

# DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

(*Continua: CAPITOLO 15 - LA DESTINAZIONE*)

2. L'atto di destinazione.....	pag. 473
3. Il <i>trust</i> .....	pag. 478
4. Destinazione, servitù e condominio: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 16698 del 2017.....	pag. 485
5. La personalità giuridica del <i>trust</i> : analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 2043 del 2017.....	pag. 490
6. Un'ipotesi di nullità del <i>trust</i> : analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 12718 del 2017.....	pag. 493

## **2. L'atto di destinazione.**

Prima di procedere con l'analisi dell'atto di destinazione di cui all'articolo 2645 *ter* c.c., dobbiamo menzionare altre due ipotesi specifiche di considerazione codicistica del fenomeno della destinazione. La prima ipotesi è quella relativa al cosiddetto fondo patrimoniale. L'istituto è previsto e disciplinato dagli articoli 167-171 del codice civile e consiste nella creazione di una massa patrimoniale che ha come obiettivo quello di soddisfare i bisogni della famiglia. In particolare, all'articolo 167 c.c. – *“Costituzione del fondo”* – si prevede: *«Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia»*. Il fondo patrimoniale, quindi, dà luogo ad una finalizzazione circa la destinazione dei frutti, degli interessi o dei profitti che scaturiscono da certi beni e che devono essere utilizzati in ordine al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Pertanto, l'istituto realizza una forma di destinazione giuridica in virtù della quale la massa patrimoniale, costituita dai coniugi o da un terzo, servirà per soddisfare i crediti che sono relativi alla necessità di far fronte ai bisogni della famiglia. E' questa, nella sostanza, la destinazione che caratterizza tale ipotesi. Non bisogna, però, dimenticare che l'ipotesi in commento comporta la nascita di tutta una serie di problemi in ordine all'interesse – non dei figli che sono i principali destinatari del fondo patrimoniale – dei creditori dei coniugi che sono coloro che, nell'ambito di questa vicenda, maggiormente possono veder lesi i loro diritti di credito. L'altra ipotesi di impiego specifico del concetto di destinazione la si rinviene

nell'ambito dell'articolo 2447 *bis* c.c. – *“Patrimoni destinati ad uno specifico affare”*, al quale si rinvia per un più attenta lettura.

Nell'ambito del fenomeno della destinazione, come abbiamo accennato nel precedente paragrafo, soffermeremo la nostra attenzione su due istituti: l'atto di destinazione e il *trust*.

Pertanto, in primo luogo, procederemo con l'analisi dell'atto di destinazione di cui all'articolo 2645 *ter* del codice civile. Come abbiamo già accennato, l'articolo 2645 *ter* c.c. – *“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”* – così recita: *«Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo»*.

*Articolo 2645 ter c.c.*

La prima domanda che si pone analizzando il contenuto dell'articolo 2645 *ter* c.c. è la seguente. Nell'ambito dell'articolo 2645 *ter* la destinazione è vista con riferimento ai beni immobili e ai beni mobili registrati e si richiede, appunto, la trascrizione. A proposito di ciò occorre, pertanto, domandarsi se si possa avere atto di

destinazione in riferimento alla totalità dei beni includendo, quindi, oltre ai beni immobili e mobili registrati, anche i beni mobili. È chiaro che, per quanto concerne un eventuale atto di destinazione avente ad oggetto beni mobili, non si possa parlare di trascrizione ed è, altrettanto, evidente che mancano ulteriori elementi. Si potrebbe pensare al possesso ma esso, non essendo idoneo a garantire che un determinato bene venga utilizzato esclusivamente per la realizzazione di uno specifico interesse, non può raggiungere finalità omologhe alla trascrizione, soprattutto per quanto concerne gli effetti verso i terzi. Pertanto, si potrà avere destinazione anche con riferimento a beni mobili ma non con riferimento ad una potenzialità di risultato che è propria dell'istituto della trascrizione nell'ambito dell'articolo 2645 *ter* del codice civile.

In secondo luogo, nell'articolo c'è un riferimento alle modalità con cui deve essere formulato l'atto di destinazione. Si parla, infatti, di "*atti in forma pubblica*", per cui, l'atto deve essere redatto rispettando specifiche formalità, in modo tale che lo stesso possa risultare trascrivibile.

*Atto in forma pubblica*

L'atto deve, in secondo luogo, imprimere una finalità in ordine alle possibilità di utilizzazione di beni immobili o mobili registrati e deve avere una certa durata nel tempo ("*novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria*"). Si tratta, nella sostanza, di specifiche modalità di realizzazione dell'atto di destinazione che risultano necessarie ai fini della trascrizione dell'atto stesso.

Per quanto concerne gli interessi che devono essere perseguiti con l'atto di destinazione, essi possono essere, innanzitutto, propri di "*persone con disabilità*" – in tal caso l'atto è volto a soddisfare le esigenze, di vita o di attività, che sono proprie della persona disabile – od interessi propri di "*pubbliche amministrazioni*".

Nella lettera dell'articolo c'è, poi, un'apertura, per così dire, generalizzata; si dice, infatti, che l'atto di destinazione può essere finalizzato, anche, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela di *"enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma"*. La suddetta formula, che chiude il secondo comma dell'articolo 1322 c.c., come abbiamo avuto modo di dire in altra parte del corso, è una formula di carattere generale che l'interprete è chiamato a chiarire nel suo significato. Vista la vaghezza della formula adottata, però, nonostante i vari tentativi interpretativi che sono stati fatti nel corso degli anni, ancora non è chiaro cosa il legislatore, effettivamente, intenda con la dicitura *"interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*. Pertanto, il riferimento, contenuto nell'ambito dell'articolo 2645 *ter* c.c., all'interesse di cui all'articolo 1322/2 c.c., accorda una possibilità di selezione all'interprete senza, però, dire cosa ammettere e cosa, viceversa, escludere. È evidente che il legislatore dando, nell'articolo 2645 *ter* c.c., una rilevanza all'interesse privato amplia le cose in maniera, sotto certi aspetti, preoccupante rendendo l'atto di destinazione estensibile a svariate ipotesi.

Nell'articolo 2645 *ter* si dice, anche, che gli atti di destinazione *"possono essere trascritti"*. L'utilizzo del termine *"possono"* potrebbe far pensare ad un'alternativa, ad una possibilità di scelta tra trascrizione o non trascrizione dell'atto. In realtà, al di là dell'utilizzazione del verbo potere, non esiste un'alternativa perché l'atto di destinazione non trascritto non raggiunge gli interessi specifici ad esso connessi.

Gli interessi connessi alla stipulazione (e trascrizione) dell'atto di destinazione sono quelli indicati nella parte finale dell'articolo 2645 *ter*: *"I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la*

*realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".*

A questo punto, occorre domandarsi quale sia il significato di questa ultima parte dell'articolo che stiamo analizzando e, quindi, quali sono gli effetti che scaturiscono dalla trascrizione dell'atto di destinazione. Esso finalizza, innanzitutto, lo svolgimento delle attività perché le attività che devono essere realizzate con riferimento all'utilizzazione dei beni sono soltanto quelle previste per il conseguimento della finalità di destinazione. Ciò implica un'ulteriore domanda: quando si parla di atto di destinazione significa che si valorizza un solo interesse da perseguire in riferimento al godimento di beni specifici, per cui, chi realizza quella specifica attività, ai fini della destinazione, è responsabile del risarcimento del danno? Potrebbe il beneficiario dell'atto di destinazione agire, nei confronti del titolare dei beni, perché non è stato conseguito l'interesse che costituiva la sostanza della destinazione? La risposta a questa domanda deve essere, evidentemente, positiva. Ciò perché, se si è costituito un atto per un certo fine e, successivamente, si è proceduto alla trascrizione dell'atto stesso, significa attribuire al beneficiario della destinazione la rilevanza giuridica di agire per la tutela del suo interesse. Pertanto, se il conferente non ha utilizzato, tecnicamente, i beni conferiti per il perseguimento di quel certo interesse, il beneficiario dell'atto di destinazione ha, certamente, la possibilità di agire per il risarcimento dei danni subiti.

Da quanto detto finora, emerge, con chiarezza, che l'articolo 2645 *ter* c.c. è, nella sostanza, un salto nel vuoto. Tale norma, infatti, rispetto all'atto di destinazione, esaurisce solamente il problema della trascrizione e non si preoccupa di risolvere le questioni relative alla

*Effetti dell'atto di destinazione*

sostanza dell'atto di destinazione. Altra questione riguarda l'eventuale mancanza della trascrizione. Evidentemente se, nell'ambito di questa ipotesi, manca la trascrizione viene meno la possibilità di realizzazione di quegli interessi specifici propri dei creditori.

## **2. Il *trust*.**

L'analisi del fenomeno destinatorio nel suo complesso comporta, come abbiamo detto, la valutazione di due diverse situazioni. Dopo aver posto l'attenzione sul contenuto dell'articolo 2645 *ter* c.c. passiamo, adesso, ad analizzare l'istituto del *trust*.

Esso è un istituto che proviene dalla tradizione giuridica anglosassone e che, nell'ordinamento italiano, non trova alcuna specifica disciplina. Si pone allora il problema di stabilire se la costituzione di un *trust* possa essere legittimamente posta in essere da un soggetto nell'ambito del sistema giuridico italiano, alla luce dei principi e degli istituti base di quest'ultimo. In realtà, esistono non pochi problemi in ordine all'ammissibilità del *trust* nell'ordinamento italiano così come nell'ordinamento di molti altri Stati europei.

Detto ciò, è bene ribadire che la legge italiana non prevede alcuna normativa specifica in materia di *trust*. A proposito della disciplina del *trust*, quindi, bisogna fare riferimento alla Convenzione internazionale dell'Aja del 1985 (sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento), ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge 364/1989<sup>1</sup> entrata in vigore il 1 gennaio del 1992.

*Convenzione  
dell'Aja del 1985*

---

<sup>1</sup> Legge 16 ottobre 1989, n. 364: "Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento adottata all'Aja il 1 luglio 1985".

Come emerge dalla lettura dell'articolo 1 della suddetta Convenzione, essa *“stabilisce la legge applicabile al trust e regola il suo riconoscimento”*. La Convenzione dell'Aja è utile per capire quali sono le caratteristiche di questo istituto, infatti, all'articolo 2, è previsto che per *“trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente –mediante atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni siano posti sotto il controllo del trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico”*.

Art. 2  
Convenzione Aja

Ciò a cui si assiste, quando viene costituito un *trust*, è un trasferimento di beni posto in essere da un soggetto ad un altro (c.d. *trustee*), nell'interesse di un soggetto ulteriore (c.d. beneficiario), nella cui sfera si riverseranno i vantaggi e i frutti derivanti dai beni. Come si vedrà di seguito, beneficiario del *trust* può essere anche il conferente stesso che, dunque, costituisce un *trust* su certi beni a vantaggio di se stesso.

L'articolo 2 fornisce poi, ulteriori, indicazioni circa le caratteristiche del *trust*: innanzitutto, viene previsto che *“i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee”*. Pertanto, i beni vengono intestati a quest'ultimo e sottoposti alla sua gestione, amministrazione e controllo ma non vanno a far parte del suo patrimonio: in sostanza, il *trustee* è una sorta di mero intestatario dei beni oggetto del *trust*.

Separazione  
patrimoniale

Viene, poi, previsto che i beni del *trust* sono intestati, come sopra si accennava, al *trustee* o ad un'altra persona da quest'ultimo indicata e che il *trustee* è *“investito del potere e onerato dall'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del trust e le norme particolari imposte dalla legge”*

I poteri del trustee

L'articolo 2 si chiude con la seguente previsione: *“Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda*

*alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del trust".*

Riepilogando, il proprietario dei beni, per effetto della costituzione del *trust*, perde la proprietà di essi e il *trustee* ne diventa l'intestatario ma non il proprietario. Tuttavia, quest'ultimo non ha solo il potere di amministrare i beni ma anche di disporre di essi e, quindi, di realizzare atti di trasferimento, sempre che essi siano finalizzati a creare un vantaggio al beneficiario o a realizzare lo scopo del *trust*. Ne consegue che il *trustee* è qualcosa di più di un semplice amministratore dei beni del *trust*. Infine, vi è il soggetto beneficiario che non ha alcuna relazione con i beni ma è semplicemente colui che gode dei vantaggi e dei frutti che da essi derivano.

E', evidentemente, una situazione molto complessa che si carica di ulteriori problematiche se si considera la posizione dei creditori dei vari soggetti, soprattutto i creditori del *trustee* che in nessun modo potranno aggredire i beni oggetto del *trust*, i quali appunto costituiscono una massa separata rispetto al patrimonio di quest'ultimo. Pertanto, alla luce del nostro sistema, questo istituto dà luogo a non poche perplessità: ciò non deve certo sorprendere considerando che il *trust* ha origine in un sistema di tutela con caratteristiche peculiari sviluppatosi nei sistemi di *common law*.

Uno degli aspetti che crea maggiore difficoltà nello studio del *trust* deriva dal fatto che quest'ultimo dà luogo ad una serie di situazioni che è difficile conciliare con le caratteristiche e le conseguenze proprie del diritto di proprietà così come inteso nell'ambito del nostro sistema giuridico. A seguito dell'istituzione del *trust* si assiste, infatti, ad una sorta di frammentazione della situazione che propriamente consegue alla titolarità del diritto di proprietà: in particolare, il *trustee* è investito di una serie di poteri e facoltà che

sono profondamente diverse da quelli che conseguono al diritto di proprietà.

In merito al rapporto tra atto di destinazione e *trust*, non vi è dubbio che esistano alcune similitudini, ma essi non possono certo essere identificati: nell'atto di destinazione, infatti, non si ha una vera e propria figura di amministratore dei beni destinati né si assiste a quella frammentazione del diritto di proprietà e assoluta distinzione di patrimoni a cui si assiste, invece, quando si costituisce un *trust*.

Per quanto concerne la legge applicabile al *trust*, la Convenzione fornisce i criteri per determinare quale sia la disciplina applicabile ad un determinato *trust*. Da ciò consegue che la Convenzione, tramite la legge di ratifica, non implica alcun obbligo per lo Stato firmatario di introdurre nel proprio ordinamento l'istituto del *trust*. In sostanza, lo Stato italiano, ratificando la Convenzione, si è impegnato ad ammettere che possano sussistere *trust* disciplinati dalla legge di uno Stato diverso, ma non si è impegnato ad introdurre nell'ordinamento italiano l'istituto del *trust* e una relativa normativa di esso. In altri termini, nell'ambito del nostro ordinamento è ammessa la riconoscibilità del cosiddetto *trust* interno, ossia di un *trust* posto in essere da soggetti italiani, avente ad oggetto beni siti in Italia ma che, per quanto concerne la legge applicabile, risulta disciplinato dalla legge di un Stato straniero che disciplina direttamente l'istituto.

*Legge applicabile*

Bisogna, a questo punto, sottolineare qualcosa di carattere ulteriore. È necessario, infatti, fare riferimento al contenuto dell'articolo 6 - *"Istituzione di trust, vincoli di destinazione e fondi*

*Articolo 6 della  
legge n. 112/2016*

*speciali composti da beni sottoposti a vincolo di destinazione*” – della Legge n. 112 del 22 giugno 2016<sup>2</sup>, con il quale si ha una sorta di riconoscimento specifico, a livello normativo, del *trust*. Si tratta di una normativa di carattere particolare, perciò, non si ha un riconoscimento generale ed ampio della figura del *trust*, ma tale riconoscimento è riferito al caso specifico ricondotto all’interno del dato normativo in questione che è, appunto, relativo alla tutela di persone con disabilità.

Nasce, però, un problema. Leggendo, infatti, il Sole24Ore di lunedì 27 novembre 2017 si riscontra qualcosa di particolare. Vi è, in particolare, un articolo che si occupa del *trust*, nel quale si ha un riconoscimento del *trust*, in senso generale, a seguito della suddetta normativa del 2016, nei casi specifici in essa indicati.

In realtà, nella normativa del 2016 il problema non risulta affrontato perché una possibilità potrebbe rimanere dopo tale valutazione e cioè ricondurre il caso previsto nell’ambito del meccanismo normativo suddetto all’interno dell’ipotesi generale prevista dalla legge di ratifica del 1989. In altre parole, si potrebbe considerare il *trust* ammissibile purché si mantenga in vigore quanto previsto dalla legge del 1989, ossia che la parte che istituisce il *trust* indichi anche la legge dello Stato straniero applicabile. Naturalmente, ci troviamo di fronte ad un problema interpretativo: la legge del 2016 non si pone il problema specifico del riconoscimento e, quindi, ci sono diverse possibilità di lettura. Si può ritenere che con tale normativa si apra la porta al pieno ingresso del *trust* anche nell’ambito del nostro ordinamento. Al contrario, si può anche ritenere, forse in maniera più esauriente e completa, che la normativa in questione riconosce il

---

<sup>2</sup> La legge n. 112 del 22 giugno del 2016 contiene “*Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*”.

*trust*, senza, però, far venir meno quanto previsto dalla legge del 1989, nel senso che è sempre necessario il riferimento alla legge straniera applicabile.

Al di là delle possibili interpretazioni sopra prospettate, non si può negare che l'apertura del 2016, seppur circoscritta, costituisce il riflesso della tendenziale – ed attuale – valutazione positiva dell'ordinamento italiano nei confronti della logica del *trust*.

Rispetto al contenuto della Convenzione dell'Aja e della relativa legge di ratifica del 1989, non avendo, in questa sede, il tempo per potersi soffermare sulle singole disposizioni in esse contenute, ci limitiamo a richiamare due articoli: articolo 18 e articolo 19.

L'articolo 18 della Convenzione così recita: «*Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestatamente incompatibile con l'ordine pubblico*». Tale norma contiene uno specifico riferimento all'ordine pubblico, argomento del quale ci siamo occupati nella parte del corso dedicata ai principi e che risulta determinante anche in riferimento al problema del riconoscimento del *trust*.

L'articolo 19 della Convenzione, invece, stabilisce che la stessa “*non pregiudica la competenza degli Stati in materia fiscale*”.

La valutazione di questi meccanismi di carattere giuridico (atto di destinazione e *trust*) non deve far dimenticare un'ulteriore situazione che noi abbiamo già avuto modo di richiamare. Stiamo parlando, chiaramente, del meccanismo di carattere fiduciario. Anche la fiducia costituisce un meccanismo in cui si esalta, sotto certi aspetti, il fenomeno della destinazione. Nello schema tipico della fiducia si può, infatti, avere anche il cosiddetto contratto di affidamento fiduciario con il quale si intesta un bene nelle mani di un certo soggetto con dei

*Articoli 18 e 19  
Convenzione Aja*

*Contratto di  
affidamento  
fiduciario*

limiti specifici di necessità di porre in essere particolari attività nei confronti di categorie di soggetti terzi con specifiche esigenze di tutela. Ciò significa che, in questi casi, colui al quale viene intestato il bene deve utilizzarlo non per il soddisfacimento dei suoi interessi, ma per soddisfare le esigenze di tutela della persona beneficiaria.

Altra ipotesi da richiamare è quella dei fondi comuni di investimento. Essi sono inseriti nella disciplina prevista dal Decreto Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (cd. T.U.F. - “*Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziari*”), agli articoli 36 e 37.

*Fondi comuni  
d'investimento*

L'argomento dei fondi comuni di investimento meriterebbe una trattazione più ampia rispetto a quella che verrà, di seguito, proposta. In questa sede, infatti, ci limiteremo a proporre delle osservazioni di carattere generale sui fondi comuni di investimento senza, però, analizzare la molteplicità di profili ed aspetti che caratterizzano tale figura. Ci limitiamo, quindi, a sottolineare che l'articolo 36 del T.U.F., al primo comma, stabilisce che il fondo comune di investimento «è gestito dalla società di gestione del risparmio che lo ha istituito o dalla società di gestione subentrata nella gestione, in conformità alla legge e al regolamento». Al quarto comma del medesimo articolo si aggiunge: «*Ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse*

*soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti».* Pertanto, il fondo comune di investimento rileva giuridicamente sulla base del riferimento alla destinazione e costituisce, quindi, un patrimonio autonomo, nel senso che è differenziato rispetto al patrimonio dei soggetti partecipanti al fondo ed al patrimonio della società di gestione. I fondi comuni di investimento rappresentano, nella sostanza, una modalità specifica di destinazione che deriva dall'investimento realizzato dai soggetti partecipanti, con la conseguenza che, come abbiamo detto sopra, il patrimonio autonomo del fondo costituisce un'entità a sé stante. L'utilizzazione di tale massa patrimoniale è finalizzata ad interventi nel settore della gestione del risparmio. La materia dei fondi comuni di investimento, per quel che ci interessa in questa sede, rientra nell'ambito del fenomeno della destinazione: la massa patrimoniale, non rileva tanto come strumento per acquistare un bene, ma rileva in termini di destinazione, essendo la stessa finalizzata allo svolgimento di attività di investimento.

#### **4. Destinazione, servitù e condominio: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 16689 del 2017.**

Iniziamo la trattazione dei profili giurisprudenziali relativi al fenomeno della destinazione con l'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, n. 16698, del 6 luglio 2017.

*Cass. n. 16698/2017*

Tale pronuncia riguarda una vicenda relativa ad una banalissima lite condominiale, però, come vedremo, la questione giuridica che emerge alla fine ha una certa rilevanza. La lite, in particolare,

intercorre fra la società proprietaria di un fondo e i proprietari dell'immobile confinante. Tutti questi soggetti sono aventi causa da un ulteriore soggetto che, in origine, era proprietario dell'intero complesso immobiliare e che poi ha, successivamente, venduto una parte dell'immobile ad una società che poi lo ha rivenduto a quella che adesso è in causa, mentre, l'altra parte del complesso immobiliare l'ha trattenuta per sé e, quindi, adesso i suoi eredi ne sono proprietari. Nella sostanza, l'intero complesso immobiliare, in passato, era unificato; attualmente, invece, risulta diviso tra una società che vi svolge attività di carattere imprenditoriale e gli eredi che abitano nell'immobile confinante.

La lite in questione riguarda, nello specifico, un'area condominiale che si colloca fra le due parti del complesso immobiliare diviso e che è di proprietà degli eredi. Su quest'area, però, la società rivendica una servitù di passo e di parcheggio. Gli eredi condomini si oppongono strenuamente a tale richiesta, ribadiscono di non voler consentire il passaggio a soggetti terzi e pongono in essere tutta una serie di attività fattuali per impedire il passaggio e per disturbarlo.

Ad un certo punto, la società – per la quale è, evidentemente, importante avere l'accesso all'area – reagisce aprendo la vertenza a livello giudiziario. Essa, in particolare, formula una domanda con cui si chiede l'accertamento dell'esistenza del diritto di servitù di passo – pedonale e carraio – e della servitù di parcheggio; chiede, quindi, che i condomini vengano condannati a lasciare aperti i cancelli e ad astenersi da ogni attività di molestia e disturbo all'esercizio delle suddette servitù. Inoltre, con l'occasione, la società chiede anche che i condomini siano obbligati a rimuovere una scala che avevano costruito in appoggio ad un muro condominiale comune ad entrambe le parti.

I convenuti replicano facendo riferimento all'atto di vendita con cui il soggetto, che in passato era proprietario dell'intero stabile, aveva ceduto una quota dell'immobile alla prima società che, a sua volta, l'ha ceduta alla società attrice. Secondo i condomini convenuti, nell'atto di vendita in questione era prevista solo una servitù di passo pedonale, mentre gli ulteriori diritti (servitù di passo carrabile e servitù di parcheggio) non erano servitù, ma diritti conferiti a titolo personale a quell'acquirente. Per questa ragione, tali diritti personali non erano passati al sub-acquirente (società attuale proprietaria). Nella sostanza, secondo i convenuti, la società sarebbe titolare solo della servitù di passo pedonale, per esercitare la quale è sufficiente garantire, con la consegna di una chiave, il passaggio a piedi. Per quanto riguarda la scala, i condomini ammettono di aver addossato una scala ad un muro condominiale, ma ritengono di non aver commesso alcuna infrazione perché tale scala non è una novità assoluta, ma è la ricostruzione di una scala analoga che preesisteva, nel medesimo punto, ai tempi dell'unico proprietario. In virtù di ciò, la possibilità di appoggiare la scala fra le due parti del fondo sarebbe, quindi, oggetto di una servitù per destinazione del padre di famiglia (ex articolo 1062 c.c.). La destinazione del padre di famiglia è un istituto codicistico che rientra, da tempi immemorabili, nell'ambito del concetto ampio di fenomeno destinatorio. In particolare, esso si sostanzia nel meccanismo, secondo il quale, quando un fondo viene diviso fra più proprietari, se preesistevano rapporti di destinazione fra parti diverse del fondo (giuridicamente irrilevanti finché il fondo è unitario), nel rapporto fra i due nuovi proprietari, diventa un modo di costituzione di servitù. Si tratta, quindi, di un ulteriore meccanismo di destinazione che si aggiunge a quelli da noi precedentemente esaminati.

Il Tribunale di Venezia – sezione distaccata di Dolo accoglie tutte le domande della società: accerta l'esistenza delle servitù; condanna i condomini a lasciare lo spazio aperto per il passaggio; obbliga i convenuti a togliere la scala.

La Corte d'appello di Venezia, invece, fa una scelta differente. La decisione di secondo grado, infatti, riforma parzialmente la decisione di primo grado. Da una parte, conferma la decisione di primo grado nella parte in cui condanna i condomini a togliere la scala. Secondo i giudici d'appello, la scala nuova non sarebbe riconducibile all'oggetto della servitù per destinazione del padre di famiglia, in quanto è diversa, per conformazione, da quella che c'era in precedenza. Il manufatto nuovo e fattualmente differente, quindi, non rientra nell'oggetto del diritto che sta alla base del meccanismo della destinazione del padre di famiglia. Dall'altra parte, per quanto riguarda la questione relativa alla servitù di passaggio e di parcheggio, il giudice d'appello assume una posizione diversa rispetto alla decisione del tribunale. Essa, in particolare, richiama un diffuso orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, il parcheggio non può essere, in senso astratto, considerato oggetto di servitù perché manca, in questa fattispecie, il requisito della realtà. La servitù deve essere un diritto reale, quindi, deve essere inerente al fondo (secondo la definizione istituzionale, la cosiddetta utilità del fondo dominante a carico del fondo servente); al contrario, questa realtà, questa inerenza, secondo molte sentenze della Corte di Cassazione del passato e secondo questa decisione della Corte d'appello di Venezia, non si riscontra nel diritto di parcheggiare che è, nella sostanza, un diritto a favore di una persona.

Entrambe le parti presentano ricorso per Cassazione. Vediamo, quindi, come la Corte valuta questo doppio ricorso. Da un lato, essa

rigetta il ricorso dei condomini inizialmente convenuti, soccombenti in primo grado e parzialmente vincitori in appello, per quanto riguarda la questione della scala. In merito a ciò, la Corte dice semplicemente che il problema della difformità tra vecchia e nuova scala è questione di fatto che non può essere riesaminata dal giudice di legittimità. Si conferma, quindi, la decisione di merito, secondo cui la scala deve essere tolta.

La Cassazione, invece, accoglie il ricorso della società. Rispetto a tale aspetto, la Corte ritiene di dover prendere le distanze da tutti i suoi precedenti – richiamati dalla Corte d'appello di Venezia – che avevano sempre negato che il parcheggio potesse essere oggetto di servitù. Tale eventualità, secondo la Cassazione, non può essere esclusa a priori. Le servitù volontarie, infatti, sono tipiche nella struttura, ma non nel contenuto: non esiste un elenco tipico di servitù, ma è tipizzata solo la struttura che implica, appunto, un'utilità riferita al fondo dominante, rispetto al fondo servente. Il fondo dominante, però, deve essere considerato nella sua concreta destinazione, perciò, per comprendere in che senso vi sia un'utilità – ricavata dal fondo servente e riferibile a quello dominante – occorre considerare la destinazione del fondo dominante. Pertanto, se il fondo dominante ha (come nel caso di specie) una destinazione abitativa – o commerciale – la possibilità di parcheggiare sul fondo servente aumenta anche le potenzialità di utilizzo del fondo dominante. È così possibile riscontrare, anche nel parcheggio, quella inerenza al fondo che è tipica della struttura della servitù. Ammettere l'eventuale sussistenza della servitù di parcheggio ha come ulteriore conseguenza che chiunque, in futuro, diventa titolare del fondo dominante trarrà un vantaggio dalla servitù di parcheggio che diventa riferibile al fondo e non alla persona. La Cassazione, dopo aver preso le distanze

dall'orientamento precedente ed aver ammesso la possibilità di individuare la sussistenza di una servitù di parcheggio, purché connessa alla concreta destinazione del fondo, aggiunge anche che è necessario verificare che questo tipo di diritto non annulli ogni potere di godimento del titolare del fondo servente perché, in tal caso, non saremmo di fronte allo schema tipico della servitù, ma ci troveremo dinanzi ad un'ipotesi di cessione d'uso o della proprietà.

La sentenza impugnata, sotto il suddetto profilo, viene cassata e rinviata di nuovo alla Corte d'appello di Venezia che dovrà riesaminare la questione alla luce del principio di diritto enunciato.

## **5. La personalità giuridica del *trust*: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 2043 del 2017.**

Nei prossimi due paragrafi verranno analizzate due pronunce in materia di *trust*. La prima sentenza che proponiamo è quella della Corte di Cassazione, n. 2043, del 27 gennaio 2017. Si tratta di un'importante decisione che si occupa delle questioni relative alla soggettività giuridica del *trust* e che, in parte, ci consente di richiamare il problema della soggettività del fondo comune di investimento che, come vedremo, è stato oggetto di una pronuncia della Cassazione del 2010.

*Cass. n. 2043/2017*

La fattispecie concreta è la seguente. Un soggetto mutuatario – debitore – ha concesso in garanzia ipotecaria alla banca mutuante – creditore – alcuni beni immobili. Dopo l'iscrizione dell'ipoteca, il mutuatario conferisce quegli stessi beni immobili in un *trust* autodichiarato<sup>3</sup>. L'atto di costituzione del *trust* e di conferimento dei

---

<sup>3</sup> Si ha *trust* autodichiarato quando il medesimo soggetto e sia *settlor* (disponente), sia *trustee* (fiduciario), con la conseguenza che il bene non passa ad un soggetto diverso, ma rimane di proprietà

beni viene, quindi, trascritto. Qui si pone il punto delicato dell'intera vicenda perché, fra i vari principi che operano in materia di trascrizione, vi è anche il cosiddetto principio della continuità, nel senso che ogni trascrizione deve inserirsi in una catena procedimentale, in modo tale che ogni atto trascritto si ponga a favore di qualcuno e contro qualcun altro. Nel caso specifico, il *trust* viene trascritto contro il soggetto disponente (debitore-mutuatario) e a favore del *trust* stesso che, quindi, viene inteso come un vero e proprio soggetto di diritto. Questa operazione viene fatta seguendo una prassi dei notai e delle conservatorie dei registri immobiliari.

Successivamente, il debitore risulta inadempiente e, quindi, la banca creditrice attiva la garanzia ipotecaria e aggredisce quegli immobili con un pignoramento. La garanzia ipotecaria è precedente al *trust*, per cui non c'è un problema di opponibilità. In realtà, il problema, in questo caso, nasce con l'effettuazione del pignoramento perché anche quest'ultimo, essendo relativo a beni immobili, deve essere trascritto. Pertanto, nel caso in esame, siccome quei beni risultano oggetto del *trust*, la banca pignorante procede a trascrivere il suo pignoramento contro il *trust* medesimo. Il giudice dell'esecuzione, però, rileva che questo pignoramento è trascritto contro un soggetto giuridicamente inesistente (*trust*), con la conseguenza che lo stesso è invalido e la procedura è improseguibile.

La banca creditrice si oppone, l'opposizione viene rigettata e si arriva al ricorso per Cassazione. In sede di ricorso, la banca fa valere due profili essenziali. Un primo profilo, a metà strada fra il processuale e il sostanziale, in base al quale si ritiene che il giudice dell'esecuzione non avesse il potere di rilevare d'ufficio la circostanza

---

del disponente, anche se inseriti in un patrimonio separato e segregato, destinato al soddisfacimento di specifiche finalità.

in esame. Tale motivo viene rigettato perché si ritiene che il giudice dell'esecuzione, qualora vi siano i presupposti, abbia il potere e il dovere di rilevare anche d'ufficio queste circostanze, in quanto esso si deve muovere non solo nel campo delle eccezioni sollevate, ma deve considerare anche la posizione dei terzi aggiudicatari.

Dopo aver sostenuto la rilevanza d'ufficio delle suddette circostanze, la Cassazione si sposta sul profilo di merito, ossia stabilire se il *trust* possa o meno essere considerato un soggetto di diritto. La motivazione della sentenza, in questo caso, è molto netta nel ribadire l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il *trust* non è soggetto di diritto.

Innanzitutto, il *trust* non è un ente con personalità giuridica. Viene anche escluso che esso possa essere considerato come un ulteriore tipo di soggetto. Come è noto, infatti, i soggetti di diritto non sono solo le persone fisiche e giuridiche, ma esistono anche soggetti di altro tipo (le associazioni non riconosciute, i partiti politici, le società di persone). A tal proposito, la Cassazione sembra dire che fra questi soggetti ulteriori si possa inserire anche il fondo comune di investimento. Come abbiamo detto all'inizio del paragrafo, nel 2010, con un'importante pronuncia, la Cassazione ha analizzato nel dettaglio la questione della personalità dei patrimoni destinati e ha sostenuto che, in virtù di una serie di argomentazioni funzionali e strutturali, il fondo comune di investimento non può essere considerato soggetto di diritto.<sup>4</sup> Al contrario, in questa pronuncia del 2017, dopo anche una decisione del Tribunale di Milano che ha contestato l'orientamento del 2010, la Cassazione coglie l'occasione per sostenere che vi siano, anche in ragione di recenti interventi

---

<sup>4</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte di Cassazione, n. 16605, del 15 luglio 2010.

normativi, i presupposti positivi per sostenere che la soggettività dei fondi comuni di investimento può sussistere.

Tutto ciò non vale, però, per il *trust* perché, rispetto ad esso, non abbiamo nessun elemento normativo (né a livello italiano, né a livello straniero) che possa consentire una sua qualificazione come soggetto di diritto. Pertanto, secondo la Cassazione, il *trust* è solo un insieme di beni e di rapporti e non un soggetto.

In ragione di tale impostazione, il pignoramento, nel caso in esame, non poteva essere trascritto contro il *trust*, ma doveva essere trascritto contro il *trustee*, eventualmente sottolineando che quei fanno parte non del suo patrimonio, ma della massa segregata e separata relativa al *trust*. Si nega, anche, che, per quanto riguarda il *trust*, si possa parlare di una soggettività riconosciuta ai soli fini della trascrizione che è, sostanzialmente, la soluzione pratica adottata dai notai. Il ricorso viene, quindi, rigettato ed il pignoramento rimane privo di effetti.

## **6. Un'ipotesi di nullità del *trust*: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 12718 del 2017.**

L'ultima sentenza in materia di *trust* è quella della Corte di Cassazione del 19 maggio 2017, n. 12718.

*Cass. n. 12718/2017*

La vicenda si svolge in Piemonte e riguarda una società che viene posta in liquidazione. Il giorno stesso della liquidazione, le quote dei due soci di maggioranza (detentori del 75% della compagine sociale) vengono conferite in un *trust* autodichiarato di cui, quindi, i due soggetti sono disponenti, ma anche *trustee*, per di più, nel caso specifico, i soci risultano anche beneficiari del *trust* medesimo. Nella sostanza, il bene rimane nella loro proprietà – purché soggetto alla

segregazione patrimoniale tipica del *trust* – come intestatari e come beneficiari, in quanto, leggendo l’atto istitutivo del *trust*, questi beni devono essere destinati al soddisfacimento dei «*propri bisogni ed esigenze ed assicurati al mantenimento dell’attuale tenore e qualità di vita, l’assistenza, la cura personale e medica, sicché in nessun caso potranno soggiornare in istituti di assistenza comunque denominati*».

La società viene, quindi, posta in liquidazione con un altro strumento che è il cosiddetto *trust* liquidatorio<sup>5</sup> che ha ad oggetto il poco che è rimasto nella società dopo l’operazione posta in essere dai due soci di maggioranza. Questa (poca) parte rimanente della compagine sociale viene conferita in questo diverso *trust* di carattere liquidatorio. Tale *trust* effettua le operazioni liquidatorie a favore della massa dei creditori sociali e, a seguito di tali operazioni, la società viene dichiarata estinta e cancellata.

Come è evidente, i creditori sociali non sono pienamente soddisfatti dalle operazioni liquidatorie perché sono beneficiari del *trust* liquidatorio, in cui è stato conferito un patrimonio molto esiguo. I creditori, quindi, vengono liquidati con poco e gli è impedito di attaccare il grosso della compagine sociale (75%) che, come abbiamo detto, è stato conferito nell’altro *trust* finalizzato al soddisfacimento dei bisogni personali dei due soci di maggioranza.

In conseguenza di ciò, insorge un conflitto, in quanto, in particolare, una creditrice (ex dipendente che aveva diritti all’indennità di mancato preavviso) attiva il suo credito e agisce – non contro la società ormai estinta e cancellata, ma– contro i due ex soci di

---

<sup>5</sup> Il *trust* liquidatorio è un istituto interessante, in cui, in estrema sintesi, la società è il disponente e i beneficiari sono i creditori sociali. È, quindi, una procedura alternativa alla liquidazione di carattere concorsuale e fallimentare che, di per sé, risulta ammissibile, a meno che non ci siano dei casi particolari dai quali risulta che il meccanismo utilizzato ha il solo scopo di eludere o contrastare le norme imperative in materia fallimentare. Sull’ammissibilità o meno del *trust* si è ampiamente pronunciata la Cassazione con una sentenza del 2014.

maggioranza. Esiste, infatti, una norma (articolo 2495 c.c.), in base alla quale, in caso di estinzione della società, si ha un fenomeno di carattere successorio, nel senso che gli ex soci subentrano nei rapporti – attivi o passivi – dell'ente estinto, nei limiti di quanto hanno ricevuto per effetto della liquidazione. La creditrice, quindi, sostiene che, siccome i soci dopo la liquidazione sono tuttora titolari della gran parte del valore di ciò che era la società, è legittimata ad agire nei loro confronti, in base alla norma di cui all'articolo 2495 codice civile.

L'azione viene contrastata dai soci, i quali eccepiscono l'esistenza del *trust*. In particolare, essi sostengono che all'atto della liquidazione non erano più soci perché avevano conferito le loro quote al *trust*. Eccepiscono, quindi, il difetto di legittimazione passiva.

Il Tribunale di Alessandria accoglie l'azione della creditrice e ritiene, quindi, non fondato il difetto di legittimazione passiva dei soci che vengono condannati al pagamento del credito. Nello stesso senso si esprime la Corte d'appello di Torino che modifica solo il *quantum* del credito.

I due ex soci ricorrono per Cassazione. In sede di ricorso, essi continuano a ribadire che non erano più soci all'atto della liquidazione, visto che le loro quote erano state conferite all'interno del *trust*.

La Corte di Cassazione conferma la decisione dei giudici di merito e, quindi, la condanna dei soci al pagamento del debito. Vediamo, quindi, le argomentazioni della Cassazione.

Innanzitutto, la Corte di Cassazione, sul piano processuale chiarisce che la creditrice ha agito in modo corretto quando ha intentato l'azione contro i due soci personalmente. A tal proposito, vengono richiamati gli argomenti che abbiamo approfondito nel precedente

paragrafo, in quanto il *trust* non è un soggetto. Pertanto, non essendo possibile parlare di soggettività del *trust*, l'azione si intenta contro la persona fisica.

Risolto il problema di carattere processuale e procedimentale, la Cassazione si sposta sul merito della questione, soffermandosi sull'aggregabilità o meno dei beni oggetto del *trust*. Sul punto, i giudici di merito avevano parlato, in maniera un po' generica, di inefficacia del *trust* in questione. La Cassazione ritiene, invece, di dover precisare cosa si intenda giuridicamente, in merito a tale questione.

Secondo la Corte di Cassazione, tale *trust* deve essere considerato nullo per abuso dello strumento contrattuale. Ci riferiamo, quindi, ad una tipica operazione di abuso del diritto. Secondo i giudici di legittimità, infatti, l'intera vicenda mira, evidentemente, a realizzare una frode all'articolo 2740 c.c. – ovvero alla norma che disciplina la cosiddetta responsabilità patrimoniale – e fa sì che un soggetto rimanga, in sostanza, pieno proprietario, ma sottraendo i beni all'aggressione da parte dei creditori. In tale ipotesi, infatti, quella frammentazione della proprietà che è l'emblema del *trust*, in questo caso, non si verifica perché disponente, *trustee* e beneficiario coincidono nella medesima persona che, di fatto, rimane piena proprietaria dei beni vincolati.

Come abbiamo già detto, quindi, si rientra nella tipica situazione di abuso del diritto: lo strumento del *trust* è, di per sé, ammissibile, ma ci sono delle ipotesi specifiche in cui si pongono problemi di ammissibilità. Nel caso di specie, infatti, abbiamo una triplice coincidenza (disponente, *trustee* e beneficiario sono la stessa persona), il che, nonostante l'ammissibilità del *trust* autodichiarato, rende evidente l'abuso. In altri termini, non si è realizzato un vero *trust*, ma si

pretende di sottrarsi ad una responsabilità patrimoniale in maniera, appunto, abusiva.

Questa è l'argomentazione fondamentale della Cassazione. pertanto, se il *trust* è radicalmente nullo, tutta la vicenda dello spostamento patrimoniale non ha, giuridicamente, mai avuto luogo. I beni ed il valore nominale del 75% della società vanno, quindi, considerati rimasti in capo ai due ex soci, con la conseguente applicazione dell'articolo 2495 c.c. perché si tratta di un'ipotesi in cui, *post* liquidazione, i soci risultano ancora titolari quote di patrimonio e devono, per questo, far fronte ai debiti della società non ancora adempiuti.