ammettevano il sorgere di un'obbligazione di "*certum dare oportere*" a carico del soggetto presso il quale qualcosa si trova *ex iniusta causa*. È allora possibile ipotizzare che i *veteres*, avessero semplicemente individuato la necessità – dettata dall'*aequitas* dell'ordinamento – di utilizzare la *condictio* per la restituzione di determinati beni che si trovavano nel patrimonio del convenuto "ingiustamente". Cfr. L. VACCA, *Condictio e iusta causa traditionis*, in S. PATTI, L. VACCA (a cura di), *Studi in memoria di Berthold Kupisch e di Paolo Maria Vecchi*, Napoli, Jovene, 2019, pp. 139 ss.

¹⁵ Cfr. L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario*, cit., in part. p. 25 e ivi note 48-50, in cui si riprende la teoria, rimasta poi minoritaria, del Savigny, che sottolineando l'affinità fra il mutuo e la fiducia costituita dalla circostanza che in entrambi vi è il trasferimento della proprietà di un bene che l'altro deve restituire, riteneva che fosse esperibile la *condictio* per la restituzione. Vedi anche R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., p. 137 nota 236.

¹⁶ La formula dell'*actio fiduciae* è riportata da Cic. *de off.* 3.17.70. Cfr. L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario*, cit., p. 28 nota 39 con ampia bibliografia.

¹⁷ Cfr. P. LAMBRINI, *Le cause del negozio fiduciario*, cit., pp. 219-220.

prospettiva da cui muovono per recepire nell'ambito dell'ordinamento giuridico l'evoluzione della prassi negoziale è sempre quella dell'individuazione dei mezzi processuali idonei a dare tutela, anche equitativa, ai differenti "casi". La elaborazione dell'ambito di applicazione delle azioni processuali secondo criteri "scientifici" permette di assicurare la coerenza complessiva del sistema, modellando di riflesso gli "istituti giuridici".

In particolare, nel definire l'ambito di applicazione dell'*actio fiduciae* i giuristi dell'età classica tendono a considerare la "fiducia" come fattispecie contrattuale complessa unitaria, costituita dall'accordo fiduciario e dall'atto di trasferimento. L'evoluzione della riflessione giurisprudenziale porta in primo piano la valutazione del contenuto della volontà e dell'accordo fra le parti, che risulta determinante nel qualificare gli effetti degli antichi atti formali di disposizione dei beni¹⁸.

Emerge infine nella giurisprudenza più matura, fra il II e il III secolo d.C. «una grande linea di tendenza ad adoperare il termine "fiducia" come *nomen contractus*, in modo di esprimere la sua identificazione non tanto – come in epoca adrianea ed antoniniana – con un negozio quiritario causalmente orientato, quanto semmai con una fattispecie contrattuale [...]»¹⁹.

Questa fattispecie contrattuale, tuttavia risulta non rigida nei suoi elementi costitutivi e nei suoi effetti, ma estremamente duttile e adattabile alle diverse esigenze concrete.

¹⁸ Per un'analisi accurata e documentata delle fonti giurisprudenziali cfr. il bel volume di R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit.

¹⁹ Così R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., pp. XIII-XIV.

STRUTTURA E FUNZIONE DEI NEGOZI FIDUCIARI: IL MODELLO ROMANO

*Riccardo Fercia*¹

SOMMARIO: 1. Struttura e funzione nell'ottica delle tutele. – 2. Struttura e funzione del negozio fiduciario *inter vivos*: quale modello contrattuale? – 3. Struttura e funzione del negozio fiduciario *mortis causa*: il modello del fedecommesso.

1. *Struttura e funzione nell'ottica delle tutele*

Nell'intero svolgimento dell'esperienza giuridica romana, come noto, il “grande assente” è il diritto soggettivo, creazione del giusrazionalismo europeo², esattamente come il negozio giuridico è frutto di una concettualizzazione, attuata con la sapiente riconfigurazione contenutistica di espressioni ricorrenti nel *Corpus iuris*, della Pandettistica: parlare, dunque, di struttura e funzione di “negozi” significa porsi, se si vuole cogliere appieno il modo di pensare dei Romani, nella chiave delle tutele³, e dunque, per quanto concerne il diritto classico, delle questioni interpretative implicate nei meccanismi verbali che connotano essenzialmente il processo formulare.

¹ Professore ordinario di Diritto Romano e Diritti dell'Antichità presso l'Università di Cagliari.

² Cfr. A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, a cura di A. MAZZACANE, tr. it. G. DAMELE, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 208 ss. (ed. or. *Cultura Jurídica Europea*, Coimbra, Almedina, 2012).

³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 273.

Al riguardo, possiamo dire innanzitutto che, qualora si provi a collegare la negoziabilità all'affidamento, nell'esperienza di Roma emergono una pluralità di fattispecie che, peraltro, ben possono ricondursi essenzialmente a due fondamentali ipotesi: l'atto formale di alienazione *inter vivos* implicante la genesi di un'obbligazione di riattribuzione, protetta per diritto classico dall'*actio fiduciae*; ed il fedecommesso, vale a dire la disposizione *mortis causa* che, per epoca imperiale, risulta in ultima analisi alternativa, in materia *lato sensu* testamentaria, al "formalismo precettivo" del *ius civile*, protetta – stante la sua chiara anomalia rispetto alla storicità dell'ordinamento della *civitas*, inteso anche nella sua proiezione pretoria – al di fuori dell'*ordo iudiciorum privatorum*⁴ configurato da Augusto con la *lex Iulia* del 17 a.C.

In entrambi i casi – va sottolineato – le tutele hanno, pur se per diverse ragioni, un carattere di tendenziale unicità: l'*actio fiduciae*, una sorta di "ibrido" tra tutela configurata *in ius* e schemi essenzialmente onorari, è, probabilmente, uno dei primi programmi processuali con cui, tra *cives*, risultava possibile veicolare in giudizio una pretesa diversa da quelle di *certum*⁵, articolata su quel che Cicerone descrive come *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*; la protezione del fedecommesso, per altro verso, rende coercibile negli svolgimenti imperiali un'ipotesi "nuova", sentita sicuramente come eccezionale rispetto al sistema delle tutele che ultimativamente derivava dall'esperienza repubblicana, vale a dire l'affidamento che – al di fuori dal formalismo testamentario – il *de cuius* ripone nella lealtà dell'affidatario circa l'esecuzione delle proprie ultime volontà.

La difficoltà di cogliere un *Nachleben* di questi istituti – *fiducia* e *fideicommissum* – si scontra con la scelta di Giustiniano di abbandonare il regime degli atti formali di alienazione e di ricomprendere il fedecommesso nella materia dei legati, così da precludere quella linea di tendenziale continuità che connota gli istituti conservati nel *Corpus iuris*.

È il *Geschichtsverständnis* – per adoperare una terminologia cara a Dieter Nörr⁶ – dei giuristi europei, fondamentale e preziosa ere-

⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 751 ss.

⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 553.

⁶ D. NÖRR, *Pomponio o «Della intelligenza storica dei giuristi romani»*, con una 'nota di lettura' di A. SCHIAVONE, a cura di M.A. FINO ed E. STOLFI, in *RDR*

dità dei Culti, ad aver creato i presupposti per la loro ipotetica riproposizione.

2. *Struttura e funzione del negozio fiduciario inter vivos: quale modello contrattuale?*

Sulla base di queste coordinate, possiamo provare a ragionare, innanzitutto, sulla struttura del negozio fiduciario *inter vivos*.

Muoviamo, per comodità espositiva, dalla *traditio* traslativa: nella riflessione della giurisprudenza romana, quando la consegna di una *res corporalis*, purché *nec Mancipi*, è sottesa da un accordo funzionale alla dismissione dell'appartenenza, si produce l'effetto reale.

Questo accordo è noto come *iusta causa traditionis*⁷.

Un accordo deve, peraltro, ritenersi sottostante non solo alla *traditio* traslativa, ma anche agli atti formali di alienazione: l'accordo, cioè, che sottende il ricorso alla *mancipatio* per le sole *res Mancipi*, ed all'*in iure cessio* per qualsiasi altra *res*, quale ne sia la qualificazione⁸.

Può accadere, ad esempio, che le parti ricorrano all'atto formale di alienazione per realizzare una *causa donandi* (ovvero, l'accordo sottostante all'attribuzione liberale), oppure per vincolare la controparte ad una specifica controprestazione; e finanche per eseguire una compravendita, pur non rientrando in questo caso l'effetto reale nel programma d'obbligazione, dato che, nelle logiche dei *prudentes*, esso è semmai un corollario – diremmo noi: un effetto naturale – del negozio di adempimento dell'obbligazione del venditore.

Ora può aversi altresì che le parti ricorrano all'atto formale di alienazione, come ci dice Gai 2.60, per garantire l'adempimento di un'obbligazione, oppure per mettere al sicuro, con l'attribuzione dominicale a persona ritenuta “affidabile”, un proprio bene.

II, 2002, <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (ed. or., *Pomponius oder «Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen»*, in ANRW, II.15, Berlino-New York, 1976, pp. 497 ss.).

⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 436 ss.

⁸ Su questo aspetto mi sia consentito di rinviare a R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 159 ss.

In questi casi, l'accordo che sottende l'atto di alienazione, se si ragiona sulla sua attitudine a produrre, quale co-elemento di una fattispecie complessa, l'effetto reale, può correlarsi solo ed esclusivamente con una forma forte: questo "accordo di affidamento", se così si può dire, non può essere *iusta causa* di una *traditio*, ma produce fisiologicamente (senza, cioè, esporre il *mancipio accipiens* alla *condictio sine causa*) l'effetto reale solo qualora si ricorra a *mancipatio* od *in iure cessio*. Né – almeno a mio avviso – è necessario che questa *conventio* sia esplicitata nel formalismo verbale dell'atto: nell'*in iure cessio*, la struttura *inmutabilis* del *lege agere* è di per sé preclusiva di qualsiasi alterazione del formulario; nella *mancipatio*, le fonti documentarie mostrano solo come le parti procedessero ad una ricognizione scritta, a fini probatori, dell'accordo, non anche alla sua inserzione nei *verba* che connotano le rispettive dichiarazioni formali⁹.

Tralattiziamente, ma senza un preciso riscontro nelle fonti, questo accordo è noto come *pactum fiduciae*: vale a dire la *conventio* che sottende la *mancipatio* o l'*in iure cessio* adoperata al fine di determinare l'attribuzione dominicale per affidamento, a scopo di garanzia come a scopo di attribuzione temporanea del *dominium* in funzione, per così dire, di comodato o deposito "rinforzati" (cfr. Iul. 13 *dig. D.* 16.3.15, itp. secondo Paolo Marra¹⁰, con approccio in linea di massima condivisibile); meno probabile è che i Romani pensassero anche ad una figura di cooperazione «rinforzata» nella sfera giuridica altrui.

Nell'esperienza più risalente, è verosimile che l'inadempimento del dovere di riattribuzione fosse percepito come una figura di *furtum*, e che, di conseguenza, fosse esperibile la *legis actio sacramentum* costruita con il formulario *in personam*¹¹, non sappiamo se ed in quale modo adattato dalla giurisprudenza pontificale.

⁹ R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., pp. 219 ss.; diversamente cfr. P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in M.L. BICCARI (a cura di), *Fiducia, trusts affidamenti. Un percorso storico-comparatistico* (Atti Urbino 16-17 ottobre 2014), in *Studi Urbinati*, LXXXIII, vol. 66, 2015, pp. 41 ss.

¹⁰ P. MARRA, *D. 16.3.15: un testo in materia di fiducia?*, in *IVRA*, 2010, LVIII, pp. 278 ss., in particolare pp. 290 ss.

¹¹ R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., pp. 232 ss.

In prosieguo di tempo, la scienza giuridica romana si limita a registrare la coercibilità del vincolo restitutorio ragionando sulle funzioni di un'azione formulare *in personam*, l'*actio fiduciae* appunto: i giuristi, cioè, non sembrano avere un eccessivo interesse per una riflessione sulla fattispecie attributiva, concentrando la propria attenzione più che altro sul contenuto dell'obbligazione.

La svolta è, probabilmente, la codificazione dell'editto pretorio, avvenuta in epoca adrianea con la supervisione scientifica di Salvio Giuliano¹²: è questa, del resto, la novità che porta alla grande stagione dei commenti all'editto, genere letterario per vero già sperimentato (si pensi a Labeone e Sabino), ma certo non con l'accuratezza e lo sviluppo scientifico che da Pomponio porta alle grandi trattazioni severiane, e segnatamente ai commenti di Paolo e di Ulpiano.

La necessità di orientare l'interprete come il pratico nell'architettura dell'editto, e dunque nell'*ordo iudiciorum privatorum*, porta progressivamente i giuristi a leggere nel negozio fiduciario una figura di *contractus*, aspetto, questo, che io considero dimostrabile, allo stato delle fonti, per Papiniano, Ulpiano ed il suo allievo, Modestino¹³.

Ma quale contratto?

Per epoca antoniniana, come noto, ci è pervenuto il manuale – opera, per me, di un geniale didatta che mostra di conoscere il suo ordinamento con consapevolezza pratica unita a profondo rigore scientifico – di Gaio, che – al di là delle esigenze espositive funzionali all'insegnamento, che per chiunque s'impegni nella formazione giuridica di base implicano, come ben sappiamo, qualche sacrificio in punto di esattezza – suddivideva in pratica le obbligazioni protette da azioni reipersecutorie, cioè estrinseche a qualsiasi funzione afflittiva, in quattro categorie¹⁴.

L'obbligazione può essere creata a carico di una sola parte “dalla cosa”¹⁵, cioè da uno spostamento patrimoniale, che deve rientrare

¹² Seguo M. TALAMANCA, *Le costituzioni imperiali nel sistema normativo del principato. Il 'ius extraordinarium' e la 'cognitio extra ordinem'*, in M. TALAMANCA (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989², p. 424.

¹³ R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., pp. 1 ss., con letteratura.

¹⁴ Cfr. da ultimo, su questa classificazione, C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, II.2, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 1 ss.

¹⁵ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, II.2, cit., pp. 79 ss.

nel patrimonio di provenienza, operante come una sorta di magnete; dalla pronuncia di specifiche parole, di per sé idonee a creare il vincolo; dalla tenuta della contabilità; oppure, quando sono vincolate ambo le parti, dal semplice consenso, come nei contratti sinallagmatici (compravendita, locazione, società) e nel mandato, dove le obbligazioni sono reciproche, ma non interdipendenti.

La categoria che si prestava ad accogliere il negozio fiduciario era dunque quella delle obbligazioni *re contractae*; ed il *nomen iuris* che identificava l'atto obbligante era lo stesso che designava l'oggetto dell'attribuzione, cioè *fiducia*.

Qui occorre intendersi.

La contemporanea dottrina civilistica, specie ad evocare un fondamentale studio di Giuseppe Benedetti, considera, infatti, i contratti reali dal punto di vista della disciplina del procedimento formativo della fattispecie, nel senso che in essi la consegna (non traslativa) prende il posto dell'accettazione.

Questa logica, a ben vedere, non è estranea al modo di pensare dei Romani, anche se è alquanto tarda nell'esperienza classica: la "realità" del *ius civile* è, infatti, incentrata sull'attribuzione dominicale, come nel tipo paradigmatico della *mutui datio*, dove la *causa credendi* sottende la *traditio* il cui effetto reale dà vita al *contractus* che genera il *creditum*.

È Modestino, secondo me, che, probabilmente, amplia l'area della "realità", riconducendo lo spostamento patrimoniale costitutivo della fattispecie contrattuale non solo all'attribuzione dominicale, ma anche a quella meramente possessoria, segnatamente di *naturalis possessio*, come nel comodato e nel deposito¹⁶.

Da questo punto di vista, la *fiducia* è vicina più al mutuo, come diceva Savigny, che a deposito e comodato¹⁷: essa si perfeziona con l'effetto reale dell'atto formale di alienazione, costitutivo della fattispecie contrattuale, che vincola a riattribuire.

¹⁶ Sul punto rinvio a R. FERCIA, 'Notae' sulla classificazione delle 'obligationes' nei 'Libri regularum di Modestino, in *Studi economico-giuridici*, LXII, 2009-2020, *Annali* 2020, II, pp. 117 ss.

¹⁷ F.C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. V. SCIALOJA, Torino, 1893, *App.* XIV.5, pp. 573 ss., in particolare 578 e nota k) (ed. or. *System des heutigen Römischen Rechts*, V, Berlino, 1840),

Sul punto occorre solo un chiarimento: nel mutuo, come nella *fiducia*, l'effetto reale dell'atto di alienazione è, a descrivere il fenomeno con categorie dogmatiche contemporanee, un effetto meramente procedimentale, formativo della figura contrattuale, il cui effetto finale e sostantivo è la genesi dell'obbligazione di riattribuzione.

Nondimeno, un recupero di questo modello¹⁸ sarà, nel nostro ordinamento, difficile sino a quando la riflessione dei civilisti contemporanei non recupererà sino in fondo le idee che Giorgio Oppo prospettava nel magistrale lavoro su *Adempimento e liberalità*, dove l'insigne Maestro costruiva l'adempimento dell'obbligazione naturale come un contratto "reale"¹⁹, intendendo la realtà, però, proprio nella prospettiva "bifronte" di Modestino, e cioè tanto – come nel comodato e nel deposito – ove una consegna (non traslativa) prenda il posto dell'accettazione, quanto, e soprattutto, ove lo spostamento patrimoniale costitutivo della fattispecie contrattuale – che potrebbe definirsi come una accettazione "traslativa" – determini un'attribuzione dominicale.

È, in sostanza, il *Realgeschäft* di Ennecerus²⁰ e von Tuhr²¹.

Tracce nel nostro ordinamento di questa forma di realtà? Il mutuo e la donazione manuale, indiscutibili eredi, dal mio punto di vista²², della *traditio* negoziale traslativa romana, in cui la consegna traslativa produce l'effetto reale procedimentale costitutivo della fattispecie contrattuale, a sua volta idonea a produrre l'effetto finale e sostantivo (il credito, nel mutuo; l'arricchimento, nella donazione).

Se ciò è vero, la fiducia romanistica sarebbe un contratto reale legislativamente innominato, ma storicamente nominato, coperto dall'art. 1322 cod. civ.

¹⁸ Confinato al diritto classico: cfr. per tutti B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, Gieben, 1999, pp. 12 ss.

¹⁹ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, Giuffrè, 1947 (rist.: Napoli, ESI, 1979), pp. 374, 391, 398 ss. e 408.

²⁰ L. ENNECERUS, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I¹³, *Einleitung, Allgemeiner Teil*, dreizehnte Bearbeitung von H.C. Nipperdey, Marburg, 1931, § 136.II.B, in particolare a p. 445.

²¹ A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II.1, München und Leipzig, 1914, pp. 149 ss.

²² Cfr. R. FERCIA, *Note minime sull'inesistenza giuridica della donazione di beni altrui*, in *Riv. giuridica sarda*, I, 2018, pp. 67 ss.

La sfida è, a questo punto, l'estensione di questo modello al *trust*: con l'ulteriore difficoltà, peraltro, che l'istituto anglosassone è pensato più nell'ottica della *property* che del *contract*²⁵.

3. *Struttura e funzione del negozio fiduciario mortis causa: il modello del fedecommesso*

L'attribuzione negoziale *mortis causa*, nell'esperienza arcaica e repubblicana, si fonda su una regola aurea: il formalismo, e la conseguente certezza dei rapporti voluti da chi non può più esprimere il proprio volere.

Il negozio testamentario, infatti, nasce – in disparte i misteriosi schemi più risalenti – come un'applicazione della *mancipatio*, e dunque come un particolare *gestum per aes et libram*.

Conseguenza di questa antica costruzione è che il rispetto delle forme, innanzitutto verbali, è condizione di efficacia di qualsiasi disposizione del *de cuius*.

Questo rigore formale non preclude, evidentemente, di dettare in modo alternativo le proprie ultime volontà: ma, a parte la possibilità offerta dal pretore di ottenere i beni ereditari anche quando il testamento fosse privo delle formalità mancipatorie (e solo di esse), la repubblica ignora sostanzialmente qualsiasi mezzo di tutela per disposizioni informali, diverse, cioè, da quelle del *ius civile*.

²⁵ Me ne occupo in *Negozio fiduciario, 'trust', categoria generale di contratto*, in M.L. BICCARI (a cura di), *Fiducia, trusts affidamenti. Un percorso storico-comparatistico* (Atti Urbino 16-17 ottobre 2014), cit., pp. 19 ss. Il problema di fondo che si collega alla riconoscibilità del *trust* nel nostro sistema civilistico, anche tramite l'art. 1322 cod. civ., è costituito, a mio modo di vedere, non tanto dalla possibilità di collegare effetti reali al contratto (che ex artt. 922 e 1376 cod. civ. è uno strumento di circolazione dei diritti), quanto semmai dall'ammettere o meno che l'autonomia privata possa creare la separazione patrimoniale (il che pone problemi *sub specie* della natura che si voglia riconoscere all'art. 2740, secondo comma, cod. civ.), e dunque la configurabilità di patrimoni distinti e pubblicamente riconoscibili – la cosiddetta “segregazione” patrimoniale – in capo allo stesso soggetto di diritto: sul piano dei modelli romani, questa possibilità, se ritenuta ammissibile, evoca la creazione del *peculium* “personificato” dal *potestati subiectus* che lo amministra con i suoi diversi gradi di rilevanza, stabiliti dall'editto del pretore tramite la promessa delle formule *de peculio et de in rem verso*, nonché soprattutto *tributoria* (sul punto, cfr. di recente A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum' nelle fonti classiche e bizantine*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*, in particolare pp. 47 ss.).

Ogni disposizione informale era, cioè, incoercibile: si basava solo sulla lealtà di chi doveva eseguirla.

Era il *fidei committere*: l'affidarsi, appunto, alla lealtà.

Questa logica dell'incoercibilità delle disposizioni informali è tanto forte che l'esperienza imperiale non riuscì mai, pur riconoscendo la necessità di un suo superamento, a costruire all'interno dell'*ordo iudiciorum privatorum* una tutela per l'affidamento informale *mortis causa*: la coercibilità venne riconosciuta come fattispecie "a-civilistica" anche in proiezione pretoria, come tale protetta direttamente dai tribunali dell'Impero.

Di qui la *persecutio* (Gai 2.278) del fedecommesso, che avveniva *extra ordinem*, e dunque con il ricorso alla stessa figura di tutela offerta per la remunerazione delle attività di medici (a favore di soggetti liberi e *sui iuris*), avvocati, mediatori, che non concludevano un *contractus* in senso tecnico esattamente come il *de cuius*, in questi casi, non redigeva il *testamentum* nella stretta osservanza delle forme del *ius civile*, nel senso che il fedecommesso in ipotesi contenuto in un valido testamento civile o pretorio doveva considerarsi, per l'ordinamento della *civitas* come per il pretore, come non apposto.

Si fa progressivamente strada, a questo punto, accanto alla tutela *extra ordinem* del fedecommesso, la giuridica rilevanza dei *codicilli*²⁴, cioè scritti paratestamentari idonei a contenere il *fideicommissum* anche se non *confirmati* in un valido *testamentum*, e con essi della cosiddetta clausola codicillare, vale a dire la clausola testamentaria con cui era esplicitata la volontà del *de cuius* di vedere senz'altro convertito il proprio testamento in ipotesi nullo in un codicillo.

In sostanza, il *de cuius*, nel *testamentum* come in un codicillo *ab intestato*, ed in prosieguo di tempo finanche addirittura oralmente, poteva pregare l'erede, testamentario od *ab intestato*, di attribuire l'eredità (Gai 2.248) o singoli beni dell'asse (Gai 2.260) ad un terzo beneficiario: nel primo caso, si aveva la figura del fedecommesso universale; nel secondo, del fedecommesso particolare.

Questa logica si è conservata nel nostro sistema nell'art. 627 cod. civ., la «disposizione fiduciaria» testamentaria, che peraltro

²⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 724 s.

presuppone di necessità – a differenza del *fideicommissum* romano, i cui confini erano più ampi, dato che poteva anche prescindere dalla redazione del *testamentum*²⁵ – un onorato testamentario – la norma fa riferimento a «disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento» – investito del *munus* fiduciario: la pacifica riconduzione di questa figura ad un’obbligazione naturale codificata²⁶, peraltro, consente, valorizzando la clausola aperta di cui all’art. 2034, comma 2, cod. civ., di riconoscere l’esistenza di un dovere della morale sociale non solo nel caso *ex lege* della disposizione fiduciaria contenuta nella scheda testamentaria, ma in qualsiasi altra ipotesi in cui la volontà “fedecommissaria” del *de cuius* vincoli *naturaliter* chi acquisti *mortis causa* a beneficiare *inter vivos* un terzo, il che abbraccia, a mio parere, tanto le disposizioni orali di ultime volontà, quanto quelle espresse in uno scritto non riconducibile alla fattispecie testamento, che evoca agevolmente il modello dei *codicilli* romani.

Ma la differenza fondamentale, su cui occorre riflettere, è un’altra: nell’esperienza giuridica romana la fiducia testamentaria (cioè il fedecommissio) era coercibile, ancorché *extra ordinem*; nel nostro sistema, questa tutela “straordinaria” si è persa, e l’adempimento del fedecommissio è ritornato ad essere quel che era prima di Augusto, e cioè un dovere della morale sociale, incoercibile in via d’azione.

Vien dunque da pensare alla prolusione napoletana del 1920 di Flaminio Mancaleoni, *L’evoluzione regressiva degli istituti giuridici*²⁷: se, infatti, consideriamo che, per Giustiniano e, dunque, per il *Corpus iuris*, legati e fedecommissi finiscono per avere «una sola natura», la risorgiva “preaugustea” di cui all’art. 627 cod. civ. costituisce un interessante fenomeno di “resilienza della storia” che, co-

²⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 751.

²⁶ Rinvio a R. FERCIA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni*, sotto la direzione di L. GAROFALO, M. TALAMANCA, vol. I, *La struttura e l’adempimento*, t. III, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, a cura di L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2010, pp. 294 ss.

²⁷ F. MANCALEONI, *L’evoluzione regressiva negli istituti giuridici*, in *St. Sassaresi*, 1921, pp. 1 ss., su cui si veda A. SERRA, *Regressione evolutiva degli istituti giuridici: brevi riflessioni sulla nozione di persona giuridica*, *Diritto @ Storia*, IV, 2005, <http://dirittoestoria.it/4/Contributi/Serra-Regressione-evolutiva-degli-istituti-giuridici.htm>.

me dice Rodolfo Sacco²⁸, ben può comportarsi, a seconda delle circostanze, come un “legislatore in seconda”.

Il “nostro” fedecommissario, in sostanza, è la cosiddetta “fiducia testamentaria”, che produce un’obbligazione naturale codificata, cui si possono affiancare le ulteriori ipotesi ad essa affini, rapportabili piuttosto, senza il *medium* di una specifica norma, direttamente all’art. 2034, comma 2, cod. civ.

Qualche considerazione conclusiva su una sorta di “abuso storico del segno”.

Può osservarsi, invero, come la fiducia testamentaria, erede del fedecommissario romano classico, non abbia nulla a che vedere con la sostituzione fedecommissaria di cui all’art. 692 cod. civ.: e difatti, anche a voler condividere l’impostazione che rapporta l’istituto attuale al più ampio fenomeno della delazione successiva²⁹, in quest’ultimo caso è completamente assente l’affidamento, e con esso i doveri che lo connotano, in quanto, alla morte dell’incapace sostituito, l’asse risulta devoluto *ipso iure* al beneficiario istituito che ne abbia avuto cura (art. 696 cod. civ.).

Da questo punto di vista, evocare terminologicamente il *fideicommissum* per questo peculiare istituto, che per di più nel nostro sistema ha, come noto, finalità assistenziale, è una scelta storicamente impropria del legislatore del 1942, che tende a generare una fuorviante sovrapposizione teorica conseguente a quella terminologica corrente.

²⁸ La storia, infatti, «quando le circostanze lo vogliono, adempie al ruolo di legislatore in seconda»: così R. SACCO, *L’interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, in R. SACCO (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, II, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Torino, UTET, 1999, p. 242.

²⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁹, Napoli, ESI, 2019, pp. 523 ss.

PARTE II

GLI STRUMENTI NEGOZIALI
DELLA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

LA PROPRIETÀ FIDUCIARIA, LA PROPRIETÀ NELL'INTERESSE ALTRUI, E I TRUSTS. UN ITINERARIO

*Michele Graziadei*¹

SOMMARIO: 1. Un appunto terminologico. – 2. Divisione del lavoro e morfologia della delega. – 3. I beni come investimenti, e la loro gestione. – 4. Una falsa partenza. – 5. Il potere di alienare come presidio del valore capitale del bene, l'opponibilità del rapporto ai creditori (e la surrogazione reale). – 6. Il riconoscimento del *trust*, e i bilanciamenti in corso. – 7. Le prospettive.

1. *Un appunto terminologico*

Per iniziare, propongo un appunto terminologico, e due osservazioni.

L'appunto terminologico: in questo scritto le due espressioni “proprietà fiduciaria”, “proprietà nell'interesse altrui” sono intese come sinonimi. L'appunto terminologico apre la porta a una constatazione. Nel regolare la proprietà, il libro terzo del nostro codice civile era dominato da un'idea direttrice: la macchina del diritto privato è in movimento perché ha un motore, e quel motore è la molla potente costituita dall'interesse individuale. Il nostro codice civile è figlio di questa filosofia, già ben presente nel pensiero da cui prende origine la codificazione francese².

¹ Professore ordinario di Diritto Privato Comparato presso l'Università di Torino. Desidero ringraziare Angelo di Sapio per le sagaci osservazioni ricevute su una precedente versione di questo saggio.

² X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française: du siècle des Lumières au Code Napoléon*, III, Paris, Bouere, 2015, p. 299; S. SOLIMANO, *Verso il Code Na-*

Il codice civile del 1942 viene scritto in un'epoca in cui il discorso politico intorno al diritto privato pretende di smentire gli assunti del liberalismo classico. Tuttavia, sotto la vernice ideologica costituita dai riferimenti politici dell'epoca, il baricentro della disciplina della proprietà è ancora l'interesse del soggetto che ne è titolare, vale a dire l'interesse del proprietario, che gode e dispone del bene³.

In altre parole, nella visione del codice, ma ancor prima della dottrina che lo preparò, la proprietà non è mai al servizio dell'altrui interesse, non può esserlo. Antonio Gambaro rileva come l'ostracismo verso forme di proprietà fiduciaria si sia nutrito di mentalità: «latenti, ma tenaci, che hanno solo sporadici punti di aggancio con regole inderogabili»⁴, le quali sono collegate a simili assunti. Potremmo avere la detenzione per ragioni di servizio, non potremmo avere il possesso, o la proprietà per ragioni di servizio, nel quadro delineato dal terzo libro del codice civile⁵. Con la riforma del diritto di famiglia del 1975 la disciplina dettata per il fedecommesso assistenziale (artt. 692-697 c.c.) stabilisce che una diversa soluzione è ormai data unicamente in presenza di infermità mentale grave, sancita da interdizione. Il fedecommesso assistenziale può infatti essere istituito in presenza di un interdetto, la cui cura deve comunque essere assicurata da altri, non potendo costui determinarsi autonomamente in relazione a rapporti patrimoniali⁶.

poléon: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799), Milano, Giuffrè, 1998.

³ U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2001, pp. 92 ss.

⁴ A. GAMBARO, *La proprietà*, in G. IUDICA, P. ZATTI, (a cura di), *Beni, proprietà, possesso*, II, Milano, Giuffrè, 2017, p. 403.

⁵ Il tema – abitualmente negletto – del possesso a titolo fiduciario è invece discusso da R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, Giuffrè, 2014, p. 166.

⁶ Per le varie soluzioni proposte in dottrina circa la natura del diritto che compete all'erede istituito: M. MORETTI, *La sostituzione fedecommissaria*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1792; M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1978, pp. 287 ss. Per una valutazione dell'istituto che mette bene in luce i limiti e le incongruenze della disciplina attuale: A. DI SAPIO, *Strumenti contrattuali di cura e di protezione dei minori d'età portatori di handicap: un'esposizione*, in L. LENTI (a cura di), *Trattato diritto di famiglia*, VI, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 659 ss.

La proprietà nell'interesse altrui è allora quel rapporto che il codice civile non nomina nella sede della materia, e che viceversa si piega a quelle ragioni di servizio. In effetti, l'ideologia che fa perno sull'egoismo del proprietario individuale è piuttosto semplicistica, ed è poi contraddetta infinite volte dallo stesso diritto positivo che provvede a diversificare la conformazione dei diritti sui beni⁷.

Il codice civile lascia spiragli aperti alla figura *eo nomine*, come avviene in relazione alla fiducia testamentaria⁸. L'art. 627 c.c., intitolato alla "disposizione fiduciaria", ritiene valido l'adempimento spontaneo della fiducia segreta o semisegreta da parte del fiduciario (non colpito da incapacità), nel caso in cui l'adempimento avvenga a favore di chi è capace di succedere. La validità e l'efficacia della disposizione fiduciaria palese o manifesta non viene messa in causa da questa disposizione, ed è dunque da ritenere senz'altro valida⁹.

⁷ A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 403; F. BENATTI, *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁸ La lunga storia dell'istituto è approfondita debitamente in F. TREGGIARI, "Minister ultimae voluntatis". *Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I, Napoli, ESI, 2002; ID., *L'oro e la coscienza: La fiducia testamentaria nell'età dei codici*, in *Historia et ius*, 2019, pp. 1 ss.; M. LUPOI, *I "trusts" nel diritto civile*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, UTET, 2004; e vedi già, volendo, M. GRAZIADEI, *The Development of fiducia in Italian and French Law from the 14th century to the End of the Ancien Regime*, in R. HELMOLZ, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Itinera fiduciae – Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, pp. 327 ss., nonché M. GRAZIADEI, *La fiducia nella tarda età moderna. Le "confidenze" tra vincolo di coscienza e disciplina politica dei soggetti e dei beni*, in P. PRODI (a cura di), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 235 ss.; ID., *Trust, confidenza, fiducia*, in R.H. HELMHOLZ, V. PIERGIOVANNI (a cura di), *Relations between the "ius commune" and English law*, Roma, Rubettino, 2009, pp. 223-237; per i contatti tra l'area continentale e il diritto inglese si veda l'importante contributo di: M. LUPOI, "Trust" and Confidence, cit., p. 253.

⁹ Così M. LUPOI, *I "trust" nel diritto civile*, cit., pp. 195-199 ss., più recentemente G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e "trust", quindici anni dopo*, cit., pp. 1555-1556; e vedi già G.P. CHIRONI, *Istituzione di erede fiduciario. Validità*, in *Questioni di diritto civile*, Torino, Bocca, 1890, pp. 395-397. Beninteso, la disposizione non deve violare l'art. 549 c.c., né configurare una sostituzione vietata ai sensi dell'art. 692 c.c. Si deve però evitare di concludere che sia vietata la disposizione fiduciaria segreta o semi-segreta (un cenno in tal senso in G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione*, cit., p. 1155, perché la norma dell'art. 627 c.c. consente lo spontaneo adempimento anche di queste fiducie, pertanto si può tutt'al più dire che il codice ha stabilito per esse un regime analogo a quello previsto per l'obbligazione naturale).

La disposizione fiduciaria contenuta in un testamento è utilizzabile, per esempio, a favore di persona colpita da interdizione, o affetta da vizio di mente. In tal caso, se il fiduciario deve compiere atti di amministrazione straordinaria, gli interessi patrimoniali dell'incapace che sia soggetto a interdizione o amministrazione di sostegno richiedono il vaglio del giudice tutelare (art. 420, 1° comma, 404 ss., 320, 4° comma, c.c.).

Compresa in chiave teleologica, la proprietà può – talvolta deve – soddisfare altrui bisogni, altrui necessità, anziché propri bisogni, proprie necessità.

Intendiamoci, non è necessariamente una pulsione altruistica quella che spinge taluno a gestire, come proprietario, un bene nell'interesse altrui. Non di rado, secondo il regime applicabile, l'incarico darà luogo ad una remunerazione, ed il gestore vedrà coperti i propri costi, se non intende operare in perdita (cfr., per l'analogia, gli artt. 1709 c.c., 1720 c.c.). Il servizio reso a beneficio di altri non è necessariamente privo di corrispettivo, come avveniva un tempo, quando determinati incarichi erano puramente onorifici, e come avviene tuttora, quando è nominato un tutore o un amministratore di sostegno, il quale di regola ha diritto ad un'equa indennità, ma non alla remunerazione (artt. 379, 411 c.c.)¹⁰.

Considerata sotto il profilo morfologico, sempre per stare sul terreno del chiarimento terminologico, la proprietà nell'interesse altrui è proprietà fiduciaria.

¹⁰ In proposito: Cass., 13 luglio 2020, n. 14846, in *Foro it.*, 2020, I, col. 2647. Corte cost., 29 novembre 2018, n. 218, in *Foro it.*, 2019, I, 383, n. POLISENO; *Giur. it.*, 2019, 1298 (m), con nota di J. LONG, ha ritenuto costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., la gratuità dell'incarico agli art. 11 e 21 l. 7 aprile 2017, n. 47, nella parte in cui, in materia di minori stranieri non accompagnati, ammettono la nomina di un rappresentante del minore tratto da un elenco di tutori volontari, senza che gli oneri della tutela possano essere posti a carico dello Stato, così escludendo il riconoscimento di un'equa indennità, a causa dell'inapplicabilità, di fatto, dell'art. 379, 2° co, c.c., per non avere tali minori beni o denaro a disposizione. Corte cost. 6 dicembre 1988, n. 1073, aveva statuito in senso analogo, ritenendo costituzionalmente legittima la gratuità dell'incarico prevista per il tutore (e quindi anche per l'amministratore di sostegno). La valutazione della pronuncia resa nel 2018 è critica da parte di ambedue le annotatrici della sentenza, per ragioni del tutto comprensibili. Vi è infatti da dubitare che questo regime sia pienamente compatibile con una tutela effettiva dei diritti dei minori non accompagnati.

L'aggettivo che accompagna il vocabolo richiama una delle radici del fenomeno. Quando si delega, si opera sulla scorta di fiducia, e se qualcuno opera nel nostro interesse, dovremo almeno nutrire una certa fiducia sulla corretta e fedele interpretazione di tale interesse, e sulla capacità di agire in modo corrispondente.

Il codice civile offre uno significativo spunto al riguardo, quando ammette che il mandatario possa discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione (art. 1711, 2° comma c.c.).

La norma in questione non è distante dalla soluzione accolta nel diritto inglese, per il caso in cui un *trustee* compia un atto non autorizzato, che però è vantaggioso per i beneficiari, è compiuto con intento onesto, e come – si dice – è giudizioso¹¹. In tal caso, la violazione “tecnica” compiuta dal *trustee* può essere scusata dalla Corte, secondo quanto dispone il *Trustee Act* 1925, s. 61, che consolida i precedenti in materia¹².

Nel nostro diritto si è fatta strada un'interpretazione antiletterale dell'art. 1711, 2° comma, c.c., secondo cui il mandatario è gravato da una vera e propria obbligazione di deviare dalle istruzioni ricevute, ovvero da quanto pattuito, quando la diligenza richiesta nell'adempimento del mandato orienta verso una simile scelta¹³. Mentre l'interpretazione letterale della norma tende ad alleviare la responsabilità del mandatario, la prefigurazione di un'obbligazione a suo carico è invece di altro segno¹⁴. In ogni caso, simili soluzioni

¹¹ Cfr. LINDLEY, M.R., in *Perrins v. Bellamy* (1889) 1 Ch. 797: «[...] the great use of a *trustee* is to commit judicious breaches of trust [...]».

¹² Il diritto sul punto è consolidato nel *Trustee Act* 1925 s. 61, su cui vedi ora: M. HALEY, *Section 61 of the Trustee Act 1925: A Judicious Breach of Trust*, in *Cambridge L.J.*, LXXVI, 2017, 537.

¹³ Cfr. Cass., 11 dicembre 1995, n. 12647, E.N.I. c. San Paolo, in *Giur. It.*, 1997, 1, 1 518, con nota di G. AVERSANO; *Foro it.*, 1996, I, 544, n. F. CASO; in *Corr. giur.*, 1996, 282, con nota di A. LUMINOSO; in *Danno e resp.*, 1996, 183, con nota di U. BRECCIA; in *Contratti*, 1996, 248, con nota di A. CALISSE.

¹⁴ Cass., 5 maggio 1998, n. 4486, in *GC*, 1999, I, 1147, con nota di A. PULINGHEDDU, corregge però il tiro rispetto al precedente del 1995, sostenendo che l'art. 1711, 2° co, c.c. preveda non già un obbligo bensì una facoltà del mandatario, salvo poi ritenere che il suo mancato esercizio, qualora le circostanze lo rendano ne-

sono sostenibili e razionali, in quanto vi è un'asimmetria informativa tra le parti, e si ammetta che una parte ha assunto l'obbligo di agire nell'interesse dell'altra; altrimenti non vi sarebbe modo di ritenere privo di rilievo, scusabile, il venir meno agli obblighi assunti da parte del mandatario.

Pertanto, quando parliamo di proprietà fiduciaria, di proprietà nell'interesse altrui, stiamo in realtà etichettando in modo diverso il medesimo fascio di rapporti, ovvero consideriamo aspetti diversi del medesimo fenomeno, per lo meno se la proprietà fiduciaria è eretta per la cura di interessi altrui¹⁵. Considerazioni diverse valgono – ovviamente – rispetto alle forme di proprietà fiduciaria erette a scopo di garanzia, ove il fiduciario è titolare di prerogative su determinati beni nel proprio interesse.

Lasciamo ora da parte le precisazioni terminologiche, che pure servono alla chiarezza delle idee, e veniamo alle due osservazioni con cui mi propongo di inquadrare meglio il tema in linea generale.

2. *Divisione del lavoro e morfologia della delega*

Tutte le economie moderne ricorrono ampiamente alla divisione del lavoro perché il mercato nasce da essa, e a sua volta la stimola. Frequentemente la divisione del lavoro richiede la delega di funzioni e di compiti; come tutti sappiamo, però, essa può avvenire secondo schemi assai diversi.

Il delegato può essere soggetto alle istruzioni e alle direttive del delegante, può essere obbligato a rendere conto a quest'ultimo, e può veder messo in discussione in ogni momento il proprio incarico. Il codice civile considera questa ipotesi nel regolare, tra

cessario, integri violazione dell'obbligo di diligenza previsto dall'art. 1710, 1° co., c.c.; Cass. 20 dicembre 2005, n. 28260, torna nuovamente a parlare di obbligo del mandatario di discostarsi dalle istruzioni ricevute, obbligo che però nella specie non sussiste, avendo la banca attuato la volontà del cliente, in assenza di circostanze sopravvenute. L'autore che ha sostenuto con maggior coerenza che di potere e non di obbligo si tratti è A. CANDIAN, *Il venerdì nero della lira: la posizione dei mandatarî alla prova dei fatti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 387.

¹⁵ Sulle forme di proprietà fiduciaria costituite a scopo di garanzia: A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 547 ss.

l'altro, la rappresentanza volontaria (art. 1387 ss.) e il mandato (art. 1703 ss.).

Nel quadro di questi istituti troviamo in forma larvata anche un cenno all'altra specie di delega di funzioni e di compiti. Infatti, talvolta il delegato non è revocabile dal delegante: l'esempio classico a questo proposito è il mandato *in rem propriam* (art. 1723 c.c.).

Tuttavia, a veder bene, qui troviamo nuovamente un soggetto che opera (anche) nel proprio interesse, anziché nell'interesse altrui. Se non vi è un interesse proprio del gestore, non si attinge a questo particolare regime.

In realtà, sappiamo cosa bisogna fare quando si vuol di operare tramite un gestore che sia maggiormente indipendente, cui si possa quindi assegnare una missione che sarà perseguita autonomamente, senza prendere ordini da altri¹⁶.

Si tratta di attivare quei meccanismi giuridici che conducono alla costituzione di enti. L'ente è autonomo, e autonomamente provvederà; il regime dell'autonomia patrimoniale dell'ente è modellato a tal fine. Non a caso gli studi di analisi economica del diritto presentano le varie forme societarie come altrettante forme di *asset partitioning*, vale a dire come tecniche di ripartizione dei diritti sui beni a vantaggio di determinati soggetti¹⁷. Tramite la soggettivazione, si ottiene di sottoporre i beni all'uno o all'altro regime, e quindi si distribuiranno prerogative e diritti sui beni secondo certi schemi. La medesima scelta si può altrimenti realizzare – per l'appunto – tramite la costituzione di un *trust*¹⁸. L'atto istitutivo di *trust* assegna determinati beni ad un gestore indipendente, secondo un particolare

¹⁶ Almeno sul piano formale, poiché la volontà imputabile all'ente è in realtà sempre determinata da persone fisiche.

¹⁷ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The essential role of organizational law*, in *The Yale law journal*, 110 (3), 2000, pp. 387-440; A. GALLARATI, *Il "trust" come organizzazione complessa*, Milano, Giuffrè, 2010; G. ROSAS ELGUETAS, *Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 12, 2010, p. 517.

¹⁸ Si noti che se il gestore *non è indipendente*, il rapporto di *trust* può coesistere con quello di *agency*: sia consentito il rinvio a M. GRAZIADEI, *Agency e trust*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 455 ss. È inevitabile richiamare a questo proposito la prassi italiana in materia di fiducia: la maggior parte delle fattispecie è riconducibile all'ipotesi di incarichi attribuiti dal

regime patrimoniale, cui ci si riferisce con il sintagma “segregazione patrimoniale”. Ricordiamo gli studi dedicati alla storia del diritto societario inglese, che documentano come, a seguito del *Bubble Act* 1720, con cui Parlamento inglese riservava a sé la costituzione di società per azioni, gli inglesi si avvalsero del *trust* per conseguire l'autonomia patrimoniale necessaria per sviluppare imprese collettive su larga scala¹⁹. Tuttora il diritto inglese e gli altri ordinamenti di common law fanno uso di simili forme, per la gestione di investimenti collettivi sui mercati finanziari, o sul mercato immobiliare, come avviene con gli *Unit trusts* e i *Real estate investment trusts*.

Non possiamo fare a meno di delegare: l'imprenditore che pretendesse di essere anche il proprio fiscalista, o il proprio avvocato, perderebbe ben presto la testa (e l'impresa).

Avendo ricordato che la delega di funzioni e la ripartizione di compiti si svolge secondo schemi assai vari, i quali pongono però problemi simili sul piano funzionale, si può giungere ad affrontarli unitariamente come hanno per tempo notato gli studiosi dediti ad approfondire la relazione di *agency*²⁰. Il codice civile nel 1942 non ha però coperto ogni angolo del discorso, ed in particolare, ha evitato di chiarire come si possano ripartire compiti e funzioni relativi ai

fiduciante al fiduciario, secondo schemi che richiamano nella sostanza, se non nella forma, il mandato senza rappresentanza.

¹⁹ Per un classico che rimane tuttora attuale: F.W. MAITLAND, *Moral Personality and Legal Personality*, in H.A.L. FISHER (a cura di), *The Collected Papers*, III, Cambridge, 1911, p. 305; nella letteratura italiana: A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «company» inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, pp. 663 ss.; si veda ora: A. TELEVANTOS, *Capitalism Before Corporations: The morality of business associations and the roots of commercial equity and law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

²⁰ Per una sintesi autorevole: J. STIGLITZ, *Principal and agent*, in J. NEWMAN (a cura di), *The new Palgrave: A dictionary of economics*, London, Palgrave, 1992; V. DE LORENZI, *Il mandato alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Contratto e Impresa*, 1993, pp. 965 ss.; C. MARCHETTI, *La nexus of contracts theory: teorie e visioni del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2000; F. SARTORI, *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 607; V. DE LORENZI, *La rappresentanza. Artt. 1387-1400*, in *Codice civile. Il commentario*, Milano, Giuffrè, 2021; per appunti critici circa l'impatto di questa teoria sull'evoluzione del diritto societario: F. DENOZZA, A. STABILINI, *Principals vs Principals: The Twilight of the “Agency Theory”*, in *The Italian Law Journal*, II, 2017; F. DENOZZA, *Il conflitto di interessi tra soci ed altri stakeholders*, in R. SACCHI (a cura di), *Conflitto di interessi e interessi in conflitto*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 457 ss.

beni, al di là degli schemi noti offerti dalla tradizione in materia di diritti reali, in difetto della costituzione di un ente, nel caso in cui si voglia comunque assegnare a determinati beni un gestore indipendente.

3. *I beni come investimenti, e la loro gestione*

Una seconda osservazione di carattere generale, collegata alla prima, riguarda ulteriormente il contesto in cui si colloca la proprietà fiduciaria.

Consideriamo un'ipotesi non troppo peregrina. Supponiamo che taluno abbia notevoli mezzi, e quindi sia proprietario di una villa alle porte di Milano dove vive, di un bell'alloggio a Roma dove si reca per lavoro, di una villa al mare in Sardegna, di uno chalet in montagna, e di alcuni di appartamenti all'estero, a Londra, New York, Parigi.

Una cosa è certa: il numero di immobili di cui si può essere proprietari, per passarvi qualche tempo, non può essere di molto superiore. Ulteriori eventuali acquisti immobiliari saranno dunque fatti unicamente a scopo di investimento.

Tra i beni intesi come oggetti con cui soddisfare direttamente alcuni bisogni, e i beni che sono considerati in primo luogo come investimenti, vi sono alcune differenze di peso.

Se un determinato bene ricade in quest'ultima categoria, interessa anzitutto sapere quale sia il rapporto tra rischio e rendimento, quale sia la volatilità dell'investimento, quanto è liquido il mercato di riferimento, e così via. Se invece il bene è apprezzato come cosa in sé verranno in primo piano altre caratteristiche, destinate a soddisfare immediatamente alcuni bisogni²¹.

Beninteso, anche a questo proposito il codice civile manifesta – per usare un eufemismo – un certo riserbo. Le norme generali del libro terzo dedicate ai beni da parte del legislatore del 1942 ignora-

²¹ Per questa prospettiva, B. RUDDEN, *Things as Thing and Things as Wealth*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 14(1), 1994, pp. 81 ss.; volendo: M. GRAZIADEI, B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, pp. 452 ss.

no simili distinzioni. Le accidentate norme accolte in questa materia nel codice civile guardano al passato più che al futuro²², la ricchezza finanziaria, per il legislatore del 1942, non merita in quella sede nemmeno un cenno o rinvio.

Pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice civile, la Costituzione repubblicana introduce un nuovo discorso in materia di beni, aprendosi a una prospettiva schiettamente funzionale. La Costituzione inaugura una tassonomia dei beni declinata in chiave funzionale: la casa di abitazione, il risparmio, le pensioni, i mezzi di produzione, e via discorrendo. Ogni bene patrimoniale nella Costituzione è concepito e regolato da una prospettiva teleologica, coltivata con coerenza e intensità molto maggiore di quella che si ritrova all'opera nel codice civile, il quale è sì ormai lontano dal modello francese per diversi aspetti, ma appare al tempo stesso dominato da un'ansia produttivistica piuttosto ingenua, propria di un regime che proclamava di essere autarchico.

Nella Costituzione democratica si esprime così il riconoscimento di un inedito tasso di pluralismo, sconosciuto al codice civile, perché i beni nella nostra costituzione sono considerati in prospettiva personalistica, oltre che in chiave meramente economica, al di là del noto riferimento alla funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), che ha fatto versare i proverbiali fiumi di inchiostro²³.

Se riprendiamo il tema della ricchezza finanziaria a livello di legislazione ordinaria, la materia è regolata fuori dal codice civile, nel quadro del diritto del mercato finanziario, cui è dedicato il Testo Unico della Finanza (decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, con successivi emendamenti). Il diritto italiano in questa materia si

²² Per rilievi puntuali circa le categorie e i concetti accolti dal codice in materia di beni: A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012; sull'evoluzione della ricchezza finanziaria come "ricchezza assente", vedi il contributo essenziale di: M. COSSU, P. SPADA, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente – Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 401.

²³ Per la ricaduta dei precetti costituzionali nella materia che è in discussione qui: A. GAMBARO, *La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Milano, 2017, pp. 158 ss.; nonché L.E. PERRIELLO, *Unitarietà causale, proprietà conformata e tutela reale: verso una lettura rafforzata della fiducia*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 421 ss. e pp. 437 ss.

sviluppa nel quadro del diritto dell'Unione Europea, com'è noto. Il Testo Unico della Finanza regola i prodotti finanziari, gli strumenti finanziari, i valori mobiliari, etc., nonché disciplina gli intermediari ed i diritti dei clienti. In quella sede troviamo anche la distinzione tra strumenti finanziari e mezzi di pagamento, e per implicito, il riferimento a beni che non vengono in considerazione come strumenti di investimento.

Nel trattare della proprietà fiduciaria, il tema già delineato si profila nuovamente all'orizzonte: i beni oggetto del rapporto sono principalmente considerati come investimenti, oppure vengono apprezzati soprattutto per le loro caratteristiche intrinseche, e sono quindi destinati ad essere essenzialmente goduti in natura? L'interrogativo ha più di un risvolto operativo. I beni pensati come investimenti sono considerati in larga misura come fungibili tra loro, e devono essere sempre alienabili, mentre i beni che vengono apprezzati da altri punti di vista, per soddisfare immediatamente i bisogni della persona sono fruiti in specie.

Il codice civile nel suo impianto originario non ha affatto sviluppato il tema, lasciandolo in un lamentevole stato rudimentale²⁴. Il potere di alienare il bene che è oggetto di proprietà fiduciaria, qualora non sia destinato alla soddisfazione immediata di determinati bisogni, deve accompagnarsi a congegni che assicurino la surrogazione reale: il rapporto già inerente al bene alienato si deve trasferire sul bene che ne rappresenta il surrogato²⁵. Meccanismi di questo genere sono praticamente indispensabili, affinché un determinato

²⁴ Curiosamente il tema viene abordato nel trattare della morte presunta. L'art. 66 del codice civile recita: «La persona di cui è stata dichiarata la morte presunta, se ritorna o ne è provata l'esistenza, ha diritto di conseguire il prezzo dei beni che siano stati alienati, quando esso sia tuttora dovuto, o i beni nei quali il prezzo sia stato investito». Il soggetto a cui erano pervenuti i beni della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta viene trattato alla stregua di un gestore del patrimonio del redivivo. Uno spunto potrebbe trarsi anche (dopo il 1975) dall'(attuale) art. 184, comma 4, ultimo passaggio, c.c.

²⁵ Per una più ampia prospettiva: V. BRIZZOLARI, *La surrogazione reale*, Torino, Giappichelli, 2019; G. PETRELLI, *La surrogazione reale nei vincoli di destinazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, pp. 159 ss. (con abbondanti richiami alla lettera tura italiana e straniera); P. SIRENA, V. BRIZZOLARI, *Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebitato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 209 ss.

valore sia conservato ed eventualmente incrementato nel tempo, fino all'attribuzione ad un beneficiario finale. Il valore investito, rappresentato solo temporaneamente dai beni inizialmente affidati al fiduciario, può così in seguito assumere altre forme, può prendere la "veste" di altri beni.

4. *Una falsa partenza*

Veniamo ora a trattare più direttamente della proprietà fiduciaria. Non è sorprendente notare che i nostri interpreti, dovendosi misurare nella prima metà del ventesimo secolo con un quadro che presentava tante lacune, tanti silenzi, e anche un disegno legislativo d'insieme certamente non aperto alle idee che sarebbero venute dopo, abbiano avuto difficoltà a proporre una compiuta e convincente ricostruzione del tema: proprietà fiduciaria. Il primo approccio al tema è stato infatti una vera e propria falsa partenza. Vale la pena di ricordare come si è proceduto in proposito.

In buona sostanza si è domandato se il numero chiuso dei diritti reali potesse essere derogato attraverso atti di autonomia, per dare vita a una nuova figura di proprietà. Formulata in questi termini la domanda doveva per forza di cose ricevere una risposta negativa. In primo luogo, per la natura circolare del discorso, come ha notato giustamente Antonio Gambaro²⁶. Se un determinato sistema giuridico accoglie il principio del numero chiuso dei diritti reali, è poi inevitabile concludere che il medesimo sistema limiti fortemente l'autonomia privata in quest'ambito. Quello è che è stato lasciato fuori dalla porta, non può rientrare dalla finestra.

Il risultato dell'indagine è così scontato fin dall'inizio; ancor prima si può dubitare che il rapporto debba trovare riconoscimento basandosi sulla "fiducia"²⁷. In effetti, tutti gli autori attivi nella prima parte del millenovecento, tra cui spiccano i nomi di Cesare Grassetti e Salvatore Pugliatti, concludono per la seguente proposizione: sì al

²⁶ A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 408.

²⁷ N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964; Vedi però anche: N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, pp. 67 ss.

negozio fiduciario, no alla proprietà fiduciaria, poiché il vincolo assunto dal fiduciario ha carattere obbligatorio²⁸.

Porre il tema in questi termini è però discutibile, anche per una diversa ragione. L'autonomia privata di cui si parla nelle pagine degli autori che scrivono nella prima metà del ventesimo secolo ha un'aria – e lo dico senza voler essere irriverente – scolastica. L'interrogativo riguardante l'ammissibilità della proprietà fiduciaria è formulato in termini assolutamente generali: la questione sembra venir prima di qualunque problema, o necessità, anche quando la discussione tra gli autori verte sulla casistica²⁹. Sappiamo invece oggi che la contrarietà alla proprietà fiduciaria è visibilmente erosa, e che stessa questione generale relativa al numero chiuso dei diritti reali si pone in modo diverso rispetto al passato³⁰.

²⁸ C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 945; Id., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548. S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1948, I, ora in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 201. Su questi itinerari si veda ora il lucido contributo di M.P. GERI, “*Un gioco a carte scoperte*”? *appunti sulla “introduzione” del “negozio fiduciario” nella civilistica italiana*, in A. PETRUCCI (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 143 ss. Per il bilancio critico dei vari approcci classici al tema: v. R. SACCO, S. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, UTET, 2016, pp. 814 ss., spec. p. 818, e ivi il rilievo, secondo cui: «Il tema merita di essere approfondito proprio dal punto di vista della speciale proprietà del fiduciario». Due raccolte di saggi consentono al lettore di avere un quadro aggiornato allo stato dell'arte: E. GINEVRA (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 2012; M. L. BICCARI (a cura di), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico*, in *Studi Urbinati*, LXVI, 2015.

²⁹ Cfr., ad esempio, C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit. Un accurato spoglio della giurisprudenza italiana di Cassazione in materia di “negozio fiduciario” è stato compiuto da M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014. Nel volume si analizzano poco più di 100 sentenze di cassazione intervenute tra il 1937 e il 2013, per concludere che le fattispecie vagliate dalla giurisprudenza hanno poco in comune con le discussioni dottrinali dedicate al negozio fiduciario. Non a caso il medesimo autore può affermare senza tema di smentita: «La configurazione dottrinale classica del negozio fiduciario non trova quasi attestazioni nella vita dell'ordinamento giuridico» (così M. LUPOI, *Trusts e attività fiduciarie*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 128).

³⁰ U. M. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in U.M. MORELLO, A. GAMBARO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 67 ss.; F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*,

In attesa di organiche novità legislative, una parte della dottrina ha per tempo favorito il lavoro della pratica e della giurisprudenza. La disciplina del mandato senza rappresentanza (artt. 1703, 1705-1707 c.c.) ha offerto spunti interessanti ed utili³¹. Essi sono stati valorizzati anche in relazione alla distinzione tra proprietà e legittimazione, radicata in materia di titoli di credito e di titoli di partecipazione³². Il tema non si svolge in astratto; si svolge in concreto, sul terreno dei bisogni e delle modalità operative, senza rinunciare alla ricerca di modelli fruibili, in cui tali bisogni possono essere inquadrati, e tali modalità operative possono essere declinate.

L'art. 2645-ter c.c., introdotto nel diritto italiano nel 2005 ha sollecitato la riflessione sul punto, quando ha parlato, con formula

Napoli, Jovene, 2015; E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1080.

³¹ P. G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1968; M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, pp. 1 ss.; A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, ESI, 1999; per un diverso approccio, di carattere decostruttivo: L. SALAMONE, *La c.d. proprietà del mandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 77 ss.; M. SEMERARO, *Acquisti e proprietà nell'interesse del mandante*, Napoli, ESI, 2011. In effetti, il riferimento al mandato è ben presente nella giurisprudenza, in relazione a fattispecie fiduciarie. Vedi da ultimo: Cass. Sez. Un., in *Foro it.*, 2020, I, p. 1936, con note di A. PALMIERI, N. LIPARI; in *Corriere Giur.*, 2020, p. 589, con nota di A. GENTILI; in *Contratti*, 2020, p. 257, con nota di U. CARNEVALI; in *Immobili & Proprietà*, 2020, p. 257, con nota di M. MONEGAT; in *Riv. not.*, 2020, p. 282, con nota di U. MORELLO; in *T&AF*, 2020, p. 553; in *Nuova giur. civ.*, 2020, 859, con nota di U. NATOLI; in *Riv. giur. edilizia*, 2020, I, 235, con nota di G. CHIESI; in *Giur. it.*, 2020, p. 2622, con nota di N. PALAZZO, R. ORESTANO; in *Banca, borsa Ecc.*, 2020, II, 491, con nota di F.A. BONFANTI; in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 1555 (m), con nota di G. SCHIAVON; con nota di A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 957-969. Si noti che è anche possibile argomentare dalle soluzioni accolte in materia di *trust* per trattare della disciplina applicabile al mandato: la Corte di Cassazione con le sentenze nn. 11401 e 11402 del 30 aprile 2019 ha stabilito che, in caso di trasferimento dell'immobile dal mandante al mandatario, non si applica l'imposta di donazione, ma l'imposta di registro in misura fissa, come avviene nel caso in cui vi sia il trasferimento a titolo gratuito dal *settlor* al *trustee*.

³² Essi sono valorizzati dapprima soprattutto dall'opera di P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit.; ID., *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 181 ss.; volendo: M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, cit., pp. 1 ss.; sull'itinerario successivo della dottrina, *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991; E. GINEVRA, *La partecipazione fiduciaria in spa*, Torino, Giappichelli, 2012.

che ha affaticato non poco gli interpreti, di “meritevolezza degli interessi”, da perseguire tramite l’atto di destinazione. Pur in presenza della tendenza ad abbandonare il principio dell’unità del patrimonio, la formula stabilisce che il mero intento di sottrarre alla garanzia generica dei creditori una parte del patrimonio non vale tuttora a derogare all’art. 2740 c.c. Avulso da ogni contesto o ulteriore considerazione, questo intento non offre adeguata giustificazione di se stesso³³.

D’altra parte, non diversa è stata l’esperienza inglese in materia di *trusts*: non si è trattato di un “istituto” nato già adulto e tutto armato dalla testa di Minerva (dalla volontà del *settlor*), ma dell’emergere di un insieme di problemi e di regole in materia di riconoscimento e di regolazione del rapporto, messe a punto dopo un lungo, talvolta travagliato, plurisecolare percorso, avviato già in epoca medievale. Nel corso del tempo le Corti inglesi hanno alacramente lavorato per individuare le ragioni che sostenevano le rispettive posizioni dei *trustee* e dei beneficiari, dei loro creditori e aventi causa. Si sono inoltre scandagliate anche le ragioni che potevano sostenere le destinazioni di beni ad uno scopo, come avviene nei *charitable trusts*. Questo lungo processo ha talvolta conosciuto difficoltà, e ha anche richiesto interventi riformatori da parte del ramo legislativo nel corso degli ultimi due secoli. Nel corso di un lungo arco di tempo, l’evoluzione del diritto giurisprudenziale ha comunque condotto ad acquisire risultati di valore non effimero e si è così stabilito un nucleo di soluzioni idonee a sostenere la funzionalità dei rapporti fiduciari. Il loro sviluppo non è inestricabilmente legato alla storia della giurisdizione di *equity* e alle sue peculiarità³⁴, ma risponde a

³³ Per l’evoluzione del diritto italiano in proposito: A. PINELLI MORACE, *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 G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2017; P. BOERO, *La trascrizione immobiliare. I trasferimenti e i vincoli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 567 ss.

³⁴ T. HONORÉ, *Trusts: The Inessentials*, in J. GETZLER (a cura di), *Rationalizing Property, Equity and Trusts*, Oxford-London, Oxford University Press, 2003, pp. 10 ss.; vedi B. RUDDEN, *Equity as Alibi*, in S. GOLDSTEIN, *Equity and Contemporary Legal Developments*, Jerusalem, 1992, p. 107; più recentemente: D. CLARRY, *Fiduciary ownership and trusts in a comparative perspective*, in *International and*

logiche non puramente locali, come accade di apprendere quando si riflette sul significato della specializzazione delle funzioni gestorie, e della stessa responsabilità patrimoniale: tema che riguarda diversi settori del diritto delle persone e del diritto patrimoniale, con sfaccettature legate ad aspetti sempre nuovi della pratica³⁵.

5. *Il potere di alienare come presidio del valore capitale del bene, l'opponibilità del rapporto ai creditori (e la surrogazione reale)*

Considerata da questa angolazione, l'esperienza inglese insegna qualcosa di importante, da non perdere di vista: incidere sul potere di alienare il bene, cioè sul potere di realizzarne il valore capitale, ha sempre un costo. Infatti, il valore capitale del bene viene distrutto da vincoli troppo penetranti, mentre l'opponibilità del rapporto ai creditori non privilegiati del titolare fiduciario è una linea direttrice percorribile senza mettere a repentaglio la medesima regola cardinale di politica del diritto³⁶. Il diritto inglese limita così i vincoli del primo tipo, o almeno tende a limitarli fortemente (e anche quando li ammette, non concepisce il *trust* come vincolo imposto sul bene oggetto del rapporto!), ben più di quanto non si immagini da parte di giuristi provenienti dall'area di *civil law*. Viceversa, il diritto inglese ammette in linea generale che il patrimonio affidato non sia aggredibile dai creditori personali del *trustee*.

Su questa via si è peraltro incamminato di buon passo anche il nostro legislatore³⁷, quando ha introdotto la disciplina delle società

Comparative Law Quarterly, 2014, LXIV, 4, pp. 901 ss. Nella nostra letteratura, in modo puntuale: A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'"equity"*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, pp. 161 ss.

³⁵ Cfr., ad esempio, M. CENINI (a cura di), *Trust, patrimoni artistici e collezioni - Trusts, artistic estates and collections*, Milano, Ipsoa, 2019.

³⁶ Essa peraltro apre il diverso, ma sempre delicato problema di come tutelare i creditori involontari del disponente. Su quest'ultimo punto vedi *infra*.

³⁷ P. MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contratto e impr.*, 2001, 3, pp. 1390 ss.; A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, 3, pp. 1257 ss.; G. TUCCI, *Fiducie trust e atti di destinazione ex art. 2645ter c.c.*, in *Studi in onori di N. Lipari*, Milano, Giuffrè, 2008, II, p. 2959. Sull'attuale portata del c.d. principio dell'unità del

fiduciarie, e poi dall'ultimo quarto del ventesimo secolo con le norme sulle gestioni di portafoglio, i fondi comuni di investimento. Si sono quindi avute le norme in materia di cartolarizzazione, secondo cui: «i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato [...] da quello della società veicolo e da quello relativo alle altre operazioni»³⁸. Così si è inoltre disposto per i patrimoni destinati ad uno specifico affare in relazione al diritto societario (2447-bis c.c.)³⁹, ora ammessi anche in relazione agli enti del terzo settore (d.l. 117/2017, art. 10) ed anche, nella sostanza, con la più risalente disciplina dedicata ai fondi pensione, e ai fondi destinati alla previdenza dei lavoratori. La legge n. 3 del 2012, sul sovraindebitamento, prevede un piano di liquidazione dei beni dei soggetti in difficoltà. Il piano – recita l'art. 7 di quel testo normativo – : «può anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori». I beni affidati al fiduciario sono aggredibili dai suoi creditori? La norma ora citata non lo dice espressamente, e invero non ha bisogno di dirlo: è un'implicazione necessaria del regime così predisposto. La legislazione dedicata al rilancio economico del Paese dopo l'emergenza sanitaria causata dall'epidemia da Covid-19, contiene a sua volta norme che si collocano in quest'ordine di idee. Così l'art. 27 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34⁴⁰, Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, abilita Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. ad istituire un patrimonio destinato, denominato “patrimonio rilancio”, le cui risor-

patrimonio: G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, UTET, 2011.

³⁸ Legge 30 aprile 1999, n. 130, art. 3, comma 2. L'art. 1 della stessa legge dispone che: «le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti siano destinate in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione».

³⁹ A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 4, p. 545; P. MANES, F. PASQUARIELLO, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e dei codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2013.

⁴⁰ Convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

se sono impiegate per il sostegno e il rilancio del sistema economico produttivo italiano⁴¹.

Si dirà che in tutti questi casi è intervenuto il legislatore, che ha così disposto, perché ha così voluto. Tuttavia, il legislatore ha disposto così, perché le soluzioni ora sommariamente ricordate non sono né arbitrarie, né capricciose, e corrispondono a schemi ben collaudati, noti in numerosi Paesi.

D'altra parte, già la disciplina del mandato senza rappresentanza negli art. 1705-1707 offriva indicazioni in questo senso, ed è sorprendente che, per alcuni interpreti del codice civile, tali norme fossero da ritenere anomale ed eccezionali, quando invece esse affondano le proprie radici nel diritto comune, come molte regole in materia di proprietà fiduciaria⁴².

In tutte queste ipotesi il legislatore ha infatti avallato soluzioni comprensibili, condivisibili e condivise, perché colui che affida beni ad un gestore non intende arricchirlo, e tanto meno arricchire i suoi creditori, nemmeno qualora abbia voluto munirlo del titolo di proprietà. Il legislatore non ha inventato nulla quando è intervenuto; la legge si è limitata a replicare schemi che nascevano e si delineavano sul terreno della prassi degli affari; recependoli vi ha apposto, se si passa l'espressione, il proprio sigillo, senza che nessuno facesse un salto sulla sedia.

Tra le acquisizioni recenti, frutto di questa attività legislativa, diretta a rendere opponibile ai creditori l'alienità dell'interesse da salvaguardare, vi è l'art. 2645-ter c.c., introdotto nel diritto italiano nel 2005, per provvedere sulla trascrizione degli atti di destinazione⁴³. La norma che ora si legge nel codice civile era in origine legata

⁴¹ La disciplina è completata dal decreto n. 26 del 3 febbraio 2021 del Ministro dell'Economia e delle Finanze di approvazione del regolamento attuativo, in vigore dal 25 marzo 2021.

⁴² Per una ricostruzione di queste regole in linea con il principio consensualistico, vedi R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1384.

⁴³ Per un bilancio, che è anche una proposta di rilancio, G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. not.*, 2020, p. 1091. Offrono un commento approfondito e aggiornato: A. PINELLI MORACE, *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 2017; P. BOERO, *La trascrizione immobiliare. I trasferimenti e i vincoli*, cit.

ad una proposta legislativa ben più ambiziosa e articolata⁴⁴. L'originaria proposta ha patito il modo in cui ormai troppo spesso si legifera, e il risultato è quindi parziale, sotto diversi aspetti. È quindi dibattuto, ad esempio, se il regime così introdotto (ammetta o meno) la valida costituzione del vincolo per testamento⁴⁵. Una lettura benevola dell'art. 2645-ter suggerisce di superarne i limiti, riconoscendo che essa si pone in linea di continuità con soluzioni e tendenze già presenti nel diritto italiano. Secondo tale orientamento, l'atto di destinazione di cui all'art. 2645-ter sarebbe in realtà categoria ampia, idonea a comprendere il *trust* c.d. interno, inteso come negozio atipico di diritto italiano, che risulterebbe essere un'evoluzione del negozio fiduciario⁴⁶.

Per stare all'essenziale, si possono formulare due principali rilievi, relativi alla disciplina positiva introdotta con l'art. 2645-ter.

La norma così introdotta non delinea in termini aperti e chiari in quale misura il beneficiario del vincolo sia anche il destinatario di una attività di gestione, né quale sia l'eventuale statuto di tale attività⁴⁷. Il riferimento all'"impiego" dei beni conferiti e dei

⁴⁴ *Destinazione di beni allo scopo: strumenti attuali e tecniche innovative: atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio nazionale del notariato, Roma, Palazzo Santacroce, Piazza B. Cairoli, 3-19 giugno 2003*, Milano, Giuffrè, 2003; M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3 ss.

⁴⁵ L. GATT, *La destinazione patrimoniale di fonte negoziale tra restrizioni interpretative e limitazioni legislative*, in *Foro it.*, 2016, V, pp. 338 ss., la tesi più liberale è sostenuta da: A. PINELLI MORACE, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità*, cit.; esprime l'opinione contraria: P. BOERO, *La trascrizione immobiliare*, cit.

⁴⁶ Questo orientamento è espresso, ad esempio, da L. GATT, *Dal "trust" al trust. Storia di una chimera*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; ID., *La destinazione patrimoniale di fonte negoziale*, cit.; G. PETRELLI, *Destinazioni patrimoniali e trust*, Milano, Giuffrè, 2017 (con notevole approfondimento dei diritti stranieri, l'autore reputa che l'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. sia un *trust* riconoscibile ai sensi della Convenzione), e vedi già: M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, Giappichelli, 2002; G. PALERMO, *Il trust e i negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 71 ss.; ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, pp. 133 ss.

⁴⁷ Non è raro il richiamo al mandato, vedi tra gli altri F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 176; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 1101 ss.

frutti sembra implicare l'eventualità di una gestione; per certo, se la disabilità del beneficiario del vincolo è di natura psichica, potrà essere all'opera l'amministratore di sostegno, il tutore e/o del *trustee*, tenuto a curare gli interessi della persona. In effetti, la disciplina contenuta nell'art. 2645-ter non è incompatibile con l'istituzione di un *trust* che verta sul medesimo bene su cui insiste il vincolo creato ex art. 2645-ter c.c. Si tratta infatti di norma sulla trascrizione di un atto di destinazione, la cui struttura non è incompatibile con un *trust* istituito tramite la scelta di una legge straniera, secondo l'art. 6 della Convenzione dell'Aja del 1985⁴⁸. Tuttavia, è vero che l'art. 2645-ter sostanzialmente non affronta il tema dell'attività di gestione connessa alla destinazione, salvo che per singoli punti, e quindi i relativi dubbi devono essere sciolti in via di interpretazione⁴⁹.

L'art. 2645-ter inoltre tace sull'eventuale alienazione del bene, né chiarisce come possa operare quel meccanismo sostitutivo o di surrogazione che nel *trust* conduce a concepire il *trust fund* come il vero oggetto del rapporto istituito dal disponente, al di là del riferimento al singolo bene nella disponibilità del *trustee*. "Vincolo" non è comunque la categoria più trasparente di cui disponiamo nel trattare dei beni, ma qui, beninteso, non si fa questione di terminologia⁵⁰. Molti dei problemi aperti in proposito si potrebbero sciogliere se, ad esempio, venisse accolto in questa materia l'approccio seguito nel determinare l'oggetto del pegno non possessorio, ora disciplinato dal decreto legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito in legge dalla legge 30 giugno 2016, n. 119⁵¹. La nuova disciplina allarga l'oggetto della garanzia al prodotto dell'alienazione della cosa pignorata, e al bene in cui tale prodotto sia stato investito. Emerge così chiaramente

⁴⁸ Cfr. M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, pp. 467 ss.

⁴⁹ Si rinvia alla letteratura citata sopra.

⁵⁰ A. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Digesto*, in *Disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1990, pp. 321 ss.; Id., "Affectation", "destination" e vincoli di destinazione, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 453.

⁵¹ Decreto-legge 3 maggio 2016, n. 59 (in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 102 del 3 maggio 2016*), la legge di conversione è la legge 30 giugno 2016, n. 119, recante: "Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione".

te l'idea di un aggregato variabile e fluttuante nel tempo come oggetto di un diritto reale, mentre è fatto salvo in altra forma il principio di individuazione che è caratteristico della materia. La medesima idea è ripresa in disposizioni recenti, come quelle dedicate al pegno soggetto a patto di rotatività di prodotti agricoli e alimentari a denominazione d'origine protetta, o a indicazione geografica protetta, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose⁵². Questo svolgimento del tema ci riconduce all'opponibilità del rapporto ai creditori, e alla possibilità di salvaguardarla come regola generale, pur in presenza di beni destinati a variare nel corso del tempo. Per quanto riguarda la ricchezza finanziaria, merita di essere ricordato a questo proposito l'art. 38, comma 1, ultima linea, del Regolamento sui servizi di gestione accentrata, di liquidazione, dei sistemi di garanzia e delle relative società di gestione, adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob il 22 febbraio 2008, in attuazione dell'art. 83-octies del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), in forza del quale «[p]er gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari».

Certo, se il vincolo destinazione mira a far godere in specie il bene ad uno o più soggetti determinati, può apparire di primo acchito che il tema della surrogazione non abbia particolare urgenza. Anche costoro potrebbero però aver bisogno di accedere al valore capitale dell'immobile, se, ad esempio, l'aggravarsi delle condizioni di salute imponesse il ricovero in struttura assistenziale. L'interprete è dunque nuovamente sollecitato ad andare oltre l'espresso disposto di legge, e a supplire all'opera del patrio legislatore⁵³.

In realtà, la storia della proprietà fiduciaria si fa davvero interessante solo dal momento in cui il fiduciario ha il potere di alienare il

⁵² Il riferimento è all'art. 78 della legge 24 aprile 2020, n. 27, che converte il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia), introducendo una nuova forma di pegno non possessorio nell'ambito delle misure in favore del settore agricolo e della pesca, attuato con decreto MPAAF 23 luglio 2020 (in G.U. n. 215 del 29 agosto 2020). Per il commento: A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio del d.l. "Cura Italia": una nuova garanzia occulta?*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, pp. 826 ss.

⁵³ Si richiama la letteratura citata sopra.

bene che gli è affidato. Pertanto, i primi autori che si sono occupati dell'argomento hanno avuto una visione davvero troppo angusta del tema quando hanno considerato l'alienazione del bene da parte del fiduciante unicamente come espressione della potestà di abuso che avrebbe caratterizzato la fiducia, anziché come manifestazione dei poteri dispositivi che competono – direi fisiologicamente – al fiduciario, per realizzare gli obiettivi stabiliti dal fiduciante. Poteri dispositivi che dunque potranno essere utilizzati per salvaguardare il valore affidato al fiduciario, o per impiegarlo utilmente, secondo il programma annunciato.

Da questo punto di vista, costituisce un sicuro passo avanti l'approccio seguito dalla legge sammarinese 2010/43 sull'affidamento fiduciario, la quale concede senz'altro poteri dispositivi al fiduciario, pur ammettendo che essi possano essere modulati; la legge, inoltre, ne regola la conoscibilità, disponendo che il fiduciario rilasci copia delle parti del documento che regolano tali poteri dispositivi alle parti⁵⁴. In quella legge è invece emendabile la norma che sembrerebbe prevedere l'incondizionata facoltà di impugnare l'atto compiuto dal fiduciario in conflitto di interessi, anche quando per avventura – come pare – il contraente ignorava senza colpa l'esistenza del conflitto di interessi⁵⁵.

Per completare il discorso, bisogna dunque ricordare che lo sviluppo di articolate obbligazioni fiduciarie è indispensabile ai fini di governare rapporti di questo genere. In effetti, trattare i *trusts*, gli atti di destinazione, i contratti di affidamento fiduciario unicamente dall'angolazione del diritto dei beni, senza dar conto di quali obbligazioni fiduciarie sono destinate ad imprimere a questi rapporti la loro conformazione sarebbe offrire un rendiconto assai parziale del

⁵⁴ Legge 1° marzo 2010, n. 43, sull'istituto dell'affidamento fiduciario. La legge accoglie come diritto positivo sammarinese lo schema dottrinale delineato da M. LUPOI, *Istituzioni dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Padova, Cedam, 2008; ID., *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2010; ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, p. 513; ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit. Nel frattempo, la figura è stata pienamente accolta nella prassi italiana.

⁵⁵ Sul tema, anche in relazione a proposte de iure condendo: R. LENZI, *Il rilievo paradigmatico dell'art. 184 c.c. nella prospettiva dell'introduzione di una disciplina positiva del trust e dell'affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2020, pp. 571 ss.

diritto applicabile. Quando un determinato rapporto è destinato a proiettarsi nel tempo, per realizzare un programma complesso, la figura dell'obbligazione è centrale, e rendere conto della *law of trusts* è in larghissima misura render conto delle obbligazioni, talvolta davvero articolate, che gravano sui *trustees*. Qui non è possibile far altro che richiamare il dato, non senza notare, nuovamente, come il tema abbia un carattere trasversale, toccando ogni posizione di potere data nell'interesse altrui, tra cui quella che compete agli amministratori di società e ai gestori di patrimoni⁵⁶.

6. *Il riconoscimento del trust, e i bilanciamenti in corso*

Sullo sfondo di questo panorama, l'entrata in vigore nel 1992 della Convenzione dell'Aja del 1985 sul *trust* e sul suo riconoscimento ha dato vita nel nostro Paese ad una ricchissima esperienza in materia. Con la scelta della legge straniera ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, i *trusts* hanno iniziato a vivere di vita propria nella penisola, e si è così formata un'ampia prassi, accompagnata da un altrettanto ricca messe di contributi dottrinali che hanno dibattuto ogni tema legato all'applicazione della Convenzione⁵⁷.

Nel 2014 la Corte di Cassazione ha dato pienamente atto di questi sviluppi, attestati già dalla giurisprudenza di merito, ritenendo di escludere che un determinato *trust* possa essere riconosciuto in Ita-

⁵⁶ Si veda in relazione a quest'ultimo aspetto: E. GINEVRA, *Il problema della responsabilità fiduciaria degli intermediari finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 569; come dispositivo a protezione del cliente: F. IMBRIGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 30 ss. e pp. 71 ss.; in prospettiva storico comparativa sia consentito rinviare a: M. GRAZIADEI, *Virtue and Utility: Fiduciary Law in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, in A.S. GOLD, P.B. MILLER (a cura di), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 287 ss.

⁵⁷ Per il quadro complessivo, in sintesi, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV, Padova, Cedam, 2020, pp. 267 ss.; P. MANES, voce *Trust interni*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ., VIII aggiornamento*, Torino, UTET, 2013, pp. 769 ss. La raccolta della giurisprudenza relativa agli anni più recenti è curata da: A. SEMPRONI, *Il giudice italiano e il trust*, Milano, Giuffrè, 2019 (il volume pubblica circa 170 sentenze in materia di *trust* rese tra il 2014 e il 2019); M. LUPOI (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui trust*, Padova, Cedam, 2011.

lia solo in quanto assicurati: «un *quid pluris* rispetto [agli istituti] già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno»⁵⁸. La Cassazione si è espressa nuovamente in termini analoghi nel 2018, affermando che:

[...] la valutazione (astratta) della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore. La legge 16 ottobre 1989, n. 364 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a l'Aja il primo luglio 1985), infatti, riconoscendo piena validità alla citata convenzione dell'Aja, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto in oggetto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dal citato art. 1322 c.c.⁵⁹.

Non è esatto omologare il *trust* al contratto, ma la valutazione compiuta in questi termini è netta come scelta di campo, ed è avvalorata da fatto – abbastanza sorprendente – che nell'arco di quasi tre decenni l'orientamento favorevole a dare effetto ai *trust* interni è stato pressoché unanime in giurisprudenza⁶⁰.

In termini operativi, si può dire che il *trust* sia ormai acquisito allo strumentario del giurista italiano. Ad un primo sguardo, la scelta a favore di questo strumento in astratto deve molto alla possibi-

⁵⁸ Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, in *Foro it.*, 2015, I, 1328, con nota di A. PALMIERI; in *Riv. not.*, 2015, 1, p. 79; S. BARTOLI; in *Riv. dir. impresa*, 2014, 3, p. 541; in *Dir. fallim.*, 2015, II, p. 50; A. CERRI; in *Corriere giur.*, 2015, p. 192; U. LA PORTA; in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 529; L. VALENTE; in *Banca, borsa ecc.*, 2016, II, p. 251, e A. FELICETTI. La sentenza esclude che sia riconoscibile nell'ordinamento italiano il *trust* liquidatorio, caratterizzato dalla segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale onde provvedere in forme privatistiche alla sua liquidazione, ove tale *trust*, intervenuto quando già preesisteva lo stato di insolvenza che ha portato alla dichiarazione di fallimento dell'impresa, venga a sostituirsi alla procedura concorsuale.

⁵⁹ Cass., 19 aprile 2018, n. 9637, in *Foro it.*, 2018, I, p. 3136 con nota di A. PALMIERI; in *Giur. it.*, 2019, p. 1833 con nota di F. MUNARI; in *Trusts*, 2018, p. 504 con nota di M. LUPOI. Per accenti parzialmente diversi: Cass., 10 febbraio 2020, n. 3128, in *T&AF*, 2020, p. 417, con nota di I. VALAS; in *Società*, 2020, p. 1089, con nota di S. LOCONTE.

⁶⁰ Si veda su tutto ciò M. LUPOI, *I trust, i flussi giuridici e le fonti di produzione del diritto*, nota a Cass., 29 maggio 2018, n. 13388, e a Cass., 19 aprile 2018, n. 9637, in *Foro it.*, 2018, I, p. 3147.

lità di avvalersi di soluzioni relativamente ben delineate nei diritti stranieri che vengono prescelti per reggere l'operazione. Tuttavia, uno studio attento della pratica italiana racconta una vicenda forse più complessa. Infatti, i precedenti resi in Italia sul *trust* non fanno estesi richiami alle fonti straniere, o alla giurisprudenza straniera. Il discorso è condotto con i mezzi propri dell'interprete italiano. Il ricorso ai *trusts* nei più vari contesti è ormai coperto da una letteratura davvero abbondante, e ad essa si rinvia senz'altro, perché sarebbe superfluo intrattenersi oltre sull'itinerario illustrato con tanta dovizia di particolari da altri.

La buona accoglienza riservata all'istituto in linea generale non ha però spento le preoccupazioni legate alla natura del processo di acclimatamento che è avvenuto, poiché le strutture di pensiero radicate in Italia nell'area del contratto, del negozio fiduciario e dell'atto di destinazione possono condurre a conclusioni non aderenti rispetto alla configurazione propria dei *trusts*⁶¹.

Al di là di questo rilievo, che pure ha natura pregnante, qui bisogna ricordare che l'operazione condotta in questi termini ha alcuni costi, e che l'uso fraudolento dell'istituto è uno di questi.

Proprio la storia e la pratica dell'istituto negli ordinamenti di origine e in quelle giurisdizioni in cui si è poi diffuso, illustra tale possibilità, e un bilancio dell'esperienza italiana che non tenesse conto di questi aspetti sarebbe dunque gravemente lacunoso. L'evoluzione del panorama internazionale in materia di *trusts* segnala d'altra parte alcune tendenze che introducono nuovi rischi di vario genere (inclusi nuovi rischi per terzi e dei creditori involontari), segnalati dalla letteratura specializzata⁶².

⁶¹ M. LUPOI, *Si fa presto a dire "trust"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, p. 669.

⁶² R.C. NOLAN, K.F.K. LAW, T.H. WU (a cura di), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; A.S. HOFRI-WINOGRA-DOW, *The Stripping of the Trust: A Study in Legal Evolution*, in *University of Toronto Law Journal*, 2015, LXV, pp. 1-47. Questo autore, al termine della propria analisi, rileva: «la maggior parte delle attuali riforme ha conseguenze distributive di riduzione del benessere, in alcuni casi infliggendo esternalità a tutti, tranne che alle parti di un dato *trust*, in altri trasferendo valore dai disponenti e dai beneficiari ai prestatori di servizi fiduciari che li servono. La maggior parte delle riforme discusse crea anche potenziali violazioni della giustizia correttiva che non esistevano o erano meno significative prima della riforma». Per un'analisi sociologica dello

Infatti, è ben possibile che il *trust* venga in primo luogo a pregiudicare (in particolare) i creditori del disponente, i quali subiscono la diminuzione della garanzia generica offerta dal patrimonio del *settlor*, che deriva da atti di disposizione effettuati a favore del *trustee*⁶³.

Qui avranno corso evidentemente le revocatorie, su cui la giurisprudenza ha avuto occasione di pronunciare, ed anche la possibilità di procedere ad esecuzione forzata sul bene gravato senza necessità di ricorrere alla revocatoria, con le modalità previste dal recente art. 2929-*bis* del codice civile⁶⁴. A monte, vi è la possibilità di dichiarare l'inefficacia o la nullità di atti che non sono accompagnati dall'effettiva volontà di dare vita al rapporto.

È noto che l'art. 2929-*bis* è stata adottato per far fronte alla montante difficoltà rappresentata dall'utilizzo di una serie di istituti – tra cui il *trust* – in chiave di protezione del patrimonio rispetto alle ragioni dei creditori⁶⁵.

La rassegna delle decisioni che muovono in questa direzione, vale a dire il contrasto all'uso abusivo del *trust* a danno dei creditori, va al di là degli intenti di questo scritto, ma giova ricordare che è ben presente sulla scena a vario titolo anche la giurisprudenza penale. Tra le pronunce vi sono quelle che colpiscono chiunque: «aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti su beni, propri o altrui, idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la riscossione coattiva di imposte non pagate» (11 del d.lgs. 74/2000). Il sequestro penale colpisce i *trust* che tendono ad occultare beni rispetto a cui il fisco può vantare pretese, in presenza di «elementi presuntivi tali da far ritenere che questo sia stato costituito a fini meramente simulatori»⁶⁶. Il professionista che

stesso taglio: H. BROOKE, *Capital Without Borders: Wealth Managers and the One Percent*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

⁶³ G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 218 ss.

⁶⁴ A. CARENA, A. DI SAPIO, A. GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. dell'esec. forz.*, 2016, p. 405.

⁶⁵ In effetti la costituzione di vincoli sull'immobile ai sensi dell'art. 2645-*ter* è stata sovente motivata dall'intento dominante di sottrarre il bene alla pretesa dei creditori. Vedi in proposito le decisioni giudiziarie richiamate da G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust*, cit.

⁶⁶ Cfr. ad esempio, Cass., 15 settembre 2020 n. 25991.

presta il proprio ministero per realizzare fattispecie fraudolente è a sua volta esposto a responsabilità come concorrente nell'illecito sotto diversi profili⁶⁷.

Il tema più generale dell'erosione della responsabilità non riguarda però unicamente i creditori del disponente, come è noto. La Convenzione dell'Aja fa salva una serie di disposizioni imperative del foro, e ad esse si dovrà guardare in primo luogo, in relazione ai *trusts* localizzati in Italia.

La necessità di salvaguardare interessi di natura generale è anche al cuore della normativa antiriciclaggio, che tra la propria origine dal diritto dell'Unione Europea. L'Unione Europea ha ormai emanato il regolamento che istituisce l'interconnessione a livello dell'UE tra i registri dei titolari effettivi (BORIS) (Regolamento di esecuzione (UE) 2021/369 della Commissione del 1° marzo 2021 con le specifiche tecniche e le procedure necessarie per il sistema di interconnessione dei registri centrali dei titolari effettivi di cui alla direttiva (UE) 2015/849), la cui entrata in vigore è avvenuta il 22 marzo 2021. L'Italia per ora non ha provveduto ad istituire il registro nazionale dei titolari effettivi; il Garante della privacy ha espresso il proprio parere positivo sulla bozza di decreto sottoposto dal Mise e dal MEF nel febbraio 2021, con Parere n. 2 del 14 gennaio 2021, mentre il Consiglio di Stato ha formulato osservazioni sul testo che hanno indotto il Ministero ad approfondire le relative questioni. Il registro dovrebbe comunque essere operativo entro il mese di ottobre 2022.

La legislazione antiriciclaggio comprende, oltre ai *trusts* anche altre operazioni, ed è legittimo domandare quali esse siano in concreto. La quinta direttiva antiriciclaggio (direttiva n. 2018/843 del 30 maggio 2018) rimette la questione agli Stati Membri, i quali dovranno notificare le proprie scelte in proposito; il bilanciamento da

⁶⁷ Si veda l'importante decisione resa in punto di deontologia forense da Cass., SS.UU., 9 aprile 2020, n. 7761, in *T&AF*, 2021, p. 301. Nella specie, prima della data del lodo, paventando la possibile soccombenza della medesima società assistita nel procedimento arbitrale, in cui il padre del medesimo avvocato era arbitro, l'avvocato prestava ad essa la propria consulenza per l'istituzione di un *trust* in danno della controparte nel giudizio arbitrale, assumendo altresì l'incarico di *trustee*.

operare sul punto sono senza dubbio particolarmente delicati, come è facile intuire⁶⁸.

7. *Le prospettive*

Un'ultima parola deve essere dedicata alla novità più recente e saliente, la legge “dopo di noi” (l. 22 giugno 2016, n. 112, Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare). La volontà di omologare completamente l'atto di destinazione, il contratto di affidamento fiduciario, e il *trust*, che emerge da questo testo, è perfettamente in linea con la traiettoria proposta dai numerosi studi di carattere civilistico che hanno sostenuto come il diritto italiano disponga già di tutti i mezzi per offrire soluzione ai medesimi problemi che sono correntemente affrontati tramite il ricorso al *trust*⁶⁹.

Questa omologazione è destinata in futuro a dare frutti più maturi di quelli che abbiamo avuto in passato. I giuristi italiani che si sono accostati al *trust* nel corso di più di trent'anni hanno infatti ormai acquisito un patrimonio di idee, di soluzioni, e di esperienze che era di là da venire, quando la Convenzione dell'Aja fu messa a punto.

Se i lavori di riforma del codice civile a più riprese annunciati nel corso degli anni prenderanno avvio, l'esperienza scientifica e pratica maturata in proposito consentirà di sviluppare disegni senz'altro più articolati e compiuti di quelli coltivati negli ultimi decenni, in modo

⁶⁸ Vedi sul punto il contributo di I. VALAS, *Gli “istituti affini” al “trust” nella normativa antiriciclaggio*, in *T&AF*, 2019, III, pp. 273-281.

⁶⁹ Per questa ragione, va forse oltre il segno la censura espressa nei confronti di questo testo da L. GATT, *La destinazione patrimoniale di fonte negoziale...*, cit., considerato che l'autrice è stata tra i più convinti assertori della diagnosi richiamata nel testo. Gli esiti in termini operativi del provvedimento non sono tuttavia per ora di grande rilievo. La seconda relazione, presentata il 2 gennaio 2020 alla Camera dal Presidente del Consiglio e dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, illustra come soltanto 12 regioni siano state in grado di censire i beneficiari della legge (circa 6.000 soggetti); le minore entrate per l'erario, collegate all'applicazione della legge, sono di importo significativamente inferiori rispetto alle previsioni (la relazione è consultabile sul sito: <https://www.camera.it/temiap/2020/01/14/OCD177-4267.pdf>).

dare alla materia la veste appropriata nel nostro diritto, come è ormai tempo di fare.

Nel procedere in questa direzione, sarà bene aver presente che la proprietà nell'interesse altrui è nell'essenziale un rapporto, così come lo è, ad esempio, la rappresentanza. Come tale, può essere costituito dalla legge, dalla sentenza del giudice, dalla volontà privata – espressa tramite atto a causa di morte, o *inter vivos* –. I punti di equilibrio su cui poggia la disciplina del rapporto consistono in alcune scelte di fondo ben esplicitate nell'esperienza di common law, ma niente affatto ignote alla nostra tradizione giuridica, di cui ho cercato di dar conto in queste pagine. Se tali regole saranno ben delineate, il nostro diritto diventerà pienamente e agevolmente fruibile – anche sul piano internazionale – e il richiamo al diritto straniero sarà (verosimilmente) superfluo. Per dirla con il filosofo, il riferimento sarà ricordato come l'equivalente di una scala, la quale può essere gettata via, quando è oramai servita allo scopo⁷⁰.

⁷⁰ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, par. 6.54: «Le mie proposizioni fanno chiarezza in questo modo: colui che mi comprende, infine le riconosce sensate, se è salito per esse – su di esse – oltre esse. (Egli deve, per così dire, gettar via la scala dopo che vi è salito). Egli deve superare queste proposizioni; allora vede rettamente il mondo».

SPIGOLATURE SULLA NATURA FIDUCIARIA DELLA CAUSA DELLA CESSIONE DI CREDITI IN GARANZIA

*Marco Martino*¹

SOMMARIO: 1. Un rapido cenno alla fattispecie in esame. – 2. Le ipotesi concernenti la causa della “cessione in garanzia”. In particolare, la tesi del negozio fiduciario. – 3. Rifiuto dello schema fiduciario come alienazione collegata a un *pactum fiduciae* obbligatorio. La garanzia come *causa suffisante*. – 4. La tesi del duplice condizionamento (risolutivo, quanto al credito ceduto, e parzialmente risolutivo, quanto alla restituzione dell’eccedenza).

1. *Un rapido cenno alla fattispecie in esame*

La prassi bancaria registra da tempo l’accreciuta diffusione di operazioni di finanziamento delle imprese a fronte della cessione, quale garanzia, dei diritti di credito di cui esse sono titolari², per

¹ Professore associato di Diritto Privato presso l’Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

² Per limitarsi alle opere più recenti vedi M. MARTINO, *La cessione del credito con causa di garanzia. Trasferimento, accessorietà, adempimento*, Pisa, Pacini, 2021, *passim*; U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO e F. ANELLI, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 329 ss., nonché ID., *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, Cedam, 2007; M. MARTINO, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 719 ss.; A. D’ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO e condiretto da A. BENEDETTI, II, *Cessione e uso di beni*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 190 ss.; G. D’AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l’impresa*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 585 ss.

effetto della propria ordinaria operatività. Si tratta di una “garanzia reale atipica”, che si caratterizza per «[...] la compresenza del trasferimento immediato della titolarità del credito e per l’essere la detta struttura conformata da una causa di garanzia»³. Essa ha preso piede in ragione delle esigenze di duttilità sempre maggiori che emergono nel contesto dell’attività di c.d. smobilizzo dei crediti, siano essi o meno di immediata realizzazione⁴.

Orbene, argomento da sempre tormentato, nella ricostruzione dell’istituto, è quello concernente la sua causa.

Si riscontrano in particolare le costanti del dibattito che da sempre anima il tema dei trasferimenti fiduciari: la causa “di garanzia” vorrebbe esprimere al contempo il requisito sufficiente a che il trasferimento operi e la precarietà dell’investitura del cessionario nella titolarità del diritto (di credito) ceduto, in funzione dell’esigenza di soddisfacimento dell’interesse creditorio sottostante a una diversa obbligazione⁵.

Sullo sfondo, sta dunque la pretesa di siffatta causa di poter mutare radicalmente le caratteristiche dell’effetto traslativo, mettendone in discussione il trapasso definitivo e compiuto della posizione giuridica dal patrimonio del cedente a quello del cessionario.

³ A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell’ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1985, I, pp. 258 ss., riedito, con aggiornamento di E. Ginevra, *ivi*, 1999, I, p. 102.

⁴ Cfr. B. INZITARI, *La cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fall.*, 1999, pp. 897 ss.; F. MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all’incasso*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, V, t. 2, 2006, p. 887. L’istituto ha anche avuto riscontri legislativi: merita ricordare la cessione dei contributi cinematografici; si sono poi susseguiti nel tempo plurimi interventi: l. 14 novembre 2016, n. 220, artt. 23-25; art. 18 della l. 25 luglio 1952, n. 949; art. 46, comma 1, lett. d), del TUB. La figura della cessione di crediti a scopo di garanzia (*by way of security*) è inoltre espressamente disciplinata dall’art. 9.1.1. dei Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali (sin dalla versione del 2004), nonché dall’art. 11.101 dei *Principles of European Contract Law* elaborati dalla “Commissione Lando”. E lo stesso vale per il *Draft Common Frame of Reference* (III, 5:110). Infine, il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, attuativo della direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria (artt. 1, lett. d), 6 e 9), contempla espressamente la cessione in garanzia dei diritti di credito.

⁵ A. D’ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, cit., p. 192, e in questi termini, già U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., p. 2.

Ammettere la causa di garanzia significa accettare che essa incida sugli effetti del negozio conformandoli, in maniera che essi, nella loro sintesi, rispondano appieno all'interesse sotteso all'operazione; siffatta concretizzazione, che passa pur sempre per l'atteggiarsi del regolamento negoziale, senza scadere in forme di psicologismo inafferrabile, può riassumersi nel fatto che, al fine di rispondere ai predetti interessi, il credito ceduto non è definitivamente perduto per il cedente, il quale potrà riottenerne la titolarità attraverso l'adempimento dell'obbligazione garantita; al contempo, la conformazione si traduce nel delimitare i poteri del cessionario in relazione alla predetta provvisorietà e strumentalità dell'attribuzione della titolarità del credito⁶. Impostazione, questa, che aspira evidentemente – al di là del mezzo tecnico che, come si vedrà, può essere richiamato al fine di attuare l'automatismo della neutralizzazione del trasferimento dal debitore al creditore, reimmettendo il primo nel diritto originariamente trasferito in garanzia – a trarre dal novero della natura unicamente obbligatoria i predetti vincoli, così da realizzare una destinazione opponibile agli aventi causa del creditore acquirente.

È evidente la contiguità della questione rispetto al più generale tema della destinazione allo scopo. In essa (e a prescindere dalla traduzione tecnica che determini l'articolazione patrimoniale fino al punto da realizzare una separazione o una autonomia patrimoniale, ovvero una vera e propria soggettivizzazione del patrimonio), sul piano effettuale, si ha, da un lato, creazione di uno statuto di appartenenza vincolato a regole gestorie, in cui si esprime la destinazione allo scopo impresso ai diritti che formano oggetto della destinazione medesima, e, dall'altro, la specializzazione della responsabilità. Si tratta di un tema, quello della destinazione, che l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. nella trama normativa del codice ha rivitalizzato enormemente, nell'analisi della dottrina; una dimensione dell'autonomia privata di cui, al di fuori di una rappresentazione di massima (operata soprattutto con riferimento al tema della soggettività e personificazione degli enti), si aveva una percezione parcellizzata

⁶ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 216.

in fenomeni tipici, ma tra loro non perfettamente omogenei. In particolare, merita qui unicamente ricordare come sia dibattuta la capacità della norma appena richiamata – premessa la sua idoneità a descrivere non soltanto effetti, nella prospettiva della loro pubblicità, ma altresì una fattispecie, per quanto generale (nel che l'inopportuna collocazione nella materia della trascrizione) – di conferire legittimità ad una forma generalizzata di destinazione patrimoniale. Forma atipica, mercè il riferimento agli interessi meritevoli di tutela, declinati *sub specie* di meritevolezza causale estesa da alcuni ben oltre il piano della validità, per giustificare ulteriormente – e impropriamente – l'opponibilità ai terzi di assetti già presidiati da figure tipiche, dai contorni ben delineati.

2. *Le ipotesi concernenti la causa della cessione "in garanzia". In particolare, la tesi del negozio fiduciario*

Una prima ipotesi ricostruttiva si appella alla figura del negozio indiretto⁷; essa giustifica l'uso traluzio della formula "scopo di garanzia" in luogo di quella, tecnicamente più corretta, "causa di garanzia". La cessione a scopo di garanzia altro non sarebbe se non una *cessio pro solvendo* utilizzata indirettamente, per garantire l'adempimento e non già per realizzarlo: la garanzia non rappresenterebbe altro se non uno scopo ulteriore – rispetto a quello tipico, proprio del negozio utilizzato – delle parti.

La soluzione del negozio indiretto è mossa dall'esigenza di "ridurre" il trasferimento del credito "a scopo di garanzia" a contratti noti, per i quali il trasferimento del diritto riposa su assetti causali già tipizzati; così facendo, si tende in buona sostanza ad aggirare il

⁷ Vedi R. CROCE, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in AA. Vv., *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 99 ss.; A. PIRAINO LETO, *Cessione di credito a fine di garanzia*, in *Nuovo dir.*, 1977, I, pp. 529 ss. Altri riferimenti in U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., pp. 248 ss. Vedi, in giurisprudenza, Cass., 30 maggio 1982, n. 1398, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Cessione*, c. 347, nn. 3 e 4 e Cass., 30 maggio 1960, n. 1398, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, p. 20; vedi anche App. Catania, 6 luglio 1964, in *Giur. siciliana*, 1964, p. 820.

problema della *causa cavendi*⁸. Essa non appaga: e ancor meno essa si mostra convincente, se si faccia appello alla causa di scambio. In questo caso, infatti, la deformazione o discrepanza che dir si voglia, rispetto al tipo (la vendita, in primo luogo), si alimenta di una tematizzazione ormai abbandonata del concetto di stipulazione commissoria autonoma (vale a dire sganciata dalla pregressa costituzione di una garanzia tipica). In particolare, si rifà al medesimo approccio ermeneutico che in passato ha condotto a nascondere l'alienazione in garanzia – e la possibilità di fornirne una compiuta e distaccata valutazione assiologica – nella *vendita* a scopo di garanzia, in cui il patto di riscatto o di retrovendita, ovvero la collegata opzione di riacquisto, piegano il negozio tipico allo scopo di garanzia, conservandone però la causa di scambio, seppur in un contesto più ampio di interessi contrapposti⁹.

Detta impostazione può dirsi oggi superata da una più ampia declinazione del divieto del patto commissorio, delle sue ragioni e del suo corretto inquadramento sistematico, sotto il profilo del fondamento del divieto¹⁰; l'appello a una *causa venditionis*, nel conte-

⁸ Coglie appieno l'insufficienza di simile riduzione, pur a fronte di un testo legislativo che, all'art. 1260 c.c., menziona il «titolo oneroso o gratuito» P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (art. 1260-1267 c.c.)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, rist. an. Napoli, ESI, 2010, p. 40 e p. 42. Contesta invece – nel quadro del diniego di rilevanza a negozi traslativi con causa fiduciaria “atipica” – che la fiducia possa ricondursi all'alternativa onerosità o gratuità L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1948, rist. an. Napoli, ESI, 2011, p. 245.

⁹ Altra questione, ovviamente, se il prezzo della cessione sia simulato: cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957, (rist. an. Napoli, ESI, 2013), pp. 298 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Codice civ. comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 261 ss.

¹⁰ Cfr. per tutti C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 117 ss. Si veda inoltre C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, Jovene, 1968, pp. 84 ss.; cfr. anche le pertinenti osservazioni di U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, ESI, 1994, pp. 80 ss.; nega recisamente che nelle alienazioni di garanzia abbia spazio il concetto di scambio, se non sul piano del mero fatto, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 103 ss. e p. 142. L'attribuzione patrimoniale qui trova giustificazione non già in una controprestazione del cessionario (che manca), ma nella garanzia del rapporto di debito precedentemente o contestualmente creato, che vincola il cedente al cessionario: U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., p. 349.

sto della cessione del credito con causa di garanzia, appare dunque sotto ogni aspetto improprio.

Altra soluzione configura il negozio come a causa mista (cessione del credito e pegno del credito). Si tratta di una proposta qualificatoria avanzata da isolate e risalenti pronunce di merito¹¹, non meritevole di essere avallata. Se solo si guardino le diverse vicende giuridiche che le parti realizzano, nel pegno e nella cessione di credito¹², la tesi del negozio a causa mista non può che essere rapidamente messa da parte.

Scartate dunque le predette ipotesi ricostruttive, si profila l'opinione che riconduce la cessione con causa di garanzia a un negozio fiduciario nella forma della *fiducia cum creditore*¹³, l'ammissibilità del quale¹⁴ (su un piano più generale, in cui è primaria la considera-

¹¹ Per esempio Trib. Catania, 7 ottobre 1963, in *Dir. fall.*, 1963, II, 768.

¹² Beninteso, la critica alla tesi del negozio a causa mista non preclude di evincere dalla disciplina del pegno di crediti (segnatamente dall'art. 2803 c.c.) principi e regole utili a risolvere il problema della compatibilità della cessione dei crediti a causa di garanzia con il divieto del patto commissorio.

¹³ N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 349; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 42 ss.; *contra* T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 107-129; F. BATISTONI FERRARA, *Cessione del credito a garanzia e fallimento del cedente*, in *Foro it.*, 1961, I, p. 1451; A. FERRARA, *Sulla validità della «cessione pro solvendo fiducia causa»*, in nota a Trib. Napoli, 13 luglio 1953, in *Dir. giur.*, 1955, p. 211 (sentenza, questa, in cui la tesi della fiducia è ampiamente ripercorsa in motivazione). In giurisprudenza vedi, oltre al citato Trib. Napoli, 13 luglio 1953 (ivi, p. 208, e in *Dir. fall.*, 1954, II, p. 713), anche Cass., 13 novembre 1973, n. 3004, in *Foro it.*, 1974, I, p. 1121, con nota di G. MAGRONE (ove si qualifica la cessione come «negozio indiretto di trasferimento [...] con accessorio patto fiduciario»). Sui rapporti tra negozio fiduciario e negozio indiretto vedi C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 117. Vedi anche F. FERRARA, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, Athenaeum, 1922, p. 86; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 8 ss. (e già in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, in *Soc. ed. Foro it.*, 1931), P. GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pp. 778 ss.; A. DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 327 ss.; *Id.*, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, 2° sem., pp. 707 ss.; *Id.*, *Ancora in tema di negozio fiduciario e di negozio indiretto*, ivi, 1947, 3° quadr., p. 415.

¹⁴ Una completa disamina delle implicazioni sottese alla ricostruzione della categoria del negozio fiduciario è in N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 212 ss., e p. 351, più specificamente, per la cessione a scopo di garanzia (ricostruita alla stregua dell'operare di una condizione risolutiva, su cui vedi *infra*). Vedi anche M.

zione del trasferimento di diritti reali) va di concerto con la ammissibilità della proprietà fiduciaria¹⁵ e del rispetto del principio del *numerus clausus*¹⁶, recentemente riaffermato dalla giurisprudenza di legittimità con una pronuncia a sezioni unite¹⁷.

Nella misura in cui si riconosca che il sistema italiano compenetra nel contratto anche il titolo dell'acquisto, si dovrebbe infatti dedurre la capacità della causa di incidere a tutto tondo sul modo d'essere e sulle sorti del trasferimento; di contro, un sistema ispirato al mantenimento, su un piano logico e precettivo, della distinzione tra *titulus* e *modus*, si presta in ipotesi a realizzare un diverso coordina-

TRIMARCHI, voce *Negozi fiduciario*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 34 ss.; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 205 ss. Le diverse tesi e le possibili soluzioni dogmatiche sono una costante nei lavori dedicati all'istituto, i cui confini teorici sono ben lunghi dall'aver trovato sistemazioni univoche e definitive: senza pretesa di esaustività, vedi A. GENTILI, *Fiducia*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (A CURA DI), *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 607 ss.; N. VISALLI, *Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 211 ss. e pp. 289 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, ESI, 2002, p. 307 e pp. 323 ss.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Id.*, *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 250 ss. (in cui è il rifiuto della categoria); L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, Cedam, 1947, pp. 83 ss. (in senso critico); C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, pp. 378 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciario*, Padova, Cedam, 1933 (e riedito da ESI, 2010), pp. 25 ss.; F. FERRARA SR., *I negozi fiduciari*, in *Scritti per le onoranze a Vittorio Scialoja*, Milano, Hoepli, 1905, pp. 745 ss.; G. MESSINA, *Scritti giuridici*, I. *Negozi fiduciari* (introduzione e parte prima), Milano, Giuffrè, 1948, *passim*; A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, pp. 414 ss. e F. CARNELUTTI, *Recensione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pp. 345 ss.

¹⁵ Vedi ampiamente, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 609 ss.

¹⁶ Si veda, *ex multis*, M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2ª ed., 2011, pp. 217 ss.; U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 67 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, Cedam, 1982, *passim* e, in particolare, p. 160; A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 445 ss.; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 423 ss.

¹⁷ Cass., sez. un., 17 dicembre 2020 n. 28972.

mento tra l'atto traslativo e il rapporto che esso mira a "realizzare" compiutamente (di solito, ma non necessariamente: rapporto contrattuale, fonte di obbligazioni) in cui il primo veda tendenzialmente conservato il più possibile, a tutela dei terzi e della sicurezza della circolazione, il proprio effetto, nella sua "purezza".

Così impostata la questione, la problematicità insita nella predetta conformazione, per il caso della "causa di garanzia", starebbe tutta nelle modalità della conformazione medesima, e nel rapporto tra autonomia privata e regole reputate imperative. Nella cessione con causa di garanzia «il problema della *cause suffisante* deve porsi nei corretti termini, che hanno a che vedere non tanto con l'idoneità in astratto della causa di garanzia a giustificare trasferimenti, quanto con il problema del tipo di effetto traslativo assicurato dalla causa di garanzia»¹⁸.

3. *Rifiuto dello schema fiduciario come alienazione collegata a un pactum fiduciae obligatorio. La garanzia come cause suffisante*

Occorre altresì rimarcare che nel riferirsi al negozio fiduciario non si pone qui mente a quella variante del fenomeno fiduciario – denominata fiducia «romanistica» – che riconduce il suo operare all'adozione di un patto collegato al negozio traslativo, con effetti obbligatori, nel quale venga scolpita sia la disciplina della gestione del diritto trasferito, sia la sorte di quest'ultimo (ritrasferimento al cedente; trasferimento a diverso beneficiario ultimo)¹⁹.

Questo approccio, sicuramente influenzato dalla necessità, nella fiducia *cum amico*, di assicurare la segretezza dell'assetto di interessi (che è consegnato al patto, e non emerge dal titolo traslativo, "vestito" della forma tranquillizzante dello scambio), si risolve in una superfetazione già vista e in una degradazione della fiducia a

¹⁸ A. D'ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, cit., p. 199. E già U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., pp. 77 ss. e p. 82. Sulla *cause suffisante* è imprescindibile il riferimento a G. GORLA, *Il contratto (Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico)* I, *Lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 76 e 82 ss., e pp. 322 ss.

¹⁹ Mette in guardia contro questa soluzione, relativamente alla cessione del credito con causa di garanzia, U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., p. 401.

interposizione²⁰: e si ripropone qui, dunque, la diversità ravvisata – discutendo del negozio indiretto – tra alienazione e *vendita* a scopo di garanzia, che gli studi in tema di stipulazione commissoria hanno contribuito a chiarire in modo ormai decisivo.

In altri termini, la *causa cavendi* che si va qui analizzando vuole essere (in ipotesi) autonoma *causa suffisante*. Aspira a porsi quale giustificazione, essa sola, del trasferimento²¹; e quest'ultimo opera in forza di un unico negozio, caratterizzato dalla garanzia sotto il profilo dell'interesse che le parti intendono realizzare e che realizzano, attraverso un effetto traslativo *conformato*, come tale non ridicibile, per necessità, alla definitività dell'attribuzione propria dello scambio contro prezzo, o della liberalità²².

Non si vede del resto perché una funzione di garanzia non possa giustificare un trasferimento, per lo più temporaneo, della titolarità del diritto, tanto più che, secondo alcuni, la definitività che si realizza, in caso di inadempimento del rapporto garantito, potrebbe ricondursi non già alla causa di garanzia ma, piuttosto, a una *causa solvendi* fin dall'inizio contenuta nell'accordo con il quale le parti hanno prefigurato siffatto esito, alla stregua di una prestazione *in facultate solutionis* rappresentata dal definitivo mutamento della titolarità del diritto ceduto in garanzia²³.

La componente obbligatoria che funge da limite dell'investitura formale del fiduciario, e che mira a contenere la "potestà di abuso"²⁴ di quest'ultimo, è in realtà la cifra contenutistica caratterizzante del

²⁰ Cfr. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., pp. 357-362.

²¹ C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., pp. 354 ss.

²² Cfr. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., pp. 368 ss.; A. DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, cit., pp. 325 s.; U. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, p. 4. *Contra* S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 269 ss., nonché ID., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., pp. 392 ss.; L. CA-RIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., pp. 103 ss.

²³ Così G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 586; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 89.

²⁴ M. TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, cit., pp. 37 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 355; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 101.

programma avuto di mira dalle parti e restituisce, in chiave di prestazioni dovute dal fiduciario, l'assetto di interessi che, sul presupposto che le parti abbiano realizzato una attribuzione, viene realizzato compiutamente. L'attribuzione trova dunque causa (atipica, ma meritevole di tutela²⁵) nel medesimo assetto: sfugge alle secche dell'astrazione in virtù di una interdipendenza funzionale che è di matrice "attuativa", esecutiva, e non corrispettiva²⁶; ed è simile interdipendenza a segnare anche le sorti, in caso di adempimento.

La specificità della causa di garanzia starebbe allora nel modellare *dall'interno*²⁷ le sorti del negozio (come *causa dandi*), il quale si candiderebbe a porsi quale fonte di un mutamento della *piena* titolarità del credito ceduto, quantunque *precaria*; titolarità, infatti, al contempo strumentale e *non definitiva*, in quanto la garanzia, se pur è *causa dandi* (del diritto di proprietà, e non di una mera legittimazione a disporre) non è, con certezza, altresì *causa retinendi*.

L'investitura del cessionario attraversa così, nel caso della cessione in garanzia, un doppio momento: una volta che il credito garantito sia soddisfatto, «la fiducia nell'interesse proprio diviene fiducia nell'interesse altrui, in quanto il bene non rappresenta più una garanzia del fiduciario, ma è ormai destinato a tornare al fiduciante, così che il primo ne è titolare per un fine ulteriore e diverso»²⁸.

L'effetto del negozio consisterebbe nel determinare una successione nel diritto immediatamente e intrinsecamente segnata in due direzioni.

In primo luogo l'emersione, accanto alle prerogative ordinarie della titolarità del diritto acquistato dal cessionario (potere di disposizione, che deve dirsi intatto, salva esplicita esclusione ad opera delle parti²⁹; potere di esigere la prestazione) altresì di doveri

²⁵ Insiste sull'erroneità di dedurre dalla tipicità dei diritti reali anche una tipicità degli atti traslativi ad essi relativi T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, cit., pp. 8 ss.

²⁶ Cfr. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 369 e p. 375.

²⁷ T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, cit., p. 9.

²⁸ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 19.

²⁹ A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 110. *Contra* R. CROCE, *La cessione di credito a*

conservativi, nell'interesse altrui (tra cui, in particolare, quelli preordinati a scongiurare la compromissione del valore della garanzia: tali sono l'escussione tempestiva del credito, quando giunga a scadenza, e l'avvio delle necessarie procedure esecutive in caso di inadempimento)⁵⁰.

In secondo luogo, la sorte del trasferimento e il suo venir meno in ragione dell'estinzione dell'obbligazione garantita.

Quanto a quest'ultimo aspetto, la *causa cavendi* finirebbe per incidere sulla circolazione anche di fronte ai terzi aventi causa dal cessionario, i quali dovrebbero curarsi, prima di rendersi sub-acquirenti o di avviare qualsivoglia azione esecutiva sul patrimonio di quest'ultimo, di verificare sia il titolo "a monte", per ritrovarvi la menzione "in garanzia", sia l'effettivo andamento del rapporto obbligatorio garantito, onde evitare di subire le conseguenze, sul piano degli effetti sempre "a monte", di vicende inafferrabili (e, sia detto, possibilmente fraudolente: si pensi al caso in cui il creditore, temendo l'aggressione dei propri creditori, rendesse una quietanza di pagamento non veritiera, per dare la stura al ritorno del credito ricevuto in garanzia nel patrimonio del proprio debitore cedente)⁵¹.

Tuttavia, occorre notare che chi acquista un credito, acquista un diritto per definizione "insicuro"⁵², in quanto il debitore ceduto può opporre tutte le eccezioni che poteva opporre al cedente, di modo che il cessionario, se volesse essere certo della bontà del proprio acquisto, dovrebbe ricorrere al regime dell'astrazione cartolare assicurato dall'incorporazione in un titolo di credito. L'ordinamento as-

scopo di garanzia, in AA. Vv., *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, cit., p. 104.

⁵⁰ Analogamente a quanto avviene in tema di pegno di crediti, giusta l'art. 2802, ult. cpv., c.c. Vedi anche *infra*, nel testo.

⁵¹ Si veda per l'opponibilità del sopravvenuto difetto di *causa retinendi* al terzo sub-cessionario, per avere il debitore principale adempito l'obbligazione garantita, U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., p. 460; A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 110 e 113; G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 128; T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, cit., p. 168.

⁵² Si segue qui l'argomentazione di U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., pp. 422 ss.

sicura quindi, per bilanciare l'insicurezza propria della cessione del credito, la garanzia del *nomen verum*.

In sostanza, il rischio che la struttura dell'operazione in garanzia determina in capo al sub-acquirente – rischio che non attiene alle eccezioni che possono essere opposte dal debitore ceduto, ma al fatto che egli resterebbe esposto alla pretesa dell'originario debitore, primo cedente, di ritornare nella piena titolarità del credito, avendo adempiuto la propria obbligazione in favore del primo cessionario in garanzia – non è tale da impedire di affermare, in applicazione del principio per cui *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam se ipse habet*³³, che il cessionario del credito in garanzia possa trasferire unicamente una titolarità del credito pur sempre “in garanzia”. La mancanza di un regime pubblicitario che consenta la verifica di siffatte limitazioni³⁴, come anche l'assenza di un meccanismo di acquisto a titolo originario in grado di determinare una “purgazione” dei vincoli esistenti sul diritto (non a caso proprio della legittimazione cartolare), sono contemperati dalla tutela risarcitoria che il sub-acquirente vanterebbe nei confronti del proprio dante causa (ovviamente sul presupposto di aver acquistato il diritto senza conoscere che il proprio dante causa aveva a sua volta acquistato “in garanzia”). Si tratta di una tutela peraltro particolarmente efficace, in quanto il sub-cedente è normalmente una banca e, dunque, un soggetto particolarmente solvibile.

La predetta conformazione non passa, dunque, né da una configurazione germanistica della fiducia – in cui, cioè, la rilevanza dei limiti posti al fiduciario, rispetto ai terzi, si conquista comprimendo l'ampiezza della posizione giuridica trasferita, ridotta unicamente a legittimazione e con esclusione dello spoglio del diritto a danno del fiduciante, che permane titolare sostanziale – né dall'esplicito condizionamento risolutivo dell'attribuzione, cui si dovrebbe presume-

³³ D. 50, 17, 54, *Ulpianus libro 46 ad edictum* (ove la formula presenta il condizionale *haberet*). Su cui, per tutti, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, Giuffrè, 1994, 3^a ed., pp. 2 ss.

³⁴ Fermo restando che, peraltro, anche rispetto alla pubblicità immobiliare non vi è concordia di opinioni in merito all'opponibilità di vincoli (diritti reali minori) non trascritti, ma menzionati nel titolo, ovvero presenti, ma non trascritti (la condizione; per quest'ultima, in particolare, è discussa l'attribuzione di efficacia dichiarativa alla menzione nella nota, ex art. 2659, comma 2, c.c.).

re sempre orientata la volontà delle parti (e vedi *infra*, nel testo, per più ampie considerazioni su questo aspetto)³⁵.

I problemi di natura sistematica della cessione del credito con causa di garanzia non derivano, quindi, dalla diatriba concernente la causa della cessione del credito in sé e per sé considerata (astrazione causale; presenza di una causa generica o variabile³⁶), al fine poi di trarre la conclusione dell'insufficienza della garanzia a collocarsi in maniera coerente nel contesto di quella diatriba e della sua ipotetica soluzione.

La questione, evidentemente proponibile solo con riferimento alla causa di garanzia riguardata come giustificazione dell'attribuzione patrimoniale in generale, è invece quella della ricaduta che postulare una simile *causa suffisante* determina al cospetto del principio del numero chiuso (se si tratti, ovviamente, di cessione di diritti reali) e della responsabilità patrimoniale generale (ove ci si avvicina ancor più al "sottosuolo" giuridico del sistema, rappresentato dall'identificazione tra soggetto giuridico e patrimonio sul quale egli opera, modificandolo, e con il quale egli risponde, per le obbligazioni assunte: si torna alla questione della separazione patrimoniale nel patrimonio del cessionario, cui si è già fatto cenno).

Orbene, se il tema del *numerus clausus* può dirsi ininfluenza, rispetto alla cessione del credito con causa di garanzia – in quanto non può condividersi l'assimilazione dei diritti di credito a "beni", nella prospettiva che qui interessa della dissociazione delle pretese che, come "diritti" essi coagulano – l'altra questione va invece sondata compiutamente, muovendo dalla disamina del divieto di cui all'art. 2740, comma 2, c.c.: la natura personale del diritto di credito non

³⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 121, in part. la nota 26. Cfr. inoltre G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 586 (nel testo e nelle note); U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., p. 77; ID., *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 146 ss.; le implicazioni concorsuali, con riferimento a tutti e tre i soggetti coinvolti (cedente, ceduto e cessionario), sono ben esplicitate in G. GUERRIERI, voce *Cessione del credito*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, Treccani, 2002, pp. 5 ss.

³⁶ Fermo restando che, ovviamente, la tesi della astrazione causale appare una facile elusione dell'ostacolo: se la cessione del credito fosse un negozio astratto, non si porrebbe alcuna questione di liceità della causa di garanzia, salvo poi dover affrontare il problema con riferimento al sottostante negozio fondamentale.

impedisce certo di considerarlo parte dell'attivo patrimoniale del debitore, destinato alla soddisfazione della cerchia dei creditori. Anche quando diretta a trasferire non già il diritto di proprietà, ma un diritto di credito, la cessione a causa di garanzia deve confrontarsi con il divieto di creare cause di prelazione ulteriori rispetto a quelle legali.

4. *La tesi del duplice condizionamento (risolutivo, quanto al credito ceduto, e parzialmente risolutivo, quanto alla restituzione dell'eccedenza)*

Un'ulteriore tesi, confortata da non poca efficacia persuasiva, ricostruisce la cessione in garanzia alla stregua di una cessione sottoposta a duplice condizione (nel che gli obblighi di conservazione delle ragioni del cedente discenderebbero direttamente dall'art. 1358 c.c.)³⁷.

Si tratta di un'impostazione che, a seconda della cornice in cui ogni singolo autore si colloca, riconduce il fenomeno fiduciario a quello del negozio sotto condizione risolutiva ovvero si pone come radicalmente alternativa rispetto ad esso³⁸.

La condizione è duplice in quanto, da un lato, l'attribuzione sarebbe soggetta a condizione risolutiva, e l'evento dedotto in condizione consisterebbe nell'adempimento del debito principale garanti-

³⁷ Sul meccanismo condizionale vedi A. D'ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, cit., pp. 207 ss.; F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e le cessioni dei crediti in garanzia*, cit., p. 217; F. MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, cit., p. 908; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 226; A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 110; G. GUERRIERI, voce *Cessione del credito a scopo di garanzia (dir. civ.)*, cit., p. 4. Ad avviso di M. SESTA, *Le garanzie atipiche. Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, Cedam, 1988, p. 245, invece, siffatta soluzione «finisce per escludere che la garanzia rappresenti la causa del contratto di cessione, poiché richiede un elemento accessorio quale è appunto la condizione». In giurisprudenza vedi Cass., 28 maggio 2020, n. 10092, cit.; Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, cit.; App. Milano, 29 dicembre 1998, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, pp. 51 ss.; App. Milano, 31 ottobre 1989, *ivi*, 1991, II, p. 42; Trib. Milano, 13 ottobre 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, p. 82.

³⁸ Cfr. T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, cit., pp. 113 ss. (e nota 59).

to. Assumendo che l'effetto risolutivo sia idoneo a determinare una caducazione retroattiva dell'acquisto, si esclude che il debitore cedente, una volta adempiuto il proprio debito, sia avente causa del creditore cessionario. Non si esclude così il potere del cessionario di disporre del credito ceduto con una *subcessione*: essa sarà subordinata alla medesima condizione – l'adempimento del debito principale – del primo trasferimento³⁹.

Dall'altro lato, la cessione sarebbe sottoposta a condizione risolutiva di *inadempimento*, parziale in quanto avente ad oggetto unicamente l'eccedenza tra quanto riscosso e l'importo del debito garantito.

Infine, l'applicazione della disciplina dettata dagli artt. 1353 ss. c.c. impone al cessionario il dovere di buona fede e di conservazione delle ragioni del cedente verso il debitore ceduto (sia con riferimento al credito ricevuto, sia all'eventuale eccedenza da restituire), giusta applicazione analogica dell'art. 2802 c.c., ultima parte («Egli è tenuto a compiere gli atti conservativi del credito ricevuto in pegno»), ovvero più semplicemente in applicazione dell'art. 1358 c.c.⁴⁰. A pena del risarcimento del danno, e indipendentemente dall'insolvenza del ceduto (con ciò non potendosi ridurre il dovere in parola a quello contemplato dall'art. 1267, cpv, c.c.), egli dovrà compiere gli atti conservativi necessari e riscuotere gli interessi del credito venuti a scadenza.

Pendente la condizione, infine, al cessionario spetterà in genere, oltre che il potere di disposizione del credito (vedi *supra*), altresì il potere di compiere atti quali la remissione, la novazione, la compen-

³⁹ A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 113, ove si precisa che, non potendosi ripercuotere l'atto di disposizione a svantaggio del cedente, quest'ultimo, per effetto della *subcessione*, sarà in linea di principio liberato dalla propria obbligazione principale per l'intero valore nominale del credito ceduto, indipendentemente dal prezzo corrisposto, in forza della *subcessione*, al cessionario ovvero dall'importo effettivamente pagato al *subcessionario* dal debitore ceduto; così anche G. GUERRIERI, voce *Cessione del credito a scopo di garanzia (dir. civ.)*, cit., p. 5.

⁴⁰ A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 109, i quali ritengono che l'obbligo in discorso risponda «prima ancora a un principio generale, che ha trovato esplicito riconoscimento in materia di garanzie convenzionali. Si tratta, è bene precisare, di un vero e proprio, non di un semplice onere».

sazione (volontaria), la concessione di dilazioni: se, come alcuni ritengono, detti atti non possono farsi rientrare nel novero di quelli di amministrazione in grado di “resistere” all’avveramento retroattivo della condizione⁴¹, la posizione del ceduto rischia di essere compromessa, per il rischio di veder pienamente ripristinata, con la titolarità in capo al cedente, la propria posizione debitoria. Per tale ragione, da un lato si discute circa la natura *naturalmente* irretroattiva dell’avveramento (giusta l’art. 1360, comma 1, c.c.) e, dall’altro, si pongono argini a tutela della sua posizione, in caso di pagamento già avvenuto⁴².

La soluzione ha il pregio di ricostruire la dinamica effettuale del fenomeno unicamente sulla base di istituti chiamati a governare la definitività delle attribuzioni e al contempo non dotati di una *preventiva e costante* connotazione causale, con il che essa evita la problematica apicale dell’ammissibilità di una funzione di garanzia quale *causa* dell’attribuzione (quantunque sia indubbio che la condizione, una volta introdotta nel contratto, concorra alla identificazione compiuta del contenuto effettuale caratterizzante, restituendo il senso pieno dell’operazione *anche* in prospettiva causale). Essa permetterebbe, inoltre, di prescindere dal nodo teorico – decisivo e per certi versi speculare – della natura della pretesa al ritrasferimento, atteso che il meccanismo condizionale determinerebbe un automatico ritorno nella titolarità del cedente, senza necessità della mediazione di un successivo atto traslativo, dovuto, del cessionario⁴³, al quale farebbe capo unicamente il dovere di notificare al ceduto l’avvenuto ritrasferimento⁴⁴.

Per quanto in grado di spiegare in maniera efficace l’operatività della conformazione del trasferimento al cessionario, ad opera della *causa cavendi*, l’ipotesi del negozio traslativo condizionato risolutivamente all’adempimento del debito garantito, e parzialmente, quanto alla sola eccedenza, in caso di inadempimento, deve essere

⁴¹ A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell’ordinamento italiano*, cit., p. 111.

⁴² U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., pp. 466 ss.

⁴³ T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, cit., p. 152.

⁴⁴ A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell’ordinamento italiano*, cit., p. 109.

collocata nella corretta prospettiva, e non può essere ridotta a un mero espediente redazionale che rischierebbe soltanto di riproporre altrimenti il già visto travisamento del fenomeno a forma di deviazione degli effetti di tipi negoziali già noti.

L'apposizione della predetta duplice condizione è certamente in grado di rendere evidente l'assetto di interessi caratterizzante del negozio a causa di garanzia⁴⁵: essa esprime adeguatamente la razionalità e la adeguatezza del mezzo tecnico (la condizione che "veste" il trasferimento) e, dunque, della struttura giuridica adottata, rispetto alla funzione che le parti intendono realizzare.

Se appare oggi anacronistico sostenere che l'ordinamento impone di limitare l'effetto traslativo ai casi in cui quest'ultimo trovi titolo in un contratto tipico e che, tra le cause tipiche (*vendendi, donandi, solvendi* ecc.) non rientri la causa di garanzia⁴⁶, più ancora apparirebbe privo di giustificazioni desumere la predetta conclusione dalla tipicità delle garanzie reali. Quantunque sottesa non già alla *costituzione* di un diritto (di garanzia), bensì al *trasferimento* di un diritto (di credito, nel caso in esame), la causa di garanzia restituisce null'altro se non il fondamento del trasferimento e i presupposti della sua definitività (altrimenti destinata a venir meno) nel contesto di un regolamento della vicenda giuridica che tiene conto della strumentalità che le parti intendono assegnare all'arricchimento realizzato in capo al beneficiario, rispetto al soddisfacimento del suo interesse creditorio. Si è esattamente rilevato che «non è del solo trasferimento che bisogna dare ragione ma di un regolamento di interessi che comprende *anche* il trasferimento, ma non si esaurisce in esso»⁴⁷.

Quando si discorre di garanzia reale atipica, con riferimento alla cessione del credito con causa di garanzia, si vuole del resto alludere non già alla atipicità della causa (che è la medesima: la garanzia),

⁴⁵ Parla di «elemento sintomatico della funzione» B. INZITARI, *Cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, cit., p. 902, il quale riconduce quest'ultima al mandato all'incasso, dal quale la cessione *in securitatem* sarebbe gemmata, alla stregua di uno strumento rafforzativo – mediante l'investitura proprietaria – della posizione del mandatario *in rem propriam* all'incasso, altrimenti intrinsecamente debole.

⁴⁶ È la posizione di L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., p. 103.

⁴⁷ U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., p. 81.

bensì alla atipicità della posizione giuridica complessiva che viene a crearsi in capo al beneficiario della garanzia, analoga a quella di colui a beneficio del quale sia costituito un diritto reale di garanzia (tipico).

Il contratto con causa di garanzia costituisce in capo al beneficiario uno “statuto” delle facoltà connesse alla titolarità del diritto, finalizzato a caratterizzare il suo acquisto come *altro* dall’acquisto nel proprio *esclusivo* interesse, e in maniera pur sufficientemente obiettiva da trarre la garanzia dalle secche del mero motivo, facendo emergere quel vincolo di destinazione che ne consente l’acostamento alle garanzie reali. La qualificazione di un concreto trasferimento come “in garanzia” significa allora ascrivere la fattispecie a quel modello, connotato da profili effettuali che troveranno applicazione necessaria.

L’apposizione delle condizioni risolutive e sospensive predette è dunque certamente in grado di esprimere⁴⁸ anche il fondamento del trasferimento (dal cedente al cessionario); né pare pertinente invocare il requisito della estrinsecità della condizione (ammesso che il requisito in parola abbia un ruolo), atteso che l’adempimento che viene dedotto in condizione è quello di un’obbligazione che, rispetto al negozio traslativo, appare alla stregua di un rapporto giuridico esterno (seppur dotato di efficienza causale, non diversamente da quanto accade nel caso delle c.d. prestazioni isolate).

Se la qualificazione muove dagli effetti (e non il contrario), allora è fuori discussione che il loro modularsi, in ragione delle condizioni, sia in grado di indicare all’interprete che attribuzione e obbligazione pregressa sono astretti in un vincolo di dipendenza unilaterale e che questo vincolo – facendo dipendere dall’adempimento della seconda la definitività della prima – corrisponde a quell’assetto di interessi che chiamiamo causa di garanzia⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 39.

⁴⁹ In tal senso U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., p. 414 e p. 418; F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 319 ss.; G. BAVETTA, *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, cit., p. 597; G. GUERRIERI, voce *Cessione del credito a scopo di garanzia*, cit., p. 5. Vedi inoltre C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contr.*, 2015, 8/9, p. 837. A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell’ordinamento italiano*, cit., p. 103, relativamente all’eccedenza del riscosso, rilevano che

A tacer d'altro, il condizionamento unilaterale tra attribuzione e debito dedotto in condizione è tale da escludere che la prima avvenga a titolo di *solutio*: e a soluzione opposta – ove emergerebbe l'assetto della *cessio pro solvendo* – dovrebbe pervenirsi di fronte ad un negozio di questo tenore: «Tizio, debitore di Caio, trasferisce a Caio, che accetta, il diritto di credito x verso Sempronio. Le parti convengono che, fino alla scadenza del credito x , Caio non possa pretendere il pagamento da Tizio e che, a fronte dell'adempimento di Sempronio, l'obbligazione verso Caio sia estinta».

Occorre inoltre domandarsi se l'ipotesi – invero nella pratica bancaria frequentissima – in cui l'unico indice di qualificazione presente sia il riferimento esplicito alla garanzia, senza che il trasferimento sia in alcun modo modulato dall'operare della condizione, conduca al medesimo risultato: e, pare a chi scrive, di fronte a null'altro se non la formula «Tizio cede a Caio, che accetta, il credito x in garanzia del credito y », o simile («i crediti ceduti da Caio si intendono ceduti in garanzia»), in cui il meccanismo condizionale sia invece del tutto “taciuto”, non si può che pervenire ad analoga conclusione: se si ammette che la causa di garanzia ha autonoma dignità di fondamento giustificativo dell'attribuzione di una titolarità precaria, come sopra descritta, allora una dichiarazione di siffatto tenore, in caso di adempimento, produce un effetto di analoga portata di quello che sarebbe stato assicurato dalla esplicitazione di una condizione risolutiva di adempimento⁵⁰.

E, occorre rimarcare: analogia, non assimilazione. Di modo che, se da un lato alcuni caratteri del “ritorno” del credito e della posizione giuridica facente capo al cessionario possono desumersi dalle regole sulla condizione (per esempio in tema di limitazioni al potere di disposizione concretamente imposte dal dovere di buona fede, o

l'obbligo di restituire «[...] deriva direttamente dall'inerire la causa di garanzia a tale tipo di cessione. Il trasferimento del credito è giustificato solo perché e nei limiti in cui serve al soddisfacimento delle ragioni che il cessionario quale creditore vanta verso il debitore cedente».

⁵⁰ Nel senso della sufficienza di simile indicazione vedi M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 245; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 226; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p. 148 ss.; sul punto vedi U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., p. 419; A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 103.

di sorte degli atti di amministrazione del diritto, come la riscossione alla sua scadenza), dall'altro lato non si può arrivare a concludere⁵¹, per esempio, che gli interessi prodotti in pendenza della condizione possano essere integralmente ritenuti dal cessionario, giusta l'art. 1361, comma 2, c.c., anche in caso di adempimento da parte del debitore cedente: in questo caso, la natura del vincolo di garanzia consente unicamente di ritenere quella parte di interessi che occorre al cessionario per la tacitazione delle sue pretese, fino a concorrenza del credito garantito⁵².

In altri termini, gli effetti conseguenti all'adempimento ovvero all'inadempimento dell'obbligazione principale saranno destinati a prodursi, nella *cessio cavendi causa*, indipendentemente dall'esplicitazione della condizione, ma in maniera sostanzialmente conforme a quella sequenza del fatto (l'adempimento) e dell'effetto (la retrocessione del precedente trasferimento)⁵³.

Potrà discutersi se l'adempimento dell'obbligazione garantita determini – non in chiave patologica, di modo che non v'è spazio per discorrere di una nullità sopravvenuta, ma fisiologica (in quanto la funzione della garanzia viene “fisiologicamente meno”)⁵⁴ – la risoluzione non retroattiva del rapporto contrattuale e il riacquisto automatico del diritto in capo al cedente, ovvero il sorgere di un nuovo credito avente ad oggetto il ritrasferimento della posizione giuridica soggettiva prima ceduta in garanzia, nel qual caso si otterrebbe qualcosa di meno di un vincolo reale, e si finirebbe per assicurare al cedente la medesima – invero tenue – tutela che deriva dalla tradizionale configurazione della garanzia come alienazione collegata ad un *pactum fiduciae* obbligatorio. Detto credito sarà peraltro di natura restitutoria e avrà ad oggetto il *tantundem*, se il credito ceduto

⁵¹ In questi termini A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 112 ss.

⁵² Cfr. U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., p. 468, nota 435; G. GUERRIERI, voce *Cessione del credito a scopo di garanzia (dir. civ.)*, cit., p. 5; A. D'ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, cit., pp. 211 ss.

⁵³ È quanto correttamente nota anche F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 224 ss. (e vedi, ivi, la nota n. 77). Cfr. inoltre A. D'ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, cit., p. 211; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 43.

⁵⁴ Cfr. U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., p. 447, nota 366.

sia, come prevalentemente accadrà, pecuniario. Del pari, in caso di inadempimento, il trasferimento rimarrà definitivo e pieno, in favore del beneficiario, mentre il diritto alla restituzione avrà a oggetto l'eventuale eccedenza del riscosso rispetto al debito principale⁵⁵.

Simili risultati, a ben vedere, non configurano un inaccettabile precipitato dell'assetto fiduciario nemmeno nel caso in cui l'oggetto della vicenda sia un diritto reale, atteso che essi non determinano un'alterazione e una *dissociazione* del paradigma proprietario, ma solo si concretizzano nell'operare di regole già rinvenibili nel sistema: l'obbligazione di dare, azionabile anche *ex art.* 2932 c.c.⁵⁶; la risoluzione del trasferimento, in caso di inadempimento ai doveri gestori (siano essi concepiti come contenuti in un separato *pactum* collegato al negozio traslativo, ovvero parte dell'unico negozio di attribuzione fiduciaria)⁵⁷.

⁵⁵ Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, cit.

⁵⁶ Già in S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 245 ss., la possibile esecuzione forzata dell'obbligazione di dare è vista come attenuazione del rilievo della potestà di abuso tipica del modello romanistico della fiducia; ad essa si richiama anche C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 122. Di contro, L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 239, nota 7, svaluta simile mezzo di tutela, «dal quale sarebbe grave errore dedurre che il diritto del fiduciario è limitato realmente o direttamente: egli è solo obbligato; la sua obbligazione, è, però, suscettibile di esecuzione specifica. Questa presuppone che intanto il fiduciario, osservando l'obbligo assunto, non abbia alienato ad altri il bene: altrimenti nulla vi è da chiedere oltre il risarcimento dei danni [...]».

⁵⁷ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 612.

TRUST E LEGITTIMARI: ESISTE UN PROBLEMA DI CIRCOLAZIONE DEI BENI CONFERITI IN TRUST?

Giulio Errani¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'individuazione del soggetto passivo dell'azione di riduzione. – 3. L'effetto retroattivo reale della riduzione e le possibili ripercussioni sulla successiva circolazione dei beni conferiti in *trust*.

1. *Introduzione*

Il rapporto tra il diritto dei *trust* e la disciplina interna in materia di successioni si conferma nel tempo uno degli ambiti maggiormente problematici nel processo di adattamento dell'istituto del *trust* al nostro ordinamento. Nella breve relazione che segue, si tratterà in particolare di alcuni aspetti riguardanti le incerte modalità applicative dei rimedi successori esperibili dal legittimario leso in conseguenza di un *trust* liberale: si fa riferimento naturalmente alle azioni di riduzione e restituzione.

Le caratteristiche che rendono più difficoltoso l'adattamento dei rimedi successori interni dell'azione di riduzione e conseguente restituzione al caso del *trust* possono essere sintetizzate in due punti fondamentali.

¹ Dottorando di ricerca in Diritto Privato presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna e notaio in Bologna.

Il primo è che nonostante sia pacifico che nel suo complesso un *trust* possa dar luogo ad un disegno liberale indiretto², bisogna anche riconoscere che nel *trust* non vi è un singolo atto giuridico idoneo a concretare da solo tutti gli elementi (oggettivi e soggettivi) della liberalità (ossia, impoverimento del donante e arricchimento del donatario, senza che vi sia un interesse patrimoniale del donante)³. Da questo punto di vista il *trust* è una sorta di liberalità destrutturata, dove l'impoverimento del donante viene prodotto a mezzo dell'atto dispositivo (di conferimento), tramite cui il disponente vincola determinati beni al perseguimento delle finalità del *trust*, mentre l'arricchimento del donatario si avrà solo, successivamente, con l'acquisto da parte dei beneficiari di un diritto ad ottenere in concreto determinati vantaggi dal fondo in *trust*⁴. E tuttavia, anche gli

² La constatazione che il rapporto di *trust*, osservato nel suo complesso, sia idoneo a realizzare una liberalità indiretta rende l'istituto soggetto all'applicazione della disciplina di tutela dei legittimari, come previsto dall'art. 809 del Codice civile. Ciò anche in considerazione dell'art. 15 della Convenzione, che fa espressamente salvo il diritto imperativo degli Stati ratificanti in tema di successioni *mortis causa*, con particolare riferimento alla legittima. Cfr. A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 2006, pp. 70 ss.; P. MANES, *Trust interni*, in *Dig. Civ.*, Torino, UTET, 2013, pp. 769 ss.; M. IEVA, *Le successioni e le donazioni*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, II, 1, Milano, Giuffrè, 2009, p. 945; S. PATTI, *Trust, quota di riserva e causa concreta*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, pp. 526 ss.; L. GATT, *Dal trust al trust*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; S. BARTOLI, *Trust interno e liberalità non donativa*, in *Liberalità non donative e attività notarile, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, Il Sole 24 Ore/Pirola, 2008, p. 59; D. MURITANO, *Segregazione patrimoniale e destinazione vincolata nell'attività notarile*, Convegno Salerno 31 maggio 2013; G. IACCARINO, *Liberalità indirette*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 27.

³ P. MANES, *Trust interni*, cit., p. 773; A. TORRENTE, *La donazione*, cit., pp. 211 ss.; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, Cedam, 2016, p. 307; A. PALAZZO, *Le donazioni, sub. artt. 769-809*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il Codice civile, Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 5 ss.; S. PICCININI, *Gli atti di liberalità*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, Padova, Cedam, 2010, p. 360.

⁴ Il momento in cui si produce l'arricchimento del donatario indiretto, pertanto, nel caso del *trust*, è successivo (se non altro da un punto di vista logico, ma molto spesso anche temporalmente) rispetto agli atti istitutivo e dispositivo. La certezza in merito alla produzione di un arricchimento in capo ad un determinato soggetto potrebbe non derivare, infatti, direttamente dall'atto istitutivo del *trust*, nell'ambito del quale la scelta dei beneficiari potrebbe essere demandata al *trustee*,

atti di conferimento e distribuzione non sono di per sé idonei a concretare la fattispecie liberale. Infatti, la circostanza che questi atti siano parte di un'operazione volta a realizzare un intento liberale (e dunque priva di un ritorno patrimoniale per il disponente) può determinarsi unicamente osservando le clausole dell'atto istitutivo del *trust*, e in particolare, la descrizione della finalità del *trust*. Il secondo aspetto problematico è naturalmente che nella liberalità attuata a mezzo di *trust* gioca un ruolo fondamentale un soggetto (il *trustee*) giuridicamente terzo rispetto al donante e al donatario indiretti.

Analizzate le caratteristiche fondamentali di cui bisogna tenere conto nell'analisi che segue e che distinguono, per i nostri fini, la liberalità attuata a mezzo di *trust* da altre fattispecie negoziali realizzative di liberalità (dirette e indirette), veniamo alla prima delle questioni da affrontare.

2. *L'individuazione del soggetto passivo dell'azione di riduzione*

Giova anzitutto premettere che così come per il caso della donazione tipica, anche per le liberalità indirette, il soggetto passivo dell'azione di riduzione viene generalmente individuato in colui che beneficia dell'arricchimento economico provocato dallo spostamento patrimoniale gratuito motivato dall'intento liberale. Pertanto, secondo una prima possibile ricostruzione, il soggetto passivo dell'azione di riduzione esperita da un legittimario leso tramite un *trust* liberale non può che essere individuato nel beneficiario (o nei beneficiari) di quel *trust*, destinatario effettivo dell'arricchimento economico prodotto dall'operazione⁵. Una ricostruzione del genere, tuttavia, pone ostacoli insuperabili ogni volta in cui, al momento dell'a-

essendo individuata genericamente solo una classe di potenziali beneficiari (è questo il tipico caso di *trust* cd. discrezionale) ovvero dipendere da eventi futuri ed incerti. In tali situazioni, ricorre un periodo, magari destinato anche a protrarsi per tutta la durata del *trust*, in cui non è possibile conoscere in capo a chi (e in che misura), tra i soggetti inclusi nella classe dei possibili beneficiari, verrà a prodursi l'arricchimento derivante dal rapporto di *trust*.

⁵ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit., p. 307; E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 276; C. ROMANO, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Not.*, 2014, 6, p. 613.

pertura della successione del disponente, non siano ancora identificati i beneficiari del *trust* o che questi, pur essendo astrattamente identificati, non abbiano ancora maturato un diritto certo ed attuale (esigibile) alla distribuzione del fondo in *trust*. È il caso: dei *trust* di scopo (caratterizzati per l'inesistenza dei beneficiari), dei *trust* discrezionali (nei quali frequentemente il diritto spettante a ciascun soggetto appartenente all'individuata classe dei beneficiari è soggetto ad incertezza sotto i profili dell'*an* e/o del *quantum*) e, più in generale, di tutti i *trust* destinati a durare oltre la vita del disponente (e quindi, ad esempio, sempre nel caso dei *trust* testamentari)⁶. Per questi casi, in un primo tempo, alcuni autori avevano concluso che quando un *trust* lesivo dei diritti dei legittimari del disponente non consentisse al momento opportuno l'individuazione dei beneficiari economici, allora dovesse essere considerato come non riconoscibile dal nostro ordinamento, con conseguente invalidità a catena di tutti gli atti dispositivi compiuti inerentemente a quel *trust*⁷.

La dottrina successiva e la giurisprudenza (nei pochissimi casi sino ad ora capitati), invece, hanno tendenzialmente ritenuto eccessivo il ricorso all'ipotesi di invalidità, potendosi anche in questi casi fare ricorso alle norme interne in tema di riduzione, seppur con qualche adattamento, consistente, principalmente, nell'individuare il *trustee* come legittimato passivo dell'azione di riduzione⁸. Da qui,

⁶ Si consideri che anche in questi casi può ben sussistere una lesione dei diritti del legittimario, in quanto, perché essa si verifichi, è sufficiente che alla morte del disponente il vincolo derivante dal *trust* liberale sussista ancora e gravi su un fondo abbastanza ampio da ledere le sue aspettative successorie.

⁷ Ed in particolare, la non riconoscibilità sarebbe da ricondurre all'applicazione dell'art. 13 Convenzione, cfr. M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit., p. 307 e, precedentemente, ID., *Lettera a un notaio conoscitore di trusts*, in *Riv. Not.*, 1996, 3, p. 1161; applicando la medesima *ratio*, F. DI SABATO, *La libertà del debitore di disporre dei propri beni in trust*, in C. BUCCICO (a cura di), *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 204 ss., ritiene che non sia riconoscibile un *trust* «diretto a rendere maggiormente difficoltosa la realizzazione delle ragioni creditorie». La nullità del *trust* lesivo dei diritti dei legittimari è altresì sostenuta da F. CORSINI, *Trust e diritti dei legittimari e dell'erario in Italia*, in *Riv. not.*, 1998, 1/2, p. 76, seppure l'autore riconduca l'invalidità ad un'ipotesi di frode alla legge, più che di non riconoscibilità dello strumento.

⁸ G. DE NOVA, *I trust, la collazione e la tutela dei legittimari*, Relazione al congresso nazionale dell'associazione «Il trust in Italia», reperibile sul sito web www.il-trust-in-Italia.it. La tesi è peraltro largamente condivisa in dottrina, cfr. S.

poi, è stato anche successivamente ipotizzato che il *trustee* possa essere individuato come legittimato passivo dell'azione di riduzione in ogni caso e cioè a prescindere dalla circostanza che i beni oggetto delle disposizioni lesive siano ancora o meno nella sua disponibilità e quindi anche successivamente all'avvenuta distribuzione del fondo ai beneficiari⁹. Si è detto che in tal caso il legittimario vittorioso nel giudizio di riduzione contro il *trustee* dovrebbe agire con l'azione di restituzione contro il beneficiario destinatario di distribuzioni «al pari di come dovrebbe agire contro l'avente causa dal donatario o dal successore *mortis causa*»¹⁰. In altre parole, secondo quest'ultima ricostruzione, l'atto di conferimento viene trattato esattamente come se fosse una donazione formale compiuta dal disponente nei confronti del *trustee*. Una tale conclusione, tuttavia, non appare del tutto convincente. Essa finisce infatti per applicare i meccanismi delle azioni di riduzione e restituzione allo schema formale del *trust*, prescindendo dal risultato economico (sostanziale) perseguito tramite l'utilizzo dell'istituto: in tal modo, viene travisata la stessa disposizione dell'art. 809 del codice civile, che si basa proprio sulla necessità di applicare le norme c.d. "materiali" dettate in materia di donazione prescindendo dalla veste formale degli istituti utilizza-

BARTOLI, *Il trust*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 647; A. MOJA, *Il trust nel diritto civile e tributario*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 291; F. ROTA, G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 38; ultimamente si veda G. MERCANTI, G. RIZZONELLI, *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, in *T&AF*, 2017, 6, p. 600. In giurisprudenza: Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007, confermata da App. Firenze, 9 agosto 2001, in *Fisco*, 2003, p. 360, Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, in *Quaderni Trusts e attività fiduciarie. La giurisprudenza italiana sui trust*, Milano, 2009, 4, p. 425, Trib. Torino, 27 dicembre 2011, citata da L. FERRAJOLI, *Gli strumenti di tutela del patrimonio*, Bergamo, Studio Ferrajoli, 2013 e in S. BARTOLI, F. CLAUSER, P. LAROMA JEZZI, *Casi e questioni in tema di negozi di destinazione*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 180; Trib. Udine, 14 agosto 2015, in *www.ilcaso.it.*, 2015, p. 13468; Trib. Lucca, 19 aprile 2017, pubblicata integralmente in *T&AF*, 2017, 6, p. 645, con nota di S. PUGGIONI, *Lesione di legittima e trust statunitense*, in *T&AF*, 2018, 9, p. 9; Trib. Imperia 21 novembre 2018, in *T&AF*, 2019, pp. 381 ss., per il quale si consenta il rinvio alla nota di G. ERRANI, *Il Trust come liberalità indiretta "anomala" e il suo rapporto con le norme a tutela dei legittimari*, in *T&AF*, 2019, 4, p. 381.

⁹ G. MERCANTI, G. RIZZONELLI, *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, cit., p. 603.

¹⁰ G. MERCANTI, G. RIZZONELLI, *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, cit., p. 604.

ti, ma avendo riguardo alla sostanza economica (liberale) dell'operazione¹¹.

L'ipotesi ricostruttiva che invece pare si stia definitivamente affermando e che nei fatti è già stata seguita anche dalle poche sentenze di merito sul tema (da ultimo nella citata sentenza del Tribunale di Imperia del 2018) è pertanto quella secondo cui: per i casi in cui l'arricchimento derivante dal *trust* si sia realizzato in capo ai beneficiari anteriormente o contestualmente alla morte del disponente, essendosi dunque già realizzata pienamente la liberalità indiretta, il soggetto passivo dell'azione di riduzione può ben essere individuato direttamente nel beneficiario economico dell'operazione; per i soli casi in cui, invece, alla morte del disponente i diritti spettanti ai beneficiari non siano ancora maturati o risultino incerti o non ci siano beneficiari (come nei *trust* di scopo), l'azione di riduzione non potrà che essere rivolta contro il titolare *medio tempore* del fondo in *trust*, ossia il *trustee*, il quale, sebbene non possa essere considerato certamente "donatario" rispetto al disponente, è comunque l'unico soggetto in capo al quale si è prodotto un incremento patrimoniale gratuito, quantunque temporaneo: limitatamente questo aspetto, in maniera simile a che se fosse un donatario a termine o donatario modale (seppur con tutte le diversità del caso)¹².

¹¹ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di G. Ferrucci, A. Ferrentino, IV ed., Milano, Giuffrè, 2015, II, pp. 1651 ss.; A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., pp. 709 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, cit., pp. 70 ss.

¹² V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., p. 77; si consenta un rinvio anche a G. ERRANI, *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, p. 951. Per quanto riguarda la casistica giurisprudenziale, in particolare, si evidenzia che nell'unico caso in cui una corte si è trovata a giudicare un *trust* ove il beneficiario aveva già maturato il diritto alla distribuzione, il giudice adito ha avvallato la possibilità di esperire l'azione di riduzione direttamente nei confronti del beneficiario, senza neppure considerare l'ipotesi di esercizio dell'azione nei confronti del soggetto che aveva svolto l'ufficio di *trustee* durante la vita del disponente (è il caso trattato dalla già richiamata sentenza del Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, la quale riguardava un *trust* il cui atto istitutivo prevedeva come termine finale la morte del disponente, con conseguente distribuzione del fondo al beneficiario). Diversamente, in tutte le altre ipotesi vagliate dalla giurisprudenza, riguardanti casi ove il vincolo costituito con il *trust* perdurava anche successivamente alla morte del disponente, il legittimato passivo dell'azione di riduzione è stato sempre individuato dalle corti nel *trustee*. Si fa riferimento alle già sopra richiamate sentenze, Trib. Lucca, 23 settembre 1997; App. Firenze, 9 agosto

3. *L'effetto retroattivo reale della riduzione e le possibili ripercussioni sulla successiva circolazione dei beni conferiti in trust*

Altra questione problematica in caso di azione di riduzione applicata al *trust* è se operi o meno l'effetto retroattivo reale tipico del rimedio in questione e se, dunque, vi sia un rischio per il terzo avente causa dal *trustee* (o dal beneficiario) di vedersi sottratto il bene acquistato, in seguito al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte dei legittimari del disponente (che originariamente aveva conferito in *trust* il medesimo bene)¹³.

Per analizzare il tema in questione in maniera più ordinata possibile, pare corretto principiare tenendo a mente, anzitutto, in che modo il rimedio della riduzione tecnicamente operi e quindi da dove esso derivi la sua caratteristica efficacia retroattiva reale. Non si ha qui il tempo e lo spazio di ripercorrere l'annoso dibattito in merito alla natura giuridica dell'azione di riduzione e si procederà, pertanto, all'analisi proposta adottando lo schema tradizionale, ancora maggiormente accettato, secondo cui il rimedio successorio della riduzione (inteso in senso ampio) può essere sintetizzato in tre distinte azioni: l'azione di riduzione (c.d. in senso stretto), da un lato, e le due azioni di restituzione dall'altro: l'azione di restituzione contro il donatario e l'azione di restituzione contro il terzo avente causa dal donatario¹⁴. All'intero di questa triplice ripartizione, si afferma generalmente che le azioni di restituzione svolgono solamente la funzione di azione esecutiva rispetto all'azione di riduzione, dalla quale invece dipende il mutamento della realtà giuridica che coinvolge i beni oggetto di disposizione lesiva¹⁵. In altre parole, la sentenza di riduzione ha il ruolo di accertare la lesione dei legittimari ed è capa-

2001; Trib. Udine, 14 agosto 2015; Trib. Lucca, 19 aprile 2017 e Trib. Imperia, 21 novembre 2018.

¹³ Sul tema si segnala anche S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 2, pp. 466 ss.

¹⁴ Si rinvia per tutti a G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., I, p. 511; F. SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, Jovene, 1961, p. 310; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione Necessaria*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 2000, p. 232.

¹⁵ A. TORRONI, *La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del Codice civile*, in *Giur. It.*, 2012, 2, pp. 1951 ss.

ce di rendere inefficaci retroattivamente le disposizioni lesive, fino a concorrenza con la quota di legittima. L'inefficacia (retroattiva) provocata dalla riduzione, giustifica poi l'esperimento delle azioni di restituzione (di cui agli artt. 561 e 563 del codice civile), che servono dunque al legittimario vittorioso nella riduzione, per ottenere, anche dalle mani del terzo avente causa dal donatario, al ricorrere dei presupposti di legge, la restituzione in natura dei beni originariamente disposti, i quali sono da considerarsi, a seguito della riduzione, come "mai usciti" dal patrimonio del *de cuius*, con effetto retroattivo. Per quanto di interesse per la presente analisi, pertanto, è necessario tenere a mente che, secondo la teoria maggiormente accreditata, e sopra sintetizzata, la retroattività reale tipica del rimedio successorio della riduzione deriva dall'effetto caducatorio a catena provocato dall'inefficacia del primo atto liberale lesivo: in conseguenza dell'inefficacia di tale atto, infatti, sono da ritenersi inefficaci tutti gli atti dispositivi successivi, fino al titolare *pro tempore* del bene originariamente disposto, secondo il principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*¹⁶.

Portando queste considerazioni all'ambito del *trust*, diventa dunque determinante comprendere quale sia l'atto giuridico che, in senso stretto, viene colpito da inefficacia a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, onde poter valutare quali siano gli atti dispositivi successivi ad esso che eventualmente debbano essere considerati, in via derivata e conseguente, inefficaci. Sul punto ancora non si sono registrate pronunce decisive in giurisprudenza, ma si osserva una certa tendenza (molto forte, in particolare, nelle sentenze in tema di revocatoria) a considerare che il bersaglio dell'azione di riduzione sia non tanto il *trust* nel suo complesso, ma in senso stretto l'atto di conferimento compiuto dal disponente in favore del *trustee*¹⁷. Se così fosse, tuttavia, parrebbe difficile, poi,

¹⁶ Vedi E. CANTELMO, *I legittimari*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, Padova, 2010, II, pp. 602; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, Milano, Giuffrè, 2015, p. 204 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., I, p. 525; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 232.

¹⁷ In Trib. Lucca, 19 aprile 2017, già sopra richiamata, ad esempio, il giudice adito ha disposto la riduzione di un conferimento in *trust* attuato a mezzo di lascito testamentario in favore del *trustee*, con conseguente reintegrazione in natura della

considerare i successivi atti dispositivi compiuti dal *trustee* e dai beneficiari del *trust* al riparo dall'effetto retroattivo reale tipico della riduzione, proprio in applicazione del citato principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*. Dal che ne conseguirebbe la grave considerazione che gli aventi causa dal *trustee* e dal beneficiario sarebbero soggetti alle medesime incertezze tipiche degli aventi causa dal beneficiario di una donazione tipica (*ex art. 769 codice civile*), con ovvie ripercussioni pregiudizievoli per la successiva circolazione dei beni conferiti in *trust*¹⁸.

massa ereditaria (nel dispositivo della sentenza si legge in particolare: «[il giudice] accoglie la domanda di riduzione proposta [dalle attrici] e per l'effetto dichiara che le medesime sono eredi legittimarie pretermesse del de cuius e che, in virtù di tale qualifica, spetta [alle prima] una quota pari a 1/4 del patrimonio del de cuius e [alla seconda] una quota pari a 1/4 del patrimonio del de cuius; per l'effetto riduce in questi termini le disposizioni del testamento [...] e del *trust*, con conseguente reintegrazione delle legittimarie pretermesse nella quota di riserva loro spettante, come sopra determinata [...]». In Trib. Imperia, 21 novembre 2018, già sopra richiamata, invece, il giudice adito ha dichiarato, come effetto diretto della riduzione, l'inefficacia di alcuni atti dispositivi compiuti dal disponente quando ancora in vita, obbligando il *trustee* a restituire le liquidità ricevute (in quella circostanza, le dotazioni avevano avuto tutte ad oggetto somme di denaro, non ponendosi dunque il problema della restituzione di beni in natura). In tema di revocatoria, la giurisprudenza ha chiaramente sancito in più occasioni il principio secondo cui il rimedio giudiziale provoca l'inefficacia, in senso stretto, dell'atto di conferimento compiuto dal disponente al *trustee*. Si parla di revocatoria del conferimento, in particolare nelle seguenti decisioni dell'ultimo periodo: Trib. Forlì, 8 febbraio 2021; Trib. Oristano, 3 febbraio 2021; App. Milano, 22 gennaio 2021; App. Milano, 19 gennaio 2021; App. Firenze, 30 dicembre 2020; Trib. Cuneo, 8 ottobre 2020; Trib. Benevento, 23 luglio 2020; App. Genova, 20 novembre 2020; Appello Brescia, 29 ottobre 2020; Trib. Brescia, 14 novembre 2020 (dove espressamente si pone il dubbio se sia corretto indirizzare l'azione revocatoria contro l'atto di conferimento); Trib. Busto Arsizio, 5 novembre 2020; Trib. Modena, 7 ottobre 2020 e molte altre, tutte disponibili sul sito web <https://www.il-trust-in-italia.it>.

¹⁸ Verso una tale ipotesi sembra orientarsi V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, cit., p. 78, il quale contempla l'applicazione dell'effetto di cui all'art. 561 c.c. in caso di esercizio di azione di riduzione nei confronti del gerente di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* del codice civile e, in certa misura, anche G. DE NOVA, *I trust, la collazione e la tutela dei legittimari*, cit., p. 2, dove si afferma che i legittimari possono domandare la restituzione dei beni conferiti qualora il *trustee* sia ancora titolare degli stessi. Da ultimo, anche in S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, cit., pp. 466 ss., si afferma chiaramente che secondo l'opinione dell'autore, qualora il *trust* abbia una "gestione statica", ai legittimari lesi del disponente sarà data la possibilità di giovare appieno, in caso di esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, dell'effetto restitutorio in natura.

Una diversa ricostruzione, tuttavia, forse sarebbe prospettabile, se si adottasse, in particolare, anche per i *trust*, nella valutazione degli effetti dell'esercizio dei rimedi successori, la tradizionale distinzione, conosciuta nel mondo delle liberalità indirette, tra negozio-mezzo (non liberale e, pertanto, non colpito dall'inefficacia provocata dalla riduzione), e negozio-fine (liberale)¹⁹. In questo senso pare orientarsi una sentenza di Cassazione (Cass., 18 dicembre 2015, n. 25478) dove si afferma testualmente che nel *trust* liberale «l'arricchimento si realizza tramite la mediazione della causa fiduciaria». La Suprema Corte parrebbe dunque inquadrare l'intero rapporto di *trust* (inteso nella sua complessità di atti: di conferimento, istitutivo e distributivo) come un unico rapporto mezzo (costituito da una pluralità di atti collegati) nell'ambito del quale l'effetto che il disponente voglia provocare tramite quel *trust* (di volta in volta, liberale, solutorio, di garanzia od oneroso) è sempre mediato dalla *causa fi-*

¹⁹ La distinzione tra negozio-mezzo e negozio-fine, tipica di tutti i negozi indiretti, in campo liberale, comporta che il raggiungimento dello scopo donativo necessita di essere incardinato in una fattispecie negoziale autonoma, collegata al negozio-mezzo che, da solo, realizzerebbe esclusivamente gli effetti che gli sono propri. La donazione indiretta è pertanto il risultato di un collegamento tra due negozi giuridici: l'uno, il negozio-mezzo, produttivo degli effetti che gli sono propri e l'altro, negozio-fine, strettamente collegato al primo, con cui le parti colmano la differenza tra il risultato del negozio-mezzo e lo scopo donativo voluto (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., II, p. 1655; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da P. Schlesinger, a cura di U. Carnevali, A. Mora, II ed., Milano, 2006, p. 41). A fini di completezza, pare corretto specificare che, specialmente in passato, altra parte della dottrina sosteneva che il raggiungimento dello scopo donativo attenesse unicamente alla sfera dei motivi del negozio realmente concluso. L'effetto donativo si otterrebbe, secondo tale dottrina, mediante il consapevole utilizzo degli effetti di un altro negozio, a cui possono essere apposte clausole "speciali" (così F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1997, p. 163; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 117). Per la distinzione tra negozio-mezzo e negozio-fine si veda anche una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dove si introduce altresì la distinzione tra donazione indiretta e donazione diretta ad esecuzione indiretta: Cass. sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Corr. giur.*, 2017, 10, pp. 1219 ss., con nota di M. MARTINO, *Le Sezioni Unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta*, in *Corr. Giur.*, 10, 2017, pp. 1216 ss., nell'ambito della quale la Corte ha stabilito che: «Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta».

duciaria. Per tale via, riportando il discorso agli effetti della riduzione sullo schema negoziale in esame, si potrebbe dire che, come nella liberalità indiretta attuata con altri strumenti giuridici, come ad esempio, mediante un contratto di vendita in favore di terzo o dove il prezzo viene pagato da terzo, non è la vendita (negoziio-mezzo) ad essere oggetto di riduzione, allo stesso modo anche nel *trust* si potrebbe dire che non sono gli atti di cui il *trust* è composto ad essere caducati dalla riduzione (in quanto rientranti nel concetto di negozio mezzo), quanto piuttosto la manifestazione di volontà, distinta e concettualmente esterna al negozio mezzo, che qualifica come liberale lo spostamento patrimoniale intervenuto tra donante e donatario indiretti²⁰.

²⁰ La dottrina che se ne è occupata ha riportato diverse giustificazioni per le quali sarebbe inconcepibile la caducazione del negozio mezzo a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte dei legittimari: in particolare si è detto che, in molti casi di liberalità indiretta il donante neppure partecipa al negozio-mezzo e, anzi, parti di esso possono essere soggetti terzi del tutto inconsapevoli del disegno liberale voluto dal disponente (si pensi all'esempio della liberalità indiretta compiuta mediante adempimento del terzo, dove il donante si limita a pagare un prezzo pattuito all'interno di un contratto di cui non è parte sostanziale). Peraltro, i successivi aventi causa non sarebbero neppure nella posizione di rilevare la liberalità indiretta (così A. MAGLIULO, *Il problema delle "provenienze donative" tra vecchie questioni e nuove norme*, in *Not. Quaderni*, 2009, p. 112. Nello stesso senso, seppur con alcune differenze, si veda U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, I, p. 137). In secondo luogo, si è precisato che l'impoverimento del donante indiretto non deriva in senso stretto dalla causa negoziale che sorregge il negozio mezzo (che, infatti, è generalmente onerosa); al contrario, è la qualificazione liberale del negozio-fine a giustificare sotto il profilo causale lo spostamento patrimoniale gratuito che avviene tra donante indiretto e donatario indiretto, con conseguente depauperamento del patrimonio del primo (L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., pp. 251 ss.). Al riguardo, giova anche ricordare la nota sentenza della Corte di Cassazione del 12 maggio 2010, n. 11496, che rappresenta un precedente pressoché incontestato in dottrina e in giurisprudenza in tema di riduzione di liberalità indirette, nel quale la Suprema Corte ha sancito, in linea generale, che: «alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura (vedi sub art. 560) [...] con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati né incide sul piano della circolazione dei beni» (Cass., 12 maggio 2010, n. 11496). Sarà quindi salvo dalle pretese dei legittimari (art. 563) l'acquisto dell'acquirente dal donatario "indiretto" (più recentemente, in senso conforme al principio espresso dalla Suprema Corte anche

Non occorre neppure spiegare come queste considerazioni potrebbero influire per l'analisi dell'operatività o meno dell'effetto retroattivo reale del rimedio successorio in ambito di *trust*. Infatti, se si giunge ad affermare, come detto sopra, che la sentenza di riduzione non provoca la caducazione dell'atto di dotazione (che è il titolo da cui deriva in senso stretto l'acquisto dei beni da parte del *trustee*), in quanto essa è unicamente diretta a colpire la qualificazione liberale dello spostamento patrimoniale gratuito, conseguentemente, si deve concludere che non possono essere travolti dall'inefficacia provocata dalla sentenza di riduzione neppure i successivi negozi con cui, il *trustee* prima e il beneficiario poi, abbiano disposto dei beni ricevuti. Se si ammette la premessa della non risolubilità dell'atto di conferimento, infatti, una diversa conclusione diventa difficilmente conciliabile con la natura del rimedio successorio in questione: chi volesse argomentare in favore del mantenimento della tutela reale anche in questo caso, non potendo far riferimento all'effetto risolutorio del negozio di trasferimento, dovrebbe sostenere che la sentenza di riduzione produca non solo la risoluzione del accordo liberale (esterno al negozio-mezzo) propriamente lesivo della legittima, ma altresì la condanna del *trustee* o del beneficiario a trasferire un proprio bene al legittimario, pur non essendo il titolo di acquisto di tale bene toccato dalla inefficacia provocata dalla riduzione²¹. Ma anche in quel caso, poiché la riduzione a quel punto comporterebbe un nuovo trasferimento tra il donatario e il legittimario, scollegato dalla disciplina prevista dagli artt. 561 e 563 c.c., «verrebbe a configurarsi tra lo stesso e gli aventi causa dal donatario un conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore per risolvere il quale dovrebbe applicarsi il criterio della priorità della trascrizione», previsto da-

Trib. Trento, 22 maggio 2014, in banca dati *pluris-cedam.utetgiuridica.it* e Trib. Roma, 30 maggio 2011, in banca dati *pluris-cedam.utetgiuridica.it*).

²¹ Questa era la tesi sostenuta, in passato, in tema di liberalità indirette, da U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., p. 141 e 143; ID., *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, p. 729, dove l'autore afferma che la sentenza di riduzione è idonea a far sorgere l'obbligazione in capo al donatario di «restituire al legittimario la liberalità indirettamente ricevuta».

gli articoli 2643, n. 14 e 2653 n. 2 del codice civile²². Le medesime considerazioni, per la generalità delle liberalità non donative, hanno portato molti autori ad affermare che, quando la lesione della legittima derivi da una donazione indiretta, in seguito al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte dei legittimari, non potrà che sorgere in capo al donatario un'obbligazione *ex lege* di restituire per equivalente o comunque con efficacia *ex nunc* l'arricchimento conseguito, in quanto non più sorretto da alcuna giustificazione causale²³. Per questa strada, anche in ambito di *trust*, si potrebbe ritenere inibita la possibilità per i legittimari di recuperare in natura i beni vincolati in *trust*, essendo il diritto di questi limitato ad una mera pretesa in valore, senza che sia minata la sicurezza nella circolazione successiva dei beni conferiti.

²² A. TORRONI, *La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del Codice civile*, in *Giur. It.*, 2012, 2, p. 1951, il quale compie queste considerazioni in tema di riduzione di liberalità indirette.

²³ G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, pp. 683 ss.; ID., *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. Not.*, 2009, 4, p. 824; S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, cit., pp. 466 ss.; ID., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 33 ss.; U. LA PORTA, *Azione di riduzione di "donazioni indirette" lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal "donatario". Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2009, pp. 963 ss.; A. TORRONI, *La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del Codice civile*, cit., pp. 1951 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., pp. 251 ss.

I NUOVI SCENARI DELLA FIDUCIA E DELLA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

Paola Manes¹ dialoga con Maurizio Lupoi²

La prof.ssa Paola Manes introduce il prof. Maurizio Lupoi: professore emerito dell'Università di Genova e allievo di Gino Gorla, fondatore ed attuale presidente dell'associazione "Il trust in Italia", nostro ente patrocinatore. È colui al quale si deve il merito storico di aver portato il *trust* nelle professioni, a disposizione degli operatori non accademici, essendo stato lo strumento, dagli anni '30 fino ad allora, confinato al solo ambito dottrinale (Franceschelli, Grassetto), dunque alla letteratura accademica.

1. *Prima domanda*

Maurizio, come hai potuto togliere al trust quell'aria così retrò e, togliendolo dal polveroso scaffale, renderlo accattivante e fruibile da tutti? Come hai realizzato, in così poco tempo, al cospetto del sonno di tanti decenni, questo obiettivo così importante e, fino ad allora, mai raggiunto e anzi ritenuto di impossibile accoglimento nel nostro diritto?

¹ Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

² Professore emerito presso l'Università di Genova e presidente dell'associazione "Il trust in Italia".

Risposta del prof. Lupoi

Ho seguito due diverse strade, una verso il mondo accademico e l'altra verso il mondo professionale. Questa seconda è stata quella vincente per una serie di ragioni. Innanzitutto, ho presentato il *trust* come uno strumento a disposizione di tutti, di ogni tipo di operazione, non solo dei grandi patrimoni, delle grandi ricchezze e delle grandi famiglie che non sono rappresentative, peraltro, del nostro paese. In secondo luogo, ho inventariato nel tempo le tante fattispecie di rilevanza sociale – basti pensare alle coppie di fatto e alle persone con disabilità, ma anche alla tutela dei figli minori nel contesto di una separazione o un divorzio – rispetto alle quali il diritto civile non offriva le necessarie tutele. È la “sclerosi” del diritto civile che ha richiesto medicine e per necessità queste sono state individuate in altri ordinamenti.

2. Seconda domanda

Essersi rivolto *in primis* e con tanto successo ai professionisti non accademici ha avuto un costo molto alto, vista la reazione della civilistica, ad eccezione di rari ma luminosi casi, tra i quali il mio Maestro, Francesco Galgano. Perché questa levata di scudi della civilistica tradizionale?

Risposta del prof. Lupoi

Primo, la civilistica tradizionale non hai mai studiato il *trust*, basta scorrere le note a piè di pagina degli scritti in materia. Ha “intuito” il *trust*, o se si vuole, è rimasta allo stadio della “precomprensione” con rarissime eccezioni, penso fra i primi ad Antonio Palazzo e a Guido Alpa.

Secondo, non ha capito che l'intero diritto civile è diventato indifendibile da quando i flussi giuridici hanno abolito le barriere nazionali e il *trust*, approcciato sotto il profilo funzionale, è un flusso giuridico. La teoria dei flussi giuridici³ spiega perfettamente quel

³ Proposi questa teoria in M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, ESI, 2001.

che è avvenuto in Italia rispetto al *trust* e ne delinea le conclusioni che stiamo vivendo: la figura del *trust* è stata intuita quale chiave di soluzione laddove il diritto civile non arrivava e questo ha prodotto uno scompenso e quindi un disordine nel nostro clima giuridico (basti pensare alle vicende dottrinali). La teoria dei flussi giuridici afferma che il disordine prodotto dal flusso non può durare oltre un certo tempo, decorso il quale il flusso o è respinto (pensa alle elezioni primarie) o è metabolizzato. Quest'ultimo è stato l'esito del *trust*, la cui metabolizzazione è in corso in tutti i settori del nostro ordinamento giuridico: i nostri giudici si sono posti quesiti non solo di diritto civile, ma anche di diritto processuale civile e di diritto e procedura penale, finanche di diritto amministrativo e assai spesso si è trattato di quesiti che i giudici degli ordinamenti di provenienza non si pongono: ecco come si manifesta la metabolizzazione. Un esempio di grande rilevanza in questa ottica è l'indagine sulla causa concreta, che in *common law* non è neanche prospettabile.

3. Terza domanda

Come ha fatto il *trust* ad avere un così largo e trasversale successo, tanto da costituire, nel panorama civilistico, un *unicum*, cui tutti i paesi, *in primis* la Spagna dove il *trust* non è mai decollato, guardano con ammirazione?

Risposta del prof. Lupoi

Il ruolo trainante è stato assunto dalla magistratura. Si tratta di un caso eccezionale dal punto di vista della teoria delle fonti di produzione, forse unico, perché la magistratura si è mossa in forza di una visione che in breve tempo è divenuta unanime, nonostante che avesse di fronte a sé la barriera della dottrina civilistica assolutamente maggioritaria.

Abbiamo così assistito allo svolgersi di una funzione pretoria, che non va confusa con le esperienze storiche del diritto romano o dell'*equity* inglese: la differenza comparatisticamente rilevabile è che nel diritto romano e nell'*equity* il giudice ha dovuto inventare le soluzioni, qui invece le ha trovate pronte nel diritto straniero, le ha

adottate finché ha potuto e oggi si trova non tanto nella impossibilità di mutuarle integralmente, quanto nella necessità di dettare regole proprie: questo caratterizza qualsiasi flusso giuridico e dà luogo alla fase della metabolizzazione del flusso, della quale ho già detto⁴.

4. Quarta domanda

Al principio hai detto di avere seguito due strade, una verso il mondo accademico e l'altra verso il mondo professionale; della seconda abbiamo parlato, ma della prima cosa ne è stato?

Risposta del prof. Lupoi

In Italia l'esito è stato prossimo allo zero, mentre la mia monografia sui *trust* del 1997 è stata tradotta in inglese e pubblicata dalla Cambridge University Press nel 2000⁵. Questo è stato un evento culturale significativo perché sono rarissimi i casi di libri di diritto inglese scritti da stranieri che vengono tradotti e pubblicati in inglese. In Italia, dicevo, l'esito è stato quasi nullo e anche qui contano le note a piè di pagina degli scritti giuridici che al massimo citano le mie pagine sul *trust* interno, ma mai la parte fondamentale della monografia, che è la ricostruzione comparatistica del *trust*, proprio quella che fece scrivere una recensione entusiastica a Bernard Rudden, l'allora professore ordinario di Diritto Comparato all'università di Oxford. Simile destino è capitato a Michele Graziadei per il suo libro sui diritti nell'interesse altrui, quasi contemporaneo al mio. Un esito positivo al livello concettuale, però, dobbiamo registrarlo: è piano piano sparita la comune incomprendimento, che ancora è forte in altri paesi di diritto civile, sulla cosiddetta "doppia proprietà" del *trustee* e dei beneficiari, essendo emerso che si tratta di concetti perfettamente comprensibili da un civilista che voglia approfondire la materia e vada oltre l'immediato impatto (spero di potere tornare su questo tema più avanti nel corso di que-

⁴ Per un recente approfondimento vedi M. LUPOI, *I trust, i flussi giuridici e le fonti di produzione del diritto*, in *Foro it.*, 2019, I, p. 3147.

⁵ M. LUPOI, *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

sta intervista). C'è da dire che quell'impatto è traumatico per qualsiasi giurista di diritto civile e che è favorito dagli inglesi e dalla loro dottrina giuridica: quando Maitland lesse la lettera nella quale Otto von Gierke affermava di non capire i *trust* dovette sogghignare di soddisfazione e certo non si chiese se ci fosse nulla che la dottrina inglese potesse fare per eliminare le incomprensioni. Infatti, nulla fu fatto allora né fu fatto dopo in quella direzione e ancora oggi non è riscontrabile il minimo sforzo al di là della Manica per intavolare un dialogo con la cultura del diritto civile. D'altra parte, il diritto dei *trust* manca di coerenza teorica e già per questa ragione mal si presta al dialogo: pensa soltanto alle famose "tre certezze", vantate quale fondamento di qualsiasi *trust*, e al loro rapporto con i "charitable trust", che sono esclusi dai manuali correnti sul diritto dei *trust*, e che di almeno una fra quelle tre certezze (quella relativa ai beneficiari) sono ovviamente mancanti. Ecco perché i paesi di diritto civile e in particolare la dottrina di quei paesi, a parte l'Italia, non aprono le porte ai *trust*.

5. Quinta domanda

Parlando degli altri paesi di diritto civile, perché non si è verificato un fenomeno simile a quello che si è verificato in Italia? In Italia, abbiamo rimosso le barriere culturali e spiegato dal punto di vista comparatistico il *trust*, mentre tutti gli altri paesi di tradizione civilistica hanno legiferato solo cercando di scopiazzare il *trust*, solo e sempre seguendo supinamente il paradigma di riferimento del *trust*. Aver fatto, tramite il diritto comparato, questa operazione culturale pedepedeutica, se e come ci avvantaggia oggi?

Risposta del prof. Lupoi

Un nodo comparatistico essenziale è *l'equity* e allora dobbiamo tornare indietro quando *ius canonicum* e *ius civile* erano fratelli, che si aiutavano l'un altro; lo stacco fra i due, fino alla moderna contraddizione, rende *l'equity* impossibile in un ordinamento codificato – idea del codice che comprende tutto –, ma non la sua traduzione in termini di diritto civile perché in questi termini essa si esprime-

va originariamente⁶. Pensiamo a Baldo che, guardando ai fiduciari del suo tempo – specie in materia testamentaria – enuncia una distinzione che avrebbe meritato duraturo successo: il fiduciario è un *minister*, un *minister* con una missione e allora il suo rapporto dominicale con i beni affidatigli è detto *nudum*: “*nudum dicitur vel abstractum a commodo se non a titulo*”: una proprietà piena, ma senza personale interesse.

Da altro punto di vista, basti pensare a quanto può estendersi il concetto di buona fede, tanto soggettiva che oggettiva. Da qui si può giungere al concetto di obbligazione fiduciaria, che è centrale nel *trust*, ma che è ignorata nel nostro ordinamento giuridico e che non vedo assumere alcun ruolo nel *trust* metabolizzato.

Una volta inquadrato l’istituto, possiamo costruire figure di puro diritto civile, autonome rispetto al *trust* “scopiazzato” che hai prima richiamato, e il riferimento immediato è al contratto di affidamento fiduciario, che è stato da poco oggetto di un disegno di legge della sen. Riccardi (presentato al Senato il 16 gennaio 2020, n. 1452).

6. Sesta domanda

In cosa si differenzia questo ennesimo tentativo di legiferare in materia, dagli esempi del passato, dal vincolo di destinazione ai patrimoni destinati del diritto societario, dalla legge sul dopo di noi ai vari progetti di legge, fino al recentissimo patrimonio destinato del decreto rilancio che, in vari modi, hanno tentato di innestare il *trust* o i cosiddetti *trust like devices*, nel codice civile e nell’ordinamento italiano?

Risposta del prof. Lupoi

Se permetti, riprendo il titolo di un mio recente saggio: “si fa presto a dire *trust*”⁷. La linea dottrinale, da Lucilla Gatt a Mirzia

⁶ L’origine civilistica e canonistica del *trust* è stata da me illustrata in M. LUPOI, *Trust and Confidence*, in *Law Quarterly Review*, 125, 2009, pp. 253 ss.

⁷ M. LUPOI, *Si fa per dire “trust”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 669.

Bianca al più avvertito e consapevole Gaetano Petrelli, che vede nell'art. 2645-ter c.c. sui vincoli di destinazione il fondamento di un *trust* di diritto italiano, semplicemente ignora le specificità del *trust* e sopra tutto ignora che il *trust* non è un negozio di destinazione perché le sue regole si muovono sul terreno del diritto delle obbligazioni, non dei diritti reali. Il concetto stesso di “vincolo” sui beni in *trust* è estraneo al diritto dei *trust*: ciò che il *trust* vincola è l'attività del *trustee*, non i beni in *trust*.

Tornando un attimo al progetto Riccardi, esso enuncia, nella relazione che lo accompagna, di muovere dalla mia proposta del contratto di affidamento fiduciario, la quale ha individuato i punti di snodo che rendono il *trust* vittorioso nella competizione con gli istituti civilistici. Oltre alle obbligazioni fiduciarie, concetto per noi ignoto che ho già richiamato, pensiamo alla successione fra *trustee* che non è successione, alla esclusione dei beni in *trust* dalla successione ereditaria del *trustee*, alla pluralità di persone nelle quali un *trustee* si sdoppia (e viene acconcio qui il richiamo alle “*duae personae*” di Kantorowicz), al cambiamento del *trustee* senza che muti il rapporto giuridico, come muterebbe, per esempio, se viene meno un mandatario e il mandante ne nominasse un altro. Tutto questo ho cercato di replicare in termini civilistici nella monografia del 2014 sul contratto di affidamento fiduciario⁸ ed è questo il terreno sul quale la dottrina di diritto civile dovrebbe avventurarsi per collaborare nella configurazione di una struttura negoziale competitiva rispetto al *trust* sul terreno dell'efficienza.

Già parlare di contratto ci colloca all'origine di una serie di conseguenze che vanno attentamente valutate, ma rispetto alle quali il contratto di affidamento fiduciario presenta alcune particolarità che mi sembra utile brevemente richiamare. In primo luogo, il contratto di affidamento fiduciario ha la propria causa in un programma di attività, concetto estraneo al *trust*, ma fondamentale per la nostra cultura. In secondo luogo, permette all'affidante – controparte contrattuale dell'affidatario – di ritenere poteri che il disponente di un *trust* non potrebbe ritenere. In terzo luogo, è possibile l'inserimento dei beneficiari fra le parti del contratto, impossibile

⁸ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014.

nei *trust*, con una serie di rilevanti conseguenze sulla vita del rapporto.

In quarto luogo, i profili di autotutela, ottenuti per mezzo di meccanismi endogeni che non rendono necessario il ricorso al giudice e che portano a nuova vita i negozi di autorizzazione. Ci sarebbe parecchio altro, ma vorrei dire ancora soltanto una parola quale comparatista: il contratto di affidamento fiduciario si presenta più efficiente del *trust* perché è un prodotto del laboratorio della comparazione giuridica, mentre il *trust* è un prodotto della storia. La comparazione giuridica offre così al diritto civile italiano una traccia per il progresso e per l'ingresso con pari dignità nel consesso degli ordinamenti giuridici ai quali gli altri guardano per il proprio sviluppo.

PARTE III

FIDUCIA E DESTINAZIONE
NEL DIRITTO COMMERCIALE

DIECI TESI SULLA SEGREGAZIONE PATRIMONIALE¹

*Gianluca Guerrieri*²

SOMMARIO: 1. La segregazione patrimoniale nella storia del diritto commerciale. – 2. Dieci tesi sulla segregazione patrimoniale. – 3. La prima tesi. – 4. La seconda, la terza e la quarta tesi. – 5. (segue) La terza tesi. – 6. (segue) La quarta tesi. – 7. (segue) La seconda tesi. – 8. La quinta, la sesta, la settima e l’ottava tesi. – 9. (segue) L’ottava tesi. – 10. (segue) La quinta e la sesta tesi. – 11. (segue) La settima tesi. – 12. La nona tesi. – 13. La decima tesi.

1. *La segregazione patrimoniale nella storia del diritto commerciale*

Nella storia del diritto commerciale, tecniche di segregazione, o comunque di separazione patrimoniale sono state adottate da tempo immemore³.

¹ Il presente scritto è dedicato a Paolo Montalenti.

² Professore ordinario di Diritto Commerciale presso l’Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

³ L’affermazione non richiede, all’evidenza, alcuna dimostrazione; così come, più in generale, i richiami che seguono – sia ai dati normativi, sia alle tesi elaborate in relazione agli stessi – non necessitano certo di numerose citazioni. Stanti le finalità proprie del presente contributo – volto a suggerire, *de iure condendo*, sulla base delle norme di diritto italiano, linee di politica legislativa riferite alle tecniche di segregazione patrimoniale strumentali, *inter alia*, all’esercizio dell’impresa – sarà, pertanto, sufficiente richiamare, sin d’ora, con riferimento alle tematiche della segregazione e/o della destinazione patrimoniale, le opere di seguito elencate, limitando al minimo le citazioni nel prosieguo dell’articolo: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1997, pp. 85 ss.; S. PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, Giuffrè, II, 1951; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separazione*, in *Enc. dir.*,

Sia pur mediante ricorso ad istituti diversamente denominati – tutti ruotanti intorno al concetto di responsabilità limitata – i soggetti esercenti attività di impresa hanno infatti tentato, sin dagli albori del primo millennio, di mitigare il rischio di perdere, per effetto dei risultati negativi dell'intrapresa, tutte le proprie ricchezze; ciò, garantendo altresì ai creditori le cui ragioni di credito derivassero dall'esercizio dell'impresa di potersi soddisfare, in via pressoché esclusiva, sui beni destinati a tale attività.

Certo, è noto che inizialmente tali obiettivi sono stati perseguiti mediante la creazione, o comunque l'utilizzo, di nuovi, o di altri, soggetti: si pensi, in particolare, alla commenda, poi divenuta accomandita, diffusasi, secondo le ricostruzioni più accreditate, nel dodicesimo e nel tredicesimo secolo⁴; o alle compagnie delle Indie che, intorno al diciassettesimo secolo, hanno rappresentato – come risaputo – il primo esempio di società anonima, a responsabilità limitata⁵.

XXXII, Milano, Giuffrè, 1982; P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica ed unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, Jovene, 1985; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, Cedam, 2003; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, Jovene, 2004; A. BUONFRATE, voce *Patrimonio destinato e separato*, in *Dig. Civ.*, Torino, UTET, 2007, II, pp. 878 ss.

⁴ E vedi, sul punto, G. COTTINO, *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in G. COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, I, pp. 97 ss., ove – nel trattare il passaggio dalla commenda all'accomandita, passando per la *societas* e per la compagnia – ampi riferimenti a numerose opere in argomento, fra cui si possono ricordare, anche in questa sede, L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1913, pp. 204 ss.; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Vallardi, 1929, II, pp. 125 ss.; E. SCIALOJA, *Sull'origine delle società commerciali. Saggi di vario diritto*, Roma, Il Foro Italiano, 1927, I, pp. 226 ss. Sui temi trattati nel testo vedi inoltre, più di recente, P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, Giuffrè, 1985, *passim*; G. MIGNONE, *Commenda e società: riflessioni d'oggi su un antico tema*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, Padova, Cedam, 1997, *passim*.

⁵ E vedi nota 3, ancora, G. COTTINO, *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, cit., pp. 247 ss.; cfr., inoltre, con particolare riferimento alle tematiche che ruotano intorno al concetto di responsabilità limitata e persona giuridica, e alle patologie – o presunte tali – determinate dall'utilizzo abusivo di tali istituti (su cui *infra*, nel testo), F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 85 ss.; ID., *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 2006; ID., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, Il Mulino, 2007; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1952, pp. 98 ss.;

In quest'ultimo caso, la ricchezza destinata all'impresa veniva – e a tutt'oggi viene – segregata mediante attribuzione ad una società, utilizzata quale veicolo per l'esercizio dell'attività e, di conseguenza, quale soggetto, dotato di propri organi, gravato dai debiti derivanti dalla stessa; in tal modo salvaguardandosi il principio per cui ciascun debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri.

Da un lato, infatti, le entità conferite a favore della società, divenendo parte del patrimonio di quest'ultima, venivano – vengono – destinate alla soddisfazione dei creditori d'impresa, ovverosia i creditori sociali; d'altro lato, le attività mantenute nel patrimonio del socio conferente erano – sono – riservate alla soddisfazione di quei creditori che, in contrapposizione ai primi, sono a tutt'oggi definiti creditori personali⁶.

Per secoli, peraltro, la responsabilità limitata è stata concessa mediante l'esercizio di prerogative sovrane ed è rimasta un beneficio di appannaggio pressoché esclusivo delle società; enti che, a loro volta, in conformità con la tradizione, sono sempre stati riservati all'esercizio di imprese di carattere collettivo.

Solo in epoca relativamente recente tale assetto normativo è stato posto in discussione; *in primis*, configurando la responsabilità limitata quale oggetto di un diritto, riconosciuto alle società di capitali all'esito di un *iter* procedimentale⁷ volto ad accertare la legitti-

F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, UTET, 1956, ove sono riprese varie teorie di Otto von Gierke; T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, I, pp. 242 ss.; W. BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del socio tiranno*, in *Foro Italiano*, 1960, I, pp. 1180 ss.; P. SPADA, *Destinazioni patrimoniali e impresa*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, Padova, Cedam, 2008, pp. 330 ss.; C. ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, in C. ANGELICI *et al.* (a cura di), *Negozianti e imprenditori*, Milano, Mondadori Università, 2008, pp. 141 ss.

⁶ Col passaggio dalla comunione alla società essendosi assistito, in un primo tempo, alla costituzione di nuovi soggetti, diversi dai fautori dell'iniziativa, e definiti, appunto, enti societari; in un secondo tempo – nel passaggio dalle società di persone alle società di capitali, o perlomeno dalle società di persone con solo soci illimitatamente responsabili alle società di persone con anche soci limitatamente responsabili – all'identificazione di tali enti quali soggetti a (pressoché) tutti gli effetti distinti dalle persone dei soci.

⁷ In Italia, come noto, ulteriormente semplificato nel 2000, allorché – entrata in vigore la l. 24 novembre 2000, n. 340 – è stato pressoché interamente eliminato il procedimento di omologa.

mità dei loro statuti⁸; in secondo luogo, ammettendo all'interno del sistema le società unipersonali⁹, che, sia pure mediante creazione di un soggetto altro rispetto al costituente, consentono di segregare gli *assets* di una sola persona, destinandoli ad un'attività produttiva.

Sino ai giorni nostri, per contro, non è mai stata riconosciuta la possibilità di dare vita a fenomeni di destinazione patrimoniale, produttivi di effetti sul piano reale, senza creare centri di imputazione delle posizioni giuridiche dotati di soggettività, se non di personalità giuridica. Ciò, perlomeno, per effetto di norme di portata generale, relative all'esercizio dell'impresa.

Certo, singole disposizioni di leggi speciali, nella seconda metà del ventesimo secolo, hanno infranto il dogma della responsabilità illimitata, consentendo a determinate categorie di soggetti di segregare una parte del loro patrimonio, al fine di perseguire interessi meritevoli di particolare tutela¹⁰; ma questo senza che si potesse ricavare, da tali disposizioni, un principio generale in grado di legittimare una deroga all'art. 2740 c.c.

Solo con la c.d. riforma societaria di cui al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, e solo con riferimento alle s.p.a., è stata, infine, ammessa, come noto, la costituzione di patrimoni destinati, volti al perseguimento di uno specifico affare¹¹: istituto che, nelle sue diverse

⁸ Ed aprendo le porte allo studio delle problematiche legate all'abuso di tale diritto o, per utilizzare un lessico più diffuso, all'abuso della personalità giuridica.

⁹ E vedi la direttiva 89/667/CEE (poi abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/102/CE), in attuazione della quale sono state introdotte nel nostro ordinamento giuridico le società unipersonali, prima (nel 1993) in forma di s.r.l., poi (nel 2004) in forma di s.p.a.

¹⁰ Si pensi, in epoca relativamente recente, e per rimanere a istituti di matrice prettamente gius-commercialistica, ai patrimoni destinati di cui agli artt. 22 t.u.f. e 114-*quinquies*.1 t.u.b., o a quelli disciplinati dall'art. 3 l. 30 aprile 1999, n. 130; ma si pensi anche, volendo arrivare ai giorni nostri, al patrimonio della Cassa depositi e prestiti di cui all'art. 27 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con l. 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. decreto rilancio).

¹¹ Con riferimento ai patrimoni destinati di s.p.a. vedi, per rimanere ai testi monografici, F. PASQUARIELLO, *Profili dei patrimoni destinati di s.p.a.*, Napoli, ESI, 2012; A. MAFFEI ALBERTI, *Sez. XI. Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, Cedam, 2005, II, p. 1671 ss.; F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2008; A. NIUTTA, *I patrimoni e i finanziamenti destinati*, Milano, Giuffrè, 2006; G. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, Giuffrè, 2008; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti interge-*

declinazioni, consente agli imprenditori, costituiti nelle forme della società per azioni, l'esercizio di attività d'impresa mediante segregazione di una parte del proprio patrimonio, destinata in via esclusiva alla soddisfazione dei creditori le cui ragioni di credito derivino dall'esercizio di tale affare.

Rimane ferma, tuttavia, la diffidenza di fondo che caratterizza il nostro ordinamento giuridico a fronte di fenomeni di *assets partitioning*: diffidenza espressa anche dal legislatore della riforma, oltre che mediante la scelta di consentire la creazione di patrimoni destinati alle sole s.p.a., mediante la regola per cui la segregazione può riguardare solo un valore pari ad un decimo del patrimonio netto della società¹².

2. Dieci tesi sulla segregazione patrimoniale

L'*excursus* storico a cui, sia pur succintamente, si è tentato di dare vita rende palese come, nel corso dei secoli, si siano progressivamente superati gli ostacoli via via frapposti all'adozione di tecniche di segregazione patrimoniale.

Rimosso, sia pure solo in parte, lo scetticismo che si è sempre tradizionalmente nutrito nei confronti di tale fenomeno, e che pare dovuto, essenzialmente, a ragioni culturali, i tempi sono maturi per compiere un ultimo, decisivo, passo in avanti: l'introduzione di una disciplina della segregazione patrimoniale dotata di una portata generale e in grado di fungere da prototipo per l'adozione di discipline di settore, che pure dovranno essere caratterizzate dai tratti peculiari richiesti dalle singole fattispecie oggetto di normazione¹³.

stori, Torino, Giappichelli, 2006; F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, Cedam, 2005; N. BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2009. Cfr., inoltre, S. BRIGHENTI, *Il gruppo endosocietario* (tesi discussa all'esito del XXXI ciclo del corso di dottorato in *Diritto, mercato, persona* dell'Università Ca' Foscari di Venezia e presentata al convegno "Gius-commercialisti in erba", organizzato dall'associazione "Orizzonti del diritto commerciale" il 31 ottobre 2020).

¹² Vedi l'art. 2447-bis c.c.

¹³ Non sembra in grado di assolvere tale funzione l'art. 2645-ter c.c., che – come ricordato di seguito, nel testo – si limita a regolare una forma di segregazione di cui sono incerti i confini e che si caratterizza per l'assenza di una disciplina organica

In quest'ottica, non è forse inutile formulare, di seguito, alcuni suggerimenti sulle linee di fondo che parrebbero dover essere adottate nell'ambito di tale disegno riformatore e che paiono riassumibili in dieci tesi, di seguito esposte¹⁴.

1. La possibilità di dare vita a fenomeni di segregazione patrimoniale deve essere concessa a chiunque sia disponibile ad assoggettarsi alla disciplina apprestata dall'ordinamento per la regolazione di tali fenomeni.

2. In linea di principio, i patrimoni (segregati) di uno stesso soggetto devono essere governati dalle medesime regole.

3. Ciascun patrimonio (segregato) deve, di regola, essere dotato di autonomia patrimoniale perfetta.

4. Ciascun patrimonio (segregato) deve, in linea di principio, poter essere suddiviso in comparti, ognuno dei quali dotato di autonomia patrimoniale perfetta.

5. Il regime della segregazione patrimoniale deve permanere anche nell'ipotesi di sostituzione od alienazione dei beni oggetto dell'atto di destinazione patrimoniale iniziale.

6. Per ogni patrimonio (segregato) devono essere adottate tecniche di gestione e di contabilizzazione in grado di assicurare, in ogni tempo, la materiale identificabilità dei beni segregati.

7. Per ogni patrimonio (segregato) si devono istituire assetti contabili adeguati e deve trovare applicazione una normativa di bilancio in grado di assicurare una rappresentazione chiara, veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria che caratterizza il patrimonio stesso.

dell'istituto: e vedi, *inter alia*, G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.)*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, pp. 1 ss.; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, pp. 993 ss.; A. FUSARO, *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, in *Contratto e impresa*, 2018, pp. 1004 ss.; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. Not.*, 2007, pp. 1069 ss.; P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 626 ss.; G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 1054 ss.

¹⁴ Esigenze di economia di trattazione rendono, peraltro, necessario formulare dette tesi in maniera sintetica e, talora, apodittica, senza procedere ad un'analitica ed esaustiva illustrazione delle ragioni poste alla base di ciascuno dei suggerimenti riportati nel testo.

8. Per ogni patrimonio (segregato) deve trovare applicazione la disciplina dei segni distintivi e deve operare il principio della spendita del nome, o comunque devono valere tecniche di imputazione equivalenti.

9. La gestione dei patrimoni (segregati) di uno stesso soggetto deve avvenire nel rispetto dei principi che governano la direzione e il coordinamento di società e delle regole applicabili alle operazioni inter-societarie.

10. Ciascun patrimonio (segregato) deve essere assoggettabile, in linea di principio, alla disciplina della crisi e dell'insolvenza applicabile al soggetto che ne è il titolare.

3. La prima tesi

La prima tesi si basa sull'idea per cui l'identità o, comunque, la natura del soggetto interessato a dar vita a fenomeni di segregazione patrimoniale non dovrebbe influire sulla scelta del legislatore di concedergli tale possibilità: a ben vedere, gli inconvenienti che possono originarsi per effetto della segmentazione di un patrimonio unico in più patrimoni, tutti appartenenti ad uno stesso soggetto, sono i medesimi a prescindere dal fatto che si tratti di persone fisiche o di enti dotati o meno, ovvero in misura più o meno accentuata, di personalità giuridica.

Ciò, sempre che la disciplina riservata al patrimonio destinato sia la stessa per qualunque soggetto che intenda ricorrere, ed effettivamente ricorra, a tale tecnica di segregazione patrimoniale.

Dal punto di vista storico, in effetti, la scelta di consentire la costituzione di patrimoni segregati alle sole s.p.a. si spiega, fra l'altro, con la *voluntas legis* di sottoporre tali patrimoni alla normativa dettata – invero, per tutte le società di capitali¹⁵ – in tema (fra l'altro) di trasparenza dei conti.

¹⁵ L'opzione per la sola s.p.a. si spiega – o, perlomeno, è stata spiegata – in realtà, anche (i) con la diffidenza verso l'istituto dei patrimoni destinati, che ha condotto il legislatore di cui al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ad avviare la sperimentazione, rappresentata dall'introduzione di una normativa generale sulla segregazione patrimoniale nel settore dell'impresa, alle sole società prototipo dell'universo società di capitali (e vedi *supra*, *sub* par. 1), e (ii) all'idea, che ha animato il riformatore

A ben vedere, invece che dare vita, secondo quanto suggerito in questa sede, ad una disciplina valevole per tutti i patrimoni destinati, indipendentemente da chi li costituisca, si è preferito permettere la creazione di patrimoni destinati solo a chi era già destinatario di una disciplina giudicata adatta a fenomeni di separazione patrimoniale.

In realtà, non v'è motivo per ragionare in questo modo: se il presidio a storture ed abusi dei fenomeni segregativi è, come inevitabile, la sottoposizione degli stessi ad una determinata disciplina, è quest'ultima a dover essere considerata la variabile indipendente, sì che chiunque intenda segregare una parte della propria ricchezza sia costretto ad operare secondo regole uniformi, giudicate rassicuranti da parte del legislatore.

In tal modo, peraltro, si potrebbero evitare le ambiguità derivanti dall'introduzione, nel nostro sistema giuridico, dell'art. 2645-ter c.c.; norma (riferita, peraltro, solo ai beni immobili e ai beni mobili registrati) che non solo non ha un ambito di applicazione chiaramente definito e non contiene una disciplina compiuta della segregazione patrimoniale, ma che – nello schiudere le porte all'utilizzo degli *assets* segregati per l'esercizio di un'attività di impresa, perlomeno se strumentale alla tutela di interessi facenti capo alle categorie di soggetti individuate da detto articolo – lascia aperta una questione la cui risoluzione è decisiva nel contesto attuale del diritto societario, non solo al fine di trattare il tema *de quo*: l'individuazione del residuo ambito di estensione del principio di tipicità della società¹⁶.

Non v'è dubbio, infatti, che l'esercizio di attività di impresa mediante *assets* segregati secondo tecniche diverse dalla costituzione di una società – ove non vietato dall'ordinamento¹⁷ – determini un

del 2003, per cui ai grandi complessi azionari del Paese doveva essere consentito poter ricorrere a vari strumenti idonei a facilitare l'afflusso di capitali a loro favore, a vario titolo.

¹⁶ Principio recentemente messo in crisi, come noto – al di là di quanto esposto di seguito, nel testo – dalla c.d. ibridazione dei tipi.

¹⁷ Opzione teoricamente possibile e, verosimilmente, fonte di semplificazione del sistema, ma probabilmente poco opportuna; essendo senza dubbio preferibile costruire – come suggerito nel testo – un apparato di norme giudicate idonee a regolare fenomeni di segregazione patrimoniale posti in essere anche (se non so-

vulnus, perlomeno parziale, sia alla regola secondo cui, in linea di principio¹⁸, non è consentito esercitare iniziative imprenditoriali in forme diverse da quelle previste, per i singoli tipi sociali, dall'art. 2249 c.c., sia alla logica, che per secoli ha caratterizzato il nostro ed altri ordinamenti, secondo cui l'esercizio di impresa secondo tecniche di limitazione del rischio è possibile solo con i presidi propri del micro-sistema delle società di capitali: presidi una parte dei quali, non a caso, si ritrova nell'apparato normativo di cui, di seguito, si propone l'adozione.

4. *La seconda, la terza e la quarta tesi*

Le tesi 2, 3 e 4 discendono, essenzialmente, dalla prospettiva ora descritta: se si perviene a norme condivise, considerate idonee ad arginare gli effetti negativi della segregazione, tale fenomeno può diffondersi, perlomeno potenzialmente, senza limiti.

È quanto accaduto, storicamente, per le società di capitali: considerate, per molti decenni, un'anomalia del sistema, le stesse sono infine divenute destinatarie di una disciplina che consente di replicare il fenomeno segregativo sotteso alla loro costituzione per un indefinito numero di volte, senza limiti quantitativi.

Ogni società di capitali, invero, si caratterizza oggi, con le sole eccezioni di cui al secondo comma degli artt. 2325 e 2462 c.c.¹⁹,

prattutto) ai fini dell'esercizio di attività imprenditoriali ed imporne, in linea di principio, l'applicazione a qualsivoglia soggetto (persona fisica o giuridica, società od altro ente) intenda fruirne, senza limitare, a priori, il novero delle finalità dallo stesso perseguibili.

¹⁸ E salva la disciplina della comunione d'impresa fra coniugi (oggi, peraltro, suscettibile di fruizione anche da parte dei conviventi di fatto che abbiano concluso un contratto di convivenza e abbiano optato per il regime della comunione: e vedi G. GUERRIERI, *Contratto di convivenza e gestione (comune) dell'impresa condotta in regime di comunione*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2020, 5, pp. 1166 ss.).

¹⁹ Veri e propri "residui bellici" che, nell'ottica di chi scrive, è inutile dirlo, dovrebbero essere eliminati dal sistema, essendo frutto di pregiudizi verso le società unipersonali che non hanno più, oggi, alcuna ragion d'essere, tantomeno dopo l'emanazione della direttiva 89/667/CEE, che – come ricordato – ha consentito la costituzione di società unipersonali e di imprese individuali a responsabilità limitata.

per quell'autonomia patrimoniale perfetta che è negata ai patrimoni destinati²⁰.

La costituzione di società di capitali da parte di un solo soggetto, d'altra parte, non è sottoposta a limiti quantitativi, né consente di distinguere fra la disciplina applicabile ad una e la disciplina applicabile alle altre partecipate.

Lo stesso dovrebbe – o perlomeno potrebbe – avvenire, allora, per i patrimoni destinati.

5. (segue) La terza tesi

Sul piano logico, non si vede, innanzitutto²¹, per quale ragione, alle condizioni richieste dall'ordinamento, gli stessi non debbano godere di autonomia patrimoniale perfetta.

Certo, sotto tale profilo, è fondamentale che il fenomeno non si presti ad equivoci e che risulti chiaro, per i potenziali creditori, quali siano le attività su cui gli stessi possano eventualmente soddisfarsi, *ex art. 2740 c.c.*

Ma, una volta garantito ciò²², non si vede perché l'ordinamento non dovrebbe limitare la responsabilità del costituente – a prescindere dalla sua natura e dalla sua identità – ai cespiti segregati.

Invero, con riferimento ai creditori involontari, l'ipotesi in parola merita un supplemento di riflessione, ma anche in tal caso è bene approcciare il tema scevri da pregiudizi.

Al riguardo, in particolare, non sembra sussistano ostacoli a sancire la responsabilità limitata del costituente ogni qual volta la responsabilità aquiliana derivi, in capo al medesimo, dalla sua relazione con determinati beni.

²⁰ Patrimoni per i quali, è risaputo, vale la regola dettata dall'art. 2447-*quinquies*, comma 3, c.c., a norma del quale la società costituente, se previsto dalla deliberazione istitutiva, risponde anche delle obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare di cui all'art. 2447-*bis*, lett. *a*), oltre che di quelle derivanti da fatto illecito o sorte per effetto di atti che non recano espressa menzione del vincolo di destinazione.

²¹ E volendo esplicitare, *in primis*, la tesi n. 3.

²² Essenzialmente, mediante le regole sulla gestione, sulla trasparenza dei conti e sulla spendita del nome di cui alle tesi 6, 7 e 8.

Si pensi, ad esempio, alla responsabilità da cose in custodia, o alla responsabilità da prodotto; in tali ipotesi, ove si tratti di beni facenti parte di un determinato patrimonio²³, pare corretto che i creditori possano soddisfarsi solo sulle posizioni giuridiche attive che dello stesso facciano parte.

Certo, la soluzione *de qua* presenta l'inconveniente di impedire ai creditori di aggredire gli altri beni del costituente, anche quando gli stessi creditori, in concreto, non avessero mai immaginato che i cespiti da cui è scaturita la responsabilità facessero parte di un patrimonio segregato; ma ciò, a ben vedere, è quello che accade da sempre per le società di capitali, che sono le uniche responsabili dei danni derivati, *stricto* o *lato sensu*, dai propri beni, anche quando i creditori involontari, alla data dell'evento dannoso, non avessero concretamente la minima idea che si trattasse di beni sociali (e non, ad esempio, di beni dell'unico socio), o comunque di quella specifica società (e non, ad esempio, di altre società da quello stesso socio parimenti partecipate).

Quanto, invece, ai casi di responsabilità aquiliana derivante da condotte del soggetto *de quo*²⁴ del tutto svincolate dal rapporto con determinati beni – si pensi, ad esempio, alla responsabilità che incombe sul genitore, sul tutore o sul precettore, *ex art. 2048 c.c.* – pare inevitabile, in effetti, ritenere inopponibile ai creditori volontari i vincoli segregativi, salva l'ipotesi in cui sia possibile accertare che la condotta fonte di responsabilità è stata posta in essere, da quello stesso soggetto, nella sua sola veste di titolare di uno dei patrimoni destinati *de quibus*.

²³ Patrimonio la cui costituzione e la cui composizione siano state pubblicizzate nei modi previsti dall'ordinamento anteriormente al momento di insorgenza della responsabilità, sì che non sia possibile, per il responsabile, aggirare la regola di cui all'art. 2740 c.c. segmentando il proprio patrimonio a posteriori, per sottrarre determinati beni alla garanzia patrimoniale generica su cui potevano contare i creditori involontari in parola.

²⁴ Il riferimento, inutile precisarlo, è a colui che abbia costituito patrimoni segregati.

6. (segue) La quarta tesi

La serie di riflessioni svolte sinora inducono, peraltro, a ritenere – e si tratta dell’idea posta alla base della tesi n. 4 – che, perlomeno di regola, ove siano rispettate le condizioni richieste per la creazione di patrimoni destinati, gli stessi siano costituibili, da parte della medesima persona, senza alcun limite, sì che tutti i soggetti dell’ordinamento, per utilizzare una espressione tipica dei mercati finanziari, possano, almeno in linea di principio²⁵, avere patrimoni multi-comparto; essendo forse necessario interrogarsi – ma il quesito, a ben vedere, riguarda anche l’ipotesi in cui sia costituito un patrimonio destinato soltanto – se consentire la contitolarità delle medesime posizioni giuridiche, attive e passive, in capo a più patrimoni di un medesimo soggetto; il che è più agevole ammettere – fermo il rispetto delle regole di trasparenza, non solo contabile – per le attività che per le passività. Ma anche in tale ipotesi il tema andrebbe affrontato senza pregiudizi, tenendo conto che in ogni caso, come accade per le operazioni inter-societarie, andrebbero regolamentate, anche e soprattutto nell’ottica di tutelare i creditori, tutte le ipotesi di travasi di attività che potrebbero danneggiare il ceto creditorio²⁶.

7. (segue) La seconda tesi

Al contempo, sembra possibile ed opportuno – questo il cuore della tesi n. 2 – evitare “discriminazioni” fra patrimoni, come quella posta in essere mediante la tecnica normativa adottata agli articoli 2447-ter-2447-novies c.c.: norma da cui emerge che, costituito da parte di una s.p.a. un patrimonio destinato, il patrimonio residuo deve essere considerato “IL” patrimonio della società, sottoposto alle regole generali, mentre il patrimonio destinato, definito come tale, è sottoposto ad una disciplina *ad hoc*.

Alla diversa nomenclatura, nell’ambito del sistema codicistico, corrisponde in effetti una diversa regolamentazione, da cui emerge la diffidenza con cui il legislatore vede ancora i fenomeni di destina-

²⁵ E salva diversa disposizione normativa.

²⁶ E vedi la tesi n. 9.

zione patrimoniale; si pensi, in particolare, al già ricordato limite del dieci per cento, posto dall'art. 2447-bis, comma 2, c.c., a norma del quale, come noto, i patrimoni destinati di cui alla precedente lett. a) «non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società».

Ed è inutile ribadire come, sulla base delle tesi sostenute in questa sede, tale diffidenza dovrebbe essere accantonata, lasciando il posto ad una più matura presa di coscienza circa i vantaggi derivanti dai patrimoni destinati e alla consapevolezza che, purché costituiti nel rispetto dei presidi normativi, gli stessi, in sé e per sé considerati, non presentano certo maggiori controindicazioni di quelli ricollegabili alla costituzione di società dotate di personalità giuridica.

8. *La quinta, la sesta, la settima e l'ottava tesi*

Strettamente collegate, del resto – non solo fra loro, ma anche e innanzitutto alle tesi sinora sostenute – le tesi 5, 6, 7 e 8.

9. *(segue) L'ottava tesi*

Con riferimento a quest'ultima, innanzitutto, è evidente che la stessa si pone in stretta correlazione con la regola dell' autonomia patrimoniale perfetta che si è intesa suggerire mediante la formulazione della tesi n. 3: al fine di limitare la responsabilità del costituente ad uno solo dei patrimoni rientranti nella sua titolarità, è necessario, infatti, avere la certezza che egli agisce quale titolare di detto patrimonio soltanto; dovendo altrimenti, inevitabilmente, trovare applicazione il principio della responsabilità illimitata²⁷.

²⁷ Che, in un sistema quale quello ipotizzato in questa sede, in cui vale la tesi n. 2, deve sostituire la regola dettata oggi dall'art. 2447-quinquies, comma 4 c.c., a norma del quale, come risaputo, «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»; regola che – lo si è già anticipato – presuppone vi sia un patrimonio suscettibile di essere considerato, in assenza di diversa specificazione, “IL” patrimonio del soggetto *de quo*.

In quest'ottica, si dovrebbe adottare una regola analoga a quella della spendita del nome, che come noto domina già il nostro ordinamento giuridico: il costituente, dunque, qualora non voglia assumere responsabilità illimitata per le obbligazioni contratte mediante il perfezionamento di un determinato atto, dovrà compierlo chiarendo in quale veste egli agisce; in particolare, dovrà spendere il proprio nome accompagnandolo con un dicitura che consenta, in maniera inequivocabile, di individuare il patrimonio da considerarsi gravato dalle relative passività.

Il fenomeno, del tutto analogo a quello presupposto dall'art. 2447-*quinquies*, comma 4, c.c.²⁸, si risolverà, in ultima analisi, nell'attribuzione, a ciascun patrimonio, di un nome; o, più correttamente, nell'adozione, da parte del costituente, di più segni distintivi, uno per ciascuno dei patrimoni rientranti nella sua titolarità.

Ognuno di tali segni sarà composto, evidentemente, dal nome del costituente e/o da una o più espressioni di fantasia, che – per utilizzare le parole adottate dal legislatore ad altri fini²⁹ – non dovranno essere uguali o simili fra loro e, dunque, idonee a creare confusione per il pubblico, anche sotto il profilo di una mera associazione fra i suddetti segni; fermo restando che, ove detta associazione o detta confusione abbiano a verificarsi, dovrà trovare applicazione la regola di cui all'art. 2740 c.c., ovvero, qualora si ritenga tale soluzione eccessivamente punitiva, dovrà quantomeno essere sancita la responsabilità del costituente sia nella qualità di titolare dell'uno, sia nella qualità di titolare dell'altro dei due patrimoni confondibili.

10. (segue) *La quinta e la sesta tesi*

Ciascun patrimonio, d'altra parte – e veniamo alla tesi n. 6 – dovrà essere gestito in modo tale che i cespiti e, più in generale, le posizioni giuridiche che lo compongono siano, in ogni tempo, individuabili; presupposto, questo, che consente di dare vita, in conformità con la tesi n. 5, a patrimoni *revolving*.

²⁸ Su cui vedi nota 26.

²⁹ E cioè per evitare che, nei rapporti intersoggettivi, si dia vita a fenomeni di contraffazione nocivi per il pubblico.

Allo stesso modo, dunque, in cui il legale rappresentante di più società deve gestire il patrimonio di ciascuna senza dare vita a fenomeni di confusione, generalmente ricondotti ad abusi della personalità giuridica, così il costituente patrimoni destinati³⁰ deve adottare modalità di gestione e di contabilizzazione³¹ idonee a rendere effettiva la separazione, anche nelle ipotesi di sostituzione dei beni segregati³².

Ne discende, inevitabilmente, la necessità di applicare anche ai patrimoni segregati le norme che sono dettate, con particolare riferimento alle imprese commerciali ed alle società, in tema di scritture contabili e patrimoni destinati; parendo inevitabile prevedere, perlomeno, l'adozione di un libro giornale – se non anche di un libro in cui verbalizzare le decisioni in grado di incidere sulla composizione, quantitativa e qualitativa, del patrimonio destinato³³ – e la conclusione di contratti che permettano di tenere chiaramente distinti i beni facenti parte dei singoli patrimoni di destinazione; potendosi immaginare, *inter alia* e a mero titolo esemplificativo, quanto alla gestione del denaro, l'obbligo di depositare in banca le somme di denaro appartenenti ai diversi patrimoni, mediante la conclusione di distinti contratti di conto corrente; quanto alla gestione del magazzino, l'obbligo di dare vita a distinti contratti di deposito.

³⁰ E, dunque, per quanto *supra* specificato, anche chi costituisca un patrimonio destinato soltanto e divenga, pertanto, titolari di due patrimoni, entrambi segregati, rispetto ai quali dovrebbero trovare applicazione le regole sintetizzate in questa sede.

³¹ Trattasi, non a caso, della medesima espressione adottata dall'art. 2447-*decies*, comma 3, c.c., laddove si prevede che, per rendere «I proventi dell'operazione [...] patrimonio separato da quello della società», è necessario, fra l'altro, «b) che la società adotti sistemi di incasso e contabilizzazione idonei ad individuare in ogni momento i proventi dell'affare ed a tenerli separati dal restante patrimonio della società».

³² Con conseguente necessità – anche alla luce della tesi n. 5 – di individuare quali beni e quali posizioni giuridiche facciano parte del patrimonio *de quo*, in luogo di quelle sostituite. Appare, invece, definitivamente da smitizzare l'idea per cui la gestione di *assets* in un regime di responsabilità limitata debba avvenire seguendo le regole della collegialità, da intendersi quale presidio in grado di assicurare decisioni non avventate, da tempo, in effetti, avendo l'ordinamento rinunciato all'affermazione di tali principi ed essendo venuto meno il mito delle decisioni collegiali (e vedi, *inter alia*, le norme di cui agli artt. 2475 e 2479 c.c., sulle decisioni extracollegiali dei consigli di amministrazione e delle assemblee di s.r.l., e all'art. 2370 c.c., sul voto per corrispondenza).

³³ Evidente il parallelismo con il libro degli inventari, di cui all'art. 2214 c.c.

11. (segue) *La settima tesi*

Ne discende, altresì – e in conformità con la tesi n. 7 – la necessità di una rendicontazione che, in maniera altrettanto trasparente, permetta di verificare, anno per anno, quale sia il risultato d'esercizio imputabile a ciascun patrimonio e quale sia la composizione che lo caratterizza.

Il punto, come noto, è di cruciale importanza nella teorica in tema di destinazione patrimoniale e di responsabilità limitata; essendosi già ricordato come, con l'affermarsi di tali istituti, si sia sentita la necessità di dare vita alla normativa in tema di bilancio che, nel corso del tempo, ha condotto all'adozione, da parte del legislatore italiano, degli articoli 2423 ss. c.c. e del d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127, sui bilanci di esercizio e consolidati.

In effetti, già si è accennato alla sensazione per cui la scelta, operata mediante la riforma societaria di cui al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, di riservare alle sole s.p.a. la costituzione di patrimoni destinati sia spiegabile, essenzialmente, con la volontà di assoggettare gli stessi alla disciplina delle società azionarie e, in particolare, alle regole che impongono agli amministratori di tali enti di gestire gli *assets* facenti parte del loro patrimonio in modo trasparente, fornendo annualmente un'informativa contabile conforme ai precetti di cui alla normativa comunitaria in materia societaria.

Di qui l'idea per cui chiunque intenda giovare della disciplina della segregazione patrimoniale deve assoggettarsi a tali regole, indipendentemente dal fatto che si tratti di società di capitali e che, dunque, le stesse gli siano direttamente applicabili per effetto del dettato degli artt. 2423 ss. c.c.³⁴.

Più dubbio, invece, che la stessa conclusione debba essere tratta con riferimento alla disciplina del bilancio consolidato: disciplina che, in effetti, occorre chiedersi in quali casi ed in quale misura debba essere estesa – sia pure *mutatis mutandis* – ai soggetti titolari di più patrimoni.

³⁴ Essendo allora importabile il modello di cui all'art. 2447-*septies* c.c.

12. *La nona tesi*

L'interrogativo ora proposto deriva dalla considerazione per cui, pacificamente, la costituzione, da parte di uno stesso soggetto, di uno o più patrimoni segregati comporta che, sia pure a livello intra-soggettivo, si determinino dinamiche analoghe a quelle che, a livello inter-soggettivo, caratterizzano i gruppi di società: tema, peraltro, non sufficientemente indagato ed approfondito né dai teorici, né dagli operatori.

Pur non essendo questa la sede in cui analizzare compiutamente il fenomeno, non è forse inutile evidenziare come i travasi di attivo e, ove ritenuti possibile, di passivo da un patrimonio ad un altro possono determinare pregiudizi per uno o più creditori; pregiudizi che, allo stesso modo dei cc.dd. atti *inter-company*, possono attenersi al profilo finanziario e/o al profilo patrimoniale.

Ne discende la necessità, per l'ordinamento, di dotarsi di presidi analoghi a quelli elaborati per l'ipotesi di direzione e coordinamento di uno o più società e, in particolare, di prevedere, per i costituenti patrimoni segregati, un regime di responsabilità analogo a quello delineato dall'art. 2497 c.c.

Qualora, in particolare, il titolare di più patrimoni li gestisca violando le regole di separatezza, o comunque – per utilizzare l'espressione cardine di cui al citato art. 2497 c.c. – in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, dovrà essere chiamato o ad arrecare, al patrimonio depauperato, vantaggi compensativi, o a risarcire i danni cagionati ai suoi creditori (e, ove presenti, ai titolari di strumenti finanziari ibridi che, pur non rivestendo la qualità di creditori, abbiano un'aspettativa giuridicamente tutelata a vedersi distribuite attività³⁵ facenti parte del patrimonio depauperato), mediante le risorse affluite *contra legem* a favore di un diverso patrimonio, indebitamente incrementato. E ciò anche in considerazione del fatto che, nella fattispecie esaminata, sarà difficile che, in concreto, lo stesso costituente eserciti, in qualità di titolare e/o di gestore del patrimonio depauperato, un'azione risarcitoria verso se stesso, in qualità di titolare del patrimonio indebitamente

³⁵ Utili, o residuo attivo di liquidazione.

incrementato: azione che pure sarà astrattamente configurabile³⁶ e che dovrà essere coordinata con la prima, eventualmente anche sulla base di criteri individuati in via legislativa³⁷.

Peraltro, riguardo ai vantaggi compensativi, sarebbe opportuno chiarire – ove si voglia rimanere alle espressioni utilizzate dal legislatore all'art. 2497 c.c. – quale sia il lasso di tempo, o quali siano le operazioni rilevanti a cui prestare riguardo per verificare il “risultato complessivo” dell'attività di direzione e coordinamento; potendosi immaginare, quanto all'ipotesi³⁸ di azione dei creditori sociali, di tenere in considerazione il periodo di tempo successivo all'insorgenza dei loro crediti nei confronti della società, dal momento che non pare logico, e rispondente alla *ratio legis*, attribuire rilievo a vantaggi di cui la società aveva goduto prima che i creditori *de quibus* divenissero tali. La legge, infatti, mediante l'azione di cui all'art. 2497 c.c., pare voler ristorare tali soggetti per il pregiudizio cagionato loro mediante diminuzione della garanzia patrimoniale generica, rappresentata dal patrimonio della società debitrice; pregiudizio che si può configurare, in effetti, solo nell'ipotesi di diminuzione di detta garanzia rispetto all'ammontare che la stessa aveva all'epoca in cui i suddetti creditori sono divenuti tali.

D'altra parte, per l'ipotesi di attribuzione iniziale di elementi dell'attivo e del passivo a favore di patrimoni altri, è necessario

³⁶ Parzialmente diverso il discorso relativo alla responsabilità che, per la costituzione e per la gestione del patrimonio destinato da parte di una società, può essere addossata agli amministratori (e, in caso di violazione ai loro doveri, ai componenti gli organi di controllo) della stessa società costituente; responsabilità che, non solo in caso di società monadi, potrà essere fatta valere (anche) secondo le norme che, con riferimento alle s.p.a., sono dettate dagli artt. 2393-2395 c.c.

³⁷ Il problema, allo stato attuale della normativa, non si pone unicamente nei casi di direzione e coordinamento di società, ma anche nelle ipotesi di deliberazioni assembleari illegittime (e vedi G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 434 ss., ove è espressa la tesi secondo cui, in assenza di diversa disposizione di legge, la risarcibilità dei danni “riflessi” – quali quelli che, nel testo, si ipotizza possano subire i creditori, per effetto di *mala gestio* del patrimonio segregato su cui gli stessi possono trovare soddisfazione – deve essere considerata sempre possibile; salva, ovviamente, l'ipotesi in cui il titolare del patrimonio danneggiato si attivi in prima persona per essere ristorato del pregiudizio illegittimamente subito).

³⁸ La sola ora in esame, non essendovi soci di cui tenere conto, come invece nella fattispecie di cui all'art. 2497 c.c.

che l'ordinamento replichi, *mutatis mutandis*, la disciplina dettata dall'art. 2447-*quater*, comma 2, c.c.; norma che, a propria volta, nel concedere ai creditori il diritto di opporsi all'atto di destinazione patrimoniale *de quo*, ripropone – come noto – lo schema normativo da tempo adottato, nel nostro sistema giuridico, con riferimento alla scissione³⁹.

Nell'ipotesi di costituzione di patrimoni segregati da parte di una s.p.a., peraltro, è noto che si dubita della possibilità di pervenire alla destinazione, a favore del patrimonio segregato di cui all'art. 2447-*bis*, lett. a), di elementi – oltre che dell'attivo – del passivo; con la conseguenza che, secondo alcuni interpreti, l'opposizione di cui all'art. 2447-*quater* potrebbe essere volta unicamente a lamentare, da parte dei creditori che continuano a mantenere, quale garanzia patrimoniale generica, il patrimonio sociale⁴⁰, il pregiudizio cagionato loro dalla fuoriuscita di attività da detto compendio patrimoniale.

Poiché, invece, nel microsistema normativo di cui, in questa sede, si suggerisce la definizione, si dovrebbe certamente consentire anche la destinazione di passività, l'opposizione potrebbe provenire, altresì, da creditori i cui crediti – corrispondendo a debiti oggetto di segregazione – vengano ad avere, quale garanzia patrimoniale generica, le sole attività trasferite al patrimonio segregato.

Sia nell'una, sia nell'altra ipotesi di opposizione, d'altronde, i creditori potranno lamentare, perlomeno di regola, un pregiudizio non (tanto) di ordine patrimoniale, ma (essenzialmente) di ordine finanziario; e ciò, perlomeno, nell'ipotesi in cui la segregazione patrimoniale sia consentita – come pare opportuno – nel rispetto del principio per cui ciascuno dei patrimoni esistenti all'esito dell'operazione deve avere (per tutta la propria esistenza) un valore netto positivo: soluzione imposta, come noto, per l'ipotesi di costituzione

³⁹ A tale riguardo, essendo peraltro utile esplicitare se l'atto di costituzione del patrimonio separato e di destinazione delle attività che lo compongono sia attaccabile anche mediante azione revocatoria; il che parrebbe, in effetti, opportuno.

⁴⁰ Inteso nell'accezione di cui agli artt. 2447-*bis*-2447-*novies* c.c.: il patrimonio (sociale) residuo, che dalla data della delibera costitutiva di cui all'art. 2447-*ter* c.c., si contrappone a – e al contempo convive con – il patrimonio (sociale anch'esso) segregato.

di società di capitali e di cui, in altra sede⁴¹, si sono messi in luce i vantaggi.

13. *La decima tesi*

E veniamo alla crisi dei soggetti titolari di più di un patrimonio: profilo notoriamente trascurato dalla normativa concorsuale generale oggi vigente, che si limita (i) a regolare, per l'ipotesi di fallimento della s.p.a. titolare di uno o più patrimoni segregati (e, dunque, di insolvenza del c.d. patrimonio residuo), le problematiche di cui agli artt. 155 e 156 l. fall.; (ii) ad imporre, per l'ipotesi di insolvenza dei patrimoni segregati, la loro liquidazione⁴².

La diversità di trattamento riservata alle s.p.a., a seconda della circostanza che l'insolvenza, od anche la crisi, riguardi il patrimonio segregato o il patrimonio residuo, non pare, invero, convincente.

Non v'è, infatti, alcuna ragione per negare al titolare di più patrimoni di gestire, o comunque di vedere gestita la propria crisi secondo le regole giudicate ottimali, a tal fine, dall'ordinamento, a prescindere dalla circostanza che lo stato di squilibrio economico-finanziario in cui detta crisi si manifesta riguardi l'uno o l'altro dei suoi patrimoni.

In particolare, pare senza dubbio inopportuno negare la possibilità che, con riferimento a determinati patrimoni, il soggetto che ne sia il titolare possa ricorrere a procedure di soluzione concordata della crisi; così come non appare convincente che, nell'ipotesi di insolvenza, l'ordinamento rinunci ai presidi che caratterizzano la normativa fallimentare, sia sotto il profilo civile, sia sotto il profilo penale⁴³.

⁴¹ E vedi G. GUERRIERI, *La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2016, pp. 576 ss.

⁴² E vedi l'art. 2447-novies, comma 2, c.c.

⁴³ E ciò, senza considerare, con riferimento alle società di capitali, le perplessità – da più parti sottolineate – legate alla scelta di non assoggettare ciascun patrimonio sociale alla disciplina del patrimonio netto dettata, per le s.p.a., dagli artt. 2446 e 2447 c.c.; disciplina che, ove rispettata, consentirebbe di garantire a tutti i creditori la soddisfazione delle loro pretese (e vedi quanto già osservato in G. GUERRIERI, *La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi*, cit., p. 576), e che è frutto di una politica legislativa seguita, anche di recente, per gli enti del ter-

Si deve, dunque, dar vita ad un sistema che consenta al titolare di più patrimoni di avvalersi di tutti gli istituti previsti dal diritto concorsuale con riferimento a ciascuno dei compendi patrimoniali da lui costituiti; essendo evidentemente possibile, in quest'ottica, che la stessa persona possa fallire, od essere sottoposto ad una procedura di crisi, con riferimento a più patrimoni, anche nello stesso lasso di tempo. E ciò ben potendo coesistere diverse procedure concorsuali a suo carico, così come possono oggi coesistere – e generalmente coesistono – più procedure riferite a soggetti facenti parte dello stesso gruppo di società.

La circostanza che tale possibilità possa concretamente configurarsi conduce, piuttosto, a chiedersi se e in che misura, anche con riferimento a tali aspetti “patologici”, si debba predicare l'estensione, al titolare di più patrimoni, della disciplina dei gruppi che – come suggerito – pare dover essere applicata alla fattispecie esaminata in queste pagine anche per le ipotesi di *mala gestio* al di fuori delle procedure di crisi.

E in effetti sembra opportuno concepire, per l'ipotesi di insolvenza di più patrimoni appartenenti ad un unico soggetto, l'importazione del modello normativo delineato, da ultimo, dagli artt. 284-292 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. Codice della Crisi), e che trovano il loro antecedente normativo – perlomeno con riferimento ad una parte dei profili ivi disciplinati – negli artt. 80-91 d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

zo settore dotati di personalità giuridica (e vedi l'art. 22, comma 5, d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117, c.d. Codice del Terzo settore). Non pare, del resto che l'assenza di tali presidi normativi, volti ad arginare i rischi di incapienza patrimoniale, possa essere compensata in maniera efficiente dall'adozione di una regola – preminentemente attinente, in realtà, al profilo finanziario (già presidiato dalla normativa concorsuale) – che imponga la congruità del patrimonio segregato al perseguimento del fine a cui lo stesso risulta destinato (e vedi l'art. 2447-ter, lett. c], c.c.); tanto più se detta regola, la cui adozione potrebbe comunque essere giudicata opportuna, opera solo nel momento iniziale, di costituzione del patrimonio destinato, e non anche nel corso della vita del costituente, imponendogli (con norme che – si potrebbe temere – potrebbero risultare difficili da far rispettare), per l'ipotesi di sopravvenuta incongruità dello stesso patrimonio, il ripristino di una misura congrua o, in alternativa, la liquidazione degli *assets* e la soddisfazione dei creditori.

L'INTESTAZIONE FIDUCIARIA DI PARTECIPAZIONI SOCIALI

*Giulia Giordano*¹

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema: tipologie di fiducia nel diritto commerciale. – 2. Ricognizione normativa. – 3. L'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali. – 4. (segue) azioni vs. quote. – 5. Gli arresti giurisprudenziali. – 6. Le specificità in tema di società fiduciarie e trust. – 7. Conclusioni.

1. *Delimitazione del tema: tipologie di fiducia nel diritto commerciale*

Il rapporto giuridico fiduciario, lungi dal poter essere confinato in una teoria unitaria, ha da sempre rappresentato uno dei temi più dibattuti nel mondo giuridico dei rapporti tra privati e, di conseguenza, difficilmente riassumibili se non ricorrendo ad alcune approssimazioni definitorie.

Nella consapevolezza, quindi, che intere biblioteche sono state riempite per indagare sia le origini del fenomeno, sia la sua struttura e compatibilità funzionale rispetto agli ordinamenti vigenti, si entrerà in questa sede *in medias res* nel più ristretto ambito dell'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali, servendosi di categorie concettuali per così dire "tradizionali".

Nel corso del contributo si partirà, dunque, da una serie di premesse "assiologiche", così individuate poiché consolidate nella prassi.

¹ Dottore di ricerca in Diritto Commerciale presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

si negoziale e nella giurisprudenza che più si è occupata dell'argomento.

Il contesto dal quale si sono prese le mosse è ovviamente quello paradigmatico della cooperazione giuridica in senso ampio, per ricostruire la quale fondamentali risultano tanto le norme in tema di mandato e di obbligazioni, quanto quelle relative ai diversi fenomeni attributivi di proprietà.

In primo luogo, sotto il profilo strutturale, partendo dal comune *genus* di fiducia, emergono le due principali manifestazioni dell'idea unitaria di fiducia: quella c.d. romanistica e quella c.d. germanistica. Entrambe le forme sono ritenute legittime e suscettibili di ricondursi parzialmente in diversi modelli contrattuali in dipendenza delle scelte determinate dalla volontà negoziale delle parti, pur rimanendo il negozio fiduciario in senso stretto ontologicamente differente da altri negozi genericamente caratterizzati da un elemento di carattere personale-fiduciario.

Attraverso lo schema romanistico, secondo quanto maggiormente condiviso in giurisprudenza e dottrina, si assiste a una forma di interposizione reale ove l'interposto acquista la titolarità del bene ed è tenuto a ritrasferire al fiduciante la partecipazione². L'obbligo di gestire il bene secondo le direttive del fiduciante e di ritrasferirlo in capo a quest'ultimo è tradizionalmente previsto nel c.d. *pactum fiduciae*. In particolare, qualora il bene sia rappresentato da partecipazioni sociali, la posizione complessa rappresentata da queste ultime, quale nucleo di situazioni soggettive attive e passive, compete al fiduciario³; nei rapporti esterni e, dunque, rispetto

² Di recente si veda Trib. Torino, 13 giugno 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; e già in precedenza, *ex multis*, Cass. 27 novembre 1999, n. 13261, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 268: «L'intestazione fiduciaria di titoli azionari (o di quote di partecipazione societaria) integra gli estremi dell'interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista (a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle azioni o delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario (nella specie, la cessazione della convivenza "more uxorio" tra il fiduciante e la fiduciaria)».

³ Cass., 14 febbraio 2018, n. 3656 in banca dati *Dejure* e Trib. Roma, 21 febbraio 2017 in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

ai terzi ed alla stessa società delle cui partecipazioni si discute, deve considerarsi socio reale il soggetto fiduciario⁴, intestatario effettivo della quota, in quanto il c.d. *pactum fiduciae* è efficace soltanto nei rapporti interni, tra fiduciante e fiduciario⁵. Tale negozio è caratterizzato inoltre da una causa unitaria fiduciaria e non invece da un collegamento negoziale tra più negozi⁶ e l'obbligo di ritrasferimento, peraltro, è ritenuto pacificamente eseguibile con la sentenza resa ex art. 2932 c.c.⁷.

Attraverso lo schema germanistico, invece, si assisterebbe a una attribuzione della legittimazione disgiunta dalla titolarità che vede, dunque, il fiduciario esercitare diritti e poteri dominicali che rimangono tuttavia nella titolarità del fiduciante⁸.

Così tratteggiati i profili strutturali, da un punto di vista funzionale, si farà riferimento, invece, alla differenza tra gestione dinamica

⁴ *Ex multis* recentemente Cass., 13 settembre 2019, n. 22903 in banca dati *Dejure*.

⁵ Trib. Roma, 21 febbraio 2017, n. 3410 in *www.ilsocietario.it*; P. MERLI, *La Cassazione sfiducia il collegamento negoziale: l'intestazione fiduciaria di partecipazioni è un contratto a causa propria*, in *Danno e resp.*, 2018, 6, p. 735.

⁶ Cass., 14 febbraio 2018, n. 3656 in banca dati *Dejure*, la quale ha specificato che in tema di intestazione fiduciaria delle partecipazioni sociali, il fiduciante, il quale lamenti che la definitiva uscita della società del fiduciario, a seguito del mancato esercizio del diritto di opzione, sia dipesa dalla falsità della situazione patrimoniale, redatta dagli amministratori e sottoposta all'assemblea per l'abbattimento e la ricostituzione del capitale sociale ex art. 2447 c.c., è legittimato ad esperire l'azione individuale del terzo di cui all'art. 2395 c.c., per il risarcimento del danno a lui direttamente cagionato dalla lesione al diritto al ritrasferimento della partecipazione sociale.

⁷ Cass., 7 giugno 2013, n. 14417 in banca dati *Dejure*: «L'*actio fiduciae* collegata all'avvenuto acquisto di un immobile da parte del fiduciario a proprio nome ma nell'interesse del fiduciante e alla lamentata violazione del *pactum fiduciae*, non può che portare in caso di verificata sua fondatezza, a una sentenza costitutiva ex 2392».

⁸ Per alcuni approfondimenti su tali concetti nella teoria generale del diritto si veda *ex multis* A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici (voce)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 53: «Tirando dunque le fila del presente discorso, si potrebbe riassumere e forse concludere col dire che il concetto di legittimazione, se vuole acquistare un suo spazio nella teoria generale, va contrapposto tanto al concetto di "capacità generale" (art. 1 e 2 c.c.) quanto al concetto di titolarità di diritti (o poteri). [...] Rispetto invece al concetto di titolarità di diritti (o poteri), quello di legittimazione dovrebbe positivamente significare rinuncia al passaggio obbligato dei *modus acquirendi* del diritto civile per fare valere determinati interessi che non assurgono alla dignità di diritti o poteri giuridici».

e gestione statica, a sua volta ricondotta a riferimenti di diritto positivo individuabili nei c.d. atti di amministrazione ordinaria (conservazione, fruttificazione e difesa dei beni) e atti di amministrazione straordinaria (modificazione totale o parziale dell'essenza economica e giuridica con esercizio poteri dispositivi).

Rimangono fuori dal perimetro qui tracciato, quindi, ulteriori macro temi legati alla fiducia che pure nel diritto commerciale sono stati (e sono) ampiamente dibattuti: il riferimento è, ad esempio, agli obblighi fiduciari degli amministratori di società, al relativo sindacato sui poteri discrezionali di cui gli stessi godono o, ancora, ai doveri fiduciari gravanti sugli intermediari finanziari⁹.

2. *Ricognizione normativa*

Delineato l'ambito di indagine, prima di affrontare le risposte interpretative, pare interessante evidenziare come nel diritto comune il termine fiducia/fiduciario ricorra all'interno del codice civile unicamente dieci volte, di cui nove nell'ambito del diritto societario e una in materia di successioni testamentarie (il riferimento è rispettivamente agli artt. 2357, 2358, 2359, 2359-bis, art. 2360, art. 2417, art. 2427, art. 2428, art. 2504-ter. Gli artt. 2357, comma 5, 2358, comma 2, 2359, comma 2, 2360 c.c., e all'art. 627 c.c.).

Diverso invece il panorama nel c.d. diritto commerciale speciale, caratterizzato da un arcipelago di numerosi e frammentari interventi del legislatore.

In ambito fallimentare, si è passati da una totale assenza di menzione nella legge fallimentare, ad alcuni significativi interventi nel c.d. codice della crisi d'impresa (d.lgs. 14/2019): si leggano ad esempio i disposti di cui agli artt. 12, comma 5, lett. l), all'art. 286 in tema di concordato di gruppo o all'art. 289.

Quanto al sistema finanziario, si registra poi un sorta di puntinismo disciplinare del tutto analogo a quello menzionato: basti

⁹ A. PERRONE, *Dalla trasparenza alla fiducia. Il diritto del mercato finanziario dopo la crisi*, in E. GINEVRA (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario. Atti del Convegno. Bergamo, 22-23 aprile 2012*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 405-413.

pensare, ad esempio, agli articoli 14 t.u.f. sui partecipanti al capitale, all'art. 93 che, come l'art. 2359 c.c., ai fini del controllo considera anche i diritti spettanti a società controllate o esercitate per il tramite di fiduciari o di interposte persone; passando poi agli artt. 105 ss. in tema di o.p.a. (in cui per partecipazione si intende una quota, detenuta anche indirettamente per il tramite di fiduciari o per interposta persona) o ancora alle comunicazioni alla Consob di cui agli artt. 115, art. 135-*novies*, della sezione II *ter* dedicata alle deleghe di voto, alla rappresentanza in assemblea e all'art. 199.

Una breve menzione meritano, infine, anche le fattispecie del testo unico bancario che, per un verso, menzionano simili tipologie, ad esempio, in tema di partecipazioni indirette e acquisti di concerto (cfr. art. 22 t.u.b. e ss.), e per altro considerano espressamente le attività delle società fiduciarie (art. 21 t.u.b.).

Nel medesimo solco si colloca, peraltro, anche il codice delle assicurazioni private che, all'art. 1, lett. mm-bis, nella nozione di partecipazione, include anche la detenzione, diretta o tramite un rapporto di controllo, del 20 per cento o più dei diritti di voto o del capitale di una società, anche per il tramite di società controllate, fiduciarie o per interposta persona; e prevede obblighi e diritti speculari a quelli sopra menzionati (cfr. ad esempio gli artt. 69, 72 e 73 c.a.p.).

Ovviamente rileva, infine, la disciplina delle società fiduciarie su cui si rinvia infra par. 6.

3. *L'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali*

Come evidenziato dalla dottrina, tra i vari tipi di “beni” per i quali viene utilizzato lo schema fiduciario, le partecipazioni di società di capitali rivestono indubbiamente un ruolo primario, sia per la particolare frequenza con cui vengono fatte oggetto di intestazione fiduciaria, sia per la folta casistica che le riguarda¹⁰.

¹⁰ COSÌ C. FRIGENI, *La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente*, in E. GINEVRA (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, cit., p. 415.

Inoltre, le specificità che le partecipazioni sociali portano con sé impongono di affrontare problematiche distinte e specifiche rispetto a quelle trattate dalla letteratura civilistica.

Se infatti, da un lato, rimangono alcune dinamiche classiche, quali l'esigenza di mantenere un grado riservatezza sulla composizione e consistenza del proprio patrimonio o di non far risultare la propria titolarità su certi beni per evitare aggressione da creditori o sfuggire ad applicazione norme imperative; dall'altro, si assiste anche alla presenza di motivi specifici rilevabili, ad esempio, in ambito di accordi parasociali per consentire a un soggetto di esercitare *uti socius* i diritti sociali. Emerge, dunque, in questo ambito, lo scopo negoziale teso a dispiegare i propri effetti primariamente sul piano dell'organizzazione sociale, rappresentando una modalità con cui i privati possono decidere di partecipare a una iniziativa economica di natura societaria.

Si è distinto, pertanto tra problemi "classici" che da sempre ruotano attorno all'istituto fiduciario, quali ad esempio il rischio di abusi del fiduciario, l'individuazione dei termini di prescrizione relativi alle singole posizioni giuridiche soggettive¹¹ e dei rispettivi regimi probatori¹², e problemi invece propri del diritto societario¹³.

Quanto ai primi, non è infrequente rinvenire nella casistica della giurisprudenza alienazioni poste in essere dal fiduciario senza il consenso del fiduciante; voti divergenti rispetto alle istruzioni ricevute; impugnazioni di delibere o esercizi di recesso in mancanza di richieste in tale senso; oppure ancora attivazioni di controlli giudiziari ex art. 2409 c.c.

¹¹ Recentemente si veda Trib. Milano, 18 novembre 2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, per cui «Il diritto del fiduciante di ottenere la restituzione dei beni intestati al fiduciario si prescrive sì con il decorso del termine ordinario decennale, ma il *dies a quo* utile al computo per la pretesa estinzione del suddetto diritto – salvo diversa previsione nel *pactum fiduciae* – decorre dal giorno in cui il fiduciario, avutane richiesta, abbia rifiutato il trasferimento del bene».

¹² Trib. Milano, 2 agosto 2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it per cui «La prova dell'intestazione fiduciaria della quota sociale non richiede la forma scritta e può essere provata per mezzo della prova testimoniale o presunzioni». Conforme anche Trib. Milano, 7 maggio 2018, *ibidem*.

¹³ In tema di computo delle azioni ai fini del raggiungimento del quorum ex art. 2377 c.c. si veda ad esempio Trib. Milano, 29 novembre 2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

In tale contesto, sotto il profilo delle tutele, rimane sullo sfondo l'antico dualismo, sempre attuale, tra tutele reali e tutele obbligatorie che tuttavia può assumere connotati meno fluidi quando il terzo nei confronti del quale si agisce per il recupero del bene sia una società.

Come anticipato, si registrano poi problemi nuovi, che “non hanno un corrispondente nella dimensione strettamente civilistica del fenomeno fiduciario e sono connessi alla specifica rilevanza organizzativa che l'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali è idonea ad assumere”¹⁴, ponendo interrogativi circa la disciplina concretamente applicabile e l'individuazione dei referenti referente soggetti di tale disciplina. Nel diritto societario, infatti, il contrasto tra alterità formale e alterità sostanziale, il c.d. dualismo delle posizioni di fiduciario e fiduciante rispetto all'organizzazione sociale pone all'interprete il dilemma di stabilire chi sia il “vero” socio, rispetto a una pluralità di situazioni; situazione non dissimile, per molti aspetti, alle vicende dell'usufrutto o del pegno sulla partecipazione.

E volendo anticipare alcune conclusioni, ciò che sembra accomunare la vastità di eterogenee fattispecie ipotizzabili è, come a più riprese ribadito in giurisprudenza, l'individuazione dell'interesse sostanziale coinvolto per comprendere se la norma o la disposizione statutaria, dalla legge o dallo statuto genericamente riferita “al socio”, si applichi, volta per volta, all'intestatario della partecipazione o al titolare dell'investimento.

I termini del dibattito, poi, sono ulteriormente complicati dalla necessità di distinguere tra le diverse tipologie di partecipazioni sociali, e dunque tra azioni e quote.

4. (segue) azioni vs. quote

La configurabilità dello schema fiduciario avente ad oggetto azioni non ha mai destato particolari perplessità nei dibattiti sul tema¹⁵. Poiché le azioni rappresentano titoli di credito che oltre al cre-

¹⁴ C. FRIGENI, *La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente*, cit., p. 417.

¹⁵ I contributi in letteratura si sono infatti soffermati maggiormente su singoli problemi che il tema può porre. Si veda *ex multis* G.B. PORTALE, E. GINEVRA, *Intestazione a società fiduciaria di azioni non interamente liberate e responsabilità*

dito esprimono anche una partecipazione a un ordinamento collettivo, infatti, la scissione tra titolarità e legittimazione¹⁶ costituisce una sorta di fenomeno fisiologico nell'ambito in esame, che peraltro è stato "ravvivato" dalla introduzione delle azioni "a voto plurimo" e dalla previsione di un sistema di "maggiorazione del voto" (artt. 2351, comma 4, c.c. e 127-*quinquies* t.u.f.) con particolare riferimento all'abuso del potere deliberativo da parte di chi "dispone" dei diritti di voto in misura sufficiente a determinare, in un senso o in un altro, l'esito del procedimento assembleare. Come evidenziato in dottrina, infatti, le nuove ipotesi normative di deviazione dal principio di proporzionalità accentuano la tendenza del moderno diritto societario ad "allentare" la correlazione tra potere e rischio dell'investimento e, a monte di essa, tra conferimento e partecipazione¹⁷.

Maggiori criticità sono sorte invece in ambito di s.r.l., per le quali la riforma del diritto societario del 2003 ha rappresentato un importante spartiacque¹⁸.

Prima di tale novella, infatti, nel dibattito dottrinario degli anni '70, si riteneva configurabile l'intestazione fiduciaria di tipo romanistico, ma non anche quella germanistica¹⁹.

Dopo la riforma, invece, fissato il principio della ricorrenza della dissociazione fra titolarità e intestazione in via transitoria, e tenuto conto del carattere di obbligatorietà della pubblicità nel registro delle imprese, ci si è chiesti se la dissociazione titolarità/intestazione possa ammettersi anche al di fuori del periodo tollerato di trenta giorni entro il quale il notaio autenticante o le parti del trasferimento con atto informatico con sottoscrizione non autentica²⁰.

dei conferimenti residui, in *Riv. soc.*, 2011, 5, p. 813; R. PERNA, *Mito e realtà della democrazia societaria. Il proxy voting nelle public companies statunitensi*, in *Giur. comm.*, 1995, 4, p. 537.

¹⁶ M. FOSCHINI, *Sull'intestazione fiduciaria di titoli azionari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 19.

¹⁷ F. GUERRERA, *La scissione tra proprietà e voto nelle s.p.a.: doveri, abusi, rimedi*, in *Giur. comm.*, 2017, 2, p. 191.

¹⁸ P. CRISCUOLI, *Brevi riflessioni sull'intestazione fiduciaria*, in *Riv. notariato*, 2005, 6, p. 1445.

¹⁹ In senso positivo P.G. JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, p. 81.

²⁰ V. DE STASIO, *L'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 6, p. 626.

In tale ambito, poi, si è sottolineata la necessità di un ripensamento del fenomeno, da ricostruirsi distinguendo, rispetto alla medesima situazione sostanziale di partecipazione nella quota societaria, la dimensione di “partecipazione” da quella di “investimento”²¹: si è affermato, in particolare, che tali dimensioni, normalmente congiunte in capo al socio, e che potrebbero comunque già distinguersi in una prospettiva astratta di teoria generale, si scindono nella fattispecie fiduciaria, secondo la ricostruzione dell’operazione fiduciaria in termini di “investitura” (non necessariamente a fondamento negoziale o contrattuale) in una posizione di diritto meramente “formale”, che non fa comunque venire meno la posizione di “titolarità” sostanziale del fiduciante.

A livello codicistico, numerose sono le situazioni che possono comportare un rilievo del “socio” nella s.r.l.: rimborso di finanziamenti (art. 2467 c.c.), diritti particolari (art. 2468 c.c.), pubblicità e disciplina dell’unico socio (art. 2470 c.c.), responsabilità per atti di gestione (art. 2476 c.c.)²², responsabilità per versamenti ancora dovuti (art. 2472 c.c.), esclusione del socio (art. 2473-bis c.c.), conflitto di interessi (art. 2479-ter c.c.), ecc., rispetto alle quali, in tesi, occorrerà di volta in volta distinguere se esse riguardino il “socio” in quanto “intestatario formale” e/o in quanto “titolare sostanziale”.

Come rilevato in dottrina²³, rimane ferma in ogni caso la possibilità per l’autonomia statutaria di colmare le lacune che la disciplina della s.r.l., incompleta e in larga parte derogabile, lascia alle distinzioni di rapporti e di situazioni che coinvolgono i soci e la società. In molti altri casi, invece, la tutela e l’affidamento dei terzi probabilmente non consentiranno al fiduciario o al fiduciante di sottrarsi alle loro rispettive responsabilità se la fiducia non sia resa “trasparente” (art. 2476 c.c.) o anche se il rapporto fiduciario resti “coperto” (art. 2467 c.c.).

²¹ E. GINEVRA, *La partecipazione fiduciaria in s.p.a.*, Torino, 2012, pp. 44 ss.

²² Sulla quale, per un caso di esecuzione di direttive impartite dal fiduciante dirette a pregiudicare intenzionalmente la società, i soci o i terzi, si veda A. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di “eterogestione”* (art. 2476, comma 7° c.c.), in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 5, p. 573.

²³ L’analisi è di V. DE STASIO, *L’intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali*, cit., p. 630.

5. Gli arresti giurisprudenziali

Le possibili chiavi di lettura del fenomeno in analisi, così come brevemente tratteggiate sopra, consentono di esplorare più facilmente i numerosi orientamenti giurisprudenziali formati sul tema.

In tale contesto, le posizioni giuridiche attive non hanno generalmente destato particolari perplessità, essendo ritenute generalmente spettanti al fiduciario.

Più complesse si sono rivelate invece le posizioni giuridiche passive, quali ad esempio l'obbligo di versare conferimenti ancora dovuti o l'attribuzione della responsabilità c.d. da co-gestione. La Suprema Corte, ad esempio, ha affermato che in presenza di una clausola di prelazione in statuto, a seguito del trasferimento al fiduciario non trova applicazione la clausola di prelazione al ritrasferimento al fiduciante o quella di gradimento²⁴.

Ancora, è stato rilevato che in ipotesi di s.p.a. o s.r.l. costituite da un unico fiduciario che agisce per conto di una pluralità di fiduciari, si applicano le norme in tema di società unipersonali, ed è dunque necessario versare integralmente i conferimenti e procedere all'iscrizione nella sezione del registro delle imprese riservata alle società unipersonali, pena la perdita della responsabilità limitata²⁵.

Gli esempi potrebbero ovviamente continuare poiché la casistica ha messo in luce numerosissime ipotesi di conflitti di posizioni, quali ancora la legittimazione in capo al fiduciario a esercitare il vo-

²⁴ Cass., 2 maggio 2007, n. 10121, in banca dati *Dejure*: «È da ritenere che nel caso di specie la violazione del patto di prelazione non possa essere invocata. La Corte di merito ha accertato che il trasferimento, pur reale, delle quote era avvenuto *fiduciae causa*, sì che la G. era tenuta ad operare nell'interesse del mandante M. La clausola di prelazione è dettata nell'interesse dei soci che intendono in questo modo garantirsi contro il rischio di mutamento della compagine sociale. Ma è evidente che nel caso dell'intestazione fiduciaria non vi è, dal punto di vista sostanziale, alcun mutamento nelle persone dei soci, posto che il fiduciante è tenuto ad operare nell'interesse e seguendo le istruzioni del mandante, rispondendo altrimenti dei danni. Deve dunque escludersi che il trasferimento delle quote dalla G. al M., effettuato con la scrittura privata intervenuta tra le parti priva di data, possa essere impugnato dalla ricorrente per violazione del diritto di prelazione dei soci, essendo esso parte integrante del *pactum fiduciae*».

²⁵ App. Milano, 9 maggio 2000, in *Società*, 2001, 195.

to divergente nel caso in cui sia intestatario di partecipazioni da fiduciari diversi o la possibilità di applicare il tetto statutario relativo al numero di voti esercitabili da uno stesso soggetto anche al fiduciario che agisce per pluralità fiduciari.

In linea generale la presenza di alcuni segmenti normativi ha permesso, nell'analisi del tema, di attribuire un incisivo ruolo sociale in capo a soggetti che, pur non essendo soci (come potrebbe essere il fiduciante), esercitano attribuzioni nella società sulla base di un riconosciuto interesse nella sua gestione, tanto da vedersi attribuiti poteri anche incisivi nella stessa organizzazione sociale.

È il caso, ad esempio, della spettanza del diritto di voto all'usufruttuario o al creditore pignoratizio non soci che possono esercitare diritti sociali a tutela delle proprie posizioni. Sul punto è stato notato da parte della dottrina²⁶ che

in assenza di apposite clausole statutarie, si ritiene che il creditore pignoratizio possa divenire titolare solamente di quei particolari diritti specificativi del diritto di voto già a lui riconosciuto (es.: diritto di nomina degli amministratori). Al contrario, i particolari diritti non connessi alla causa di garanzia sottesa al pegno (es.: diritto ad essere nominato amministratore o diritto ad esprimere il proprio gradimento in caso di cessione di quote) sono generalmente considerati come attributi della persona del socio e, in quanto tali, destinati a rimanere di sua esclusiva spettanza, salvo che all'unanimità ne sia ammesso il trasferimento ai sensi dell'art. 2468, co. 4, c.c.

Ferma restando l'applicabilità delle regole ordinarie di forma sia ai fini sostanziali che probatori, la panoramica di problematica include anche la legittimazione in capo al fiduciante ai fini dell'esercizio dell'azione individuale del terzo ex art. 2395 c.c. qualora costui lamenti che la definitiva uscita della società del fiduciario, a seguito del mancato esercizio del diritto di opzione, sia dipesa dalla falsità della situazione patrimoniale, redatta dagli amministratori e sottoposta all'assemblea per l'abbattimento e la ricostituzione del capitale sociale ex art. 2447 c.c., per il risarcimento del danno a lui di-

²⁶ L. CALVOSA, *Il pegno di partecipazioni*, in *S.R.L. Commentario*, dedicato a G.B. Portale, Milano, 2011, p. 417.

rettamente cagionato dalla lesione al diritto al ritrasferimento della partecipazione sociale.

6. *Le specificità in tema di società fiduciarie e trust*

Nella prassi negoziale, tra le ipotesi in cui si verifica maggiormente l'intestazione fiduciaria di quel particolare bene rappresentato dalle partecipazioni sociali, devono essere annoverate indubbiamente le società fiduciarie e il trust.

Quanto alle prime, esse rappresentano uno dei casi di fiducia c.d. legale, in cui tali società "speciali" possono operare sia secondo lo schema romanistico che germanistico a seconda delle scelte negoziali espresse²⁷ e sono generalmente assoggettate a un principio di trasparenza nei settori vigilati a causa delle istanze di ordine pubblico tradizionalmente sottese agli stessi²⁸ (*ex multis* si vedano oltre alle norme di riferimento di cui al r.d. 239/1942, art. 1²⁹ e ss., anche la normativa antiriciclaggio, nonché gli artt. 199 t.u.f. e 106 t.u.b.,

²⁷ G. FAUCEGLIA, *Gestione fiduciaria*, in *Enc. dir.*, 2002, VI, p. 1300: «L'elencazione appena fatta, sia pure non esaustiva, rende evidente che, nell'ipotesi in cui le società fiduciarie offrano servizi di amministrazione patrimoniale "dinamica" – riferita all'ipotesi in cui il gestore acquista la piena disponibilità dei beni conferiti e può, quindi, alienarli per procedere a nuovi acquisti nell'interesse del conferente – mediante sollecitazione del pubblico risparmio esse soggiacciono ad un controllo particolarmente intenso da parte delle Autorità di vigilanza, e ciò soprattutto al fine di garantire che l'informazione, destinata a possibili investitori, risulti esauriente e corretta».

²⁸ Esse figurano infatti nel panorama legislativo dal 1926, regolate con legge speciale (r.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2214); poi nuovamente regolate nel 1939 (l. 23 novembre 1939, n. 1966) e richiamate da numerose disposizioni legislative particolari. Sul tema in generale si veda M. NUZZO, *Società fiduciaria (voce)*, in *Enc. dir.*, 1990, XLII, p. 1094; e più recentemente L. CORSINI, *La riforma delle società fiduciarie e la disciplina del trust*, in *Riv. notariato*, 2000, 6, p. 1351; N. NISIO, *L'attività di amministrazione delle società fiduciarie (evoluzione e prospettive)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 1, p. 42.

²⁹ Ai sensi del quale «le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari. Tali beni vengono amministrati secondo lo schema classico nell'intermediazione finanziaria, ovvero la loro collocazione in una massa patrimoniale distinta dal patrimonio dell'intermediario con conseguente assoggettabilità di quest'ultima a regole di trasparenza patrimoniale».

le fondamentali comunicazioni Consob³⁰ in materia e le recenti pubblicazioni Banca d'Italia³¹).

Per gran parte dei quesiti sorti in tale ambito, le risposte sono state le medesime già evidenziate in tema di intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali³² e, dunque si è rilevato che nel caso in cui i beni amministrati consistano in azioni, spetta alla fiduciaria partecipare alle assemblee, votare, impugnare le deliberazioni invalide, percepire i dividendi mettendo la somma riscossa a disposizione del fiduciante, esercitare o vendere i diritti d'opzione e, in generale, esercitare *uti dominus* tutti i diritti partecipativi e patrimoniali spettanti al socio³³, a meno che ovviamente tali azioni non siano gestite in virtù di un mandato senza rappresentanza³⁴.

Anche in questo ambito, poi, fondamentale importanza rivestono le scelte negoziali effettuate dalle parti sulla scorta dell'autonomia loro riconosciuta *ex art.* 1322 c.c. A seconda dei casi, quindi, saranno applicabili per analogia le regole del deposito titoli in amministrazione *ex art.* 1838 c.c. o le norme sul mandato *ex art.* 1704 ss. c.c.

³⁰ Comunicazione del 4 novembre 1998, n. 98086703 e del 10 marzo 2006, n. 6022348 consultabili al sito www.consob.it.

³¹ È attualmente in consultazione la circolare *Segnalazioni sulle società fiduciarie*. Tali segnalazioni consentirebbero di disporre di informazioni strutturate sulla dimensione operativa e sul grado di esposizione al rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo delle singole società fiduciarie in funzione della tipologia della clientela, dei prodotti/servizi offerti, dei fattori di rischio geografico domestico e internazionale.

³² Ad esempio si è posto il problema se la prelazione statutaria sia applicabile alla società fiduciaria. Si veda Cass., 27 dicembre 2011, n. 28875, in *T&AF*, 2013, 170.

³³ L. DE ANGELIS, *Fiduciaria (società)*, in *Digesto*, Torino, UTET, 1991, vol. VI, p. 91. Si v. anche Cass., 21 febbraio 2020, n. 4683 secondo cui «Ai fini della liquidazione del danno subito dai risparmiatori per la perdita delle somme di denaro affidate in gestione a società fiduciarie, ai sensi della l. n. 1966 del 1939, non possono essere riconosciuti, oltre al valore nominale del capitale versato, anche i frutti (sotto forma di interessi) che quei capitali avrebbero prodotto se fossero stati investiti (nella specie, in BOT), atteso che il rapporto di amministrazione fiduciaria, implicando o comunque autorizzando investimenti con margini di rischio e possibilità di perdite, non attribuisce al fiduciante il diritto ad un rendimento minimo o ad un utile garantito».

³⁴ App. Milano, 11 settembre 2012, n. 2998, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 6, p. 645.

Più specifici, invece, i problemi posti con riferimento alla normativa speciale, relativamente ai quali per esempio è stato evidenziato³⁵ che le società fiduciarie, conformemente alle comunicazioni Consob, possono rendersi intestatarie di contratti di investimento per conto dei propri fiducianti, purché resti preservata la diretta riferibilità al cliente fiduciante della volontà contrattuale e delle connesse tutele. Ne consegue che la qualità sostanziale di investitori spetta, non già alla società fiduciaria, ma alle persone fisiche fiducianti, rispetto alle quali devono essere adempiuti gli obblighi informativi e di comportamento previsti dal Regolamento Consob n. 11522 del 1998 con riguardo all'eventuale inadeguatezza dell'operazione, restando irrilevante la circostanza che la società fiduciaria rientri nella categoria degli operatori qualificati di cui al medesimo regolamento.

O ancora è stata ritenuta illegittima³⁶ qualsiasi pretesa avanzata dall'Amministrazione fiscale nei confronti delle società fiduciarie in relazione a beni ad esse affidati e intestati in virtù del mandato fiduciario, in quanto l'istituto dell'intestazione fiduciaria attribuisce alle fiduciarie la mera rappresentanza e amministrazione delle quote affidate dal fiduciante, senza che quest'ultimo venga privato della proprietà "sostanziale" sui suoi titoli. Per tale ragione, rileva nei confronti del Fisco soltanto il fiduciante, mentre la fiduciaria è considerata fiscalmente "trasparente".

Ci si è chiesti, infine, se l'esercizio dei diritti particolari *ex art.* 2468, co. 3 sia assegnabile a una società fiduciaria³⁷. Il dubbio si è fondato sul apparentemente insanabile contrasto tra titolarità fiduciaria della quota e *intuitus personae* che, invece, deve qualificare il rapporto tra il socio "particolare" e gli altri soci e la società. La risposta giurisprudenziale al problema ha seguito un iter lineare: essa, infatti, fonda il suo convincimento su un assioma: (i) il sistema normativo consente ad una società fiduciaria di acquisire la titolarità

³⁵ Cass., 30 aprile 2018, n. 10333.

³⁶ Comm. trib. Milano 2013. Sul piano fiscale, infatti, la regola generalmente accolta per l'amministrazione fiduciaria dei titoli azionari, e più in generale degli strumenti finanziari, è la c.d. «trasparenza fiduciaria», in forza della quale il reddito prodotto è direttamente imputato e tassato in capo al fiduciante

³⁷ E. CIVERRA, *Diritti particolari ex art. 2468, comma 3, c.c.: una fiducia ben riposta*, in *Società*, 2020, 1, p. 42.

di partecipazioni in società a responsabilità limitata; (ii) l'art. 2468, comma 3, c.c. consente di assegnare diritti particolari a soci; (iii) la norma codicistica non fa distinzioni in ordine alla qualità del socio; (iv) in particolare, non emerge alcun divieto o impedimento nell'assegnazione di un diritto particolare quando il socio beneficiario sia, a sua volta, una società; (v) la società fiduciaria è legittimata ad esercitare i diritti che discendono dalla titolarità di quota – ivi compresi i diritti particolari che le sono assegnati – nell'interesse e nel conto del fiduciante.

La dottrina ha, tuttavia, evidenziato che l'art. 2468, comma 3 c.c. fonda la propria ragion d'essere su uno stretto rapporto personale e, quindi, su una profonda conoscenza o conoscibilità del soggetto beneficiario del diritto e quindi la posizione di potere che è stata statutariamente creata a favore di un socio – quel socio ben individuato nello stesso statuto – non sarebbe parte del contenuto della quota, non si compenetrerebbe in essa, e non circola infatti con la partecipazione.

Si è evidenziato, in particolare, che nella scelta di riconoscere un diritto particolare ad una società fiduciaria non si debba giudicare tanto il fatto, di per sé legittimo, che il socio beneficiario della posizione rilevante sia una società, quanto il rischio, insito nell'opacità del fiduciante, di infrangere e mettere in crisi la ratio del sistema che sta alla base dell'attribuzione di diritti personali.

Quanto invece all'istituto del trust, volendo solo tratteggiare alcune possibili chiavi di lettura della foltissima casistica in materia, occorre evidenziare che tale schema negoziale, così come il contratto in generale, conosce un ventaglio di variabili pressoché illimitato³⁸, tale per cui anche in tale ambito risulta complesso massimare delle coordinate definite.

Con una certa approssimazione espositiva, si può affermare che in tale schema l'affidamento fiduciario in capo al trustee si avvicina maggiormente al paradigma romanistico della fiducia, avendosi, in tale caso, un vero e proprio trasferimento di proprietà con conseguente legittimazione di diritti e doveri, in cui al generale “pro-

³⁸ Per una sintesi dei connotati salienti evidenziati in giurisprudenza si veda di recente App. Palermo, 4 aprile 2020, n. 526 in banca dati *Dejure*.

gramma di segregazione” si aggiunge lo specifico regolamento degli interessi di volta in volta perseguiti, nel quale si rinviene la causa concreta del negozio³⁹. E come per le società fiduciarie, anche per il trust l’affidamento fiduciario potrà risultare in una gestione “statica” nel caso di *bare trust* o in una gestione più dinamica in caso di *discretionary trust*⁴⁰. Di conseguenza, compito dell’interprete è nuovamente quello di individuare in concreto l’assetto degli interessi come divisato dalle parti per poi procedere, anche tramite analogie a istituti affini, ad una analisi che consenta di raggiungere anche in questo ambito una necessaria coerenza sistematica⁴¹.

7. Conclusioni

I brevi cenni svolti consentono di evidenziare come sicuramente, da un lato, il legislatore abbia dato ampio spazio all’autonomia negoziale nella configurazione di intestazioni fiduciarie a perseguimento dei più svariati interessi privati. Ed è dunque un panorama

³⁹ *Ex multis* si veda tra i più recenti, App. Milano, 24 aprile 2020, n. 991, in banca dati *Dejure*. Il rapporto tra fiduciario e titolare dell’interesse sostanziale, ovvero tra *trustee* e *beneficial owner*, nelle numerose configurazioni diverse in cui si può riscontrare un affidamento fiduciario, non si può appiattare né nella dimensione “gestoria” del rapporto fra simulato acquirente e simulato alienante, né alla stregua di un qualsiasi rapporto parasociale, per definizione estraneo all’organizzazione sociale.

⁴⁰ Per alcune ipotesi si veda M. STELLA RICHTER, *Il trust nel diritto italiano delle società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, 4, 477.

⁴¹ Tra i settori maggiormente dibattuti di recente si veda quello del trust cd. liquidatorio, su cui Trib. Ancona, 2 novembre 2020 n. 1340, in banca dati *Dejure*, secondo cui «È assolutamente lecito il c.d. ‘trust puramente liquidatorio’, cioè quello volto a realizzare una modalità alternativa alla liquidazione disciplinata dagli artt. 2487 e seg. c.c., consentendo al trustee di eseguire le operazioni di liquidazione ed all’impresa di cancellarsi dal registro; allo stesso modo, lecita è pure la possibilità di istituire trust ‘protettivi’, con i quali il soggetto ‘in bonis’ previene azioni esecutive da parte di creditori determinanti per la sua stessa condizione economico-finanziaria, mettendo a loro disposizione in trust alcuni beni destinati alla loro soddisfazione; così come deve ritenersi lecito il trust ‘di salvataggio’, istituito da un imprenditore in stato di crisi reversibile, allo scopo di gestire la crisi e scongiurare il concordato preventivo o l’istanza di fallimento, privilegiando soluzioni negoziali della crisi; è infine lecito il trust successorio, istituito per disciplinare in modo ordinato il passaggio generazionale nella titolarità di importanti e cospicui patrimoni».

destinato ad ampliarsi sempre di più sia sotto il profilo normativo che sotto quello della prassi negoziale.

Dall'altro lato, tuttavia, va ricordato che a fronte della maggiore libertà negoziale riconosciuta alle parti, si registra in giurisprudenza anche un sempre più frequente e intenso sindacato delle scelte negoziali effettuate dalle parti attraverso l'istituto della causa in concreto così come evolutosi dalla paradigmatica sentenza del 2006 ad oggi⁴².

Anche l'intestazione fiduciaria, dunque, al pari di altri schemi negoziali, sarà soggetto a tale sindacato che, come già avvenuto in passato, avrà ad oggetto tanto gli interessi perseguiti dalle parti quanto la loro compatibilità con l'ordinamento giuridico.

⁴² *Ex multis* si veda in materia di *trust* liquidatorio e mancanza di causa in concreto V. GRECO, *Fallimento di società conferita in un trust liquidatorio*, in *T&AF*, 2018, 1, p. 5 e Cass., 10 febbraio 2020, n. 3128 in banca dati *Dejure* per cui «In tema di “trust” istituito a fini liquidatori, la legittimità dell’atto mediante il quale i beni sono attribuiti al “trustee” necessita di un vaglio, particolarmente penetrante, da parte del giudice di merito, condotto esaminando l’operazione complessiva in relazione alla causa concreta del programma negoziale e alla meritevolezza degli interessi perseguiti nel rispetto dei limiti posti dalla legge fallimentare e dal sistema delle revocatorie».

PARTE IV

PROFILI PROCESSUALI DELLA FIDUCIA
E DELLA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

ARBITRATO E *TRUST*: UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA

*Michele Angelo Lupoi*¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le problematiche specifiche. – 3. La situazione negli USA. – 4. Gli ordinamenti di tradizione inglese. – 5. La prospettiva italiana (e una conclusione di apertura).

1. *Introduzione*

Anche in materia di *trust*, a fronte dell'aumento del contenzioso in tale ambito², si sta promuovendo l'utilizzo delle A.D.R., per dare alle controversie una soluzione alternativa alla decisione da parte del giudice³.

Molti ordinamenti stanno elaborando progetti o hanno implementato normative volte a regolamentare o facilitare il ricorso a me-

¹ Professore associato di Diritto Processuale Civile presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

² Per una prospettiva statunitense, vedi G. VON SEGESSER, *Arbitrability in estate and trust litigation*, in ROSALIND F. ATHERTON (a cura di), *Papers of the International Academy and Trust Law - 2000*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 21; vedi anche T. WÜSTEMANN, *Arbitration of trust disputes*, in C. MÜLLER (a cura di), *New developments in international commercial arbitration 2007*, Zürich, Schulthess, 2007, p. 33.

³ Su questi profili, cfr. R. WITHMAN, *Commentary: a law professor's suggestions for estate and trust reforms*, in *Quinn. prob. law jour.*, 1997, 12, p. 57. Cfr. M. F. RADFORD, *An introduction to the uses of mediation and other forms of dispute resolution in probate, trust and guardianship matters*, in *Real prop. prob. & trust jour.*, 2000, XXXIV, pp. 634 ss.

todi alternativi di soluzione delle controversie in questo contesto. In effetti, la materia si presta particolarmente ad una soluzione non aggiudicativa delle liti, soprattutto quando queste ultime insorgano rispetto a un *trust* di famiglia o istituito a sostegno di persone c.d. deboli. In controversie di questo tipo, agli aspetti prettamente giuridici si sovrappone sovente il “fattore umano”⁴.

In questo scritto, mi occuperò, in particolare, dell'utilizzo dell'arbitrato come strumento per la soluzione di controversie in materia di *trust*. L'arbitrato, in effetti, viene considerato una opportuna alternativa al ricorso alla giustizia statale in tale specifico ambito di riferimento. Almeno dal punto di vista di alcuni ordinamenti giuridici stranieri, ad esempio, l'utilizzo di un arbitro unico può implicare una riduzione dei costi del giudizio. La possibilità per le parti di scegliere, in un *trust dispute*, un arbitro specificamente competente nella materia trattata e uno strumento che esalta i profili di confidenzialità e riservatezza si fa poi particolarmente apprezzare⁵.

A livello operativo, vi è un diffuso favore per l'utilizzo delle A.D.R. in materia di *trust*.

Negli Usa, ad esempio, le regole della *American Arbitration Association* prevedono un arbitrato amministrato per risolvere controversie in questo ambito, espressamente affermando la possibilità che il disponente o il testatore inserisca convenzioni arbitrali nel proprio testamento o nell'atto istitutivo. Nella versione del 2012 delle *rules* si propongono anche testi di clausole modello. Resta, peraltro, irrisolto il problema della *enforceability* di tali clausole da parte del giudice, in caso di controversia⁶.

⁴ Vedi anche, tra gli altri, S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts: a critique*, in *Ohio State jour. disp. resol.*, 2011, XXVI, p. 635.

⁵ Sui vantaggi del ricorso agli A.D.R. in materia di *trusts*, vedi M. P. BRUYERE, M.D. MARINO, *Mandatory arbitration provisions: a powerful tool to prevent contentious and costly trust litigation, but are they enforceable?*, in *Real prop. prob. & tr. jour.*, 2008, XLII, p. 352; G. J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts. The U.S. developments and a comparative perspective*, in *InDret*, 2008, III, p. 6; L. COHEN, J. POOLE, *Trust arbitration – is it desirable and does it work?*, in *18 Trusts & Trustees*, 2012, IV, p. 324.

⁶ Vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 19; S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 638.

L'*American College of Trusts and Estate Counsel*, dal canto suo, nel 2004 si è espresso a favore dell'intervento normativo e ha proposto un *Model Act* in questo ambito. Tale legge modello, in particolare, non riconosce le clausole arbitrali tese a risolvere controversie sulla validità del *trust*.

Anche l'*International Chamber of Commerce* si è posta il problema dell'arbitrato in materia e ha predisposto un modello di clausola compromissoria per gli atti istitutivi di *trust* (l'ultima versione è del novembre 2018), in relazione alle controversie interne al *trust* stesso⁷: in tale contesto, un beneficiario che rivendica o accetta un beneficio, un interesse o un diritto in base al *trust*, si considera vincolato e si riterrà che abbia accettato i termini della clausola arbitrale contenuta nel relativo atto istitutivo. Nelle note esplicative, l'ICC chiarisce che, affinché i beneficiari non nati o non individuati, minori o comunque incapaci siano vincolati da un lodo arbitrale, essi debbono essere stati rappresentati nel corso dell'arbitrato, suggerendo l'inserimento nelle clausole del *trust* di un meccanismo di nomina di *litigation friend* e di rappresentanti di queste categorie di beneficiari.

Ciò nonostante, nella materia di cui stiamo discutendo vengono in rilievo problematiche peculiari, idonee ad ostacolare l'utilizzo dell'arbitrato nel contesto di riferimento.

2. *Le problematiche specifiche*

In astratto, nulla preclude la possibilità che la decisione di una controversia in materia di *trusts* sia deferita ad arbitri⁸. Nessun problema teorico si pone, in particolare, rispetto ad una clausola compro-

⁷ P. PANICO, *Trust e arbitrato: il futuro della professione o un vicolo cieco? Alcuni sviluppi giurisprudenziali*, in *T&AF*, 2020, 2, p. 143.

⁸ V. VIGORITI, *Trustee e beneficiari: l'arbitrato difficile*, in *T&AF*, 2002, p. 505; M. F. RADFORD, *An introduction to the uses of mediation*, cit., pp. 661 ss., peraltro, mette in evidenza il delicato ruolo del *trustee* in alcune ipotesi di soluzione transattiva di una controversia in materia di *trust*, come quella che riguardi la validità del testamento istitutivo del *trust* stesso. In una fattispecie del genere infatti, il *trustee*, concordando un *settlement*, potrebbe venire meno ai suoi obblighi fiduciari di osservare i desideri del disponente; d'altro lato, il dovere di preservare il fondo potrebbe imporre al *trustee* di partecipare a trattative per una soluzione concordata della controversia. L'a. mette in evidenza come, per sciogliere questo dilemma,

missoria o a un compromesso sottoscritto da tutte le parti del contenzioso, in base ai principi generali. E così, nulla esclude che il *trustee* possa devolvere in arbitrato eventuali controversie tra il *trustee* stesso e soggetti estranei al *trust*: in effetti, tra i poteri “naturali” del *trustee* vi è anche quello di conciliare eventuali liti insorte in merito al *trust* da lui amministrato. All’occorrenza, dunque, il *trustee* potrà compiere tutti gli atti necessari a dare corso o a partecipare ad un A.D.R., in applicazione delle norme generalmente invocabili in materia.

Problemi particolari non si riscontrano neppure con riferimento alle eventuali liti tra *trustee* e beneficiari, laddove, dopo l’insorgere della controversia, tutti i soggetti interessati, individuati e capaci di agire, di comune accordo, decidano di tentare una soluzione “mediata” della lite, prima di eventualmente procedere per via giudiziale.

Più in generale, molti dei problemi esaminati in queste pagine sono superati qualora i beneficiari e i *trustee* sottoscrivano l’atto istitutivo di *trust* o accettino di deferire in arbitrato ogni eventuale controversia relativa al *trust* con atto separato, ad esempio nell’ipotesi in cui il disponente abbia condizionato il beneficio alla sottoscrizione di tale atto⁹.

Più complessa è invece la situazione (che nella realtà si pone ben più frequentemente) in cui la clausola arbitrale sia inserita unilateralmente dal disponente nell’atto istitutivo del *trust*¹⁰.

In tali ipotesi, il requisito della forma scritta, generalmente richiesto ai fini della validità di una clausola arbitrale, è soddisfatto.

E però l’inserimento unilaterale di tale clausola da parte del disponente fa sorgere alcuni delicati problemi, il primo dei quali è il mancato assenso da parte dei soggetti del *trust* alla clausola arbitrale. Può, in altre parole, il disponente vincolare, con una propria decisione, *trustee* e beneficiari a devolvere in arbitrato eventuali future controversie, a prescindere da una loro espressa accettazione della relativa clausola?

in alcuni Stati, il *trustee* possa chiedere alla corte l’autorizzazione a procedere con un percorso di A.D.R.

⁹ Vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 7.

¹⁰ Sulle problematiche collegate all’inserimento di una convenzione arbitrale in un *trust* testamentario vedi S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Torino, UTET, 2008, pp. 211 ss.

Si tratta di un problema spinoso, che, peraltro, prevede una “variabile”, relativa agli effetti di una clausola compromissoria nei confronti di eventuali beneficiari incapaci, non nati o non ancora individuati.

In effetti, in molti ordinamenti di *common law*, come si vedrà meglio in seguito, la giurisprudenza esclude che, in mancanza di una espressa previsione normativa, una clausola arbitrale nell’atto istitutivo di un *trust* possa vincolare i beneficiari che non l’abbiano specificamente accettata. Si afferma, al riguardo, che l’atto istitutivo di un *trust* non è un contratto e dunque manca il requisito fondamentale dell’accordo tra le parti come fonte del potere arbitrale di decidere una controversia¹¹: non essendo configurabile un consenso espresso dei soggetti che dovrebbero essere vincolati dalla clausola arbitrale, in altre parole, la clausola non produrrà effetto nei confronti di questi ultimi¹².

Alcuni autori cercano, invero, di superare questi rilievi, osservando che la validità della clausola arbitrale contenuta nell’atto istitutivo di un *trust* possa essere affermata valorizzando la struttura contrattuale del *trust*, inteso come contratto a favore di terzi¹³ ovvero tenendo conto della struttura trilaterale del rapporto, nonché dell’importanza della volontà del disponente. Si tratta, però, di argomentazioni invero poco convincenti.

Per superare tale problematica (e cercare di assicurare l’attuazione della volontà del disponente), alcuni interpreti propongono l’utilizzo, nell’atto istitutivo del *trust*, di clausole c.d. *in terrorem* o “no

¹¹ Sulla c.d. *contract theory* vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., pp. 8 ss.

¹² Per la posizione inglese, ad esempio, vedi S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., p. 208 ss.; D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes: theory, risk and practice*, in *T&AF*, 2006, 3, p. 337; rispetto alla situazione negli USA, vedi M.P. BRUYERE, M.D. MARINO, *Mandatory arbitration provisions: a powerful tool to prevent contentious and costly trust litigation, but are they enforceable?*, cit., p. 354, che affermano: «the extent to which courts will enforce such clauses under existing law is unclear»; E. G. SPITKO, *Gone but not conforming: protecting the abhorrent testator from majoritarian cultural norms through minority-culture arbitration*, in *Case West. Res. law rev.*, 1999, XLIX, pp. 297 ss.

¹³ M.P. BRUYERE, M.D. MARINO, *Mandatory arbitration provisions: a powerful tool to prevent contentious and costly trust litigation, but are they enforceable?*, cit., p. 362.

contest¹⁴. In sostanza, si prospetta che il testatore o il disponente sanziona con la perdita del lascito testamentario o dell'istituzione beneficiaria l'erede o il beneficiario che, contravvenendo ad una clausola arbitrale inserita nell'atto di ultime volontà del disponente o nell'atto istitutivo del *trust*, si rivolga al giudice ordinario per la soluzione di un'eventuale controversia relativa ai suoi rapporti con il *trust*¹⁵.

Prima di analizzare la tematica dal punto di vista del diritto italiano, appare utile una rassegna della situazione in alcuni ordinamenti di *common law*, in cui da più tempo ci si occupa della problematica.

3. La situazione negli USA

Negli ordinamenti di *common law*, si riscontra la tendenziale mancanza di discipline organiche e di soluzioni uniformi rispetto all'utilizzo degli A.D.R. in questo particolare contesto.

Negli Stati Uniti, ad esempio, si prospettano soluzioni diversificate da Stato a Stato, in particolare rispetto alla vincolatività di una clausola arbitrale rispetto ai beneficiari¹⁶.

Da un lato, le corti di molti Stati, in mancanza di norme specifiche in materia, negano *tout court* l'arbitrabilità di una *trust dispute*¹⁷, in mancanza di un accordo al riguardo di tutti i potenziali contraddittori.

A supporto di tale posizione, sovente, si rileva che la convenzione arbitrale inserita in un *trust* non soddisfi i requisiti formali che

¹⁴ Sull'uso delle clausole *in terrorem* nelle disposizioni testamentarie, vedi L. PORTER LOVE, *Mediation of probate matters: leaving a valuable legacy*, in *Pepperdine disp. resol. law jour.*, 2001, I, p. 255; G. J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 7.

¹⁵ E.G. SPIJKO, *Gone but not conforming: protecting the abhorrent testator*, cit., p. 298; sui limiti operativi di queste clausole vedi S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 657; per la situazione italiana, vedi S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., p. 213.

¹⁶ M. TIPTON, *Can you trust your trust?: Analyzing the decision and implications of Rachal v. Reitz on arbitration provisions in trust agreements*, in *Akron law rev.*, 2015, IV, p. 983.

¹⁷ Vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 16; S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 632.

regolano la materia contrattuale¹⁸. Si mette pure in evidenza che, in certi ambiti, si riscontrano limiti normativi all'arbitrabilità di una lite, come in materia di capacità del testatore, su cui si può pronunciare solo il giudice¹⁹.

A titolo di esempio, recentemente, la Corte d'appello dell'Arkansas²⁰ si è pronunciata in una controversia in cui un disponente aveva istituito un *trust*, nominando i figli come *co-trustees* e i nipoti come beneficiari. In seguito, però, disponente e *co-trustees* avevano modificato l'atto di *trust* (aumentando la discrezionalità dei *trustees* a detrimento dei beneficiari). I nipoti beneficiari, a quel punto, contestando l'invalidità dell'*Amendment*, sostenendo che il nonno disponente fosse sotto effetto di narcotici, agirono in giudizio contro i *co-trustees* per ottenere l'annullamento dell'*Amendment* e la sostituzione dei *co-trustees* stessi.

L'atto istitutivo del *trust* conteneva una clausola arbitrale, di cui i convenuti chiesero l'applicazione. Il giudice di primo grado, però, rigettò tale eccezione, affermando che della validità del *trust* dovesse decidere la corte. La Corte d'appello ha confermato tale decisione, affermando: «the validity of the *trust* is within the province of the trial court irrespective of any arbitration provision contained therein».

A tale decisione, la Corte è arrivata sul rilievo che il *trust* non sia un contratto e che dunque non si possa applicare a tale rapporto tutta la disciplina del diritto dei contratti ma solo quella pertinente. Su tali basi, dunque, la Corte, senza escludere in assoluto l'arbitrabilità di una *trust dispute*, afferma che l'azione per l'annullamento di un *trust* «is a *determination for a court and not one for the arbitration*».

Anche in California, la giurisprudenza si colloca su questa linea, non senza esitazioni.

Nel caso *Diaz v. Bukey* del 2011²¹, la *Court of Appeal* aveva escluso la deferibilità in arbitrato di una controversia tra un *trustee*

¹⁸ Vedi S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., pp. 639 ss.

¹⁹ S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 643.

²⁰ 3 aprile 2019, *Gibbons v. Anderson*, in *T&AF*, 2020, p. 212 e in 575 S.W. 3d 144 (2019), su cui P. PANICO, *Trust e arbitrato: il futuro della professione o un vicolo cieco?*, cit., p. 148.

²¹ In 125 Cal. Rptr. 3d 610 (Cal. Ct. App. 2011).

e i beneficiari in base ad una clausola contenuta nell'atto di *trust*. I convenuti avevano cercato di fare valere la tesi del *third party beneficiary* o quella dell'*equitable estoppel*, argomentando «that plaintiffs should not be allowed to accept benefits under the *trust* without accepting all of the *trust* provisions, including the arbitration clause». La Corte d'appello aveva respinto, però, entrambe le argomentazioni, sostenendo che un accordo arbitrale debba avere la forma del contratto o essere contenuto in un contratto (come il *trust* non può essere considerato in base al diritto californiano). La Corte Suprema, d'altro canto, aveva riformato tale decisione²², rinviando al giudice di merito, che avrebbe dovuto riconsiderare la questione alla luce della decisione nel caso *Pinnacle Museum Tower Assn. v. Pinnacle Market Development (US), LLC*²³. La Corte d'appello, però, non ebbe occasione di pronunciarsi al riguardo, perché la controversia venne a quel punto transatta.

In seguito, d'altro canto, nel caso *McArthur v. McArthur* del 2014²⁴, la Corte d'appello della California si esprime incidentalmente a favore del principio per cui la validità di un atto di *trust* non possa essere deferita in arbitrato, ciò che lascia pensare che l'orientamento sia tuttora ostile all'arbitrabilità di una *trust dispute*.

In altri Stati, per contro, si è data attuazione alla *Model Law* della *American College of Trusts and Estate Counsel*²⁵ o si è comunque introdotta una normativa specifica²⁶.

Ad esempio, dal 2007, sono operative in Florida nuove disposizioni dell'*Estates and Trusts Probate Code*²⁷, alla cui stregua:

²² In 287 P. 3d 67 (Cal. 2012).

²³ Che stabilì che un consorzio per l'edilizia abitativa, tramite i suoi membri fondatori, potesse essere tenuto a deferire in arbitrato le controversie con un costruttore in base a clausole arbitrali contenute in un accordo registrato.

²⁴ In 224 Cal. App. 4th 661.

²⁵ Sulle prospettive di riforma alle Hawaii vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 18; D. BENT, *My bequest to my heirs: years of contentious, family splitting litigation...*, in *Hawaii Bar Jour.*, 2004, p. 1; S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 662.

²⁶ Vedi M. TIPTON, *Can you trust your trust?*, cit., p. 982. Per S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 634, anzi: «the clauses can only be enforced through statutory change».

²⁷ Vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 18; S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 665.

731.401 (Arbitration of disputes); (1) A provision in a will or *trust* requiring the arbitration of disputes, other than disputes of the validity of all or a part of a will or *trust*, between or among the beneficiaries and a fiduciary under the will or *trust*, or any combination of such persons or entities, is enforceable. (2) Unless otherwise specified in the will or *trust*, a will or *trust* provision requiring arbitration shall be presumed to require binding arbitration under s. 44.104.

Anche in Arizona, dopo una decisione del 2004 in senso ostativo al riconoscimento dell'arbitrabilità di una *trust dispute*²⁸, nel 2008 venne introdotta una disposizione *ad hoc*, l'*Ariz. Rev. Ann.* § 14-10205²⁹ che, alla rubrica "Alternative dispute resolution", così dispone: «A trust instrument may provide mandatory, exclusive and reasonable procedures to resolve issues between the *trustee* and interested persons or among interested persons with regard to the administration or distribution of the trust». Si è così riconosciuta la possibilità di deferire in arbitrato, con clausola contenuta nell'atto istitutivo di un *trust*, controversie interne al *trust* stesso, ad eccezione di quelle aventi ad oggetto la validità del *trust* stesso.

Tra gli Stati che hanno adottato specifiche normative sul deferimento in arbitri di una *trust dispute* si annoverano Ohio (2019), Washington (2001), Missouri (2013), New Hampshire (2014) e South Dakota (2015).

Infine, in alcuni Stati, in mancanza di una disciplina normativa, al riconoscimento dell'arbitrabilità delle *trust disputes* si è arrivati per via giurisprudenziale.

È il caso del Texas, la cui Corte Suprema ha affrontato la questione nel caso *Rachal v. Reitz*³⁰. Nella fattispecie, era sorta una controversia in relazione ad un *trust* che conteneva una clau-

²⁸ C. *Schoneberger v. Oelze*, in 96 P. 3d 1078 (Ariz., 2004), su cui, critico, G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 16; vedi anche M. TIPTON, o *Can you trust your trust?*, cit., p. 994; S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 641.

²⁹ Vedi S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 666.

³⁰ In 403 S. W. 3d 840, del 2013, su cui vedi M. TIPTON, *Can you trust your trust?*, cit., p. 983 ss.; N. DELANEY, J. BYER, M. SCHWARTZ, in *Probate & property*, IV, 2013, pp. 1 ss.

sola «requiring all disputes regarding the trust and the trustee to proceed to arbitration». In particolare, i beneficiari avevano agito contro il *trustee*, sostenendo che questi si fosse appropriato di beni del fondo e non avesse reso il conto della propria gestione. Il convenuto aveva contestato che la controversia fosse stata devoluta in arbitrato. In primo ed in secondo grado la clausola non era stata ritenuta valida «because there was no agreement to arbitrate trust disputes». In mancanza di un contratto tra le parti, in altre parole, per i giudici di merito, sarebbe servito un intervento normativo per ritenere la clausola arbitrale vincolante per i beneficiari. La Corte Suprema giunge però a una conclusione difforme, ritenendo necessario guardare alla volontà del disponente³¹. La Corte, in particolare, distingue tra “contract” e “agreement” (il *Texas Arbitration Act*, in effetti, si esprime in termini di “agreement to arbitrate”, rispetto al quale si richiede la sola forma scritta). L’*agreement* è una «manifestation of mutual assent by two or more persons», ovvero un termine più ampio e meno tecnico di “contract”. Viene così respinta la tesi che esclude la vincolatività della clausola arbitrale nei confronti dei beneficiari sostenendo che il *trust* non sia un contratto.

Nella propria decisione, la Corte Suprema del Texas applica, piuttosto, la “doctrine of direct benefits estoppel”, alla cui stregua «a non-signatory who is seeking the benefits of a contract or seeking to enforce it is estopped from simultaneously attempting to avoid the contract’s burdens, such as the obligation to arbitrate disputes»³². Da questo punto di vista, la corte distingue tra i beneficiari i quali «disclaim an interest in trust» e che hanno l’opportunità di «opt out of the arrangement proposed by the settlor» e quelli che invece invocano diritti che non esisterebbero senza il *trust* e dunque esprimono il loro assenso alla clausola arbitrale. E tali dovevano considerarsi gli attori nel caso sottoposto alla decisione della Corte, ai quali dunque è stata ritenuta preclusa la possibilità di portare la controversia di fronte al giudice statale.

³¹ Sul “settlor’s intent” in questo contesto vedi M. TIPTON, *Can you trust your trust?*, cit., p. 987.

³² Vedi anche M. TIPTON, *Can you trust your trust?*, cit., p. 1004.

Rispetto a tale pronuncia, si possono fare almeno due rilievi: essa, in primo luogo, sembra implicare che un soggetto che non accetti la designazione di beneficiario di un *trust* non possa essere vincolato dalla clausola arbitrale contenuta nel relativo atto istitutivo; dall'altro, la controversia non riguardava la validità del *trust* e dunque, il principio di diritto ivi enunciato potrebbe non estendersi a tale ipotesi³³.

4. *Gli ordinamenti di tradizione inglese*

Anche negli ordinamenti di tradizione inglese, in generale, mancano norme dedicate alla questione esaminata in queste pagine.

In Inghilterra, si ritiene comunemente che la clausola arbitrale inserita dal disponente nell'atto istitutivo di *trust* non sia qualificabile come "arbitration agreement" e non possa vincolare *trustee* o beneficiari³⁴, anche in considerazione del fatto che, tramite la clausola, un beneficiario potrebbe essere privato della possibilità di avvalersi della c.d. giurisdizione eminente del Tribunale³⁵.

In India, anche di recente, la giurisprudenza³⁶ ha negato che una clausola arbitrale contenuta in un atto di *trust* possa essere considerata valida ai sensi dell'*Indian Arbitration Act* e in particolare della *sec. 7*, che detta i quattro requisiti formali che un "arbitration

³³ In seguito, la *Court of Appeals* del Texas, *v District* (Dallas) nel caso *Archer v. Archer*, del 17 giugno 2014 (una controversia per *breach of trust* in cui i *trustee* convenuti avevano la clausola arbitrale), senza mettere in discussione la possibilità di utilizzare l'arbitrato nel contesto di riferimento, analizza la clausola 14.02 dell'atto istitutivo (rubricata: "No court proceedings"), per giungere a concludere che, in base al linguaggio utilizzato, i disponenti si fossero limitati ad auspicare che eventuali liti fossero decisi con A.D.R./arbitrato e, dunque, senza efficacia vincolante.

³⁴ Vedi D. HAYTON, *Problems in attaining binding determinations od trust issues by alternative dispute resolution*, reperibile online al link: <https://gmjones.org/pdfs/hayton-adr-paper.pdf>, p. 2. Vedi pure T. WÜSTEMANN, *Arbitration of trust disputes*, in C. MÜLLER (a cura di), *New developments in international commercial arbitration 2007*, cit., p. 34 ss.; D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes: theory, risk and practice*, cit., p. 337.

³⁵ P. PANICO, *Trust e arbitrato*, cit., p. 144.

³⁶ *Supreme Court Indiana*, 17 agosto 2016, c. *Vimal Kishor Shah v. Jayesh Dinesh Shah*.

agreement” deve soddisfare. Tali requisiti, per la Corte, devono essere rigorosamente soddisfatti ed in particolare quello relativo alla sottoscrizione della clausola da parte delle parti della controversia. E tale requisito non è di norma soddisfatto rispetto ai beneficiari di un *trust*.

In direzione opposta va segnalata la legge di Guernsey³⁷, come riformata nel 2007, che, alla *sec.* 63, detta un’analitica disciplina sull’efficacia vincolante di un accordo transattivo raggiunto in sede di A.D.R.³⁸, in base alle previsioni dell’atto istitutivo (o alle disposizioni del giudice)³⁹.

Si tratta di una norma di notevole interesse. Essa, in particolare, al § 5, specifica che, nella nozione di A.D.R. rientra anche l’arbitrato. L’ambito oggettivo di applicazione della norma è peraltro molto limitato, poiché essa si riferisce esclusivamente alle controversie in materia di *breach of trust* da parte del *trustee*.

³⁷ Vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 25.

³⁸ Acronimo che ricomprende, per espressa disposizione della stessa norma, conciliazione, mediazione, *early neutral evaluation*, *adjudication*, *expert determination* ed arbitrato.

³⁹ «Settlement of action against trustee by alternative dispute resolution to be binding on beneficiaries. 63. (1) Where (a) the terms of a trust direct or authorise, or the Court so orders, that any claim against a trustee founded on breach of trust may be referred to alternative dispute resolution (“ADR”), (b) such a claim arises and, in accordance with the terms of the trust or the Court’s order, is referred to ADR, and (c) the ADR results in a settlement of the claim which is recorded in a document signed by or on behalf of all parties, the settlement is binding on all beneficiaries of the trust, whether or not yet ascertained or in existence, and whether or not minors or persons under legal disability. (2) Subsection (1) applies in respect of a beneficiary only if (a) he was represented in the ADR proceedings (whether personally, or by his guardian, or as the member of a class, or otherwise), or (b) if not so represented, he had notice of the ADR proceedings and a reasonable opportunity of being heard, and only if, in the case of a beneficiary who is not yet ascertained or in existence, or who is a minor or person under legal disability, the person conducting the ADR proceedings certifies that he was independently represented by a person appointed for the purpose by a court of law. “Notice” in paragraph (b) means 14 days’ notice or such other period as the person conducting the ADR proceedings may direct. (3) A person who represents a beneficiary in the ADR proceedings for the purposes of subsection (2) (a) is under a duty of care to the beneficiary. (4) For the avoidance of doubt, the ADR proceedings need not be conducted in Guernsey or in accordance with the procedural law of Guernsey. (5) In this section – “ADR” includes conciliation, mediation, early neutral evaluation, adjudication, expert determination and arbitration, and “proceedings” includes oral and written proceedings».

Per quanto più ci interessa qui, il § 1 specifica che, alle condizioni ivi indicate, l'accordo eventualmente raggiunto è vincolante per tutti i beneficiari, a prescindere che siano stati individuati o meno o venuti in esistenza, oppure minori o maggiorenni o incapaci. Perché tale vincolo possa operare, però, ai sensi del § 2, il beneficiario deve essere stato rappresentato nel procedimento di A.D.R. (sia di persona che dal suo curatore o come membro di una classe o in altro modo). In mancanza di tale rappresentanza, il beneficiario deve essere stato notiziato del procedimento di A.D.R. e avere avuto un ragionevole opportunità di essere sentito in tale ambito.

Rispetto ai beneficiari non ancora individuati o non venuti ad esistenza, minorenni o incapaci, inoltre, la persona che conduce il procedimento di A.D.R. deve certificare che essi sono stati rappresentati in modo indipendente da una persona nominata a tal fine dal giudice.

La norma qui in esame non si occupa dei requisiti formali o sostanziali di validità di una convenzione per A.D.R., di cui si limita a prevedere l'ammissibilità nell'ambito di un atto istitutivo (e, dunque, imposta in via unilaterale da parte del disponente).

Dal 2005, anche il *Trusts and Trustees Act* di Malta prevede specifiche disposizioni sulle clausole arbitrali nei testamenti e nei trusts⁴⁰.

Pure alle Bahamas, con il *Trustee Amendment Act* del 30 dicembre 2011, si è introdotta la possibilità di devolvere in arbitrato una controversia in materia di *trust*, richiamando l'*Arbitration Act Section 91A*, con effetto vincolante per tutte le parti⁴¹, anche quelle che non siano parti della clausola arbitrale. La *Section 91B(2)*, in particolare, conferisce al tribunale arbitrale tutti i poteri del giudice, compresa la "inherent jurisdiction" del giudice di rimuovere i *trustee*.

A questo riguardo, si segnala una decisione della *Supreme Court* del 2018 nel caso *Volpi c. Delanson*⁴². Nella fattispecie, il sig. Ga-

⁴⁰ Vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 25.

⁴¹ «[A]nd have effect as between those parties as if it were an arbitration agreement and as if those parties were parties to that agreement». Vedi P. PANICO, *Trust e arbitrato*, cit., p. 146.

⁴² Vedi anche P. PANICO, *Trust e arbitrato*, cit., p. 148.

briale aveva creato un *trust* di famiglia, di cui erano beneficiari lui stesso e i due figli e di cui era *trustee* il sig. Delanson. Nel 2016, il *trustee* aveva ritrasferito a Gabriele tutto il fondo. In seguito, i rapporti tra Gabriele e il figlio Matteo si erano incrinati e, nel 2018, Matteo aveva agito in giudizio contro Delanson per *breach of trust*.

L'atto istitutivo del *trust* conteneva una *arbitration clause* (la "Clause 27"): la controversia, dunque, si incentra sulla natura di tale clausola («Clause 27 is a forum and dispute resolution clause, not a governing law clause») e sul suo ambito. La Corte Suprema, citando la *Sec. 91A(2)*, al riguardo, afferma che, sebbene le parti non abbiano sottoscritto l'accordo, «they are nevertheless deemed to be parties to an arbitration agreement as a result of Section 91A(2)», distinguendo tra *parties to the trust* e *parties to the trust deed*. L'attore Matteo, peraltro, contesta l'applicazione della *Section 91A* a un *trust* istituito prima della sua entrata in vigore ma tale eccezione è respinta dalla Corte che, al riguardo, afferma: «There is nothing in section 91A which suggests that the written *trust deed* must come into existence after the coming into force of the *Trustee (Amendment) Act 2011*».

Per chiudere questa (incompleta) carrellata comparatistica, si segnala un recente intervento normativo nella materia in Nuova Zelanda. In tale ordinamento, si riscontra un altissimo numero di *trust* in rapporto alla popolazione, con ampie potenzialità di utilizzo dell'arbitrato.

L'*iter* normativo, peraltro, è stato molto travagliato, ciò che conferma le difficoltà dell'intervento del legislatore in questo ambito. Dopo lunga discussione, infatti, nel maggio 2019, è entrato in vigore l'*Arbitration Amendment Act 2019*, con un testo che non contiene norme in materia di *trust*, pure previste nel relativo progetto di legge. Contro l'inclusione di specifiche disposizioni sull'arbitrato nel contesto del *trust* aveva militato la considerazione che il *trust deed* non sia un contratto ma un "unilateral act of disposition" di cui i beneficiari non sono parti. Anche in Nuova Zelanda, d'altro canto, era stato sollevato il problema dell'opponibilità dell'arbitrato ai beneficiari non nati, non individuati o incapaci.

La pressione a favore di una disciplina normativa era però forte e, a distanza di pochi mesi, nel luglio 2019, è stato approvato il *Trust*

Act 2019, entrato in vigore il 30 gennaio 2021 e che rappresenta la maggiore riforma del diritto dei *trust* in Nuova Zelanda negli ultimi settant'anni.

Ai sensi dell'art. 142⁴³, in particolare, si prevede che il termine "ADR process", utilizzato nelle disposizioni successive, si riferisca anche all'arbitrato. La norma, d'altro canto, esclude dall'applicazione della nuova normativa i procedimenti o le controversie sulla validità di un *trust*.

L'articolo 143 prevede che, anche in mancanza di una specifica clausola contrattuale, un *trustee* possa sempre sottoporre una controversia a un procedimento di ADR, con il consenso di tutte le parti coinvolte⁴⁴.

Di maggiore interesse in questa sede è l'art. 144⁴⁵, che disciplina l'ADR process nelle controversie interne di un *trust* con beneficiari non individuati o che non abbiano capacità.

⁴³ «142 (Definitions for purposes of sections 143 to 148) In sections 143 to 148, — ADR process means an alternative dispute resolution process (for example, mediation or arbitration) designed to facilitate the resolution of a matter ADR settlement, in relation to a matter,— (a) means an enforceable agreement reached through an ADR process that resolves the matter; but (b) does not include an arbitral award, in relation to a matter that has been referred to arbitration, has the same meaning as award in section 2(1) of the Arbitration Act 1996 arbitration agreement, in relation to a matter that has been referred to arbitration, has the same meaning as in section 2(1) of the Arbitration Act 1996 external matter means a matter to which the parties are a trustee and 1 or more third parties internal matter means a matter to which the parties are a trustee and 1 or more beneficiaries, or a trustee and 1 or more other trustees, of the trust matter— (a) means— (i) a legal proceeding brought by or against a trustee in relation to the trust; or (ii) a dispute in relation to the trust between a trustee and a beneficiary, or between a trustee and a third party, or between 2 or more trustees, that may give rise to a legal proceeding; but (b) does not include a legal proceeding or a dispute about the validity of all or part of a trust».

⁴⁴ «143 Power of trustee to refer matter to alternative dispute resolution process (1) This section applies if there is no provision in the terms of a trust that requires or empowers a trustee to refer a matter to an ADR process. (2) A trustee may, with the agreement of each party to the matter, refer the matter to an ADR process. (3) For the purposes of this section, a beneficiary is not a party to an external matter».

⁴⁵ «144 (ADR process for internal matter if trust has beneficiaries who are unascertained or lack capacity) (1) If a trust has any beneficiaries who are unascertained or lack capacity, then, for a matter relating to that trust that is subject to an ADR process,— (a) the court must appoint representatives for those beneficiaries; and (b) those representatives may agree to an ADR settlement, or agree to be

Per tale ipotesi, infatti, si prevede la nomina, da parte del giudice, di rappresentanti dei beneficiari in questione. Tali rappresentanti potranno poi dare il proprio consenso ad essere vincolati da una clausola arbitrale e dal conseguente loro arbitrato, in nome e per conto dei beneficiari non individuati o che non abbiano capacità di agire. Ai sensi dell'art. 145⁴⁶, poi, il giudice, anche di propria iniziativa, nelle controversie interne al *trust*, può disporre che la lite sia rimessa a un *ADR process* (tra cui, come abbiamo visto, anche l'arbitrato).

5. *Una prospettiva italiana (e una conclusione di apertura)*

E per quanto riguarda l'Italia?

Nel nostro paese manca una disciplina specifica in materia di arbitrato e *trust*. Sul piano interpretativo, dunque, si riscontrano gli stessi contrasti e conflitti di cui si è dato conto nella rassegna che precede, complicati dal fatto che il *trust* è un istituto estraneo alla nostra tradizione giuridica e dunque con ancora maggiori difficoltà di "adattamento".

bound by an arbitration agreement and any arbitral award under that agreement, on behalf of the beneficiaries who are unascertained or lack capacity; and (c) any ADR settlement must be approved by the court. (2) If representatives have been appointed under subsection (1) for beneficiaries who are unascertained or lack capacity,— (a) the representatives must act in the best interests of the beneficiaries on whose behalf they have been appointed; and (b) the court may order that a representative's costs be paid out of the trust property; and (c) the court may make any order that it thinks fit regarding the terms of a representative's appointment. (3) This section applies only to internal matters».

⁴⁶ «145 (Power of court to order ADR process for internal matter) (1) The court may, at the request of a trustee or a beneficiary or on its own motion, — (a) enforce any provision in the terms of a trust that requires a matter to be subject to an ADR process; or (b) otherwise submit any matter to an ADR process (except if the terms of the trust indicate a contrary intention). (2) In exercising the power, the court may make any of the following orders: (a) an order requiring each party to the matter, or specified parties, to participate in the ADR process in person or by a representative: (b) an order that the costs of the ADR process, or a specified portion of those costs, be paid out of the trust property: (c) an order appointing a particular person to act as a mediator, an arbitrator, or any other facilitator of the ADR process. (3) This section applies in relation to internal matters only».

Sul piano formale, si richiede, in base alle norme generali, la forma scritta, ciò che nel contesto di riferimento non costituisce un problema.

Rispetto alla arbitrabilità della lite, poi, la controversia, in conformità alle disposizioni generali dell'art. 806 c.p.c., dovrà avere ad oggetto un diritto disponibile. Nel contesto del *trust*, d'altro canto, la disponibilità del diritto deve essere valutata alla luce della normativa applicabile al *trust* stesso (*rectius*, alla clausola arbitrale)⁴⁷, giungendo per tale strada, ad esempio, a negare l'arbitrabilità delle liti sulla validità di un *trust* ove ciò sia eventualmente escluso dalla legge straniera applicabile.

Nessun problema si pone per il giudice italiano, qualora, anche in mancanza di una espressa previsione nell'atto istitutivo, la legge sostanziale applicabile riconosca al *trustee* il potere di stipulare clausole arbitrali o per A.D.R.⁴⁸ con i terzi con cui viene in contatto nell'ambito della sua attività di amministrazione e di gestione del fondo⁴⁹, ovvero con i beneficiari con i quali sia sorta una controversia o nella previsione della sua insorgenza⁵⁰.

⁴⁷ Sull'arbitrabilità delle *trust disputes* vedi G. VON SEGESSER, *Arbitrability in estate and trust litigation*, cit., pp. 28 ss.; rispetto al diritto svizzero, T. WÜSTEMANN, *Arbitration of trust disputes*, cit., pp. 49 ss.

⁴⁸ Così, ad esempio, dispone l'art. 15 del *Trustee Act* inglese del 1925, alla cui stregua: «A personal representative, or two or more trustees acting together, or, subject to the restrictions imposed in regard to receipts by a sole trustee not being a trust corporation, a sole acting trustee where by the instrument, if any, creating the trust, or by statute, a sole trustee is authorised to execute the trusts and powers reposed in him, may, if and as he or they think fit: [...] (f) compromise, compound, abandon, submit to arbitration, or otherwise settle any debt, account, claim or thing whatever relating to the testator's or intestate's estate or to the trust»; per un'analisi di tale disposizione e sulla sua interpretazione da parte delle corti inglesi vedi D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes*, cit.: vedi anche S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit.; per la situazione negli USA, vedi M.P. BRUYERE, M.D. MARINO, *Mandatory arbitration provisions: a powerful tool to prevent contentious and costly trust litigation, but are they enforceable?*, cit., p. 355.

⁴⁹ Vedi anche D. HAYTON, *Problems in attaining binding determinations of trust issues by alternative dispute resolution*, cit., p. 1; D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes*, cit., p. 334.

⁵⁰ Scrive, al riguardo, D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes*, cit.: «The only issue will be whether the *trustee* has the authority to submit claims to arbitration, to compromise or otherwise settle claims out of court. Most well drafted *trust* instruments will grant such authority and, in most *trust* jurisdic-

Anche per il nostro ordinamento il problema principale è, piuttosto, quello della vincolatività della clausola per i beneficiari⁵¹.

Se la legge straniera applicabile al *trust* (*rectius*, alla clausola arbitrale) prevede espressamente la deferibilità della controversia in arbitrato, ritengo che il giudice italiano debba fare applicazione delle relative disposizioni.

In mancanza di una normativa in materia, l'interprete italiano deve fare riferimento ad eventuali precedenti giurisprudenziali dell'ordinamento di riferimento.

Qualora manchi anche una specifica *case law*, si dovrà cercare una adeguata soluzione per via interpretativa.

Al riguardo, ritengo che non sia possibile alcuna assimilazione tra *trust* e contratto, come prospettato dalla c.d. *contract theory*⁵². Né mi sembra accettabile la *intent theory*, alla cui stregua la volontà del disponente costituirebbe la legge regolatrice del contratto, con efficacia vincolante nei confronti dei terzi⁵³. In questo modo, si giunge a prospettare una sorta di arbitrato obbligatorio, con problemi sul piano dell'art. 24 Cost. Non mi pare, neppure, che si possa ritenere che i soggetti del *trust* subentrino nei diritti del disponente, come se si fosse in presenza di una fattispecie di "circolazione" delle posizioni soggettive⁵⁴: tra disponente e beneficiari, infatti, non vi è un rapporto successorio in senso proprio e dunque questi ulti-

tions there is statutory authority similar to that in section 15 of the English Trustee Act 1925».

⁵¹ Molti interpreti, in effetti, esprimono perplessità e dubbi rispetto all'utilizzo dell'arbitrato in materia di *trust* in Italia. Come osserva VEDI V. VIGORITI, *Trustee e beneficiari*, cit., pp. 505 ss., in forza dei principi fondamentali dell'arbitrato: «il fatto che nell'atto istitutivo compaia una clausola che chiede al *trustee* di compromettere le eventuali controversie con i beneficiari, non vincola nessuno, neppure il *trustee* che assume l'incarico, e può valere al massimo come invito a sollecitare in futuro intese arbitrali, ma non certo come un impegno compromissorio vero ed attuale»; l'a. peraltro, propugna l'opportunità di non adottare un approccio formalistico ai principi.

⁵² La *contract theory* è contrastata da G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 10 («a trust is not a contract»). Vedi anche P. PANICO, *Trust e arbitrato*, cit., p. 142.

⁵³ Vedi al riguardo G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 10. Critico S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., p. 652.

⁵⁴ In questo senso vedi pure V. VIGORITI, *Trustee e beneficiari*, cit., pp. 505 ss.

mi possono essere ritenuti aventi causa del primo solo in modo “descrittivo” e atecnico.

Mi pare convincente, piuttosto, la tesi per cui i soggetti di un *trust* sono vincolati dalla clausola arbitrale contenuta nell’atto istitutivo per il solo fatto di avere accettato l’ufficio di *trustee*⁵⁵ o di guardiano ovvero i benefici derivanti dal *trust*⁵⁶. E, infatti, chi accetta i diritti, le prerogative, ed i poteri previsti in tale atto, non può al contempo ritenersi sollevato dai vincoli e dagli obblighi ivi enunciati⁵⁷. Si tratta, in effetti, di una accettazione della convenzione per fatti concludenti, così come, d’altro canto, è previsto in altri contesti analoghi⁵⁸.

Certamente, per questa via si tengono fuori i beneficiari che non si vogliono avvantaggiare dei benefici derivanti dal *trust*, ma ciò appare coerente con il principio consensualistico che governa l’arbitrato.

Il problema fondamentale resta quello dei beneficiari non individuati, non nati o non capaci di agire nel momento in cui la convenzione è stipulata o in quello in cui, comunque, il procedimento arbitrale viene instaurato.

Per quanto riguarda i beneficiari incapaci, seguendo le previsioni del diritto italiano, si può pensare alla nomina in loro favore di un tutore o curatore il quale, con le dovute autorizzazioni del giudice tutelare, parteciperà al procedimento in nome e per conto del proprio rappresentato⁵⁹.

⁵⁵ Così pure P. PANICO, *Trust e arbitrato*, cit., p. 143.

⁵⁶ Sulla c.d. *benefit theory* vedi G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 12; per una critica, S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., pp. 648 ss.; P. PANICO, *o Trust e arbitrato*, cit., p. 143, ne parla in termini di «acquiescenza presunta» (*deemed acquiescence*).

⁵⁷ Vedi anche S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., p. 209; cfr. pure le osservazioni di V. VIGORITI, *Trustee e beneficiari*, cit., pp. 505 ss.

⁵⁸ Nel contesto dell’art. 17 della convenzione di Bruxelles del 1968, ad esempio, la Corte di giustizia, 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn c. Petereit*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1993, p. 196, ha ritenuto valida una clausola di scelta del foro competente, relativa alle controversie tra una società per azioni e gli azionisti, inserita negli statuti societari, ancorché non espressamente approvata dagli azionisti stessi, purché adottata in base alle norme del diritto nazionale applicabili e degli statuti stessi purché questi ultimi siano depositati in un luogo accessibile all’azionista o contenuto in un pubblico registro.

⁵⁹ In situazioni di questo tipo, soluzioni analoghe sono adottate, ad esempio, in Inghilterra dove, in base all’art. 21 delle CPR, si procede alla nomina di un *liti-*

Maggiori problemi sorgono per i beneficiari non ancora individuati o non venuti ad esistenza.

Negli ordinamenti di *common law*, per garantire la tutela dei diritti di tali soggetti e la certezza dei rapporti interni al *trust*, sotto il profilo della vincolatività del lodo arbitrale anche nei confronti di beneficiari “sopravvenuti”, si prospettano soluzioni diverse. Negli Stati Uniti, ad esempio, si fa riferimento alla c.d. rappresentanza virtuale, prevedendo che le disposizioni dell’atto di *trust* possano indicare un soggetto (o il soggetto incaricato di nominarlo) al fine di rappresentare, in un eventuale contenzioso, gli interessi di altre parti altrimenti necessarie, senza necessità di coinvolgere queste ultime nel procedimento⁶⁰. In questo modo si può giungere a nominare un rappresentante degli interessi dei beneficiari non individuati o non venuti ad esistenza per determinate categorie di controversie, con effetti vincolati per i soggetti così rappresentati⁶¹. In alcuni casi, per la rappresentanza di parti non ancora nate o sconosciute, le corti nominano un “guardian ad litem”⁶².

In Italia, si possono prospettare diverse opzioni:

a) quando vi sono beneficiari non individuati o non ancora venuti ad esistenza, non si può fare decidere la controversia da un arbitro o tramite altri A.D.R. e la relativa convenzione è nulla⁶³. Si tratta di una soluzione molto rigida e che, a ben vedere, non risolve il problema di fondo relativo alla regolare instaurazione del contraddittorio in una controversia di questo tipo, a prescindere dal fatto che a deciderla sia un arbitro piuttosto che un giudice;

gation friend: cfr. V. VIGORITI, *Trustee e beneficiari*, cit., pp. 505 ss.; D. HAYTON, *Problems in attaining binding determinations of trust issues by alternative dispute resolution*, cit., p. 3; T. WÜSTEMANN, *Arbitration of trust disputes*, cit., p. 51; D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes*, cit., p. 335.

⁶⁰ Vedi V. VIGORITI, *Trustee e beneficiari*, cit., pp. 505 ss.; T. WÜSTEMANN, *Arbitration of trust disputes*, cit., p. 53; sulla posizione inglese rispetto alla *virtual representation* vedi D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes*, cit., p. 336.

⁶¹ Cfr. D. BROWNBILL, *Arbitration and mediation of trust disputes*, cit., p. 336 ss., che mette in rilievo i dubbi circa l’ammissibilità di questa soluzione in Inghilterra; Vedi VIGORITI, *Trustee e beneficiari*, cit., pp. 505 ss.

⁶² M.F. RADFORD, *An introduction to the uses of mediation*, cit., p. 635.

⁶³ Cfr. S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., p. 215.

b) la convenzione arbitrale vincola solo *trustee* e beneficiari “attuali” e il relativo lodo non sarà vincolante per i beneficiari “sopravvenuti”, che non possono ritenersi “aventi causa” delle parti originarie ai sensi dell’art. 2909 c. c.: si tratta di una soluzione poco tranquillizzante per le parti del procedimento arbitrale, che, in ipotesi, potrebbero essere, in seguito, costrette a riaprire il contenzioso nei confronti di “nuovi” beneficiari;

c) si può cercare di adattare alla situazione gli strumenti previsti dalla nostra disciplina processuale. Esclusa la possibilità di importare il concetto di “rappresentanza virtuale”, a noi sconosciuto, si potrebbe prospettare la nomina, da parte del giudice, di un curatore speciale per un soggetto (ancora) non identificato (soprattutto laddove tale nomina sia prevista addirittura nell’atto istitutivo del *trust*): tale ipotesi potrebbe però risultare incompatibile con i fondamentali principi del giusto processo⁶⁴;

d) infine, si potrebbe sostenere che i beneficiari “sopraggiunti”, anche non avendo partecipato al procedimento arbitrale, si trovino comunque a subirne le conseguenze in via di mero fatto, dal momento che essi, in qualche modo, “prendono” il *trust* nello stato in cui questo si trova al momento in cui essi vengono in esistenza o vengono individuati come beneficiari. Non si tratterebbe, dunque, di un problema processuale, di regolarità del procedimento arbitrale, quanto del riflesso sostanziale della modifica del rapporto di *trust* derivante dalla pronuncia degli arbitri. Questa soluzione, peraltro, deve tenere conto del dovere del *trustee* di tutelare comunque gli interessi della categoria dei beneficiari e dunque anche di quelli “eventuali”: nei suoi confronti, dunque, sussistendone i presupposti, potrà essere proposta un’azione di responsabilità da parte di quei beneficiari sopravvenuti che abbiano subito “danni” a seguito della pronuncia del lodo arbitrale o del procedimento di A.D.R.

Allo stato, dalla giurisprudenza italiana non provengono spunti di rilievo in questo ambito.

⁶⁴ Vedi comunque al riguardo l’approccio possibilista di V. VIGORITI, *Trustee e beneficiari*, cit., pp. 505 ss.

In materia, chi scrive ha reperito solo una pronuncia del Tribunale di Avellino del 2017⁶⁵: un disponente aveva proposto azione di responsabilità nei confronti del *trustee* e i convenuti avevano eccepito la presenza di una clausola compromissoria nel *trust*. La clausola in questione riguardava solo gli atti di gestione del *trustee* e poteva essere azionata dal disponente, dai beneficiari se maggiorenni e dallo stesso *trustee*. Il Tribunale accoglie l'eccezione dei convenuti, senza porsi problemi rispetto alla arbitrabilità della lite e alla vincolatività della clausola, forse perché azionata dallo stesso *trustee* contro il disponente che aveva inserito tale clausola nell'atto.

Di recente, la Cassazione si è pronunciata in una complessa controversia tra due sorelle beneficiarie di un *trust*⁶⁶. La decisione, però, è di scarso rilievo nel nostro contesto: è vero che la Corte suprema dichiara il difetto di giurisdizione alla luce di una clausola compromissoria che vincolava le due beneficiarie: ma tale clausola non era contenuta nell'atto istitutivo di *trust* bensì in un accordo di apporcionamiento stipulato dalle due sorelle al momento della divisione tra loro del fondo loro pervenuto.

In conclusione, di questa rapida disamina, la soluzione cui si giunge è che l'arbitrabilità di una controversia in materia di *trust* possa incontrare in Italia molte remore.

Se in molti ordinamenti si invoca l'intervento del legislatore, in Italia tale soluzione – invero opportuna – si scontra con la mancanza di una normativa generale sul *trust*.

Appare dunque irrealistico un intervento settoriale solo nell'ambito esaminato in queste pagine⁶⁷.

Vi sono comunque spazi per un utilizzo dell'arbitrato nel contesto di riferimento, avvalendosi del metodo comparatistico e di un poco di "creatività".

⁶⁵ Trib. Avellino, 14 luglio 2017, n. 1409, in *T&AF*, 2018, p. 181.

⁶⁶ Cass., sez. un., 12 luglio 2019, n. 18831, su cui F. CORSINI, *Controversie tra eredi derivanti dalla divisione di beni conferiti in trust: giurisdizione ed arbitrato*, in *T&AF*, 2020, 2, p. 131.

⁶⁷ G.J. BOSQUES-HERNANDEZ, *Arbitration clauses in trusts*, cit., p. 27 parla di «need of legislation». Anche S. WILLS MURPHY, *Enforceable arbitration clauses in wills and trusts*, cit., pp. 627 ss., ritiene che solo attraverso un intervento normativo si possano vincolare i beneficiari ad una clausola arbitrale contenuta nell'atto di *trust*.

LA GIURISDIZIONE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI *TRUST*

*Filippo Corsini*¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le controversie in materia di trust. – 3. I criteri (generali e speciali) attributivi di giurisdizione. – 4. Lo speciale criterio di giurisdizione dettato dall'art. 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012. – 5. Segue: il “domicilio” del trust. – 6. I fori esclusivi.

1. *Premessa*

L'individuazione dei criteri per stabilire quale sia il giudice dotato di giurisdizione al fine di decidere una controversia relativa ad una *trust* riveste un'importanza centrale.

È infatti assai probabile che, tranne il caso di *trust* meramente domestico (in cui è straniera soltanto la legge applicabile), la lite sia connotata da uno o più elementi di transnazionalità; ad esempio, uno dei numerosi soggetti coinvolti nel *trust* può avere domicilio all'estero, uno dei beni segregati può non essere situato in Italia, il *trust* può essere costituito in uno Stato straniero. È altresì possibile che, al di fuori dei nostri confini, debbano essere eseguite parte delle obbligazioni derivanti dall'atto istitutivo, o sia stata posta in essere dal *trustee* una condotta contraria alle prescrizioni dell'atto istitutivo.

Il presente contributo sarà esclusivamente focalizzato sul processo di cognizione e, pertanto, non ci soffermeremo sui profili di

¹ Professore associato di Diritto Processuale Civile presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

giurisdizione che vengono in rilievo nel caso di procedimenti in camera di consiglio, né sull'esecuzione forzata. Analogamente, non ci occuperemo della giurisdizione per decidere le controversie che riguardano *trust* costituiti nell'ambito di procedure di insolvenza od istituiti *mortis causa*, né delle clausole di proroga di giurisdizione.

2. *Le controversie in materia di trust*

Applicando la tradizionale classificazione elaborata nella decisione inglese *Alsop Wilkinson v. Neary and others* ([1995] 1 All ER 431), le controversie che sorgono in materia di *trust* possono essere suddivise in tre differenti categorie: *trust disputes*, *beneficiaries disputes* e *third parties disputes*.

Tra le *trust disputes* rientrano tutte le liti che riguardano direttamente l'atto istitutivo del *trust*. A loro volta, esse si suddividono in *friendly disputes* (ad esempio, le azioni finalizzate ad ottenere un'interpretazione "autentica" delle disposizioni dell'atto istitutivo del *trust*, o la soluzione di questioni relative all'amministrazione del *trust*), oppure in *hostile disputes* (le azioni proposte per conseguire una declaratoria di invalidità od inefficacia dell'atto istitutivo del *trust*).

Nelle *beneficiaries disputes* sono comprese le controversie iniziate dai beneficiari del *trust* nei confronti del *trustee*, per far valere violazioni da parte di costui dei propri obblighi e per ottenere, a vantaggio del *trust*, il risarcimento dei danni.

Le *third parties disputes* includono tutte le azioni avviate dal *trustee* contro soggetti terzi o, viceversa, iniziate da costoro nei confronti del *trustee*.

3. *I criteri (generali e speciali) attributivi di giurisdizione*

Al fine di individuare il giudice dotato di giurisdizione per conoscere una controversia in materia di *trust*, valgono le regole generali: dunque si devono applicare le norme comunitarie, se la disputa rientra nella portata del Regolamento (UE) n. 1215/2012, ovvero, in caso contrario, si deve fare ricorso alla legge 31 maggio 1995, n. 218.

Per altro rammentiamo che un'applicazione indiretta delle Sezioni 2, 3 e 4 del Capo II, Regolamento (UE) n. 1215/2012 (quindi degli articoli da 7 a 19) ha luogo in Italia, quand'anche il convenuto non sia domiciliato in uno Stato membro, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 3, 2° comma, prima parte legge n. 218/1995.

In relazione a tutte le controversie che devono essere avviate tramite un procedimento di cognizione (escluse, quindi, le *friendly disputes*, che si svolgono nelle forme camerali), si applica il criterio generale (analogo sia per la normativa comunitaria, che per quella interna) costituito dal luogo in cui è sito il domicilio del convenuto. Così se il soggetto passivo della lite è un *trustee* domiciliato in Italia, i nostri giudici possono conoscere la controversia in forza dell'art. 4, 1° comma, Regolamento (UE) n. 1215/2012 o dell'art. 3 legge n. 218/1995, che prevede la sussistenza della giurisdizione italiana altresì quando il convenuto è residente in Italia, ovvero quivi ha un rappresentante autorizzato a stare in giudizio.

Qualora vi sia una pluralità di convenuti, dei quali solo uno domiciliato in Italia, tutti possono essere quivi citati in forza delle regole sul cumulo soggettivo, ai sensi dell'art. 8, n. 1 Regolamento (UE) n. 1215/2012, laddove tra le domande proposte vi sia un collegamento così stretto, da rendere opportuna una trattazione ed una decisione unica, al fine di evitare il rischio che siano emesse pronunce incompatibili.

Ciò accade, ad esempio, quando c'è un litisconsorzio necessario tra *trustee* (domiciliato all'estero) e disponente (domiciliato in Italia), perché nei loro confronti è proposta un'azione revocatoria, che colpisce l'atto dispositivo (e non l'atto istitutivo del *trust*, che è unilaterale). Ovviamente la regola sul cumulo soggettivo è destinata a trovare applicazione anche qualora sussista un litisconsorzio facoltativo, come nel caso in cui più *trustees* siano citati in giudizio per risarcire i danni provocati ai beneficiari dalla loro *mala gestio*; in tale evenienza, infatti, pur non essendo plurisoggettiva la formazione della situazione sostanziale controversa, sussiste pur sempre l'esigenza di assicurare che non si formino giudicati contraddittori, da un punto di vista logico.

Quanto ai fori speciali di cui all'art. 7, Regolamento (UE) n. 1215/2012, a parte quello specificamente dedicato al *trust* conte-

nuto nel n. 6 (di cui ci occuperemo successivamente), innanzitutto può venire in rilievo – specie per le azioni proposte nei confronti del *trustee* da parte dei beneficiari – quello previsto dal n. 2, in materia di illeciti civili, dolosi o colposi, per cui sussiste la giurisdizione italiana se l'evento dannoso è avvenuto in Italia, o quivi può accadere. Se il *trustee* viola i propri doveri, i beneficiari possono domandare il risarcimento dei danni subiti a titolo extracontrattuale, dato che i beneficiari non sono parte dell'atto istitutivo del *trust*, a meno che, in modo poco persuasivo, non si intenda ricostruire quest'ultimo in termini di contratto a favore del terzo, escludendone dunque la natura unilaterale.

Non pare invece possibile configurare un'azione contrattuale – con teorico impiego del criterio di cui all'art. 7, n.1, Regolamento (UE) n. 1215/2012 – del disponente nei confronti del *trustee*, per ottenere l'adempimento dei suoi obblighi, dato che, a differenza di quanto avviene nel negozio fiduciario, e diversamente da quanto stabilito nell'art. 2645 *ter c.c.*, il *settlor* non ha alcun rapporto diretto ed immediato con il *trustee*, ma scompare dalla scena, una volta sottoscritto l'atto istitutivo del *trust*.

Piuttosto il *forum destinatae solutionis* risulta generalmente utilizzabile nelle *third parties disputes* nascenti da contratti conclusi dal *trustee* nell'ambito dello svolgimento della propria attività in favore del fondo in *trust*. Così, se il *trustee* sottoscrive con una banca un contratto di gestione patrimoniale, affinché questa amministri gli strumenti finanziari ed il denaro contante compreso nel patrimonio in *trust* e nasce una controversia, potrà essere adito il giudice del luogo in cui i servizi sono stati, od avrebbero dovuto essere, prestati in base al contratto.

4. *Lo speciale criterio di giurisdizione dettato dall'art. 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012*

L'art. 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012 prevede che una persona domiciliata in uno Stato membro possa essere convenuta in altro Stato membro «qualora si tratti di una controversia proposta contro un fondatore, trustee o beneficiario di un trust costituito in

applicazione di una legge o per iscritto o con una clausola orale confermata per iscritto, davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il trust ha domicilio».

Trattasi di un criterio speciale di competenza giurisdizionale, che si aggiunge a quello generale ed agli eventuali altri applicabili criteri speciali, utilizzabile in Italia quand'anche il convenuto non sia domiciliato in uno Stato membro, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 3, 2° comma, prima parte legge n. 218/1995.

È opportuno chiarire che l'art. 7, n. 6, Regolamento (CE) n. 1215/2012 si applica soltanto qualora debba essere convenuto in giudizio uno dei soggetti espressamente menzionati nella stessa, ossia il fondatore (disponente), il *trustee*, od il beneficiario. Nulla vieta, però, di convenire in giudizio nello Stato membro in cui ha domicilio il *trust*, oltre ad uno o più di tali soggetti, anche, ad esempio il *protector*; ciò è senza dubbio permesso dall'utilizzo dell'art. 8, n. 1, Regolamento (UE) n. 1215/2012 cui abbiamo già accennato in precedenza.

Non è permesso, invece, citare unicamente (senza cioè dare vita ad un litisconsorzio con gli altri soggetti menzionati nell'art. 7, n. 6, Regolamento (CE) n. 1215/2012) il *protector* presso il giudice dello Stato membro in cui ha sede il *trust*, sebbene egli svolga la propria attività nell'ambito del *trust*. A ciò osta il tradizionale principio interpretativo, per cui le competenze speciali devono essere intese in senso restrittivo.

In questo senso si è pronunciata anche quella che, a quanto consta, è l'unica decisione in materia resa da una corte inglese (e che, per effetto dell'imminente Brexit, è facile prevedere che rimarrà tale). Nel caso *Gomez v Gomez-Monche Vives* ([2008] EWCA Civ 1065 ss.), la *Court of Appeal* ha interpretato in modo restrittivo l'art. 5, n. 6, Regolamento (CE) n. 44/2001, escludendo che il relativo criterio di giurisdizione potesse essere utilizzato per radicare una controversia non solo verso chi, sebbene titolare di poteri fiduciari nei confronti di una delle parti in causa, non sia soggetto dal rapporto nascente dal *trust*, ma anche del *protector*. Qualora si intenda convenire in giudizio unicamente il *protector*, dunque, vi sarà giurisdizione italiana se costui risiede od ha il domicilio in Italia, ovvero qualora a questo risultato conduca l'applicazione di qualche altro criterio speciale attributivo di giurisdizione.

Pare importante svolgere anche un'altra riflessione riguardo alla portata dell'art 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012. Questa disposizione non si applica – sempre ed invariabilmente – quando sono convenuti in giudizio il disponente, il *trustee* od un beneficiario. Per potersi avvalere del criterio di giurisdizione speciale integrato dal luogo in cui è sito il domicilio del *trust*, infatti, è necessario che ricorra un'ulteriore condizione; la controversia deve essere proposta contro il disponente, il *trustee* o un beneficiario «di un trust costituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto».

Sono quindi esclusi quei particolari *trusts* creati implicitamente. Uno dei tratti più caratteristici della *law of trusts* è costituito dalla possibilità che i beneficiari esercitino un'azione di *tracing* nei confronti del *trustee*, oppure un'azione di *following* contro i soggetti (diversi da quelli che abbiano acquistato a titolo oneroso ed in buona fede) cui il *trustee* abbia trasferito, in violazione dei propri doveri, un bene appartenente alla *trust property*. L'*equity* permette infatti al beneficiario di seguire (*follow*) il bene nelle mani dell'avente causa del *trustee*, ovvero di rintracciare (*trace*) presso il *trustee* i proventi in denaro del trasferimento, oppure il bene che egli ha ricevuto come corrispettivo del bene illegittimamente alienato. Se il *tracing* ha successo, viene costituito, in capo al *trustee*, un *constructive trust* sui proventi della vendita del bene, oppure sull'altro bene che il *trustee* abbia ricevuto in cambio del bene originariamente parte della *trust property*. Come alternativa, se il beneficiario, grazie al *following*, è riuscito a seguire il bene presso l'avente causa, può chiedere che sia creato in capo a quest'ultimo un *constructive trust* avente ad oggetto tale bene.

Orbene l'art 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012 – richiedendo che il *trust* sia costituito in forma scritta, od oralmente e confermato per iscritto, non si applica per le azioni proposte nei confronti di un disponente, *trustee* o beneficiario di un *constructive trust*, o di un *resulting trust*, salvo non ritenere (in modo che non pare persuasivo) che queste tipologie di *trust* siano costituite non tanto in forza di un provvedimento che accoglie l'azione di *tracing* o di *following*, quanto indirettamente in forza di una previsione di legge che prevede la possibilità di emanare un simile provvedimento.

Ad ogni buon conto, si deve rammentare che in Italia non sono proponibili azioni di *following* e di *tracing* giacché, se si permettesse al beneficiario di un *trust* di avviare un'azione di *following* (ma anche di *tracing*) e questa avesse successo, verrebbe creato in capo al terzo acquirente (o, in caso di *tracing*, in capo al *trustee*) un *trust* non riconoscibile ai sensi della Convenzione dell'Aja, dato che l'art. 3 di questa permette il riconoscimento solo di *trusts* costituiti con l'accordo delle parti, escludendo così i *trusts* di origine giudiziale.

Quanto all'ambito applicativo del criterio speciale di giurisdizione in esame, è infine opportuno precisare che non tutte le dispute in materia di *trust* possono essere comprese nella portata dell'art. 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012. Come chiarito nella Relazione Schlosser (elaborata in occasione dell'adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito alla Convenzione di Bruxelles), esso, infatti, è applicabile soltanto alle cosiddette controversie interne al *trust*, ossia a quelle liti che sorgono tra i soggetti espressamente menzionati da tale disposizione, prime tra tutte le *beneficiaries disputes*. Dal momento che, come già illustrato, i fori speciali devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, sono escluse le controversie esterne al *trust*, cioè quelle liti, come le *third parties disputes*, ma anche le *hostile trust disputes*, che coinvolgono il *trustee* (ed altresì, seppur più difficilmente, i beneficiari od il *settlor*) ed un soggetto terzo.

5. *Segue: il "domicilio" del trust*

Il criterio speciale di giurisdizione dettato dall'art. 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012 è polarizzato sul concetto di domicilio del *trust*. Trattasi di un concetto palesemente improprio, dal momento che il *trust* è privo di soggettività giuridica.

Il concetto di domicilio del *trust* è ignoto in Inghilterra, dove comprensibilmente si definisce "artificiale" il concetto di domicilio del *trust*. Questa "confusione comunitaria" tra concetti di *civil law* e di *common law* è probabilmente dovuta all'inconscio tentativo di adattare, in occasione dell'adesione dell'Inghilterra e dell'Irlanda, la struttura originaria della Convenzione di Bruxelles, fondata sulla

nozione civilistica di domicilio, al *trust*, che, dal punto di vista continentale, è stato erroneamente ritenuto parificabile ad un ente.

L'art. 63, 3° paragrafo, Regolamento (UE) n. 1215/2012, per stabilire se un *trust* sia domiciliato nel territorio di uno Stato membro i cui giudici siano aditi, rinvia alle norme di diritto internazionale privato di tale Stato membro.

Pure nell'attuale momento storico di vigilia della Brexit, è interessante notare come in Inghilterra, per determinare in cosa consista il domicilio del *trust*, sia stata emanata una norma *ad hoc*, di coordinamento della legislazione interna con il Regolamento (CE) n. 44/2001 (ora Regolamento (UE) n. 1215/2012): lo *Schedule 1*, paragrafo 12, *Civil Jurisdiction and Judgements Order 2001*, il quale stabilisce che il *trust* è domiciliato in Inghilterra, se esso ha con la legge (sostanziale) inglese la più prossima ed effettiva connessione.

In Svizzera, in attuazione della Convenzione di Lugano, l'art. 21 Legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 dispone che il *trust* ha il domicilio dove è collocata la sua sede; questa, a sua volta, è costituita dal luogo dove si svolge la sua amministrazione, quale designato nell'atto istitutivo del *trust*, ovvero, in mancanza di tale designazione, è il luogo in cui il *trust* è amministrato effettivamente.

In Italia manca ogni riferimento al *trust* nelle nostre norme di conflitto. Non pare però possibile concordare con chi ritiene, in modo assai radicale, che i giudici italiani (così come i giudici di qualsiasi altro ordinamento che non disciplina il *trust*) non possano conoscere una controversia relativa al *trust* in virtù del criterio di competenza giurisdizionale *de quo*. Per questa via, infatti, si elide il problema, anziché risolverlo, rendendo oggetto l'art. 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012 di un'evidente interpretazione abrogatrice. Senza dimenticare che questa conseguenza non è certo stata voluta in sede legislativa, laddove si è chiaramente indicato che tale norma deve essere applicata anche negli ordinamenti di *civil law*; a tal proposito, la Relazione Schlosser evidenzia che, in assenza di disposizioni legislative al riguardo, le corti degli Stati membri devono coniare regole idonee per permettere l'applicazione delle previsioni relative al *trust* contenute nella Convenzione di Bruxelles.

Altri reputano che il domicilio del *trust* debba essere determinato in via analogica, sulla base delle regole applicabili agli enti e, segnatamente, ricorrendo all'art. 25 legge n. 218/1995. Questa opinione non pare tuttavia condivisibile, per due ragioni. Innanzitutto, manca la *eadem ratio* per ricorrere al metodo analogico, poiché il *trust* è privo di soggettività giuridica; in secondo luogo, anche volendo avallare la tesi qui criticata, di fatto l'art. 7, n. 6, Regolamento (UE) n. 1215/2012 diverrebbe inutile, poiché la sede del *trust* viene per solito identificata con il luogo dove è situata la sua amministrazione e, quindi, giocoforza, la sede coinciderebbe con il luogo dove è domiciliato il *trustee*. Il domicilio del *trustee*, però, costituisce già il criterio generale attributivo di competenza giurisdizionale previsto dall'art. 4, 1° paragrafo, Regolamento (UE) n. 1215/2012.

Posto che non sembra esistere una soluzione ottimale, per risolvere il problema pare opportuno ricorrere, in prima battuta, alla Convenzione dell'Aja, che, essendo stata adottata in Italia, può essere considerata come contenente norme di diritto internazionale privato italiano, ai sensi dell'art. 63, 3° paragrafo, Regolamento (UE) n. 1215/2012. Dopodiché, visto che tale Convenzione non conosce la nozione di domicilio del *trust*, ma permette il riconoscimento in Italia di un *trust* regolato da una legge straniera, per individuare tale concetto si deve indirettamente ricorrere a quest'ultima legge e, eventualmente, alle sue norme di diritto internazionale privato.

6. *I fori esclusivi*

Le uniche eccezioni all'operatività dei criteri generali e speciali attributivi di giurisdizione contenuti nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 sono costituite dalla possibile esistenza di un foro cui l'art. 24 Regolamento (UE) n. 1215/2012 attribuisce giurisdizione esclusiva per decidere la controversia.

Pensiamo ad un'*actio confessoria servitutis* promossa da un terzo contro il *trustee*, avente ad oggetto l'accertamento di una servitù di passaggio coattiva su di un terreno oggetto della *trust property*. Possiamo anche immaginare un'azione con cui il terzo convenga in giudizio il *trustee*, rivendicando la proprietà di un appartamento

trasferito dal disponente al *trustee* e che, quindi, sia parte del patrimonio in *trust*. In questi casi le azioni dovranno essere necessariamente proposte presso i giudici dello Stato in cui è sito l'immobile *ex art. 24 n. 1 Regolamento (UE) n. 1215/2012*. Il medesimo foro si applicherà, in via esclusiva, qualora il *trustee* intenda risolvere un contratto con cui ha concesso in locazione ad un terzo un immobile contenuto nel patrimonio in *trust*.

Per altro rammentiamo come la Corte giustizia, nel caso n. 294/92, *Webb c. Webb*, abbia ritenuto che l'azione proposta dal beneficiario di un *trust* – finalizzata ad accertare che una persona detiene un bene immobile in qualità di *trustee* e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della *legal ownership* – non è un'azione reale ai sensi dell'art. 16, n. 1), Convenzione di Bruxelles (oggi art. 24, n. 1, Regolamento (UE) n. 1215/2012). In tal caso, quindi, può trovare applicazione il foro del domicilio del *trust*.

Parimenti, laddove sorga una controversia circa la – delicata – questione della possibilità di procedere alla trascrizione di un atto a nome del *trustee*, con la precisazione dell'esistenza del vincolo del *trust*, hanno giurisdizione esclusiva i giudici dello Stato nel cui territorio i registri sono tenuti. E ciò sia che si tratti della trascrizione di un atto istitutivo di un *trust*, comportante il trasferimento dal disponente al *trustee* di un bene immobile, sia che riguardi la trascrizione di un atto con il quale il *trustee*, dopo essere stato nominato come tale nell'atto istitutivo, nell'ambito della propria attività gestoria acquista da un soggetto terzo, diverso cioè dal disponente, un bene immobile, destinato a confluire nella *trust property*, sia che abbia ad oggetto la trascrizione dell'atto istitutivo di un *trust* immobiliare autodichiarato, con cui un soggetto, già proprietario di un immobile, dichiara di divenirne titolare quale *trustee*, in favore di certuni beneficiari.

Analogamente, ai sensi dell'art. 24 n. 2 Regolamento (UE) n. 1215/2012, il *trustee* dovrà utilizzare (esclusivamente) il foro in cui la società ha sede per impugnare la delibera assembleare di approvazione di un bilancio della società della quale ha sottoscritto le azioni, investendo il denaro contante contenuto nel patrimonio in *trust*.

GESTIONE DELLA FIDUCIA E MANAGEMENT DEL GIUDICE

*Caterina Pasini*¹

SOMMARIO: 1. La legge inglese e le norme del modello internazionale. – 2. L’approccio italiano al tema della gestione del trust.

1. *La legge inglese e le norme del modello internazionale*

Il mio intervento intende concentrarsi, nel vasto panorama di tematiche che il convegno offre, sul trust ed in particolare sul problema dell’accesso del *trustee* al giudice.

Riprendendo la classificazione delle azioni enucleata in *Alsop Wilkinson v Neary*², intendo occuparmi delle c.d. *friendly disputes* ossia quella serie di richieste riguardanti in senso lato il funzionamento interno del *trust* nelle quali è necessario l’intervento del giudice con funzione gestoria.

Secondo la definizione della giurisprudenza inglese (*Robert Walker J*)³ vi sono quattro situazioni di massima in cui il *trustee* può chiedere al giudice di pronunciarsi preventivamente in controversie riguardanti la gestione del *trust* e che sono state riprese, con alcune modulazioni, dalle leggi regolatrici.

¹ Professore a contratto di Diritto Processuale Civile presso l’Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

² *Alsop Wilkinson v Neary* [1996] 1 WLR 1220, 1223H-1224C.

³ *Public Trustee v Cooper* [2001] WTLR 901, 922-924.

In particolare, è possibile ricorrere al giudice per sapere se un determinato atto di gestione del *trust* rientri o meno tra i poteri del *trustee* o costituisca un esercizio appropriato del potere riconosciuto al *trustee*. Si tratta del c.d. *blessing* del giudice, come ad esempio quando il *trustee* ritiene di dovere concedere un mutuo senza interessi a un beneficiario per consentirgli di fare fronte alle spese legali relative a una controversia familiare⁴. Oppure quando il *trustee* si spogli del proprio potere discrezionale e lo affidi alla corte, ad esempio in caso di conflitto di interessi del *trustee* o se vi è una situazione di stallo tra co-*trustee* per cui il *trustee surrenders his discretion*⁵; ancora, se il *trustee* abbia già posto in essere l'atto gestorio e questo sia contestato poiché posto in essere in assenza del relativo potere del *trustee* o comunque esercitato in modo improprio. In questo caso però si tratta di controversie di natura contenziosa.

La tradizione di *equity*, nei sistemi di *common law*, conferisce ai giudici poteri ampi e la c.d. *inherent discretion* che permette loro di intervenire a sostegno o a protezione del *trust* e con parametro l'interesse primario dei beneficiari. I giudici hanno *inherent jurisdiction* per supervisionare e intervenire nell'amministrazione del *trust* e possono essere chiamati a pronunciarsi qualora sorgano dubbi rispetto alle scelte del *trustee* nell'ambito di un contenzioso⁶.

In prima approssimazione, si possono ricomprendere nella categoria delle controversie non contenziose le istanze al giudice competente volte ad apportare modifiche all'atto istitutivo del *trust* (in assenza di apposita clausola nell'atto), ad interpretare clausole dell'atto istitutivo in presenza di dubbi sul loro significato o integrare lacune dell'atto istitutivo o correggerne le disposizioni o, infine, chiedere al giudice vere e proprie indicazioni sulla gestione del *trust*, rimuovere ostacoli che sorgono nella sua amministrazione, risolvere situazioni di incertezza o questioni particolarmente delicate.

Quest'ultimo tipo di istanze, che provengono dal *trustee*, hanno la finalità di limitare o escludere la responsabilità dello stesso, facendosi dettare delle vere e proprie istruzioni dal giudice. Tipica

⁴ *Re the V Settlement* (2008) 12 ITEL 360 (Guernsey).

⁵ *Jersey, Royal Court (Samedi division), 19 febbraio 2010, MM v S G Hambros Trust Company and AM*, in *T&AF*, 2013, 1, p. 82.

⁶ *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* (Isle of Man) [2003] UKPC 26.

è la c.d. *Beddoe Application* prevista dal diritto inglese e dalle norme del modello internazionale, ossia l'ipotesi in cui il *trustee* chiede autorizzazione al giudice circa l'opportunità di avviare o meno un contenzioso o di difendersi in giudizio, al fine di non dover rispondere di tasca propria laddove si riscontrino ipotesi di cattiva amministrazione del *trustee*⁷. Il *trustee*, in effetti, risponde delle spese con il proprio patrimonio personale anche quando si rivolge al giudice per essere confortato in una decisione che intende prendere e che invece dovrebbe comprendere da solo che non può essere presa⁸ o quando adisce il giudice tardivamente, con pregiudizio per gli interessi del *trust*⁹ o quando ritiene di sposare la posizione di una parte invece di restare neutrale¹⁰. Di questa fattispecie si dirà a breve, in quanto vi è una interessante pronuncia domestica sulla materia. Va sottolineato come, in applicazione di una regola prudenziale, il *trustee* richiede questo provvedimento del giudice anche quando non sia necessaria alcuna autorizzazione per agire o difendersi e quando l'atto istitutivo del *trust* gli dà il diritto di attingere al fondo per sostenere le spese legali.

Un altro ambito nel quale l'*inherent discretion* del giudice ha una funzione centrale è quello riguardante la nomina di un guardiano, di un curatore speciale nel caso di conflitti di interesse del *trustee*, la nomina, sostituzione o revoca del *trustee* oppure indicazioni per rassegnare le dimissioni da *trustee*.

Di norma, l'atto istitutivo regola espressamente tali ipotesi e con specifico riferimento all'ipotesi di sostituzione del *trustee* è prevista anche un'ipotesi di intervento giudiziale¹¹. Naturalmente i poteri di intervento del giudice possono variare a seconda della legge applicabile al *trust* e dei limiti, che possono essere più o meno

⁷ *Re Beddoe. Downes v Cottam* [1893] 1 Ch 547-558; vedi *Lloyds Bank Private Banking (C.I.) Ltd v Cala Cristal SA* (1997-8) 1 OFLR 91, (Jersey).

⁸ *Holding ND Management ltd v Property Holding and Investment Trust Plc* [1989] 1 WLR 1313.

⁹ *BA v Verite Trust Co* (2008) 12 ITELR 1 (Jersey).

¹⁰ Vedi anche *Wilkinson v Neary* [1996] 1 WLR 1220; *Alhamrani & Ors v Alhamrani & Ors* [2007] JCA 164 (Jersey, Court of Appeal).

¹¹ *Section 41 del Trustee Act 1925* per cui il giudice ha il potere di nominare un nuovo *trustee* e in alcuni casi può procedere alla nomina in sostituzione o contro la volontà di un precedente *trustee*.

ampi, in cui l'atto istitutivo del *trust* ammette la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria.

Un altro potere riconosciuto alla corte dal diritto inglese e dalle norme del modello internazionale successive è quello di autorizzare il *trustee* al compimento di un atto che non rientri tra i suoi poteri ma che appaia conveniente (*expedient*) per l'amministrazione del fondo in *trust*. Ciò con il limite che si tratti di poteri gestori e non dispositivi.

Di particolare interesse, tra le norme del modello internazionale, è l'art. 53 della legge sul *trust* di San Marino che, attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di autorizzare il *trustee* a compiere un «atto utile che non rientri fra i suoi poteri» addirittura consentendo la ratifica giudiziale di atti di qualsiasi natura compiuto dal *trustee* senza poteri¹². L'art. 47 della legge di Jersey contiene una analoga disposizione, riferita al *management or administration* di un *trust*, quando il *trustee* sia privo del potere di compiere un atto *expedient* e così anche la sect. 58 della legge di Guernsey.

Il sopra descritto diritto di adire la corte per ottenere direttive è consacrato nel diritto inglese nella *Part 64* delle *CPR – Civil Procedure Rules* – e costituisce uno strumento di protezione fondamentale poiché il *trustee*, di norma, è responsabile personalmente per i propri atti e omissioni.

Va considerato che i moderni atti istitutivi di *trust*, di solito, conferiscono ampia discrezionalità e potere ai *trustee*. Questi, e in particolare i *trustees* professionisti, non sono di norma tenuti a chiedere istruzioni su come esercitare tali discrezionalità e poteri. Se, però, non vi è consenso tra i beneficiari sulla via da intraprendere o se le implicazioni finanziarie o fiscali della decisione da prendere sono molto significative (si pensi alla vendita di un importante bene in *trust* o la distribuzione della gran parte dei beni in *trust* ad un particolare beneficiario) allora il *trustee* è del tutto giustificato a rivolgersi al giudice per chiedere l'approvazione rispetto ad una decisione di tale importanza.

¹² San Marino, L. 1° marzo 2010, n. 42, art. 53.4. Una recente e importantissima pronuncia della Corte per il *trust* e i rapporti fiduciari (5 dicembre 2017, causa n. 2017/04VG) si è pronunciata, *inter alia*, proprio sulla portata e l'estensione del succitato articolo, in www.cortetrust.sm.

Il ricorso del *trustee* al giudice è in effetti un evento fisiologico dei *trust*¹³ tanto che il diritto inglese prevede che il giudice possa liberare un *trustee* da responsabilità per una violazione delle sue obbligazioni se riscontri che ha agito onestamente e appaia giusto scusarlo della sua condotta ed anche di non essersi rivolto preventivamente al giudice. Per valutare il requisito di ragionevolezza si raffronta la condotta tenuta dal *trustee* con quella che un uomo prudente avrebbe adottato nei propri affari¹⁴.

Ebbene, in tutti questi, casi il ruolo del giudice è quello di vigilanza, per garantire che le decisioni dei *trustee* siano ragionevoli e legittime e per impedire che la decisione venga contestata in futuro.

2. *L'approccio italiano al tema della gestione del trust*

In Italia, con la sempre maggiore diffusione del *trust*, si è assistito a un progressivo aumento di casi nei quali le nostre corti sono state adite in funzione gestoria, per svolgere un ruolo ausiliario, di supplenza, con riferimento a *trust* interni regolati da leggi straniere.

Questo tipo di controversie viene tradizionalmente ricompreso nel campo della giurisdizione volontaria dalla quale sono assenti profili contenziosi, poiché l'autorità giudiziaria non è chiamata ad attuare o tutelare diritti soggettivi in un'ottica conflittuale ma a provvedere su situazioni soggettive più sfumate.

L'interesse che il giudice tutela con il proprio intervento è quello dei beneficiari e la sua pronuncia giudiziale è caratterizzata da una valutazione discrezionale, di opportunità, che tiene in considerazione, appunto, tali interessi.

Il vasto novero, per tipologia e quantità, di interventi riconosciuti al giudice dei paesi d'origine nell'esercizio della sua *inherent*

¹³ M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, Cedam, 2019, p. 223.

¹⁴ M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 225 che si riferisce al termine inglese *ought fairly to be excused for the breach* osservando come gli ordinamenti del modello internazionale hanno spesso ripreso tale norma nella loro legislazione, vedi *Trusts (Jersey) Law 1984*, art. 45; Bermuda, *Trustee Act 1975*, sect. 52(1).

discretion è stato variamente applicato e interpretato dalla giurisprudenza domestica.

Da una parte, si possono catalogare le pronunce del giudice per la nomina o revoca dei soggetti incaricati della gestione di beni in *trust* o della vigilanza sulla stessa, sulle quali l'approccio giurisprudenziale italiano è stato piuttosto discontinuo.

Sul piano invece dei provvedimenti prettamente gestori del giudice, quelli finalizzati ad ottenere direttive, si possono isolare due fondamentali pronunce: il c.d. *Beddoe Order* italiano¹⁵ con cui il Tribunale di Ancona ha dato ad un trustee le istruzioni che aveva chiesto circa l'opportunità di partecipare ad un giudizio riguardante il *trust*, e un suo precedente logico, più risalente, del Tribunale di Firenze. In tale pronuncia, il giudice ha provveduto sul ricorso del *trustee* ai sensi dell'art. 51 della legge di Jersey finalizzato a conoscere come comportarsi dinanzi ad una domanda giudiziale per difendersi dalla quale il fondo in *trust*, già ridottosi in conseguenza di un'altra attività giudiziaria, si sarebbe ulteriormente ridotto e probabilmente divenuto inferiore a quanto richiesto per attuare le finalità del *trust*¹⁶.

Ebbene, i tempi sono maturi per affermare, con le precisazioni che seguono, che poiché ogni *trust* interno è improntato sulle norme di una legge straniera e che pressoché ognuna delle leggi sostanziali regolatrici ammette che il giudice possa intervenire nella vita del *trust* con decisioni di carattere gestorio, anche il giudice italiano è legittimato a decidere in tal senso mediante provvedimenti aventi natura di giurisdizione volontaria.

Il punto di arrivo sopraccitato, però, va corredato di un opportuno approfondimento processualistico, pena, altrimenti, un'eccessiva semplificazione.

L'iniziale orientamento della giurisprudenza, che potremmo definire formalistico, riteneva che, poiché nel nostro sistema manca una norma che legittimi l'esercizio della giurisdizione in funzio-

¹⁵ Trib. Ancona, 29 gennaio 2018, n. 414, in *T&AF*, 2018, 3, p. 288; cfr. S. D. PUGGIONI, *Il ruolo del giudice italiano nella vita del trust*, in *T&AF*, 2018, 3, p. 267 e si permetta C. PASINI, *La Beddoe Application dinanzi ai tribunali italiani*, in *T&AF*, 2018, 6, p. 607.

¹⁶ Trib. Firenze, 17 novembre 2009, in *T&AF*, 2010, 2, p. 174.

ne ausiliaria al funzionamento del *trust*, non fosse ammissibile *tout court* proporre all'autorità giudiziaria istanze finalizzate alla nomina o revoca di soggetti del *trust* perché questo avrebbe violato il principio di tassatività dei procedimenti in camera di consiglio.

Quello della tassatività, si badi, è un principio non rinvenibile in alcuna norma scritta ma che risulta dal sistema processuale, per cui la possibilità di ricorrere alla tutela camerale sarebbe limitata ai soli casi previsti dalla legge, poiché i procedimenti in camera di consiglio costituiscono un *numerus clausus*¹⁷.

In tal senso, si sono orientate due pronunce del Tribunale di Crotone.

Per la prima, la previsione dell'atto istitutivo del *trust* che rimetta la nomina del guardiano al Presidente del Tribunale viola i principi inderogabili e di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano in punto di tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione¹⁸. Per la seconda pronuncia è escluso che il giudice italiano, in assenza di una previsione in astratto, nella legge regolatrice del *trust*, di un suo potere d'intervento, possa pronunciarsi in virtù di una mera clausola contenuta nell'atto istitutivo essendo proprio il principio di tassatività ad impedire che i privati, con una semplice manifestazione di volontà, possano richiedere un intervento del giudice al di

¹⁷ A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.* 1990, 1, pp. 420 ss. per cui la tipicità del procedimento ex art. 737 ss. c.p.c. deriva da un duplice ordine di considerazioni. Se infatti si chiedono al giudice provvedimenti estranei alla tutela giurisdizionale dei diritti «allora la eccezionalità propria del carattere ulteriore delle funzioni giurisdizionali non necessarie [...] ad imprimere il marchio della tipicità:». Se invece tramite questo procedimento, si chiede la tutela di veri e propri diritti la tipicità deriva dalla circostanza per cui l'unico processo atipico che tutela diritti è il processo di cognizione «a fronte del quale sia i riti speciali di cognizione sia i processi sommari si qualsiasi specie [...] si pongono in rapporto di eccezione». Più di recente, tra gli altri vedi A. CARRATA, *Processo Camerale*, voce *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir. annali*, III, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 947 ss., per cui il processo camerale si applica in tutti i casi in cui è espressamente richiamato dalla legge, vuoi tramite il rinvio agli artt. 737 ss. c.p.c. vuoi attraverso la previsione per cui il provvedimento deve essere pronunciato in camera di consiglio; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, Cedam, 2002, pp. 1146 ss., per cui la tipicità costituisce un vero e proprio carattere identificativo della tutela camerale.

¹⁸ Trib. Crotone, 26 maggio 2009, in *T&AF*, 2009, 6, p. 650.

fuori delle ipotesi espressamente contemplate dalla legge italiana o da quella regolatrice del *trust*¹⁹.

Ciò, diversamente dai giudici di *common law* che, come osservato, in considerazione della loro *inherent discretion*, possono pronunciarsi anche nel caso in cui siano aditi sulla base di semplici disposizioni dell'atto di *trust* non previste dalla legge applicabile²⁰.

Secondo il Tribunale Reggio Emilia, poi, le funzioni svolte nella giurisdizione volontaria hanno rilevanza pubblicistica, sicché l'intervento dell'organo risulta ammissibile se e nei limiti in cui sia consentito dal diritto pubblico interno, con la conseguenza che, qualora il diritto straniero richiamato richieda un tipo di intervento che, seppure conosciuto dalla *lex fori*, è tuttavia diverso da quello previsto dall'ordinamento interno, l'organo interno sarebbe impossibilitato a provvedere²¹.

Un'interessante serie di provvedimenti che sposano la sopra descritta tesi riguarda la nomina, revoca, sostituzione del *trustee*, casi nei quali viene ribadito che la *lex fori* di riferimento deve essere solo quella italiana, escludendo che il principio di tassatività della giurisdizione volontaria possa essere superato. Ciò con la conseguenza di non consentire provvedimenti di giurisdizione volontaria in materia di *trust* e di relegare la possibilità di procedimenti aventi ad oggetto la gestione del *trust* solo nelle forme contenziose.

Davvero curioso, su questa china, è un caso milanese in materia di ricorso incrociato per la revoca dei *co-trustee*²² instaurato con azione di cognizione ordinaria *tout court*.

Né in primo né in secondo grado qualcuno pare essersi posto il problema della scelta delle modalità procedurali con le quali era stata instaurata la causa, limitandosi il giudice alla revoca di entrambi i coniugi con nomina di un nuovo *trustee* ai sensi della *section 41* del *Trustee act 1925*. Avverso la sentenza proponeva ricorso per cassazio-

¹⁹ Trib. Crotone, 29 settembre 2008 in *T&AF*, 2009, 1, p. 37.

²⁰ M.A. LUPOI, *Mamma ho sostituito il trustee!*, in *T&AF*, 2010, 6, pp. 587 ss.

²¹ Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, n. 1337 in banca dati *Dejure*.

²² Trib. Milano, 21 novembre 2002, in *Foro.it.*, 2003, I, 3198, con nota di, M. ROI, *Attribuzione e revoca dei poteri al trustee. Il rispetto da parte dei trustee dei principi di correttezza e diligenza nella gestione ed amministrazione del trust fund*, in *Il civilista*, 2009, 4, p. 97; App. Milano, 20 luglio 2004, in banca dati *Dejure*.

ne il padre, ed i giudici di legittimità confermavano il provvedimento impugnato, osservando come l'oggetto specifico del contendere fosse rappresentato dalla richiesta di revoca giudiziale da un *munus*.

Inutile sottolineare come la considerazione dell'ufficio del *trustee* come *munus* (comunque discutibile) cozza con il tipo di procedimento contenzioso utilizzato nel merito, poiché la materia, a rigore, si sarebbe dovuta trattare con le forme proprie dei procedimenti in camera di consiglio e non con quelle del processo di cognizione.

Anche un provvedimento del Tribunale di Modena²³, di fronte a un'istanza per la revoca di *trustee* e nomina di Guardiano ha negato l'ammissibilità del ricorso ad un procedimento di volontaria giurisdizione.

L'istanza per la revoca si basava su due argomentazioni: la prima, per cui il potere di nomina derivante dall'atto istitutivo del trust era obbligatoriamente sottoposta al Presidente del Tribunale di Modena e la seconda, per cui la possibilità di addivenire alla sostituzione o alla nomina del *trustee* ad opera del giudice sarebbe derivata comunque dalla stessa legge regolatrice del trust per volere del disponente e cioè la *Trust Jersey Law*, che all'art. 51 espressamente prevede l'intervento di una Corte, tra l'altro, ai fine della nomina o della sostituzione del *trustee*. Il Tribunale di Modena ha ritenuto pacifico che l'atto istitutivo possa attribuire al giudice nazionale la giurisdizione a conoscere delle vicende del trust se la legge regolatrice espressamente lo consente, ma non ritiene che sia legittima una clausola privata che individua l'organo giurisdizionale competente perché una disposizione di siffatta natura non può derogare al sistema della ripartizione delle competenze all'interno della giurisdizione, trattandosi di norme di ordine pubblico non derogabili.

Da tale considerazione, il giudice deriva che la competenza debba essere ricercata nella normativa ordinaria e che quindi la domanda di revoca o nomina del *trustee* dovrebbe essere proposta nell'ambito di un giudizio ordinario, salva poi la valutazione sulla proponibilità della specifica richiesta²⁴.

²³ Trib. Modena, 28 dicembre 2016, n. 4726, in banca dati *Dejure*.

²⁴ Cfr. Cass., 13 giugno 2008 n. 16022, in *Guida al diritto*, 2011, Dossier 7, p. 96.

Probabilmente, il fatto che alcuni giudici escludano la natura volontaria ma ammettano la qualificazione contenziosa del procedimento si giustifica con la considerazione che, nelle fattispecie concrete esaminate, erano coinvolti diritti soggettivi di soggetti che si potevano qualificare come controinteressati e i cui diritti avrebbero potuto essere incisi da un provvedimento di natura volontaria.

Il dubbio che si pone non è, allora, quello se radicare simili ipotesi con le forme proprie del processo di cognizione piuttosto che con quelle camerale, quanto verificare se il meccanismo della giurisdizione volontaria contempra anche casi in cui convivano interessi contrapposti e, in tale caso, come si debba articolare il procedimento.

Se il provvedimento di gestione, autorizzazione, amministrazione emesso dal giudice risulti viziato, il rimedio è fornito dalla possibilità di presentare un'istanza di revoca o modifica del provvedimento con il procedimento previsto dall'art. 742 c.p.c. in tema di provvedimenti di volontaria giurisdizione, secondo cui i decreti emessi *ex art. 737 c.p.c.* possono essere in ogni tempo revocati e modificati. Se i soggetti coinvolti, pur non qualificabili come parti in senso processuale, vedano i propri diritti soggettivi incisi dal provvedimento riguardante la gestione, autorizzazione o amministrazione da parte del giudice la necessità sarà quella di assicurare loro il principio del contraddittorio.

Pare a chi scrive che nel prendere una decisione di carattere gestorio o autorizzativo il giudice ponga alla base della propria determinazione la sola valutazione dell'opportunità o meno dell'azione sulla base di quelle prospettive d'esito favorevole o meno della stessa, al cui accertamento perviene prendendo in considerazione esclusivamente gli elementi di giudizio prospettatigli dall'istante od acquisiti a seguito dell'istruttoria su di essi espletata.

Come avviene nel caso delle autorizzazioni del giudice tutelare, il giudice di un eventuale successivo giudizio di merito non potrà trovare condizionamento alcuno nell'eventuale difforme avviso espresso nella diversa sede della volontaria giurisdizione dal giudice tutelare, il quale pur abbia autorizzato il rappresentante alla lite, né limitazione alcuna all'esercizio di tale potere può fondatamente ravvisarsi nella condizione di stabilità eventualmente conseguita dai

provvedimenti del giudice tutelare – giacché detti provvedimenti, in quanto adottati con decreto in sede di volontaria giurisdizione e non in sede contenziosa, pur attenendo a posizioni di diritto soggettivo, non risolvono conflitti su diritti contrapposti e non hanno, pertanto, contenuto decisorio, così come non hanno carattere definitivo, essendo revocabili e modificabili in ogni tempo, ex art. 742 c.p.c., in base tanto a riesame od a diversa valutazione delle risultanze originarie, quanto in seguito a sopravvenienza di nuovi elementi.

Quanto poi alla questione del rispetto del principio, fondamentale, del contraddittorio, laddove il processo si connota per essere bilaterale o plurilaterale le norme costituzionali ed in particolare gli artt. 24 e 101 Cost. impongono il rispetto del principio del contraddittorio anche nei procedimenti di giurisdizione volontaria²⁵. In tal senso il procedimento camerale è del tutto idoneo ad assicurare il rispetto di diritti soggettivi e del principio del contraddittorio; in particolare, la tutela dei diritti viene assicurata sia in prime cure, con la partecipazione al procedimento di ogni controinteressato, sia in sede di gravame, eventualmente, con il ricorso per cassazione ex art. 111 della Cost.

Ci si può allora domandare se, ad esempio, il *trustee* o il guardiano revocando possano qualificarsi processualmente come controparti rispetto al soggetto che avanza l'istanza, portatore di un interesse non compatibile con quello dell'attore. In tal caso il soggetto (beneficiario, disponente, guardiano) che domanda la revoca del *trustee* propone un'azione diretta all'emanazione di un provvedimento giurisdizionale, che innova la realtà giuridica preesistente e costitui-

²⁵ La Corte costituzionale ha affermato che pure nei procedimenti camerale devono essere attuate quelle garanzie fondamentali, senza esplicitarne mai le relative modalità operative. Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543 in *Dir. eccl.*, 1989, II, p. 481. Analogamente Corte cost., 12 luglio 1965, n. 70, in *Giur. cost.*, 1965, p. 863; Corte cost., 27 giugno 1968, n. 74; Corte cost., 16 luglio 1970, n. 141, in *Giur. it.*, 1970, I, p. 1, 1512; Corte cost., 27 giugno 1972, n. 110, in *Giur. cost.*, 1972, I, p. 1237; Corte cost., 10 luglio 1975, n. 202, in *Foro it.*, 1975, I, p. 1575; Corte cost., 6 dicembre 1976 n. 238; Corte cost., 17 aprile 1985, n. 103, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 888; Corte cost., 30 giugno 1988, n. 748, *ivi*, 1988, I, p. 3439; Corte cost., 24 ottobre 1995, n. 451, *ivi*, 1995, p. 3544; Corte cost., 17 maggio 2001, n. 140, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1023; Corte cost., 26 febbraio 2002, n. 35, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1290; Corte cost., 23 dicembre 2005, n. 460, *ivi*, 2006, I, p. 639; Corte cost., 29 maggio 2009, n. 170, in *Fallimento*, 2009, p. 1268.

sce, modifica o estingue preesistenti situazioni giuridiche producendo un nuovo effetto giuridico. Il *trustee* o il guardiano potrebbero essere infatti revocati ingiustamente ed avere interesse a difendere un interesse proprio²⁶.

Un'altra corrente, da considerarsi maggioritaria, è giunta per strade diverse ad ammettere che il giudice italiano possa svolgere un ruolo di supplenza rispetto a controversie non contenziose nate in seno a *trusts* regolati da legge straniera.

L'iter argomentativo muove dal riconoscimento, ex art. 9 Legge 31/5/1995 n. 218, della giurisdizione del giudice italiano in materia di volontaria giurisdizione *quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia*, e giunge ad affermare che l'intervento giudiziale, strumentale ed accessorio rispetto alla pretesa sostanziale, è ammissibile quando previsto dalla *lex causae* di cui il giudice deve fare applicazione.

Ferma la tassatività dei procedimenti in camera di consiglio, il limite può dunque essere oltrepassato laddove si consideri lecito l'intervento del giudice non soltanto ove previsto dalle norme domestiche ma anche nel caso in cui la legge regolatrice del *trust* contenga una previsione di legge in relazione allo specifico problema per la cui soluzione il giudice italiano viene adito²⁷.

²⁶ Il decreto, reso dal tribunale in sede di reclamo che, in forza di una specifica clausola dell'atto istitutivo di un trust, autorizza il guardiano a revocare il trustee nominandone un altro, non è ricorribile ex art. 111, comma 7, Cost., trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione che, in quanto modificabile e revocabile in ogni tempo, non è idoneo ad incidere in via definitiva su un diritto soggettivo ed è, quindi, privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale. Né tale conclusione viene meno allorché il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali il mancato rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento di prime cure, atteso che la pronuncia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi ed i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice, ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato e, pertanto, non può avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo, se di tali caratteri quell'atto sia privo; cfr. Cass., 1 febbraio 2016, n. 1873, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

²⁷ Come noto, la legge regolatrice del trust è recepita nel nostro ordinamento attraverso la Convenzione dell'Aja. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 348; M.A. LUPOI, *Mamma ho sostituito il trustee!*, cit., p. 586.

Un esempio è il caso di un cittadino italiano o straniero, residente in Italia, che costituisca un trust dichiarando l'applicabilità della legge inglese e il fondo in *trust* sia costituito di beni che si trovano in Italia. Come noto, il sistema inglese consente e prescrive l'intervento del giudice nella "vita" del *trust* per quelle procedura c.d. non contenziose: ciò appunto può accadere nell'ipotesi in cui il *trustee* voglia adire il giudice per ottenere indicazioni o direttive sui limiti dei suoi poteri; in caso si richieda della variazione del contenuto dell'atto istitutivo del *trust* oppure ai fini della revoca e nomina di nuovi *trustees*, qualora quelli indicati per qualsiasi motivo non possano esercitare la loro funzione e non vi siano previsioni specifiche nell'atto istitutivo.

L'esempio sopra riportato ben evidenzia che sebbene, con un approccio formalistico, sia possibile comprendere una simile impostazione secondo il diritto processuale interno, nell'ottica della riforma del diritto internazionale privato questo svilimento della norma internazionale, relegata a mero involucro formale di procedimenti tassativamente riferibili solo al sistema domestico, pare censurabile perché non assicurare una tutela completa delle situazioni soggettive di fatto possibili nel caso concreto che può coinvolgere un diritto diverso da quello italiano.

Ovviamente il problema della tassatività dei procedimenti in camera di consiglio non avrebbe neppure ragione di porsi, laddove si ritenga che l'intervento del giudice non debba essere domandato con le forme camerali bensì tramite un'ordinaria azione di cognizione come sembra avere ritenuto alcuna giurisprudenza sopraccitata.

È evidente, peraltro, che poiché le norme domestiche nulla prevedono in materia di *trust*, ragionando in termini troppo restrittivi il *trust* rimarrebbe del tutto sfornito di un intervento giudiziale, non essendo disciplinato dal nostro ordinamento. Di tale segno è una pronuncia della per cui il giudice italiano può, in applicazione dell'art. 41 del *Trustee Act 1925*, revocare il *trustee* che non agisca in maniera onesta e ragionevole (non curandosi della gestione dei beni in *trust* e non agendo in modo imparziale nei confronti dei beneficiari) e che non tenga una corretta contabilità²⁸. Di particola-

²⁸ App. Milano, 20 luglio 2004, cit.

re interesse è l'applicazione della c.d. *Beddoe Application* fatta dal Tribunale di Ancona che ha stabilito che il *trustee* di un trust testamentario interno regolato dalla legge di Jersey può farsi autorizzare dal giudice a costituirsi nel giudizio diretto a far dichiarare la nullità del *trust* e a prelevare dal fondo in *trust* le somme necessarie per sostenere le spese legali; parimenti una pronuncia del Tribunale di Firenze per cui il *trustee*, innanzi a domande giudiziali proposte nei suoi confronti nella sua qualità, al fine di non pregiudicare la consistenza del fondo in *trust*, deve determinare di volta in volta quale posizione assumere nel giudizio, sia per ciò che concerne la stessa costituzione in giudizio, sia per quanto attiene la difesa da assumere, avendo sempre riguardo all'incidenza che la domanda proposta nei suoi confronti possa avere sul fondo in *trust*, all'apparente fondatezza della stessa o meno ed alla possibilità di recupero delle spese del giudizio²⁹.

Un problema di ammissibilità della giurisdizione volontaria non si pone invece laddove la materia del trust si interseca con quella tutelare e minorile guidata sempre dal superiore interesse del minore o del soggetto debole. Si rinvergono infatti provvedimenti riguardanti il *trust* in ambito tutelare per cui può essere disposta la nomina di un amministratore di sostegno in favore di un soggetto disabile affinché l'amministratore, nell'esecuzione del proprio incarico, provveda anche alla cura degli interessi dell'amministrato nella sua qualità di beneficiario di un trust, all'uopo controllando e vigilando sull'operato del *trustee* e consegnando al giudice tutelare sia l'inventario dei beni in *trust* sia un resoconto annuale della contabilità relativa all'amministrazione del *trust* che includa il rendiconto del *trustee*³⁰. Così quando si tratti di autorizzare un minore a partecipare al *trust* istituito dalle sue sorelle maggiorenni³¹ oppure quando si debba adeguare un *trust* con beneficiario minorenni a circostanze impreviste e nuove giungendo alla rinuncia del beneficiario alla istituzione di un nuovo *trust* in suo favore³². Il giudice tutelare, in altra fattispecie, ha autorizzato il tutore di un beneficiario interdetto a prestare il con-

²⁹ Trib. Firenze 17 novembre 2009, in *T&AF*, 2010, 2, p. 174.

³⁰ Giudice Tutelare Trib. Roma, 26 ottobre 2009, in *T&AF*, 2010, 2, p. 180.

³¹ Giudice Tutelare Trib. Perugia, 16 aprile 2002, in *T&AF*, 2002, 6, p. 584.

³² Giudice Tutelare Trib. Bologna, 23 gennaio 2012, *T&AF*, 2013, 1, p. 47.

senso alla modifica di clausole di un atto istitutivo di *trust*, avvalendosi dei poteri che la legge regolatrice del trust attribuisce al giudice, quando ciò costituisce migliore e maggiore tutela degli interessi del beneficiario³³ o ancora ha autorizzato i genitori del minore disabile a vincolare in un *trust* del quale era stato prodotto in giudizio la bozza di atto istitutivo, somme di titolarità del minore, unitamente a somme dei genitori, per l'acquisto di un immobile³⁴.

Come giustamente osservato, quando si ricorra al giudice tutelare nell'ambito delle sue ordinarie attribuzioni, sebbene si debbano esplicitare con riferimento al *trust*, l'esercizio dei suoi poteri non necessita di giustificazioni teoriche.

In conclusione, la materia del *trust*, con le sue peculiarità, costituisce un terreno particolarmente fertile per approfondire il ruolo del giudice nella sua funzione non aggiudicativa ed anche per analizzare con quale estensione di possa configurare un potere discrezionale nelle ipotesi di giurisdizione volontaria non codicizzate.

È infatti ormai chiaro che laddove la legge sostanziale straniera rechi clausole di *inherent discretion*, il giudice può intervenire in funzione amministrativa e gestoria o offrire direttive. Impedire tale intervento secondo opzioni meramente formalistiche comporterebbe, infatti, frapporre un ostacolo processuale alla piena realizzazione di un diritto sostanziale, con ogni conseguenza in termini di vuoto di disciplina.

Ebbene tale rinnovata funzione del giudice "la cui porta è sempre aperta" pur per ora riferibile solo alla peculiarità del *trust*, può essere occasione per approfondirne tali rinnovati lineamenti anche con riferimento alla realtà domestica, nel tentativo di un inquadramento di maggiore respiro sistematico che tenga conto di tale ruolo del giudice, ad oggi considerato marginale.

³³ Giudice Tutelare Trib. Firenze, 7 luglio 2004, in *T&AF*, 2005, 1, p. 85.

³⁴ Giudice Tutelare Trib. Firenze, 8 aprile 2004, in *T&AF*, 2004, 5, p. 567.

PARTE V

LA FISCALITÀ DELLA FIDUCIA
E DELLA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

IL RICONOSCIMENTO FISCALE DELLA FIDUCIA E DELLA SEPARAZIONE PATRIMONIALE

*Livia Salvini*¹

1. Il tema del “riconoscimento fiscale” della fiducia e della separazione patrimoniale è ricco di risvolti e implicazioni: può essere trattato nell’ottica del regime ordinario ovvero di quello agevolativo, tanto nelle imposte dirette quanto in quelle indirette; può comportare l’esame dei più utilizzati istituti nei quali la separazione patrimoniale si può concretizzare, a partire dal *trust*; o ancora, può richiedere di analizzare gli effetti e la “tenuta”, rispetto alle azioni recuperatorie del Fisco, dell’attribuzione fiduciaria e della separazione di patrimoni; né si potrebbe trascurare un tema ancora più generale, e cioè quello della identificazione, nel sistema creato dalle norme e dalle interpretazioni della dottrina e soprattutto della giurisprudenza, di criteri generali che possano guidare l’individuazione dei riflessi fiscali di istituti multiformi e spesso “in divenire” come quelli oggetto della mia relazione.

Mi sembra che l’approccio più proficuo possa essere proprio quest’ultimo, dato il carattere del confronto tra diversi percorsi giuridici che connota questo Convegno. E mi sembra che il punto di partenza per l’analisi non possa che essere la l. n. 112/2016 sul “dopo di noi”. Come è ben noto, essa è diretta ad “agevolare”, con riferimento all’applicazione delle imposte di successione, donazione, registro ed ipocatastali, la costituzione di *trust*, di vinco-

¹ Professore ordinario di Diritto Tributario presso l’Università LUISS – Guido Carli di Roma.

li di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del Codice civile e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario, in quanto destinati ai bisogni specifici di persone con disabilità grave². Agevolazione che costituisce il concreto segno del *favor* del legislatore per le finalità perseguite con tali strumenti. Più in particolare, l'art. 6 della legge prevede che, a determinate condizioni di forma e di contenuto indicate dal comma 3, «i beni e i diritti conferiti in trust ovvero gravati da vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile ovvero destinati a fondi speciali» – fondi di cui all'art. 3 della stessa legge – siano esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni. Inoltre, ai trasferimenti dei suddetti beni e diritti le imposte ipocatastali e di registro si applicano in misura fissa e gli atti relativi sono esenti dall'imposta di bollo. Lo stesso art. 6 richiama il contratto di affidamento fiduciario come possibile fonte della disciplina dei fondi speciali e quindi come atto che imprime la destinazione fiscalmente agevolata dei beni e diritti, costituendoli come patrimonio separato.

² Il termine “agevolazioni” ed “esenzioni” è impiegato dalla legge, ma fin dalla sua emanazione si è posto il tema se si trattasse effettivamente di agevolazioni oppure di norme che confermano la fisiologica irrilevanza, ai fini dell'applicazione delle imposte di successione e donazione, dei negozi di dotazione (ovvero direttamente dei beni e diritti che ne sono oggetto, come dice la legge) di *trust*, di costituzione di vincoli di destinazione, ecc. Vedi sul punto T. TASSANI, *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul “dopo di noi”, tra agevolazione e impatto sistematico*, in *Notariato*, 2016, 5, pp. 517 ss. Ed in effetti, quando la legge fu emanata l'opinione dell'A.F. e quella prevalente della giurisprudenza erano (invero, come si dirà, quella dell'A.F. lo è tuttora) nel senso della tassabilità dei negozi in questione e quindi sembrava del tutto opportuno che la legge chiarisse al di là di ogni dubbio la non applicazione delle imposte indicate dall'art. 6 (così, tra le altre, Cass., 27 aprile 2021, n. 11099). Chiarimento che peraltro è stato utilizzato dall'A.F. per sostenere in via argomentativa e difensiva che esso costituisca conferma del fatto che – in tutti i casi diversi da quelli contemplati dalla l. n. 112/2016 – l'atto di dotazione dovesse essere assoggettato ad imposta di successione e donazione, di registro ed ipocatastali (vedi ad es. Cass., 12 settembre 2019, n. 22758 che rigetta questa argomentazione rilevando che «alla determinazione dei presupposti dell'imposta dovrebbe, di regola, giungersi in via diretta, certa e tassativa, e non con argomenti a contrario»). La natura non agevolativa ma di sistema delle disposizioni in commento potrebbe ora essere maggiormente evidente alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale: ma su questo tema si veda oltre nel testo.

2. Quando noi tributaristi ci avviciniamo a questi argomenti, di solito saggiamente premettiamo di non voler prendere una specifica posizione rispetto alle questioni che agitano la dottrina civilistica, ed *in primis* al tema delle forme e degli effetti del contratto di affidamento fiduciario³, questioni che ruotano anche intorno alla tipizzazione di tale contratto nel diritto di San Marino. Non intendo certo discostarmi da questa strada maestra, però vorrei fare qualche considerazione su alcune interessanti riflessioni della dottrina in ordine alla portata delle citate norme fiscali rispetto al riconoscimento normativo di tale contratto.

È stato in proposito sostenuto⁴ che non solo la legge sul “dopo di noi” non tipizza il contratto di affidamento fiduciario, il che è indiscusso, ma che essa neanche lo rende un contratto nominato⁵; ciò, in sostanza – banalizzo l’articolato discorso –, perché le norme tributarie, nel citare fattispecie di diritto civile, tipiche o atipiche che siano, possono anche intenderle in un’accezione diversa da quella dell’ordinamento di origine, disciplinando il regime fiscale di una serie di fenomeni civilistici anche sulla base di una loro descrizione puramente economico-sostanziale.

A tale riguardo si possono fare due ordini di considerazioni.

Il primo è che attribuire una natura esclusivamente fiscale alla legge sul “dopo di noi” appare francamente riduttivo: non vi è dub-

³ Vedi per tutti, su tale questione, M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014 e ID., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contr. Impr.*, 2017, 3, pp. 734 ss.

⁴ A. VICARI, *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *Contratti*, 2018, 1, p. 357.

⁵ È noto che il riconoscimento nominativo di un contratto non equivale alla sua tipizzazione, la quale si verifica solo ove l’ordinamento ne preveda la disciplina. Significativa a questo proposito è la vicenda del contratto di *leasing*, nominato ma non tipizzato. Benché, dunque, il fatto di essere nominato abbia una ridottissima valenza quanto alle vicende interpretative ed applicative di un contratto, è evidente che la negazione del pur semplice *nomen* dell’affidamento fiduciario ha una netta portata svalutativa. Sottolineano invece la rilevanza di tale riconoscimento normativo (che trova peraltro un precedente nell’art. 7, l. n. 3/2012, riguardante il procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento), tra gli altri, G. BOLETTO, *Tassazione indiretta dei negozi di destinazione patrimoniale alla luce della legge n. 112 del 2016 (c.d. “Dopo di noi”)*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, 4, p. 583; G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del “dopo di noi”* (seconda parte), in *Studium Iuris*, 2019, 7-8, pp. 895 ss.

bio invece che tale legge, a partire dall'art. 1, commi 1 e 2, che ne individua le finalità e soprattutto l'oggetto («disciplina misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave»), abbia di mira la tutela delle persone disabili attraverso l'approntamento ad opera dei privati delle necessarie risorse economiche avvalendosi degli strumenti contrattuali o di altro tipo previsti dalla legge. Le agevolazioni fiscali, come si evince dallo stesso art. 1, comma 3, sono strumentali a tal fine, costituendo a tutti gli effetti il concorso pubblico, attraverso la fiscalità generale, all'attività privata considerata giustamente meritevole del *favor* legislativo⁶. Dunque, il *nomen* di affidamento fiduciario non è stato utilizzato in modo "strumentale" in un'accezione e in un contesto puramente fiscali, bensì è stato impiegato per definire in modo "sostanziale" uno specifico assetto di interessi. Tanto ciò è vero che l'affidamento fiduciario, prima ancora che nell'art. 6 dedicato alle misure fiscali è menzionato proprio nell'art. 1 per il quale «le presente legge è volta ad agevolare [...] la costituzione [...] di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario». Tale contratto è dunque indicato come fonte della disciplina dei fondi speciali, e ciò a prescindere dalle agevolazioni fiscali.

Quanto al secondo ordine di considerazioni, che si può aggiungere alle osservazioni già a mio avviso significative appena indicate, si può rilevare che effettivamente la valenza del rinvio, da parte del legislatore tributario, a nozioni ed istituti di diritto civile è questione da lunga data discussa nella nostra materia; tuttavia, se è vero che il legislatore fiscale potrebbe fare riferimento a contratti, tipizzati o meno, e ad altri istituti del diritto civile in un'accezione (sostanzialistica) diversa da quella dell'ordinamento di origine, non è certo detto che tale divaricazione tra le due accezioni sempre e comunque sussista. È necessario, a tal fine, quantomeno operare un'indagine sul contesto in cui il riferimento si colloca. Ora, appare rilevante la circostanza che il contratto di affidamento fiduciario è oggetto (anche) di una disposizione agevolativa in materia di imposte indirette

⁶ Senza trascurare il fatto che le misure adottate a favore dei disabili dai privati alleviano l'onere, finanziario ed organizzativo, dell'assistenza a carico dello Stato.

sui trasferimenti, il già citato art. 6. Si tratta di imposte tradizionalmente legate all'accezione civilistica delle fattispecie normate, come è stato recentemente affermato, con riferimento all'imposta di registro, dalla Corte Costituzionale con sent. n. 158/2020 (e da ultimo ribadito con sent. n. 39/2021). Nulla, dunque, autorizza a ritenere che il *nomen* dell'affidamento fiduciario sia stato utilizzato in un'accezione propria del diritto tributario, diversa da quella – qualunque essa sia – che si possa desumere dall'ordinamento civilistico.

3. Venendo dunque ai principi che dovrebbero regolare la tassazione indiretta dell'affidamento fiduciario e degli strumenti di destinazione patrimoniale, al di fuori delle ipotesi agevolative disciplinate dalla legge sul “dopo di noi”, si deve rilevare che la situazione attuale potrebbe essere di più semplice soluzione rispetto a quella esaminata in molti degli studi che se ne sono occupati, seppur in tempi recenti⁷. Va premesso, in proposito, che tutti sottolineano i profili di similitudine dell'affidamento fiduciario all'atto di dotazione del *trust* ovvero di costituzione di un vincolo di destinazione⁸, in quanto diretto alla realizzazione di una segregazione patrimoniale: del resto, questo accostamento è espresso anche nella l. n. 112/2016, la quale menziona sempre insieme i tre negozi considerandoli equivalenti quanto agli effetti (perlomeno quelli rilevanti per lo scopo della legge stessa). E dunque, finché la Corte di Cassazione non ha assunto un orientamento (auspicabilmente) definitivo sul regime impositivo dei suddetti atti ai fini dell'imposta di successione e donazione, di registro e ipocatastale⁹, inevitabilmente l'incertezza

⁷ Vedi, tra gli altri, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 33-2017/T, est. T. TASSANI; G. CORASANITI, *Profili tributari del contratto di affidamento fiduciario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, 2, pp. 541 ss.

⁸ Sulla tassazione indiretta dei vincoli di destinazione in relazione alla natura del vincolo ed alla destinazione impressa ai beni e diritti vincolati vedi, per tutti, A. FEDELE, “*Vincoli di destinazione*” e imposte sui trasferimenti di ricchezza; una infelice scelta legislativa: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale, in *Riv. Dir. Trib.*, 2019, 1, pp. 1 ss.

⁹ Per i profili, qui non trattati, dell'imposizione diretta si veda – anche per la particolare attenzione alla fiducia ed al contratto di affidamento fiduciario – P. PURI, *Considerazioni di un tributarista a margine delle disposizioni sul fondo speciale da contratti di affidamento fiduciario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2020, 2, p. 517 ss., nonché

degli interpreti¹⁰ si è riflessa anche sul trattamento fiscale del contratto di affidamento fiduciario.

Com'è ben noto, tuttavia, e come da tempo auspicato dalla dottrina, finalmente la Corte di Cassazione, a partire dalle sent. nn. 1131/2019 e 16699/2019, con riferimento al *trust*, è giunta alla conclusione che per l'applicazione delle imposte di successione e donazione, di registro e ipocatastali «è necessario che si realizzi un trasferimento effettivo di ricchezza mediante attribuzione patrimoniale stabile e non meramente strumentale», con la conseguenza che “un trasferimento così imponente non è riscontrabile né nell'atto istitutivo, né nell'atto di dotazione patrimoniale tra disponente e trustee, in quanto meramente attuativi degli scopi di segregazione e di apposizione del vincolo di destinazione ma soltanto in quello di eventuale attribuzione finale del bene al beneficiario»¹¹.

È il caso però di precisare che l'Agenzia delle Entrate non ha mai chiaramente recepito nei propri documenti di prassi questo ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, lasciando così permanere rilevanti incertezze nell'applicazione concreta delle imposte in commento (ovviamente, laddove non operi un'esenzione). Come è noto, con le circ. n. 48/E del 2007 e 3/E del 2008, ribadite in numerose occasioni successive, l'Agenzia ha sostenuto che la costituzione del vincolo di destinazione (avente effetto traslativo) è considerata, ai fini dell'imposta sulle donazioni, come effettuata fin dall'origine a favore del beneficiario finale del patrimonio e conseguentemente tassata al momento della segregazione del patrimonio, con riferimento all'eventuale rapporto di parentela intercorrente tra disponente e beneficiario. Questa posizione, in assenza di nuove cir-

F. RASI, *Dalla fiducia al contratto di affidamento fiduciario passando per il trust: spunti per una ricostruzione normativa*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2019, 1, p. 95 ss.

¹⁰ Come si rileverà nella parte conclusiva di questo lavoro, anche nell'attuale indirizzo interpretativo della Corte si possono ravvisare alcuni profili di opinabilità.

¹¹ Numerosi contributi si sono soffermati sull'evoluzione giurisprudenziale: tra questi si segnalano, anche per i necessari riferimenti, L. SABBÌ, *La Corte di Cassazione conferma l'orientamento sulla tassazione in misura fissa dei trasferimenti di beni nel trust fund ai fini dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale e "forse" sulle successioni e donazioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, 6, pp. 241 ss.; ID., *Il punto sugli orientamenti tributari della Corte di Cassazione*, in *T&AF*, 2019, 6, pp. 631 ss.; T. TASSANI, *Imposta proporzionale solo "in uscita" per le attribuzioni ai trust*, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2020, 11, pp. 893 ss.

colari, è stata ribadita anche in pronunce molto recenti¹². Un'ancora più recente risposta ad interpello¹³ è stata salutata come una "apertura" alle posizioni della Cassazione¹⁴; apertura peraltro non decisiva, perché in tale risposta si cita la recente giurisprudenza della Cassazione secondo cui è tassabile l'attribuzione di beni e diritti da parte del *trustee* al beneficiario nel momento della devoluzione a quest'ultimo, ma si conclude che non va comunque applicata l'imposta di donazione poiché nel particolare caso esaminato mancava un effettivo trasferimento di ricchezza a seguito della accertata inopponibilità del *trust* ai fini fiscali. Quindi l'attuale orientamento della Cassazione non ha finora trovato concreto recepimento nella prassi dell'Agenzia.

Tornando alle pronunce della Cassazione, sembra evidente, e questa è stata la conclusione unanime¹⁵, che i principi di diritto da essa affermati siano applicabili in tutti i casi in cui si realizzi una segregazione patrimoniale, non solo dunque per effetto di un atto di dotazione di *trust* o di costituzione di un vincolo di destinazione, ma anche per effetto di un affidamento fiduciario, con conseguente inapplicabilità dell'imposta di donazione finché non si verifichi l'attribuzione al beneficiario finale, per carenza del relativo presupposto. Ed infatti anche nell'affidamento fiduciario appaiono riscontrabili le caratteristiche che hanno indotto la Cassazione a raggiungere una tale conclusione; caratteristiche da essa individuate nella combinazione tra lo scopo di destinazione e quello, strumentale, di segregazione patrimoniale e nella conseguente intestazione meramente formale dei beni (al *trustee*, all'affidatario, al fondo speciale, ecc.) a seguito del trasferimento. Tanto costituisce il "minimo comune denominatore" dei trasferimenti non rilevanti ai fini dell'applicazione delle imposte in questione. Anche la costituzione di un vincolo di destinazione, che è espressamente menzionata dalla legge (art.

¹² DRE Lombardia, risposta ad interpello n. 904-1160/2020.

¹³ Direzione Centrale Agenzia delle Entrate, n. 106 del 2021.

¹⁴ A. BUSANI, *Tassato il trasferimento dal trustee al beneficiario*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 febbraio 2021.

¹⁵ Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 38-2020/T, est. A. PISCHETOLA; P. PURI, *Considerazioni di un tributarista a margine delle disposizioni sul fondo speciale da contratti di affidamento fiduciario*, cit.

47, comma 2, d.l. 262/2006) quale presupposto di applicazione delle imposte di successione e donazione, è di per sé irrilevante ai fini impositivi, secondo la Corte, se non determina un reale incremento patrimoniale del soggetto a favore del quale il vincolo è stato apposto¹⁶.

Anche se – come si è accennato – la natura e struttura del contratto di affidamento fiduciario sono particolarmente controverse sotto il profilo civilistico, non si dubita comunque del fatto che il nucleo della nozione sia costituito proprio dal trasferimento all'affidatario fiduciario di “beni”, destinati a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma destinatorio, con conseguente effetto segregativo rispetto al patrimonio dell'affidatario¹⁷.

4. Si potrebbe *prima facie* ritenere che tale nuovo orientamento giurisprudenziale abbia comportato sotto il profilo interpretativo sistematico un “effetto di ritorno” sulla qualificazione delle disposizioni fiscali recate dalla legge sul “dopo di noi”. Quelle che sono indicate dalla legge come esenzioni dalle imposte sulle successioni e donazioni, in quest’ottica costituirebbero, in realtà, conferme dell’esistenza del principio generale di irrilevanza impositiva dell’atto costitutivo della segregazione per difetto di arricchimento del *trustee* o affidatario¹⁸. Sarebbe quindi confermato che tali disposizioni non hanno una funzione prescrittiva di un’agevolazione, ma costituiscono una mera conferma dell’esclusione da imposte di successione,

¹⁶ A. FEDELE, “Vincoli di destinazione” e imposte sui trasferimenti di ricchezza; una infelice scelta legislativa: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale, cit.

¹⁷ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.; G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del “dopo di noi”* (seconda parte), cit., ove ampie citazioni di dottrina. Si rileva, peraltro, che tale trasferimento potrebbe anche mancare quando la segregazione è istituita in capo allo stesso disponente (analogamente a ciò che avviene nel *trust* autodichiarato): CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 3-2017/C, est. D. MURITANO. In quest’ultimo caso, evidentemente, mancherebbe quell’effetto traslativo che per la Cassazione (che guarda al beneficiario finale) e per l’A.F. (che guarda al soggetto titolare del patrimonio segregato) rende applicabile l’imposta.

¹⁸ Come del resto era stato già ritenuto: cfr. T. TASSANI, *Imposta proporzionale solo “in uscita” per le attribuzioni ai trust*, cit.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 33-2017/T, cit.

donazione e ipocatastali – cioè dell’estraneità della fattispecie al relativo presupposto – dei beni e i diritti conferiti in *trust*, ovvero gravati da vincoli di destinazione di cui all’articolo 2645-ter del codice civile o destinati a fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario¹⁹. Anche la disciplina dettata dalla legge sul “dopo di noi” per quanto attiene l’attribuzione finale in caso di morte del beneficiario²⁰ è perfettamente conforme al quadro impositivo generale così delineato e non accorda alcuna agevolazione. Essa, infatti, prevede che se il patrimonio residuo è retrocesso al disponente²¹, non si applica alcuna imposta di successione o donazione perché non si realizza alcun effetto traslativo; se invece tale patrimonio è devoluto a terzi, viene applicata l’imposta di successione o donazione sulla base del rapporto tra il disponente ed il terzo. Nel primo caso²², l’imposta di registro viene applicata in misura fissa (art. 6, commi 4 e 5).

Per comprendere meglio se e in quali casi la legge in esame sia effettivamente confermativa del sistema o, al contrario, abbia portata agevolativa è necessario esaminare più approfonditamente la struttura dei negozi e dei rapporti da essa disciplinati. Il che ci permetterà anche di fare ulteriori considerazioni di carattere più generale sulla fiscalità indiretta dell’affidamento fiduciario²³.

¹⁹ Alla luce del più recente orientamento della Cassazione: P. PURI, *Considerazioni di un tributarista a margine delle disposizioni sul fondo speciale da contratti di affidamento fiduciario*, cit.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 38-2020/T, cit.

²⁰ Le “esenzioni” sono accordate a condizione (tra l’altro) che il *trust*, il fondo speciale, il vincolo abbiano termine alla morte della persona disabile (art. 6, comma 3, lett. g).

²¹ Ovvero ai disponenti ulteriori e successivi, anche diversi da colui che ha stipulato l’atto originario: cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 3-2017/C, cit.

²² Dovendosi quindi ritenere che nel secondo caso non si applichi alcun beneficio per quanto concerne dette imposte: conf. P. PURI, *Considerazioni di un tributarista a margine delle disposizioni sul fondo speciale da contratti di affidamento fiduciario*, cit.

²³ Come si è già ricordato, la fungibilità che la legge sul “dopo di noi” individua, quanto a funzioni, nel *trust*, nel vincolo di destinazione, nell’affidamento fiduciario consente di fare considerazioni vevoli per tutti questi negozi. Sia chiaro: ciò non significa che in tutti i casi e in assoluto essi siano fungibili. Significa solo che la loro flessibilità rispetto allo scopo assegnato dal disponente fa sì che nel particolare

Lo scopo individuato e tutelato dalla l. n. 112/2016 è quello di provvedere all'assistenza delle persone con disabilità grave. Il patrimonio segregato deve dunque essere utilizzato a tal fine, consentendo l'erogazione delle prestazioni di cura, educative, di ausilio quotidiano ed altro di cui queste persone hanno bisogno. Che resti, alla morte del beneficiario, un patrimonio è evidentemente una semplice eventualità, di carattere residuale; eventualità il cui verificarsi dà luogo, come si è appena detto, all'applicazione delle imposte indirette di cui ci stiamo occupando, senza particolari agevolazioni.

Come conferma la giurisprudenza della Cassazione, la tassazione dei beni segregati ai fini delle imposte sui trasferimenti avviene solo al momento della “*eventuale attribuzione finale del bene al beneficiario*”. Non vi è dubbio che questa tesi, se confrontata con quella dell'Agenzia delle Entrate, cui sopra si è accennato, comporta una rilevante divergenza non solo sul *quando* della tassazione, ma anche sul *quantum* e, al limite, sull'*an*. Ed infatti, la tassazione immediata al momento della costituzione del vincolo segregativo prende naturalmente a base il valore dei beni o diritti oggetto della disposizione patrimoniale. Se invece la tassazione va spostata sul momento dell'attribuzione al beneficiario finale restano escluse da tassazione indiretta sui trasferimenti tutte le erogazioni effettuate a tale beneficiario, secondo il programma del disponente, prima della devoluzione finale del patrimonio residuo, devoluzione che infatti la Corte definisce solo “*eventuale*”.

Con riferimento al *trust* oggetto delle disposizioni della l. n. 112/2016 – ma si è detto più volte che tutti i negozi previsti da tale legge debbono considerarsi funzionalmente fungibili – è stato correttamente rilevato che esso deve qualificarsi come *trust* di scopo²⁴. È giocoforza chiedersi, allora, se l'erogazione delle prestazioni al relativo beneficiario abbia rilevanza ai fini dell'applicazione dell'im-

caso in esame essi possono essere tutti utilizzati per raggiungere gli scopi favoriti dalla legge in esame.

²⁴ T. TASSANI, *Le diverse tipologie di trust tra imposizione “in entrata” e “in uscita”*, in *T&AF*, 2020, 4, pp. 361 ss. Della stessa opinione è l'Agenzia delle Entrate, ris. n. 287/2007 e risposta ad interpello n. 954-909/2016, non pubblicata, citata da F. RASI, *Dalla fiducia al contratto di affidamento fiduciario passando per il trust: spunti per una ricostruzione normativa*, cit.

posta sulle donazioni, posto che tali prestazioni certamente hanno un'utilità economicamente valutabile che arricchisce il beneficiario e che le risorse economiche per fornirle vanno a ridurre o a consumare integralmente la consistenza del fondo, tassabile all'atto della devoluzione finale (ad un terzo).

Ecco allora che, ritornando alle disposizioni della legge sul "dopo di noi" e al loro esame sotto un profilo più generale e sistematico, ci si deve chiedere se effettivamente esse siano *in toto* agevolative o meno. Come si è detto e schematizzando, l'art. 6 prevede:

la non assoggettabilità ad imposte dell'atto segregativo e si è chiarito che questa previsione non ha portata agevolativa e non è in realtà una esenzione;

che il ritorno al disponente del patrimonio residuo non è tassabile, ed anche ciò risponde alla logica dell'imposta di donazione ed alla individuazione della capacità contributiva da essa colpita;

che la devoluzione finale ad un terzo è tassabile secondo le norme ordinariamente applicabili.

Ma l'agevolazione varrebbe invece laddove si dovesse ipotizzare che le prestazioni a favore del beneficiario siano tassabili? La risposta è senz'altro affermativa, per diversi motivi. Il primo si basa su un'ovvia considerazione, e cioè che la rilevanza impositiva delle prestazioni rese al disabile sarebbe in aperto contrasto con le finalità della legge. Ciò trova una conferma – ed è il secondo motivo – nel fatto che l'art. 6 fa riferimento ai beni e diritti costituiti in patrimonio segregato in sé considerati e quindi, deve ritenersi, ad essi anche in quanto oggetto e/o provvista per le erogazioni in favore del beneficiario disabile e non solo con riguardo ai negozi che realizzano la loro segregazione patrimoniale²⁵. Infine, la legge disciplina la devoluzione al beneficiario, ma fa riferimento solo al beneficiario finale, diverso dal soggetto assistito, prevedendo che in questo caso si fa luogo alla tassazione ordinaria: ove fossero state considerate (come astrattamente tassabili) dal legislatore anche le prestazioni assistenziali al disabile, si ritiene che si sarebbe dovuto fare ad esse

²⁵ È infatti appena il caso di rilevare, in proposito, che l'esenzione prevista dall'art. 6, essendo relativa ad imposte d'atto, avrebbe dovuto altrimenti essere più propriamente riferita agli atti di dotazione piuttosto che ai beni e diritti oggetto della disposizione patrimoniale.

riferimento, per esentarle. In definitiva, se tali erogazioni dovessero ritenersi tassabili²⁶, la legge per esse conterrebbe, seppure implicitamente, una vera e propria esenzione.

In realtà, appare del tutto probabile che il tema della tassazione delle erogazioni al beneficiario durante la permanenza del vincolo patrimoniale ed in ottemperanza alle istruzioni del disponente non sia stato affatto considerato dal legislatore del 2016 in quanto venuto solo in epoca più recente ed in via del tutto indiretta all'attenzione della giurisprudenza della Cassazione. Giurisprudenza che – perlomeno questa è l'impressione – sta tentando di colmare lo iato non solo temporale, ma quali-quantitativo che si manifesta nell'alternativa tra tassazione dell'atto iniziale di destinazione da un lato e tassazione dell'atto di devoluzione al beneficiario dall'altro. Il tema si è posto all'attenzione della Corte proprio con riferimento al *trust* di scopo, ed in particolare – di recente – ad un *charitable trust*²⁷ ed è stato risolto con quella che è stata efficacemente definita una “terza via interpretativa”²⁸. In sostanza la Cassazione, dopo aver in tutto ribadito e condiviso il suo più recente orientamento sulla tassazione indiretta dei *trusts*, afferma che nei *trusts* di scopo (o perlomeno, in quelli oggetto delle ricordate sentenze) si verifica un immediato arricchimento del *trustee*, con conseguente tassazione in capo ad esso dell'atto di dotazione (e, analogamente ragionando, lo stesso si dovrebbe affermare dell'atto di costituzione del vincolo di destinazione o dell'affidamento fiduciario, sempre se finalizzati alla realizzazione di un programma che non prevede fisiologicamente la devoluzione finale ad un beneficiario).

²⁶ Peraltro, come rileva correttamente T. TASSANI, *Le diverse tipologie di trust tra imposizione “in entrata” e “in uscita”*, cit., può frequentemente accadere che le erogazioni fatte da un *trust* di scopo (vedi il caso tipico del *charitable trust*, ma anche del *trust* costituito per l'assistenza di disabili) siano in denaro, o in natura di modico valore, o comunque fatte in modo informale, e dunque tali da essere comunque escluse dall'imposta sulle donazioni.

²⁷ Cass., 12 settembre 2019, n. 22759, con nota di M. CECCI, *Charitable trust e imposta sulle successioni e donazioni: la difficile ricostruzione del presupposto impositivo e la ricerca del soggetto passivo alla luce della giurisprudenza di legittimità del 2019*, in corso di pubblicazione su *Riv. Dir. Comm.*, 2021.

²⁸ Da T. TASSANI, *La terza via interpretativa della Cassazione su trust e vincoli di destinazione*, in *T&AF*, 2018, 6, pp. 624 ss., a commento di Cass., 30 maggio 2018, n. 13626 su un *trust* liquidatorio. Vedi in tema ancora T. TASSANI, *Imposta proporzionale solo “in uscita” per le attribuzioni ai trust*, cit.

Ebbene, tale soluzione interpretativa non sembra affatto condivisibile²⁹, dal momento che sembra contraddire le sue stesse premesse, ben focalizzate nell'affermazione – del resto pienamente conforme alla corretta individuazione del presupposto dell'imposta di donazione – secondo cui solo l'effettivo beneficiario dell'arricchimento può essere tassato. E tale certo non è il *trustee* (ma neanche l'affidatario o più in generale il titolare di un patrimonio vincolato) che per lo specifico scopo impresso dal disponente è tenuto ad erogare a terzi le somme. Non sembra neanche dubbio, tuttavia, che la Cassazione si sia resa conto del fatto che l'applicazione delle imposte di successione e donazione, di registro e ipocatastali solo all'atto della devoluzione al beneficiario finale lascia libere da imposizione le erogazioni *medio tempore* fatte dal *trustee*, dall'affidatario, ecc. A fronte della "esigenza pratica" di ricondurre a tassazione anche i relativi valori, si muove però nell'ambito della "classica", e corretta, individuazione della capacità contributiva colpita dalle imposte in questione, con un ragionamento non privo di contraddizioni.

In conclusione, ed a suggello delle riflessioni su questo tema, si può richiamare l'insegnamento di chi sottolinea che una specifica forma di imposizione sulla costituzione dei vincoli di destinazione non sarebbe in sé incostituzionale, ma non può essere calata all'interno della capacità contributiva colpita dall'imposta di donazione; in ogni caso, una volta individuato il presupposto del tributo idoneo a tassarle, il nuovo tributo andrebbe comunque strutturato e coordinato con gli altri tributi vigenti per evitare plurime imposizioni³⁰.

Resta insomma ancora aperto il dibattito sull'imposizione indiretta, *de jure condito* e *de jure condendo*, degli atti diretti a realizzare una segregazione patrimoniale in funzione della realizzazione di uno specifico scopo.

²⁹ I commenti citati alle note precedenti si esprimono infatti in senso critico, evidenziando peraltro la serietà dei problemi cui la Cassazione ha cercato di dare in tal modo risposta.

³⁰ A. FEDELE, "Vincoli di destinazione" e imposte sui trasferimenti di ricchezza; una infelice scelta legislativa: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale, cit.

L'APPLICAZIONE AL *TRUST* DELLE CONVENZIONI CONTRO LE DOPPIE IMPOSIZIONI E DEL MLI

Gianluigi Bizioli¹

SOMMARIO: 1. Le questioni. – 2. Il *trust* come “*person*”. – 3. Il requisito dell’assoggettamento a imposta e... – 4. ... la distinzione fra *trusts* opachi, trasparenti e misti. – 5. I *trust* “ibridi”. – 6. Tassazione di dividendi, interessi e canoni e “beneficiario effettivo”. – 7. Lo scambio di informazioni nel sistema convenzionale.

1. *Le questioni*

L’ambito soggettivo di applicazione del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni OCSE e ONU² è delimitato attraverso due requisiti individuati dall’art. 1, ovvero la qualifica di *person* e *resident*, riferibili ad almeno uno dei due Stati contraenti. In questo senso, un soggetto può invocare l’applicazione della disciplina convenzionale, nella classica formulazione inglese «may claim treaty benefits»³ o «is entitled to treaty benefits», se qualificabile come *person* residente di uno Stato contraente.

Sebbene il *trust* non si presti a una rigida schematizzazione soggettiva, essendo difficilmente riconducibile alle tradizionali ca-

¹ Professore ordinario di Diritto Tributario presso l’Università di Bergamo.

² Innanzi, i riferimenti ai Modello s’intendono alla versione 2017 e verranno indicati con l’acronimo inglese, “2017 MTC”, salvo differente specificazione. Nello stesso senso, il riferimento alla Convenzione multilaterale con l’acronimo inglese “MLI”.

³ Cfr., ad esempio, il Commentario all’art. 1 del 2017 MTC, para. 33 a proposito del riconoscimento dei benefici convenzionali ai CIVs.

tegorie giuridiche continentali, l'analisi della definizione convenzionale di *person* e di *resident* appare l'obbligato punto di partenza per l'accertamento dell'applicabilità del 2017 MTC al *trust* ovvero al fine di stabilire chi altri (*trustee* o *beneficiario/i* e in quali circostanze) possa invocare i benefici convenzionali in relazione ai redditi del *trust*. Una sintetica analisi degli artt. 3 e 4 del 2017 MTC costituisce, quindi, il punto di partenza di questo contributo.

Ogniquale volta un soggetto goda del *treaty entitlement*, l'eliminazione della doppia imposizione eventualmente gravante sui redditi transfrontalieri del *trust* sarà disciplinata dalle regole previste dagli artt. 6 ss. del 2017 MTC. I maggiori profili di criticità sorgono quando il *trust* è differentemente qualificato ai fini soggettivi dai due Stati contraenti, situazione generalmente definita come ibrida (*hybrid entity or arrangement*). Questa situazione, che ha trovato una specifica disciplina proprio nel 2017 MTC, costituisce la questione oggetto della seconda analisi del presente contributo.

2. *Il trust come "person"*

Il MTC, diversamente da quanto prevede il Modello US⁴, non include i *trust* fra i soggetti a cui si applicano le convenzioni. L'art. 3, para. 1, lett. *a*), MTC dispone che «the term "person" includes an individual, a company and any other body of persons»⁵ e solo il termine "*company*" è ulteriormente specificato dalla medesima definizione (lett. *b*). Il profilo di maggiore interesse, tuttavia, deriva dalla diversa funzione assegnata alle tre categorie di soggetti: mentre quella degli "*individual*" e delle "*company*" è un insieme sostanzialmente chiuso, «any other body of persons» riveste un ruolo di carat-

⁴ L'art. 3, para. 1, lett. *a*), dello *US Model* (2006) prevede che: «the term "person" includes an individual, an estate, a trust, a partnership, a company, and any other body of persons».

⁵ In larga parte dei casi questa definizione è riproposta nelle Convenzioni stipulate dall'Italia, secondo questa formulazione «il termine "persona" comprende le persone fisiche, le società ed ogni altra associazione di persone». Fanno eccezione le Convenzioni stipulate con gli Stati Uniti (art. 3, para. 1, lett. *a*) e il Canada (l'art. 3, para. 1, lett. *d*) e il Protocollo, lett. *a*)).

tere residuale in cui sono ricompresi tutti i soggetti che non rientrino nelle prime due categorie⁶.

La modifica legislativa dell'art. 73 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi", TUIR), che ha incluso fra i soggetti passivi dell'Imposta sul Reddito delle Società (IRES) anche i *trust*, ha parzialmente risolto le divergenze interpretative create nella vigenza del testo precedente. Nell'attuale formulazione, infatti, il *trust* è espressamente considerato quale soggetto passivo IRES (art. 73, comma 1, lett. *b*), *c*) e *d*), TUIR), sebbene solo quelli i cui beneficiari non siano individuati sono tassati come autonoma entità (art. 73, comma 2, TUIR). I due insiemi appena individuati (*trust* opachi e trasparenti) non esauriscono le fattispecie possibili, dal momento che possono sussistere casi nei quali solo parte del reddito debba essere imputato in capo ai beneficiari (e, quindi, imputato per trasparenza in capo a costoro) e, in tali ipotesi, si parlerà di *trust* misti⁷.

In questo senso, confrontandosi con le due ipotesi che consentono di tracciare una distinzione netta (*i.e.* opaco *vs* trasparente) si può affermare che i *trust* "opachi", ossia i *trust* i cui beneficiari non sono individuati, possono essere qualificati ai fini convenzionali come "company". Ai sensi dell'art. 3, para. 1, lett. *b*), infatti, «the term "company" means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes». Conformemente a questa definizione, ai fini convenzionali, devono essere considerate "company" e, quindi, *person*, non solo i soggetti dotati di personalità giuridica⁸, bensì anche quelli che il diritto degli Stati contraenti tratta, ai fini fiscali, similmente ai soggetti dotati di personalità giuridica⁹.

⁶ La dottrina internazionale precisa che l'espressione dev'essere interpretata «in a very broad way» (così, A. RUST, *Article 3*, in A. RUST, E. REIMER (a cura di), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 187). Nel senso del testo, C. GARBARINO, *La soggettività del trust nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2000, III, p. 391 e, di recente, A. CONTRINO, *Rimborso del credito d'imposta sui dividendi e trust nel Trattato Italia-Regno Unito: questioni in punto di soggettività convenzionale, beneficiario effettivo e subject to tax clause*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2020, V, p. 103.

⁷ Fra gli altri, cfr. E. DELLA VALLE, *Luci ed ombre della circolare sui trust*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2007, II, p. 734.

⁸ A. RUST, *Article 3*, cit., p. 186.

⁹ Questa è la condivisibile posizione del Commentario OCSE all'art. 3, para. 3: «the term covers any other taxable unit that is treated as a body corporate for

Nel caso in cui i beneficiari siano individuati (*trust* interamente “trasparenti”) e il reddito sia imputato per trasparenza agli stessi (e non tassato in capo al *trust*), vi sono due distinte soluzioni interpretative. Se si attribuisce valore decisivo all’autonoma soggettivizzazione del *trust*, rispetto ai beneficiari, il primo potrebbe farsi rientrare nella nozione di «any other body of persons» nell’accezione del *trust* come *body of trustees*¹⁰.

Coloro che, viceversa, considerano l’autonoma imposizione del *trust* come recessiva nella definizione di “*company*” e, quindi, qualificano come tale qualsiasi entità che, seppur priva di personalità giuridica, «is treated as a body corporate for tax purposes»¹¹, riconducono il *trust* fra le *person* ai sensi dell’art. 3, para 1, lett. b).

La qualifica del *trust* come *person*, ai fini convenzionali, ha ricevuto un valido riconoscimento nel contesto dei lavori Ocse che portarono alla modifica del Commentario per tener conto del trattamento impositivo dei redditi prodotti dai c.d. *Collective Investment Vehicles* (CIVs) e dei *Real Estate Investment Trusts* (“REITs”)¹².

the purposes of the tax law of the Contracting State of which it is a resident». Il Commentario ONU rinvia a questa posizione (para. 5). La dottrina rileva che «[t]o be an entity that is treated as a body corporate for tax purposes it must be subject to corporate income tax and taxed separately from its shareholders/partnerships/members» (A. RUST, *Article 5*, cit., p. 186).

¹⁰ In questo senso, K. VOGEL, *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions*, London, 1997, p. 172; P. BAKER, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, London, 1994, pp. 85-86 e, di recente, P. BAKER, *Case Note on Supreme Court case Cass. 2618-2020 – National Westminster Bank Plc as Trustee of the Baring Global Growth Trust v Italian Revenue Agency*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2020, V, pp. 91 e 93. Per una critica, non tanto relativamente al percorso ermeneutico, bensì per le difficoltà che emergerebbero nella determinazione della residenza del *trust*, cfr. G. CORASANITI, *Note su trusts non residenti e beneficiari residenti*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2001, p. 379 (e p. 380); C. GARBARINO, *Trusts “trasparenti” ed “opachi” nell’ambito dei Tax Treaties*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2001, p. 520; J.F. AVERY JONES et al., *The Treatment of Trusts under the OECD Model Convention*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1989, I, p. 1250. Si deve dar atto anche di quella posizione che ritiene possa attribuirsi rilievo al *trust* come *body of beneficiaries* (cfr. M. MICCINESI, *Il reddito del trust nelle varie tipologie*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, p. 309).

¹¹ In questo senso, dopo la novella del 2006, G. MAISTO, *L’applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni ai trusts*, in G. FRANSONI, N. DE RENZIS SONNINO (a cura di), *Teoria e pratica della fiscalità dei Trust*, Milano, 2008.

¹² Che vengono definiti come «widely held company, trust or contractual or fiduciary arrangement that derive income primarily from long-term investment in immovable property» (cfr. Commentario all’art. 10 del 2017 MTC, par. 67.1).

Per quanto concerne i CIVs, in particolare, il Commentario riconosce che in larga parte dei casi essi possano esser costituiti in forma di *trust* e considerati – secondo la normativa interna – come “contribuenti” (*taxpayers*) con la conseguenza che a essi non possa esser negata la qualifica di *person* ai fini convenzionali¹³.

Le più recenti modifiche al Modello e Commentario confermano questo approccio. Nel commentare, infatti, la definizione di *recognised pension fund* – aggiunta nell’art. 3, para. 1, al nuovo sottopar. (i) del 2017 MTC – si precisa che «pension benefits are provided through vehicles such as a trust which, under the relevant trust law, would not constitute an entity» chiarendo che, in tale ipotesi, «the definition will apply as long as the trust or the body of trustees is treated, for tax purposes, as a separate entity recognised as a separate person»¹⁴.

3. Il requisito dell'assoggettamento a imposta e ...

Come si è già rilevato, l’accesso ai benefici convenzionali è condizionato dai requisiti della qualificazione come *person* e della resi-

¹³ Cfr. Commentario all’art. 3 del 2017 MTC, par. 25 ove si legge che: «the fact that the tax law of the country where such a CIV is established would treat it as a taxpayer would be indicative that the CIV is a “person” for treaty purposes». Si ricorda, in proposito, che il documento dell’Informative Consultive Group dell’OCSE, *The granting of Treaty Benefits with Respect to Income of Collective Investment Vehicles* (12 gennaio 2009), prendendo le mosse dall’interpretazione della definizione di *person* di cui all’art. 3, giungeva ad affermare che in molte «common law countries, the trust [...] may constitute a taxpayer» e ciò sarebbe sintomatico della circostanza che «the trust is a person for treaty purposes». Tale approccio fu recepito nel documento finale del 2010 (cfr. OECD, *The granting of Treaty Benefits with Respect to Income of Collective Investment Vehicles* (23 March 2010), par. 26) ove si dà atto della circostanza che «[i]n practice, it seems that few countries have denied benefits to CIVs in the form of trusts solely on the grounds that the trust is not a person», confluendo, infine, nelle modifiche apportate al Commentario al Modello Ocse nel 2010. Sul tema, si rinvia alle considerazioni critiche di B. DA SILVA, *Characterization and tax treaty Issues of Collective Investment Vehicles: A Review of the OECD Report and the 2010 Amendments to the Model Tax Conventions*, in D. WEBER, S. VAN WHEEGHEL (a cura di), *The 2010 OECD Updates – Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines. A Critical Review*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 72-73 che confortano, fra l’altro, la tesi della inclusione dei *trust* nella nozione di *person* in ragione della latitudine del concetto fatto propri dal MTC.

¹⁴ Cfr. Commentario all’art. 3 del 2017 MTC, para. 10.9.

denza in uno o in entrambi gli Stati contraenti. La nozione convenzionale di residenza si basa sul rinvio alla disciplina interna degli Stati contraenti e, in particolare, è necessario verificare se la *person* sia “*liable to tax*”.

Il Commentario al 2017 MTC chiarisce che la “*liability to tax*” ai sensi dell’art. 4 del 2017 MTC debba esser collegata alla «*comprehensive liability to tax – “full tax liability” – based on the taxpayers’ personal attachment to the State concerned (the “State of residence”)*»¹⁵. La disposizione collega, quindi, la residenza ai fini convenzionali a quella posta dalle norme del diritto interno che, appunto, si fondano su un criterio di collegamento personale e che ne determinano l’assoggettamento a imposizione di tutto il reddito ovunque prodotto (*worldwide income taxation*).

Tale rinvio al diritto interno viene formulato in maniera da non lasciar adito a dubbi, sostenendo che le convenzioni «do not normally concern themselves with the domestic laws of the Contracting States laying down the conditions under which a person is to be treated fiscally as “resident” and, consequently, is fully liable to tax in that State», soggiungendo che non fissano «standards which the provisions of the domestic laws on “residence” have to fulfil in order that claims for full tax liability can be accepted between the Contracting States»¹⁶.

A questa prima ricostruzione deve sommarsi l’osservazione – affatto rilevante nel caso dei *trust* – che alle regole poste dal TUIR ci si debba rivolgere anche in punto di imputazione del reddito, dal momento che le regole convenzionali non si occupano di stabilire in capo a quale soggetto (*trust*, *settlor*, *trustee* o beneficiari) debba es-

¹⁵ Cfr. Commentario all’art. 4 del 2017 MTC, para. 3. Come osserva, da ultimo, L. PARADA, *Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications?*, in J. WHEELER (a cura di), *The Aftermath of BEPS*, Amsterdam, 2020, par. 1.2. «it is widely accepted in the international tax literature and treaty practice that a person is considered liable to comprehensive taxation if it is subject to worldwide taxation, regardless of whether a state ultimately imposes effective taxation or not» anche se, come puntualizzano R. ISMER, K. RIEMER, *Article 4*, in A. RUST, E. REIMER (a cura di), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 243: «[i]t is not clear when, exactly, a person ceases to be liable to comprehensive taxation and hence to be a resident».

¹⁶ Commentario all’art. 4 del 2017 MTC, para. 4.

sere imputato il reddito, ma si adagiano sulle regole previste dal diritto degli Stati contraenti¹⁷.

Da ultimo, è opportuno rimarcare che la *liability to tax* convenzionale non impone un effettivo assoggettamento ad imposta ma implica, meramente, una «astratta assoggettabilità al prelievo»¹⁸.

4. ... la distinzione fra trust opachi, trasparenti e misti

Alla luce di questa premessa, l'analisi si deve muovere sul piano della disciplina interna e, come detto, il TUIR consente di distinguere tre gruppi di *trust* e, in particolare: (i) i *trust* opachi; (ii) i *trust* trasparenti e (iii) i *trust* "misti".

Per i primi (*trust* opachi) non si rilevano particolari criticità; la loro inclusione nel novero dei soggetti passivi e la tassazione come soggetti opachi comporta una, pressoché automatica, inclusione nella nozione di *person* che siano *liable to tax* in Italia¹⁹.

Parimenti agevole potrebbe esser la soluzione per quanto riguarda i *trust* trasparenti poiché non essendo assoggettati ad imposta in ragione della imputazione per trasparenza del reddito in capo ai beneficiari (*ex art. 73, comma 2, TUIR*), non soddisfano il requisito della *liability to tax* convenzionale²⁰.

¹⁷ A. CONTRINO, *Double tax treaties and trust: an Italian perspective in light of the new international scenario*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2021, V, p. 94 (a p. 100) il quale osserva, ulteriormente, che «conflicts of entity categorization and conflicts of attribution combine with each other, as states may disagree between transparency and opacity, or they may agree on transparency while attributing the trust-level income to different subjects, namely the beneficiaries and the settlor».

¹⁸ Il Commentario all'art. 4 del 2017 MTC, para. 8.11, precisa che «[i]n many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax» citando l'esempio di «charities and other organisations» esentate dal pagamento delle imposte ma, nondimeno «subject to the tax laws of a Contracting State». Conformemente, G. CORASANITI, *La residenza fiscale del trust*, cit., p. 131; G. MAISTO, *L'applicazione delle Convenzioni*, cit., p. 92 e M. GUSMEROLI, *Applicabilità della Convenzione con lo Stato di residenza di un fondo trasparente*, in *Corriere Tributario*, 2009, p. 970.

¹⁹ Cfr., fra gli altri, G. GIUSTI, *La fiscalità del trust nella dimensione internazionale*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2019, I, p. 527.

²⁰ In questo senso, E. DELLA VALLE, *Luci ed ombre della circolare sui trust*, cit., pp. 730-731.

5. *I trust "ibridi"*

L'art. 1, para. 2, del 2017 MTC ha, per un verso, dato una veste "normativa" alle regole introdotte dal *Partnership Report*²¹, e, per altro verso, ha definitivamente risolto in senso affermativo la questione relativa all'estensione di tali regole anche ai *trust*. Questa novella, frutto anche dei risultati compendiativi nell'*Action 2* del Progetto BEPS²², prevede che: «[f]or the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State».

Come appare evidente, la citata disposizione intende regolare quelle situazioni in cui le regole interne di qualificazione "soggettiva" del *trust* e di imputazione del reddito differiscono fra i due Stati contraenti («*hybrid entity or arrangement*»). In termini di prima approssimazione, si tratta di quelle situazioni in cui lo Stato della fonte del reddito e quello di residenza del percettore qualificano il *trust*, rispettivamente, come "opaco" o come "trasparente", o viceversa. L'estensione anche ai *trust* emerge chiaramente dall'impiego dell'ampia definizione dell'ambito soggettivo della disposizione, la quale si estende non solo alle "*entity*", bensì anche agli «*arrangement [...]* treated as wholly or partly fiscally transparent».

In secondo luogo, la disposizione conferma la totale dipendenza delle convenzioni rispetto alle norme interne di imputazione del reddito, che costituisce un presupposto per l'applicazione del criterio ivi contenuto (come interpretato dal *Partnership Report*). In questo

²¹ OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Paris, 1999.

²² OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – Final Report*, 15-16 November 2015. M. BRABAZON, *Application of Tax Treaties to Fiscally Transparent Entities*, in *Global Tax Treaty Commentaries, Global Topics IBEFD*, para. 1.2.7, osserva che: «[t]he transparent entity clause differs from most other BEPS recommendations: while it was undoubtedly concerned with combating unintended double non-taxation, it was also concerned with avoiding double taxation» (accesso 1 novembre 2021).

senso, «[t]he concept of “fiscally transparent” used in the paragraph refers to situations where, under the domestic law of a Contracting State, the income (or part thereof) of the entity or arrangement is not taxed at the level of the entity or the arrangement but at the level of the persons who have an interest in that entity or arrangement»²³.

Da ultimo, proprio adottando la regola introdotta con il *Partnership Report*, l'art. 1, para. 2, del 2017 MTC stabilisce la prevalenza (o precedenza) della qualificazione soggettiva adottata dallo Stato di residenza del percettore del reddito rispetto a quello della fonte. In questo senso, i redditi (di fonte estera) percepiti da o attraverso il *trust* sono oggetto di imposizione in capo a quest'ultimo se considerato ivi residente e i redditi sono imputati a tale soggetto residente. In aggiunta, tale qualificazione e imputazione prevale (o ha la precedenza) rispetto alla differente qualificazione e imputazione dello Stato della fonte del reddito²⁴.

Come è stato osservato²⁵, l'art. 1, para. 2, del 2017 MTC presuppone un duplice processo logico. Dapprima, lo Stato della fonte (o lo Stato che applica la Convenzione) deve determinare, conformemente al diritto interno, il reddito da imputare a un'entità o un “*arrangement*”; in secondo luogo, deve essere verificato se il contribuente può essere qualificato come *person resident* dello Stato di residenza ai fini convenzionali.

²³ Commentario all'art. 1 del 2017 MTC, para. 9 e, ancor più chiaramente, al para. 14: «[t]he paragraph only applies for the purposes of the Convention and does not, therefore, require a Contracting State to change the way in which it attributes income or characterises entities for the purposes of its domestic law». In dottrina, fra i tanti, D. GUTMANN, S. AUSTRY, P. KOURALEVA-CAZALS, *Article 1 – Persons Covered*, in *Global Tax Treaty Commentaries, Global Topics IBFD*, para. 2.2.1.1. (accesso 1 novembre 2021).

²⁴ *Partnership Report*, para. 20-21 e 51 ss. Questo risultato è considerato un “*paradox*” da una parte della dottrina («[a]pplication of the transparent entity clause or the equivalent OECD Partnership Report principle can produce a paradox: a source state may be obliged to give treaty benefits where the taxpayer in that state is not a person to whom the tax treaty applies», M. BRABAZON, *Application*, cit., para. 2.2.3.).

²⁵ Da A. NIKOLAKAKIS *et al.*, *Some Reflections on the Proposed Revision to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities*, in *Bulletin for International Taxation*, Part. 1, 2017, p. 475 (a p. 478). Per un “*three-step process*”, cfr., M. BRABAZON, *Application*, cit., para. 2.2.1.

L'art. 1, para. 2, del 2017 MTC consente quindi di porre rimedio alla doppia imposizione che si determina nell'ipotesi in cui lo Stato della fonte consideri il *trust* residente nell'altro Stato contraente come soggetto trasparente, mentre lo Stato di residenza, viceversa, considera il *trust* soggetto "opaco". In questo caso, adeguandosi alla qualificazione operata dallo Stato di residenza, quest'ultimo riconoscerà i benefici convenzionali della Convenzione con lo Stato della fonte (e lo Stato di residenza eliminerà la doppia imposizione mediante la concessione dell'esenzione ovvero del credito d'imposta).

La formulazione della norma, tuttavia, è strutturalmente idonea a disciplinare tanto fattispecie bilaterali, che cioè coinvolgono due Stati soltanto, quanto fattispecie triangolari²⁶.

A tal proposito, è opportuno osservare che l'art. 3 del MLI detta una disciplina rivolta alle "*transparent entities*"²⁷ e, al para. 1, prevede che «income derived by or through [a] wholly or partly fiscally transparent [entity] under the tax law of either Contracting Jurisdiction shall be considered to be income of a resident [...] but only to the extent that the income is treated [...] as the income of a resident of that Contracting Jurisdiction» e aggiunge, al para. 2, che non possano trovare applicazione le norme convenzionali che prevedano di «exempt from income tax or provide a deduction or credit equal to the income tax paid with respect to income derived by a resident of that Contracting Jurisdiction which may be taxed in the other Contracting Jurisdiction» nella misura in cui le norme in oggetto consentano di assoggettare quel reddito a tassazione «solely because the income is also income derived by a resident of that other Contracting Jurisdiction».

²⁶ A. CONTRINO, *Double tax treaties and trust*, cit., p. 105, a cui si fa rinvio, osserva che «[i]ndeed, the provision covers any income that is derived by or through an entity or arrangement, regardless of where such an entity or arrangement is established».

²⁷ Contenuto nella, più ampia, *Part II* dedicata al fenomeno dei c.d. disallineamenti da ibridi (*Hybrid Mismatches*) che, nel contesto dell'MLI, ricomprendono le forme di "ibridismo fiscale" (adoperando l'espressione fatta propria dall'Agenzia delle Entrate nella bozza di Circolare, *ATAD n. 2- Chiarimenti in tema di disallineamenti da ibridi - decreto legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 (recepimento della Direttiva "ATAD")*), in consultazione pubblica sino al 19.11.2021) che riguardano i soggetti.

Dal momento che l'Italia ha presentato la propria lista di riserve e notifiche fruendo della deroga concessa dall'art. 3, para. 5, lett. a), del MLI, che consente di non applicare per intero l'art. 3 MLI, si potrebbe obiettare che sia poco utile soffermarsi ad analizzare una disposizione destinata a non trovare applicazione nemmeno dopo l'esecuzione dello strumento multilaterale.

Due precisazioni sono, tuttavia, opportune.

In prima istanza, come si è già rilevato, alla data odierna l'Italia non ha ancora depositato lo strumento di ratifica e, pertanto, la riserva di cui s'è detto in precedenza non può dirsi definitiva sino al momento in cui tale deposito avverrà. In seconda istanza, non pare ridondante osservare che la naturale configurazione del rapporto di *trust* in tre distinti soggetti (*settlor*, *trustee* e beneficiario/i) e con una pluralità di fonti può portare alla contemporanea applicazione di tre o più convenzioni internazionali²⁸, con la conseguenza che, anche laddove l'Italia dovesse confermare le riserve apposte all'MLI, ci si dovrebbe, in ogni caso, interrogare sull'applicabilità dell'MLI ad altre Convenzioni che non vedano l'Italia come uno dei due Stati contraenti, applicabile alla fattispecie in esame²⁹.

6. Tassazione di dividendi, interessi e canoni e "beneficiario effettivo"

Stabilito il *treaty entitlement* (i.e., se sia il *trust* ovvero il beneficiario a poter invocare l'applicazione della Convenzione) e individuata la regola allocativa applicabile nel caso di specie, qualora il reddito sia inquadrabile negli articoli 10, 11 o 12 (dividendi, interessi o canoni) occorrerà confrontarsi con un altro tema.

²⁸ E che, nonostante l'ampio ricorso alle riserve volte a limitare l'applicazione dell'art. 3, para. 1 e 2 del MLI da parte degli Stati firmatari del MLI non si può escludere che simili norme facciano già parte del *network* convenzionale di questi Stati e che, pertanto, l'interpretazione di tali clausole (in particolar modo dei trattati più recenti) possa risentire, indirettamente, di approdi interpretativi consolidati, oggi, nelle *MLI Explanatory Statement* o in documenti interpretativi che saranno adottati in futuro dalla *Conference of the Parties*. Cfr., sul punto, gli esempi citati da A. CONTRINO, *Double tax treaties and trust*, cit., p. 122, nt. (85).

²⁹ Fra le tante, una delle ipotesi può esser quella del *trust* "residente" in Italia, con redditi nello Stato X e beneficiari nello Stato Y e nello Stato Z.

La fruizione delle ritenute convenzionali in misura ridotta per dividendi e interessi (art. 10 e 11, para. 2, del 2017 MTC) e l'esclusione della tassazione nello Stato della fonte per i canoni (art. 12, para. 1, del 2017 MTC) sarà, difatti, subordinato alla circostanza che il percettore dell'elemento di reddito ne sia anche il "beneficiario effettivo".

Il Commentario al 2017 MTC chiarisce che la clausola di cui all'art. 1, para. 2, «does not prejudice the issue of whether the recipient is the beneficial owner of the relevant income»³⁰.

A tal fine, occorre trarre delle indicazioni dai chiarimenti offerti dal Commentario al Modello OCSE in relazione alle regole distributive *de quo*. In particolar modo, in presenza di *trust* che assumano la forma di *discretionary trust*³¹ in relazione ai redditi non distribuiti in un dato anno, il *trust* si configurerà come "beneficiario effettivo" del reddito «even if they are not the beneficial owners under the relevant trust law»³². Come si intuisce dall'approccio fatto proprio dall'Ocse, la conoscenza della specifica tipologia di *trust* assume un rilievo dirimente al fine di poter stabilire se il *trust* (ovvero il beneficiario) assumano la natura di beneficiario effettivo del reddito.

È bene osservare, tuttavia, che non è del tutto chiaro, in dottrina, se la qualifica di "beneficiario effettivo" debba esser verificata prima o dopo l'applicazione dell'art. 1, para. 2, del 2017 MTC, sebbene quest'ultima opzione sembri esser la più corretta³³.

7. Lo scambio di informazioni nel sistema convenzionale

Qualche riflessione occorre svolgere, infine, avendo a riguardo i *trust* in relazione al tema dello scambio di informazioni.

³⁰ Commentario all'art. 1 del 2017 MTC, para. 13.

³¹ Nei quali, mancando una attribuzione predeterminata di redditi in capo ai beneficiari, il *trust* assume la natura di *trust* opaco.

³² Commentario all'art. 10 del 2017 MTC, para. 12.1 nota 1. Nello stesso senso, si veda l'esempio proposto dal Commentario all'art. 12 del 2017 MTC, para. 4, nota 1.

³³ In questo senso si orienta A. CONTRINO, , *Double tax treaties and trust*, cit., pp. 111-112 alle cui valide argomentazioni può sommarsi l'ulteriore considerazione che la portata dell'art. 1, para. 2, del 2017 MTC «for the purpose of this Convention» e, quindi, destinata a condizionare anche l'applicazione delle regole allocative.

Come è noto, uno Stato può opporre un diniego allo scambio di informazioni nel caso in cui venga in rilievo la riservatezza delle comunicazioni fra professionisti (*attorney, solicitor* e altri *legal representative*) e loro clienti.

Il Commentario al 2017 MTC esplicita, a tal proposito che le comunicazioni fra «attorneys, solicitors or other admitted legal representatives and their clients are only confidential if, and to the extent that, such representatives act in their capacity as attorneys, solicitors or other admitted legal representatives and not in a different capacity, such as nominee shareholders, trustees, settlors, company directors or under a power of attorney to represent a company in its business affairs»³⁴. Così, le informazioni detenute dal *trustee* (in *a fiduciary capacity*) o da una *trust company* rientrano tra le informazioni rispetto alle quali lo Stato può opporre un diniego allo scambio di informazioni³⁵.

³⁴ Commentario all'art. 26 del 2017 MTC, para. 19.3.

³⁵ Commentario all'art. 26 del 2017 MTC, para. 19.12.

GLI “ISTITUTI AVENTI CONTENUTO ANALOGO”
AL *TRUST*: IL CASO DELLE FONDAZIONI
DEL LIECHTENSTEIN

*Marco Allena*¹

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La struttura delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein e il ruolo nella pianificazione patrimoniale – 3. L'inquadramento fiscale delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein – 3.1. Il trattamento fiscale delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein in linea generale prima dell'entrata in vigore del novellato art. 44, comma 1, lett. g-*sexies* Tuir – 3.2. Il problema del trattamento fiscale delle distribuzioni operate dalle *familien Stiftung* opache a favore di beneficiari residenti in Italia – 3.3. Il trattamento fiscale delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein a seguito dell'entrata in vigore del novellato art. 44, comma 1, lett. g-*sexies* Tuir.

1. *Premessa*

La bozza di Circolare dell'Agenzia delle Entrate dell'11 agosto scorso ha riaperto i riflettori sulle tematiche fiscali legate alle distribuzioni operate dagli istituti assimilati al trust a favore dei propri beneficiari. Argomento indubbiamente controverso, e oggetto di orientamenti oscillanti, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza, sui quali la prassi operativa sembra essersi astenuta dal dare una puntuale risposta.

Ma anche la bozza di Circolare – emanata in pubblica consultazione – tratta il tema abbastanza sbrigativamente, giungendo alla formula tautologica per la quale deve considerarsi istituto analogo

¹ Professore ordinario di Diritto Tributario presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

al trust qualsiasi negozio che «presenta gli elementi essenziali e caratterizzanti [...] del *trust*»².

D'altro canto, il corretto inquadramento fiscale dei citati istituti è questione tutt'altro che marginale, in considerazione del sempre maggiore uso che se ne fa nella prassi³. Si pensi ad esempio alle fondazioni di famiglia del Liechtenstein, le c.d. *familien Stiftung*, sempre più utilizzate dagli operatori del settore come veicoli di pianificazione patrimoniale, in grado di assicurare una adeguata “separazione” del patrimonio, e garantire una oculata e graduale pianificazione successoria.

Proviamo dunque a ricostruirne il trattamento tributario, analizzandone la possibile assimilazione al *trust* estero opaco.

2. *La struttura delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein e il ruolo nella pianificazione patrimoniale*

Come anticipato, le fondazioni di famiglia del Liechtenstein sono note agli operatori quale duttile e versatile strumento di pianificazione patrimoniale.

Ora, ciò non deve stupire: da sempre le fondazioni sono state impiegate in alcune giurisdizioni straniere (ad es. nei Paesi Bassi o in Austria) quale mezzo alternativo agli istituti tipici della successione, poiché ritenute in grado di assicurare un più graduale e pianificato passaggio generazionale dell'impresa⁴. Di qui, dunque, la ricerca di idonei strumenti di pianificazione patrimoniale, quali ad esempio le *familien Stiftung*, in grado di assicurare un inserimento graduale del successore nella gestione dell'attività di impresa⁵.

² Agenzia delle Entrate, Circolare in pubblica consultazione dell'11 agosto 2021, p. 14.

³ Rinviamo in generale al nostro *Ancora sulla fiscalità del trust e delle fondazioni del Liechtenstein*, in *T&AF*, 2021, 5, p. 361 ss.

⁴ L. BELLUZZO, G. MERCANTI, *Pianificazione successoria: Fondazioni e trust*, in *Sole24Ore*, 25 giugno 2021, p. 57 ss.

⁵ L. DE ROSA, A. RUSSO, *Trasmissione del patrimonio e successione di azienda. Strumenti e soluzioni per il passaggio generazionale*, Milano, Gruppo24Ore, pp. 253 ss.; N. CONRAD, *Die Stiftung als Instrument der Asset Protection nach Massgabe des Schweizer sowie liechtensteinischen Rechts im Rahmen eines Rechtsvergleichs*, in *LJZ Liechtensteinische Juristenzeitung*, 28 gennaio 2017, pp. 75 ss.

Ebbene, la fortuna delle *familien Stiftung* in materia di pianificazione successoria è quasi del tutto legata a fattori relativi alla loro struttura, tra i quali è da annoverare l’ampio spettro di “scopi ideali” che questi enti possono perseguire. Difatti, le fondazioni di famiglia del Liechtenstein, pur non potendo esercitare in via principale una attività commerciale⁶, nondimeno possono perseguire le finalità personali o familiari del fondatore; scopi ideali, appunto questi ultimi, che permettono l’esercizio di tipi di attività ben più ampi rispetto a quelle istituzionali solitamente riservate alle fondazioni⁷.

Altro elemento che connota le *familien Stiftung* è l’assoluta riservatezza, che, ancora oggi, è garantita al fondatore; potendo lo stesso rimanere nel più assoluto anonimato, in quanto al momento dell’istituzione dell’ente potrebbe decidere di farsi rappresentare da un fiduciario, persona fisica o giudica, il quale diventerebbe, a sua volta, il formale “intestatario” della fondazione.

Tali enti sono inoltre dotati di personalità giuridica, e, di conseguenza, possono risultare intestatari di partecipazioni azionarie, nonché acquisire i più svariati diritti immateriali, salvo il limite di esercitare queste attività per il perseguimento delle finalità indicate⁸.

Da questi primi elementi è agevole comprendere, dunque, la diffusione dell’impiego delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein quale strumento atto ad assicurare il passaggio generazionale dell’impresa. In specie, esse si prestano ad essere impiegate alla stregua di vere e proprie “*holding familiari*”, riferite a gruppi nei quali

⁶ L’oggetto sociale delle *familien Stiftung* può includere, in via secondaria, l’esercizio di attività commerciali, a condizione che le predette attività siano indirizzate al raggiungimento degli obiettivi principali della fondazione.

⁷ O. GIERHAKKE, *Liechtensteische gemeinnützige Stiftung, Aufsätze*, FUS 03/2016, p. 86.

⁸ Osservano A. PECILE e M. TURCONI SORMANI, *Le Stiftung. Le fondazioni del Liechtenstein*, Modena, Artioli Editori, 2020, g. 9 che «si può dunque parlare delle *Stiftung* come di una persona giuridica costituita con l’apporto di un fondo, al fine del raggiungimento di uno scopo specifico. Nello specifico, nel momento in cui vengono conferiti beni (mobili e immobili), la *Stiftung* ottiene lo *status* di persona morale, ma acquisirà la piena personalità giuridica solo con l’iscrizione al Pubblico Registro». A sua volta, la personalità giuridica viene acquisita attraverso due modalità alternative: la prima è la registrazione, obbligatoria per le sole fondazioni che esercitano in via secondaria attività commerciale. La seconda – e più ricorrente – è il deposito dell’atto costitutivo presso il pubblico registro.

al vertice vi è la fondazione, la quale a sua volta controlla l'impresa di famiglia. Il controllo è assicurato grazie al conferimento di partecipazioni sociali, solitamente apportate dallo stesso fondatore, o comunque da soggetti legati, a vario titolo, da rapporti di parentela con lo stesso⁹.

Così, l'apporto delle partecipazioni nella fondazione determinerà la "separazione" di questi titoli dal patrimonio del fondatore, e i diritti sociali in esse incorporati saranno amministrati dal Consiglio della Fondazione (organo, quest'ultimo, istituito e regolato nell'atto istitutivo della fondazione¹⁰). Il Consiglio, a sua volta, durante l'intera vita del fondatore, dovrà amministrare le partecipazioni dando seguito alla volontà dello stesso. Il Consiglio potrà, dunque, iniziare a svolgere un ruolo di amministrazione attiva solo a seguito della morte del fondatore. Peraltro, proprio in quel momento il Consiglio assumerà anche un ruolo decisivo nel passaggio generazionale, essendo lo stesso dotato di un notevole potere discrezionale in ordine all'individuazione dei beneficiari degli apporti nella fondazione¹¹. Difatti, il Consiglio delle *familien Stiftung*, diversamente dagli organi amministrativi di altre fondazioni estere, può appunto scegliere il beneficiario degli apporti, sia pur nel li-

⁹ L. BELLUZZO, *Guida alla pianificazione patrimoniale. Trust, fiducia e protezione*, Vol. 4, Milano, Gruppo24Ore, 2017, osserva che «l'istituto viene sovente usato come strumento di pianificazione successoria ovvero come "holding familiare", in quanto alla stessa vengono conferiti patrimoni messi a disposizione dei beneficiari, in genere legati da rapporti di parentela, ma non solo, con il fondatore».

¹⁰ Difatti, l'atto costitutivo (lo statuto) contiene le regole fondamentali per la gestione dell'ente, prevede gli organi sociali e ne disciplina il funzionamento, similmente a quanto avviene per l'*Anstalt*. Ma nello Statuto delle fondazioni non si troverà traccia né delle clausole relative alla distribuzione di profitti o rendite, né, soprattutto, l'indicazione dei beneficiari o del beneficiario, che può essere il medesimo fondatore. Tali elementi saranno inseriti in uno statuto complementare, non soggetto a registrazione che di fatto vincolerà il potere di scelta riservato al Consiglio di Fondazione.

¹¹ A. PECILE, M. TURCONI SORMANI, *Le Stiftung. Le fondazioni del Liechtenstein*, cit., p. 10 notano che «La *familien Stiftung* del Liechtenstein [...] si differenzia dalle altre fondazioni simili per l'ampiezza dei poteri che può essere attribuita all'organo amministrativo, in ordine all'individuazione dei beneficiari, sia pure nell'ambito della cerchia di quelli previsti, per legge, dallo statuto, oppure dallo Statuto complementare o dal regolamento, nonché dall'identità ed entità del beneficio che può essere loro attribuito. È in sostanza la c.d. fondazione discrezionale, come tale indirettamente definita dallo stesso Codice civile».

mite della cerchia dei soggetti indicati dal fondatore nel c.d. statuto complementare. Sicché, l’unico limite al potere discrezionale del Consiglio è proprio quanto stabilito in tale atto, il quale, oltre a indicare i possibili beneficiari, contiene clausole e direttive che vincolano il potere di nomina.

Evidente appare, dunque, che attraverso l’istituto si possa trasferire l’impresa di famiglia attraverso uno schema che garantisce stabilità.

3. *L’inquadramento fiscale delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein*

Alla luce di tali sintetiche considerazioni di ordine generale, quale è l’inquadramento di queste fondazioni ai fini fiscali?

Il tema, come accennato in apertura, tocca in particolare le distribuzioni operate in favore dei beneficiari; questione resa ulteriormente complessa dalla evoluzione normativa in materia di trust, e quindi dal novellato art. 44, comma 1, lett. g *sexies* Tuir (così come introdotto dal decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 214 convertito nella legge 19 dicembre 2019, n. 157).

Peraltro, la stessa Amministrazione italiana nei propri documenti di prassi ha faticato (e fatica tutt’ora) ad assumere una posizione unitaria sul punto, così contribuendo a rendere non chiaro il trattamento fiscale delle *familien Stiftung*.

Ma procediamo con ordine.

3.1. Il trattamento fiscale delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein in linea generale prima dell’entrata in vigore del novellato art. 44, comma 1, lett. *g-sexies* Tuir

Prima dell’entrata in vigore del novellato art. 44, comma 1, lett. *g-sexies* Tuir – ed esattamente nel periodo della c.d. *Voluntary Disclosure* – l’Agenzia delle Entrate sembrava aver risolto la questione del trattamento impositivo da riservare alle *familien Stiftung*, aderendo *in toto* all’impostazione desumibile dal nostro Testo Unico delle Imposte sui Redditi. Essa aveva infatti assimilato le fondazio-

ni di famiglia del Liechtenstein ai trust, dichiarando espressamente applicabile ad esse la “presunzione di esterovestizione” di cui all’art. 73, comma 3, Tuir, sulla scorta dell’idea che le *familien Stiftung* rientrassero negli “istituti aventi contenuto analogo al trust” (Circolare n. 27/E del 2015).

Così, muovendo da tale analogia, si erano ritenute applicabili alle fondazioni tutte le disposizioni previste dal Testo Unico per i trust. Prime fra tutte, quelle contenute negli artt. 44 e 73 del Tuir, che regolano la tassazione dei redditi percepiti dai beneficiari italiani dai trust, compresi quelli non residenti¹². Tali disposizioni distinguono, ai fini delle imposte dirette, tra trust con “beneficiari individuati” e trust con “beneficiari non individuati”. Difatti, se i beneficiari del trust sono “individuati” (nel senso che possono azionare pretese reddituali verso il trustee) i redditi del *trust* sono imputati per trasparenza a carico dei singoli beneficiari ex art. 73, comma 2 Tuir (c.d. trust trasparente). Viceversa, per i trust con beneficiari non individuati (ovverosia che non hanno un vero e proprio diritto di farsi assegnare i redditi dal trustee) la tassazione colpisce il trust – da considerarsi, in questi casi, come autonomo soggetto passivo (ex art. 73, commi 1, lett. b, c, d Tuir) –, con conseguente irrilevanza impositiva delle successive concrete distribuzioni a favore dei beneficiari (c.d. trust opaco)¹³.

¹² Espressamente, la Circolare 27/E/2015 prevede che: «nel caso in cui non si configuri un’interposizione fittizia bensì sia accertata l’effettiva natura di fondazione del soggetto giuridico, sarà necessario stabilire il luogo ove questo ha sede. A tale proposito si richiama la presunzione di residenza di cui all’articolo 73, comma 3, secondo periodo, del TUIR secondo la quale si considerano residenti in Italia, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro del Finanze del 4 settembre 1996 (cosiddetta white list) in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti in Italia, evidenziando che il Liechtenstein, Stato in cui è stata istituita la fondazione oggetto del quesito, non è incluso nella predetta white list».

¹³ In specie, il regime tratteggiato è generato dal combinato disposto dell’art. 73, comma 1, lett. b, c, d del Tuir con l’art. 73, comma 2 del Tuir. Difatti, l’art. 73, comma 1, lett. b, c, d del Tuir, in seguito alla Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) dispone in generale che «il *Trust* [debba essere qualificato] un soggetto passivo IRES». Allo stesso tempo, tuttavia, il comma 2 del predetto art. 73 stabilisce 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

In quel contesto, si riteneva quindi corretto distinguere – al pari di quanto accade per i trust – fra fondazioni opache e trasparenti, a seconda del fatto che i beneficiari potessero considerarsi, nella loro accezione tecnica, come “individuati” (c.d. fondazioni trasparenti) o “non individuati” (c.d. fondazioni opache). Per conseguenza l’Amministrazione finanziaria ancorava l’imposizione dei redditi, nel primo caso, (alle fondazioni trasparenti) in capo ai soli beneficiari della fondazione ex art. 73, comma 2 Tuir; mentre nel secondo caso, (alle fondazioni opache) riteneva direttamente la fondazione soggetto passivo di imposta ex art. 73, comma 1, lett. b, c, d Tuir.

3.2. Il problema del trattamento fiscale delle distribuzioni operate dalle *familien Stiftung* opache a favore di beneficiari residenti in Italia

Ferma la distinzione appena citata, ben presto la dottrina si pose il problema del corretto inquadramento fiscale delle distribuzioni operate dalle *familien Stiftung* opache a favore di beneficiari residenti in Italia.

In linea generale, a queste distribuzioni sarebbe parso applicabile un regime di neutralità fiscale, poiché, come evidenziato, per le

di partecipazione individuata nell’atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali». Ne discende, dunque, che quando i beneficiari del Trust «non sono individuati» (casi meglio noti come c.d. trust opaco), il Trust è considerato un autonomo soggetto passivo IRES e, per l’effetto, i redditi conseguiti dal Trust (ossia generati dai beni e diritti posseduti dal Trust) sono tassati in capo allo stesso con aliquota al 24% (art. 77 Tuir). Viceversa, quando i beneficiari «sono individuati» (casi meglio noti come c.d. trust trasparente), il Trust è tassato in trasparenza, e quindi il reddito del Trust viene assoggettato a tassazione in capo ai beneficiari. Tali redditi confluiscono, dunque, nell’IRPEF del beneficiario/persona fisica a titolo di «reddito di capitale» (ex art. 44, lett. g-sexies Tuir) in proporzione alla rispettiva quota di partecipazione, e a prescindere dalla materiale disposizione (principio di competenza), scontando l’aliquota progressiva di cui all’art. 11 Tuir. Per una completa disamina sul punto si rinvia a M. MICCINESI, *Il reddito del Trust nelle varie tipologie*, in *Trust ed attività fiduciarie*, 2000, 1, p. 309; T. TASSANI, *I trust nel sistema fiscale italiano*, Milano, Pacini Editore, 2014, p. 3 ss.; A. PARENTE, *La tassazione diretta dei trust in Italia*, in C. BUCCIO (a cura di), *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, Torino, Giappichelli, 2015; G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2007, 1, p. 227; M. BASTIANELLI, *Trust e fisco*, Milano, Giuffrè, 2014.

fondazioni con beneficiari non puntualmente individuati (le fondazioni opache), teoricamente la tassazione – alla stregua di quanto accade per i trust – avrebbe dovuto arrestarsi in capo all’ente, senza che poi le successive distribuzioni a favore dei beneficiari avessero rilevanza reddituale.

Nondimeno, la dottrina era consapevole dei potenziali effetti elusivi che un simile orientamento avrebbe potuto generare, e ciò tenuto conto del fatto che lo Stato di residenza delle *familien Stiftung* – il Liechtenstein – è un Paese a fiscalità privilegiata. Talché, più commentatori ricondussero il regime delle citate distribuzioni all’orientamento tracciato dalla Circolare 61/E/2010¹⁴, con la quale l’Agenzia delle Entrate, mossa proprio dall’intento di scongiurare “il conseguimento di indebiti risparmi d’imposta”, aveva ritenuto che anche i beneficiari italiani di trust opachi collocati in Paesi a fiscalità privilegiata avrebbero dovuto essere tassati per le distribuzioni operate in loro favore¹⁵.

Così la dottrina, forte anche dell’assimilazione delle fondazioni di cui qui si parla con l’istituto del trust (Circolare n. 27/E del 2015), ritenne non solo che le *familien Stiftung* opache avrebbero dovuto scontare le imposte proprie stabilite dal Paese di residenza (il Paese a fiscalità privilegiata), ma che anche i beneficiari residenti in Italia avrebbero dovuto essere assoggettati a tassazione per i redditi a questi distribuiti, così derogando al generale regime

¹⁴ Questo documento di prassi (Circ. 61/E/2010) fu ampiamente criticato da una parte di dottrina, in quanto si poneva ben oltre la lettera della legge (e forniva una interpretazione in *malam partem*). Fra i tanti che hanno censurato la norma ci permettiamo di rinviare a D. STEVANATO, “Stretta” dell’Agenzia delle entrate sulla fiscalità dei trust: a rischio un sereno sviluppo dell’istituto?, in *Corr. trib.*, 2011, 7, p. 537 ss. D’altro canto, non era all’epoca del tutto chiaro come l’impostazione dell’Agenzia delle Entrate si potesse tradurre nella pratica. Al riguardo, si era ipotizzata un’interpretazione secondo cui il beneficiario potesse essere assoggettato ad imposizione nel momento in cui avesse ricevuto una effettiva distribuzione dal trust opaco, sempre che, ovviamente, tale distribuzione fosse da ascrivere al reddito generato dal trust e non al capitale apportato dal disponente (cfr. anche P. SCARIONI, P. ANGELUCCI, *La tassazione delle opere d’arte*, Milano, Egea, 2014, p. 256).

¹⁵ In tal senso, tra gli altri, A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione - Parte I*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2011, 5, p. 475; A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione - Parte II*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2011, 6, p. 601 ss.

di irrilevanza fiscale di cui al menzionato art. 73, commi 1, lett. b, c, d Tuir.

3.3. Il trattamento fiscale delle fondazioni di famiglia del Liechtenstein a seguito dell'entrata in vigore del novellato art. 44, comma 1, lett. g-sexies Tuir

L'orientamento interpretativo di cui alla Circolare 61/E/2010 è stato da ultimo recepito dal D.L. n. 124/2019¹⁶, con il quale il legislatore ha stabilito che i redditi corrisposti dai trust opachi (nonché da “istituti aventi analogo contenuto”) residenti in territori a fiscalità privilegiata scontano l'imposizione anche in capo ai beneficiari residenti, a prescindere dal fatto che questi siano già stati puntualmente individuati. Più precisamente, il predetto Decreto-legge ha aggiunto un nuovo periodo alla lett. g-sexies dell'art. 44 del Tuir; norma, questa, che qualifica come redditi di capitale «i redditi corrisposti a residenti italiani da trust e istituti aventi analogo contenuto, stabiliti in Stati e territori [...] a fiscalità privilegiata ai sensi dell'articolo 47-bis, anche qualora i percipienti residenti non possano essere considerati beneficiari individuati ai sensi dell'art. 73, comma 2»¹⁷.

Oggi, quindi, per le entità opache localizzate in territori *black list* i redditi corrisposti ai beneficiari residenti sono sempre tassati in Italia, a prescindere dall'individuazione giuridica dei beneficiari. In

¹⁶ Per un approfondimento, vedi il *Position paper* di STEP Italy del 17 marzo 2020, *La tassazione delle distribuzioni da trust esteri*. Vedi anche A. LONGO, A. SANDALO, *Il nuovo criterio di tassazione dei redditi distribuiti da trust esteri*, in *Fisco*, 2019, 44, pp. 4250 ss.; G. ZIZZO, *I trust non residenti tra sistema e timore di abusi*, in *Corr. Trib.*, 2020, 4, pp. 366 ss.; G. FOGLIA, F. CAPOGROSSI, *Trust estero: ancora troppe incertezze per i beneficiari individuati residenti*, in *Fisco*, 2021, 9, pp. 859 ss.

¹⁷ Si ricorda che il nuovo regime recato dall'art. 44, comma 1, lett. g-sexies del Tuir deve essere necessariamente coordinato con il neo-introdotta comma 4-quater dell'art. 45 TUIR (anch'esso frutto del d.l. 124/2019); disposizione, quest'ultima, che stabilisce una presunzione relativa di distribuzione di utili. Più precisamente, la norma in questione prevede che le erogazioni effettuate da un trust estero a favore del beneficiario, costituiscono reddito tassabile in Italia in capo a quest'ultimo nella misura in cui lo stesso beneficiario non sia in grado di provare che l'attribuzione ricevuta abbia natura “patrimoniale” e non invece “reddituale”. Sul punto si rinvia ancora, per tutti, a M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 366.

altri termini, considerato che le fondazioni di famiglia del Liechtenstein parrebbero equiparabili ad un trust estero – in specie paradisiaco, atteso che il Liechtenstein è un Paese a fiscalità privilegiata – e che l'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies* estende la propria applicazione «[a]gli istituti aventi analogo contenuto» al trust, parrebbe associato che gli importi distribuiti dalle *familien Stiftung* opache a favore di beneficiari residenti in Italia concorrano all'imponibile IRPEF di quest'ultimo, sotto forma di redditi di capitale (ex art. 44, comma 1, lett. g-*sexies* del Tuir).

Tale ricostruzione parrebbe anche essere stata confermata dalla risposta ad istanza di interpello n. 473/2019, con la quale l'Agenzia delle Entrate – seppur non più espressamente – sembra equiparare le *familien Stiftung* opache ai trust opachi, e, conseguentemente, ritenere che le distribuzioni dalle stesse operate a favore di beneficiari residenti in Italia siano assoggettate all'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies* del Tuir¹⁸.

Senonché, un intervento dell'Agenzia delle Entrate dello scorso anno ha modificato la ricostruzione ora operata, contribuendo ad aumentare l'incertezza in materia.

In particolare, con la risposta ad interpello n. 433/2020, l'Agenzia è intervenuta sul trattamento fiscale delle somme ricevute

¹⁸ In realtà, come abbiamo evidenziato in altra sede, con la risposta ad interpello n. 473/2019 l'Agenzia non fa più alcuna esplicita equiparazione tra le fondazioni del Liechtenstein e i trust al fine di individuare il trattamento fiscale attribuibile alle distribuzioni rese in favore dei beneficiari. Difatti l'Agenzia non prende posizione sul tema della qualificazione delle somme distribuite delle fondazioni, né tanto meno sulla asserita equiparazione delle fondazioni ai trust, bensì determina il regime fiscale da applicare alle predette distribuzioni esclusivamente ricorrendo all'istituto dell'interposizione fittizia. In altri termini, l'Ufficio ritiene che per determinare il regime fiscale attribuibile alle distribuzioni «occorre valutare, sulla base del comportamento [della *Stiftung*], se si tratta di un veicolo fittiziamente interposto o se di fatto si configuri un diverso soggetto giuridico (paragonabile ad esempio ad una società semplice di fatto tra i beneficiari della fondazione)» specificando poi che solo «nel caso in cui la costituzione della fondazione di famiglia in Liechtenstein configuri un caso di interposizione fittizia, il beneficiario economico della stessa dovrà dichiarare il valore del patrimonio esistente al termine di ogni anno interessato basandosi sul rendiconto del Consiglio di amministrazione della fondazione» (vedasi il nostro *Ancora sulla fiscalità del trust e delle fondazioni del Liechtenstein*, cit., p. 365). Vedi anche A. LONGO, *Fondazione estera "interposta" anche per gli eredi ma con l'incognita dell'imposta di donazione*, in *Norme & Tributi Plus Fisco*, Milano, Sole 24 Ore, 8 novembre 2019.

da una persona fisica residente da parte di un soggetto giuridico del Liechtenstein costituito sotto forma di *Anstalt*. Tale documento di prassi, pur non riferendosi formalmente alle *familien Stiftung*, sembrerebbe poggiare su argomenti estendibili anche a queste fondazioni.

Difatti, in quel caso l'Amministrazione finanziaria ha respinto la tesi dell'assimilazione dell'*Anstalt* ai trust sulla base dell'Accordo Italia-Liechtenstein (ratificato con la l. 210/2016) in materia di scambio di informazioni.

Precisamente secondo l'art. 5 par. 4 di detto Accordo ciascuna parte «assicura che le proprie autorità competenti, in conformità ai termini del presente Accordo, abbiano l'autorità di ottenere e fornire su richiesta [...] nel caso di ogni altra persona giuridica o figura giuridica diversa da un trust (ad esempio, fondazione, *Anstalt*), le informazioni su ogni persona equivalente o su ogni persona in analoga posizione».

Sulla scorta di queste considerazioni, l'Agenzia ha perciò concluso che l'*Anstalt*¹⁹ rientra fra le società non residenti, e che le somme percepite dal soggetto residente sono da qualificarsi come dividendi ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. e) Tuir²⁰.

¹⁹ Per una completa analisi delle *Anstalt*, sotto il profilo civilistico, si rinvia a V. SCALISI, *Lo scopo delle fondazioni. Le fondazioni di famiglia. Imprese di fondazione e fondazioni d'impresa*, in M. BESSONE (diretto da), *Casi e questioni di diritto privato I – persone fisiche e persone giuridiche*, a cura di G. GIACOBBE, G. IUDICIA, D. MESSINETTI, V. SCALISI, Milano, 1993, p. 469; E. CALÒ, *Dal probate al family trust, riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1996; G. ALPA, M. LUPOI, U. MORELLO, *Problemi di diritto comparato*, Milano, 1996, pp. 159 ss.

²⁰ Del resto, in giurisprudenza e in dottrina era già pacifico che l'*Anstalt* si sarebbe dovuto qualificare alla stregua di una società personale. Sul punto, A. BUSANI, M. MOLINARI, *Condizione di reciprocità e nomina di cittadino straniero nel consiglio di amministrazione di S.p.A.*, in *Le Società*, 2011, 2, p. 164; G. CASSONI, *Lex fori e presupposti di personificazione dell'ente straniero*, in *Giur. It.*, 1978, 1, p. 536; A. LEVI, *La Corte di Cassazione ha riconosciuto all'Anstalt la personalità giuridica, in contrasto con le precedenti decisioni del giudice di merito*, in *Rivista Diritto Commerciale*, 1977, II, p. 327; G. FERRI, *Capacità giuridica delle Anstalt e delle Enterprises fiduciarie e responsabilità dell'unico fondatore*, in *Giur. Comm.*, 1978, II, p. 49. In senso contrario: A. DI AMATO, *Riconoscimento dell'Anstalt e responsabilità illimitata del suo fondatore: un complesso che non convince*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, pp. 377 ss. Talché, considerata la somiglianza delle *familien Stiftung* all'*Anstalt*, non si comprende perché lo stesso regime non dovrebbe essere applicato anche alle fondazioni di famiglia, soprattutto per quelle esercenti

In altri termini, parrebbe, dunque, che i redditi percepiti da un beneficiario residente in Italia da fondazioni di famiglia, *Anstalt*, etc. debbano essere trattati alla stregua di dividendi di fonte estera, con la conseguenza che tali apporti dovrebbero sfuggire all'applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies* del Tuir.

Alla luce di quest'ultima evoluzione sembra dunque che in seno all'Amministrazione finanziaria esistano due distinti orientamenti: il primo che ritiene le *familien Stiftung* opache essere istituti analoghi ad un trust opaco, e che, quindi, considera le distribuzioni dalle stesse operate assoggettate al regime di cui all'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies* Tuir; un secondo, che considera le fondazioni al pari di società semplici non residenti, con l'effetto di considerare le distribuzioni operate a favore di beneficiari dei dividendi tassabili ex art. 44, comma 1, lett. e) Tuir.

Ora, dinanzi a tale contrasto di prassi, non possiamo che auspicare che l'Amministrazione finanziaria addivenga ad una posizione chiarificatrice sul punto, cogliendo eventualmente l'occasione della circolare sul trust in corso di approvazione per elaborare ed approfondire l'argomento.

in via secondaria attività commerciale, per le quali la legge del Principato prevede l'obbligo della preventiva iscrizione nel registro delle persone giuridiche.

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI E., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., "Ubi venus mutatur", 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEI M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illicito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze*. *Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. GIUSTIZIA senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI F., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homme faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetes est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multā scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrare. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI E., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI E., *Giustiniano, gli argentarii e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
307. LEGNANI ANNICHINI A., *Avvocati indisciplinati. I procedimenti del Sindacato Fascista degli Avvocati e dei Procuratori di Bologna (1934-1942)*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustiniana*, 2021.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Ἐξε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.

Finito di stampare nel mese di marzo 2022
per i tipi di Bologna University Press