

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto
Curriculum in Diritto Comparato
XXVIII ciclo**



Tesi di dottorato di ricerca

I NUOVI DIRITTI DI PROPRIETÀ: UN'ANALISI COMPARATA

Settore scientifico disciplinare: IUS/02

Dottoranda Giulia Terranova
Matricola n. R10160

Tutor: Chiar.mo Prof. Carlo Marchetti

Coordinatore del Dottorato: Chiar.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

Anno Accademico 2014/2015

Indice

Introduzione	5
Capitolo I	8
La proprietà negli ordinamenti di <i>common law</i> e di <i>civil law</i>: due impostazioni a confronto	8
1. La <i>law of property</i> nel sistema di <i>common law</i> inglese	8
1.1 Le origini della <i>law of property</i> in Inghilterra	9
1.2 Il declino del sistema originario e l'intervento della Corte di Equity	15
1.3 Cenni sul sistema moderno inglese e americano	18
1.4 L'origine del <i>trust</i> e dell' <i>investment trust</i>	20
2. La proprietà nei sistemi di <i>civil law</i>	25
Capitolo II	31
La proprietà nell'ordinamento italiano: l'affermazione di nuove forme proprietarie. Un avvicinamento ai sistemi giuridici anglo-americani?	31
1. Il <i>numerus clausus</i> e la tipicità dei diritti reali	31
1.1 Le giustificazioni portate a sostegno della tipicità del diritto di proprietà	34
2. Il superamento delle tesi tradizionale: ipotesi percorribile?	38
2.1 L'art. 2740 c.c. quale preclusione all'attribuzione di effetti reali a situazioni dominicali atipiche e la tassatività degli atti trascrivibili	47
3. L'emersione di nuove modalità di appartenenza nella prassi contrattuale	51
4. L'agevole diffusione del <i>trust</i> in Inghilterra; cenni	55
5. La diffusione del <i>trust</i> in Italia	57
6. Il riconoscimento del <i>trust</i> : la convenzione dell'Aja	60

7. Un'applicazione concreta: gli <i>escrow agreements</i>	69
8. I nuovi diritti di proprietà riconosciuti a livello legislativo	73
9. L'elasticità della proprietà in materia di espropriazioni	74
10. Il contratto di affidamento fiduciario nella legge numero 3 del 2012	78
11. I patrimoni destinati a uno specifico affare	82
12. La cartolarizzazione dei crediti	85
13. Considerazioni conclusive	87

Capitolo III

La proprietà nella gestione collettiva del risparmio

1. La gestione collettiva del risparmio. I fondi comuni di investimento	90
1.1 L'autonomia patrimoniale del fondo comune di investimento e i dubbi sulla sua natura giuridica	95
2. Cassazione civile, sentenza numero 16605 del 2010	100
3. I nuovi assetti proprietari nella gestione collettiva del risparmio	103
4. L'opponibilità del nuovo diritto proprietario: la trascrizione dei beni conferiti nel fondo	106
4.1 Il problema della validità ai sensi dell'art. 2665 c.c.	106
4.2 L'individuazione del "soggetto" a favore del quale effettuare la trascrizione	109
5. Considerazioni conclusive	113

Capitolo IV

Il problema dei meccanismi pubblicitari dei nuovi diritti di proprietà

1. Verso un superamento del principio di tassatività della trascrizione	115
2. La trascrivibilità di tutti gli atti aventi ad oggetto nuovi diritti proprietari e controllo solo successivo di meritevolezza, <i>ex art. 1322 c.c.</i>	120

Conclusioni **126**

Bibliografia **130**

Introduzione

Oggetto del presente lavoro è lo studio, in un'ottica comparata, dell'evoluzione del diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico italiano e l'analisi, in particolare, di come tale fenomeno sia stato influenzato dalla concezione delle forme di appartenenza sottese agli ordinamenti di *common law*.

Protagonisti della predetta evoluzione sono i “*nuovi diritti di proprietà*”, espressione con cui si allude a quei diritti che hanno ad oggetto delle posizioni proprietarie caratterizzate in modo differente rispetto a quelle assolute ed esclusive proprie del diritto di proprietà come inteso tradizionalmente nei sistemi di *civil law*, ma che si stanno sempre più diffondendo anche in questi ultimi ordinamenti.

La struttura del lavoro si compone di un primo capitolo in cui si dà un inquadramento delle caratteristiche fondamentali dell'istituto del diritto di proprietà negli ordinamenti di *common law* (in particolare, quello inglese e quello statunitense) e, di seguito, nei sistemi di *civil law*, con riferimento specifico a quello italiano.

Sin da subito si metterà in luce che la proprietà nei due sistemi giuridici si fonda su concezioni dell'appartenenza estremamente distanti l'una dall'altra, come emerge già dall'analisi delle rispettive evoluzioni storiche del diritto di proprietà.

Nei sistemi di *common law*, infatti, la concezione dell'appartenenza deriva da quella che era propria dell'epoca medievale, durante la quale era normale che vi fosse una distribuzione, più o meno complessa, delle prerogative proprietarie tra un gran numero di soggetti, tra i quali, prima di tutti, il sovrano. La mancanza nella storia dei sistemi di *common law* di una cesura netta con quell'epoca, di una cesura, cioè, paragonabile alla rivoluzione francese e alle codificazioni continentali moderne che ne sono seguite, ha permesso ai *common lawyers* di rimanere legati a un concetto di proprietà compatibile con la coesistenza di più soggetti che esercitino contemporaneamente delle prerogative proprietarie sulla cosa, tanto da arrivare ad intendere la proprietà quale relazione tra più individui su una cosa più che come rapporto esclusivo tra un solo proprietario e il bene.

Evoluzione del tutto diversa emerge dall'analisi dei sistemi di *civil law*, influenzati dal concetto di proprietà racchiuso all'interno del *Code civil* napoleonico, inteso quale potere assoluto dell'individuo su una cosa e incompatibile con un'idea di dominio suddiviso tra più soggetti.

Anzi, il *Code civil*, che recepisce le idee e i valori elaborati dalla rivoluzione francese, voleva chiaramente distanziarsi dall'epoca medievale precedente e, in particolare, dai vincoli feudali impressi sulla proprietà, per proclamare nel modo più completo la libertà dell'individuo, di cui la piena proprietà ne era considerata un diretto sviluppo.

Dalla concezione proprietaria così come elaborata dal *Code civil* è derivata anche quella propria del sistema italiano, nel quale per lungo tempo i principi di *numerus clausus* dei diritti reali e di tipicità della proprietà hanno rappresentato un dogma inconfutabile.

Al principio del secondo capitolo, dunque, si analizzeranno le motivazioni che tradizionalmente la dottrina italiana ha portato a giustificazione dei suddetti principi e, in particolare, di quello di tipicità del diritto di proprietà, in forza del quale il dominio non potrebbe essere che quello caratterizzato da pienezza ed esclusività, come si legge nell'art. 832 c.c.

Successivamente, quindi, si vaglieranno le predette motivazioni, cercando di capire se siano espressione di principi inderogabili o, al contrario, se siano superabili, potendosi ammettere, in quest'ultimo caso, che le parti attraverso l'esercizio della propria autonomia contrattuale possano elaborare nuovi diritti proprietari.

La predetta problematica non è di poco conto, poiché, come si vedrà, proprio nell'ambito dell'ordinamento italiano si sta assistendo a due fenomeni strettamente connessi: l'emersione, da un lato, dell'esigenza dimostrata dalla prassi commerciale di elaborare fattispecie proprietarie atipiche e, dall'altro lato, al contempo, di casi sempre più numerosi in cui il legislatore è intervenuto esplicitamente al fine di riconoscere nuove figure di appartenenza e forme di separazione patrimoniale.

Anche queste ultime, in particolare, si riconurranno nell'ambito del fenomeno dei diritti dominicali atipici poiché, sebbene non elaborino direttamente nuovi diritti proprietari, danno vita a fattispecie in cui la proprietà è intesa come situazione di appartenenza che, se, da una parte, accresce la ricchezza del debitore, tuttavia, dall'altra, è limitata funzionalmente e rispecchia, così, una differente modalità di sfruttamento delle utilità dei beni oggetto di appartenenza.

Si vaglierà, così, la dirompente emersione nella legislazione di fattispecie che hanno dato vita a situazioni dominicali atipiche, al fine di capire se e per quali ragioni il concetto di proprietà sotteso al sistema giuridico italiano stia vivendo un avvicinamento a quello proprio dei sistemi di *common law*.

Al fine di risolvere in modo più specifico il predetto quesito, nel terzo capitolo, quindi, si studieranno i fondi comuni di investimento in forma contrattuale, esempio di nuova figura di

appartenenza espressamente prevista dal legislatore e che sta acquisendo sempre più importanza nell'ordinamento nazionale.

Grazie allo studio dei fondi comuni di investimento, in particolare immobiliari, si cercheranno di risolvere ulteriori dubbi interpretativi sorti anche nella giurisprudenza di Cassazione italiana e proprio a tal fine sarà fondamentale comprendere quale concezione proprietaria si ritenga ad essi sottesa e, specificamente, se essa sia più vicina al concetto di proprietà tradizionale dei sistemi di *civil law* o se, al contrario, rispecchi i differenti istituti propri degli ordinamenti di *common law*, rappresentando, dunque, in quest'ultimo caso, un chiaro esempio di penetrazione nel nostro ordinamento di un differente modello dominicale.

Nel quarto ed ultimo capitolo, infine, ci si domanderà se e fino a che punto l'ordinamento giuridico italiano possa aprirsi completamente a distinte forme di appartenenza. Si tratta, in particolare, del tema delle forme pubblicitarie che possono essere previste a favore dei nuovi diritti di proprietà, nei confronti del quale si elaboreranno due soluzioni: l'una *de iure condito* e l'altra *de iure condendo*.

Il tema della pubblicità dei nuovi diritti di proprietà è circolarmente legata all'ammissibilità degli stessi: il riconoscimento di forme di pubblicità *ad hoc*, infatti, consentirebbe l'opponibilità *erga omnes* dei nuovi diritti, attribuendogli quell'efficacia reale che, pur essendo concettualmente distinta dal diritto di proprietà, ne caratterizza intrinsecamente la sua natura.

Capitolo I

La proprietà negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*: due impostazioni a confronto

1. La *law of property* nel sistema di *common law* inglese

“One of the greatest difficulties encountered by students of property law comes from the English habit of splitting what may in a general way be called ownership into its component parts and making each of them an abstract entity”¹.

“The currently prevailing understanding property in what might be called main stream Anglo-American legal philosophy is that property is best understood as a bundle of rights”².

¹ F. H. LAWSON-B. RUDDEN, *The law of property*, Oxford University Press, Third edition, 2002, p. 90.

² J. E. PENNER, *The “bundle of rights” picture of property*, 43 *UCLA Law Review*, 1995-1996, p. 712.

1.1 Le origini della *law of property* in Inghilterra³

La *law of property* è l'area del diritto che presenta le più importanti differenze rispetto alla tradizione di *civil law* e che, pertanto, meno si presta a un'opera di comparazione con i sistemi giuridici ascrivibili a quest'ultima⁴; la radice etimologica del termine *property*, che risale a quella neolatina del termine proprietà, infatti, è ingannevole: la *law of property* si riferisce a tutta una serie di categorie differenti da quelle riconducibili alla nozione continentale di proprietà, le quali sono legate, piuttosto, a radici germanistiche⁵.

Per lo studio della moderna *law of property* negli ordinamenti di *common law* è necessario risalire alle origini dell'istituto, sin, cioè all'epoca medievale, a partire dall'XI secolo, età da cui essa trae origine senza alcun netto momento di rottura, momento che, invece, nei sistemi di *civil law* sussiste ed è rappresentato dalle codificazioni moderne, simbolo del distacco dall'epoca passata e mezzo attraverso il quale è stato proclamato un nuovo sistema di valori, a cui lo studio dell'attuale concetto di proprietà deve fare riferimento.

La *law of property* ha ad oggetto, nella terminologia giuridica inglese, tutti gli elementi attivi del patrimonio⁶, inteso in senso lato, elementi che, a differenza dei sistemi di *civil law*, non sono stati regolati dal complesso sistema obbligazionario, la cui origine è da rinvenire nel diritto romano e di

³ Per la redazione dell'inquadramento storico ci si è riferiti alle seguenti fonti, in ordine cronologico: F. W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, ristampa revisionata a cura di A. H. CHAYTOR-W. J. WHITTAKER, Cambridge University Press, Cambridge, 1968; M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffrè, 1971; A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, Second Edition, Clarendon press, Oxford, 1986; A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, Quaderni di diritto comparato, Cedam, 1992; S. BRIGHT-G. GILBERT, *Landlord and tenant law. The nature of tenancies*, Clarendon Press, Oxford, 1995; J. HUDSON, *The history of english law. Centenary essays on "Pollock and Maitland"*, edited by John Hudson, Oxford University Press, 1996; D. A. THOMAS, *Anglo american land law: diverging developments from a shared history. Part I: the shared history*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, Spring 1999; D. A. THOMAS, *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part II: how anglo-american land law diverged after american colonization and independence*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, Spring 1999; G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Giuffrè, 2000; U. MATTEI, *Basic principles of property law. A comparative legal and economic introduction*, 2000; F. H. LAWSON-B. RUDDEN, *The law of property*, Clarendon law series, Third edition, 2002; S. VAN ERP (University of Maastricht), *A numerus quasi-clausus of property as a constitutive element of a future european property law*, Vol. 7.2, *Netherland comparative law association*, June 2003, reperibile al link <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>.

⁴ J. H. MARRYMAN, *Ownership and Estate (variation on a theme by Lawson)*, 48 *Tul. Law Review*, 1974, p. 916, scrive: "Land law is not a popular topic of comparative study. Indeed, of all the private law areas open to common law-civil law comparison it would seem to be the most neglected".

⁵ A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, Quaderni di diritto comparato, Cedam, 1992, p. 13.

⁶ Rientrano, perciò, nella *property* tutta una serie di istituti che nei sistemi di *civil law* non fanno parte dei diritti reali, come, ad esempio, una polizza di assicurazione o un contratto di locazione.

cui il diritto di *common law* è stato sprovvisto nella sua evoluzione⁷ e sin dall'XI secolo essa è qualificabile non tanto come diritto pieno ed esclusivo su una cosa, dal quale dipenda la possibilità di goderne e disporne in modo pieno e assoluto, quanto, piuttosto, come titolarità di un interesse immateriale sulla cosa dal più vario contenuto e che può coesistere con la presenza di distinti interessi afferenti ad altri soggetti.

Le origini della *law of property* così intesa, nel diritto di *common law*, risalgono alla conquista dell'Inghilterra da parte dei normanni nell'XI secolo, momento storico in cui mutano, infatti, sia, da un lato, il contesto socio-economico, sia, dall'altro, le modalità di distribuzione della ricchezza, e, così, nasce conseguentemente l'esigenza di operare una riorganizzazione degli assetti proprietari.

È proprio a partire da questo periodo storico, infatti, che si radica il principio secondo cui tutta la terra è del Re o *lord* e, di conseguenza, i signori e i baroni locali, i quali sono chiamati anche *tenants*, sono titolari, appunto, solo della facoltà di tenere (*hold*) la terra in nome del Re⁸, il quale rimane l'unico soggetto a cui riferire l'originaria, ma non esclusiva, appartenenza della terra: proprio grazie a tale frammentazione del dominio si instaurò sin da subito un'idea di appartenenza caratterizzata dalla compresenza di situazioni soggettive aventi ad oggetto l'utilizzazione diretta o indiretta del bene. Al diritto superiore del sovrano seguiva tutta una serie di ulteriori diritti qualificabili nel sistema di *common law* come proprietari, in quanto rappresentanti una particolare sfaccettatura della situazione di appartenenza.

La concezione della proprietà in questo periodo storico è stata efficacemente definita come “*non un edificio piramidale, monolitico, che trova la sua punta sostanziale e formale in quel modello di validità che è il dominium, ma un coacervo alluvionale di situazioni emergenti, non filtrate e non modellate attraverso alcun setaccio ufficiale, pluralistico, in cui ciò che conta più della titolarità proprietaria sono i mille esercizi effettivi ormai definitivamente realizzati nella comune coscienza e diventati socialmente ed economicamente i protagonisti dell'esperienza*”⁹.

In questa dimensione, in particolare, il *lord* concede la terra, nel senso che ne attribuisce un peculiare diritto di utilizzazione, ai *tenants* e il rapporto che si instaura tra i due soggetti viene denominato *tenure*

⁷ U. MATTEI, *Basic principles of property law. A comparative legal and economic introduction*, 2000, p. 8, afferma che: “*The modern law of property characteristics were formed well before the reception in England of the modern doctrine of contracts. Consequently, a large number of contractual relationship in civil law are grounded in the law of obligations (developed in the tradition of the classic Roman jurist Gaius), and belong to the law of property in the common law*” [...] “*The term property, in the legal parlance of anglophone countries, covers much broader concept, more similar to the economist's notion of a “property right”.*”

⁸ U. MATTEI, *Basic principles of property law. A comparative legal and economic introduction*, 2000, p. 3, parla di *property rights* “*as a delegation of sovereign power*”.

⁹ P. GROSSI, voce *Proprietà (diritto intermedio)*, XXXVII, Enciclopedia giuridica, Giuffrè, 1988.

(concessione) ed è comprensivo di tutti i diritti e gli obblighi, detti *incidents of tenure*, che si instaurano tra gli stessi¹⁰.

Ciascun *tenant* può a sua volta sub-concedere la terra a un altro soggetto e, così, rispettivamente il primo verrà a rivestire, relativamente al secondo, la posizione di *lord* e il secondo, rispetto a quest'ultimo, quella di *tenant*, in una catena di rapporti illimitata che durerà finché un *lord* deciderà di non sub-concedere la terra. Così, ad oggetto di ogni singolo rapporto vi saranno peculiari interessi riconducibili alla *law of property* e configuranti, dunque, situazioni di appartenenza, dal contenuto più vario.

La concessione della terra usualmente non avviene a titolo gratuito ma prevede uno specifico corrispettivo, il più delle volte consistente in un ausilio militare a favore del *lord*, e proprio il peculiare corrispettivo che viene accordato dà il nome alla specifica *tenure* che si instaura tra i due soggetti, nel caso dell'ausilio militare, ad esempio, si parla di *military tenure*¹¹.

La principale conseguenza del sistema così delineato è che il Re non si spoglia mai dei suoi diritti sulla terra, conservando, quindi, una forma di appartenenza accentrata nelle sue mani e a questa forma di dominio si sommano, poi, tutte quelle successive dei *lords* e *tenants* di volta in volta coinvolti che contribuiscono a “smembrare” la situazione di appartenenza del bene.

¹⁰ A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, Second Edition, op. cit., descrivendo il rapporto di *tenure* precisa che “*What was involved was both a personal relationship between superior and inferior, lord and vassal, marked by reciprocal duties of protection and service, and the granting of a benefice, that is, a parcel of landed estate to be enjoyed upon favourable terms, so long as the service due was faithfully performed*”.

¹¹ Al fine di comprendere la complessità dei rapporti che si potevano instaurare tra *lord* e *tenant* nel caso della *military tenure*, si veda D. A. THOMAS, *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part I: the shared history*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, Spring 1999, p. 171, che elenca gli “*Incidents or Characteristics of Tenure*: 1. *Homage. A tenant under homage was bound to do nothing that would injure the lord or the land, and the lord was so obligated to the tenant.* 2. *Wardship. In a Norman change from Anglo-Saxon practice, the lord, not the mother, took custody of a minor tenant’s land until the ward came of age. In most cases this was a lucrative privilege. The change was prompted by feudal values. The lord was bound by homage to act fairly, whereas the mother presumably could remarry and shift loyalty from the minor to the new husband.* 3. *Marriage. The lord had a right to grant or withhold approval of the remarriage of a widow or the marriage of a daughter. In practice, this approval was available for a price and became a source of revenue.* 4. *Aids. A lord could require financial or other aid from a tenant on important or exigent occasions such as to ransom the lord, to knight the lord’s eldest son, or to celebrate the lord’s eldest daughter’s marriage. The incident of aids invited abuse as a source of revenue.* 5. *Relief. The lord’s permission for the heir of a deceased tenant to continue the tenancy was called relief. Relief was obtained by payment and was an important source of revenue. When the amount of relief payments became fixed by custom, inheritability of the tenancy effectively was assured*”.

M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, op. cit., p. 6, descrive altre forme di *tenure*, come, ad esempio, i *socage*, caratterizzati da *services* che consistono in un canone annuo, nel caso dei *frankalmoin* (*tenure* religiosa nella quale *tenant* è un corpo religioso) i *services* consistono in preghiere. Verso la fine del XIII secolo ed il XIV secolo furono introdotte legislativamente la *tenure by elegit* e la *tenure by Statute Merchant*. La prima si costituiva quando il creditore, munito nel titolo giudiziale che accertava il credito, era immesso nel godimento di metà dei beni immobili del debitore fino a che questi non pagasse. Il creditore acquistava lo *status* di *tenant*, detto *tenant by elegit*. La *tenure by Statute Merchant* riguardava, invece, l'intero patrimonio immobiliare del debitore ed era ottenibile qualora il creditore fosse in possesso di un solenne riconoscimento del credito rilasciatogli dal debitore.

La *tenure* che si instaura tra *lord* e *tenant* è ulteriormente qualificata come *free tenure*, *free hold* o *liberum tenementum*; la terra non sub-concessa, invece, dà vita a un rapporto tra il *lord* e gli abitanti dei villaggi, siti all'interno della terra stessa, detto di *unfree tenure*: in questo caso una parte della terra viene concessa agli abitanti affinché la coltivino per i propri interessi, mentre la restante metà è dagli stessi coltivata nell'interesse del *lord*. Anche la *unfree tenure*, d'altra parte, può essere qualificata alla stregua di una concessione, caratterizzata anch'essa da *incidents of tenure*.

L'importanza della posizione del Re e l'accentramento di una situazione di appartenenza di tipo proprietario nelle sue mani erano accresciute anche dal fatto che per molto tempo, fino al 1540, non era ammessa alcuna trasmissione *mortis causa* delle terre, che, dunque, alla morte del *tenant* o dell'abitante del villaggio, tornava nelle mani del Re o del signore locale.

Nel sistema proprietario così delineato è centrale, in particolare, la posizione soggettiva dei soggetti coinvolti, che viene definita *estate* e il cui contenuto può essere molto diversificato da caso a caso e che, sin dalle origini, è sempre stata circoscritta temporalmente, ben potendo, infatti, l'*estate* essere limitato nel tempo.

Così il *life estate* è caratterizzato per durare tutta la vita del *tenant*, il *fee simple* è concesso al *tenant* e a tutti i suoi eredi e il *fee tail*, è caratterizzato dalla predeterminazione dei soggetti che possono succedere al *tenant* nel godimento del bene¹²: in tutti i casi l'*estate* del *tenant* è limitato temporalmente fino allo specifico momento in cui il bene deve essere restituito al *lord*¹³.

La posizione giuridica di quest'ultimo, sempre afferente al concetto di *property*, è detta di *reversion* e consiste anch'essa in un *estate* che ha ad oggetto l'interesse a che il godimento torni al concedente al verificarsi di un certo evento e corrisponde alla posizione di *remainder* in capo al *tenant*, il cui contenuto è uguale e contrario a quello dell'*estate* del *lord*.

¹² D. A. THOMAS, *Anglo american land law: diverging developments from a shared history. Part I: the shared history*, op. cit., p. 175, elenca le caratteristiche dei vari tipi di estate: "Fee simple. The term "fee" signified an interest in land, and the term "simple" came to mean fully inheritable. A property interest granted to a person "and heirs" came to mean an inheritable estate and this the estate of maximum duration.

Conditional fee and fee tail: conditional fees were fee interests that were not necessarily fully inheritable. The most common conditions that the law imposed upon these fee interest were that inheritability would arise only upon the birth of a live child, only direct descendants could inherit from the landholder, or that a conveyance would be irrevocable only upon the birth of an heir of the third generation after the original grantor.

Life estate: the life estate was not inheritable, but was limited in duration to the life of a specific person. Upon the expiration of that life, the possession of the land reverted or went to the fee tenant?

¹³ In tal modo, peraltro, furono elaborati meccanismi automatici che eliminarono ogni necessità di successive manifestazioni di volontà da parte del titolare dell'estate circa le sorti dell'estate stesso, configurandosi una netta distinzione rispetto all'ordinamento di *civil law*: mentre in quest'ultimo sistema giuridico, infatti, questo fenomeno può essere previsto attraverso patti obbligatori, in *common law* è garantito con la *law of property* e tutti gli automatismi ad essa collegati.

Sia il *lord* che il *tenant*, dunque, sono titolari di un *estate*, in entrambi i casi *vested* poiché riferito a un soggetto determinato; tuttavia, mentre l'*estate* del *tenant* è *vested in possession*, quello del *lord* è *vested in interest* poiché ha ad oggetto un'aspettativa futura circa la restituzione del bene. Il riferimento alla *possession* nell'*estate* in capo al *tenant* non deve essere confuso come richiamo al concetto di possesso di origine romanistica, inteso quale disponibilità materiale della cosa, esso coincide, piuttosto, con quello di *seisin*, consistente con il diritto di godimento di una situazione giuridica oggetto di concessione feudale e, cioè, di trarre delle utilità dal bene.

L'*estate* può essere oggetto di negozi di trasferimento, come accade nel caso, già menzionato, della sub-concessione ma anche di negozi costitutivi, quando, ad esempio, il concedente trasferisca un *estate* più limitato rispetto a quello di cui è titolare: in nessun caso, tuttavia, è posto in essere un negozio di trasferimento della proprietà, ma semplicemente viene costituito o trasferito un interesse sul bene.

Mentre in un primo momento attraverso il trasferimento e la costituzione di *estates* a favore di differenti soggetti si attuava un progressivo allontanamento del signore dal *tenant* "finale", a partire dal 1290, con la promulgazione della legge *Quia Emptores*, proprio per evitare questo fenomeno, si stabilì che "qualora sia venduto (secondo un'accezione impropria, ndr) un fondo oggetto di free tenure, l'acquirente subentra all'alienante", attuandosi, così, una sostituzione nello *status* di *tenant* e non una successione.

In tal modo, dunque, si vieta la sub infeudazione, così che l'"acquirente" di un fondo diviene *tenant* non del concedente ma direttamente del *lord*, a cui spetta, pertanto, la *reversion* direttamente nei confronti del *tenant* "finale".

La peculiare concezione della appartenenza nel mondo di *common law*, ha consentito di inquadrare alcuni rapporti giuridici, come quello di *lease*, riconducibile a una locazione, nell'ambito della *law of property*: il *lessee*, infatti, ha un interesse sul bene riconducibile a quel tipo di interesse proprietario ricondotto nell'ambito della *law of property*. Nei sistemi di *civil law* che, come si vedrà muovono da una concezione proprietaria del tutto differente, il diritto del conduttore sul bene non potrebbe mai essere ricondotto nella sfera del diritto di proprietà stesso.

Dalla breve analisi che precede è possibile evincere che la *law of property* in Inghilterra, sin dalle sue origini, è stata caratterizzata da specifiche peculiarità che si discostano molto dalla concezione di proprietà propria dei sistemi di *civil law*.

Nel sistema di *common law*, infatti, la proprietà non ha ad oggetto un bene determinato, inteso nella sua dimensione corporale, e di cui il titolare potrebbe disporre e godere in modo assoluto, essa, piuttosto, è intesa come titolarità di una situazione giuridica avente ad oggetto, a sua volta, degli interessi astratti e dal più vario contenuto su un bene.

Tale concezione deriva direttamente dalla stratificazione dei rapporti di *tenures* che erano stati posti in essere sin dalla conquista normanna e che erano dovuti alla necessità, da un lato, che tutte le terre rimanessero, anche solo formalmente, ricondotte alla figura del Re e, dall'altro, che i fondi fossero amministrati e coltivati rispettivamente dai signori locali e dai contadini, i quali avevano un rapporto immediato con i fondi stessi, a differenza del sovrano che non avrebbe mai potuto controllare direttamente tutti i suoi territori.

La proprietà, così, è intesa come una forma di appartenenza avente ad oggetto un fascio di interessi dal contenuto non predeterminato e di cui possono essere contemporaneamente titolari un numero indeterminato di individui, essendo, infatti, ordinario che non sussistesse alcuna posizione di dominio assoluto sul bene a favore di un soggetto determinato¹⁴.

La *law of property*, inoltre, ha un'area di applicazione molto più ampia rispetto ai sistemi di *civil law*, a causa, come già si accennava, della scarsa elaborazione di una compiuta disciplina del diritto delle obbligazioni che è stata compensata, appunto, dall'estensione della *law of property*: da qui l'applicazione della disciplina della proprietà anche a settori del diritto che i sistemi continentali inquadrano proprio nell'ambito del diritto dei contratti¹⁵.

Si tratta, ad esempio, del menzionato caso del *lease*, ricondotto, infatti, nella *law of property* e non nell'area del diritto delle obbligazioni, con il contratto di locazione; ma ciò, ancora una volta è stato possibile grazie alla concezione stessa del diritto di proprietà, inteso come fascio di interessi dal contenuto più vario e spettanti a una pluralità di soggetti.

¹⁴ A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, Second Edition, op. cit., p. 47, osserva che “*An obvious consequence of the tenurial system is that a number of persons have interests of some sort in the same parcel of land*”.

¹⁵ U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), Utet giuridica, 2015, p. 24, osserva: “*un gran numero di quei rapporti negoziali, di cui nel civil law si occupa il diritto delle obbligazioni, in common law è appannaggio della law of property. Il carattere di realtà dei rapporti, che da noi avrebbero natura meramente obbligatoria, ha fatto sì che, quando la law of contract finalmente si sviluppò in Inghilterra, essa non venne ritenuta uno strumento desiderabile per gestire gli interessi di cui egregiamente già sapeva occuparsi la law of property*”.

1.2 Il declino del sistema originario e l'intervento della Corte di *Equity*

A partire dalla fine del XIV secolo, in corrispondenza con il cambiamento dell'assetto sociale, che vede sempre più l'ascesa del nuovo ceto della borghesia, il sistema feudale entra in crisi e così, anche le strutture che avevano caratterizzato lo sviluppo della *law of property*¹⁶, e in questo contesto si assiste alla progressiva scomparsa dei rapporti di vassallaggio e delle *tenures* che si erano diffusi nell'epoca precedente¹⁷. Il legame tra *tenant* e *lord*, in particolare, diviene sempre più attenuato fino a che gli *incidents of tenure* furono formalmente aboliti nel 1660, con il *Tenures Abolition Act*.

Anche in questo contesto è importante sottolineare, che l'evoluzione del diritto di proprietà rimane pur sempre all'interno degli schemi proprietari elaborati nell'epoca feudale: non si ebbe, cioè, uno stravolgimento della concezione alla base della *law of property*, il cui oggetto, infatti, consisteva pur sempre nelle utilità di antica origine feudale, tanto che il contenuto e la disciplina dell'*estate* muta ma la sua natura rimane sempre quella di un diritto immateriale che ha per oggetto una serie di utilità fruibili dalla cosa¹⁸.

Contribuisce all'erosione del sistema feudale basato sui rapporti di vassallaggio anche la diffusione di nuovi istituti, come quello dello *use*, che consiste nella possibilità di riservare le rendite di un fondo a proprio favore o di un terzo (*cestui que use*), contestualmente al trasferimento della *seisin* sul bene a un soggetto detto *feoffee to use*, vincolato al rispetto dello *use* stesso¹⁹: in tal modo, di fatto, trasferendo il bene ad un terzo, si perseguiva la finalità, contrastante con la politica monarchica inglese, di sottrarre il bene dai vincoli derivanti dai rapporti feudali.

¹⁶ A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, op. cit., p. 64: "In tutta Europa la storia della proprietà fondiaria dal 1300 al 1700 è in gran parte la storia della, più o meno incisiva, più o meno accelerata, liquidazione delle strutture feudali, il che implica la loro permanenza giuridico formale per vari secoli?".

¹⁷ D. A. THOMAS, *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part II: how anglo-american land law diverged after american colonization and independence*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, op. cit., p. 299, scrive: "As England emerged from feudalism, military and other service obligations tied to landholding also became irrelevant. Eventually, legal and equitable rules changed and enabled landholders to profit from their land by conveying various interests in property for money. This system would not have survived in feudal society because people relied on well-known landholders to perform their service obligations. However, some of the old property law elements with feudal origins and complexities lingered, despite economic and social changes. After the watershed changes accompanying the Statute of Uses, major developments in English property law included the Tenures Abolition Act of 1660, the establishment of legal protections for leaseholds, the modernization of future interests, and the acceptance of new devices for family settlements. [...] Mortgage law matured, and an elaborate law of servitudes, including easements, covenants, profits, and licenses arose from the laws governing incorporeal hereditaments".

¹⁸ Si veda, ad esempio, la descrizione dei vari *estates* che potevano essere previsti, in D. A. THOMAS, *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part II: how anglo-american land law diverged after american colonization and independence*, op. ult. cit., p. 298 e ss.

¹⁹ A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, Second Edition, op. cit., p. 173, descrive lo *use* nei seguenti termini: "The essence of such a transaction is that lands are conveyed to a person or persons (called the *feoffees to uses*) with a provision that they be held for the benefit (*ad opus*) of a beneficiary. The beneficiary is described in law french as *cestui que use le feoffment fruit fait*, and fro this obtains his curious title *cestui que use*".

La sempre maggiore diffusione degli *uses* aveva fatto emergere nuove esigenze di tutela da parte del *cestui que use*, in particolare in quei casi in cui i *feoffees to use*, comportandosi in modo infedele nei confronti del disponente, violassero, appunto, lo *use* e cioè il vincolo fiduciario che li legava al primo soggetto.

Questa esigenza non poteva essere soddisfatta dalle corti di *common law* per una serie di ragioni, attinenti innanzitutto alla considerazione che il sistema giuridico di riferimento una volta che furono cristallizzate le norme che disciplinavano la proprietà, risultò eccessivamente rigido e incapace di accordare giustizia in quei casi concreti di nuova emersione, come quello degli *uses*, dove l'astratta regola giuridica predeterminata non era sufficiente ad accordare una tutela effettiva alle parti coinvolte. Ulteriori inconvenienti legati al sistema di *common law* tradizionale, d'altra parte, erano il costo eccessivo dei processi avanti alle corti di *common law*, il fenomeno sempre più diffuso della corruzione delle corti da parte dei più ricchi e potenti e, infine, la rigida procedura che condizionava pesantemente i procedimenti avanti ai giudici²⁰.

In questo sistema, in particolare, non si riuscì ad accordare alcuna tutela al *cestui que use*, a fronte di comportamenti infedeli del *feoffe to use*, poiché agli occhi del *common law* il *feoffe to use* era l'effettivo titolare dell'*estate* sulla cosa trasferita e, dunque, formalmente, poteva liberamente disporre del bene in discussione: per giungere alla tutela dell'interesse del *cestui que use* contro comportamenti infedeli del *feoffe to use* è stato fondamentale lo sviluppo della Corte di Equity, a partire dal XV secolo: solo così è stato possibile, infatti, dare rilevanza a tutte quelle forme di appartenenza non riconosciute dal *common law*.

La Corte di Equity inizialmente faceva riferimento al Consiglio del Re (*King's Council*) e traeva le proprie origini dall'istituto della grazia al re, attraverso cui il sovrano poteva intervenire equitativamente per correggere le ingiustizie derivanti dalla rigida applicazione dell'astratta norma di *common law*.

Accanto alla figura del Re vi era quella fondamentale del Cancelliere, capo della cancelleria e organo tecnico che di fatto realizzava in concreto l'intervento straordinario e di grazia del sovrano.

Il Cancelliere, peraltro, era anche un organo religioso in quanto rettore della cappella del Re e "custode della sua coscienza"; da ciò deriva, in particolare, sia, da un lato, la forte influenza che il Cancelliere aveva sul Re, sia, dall'altro, la vicinanza dello stesso ai valori morali fondanti la religione

²⁰ G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, op. cit., p. 172.

ufficiale e che, di conseguenza, come già accennato, sono stati i principi ispiratori della giustizia accordata dalla Corte di Equity, per mezzo dell'opera del Cancelliere.

Alla luce di queste premesse, è agevole comprendere l'importanza dell'attività del Cancelliere proprio con riferimento a un nuovo istituto, quello degli *uses*, che stava influenzando e modificando la *law of property* del sistema di *common law*, e alla richiesta di tutela da parte dei beneficiari degli *uses* di fronte a comportamenti infedeli dei *feoffes to uses*, tutela che si appoggiava a principi di fedeltà e giustizia morale tanto vicini a quelli ispiratori della Corte di Equity, quanto lontani alle rigide regole formalistiche del *common law*.

Proprio in questo contesto, il Cancelliere, pur non contraddicendo quanto formalmente sostenuto dal *common law* e, cioè, che il *feoffe to use* era legalmente proprietario del bene, riconosce una tutela al *cestui qui use*, attraverso l'esortazione nei confronti del *feoffe to use* a utilizzare il bene ricevuto secondo l'impegno assunto a vantaggio del *cestui qui use*, nel rispetto di valori morali e di coscienza.

L'istituto degli *uses* ha trovato una grande diffusione e, infatti, esso è il diretto antecedente del *trust*, che si analizzerà di seguito e che è stato definito come “*il più originale ed importante contributo del diritto inglese alla scienza giuridica*”²¹.

Alla luce delle brevi riflessioni svolte, è possibile giungere a due constatazioni fondamentali ai fini della presente analisi: in primo luogo, in particolare, con il declino del sistema feudale e, così, dei rapporti di vassallaggio non viene meno la concezione che è alla base della *law of property* in *common law* e, cioè, che l'oggetto della proprietà è costituito pur sempre da degli “interessi” o “utilità” immateriali che possono fare riferimento a diversi soggetti contemporaneamente e dal più vario contenuto.

In secondo luogo, dallo studio dello *use* emerge chiaramente che, ancora una volta, come già si osservava con riferimento al *lease*, il sistema giuridico inglese non ha incontrato difficoltà a inquadrare questi nuovi istituti nell'ambito della *law of property*: la contemporanea sussistenza di diversi interessi sul medesimo bene afferenti a una pluralità di soggetti, il *cestui qui use* e il *feoffee* non

²¹ F. W. MAITLAND, *The Forms of Action in Common Law*, ristampa revisionata a cura di A. H. CHAYTOR-W. J. WHITTAKER, Cambridge University Press, Cambridge, 1968; attenta dottrina (M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita Notarile*, 1992, p. 972) precisa, tuttavia, che “La fiducia o trust era già uno degli strumenti offerti dal diritto romano e dal diritto canonico. Esso era stato recepito nelle Leggi dei Longobardi, dei Franchi Salii e di altri. Il tipico strumento del Cancelliere, l'ingiunzione, non aveva nulla di nuovo: ordini restrittivi sono stati trovati in fonti del primo medio evo; la *jurisdictio in personam* era stata attuata dai giudici laici dell'Europa continentale quando –fin troppo raramente, bisogna ammetterlo- essi erano sostenuti da una struttura politica forte e da un principio potente: queste furono tuttavia le condizioni dell'Inghilterra dall'inizio della dominazione normanna, sicuramente all'epoca di Enrico I”.

ha posto alcun problema di astratta ammissibilità, essendo in linea con la concezione delle situazioni di appartenenza elaborate dal sistema di *common law* la contemporanea presenza di diversi interessi, connotati nel modo più vario possibile ed afferenti a una pluralità di individui.

1.3 Cenni sul sistema moderno inglese e americano²²

La disciplina della proprietà nei moderni sistemi di *common law* discende dalla concezione delle situazioni di appartenenza che era alla base del periodo medievale e di quello successivo nel quale si è verificata la crisi del sistema feudale; ancora oggi, infatti, la *law of property* fonda le sue basi nella c.d. *doctrine of estates*, la quale, in particolare, “*allows for the fragmentation of ownership rights amongst various people. In addition to the existence of legal estates there existed the equitable counterparts of them. As well as it being quite possible for a number of estates to exist simultaneously with respect to the same plot of land, there could also exist a number of different third party rights affecting it*”²³.

E' ancora centrale, dunque, il concetto di *estate*, inteso quale bene immateriale che conferisce al titolare il diritto di trarre delle utilità dalla cosa e che può coesistere con la simultanea presenza di altri *estates* a capo di differenti soggetti.

Con riferimento all'attuale sistema britannico, tali peculiarità possono evincersi dallo studio del *Law of Property Act* del 1925, che costituisce la base della disciplina moderna della proprietà in Inghilterra ed è un tentativo di codificazione della *law of property*, con specifico riferimento alla *property in land*, corrispondente alla proprietà su beni immobili.

Il testo in esame si pone, da un lato, in una chiave di parziale rottura con l'impostazione originaria della *law of property*, in quanto limita il numero di *legal estates* su beni immobili (*land*); la *Section* n. 1, infatti, statuisce che sono riconosciuti solo due *legal estates*: il *fee simple absolute in possession* e il *term of years absolute*.

²² Per la redazione di questo paragrafo sono state utilizzate le seguenti fonti: D. A. THOMAS, *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part III: British and American property law and practice-a contemporary comparison*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, Fall 1999; F. H. LAWSON-B. RUDDEN, *The law of property*, Third edition, Oxford University Press, 2002; E. H. BURN-J. CARTWRIGHT, *Modern law of real property*, Oxford University Press, Eighteenth edition, 2011; M. P. THOMPSON, *Modern land law*, Oxford University Press, 2012.

²³ M. P. THOMPSON, *Modern land law*, Oxford University Press, 2012, p. 77; F. H. LAWSON-B. RUDDEN, *The law of property*, op. cit., p. 80, osserva: “*Indeed at present time if you buy a house you will be registered as proprietor, not of the land, but of the “fee simple absolute in possession” if it is freehold and of a “legal term of years absolute” if it is leasehold*”.

Dall'altro lato, tuttavia, la concezione della proprietà sottesa al testo legislativo, come detto, è proprio quella che trae le sue origini nei concetti di appartenenza elaborati sin dall'epoca medievale in Inghilterra e, infatti, ruota attorno ai due *legal estates* riconosciuti.

Questi ultimi, in particolare, fanno riferimento ai due soggetti centrali attorno a cui ruota la disciplina in esame e che si identificano nel *freeholder* e nel *leaseholder*; l'*estate* di cui è titolare il *freeholder*, il *fee simple absolute in possession*, è illimitato, potenzialmente eterno, non è sottoposto ad alcuna condizione, include il diritto attuale di godere del possesso del bene e può essere trasferito liberamente a terzi; il *freeholder*, in particolare, rimane titolare del *fee simple absolute in possession* anche nel caso in cui conceda il bene a un *leaseholder*.

Il *leaseholder*, invece, è titolare del *term of year absolute*, *estate* limitato nel tempo e concesso da un *freeholder* che, come detto, rimane contemporaneamente titolare del *fee simple absolute in possession*²⁴; possono, inoltre, essere contemporaneamente presenti altri eventuali *sub-leaseholder* sul medesimo bene.

L'inclusione dell'*estate* del *leaseholder* nell'ambito della *law of property* è indice, da un lato, come già si era notato con riferimento all'epoca medievale, dell'ampiezza dell'area da esso disciplinata, che arriva ad includere anche un rapporto riconducibile, in un sistema di *civil law*, all'interno dell'ambito delle obbligazioni e, in particolare, al contratto di locazione; ma, dall'altro lato, anche della flessibilità che la *law of property*, fondandosi sulla *doctrine of estates*, in forza della quale gli interessi proprietari sul bene possono avere il contenuto più vario, anche quello proprio, appunto, di un *leaseholder*.

A ulteriore conferma di quanto appena affermato si deve sottolineare che accanto ai *legal estates*, menzionati dalla *Section 1* del *Law of Property Act*, vi sono anche i c.d. *equitable interests*, riconosciuti, cioè, in *Equity*, i quali contribuiscono a rendere più complessa la *doctrine of estates*, nonché a sottolineare ancora la concezione posta alla base delle situazioni proprietarie.

Con riferimento, invece, alla disciplina moderna della *law of property* nel sistema di *common law* statunitense, è opportuno sottolineare che essa, pur avendo origini comuni, si discosta da quella inglese per quanto riguarda la disciplina specifica²⁵, ma, tuttavia, resta ancorata alla medesima concezione dell'appartenenza di fondo che si ritrova nel sistema inglese e che è basata sulla *doctrine of estates*.

²⁴ E. H. BURN-J. CARTWRIGHT, *Modern law of real property*, Eighteenth Edition, Oxford University Press, 2011, p. 154, precisa che: "Possession is not here confined to its popular meaning, but includes "receipt for rents and profits or the right to receive the same". Therefore, a tenant in fee simple who has leased the land to a tenant for years is in possession, and therefore the owner of a legal estate, even though he is not in physical possession of the land".

²⁵ Sul tema si veda, ad esempio, D. A. THOMAS, *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part III: British and American property law and practice-a contemporary comparison*, op. cit.

Proprio con riferimento alla *law of property*, infatti, con un'espressione che trasmette immediatamente la concezione di appartenenza sottesa a tale sistema giuridico, si parla della proprietà come di un "bundle of rights" o "bundle of sticks"²⁶, dove ogni *stick* è di per sé un *property right*.

Così, nel *Restatement of Property* del 1936²⁷ non vi è la definizione del diritto di proprietà ma, piuttosto, l'elencazione dei quattro elementi costituenti la *property*: si tratta, in particolare, dei "rights, privileges, powers and immunities"²⁸. Sempre nel *Restatement of Property*, si ritrova la disciplina dei vari *estates*, quali interessi che possono essere oggetto del diritto di proprietà; ne sono un esempio il *fee simple determinable*²⁹ in cui il trasferimento della proprietà è subordinato ad una *limitation* e al verificarsi di un determinato evento essa torna automaticamente a colui che l'ha trasferita, o nel caso del *fee simple upon condition*, dove colui che trasferisce il bene mantiene un *right of entry*, per cui, quando si verifica l'evento, deve agire in giudizio per riottenerlo, esercitando il suo *power of termination*³⁰.

Così, analogamente al sistema britannico, il concetto di appartenenza, anche nel sistema giuridico statunitense, è concepito come un "set of analytically distinct entitlements rather than a full and monolithic aggregate of rights", si tratta, in particolare, di *entitlements* che sono riconosciuti dalla legge dello Stato e non corrispondono a un diritto naturale preesistente con caratteristiche determinate a priori, al contrario, infatti, "the property bundle is malleable (i.e., the owner's entitlements may be recombined into different bundles to achieve a variety of policy purposes)"³¹.

1.4 L'origine del *trust* e dell'*investment trust*

La peculiare concezione della situazione di appartenenza in esame e, in particolare, la grande flessibilità che la caratterizza, ha consentito alla stessa di adeguarsi alle nuove esigenze che il contesto socio-economico ha sviluppato nel corso della storia³²: si tratta, ad esempio, di quella soddisfatta

²⁶ J. E. PENNER, *The "bundle of rights" picture of property*, 43 *UCLA Law Review*, op cit., p. 734, osserva: "We regard each possible "use" of one's property under the broadest notion of use possible, as itself a property right if it can form the subject of a transaction [...]. Thus my selling you the right to use my car for a day is regarded as my transferring one of the "sticks" of the bundle that constitutes my ownership, which stick is itself my property right".

²⁷ American Law Institute, *Restatement of Property*, par. 1-4, 1936.

²⁸ K. J. VANDEVELDE, *The new property of the nineteenth century: the development of the modern concept of property*, 29 *Buffalo Law Review*, 1980, p. 362.

²⁹ *Restatement of property*, 154.

³⁰ F. BENATTI, *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, Giuffrè, 2010, p. 2.

³¹ A. DI ROBILANT, *Property: a bundle of sticks or a tree?*, 66 *Vanderbilt Law Review*, 2013, p. 878 e *Boston University School of Law Public Law and Legal Theory Paper*, n. 14-26, 18 luglio 2014.

³² U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), Utet giuridica, 2015, p. 29, con riferimento alla concezione della proprietà propria dei sistemi di *common law*, scrive: "La proprietà, scomposta in un mazzo di

dall'introduzione dell'istituto del *trust*, che, come già sottolineato, costituisce l'evoluzione dell'istituto dello *use* e che, nei sistemi di *common law* permane all'interno della *law of property*.

Il continuo utilizzo e la diffusione di tale istituto, infatti, sono stati grandemente agevolati dal fatto che nei sistemi di *common law* la compresenza di diversi interessi proprietari sullo stesso bene, alcuni *legal* e, altri, *equitable*, sia un fenomeno ordinario agli occhi del *common lawyer*, essendo la proprietà un diritto ad essere titolari di interessi dal contenuto più vario, limitati temporalmente e spettanti a diversi soggetti.

Il *trust*, in particolare, può nascere *ex lege*, per dichiarazione unilaterale, per testamento o per accordo; in quest'ultimo caso, in particolare, esso può essere definito come un negozio normalmente trilaterale che coinvolge, appunto, tre soggetti: il *settlor of the trust*, il *trustee* e il *beneficiary*; nel caso in cui il primo e il terzo soggetto coincidano, come è possibile, allora il *trust* rivestirà la forma del negozio bilaterale.

Il *settlor of the trust*, cioè colui che istituisce il *trust*, trasferendo la proprietà di uno o più beni mobili o immobili al *trustee*, il quale ne diviene legalmente proprietario (*legal owner*), ma rimanendo tuttavia vincolato a gestire i beni oggetto della sua proprietà conformemente, appunto, al *trust* e, quindi, ai vincoli stabiliti dal *settlor*, in favore di uno o più *beneficiary* (o del *settlor* stesso, nel caso di *trust* bilaterale)³³. Il *settlor* e il *beneficiary* sono titolari di un *equitable interest*, inquadrabile sempre nell'ambito della *law of property*, rappresentando lo stesso un *estate* che, tuttavia, non contempla la diretta disponibilità dei beni conferiti in *trust*.

Il *common law* tradizionale, così come era accaduto per gli *uses*, non è stato in grado di fornire un riconoscimento e, quindi, una tutela al *settlor of the trust* che, infatti, non era legalmente e, cioè, secondo il diritto di *common law*, proprietario dei beni; le corti regie riconoscevano e, dunque, potevano tutelare, solo la posizione giuridica del *trustee*, unico proprietario legale dei beni stessi³⁴.

Per garantire, quindi, una tutela al *settlor* di fronte alla possibile *mala gestio* del *trustee* o, peggio, di un abuso³⁵ da parte di quest'ultimo del suo diritto di proprietà, così come era accaduto per gli *uses*, la

poteri, doveri, facoltà, responsabilità, ecc., consente la riorganizzazione del discorso giuridico, in modo da poter cogliere le varie e diverse caratteristiche che la natura di ciascun bene economico dovrebbe riflettere sulla disciplina (possibilmente razionale) del rapporto fra consociati??

³³ I vincoli così come gli scopi perseguiti dal *settlor*, possono essere i più vari, essendo il *trust* un istituto di estrema flessibilità,

³⁴ A. GAMBARO, Il diritto di proprietà, in Trattato di diritto civile e commerciale, CICU-MESSINEO (a cura di), p. 632.

³⁵ E in questi casi si tratterebbe proprio di un abuso del diritto così come elaborato nelle più recenti evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali, inteso, infatti, come esercizio del diritto in una delle sue modalità formalmente conformi allo stesso ma in sostanza lesive dell'interesse altrui. Il *trustee*, infatti, in quanto proprietario poteva godere e disporre

Corte di *Equity* interviene fornendo rimedi che non hanno contraddetto la posizione formale sussistente in capo al *legal owner* (il *trustee*), secondo il diritto di *common law*.

Il rimedio fondamentale accordato, infatti, nel caso in cui il bene sia alienato a un terzo violando gli obblighi discendenti dal *trust*, non è di tipo reale o rivendicatorio, il che, infatti, sarebbe inammissibilmente in contrasto con la titolarità formale così come riconosciuta e delineata in *common law*, ma, nemmeno di tipo solo risarcitorio, analogamente a quello che si accorderebbe a un rapporto obbligatorio; esso consiste, piuttosto, in differenti rimedi *ad hoc* che assicurino una tutela effettiva della posizione sostanziale del *settlor*.

Nel caso di alienazione del bene a titolo oneroso ad un terzo, ad esempio, la Corte ha qualificato il corrispettivo ricevuto dal *trustee* per l'alienazione come nuovo oggetto del *trust*; diversamente, invece, nel caso di alienazione a titolo gratuito, la tutela consiste nel costringere l'acquirente del bene ad adempiere alle obbligazioni che gravavano sul *trustee*³⁶, considerando l'acquirente stesso alla stregua di un nuovo *trustee*, nel caso in cui si dimostri che egli fosse a conoscenza del *trust* o avrebbe dovuto esserlo utilizzando l'ordinaria diligenza, o ancora nel caso in cui abbia acquistato a titolo gratuito.

Il contenuto dell'*interest* di cui è titolare il *settlor of the trust*, inoltre, è arricchito dal peculiare potere di *tracing*, consistente nella possibilità di ricondurre nel *trust* i beni acquistati con denaro proveniente dal *trust* medesimo, ancorché l'acquisto sia avvenuto in modo illegittimo.

Trustee, da una parte, e *settlor of the trust* e *beneficiary*, dall'altra, dunque, non sono tra loro debitori e creditori nell'ambito di un rapporto obbligatorio³⁷, ma sono contemporaneamente titolari di *estates* su un medesimo bene e, dunque, la loro posizione giuridica deriva semplicemente dall'applicazione dei principi cardine della *law of property* propria dei sistemi di *common law*.

Discorso analogo può essere svolto con un ulteriore peculiare istituto, quello dell'*investment trust*³⁸, il quale si fonda, analogamente al *trust*, su uno "smembramento" degli assetti proprietari afferenti ai soggetti coinvolti e che, quindi, ha trovato agevole diffusione nei sistemi di *common law*³⁹.

formalmente del diritto di cui era titolare ma, se avesse violato le indicazioni indicate dal *settlor*, pur rimanendo entro i confini del "legale", tuttavia, avrebbe leso il concreto interesse del *settlor* stesso.

³⁶ M. LUPOI, op. cit., p. 975.

³⁷ F. H. LAWSON-B. RUDDEN, *The law of property*, op. cit., p. 88.

³⁸ Sul tema cfr. R. ARGENZIANO, *L'"investment trust"*. *Aspetti caratteristici della gestione degli investimenti mobiliari*, Giuffrè, 1952; G. E. COLOMBO-V. DOTTI- G. PERLETTI- G. SCHRANS- G. SOTRIFFER, *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Cedam, Padova, 1967; R. ESTEVES-D. CHAMBERS, *The first global emerging markets investor: foreign and colonial investment trust 1880-1913*, July 2, 2013, Explorations in Economic History (Forthcoming). Disponibile online all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=2024921>; B. LIBONATI, *Holding e investment trust, Opere monografiche. Volume I*, Giuffrè, 2014.

³⁹ R. ARGENZIANO, *L'"investment trust"*. *Aspetti caratteristici della gestione degli investimenti mobiliari*, op. cit., p. 8, riconduce "i primi istituti finanziari aventi larga somiglianza con gli attuali investment trusts alla "London Financial Association" e alla

L'*investment trust* di tipo contrattuale, in generale, può essere definito come un organismo finanziario specializzato che, attraverso l'emissione di propri titoli, riunisce i capitali di più persone che investe servendosi di conoscenze specifiche circa l'andamento dei mercati, attuando, dunque, scelte di investimento più consapevoli di quanto non possano fare i singoli risparmiatori⁴⁰ e consentendo la smobilitazione di capitali che potrebbero, altrimenti, rimanere non investiti⁴¹.

La struttura generale dell'*investment trust*⁴², che, come si può facilmente desumere dal nome, rappresenta uno sviluppo dell'istituto del *trust*⁴³, contempla la contemporanea sussistenza di tre

"International Financial Society" fondate attorno al 1863 con il preciso scopo di permettere, a gruppi di piccoli e medi risparmiatori, di ottenere una consapevole scelta e una ampia diversificazione di investimenti, praticamente impossibile ai singoli con la disponibilità di piccoli capitali. Pochi anni dopo, nel 1868, venne fondato il "Foreign Colonial Government trust" che fra il 1868 e il 1871 dava vita a cinque fondi separati, ciascuno dei quali formato con una diversa lista di titoli". E a p. 15: *"Sul mercato finanziario degli Stati Uniti lo sviluppo degli investment trusts si manifesta con ritardo rispetto ai primi fortunati esempi inglesi. In effetti, sebbene si possano rintracciare già nel secolo scorso casi di imprese volte a raccogliere capitali fra il pubblico per remunerarlo in base ai redditi ottenuti dal loro investimento in titoli (dedotta una limitata percentuale per le spese) e di altre, volte a gestire fiduciariamente patrimoni familiari investiti in titoli, solo dopo l'inizio del secolo si può osservare un graduale sviluppo nel movimento di costituzione degli investment trusts americani. Questo sviluppo, dapprima lento e incerto, assume un moto più rapido e sicuro solo dopo il 1921"*.

⁴⁰ R. ARGENZIANO, L'*"investment trust"*. *Aspetti caratteristici della gestione degli investimenti mobiliari*, op. cit., p. 30; B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, *Opere monografiche. Volume I*, op. cit., p. 469

⁴¹ T. ASCARELLI, *Investment trust*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, I, 1954, p. 178 e ss.; B. LIBONATI, *Holding e investment trust. I titoli di credito nominativi*, in *Opere monografiche, Volume I*, Giuffrè, 2014, p. 469 e ss. Le prime forme di *investment trust* si ritrovano agli inizi del 1800 in Olanda e Scozia, verso la fine del 1800 essi si diffondono anche negli Stati Uniti d'America dove ebbero ampia fortuna fino alla crisi del '29 che li screditò tanto che i gestori dei vari *investment trust* dovettero rinnovare la formula e correggere gli aspetti che incontravano la maggiore disapprovazione del pubblico. Si diffusero, così, i *Fixed investment trust*, e, in seguito, i *Flexible Investment Trust* e, infine nei *Mangement Investement Trust*, caratterizzati da una sempre maggiore libertà di gestione dei gestori; S. BARTOLI, *Trust e fondi comuni di investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 2, 2005, il quale precisa che l'antecedente dei fondi comuni di investimento deve rinvenirsi nel *contractual investment trust*, distinto dallo *statutory investment trust* (o società di investimento). Il primo, in particolare, è costituito da: "a) Una società di capitali appositamente creata per la costituzione e gestione del F.C.I. (che chiameremo società di gestione del risparmio) redige il regolamento del fondo, cioè l'atto disciplinante la raccolta del risparmio collettivo ed il suo investimento: tale atto ha natura di atto istitutivo del trust.

b) I risparmiatori versano alla S.G.R. le somme destinate all'investimento: costoro assumono pertanto, al tempo stesso, la qualità di disponenti e di beneficiari del trust.

c) L'insieme delle somme versate alla S.G.R. dai risparmiatori costituisce il fondo del trust, cioè un patrimonio separato (ovvero segregato) dal restante patrimonio della S.G.R., in quanto destinato all'attività d'investimento prevista nel regolamento ed all'esclusivo soddisfacimento dei risparmiatori-beneficiari (il fondo del F.C.I. pertanto - è bene evidenziarlo fin d'ora - non è un soggetto di diritto distinto dalla S.G.R., ma è un patrimonio affetto dal cennato vincolo di destinazione e di cui la stessa S.G.R. è titolare).

d) Per effetto di quanto ora esposto sub c), la S.G.R. assume la qualità di trustee. e) A fronte dei versamenti effettuati dai risparmiatori aderenti al F.C.I., la S.G.R. emette dei titoli di partecipazione ad esso, detti "certificati o quote del fondo" ed attestanti la loro qualità di beneficiari del trust.

⁴² Struttura che si ritrova quale base comune di tutte le forme di *investment trusts* che possono distinguersi, secondo le parole di A. NIGRO, voce *Investment trust*, *Enciclopedia del diritto*, op cit., in: "a) Con riferimento alla variabilità del loro patrimonio:

- **tipo aperto o open end.** Le dimensioni del patrimonio variano continuamente in relazione all'emissione ed al rimborso delle quote di partecipazione. In sostanza, si riscontrano in questo tipo le seguenti caratteristiche: l'obbligo, per gli organi di gestione, di riacquistare in qualsiasi momento i certificati (o le azioni) emessi, su semplice richiesta dei sottoscrittori («recesso» dei partecipanti e diminuzione del patrimonio); la facoltà per i suddetti organi di emettere nuovi certificati (o azioni) a favore di successivi sottoscrittori («ammissione» di nuovi partecipanti e aumento del fondo);

- **tipo chiuso o closed end.** Le dimensioni del patrimonio restano immutabili e non vi è vendita o riacquisto continuo dei titoli di partecipazione. In sostanza, questo tipo di *investment trust* emette titoli di partecipazione fino a raggiungere un certo prestabilito ammontare di capitale. Raggiunto questo livello, chi vuole acquistare certificati dovrà rivolgersi ad uno dei partecipanti; e, d'altra parte, quello dei

soggetti: in primo luogo, gli investitori che conferiscono i propri capitali nell'*investment trust*, assimilabili, da un lato, alla figura del *settlor of the trust* e, dall'altro, a quella del beneficiary; in secondo luogo, un gestore dei capitali conferiti, accostabile, invece, alla figura del *trustee*, il quale ha il compito di gestire i capitali nell'interesse degli investitori, i quali ultimi, tuttavia, non hanno alcun potere di interferire nella gestione stessa, anzi, proprio la natura dell'*investment trust* è incentrata sull'intenzione dei singoli investitori di ottenere un investimento sicuro, grazie alla gestione professionale dell'*investment trust*, disinteressandosi dello stesso; in terzo luogo, infine, vi è la figura del depositario, usualmente una banca, che deve custodire i titoli o i beni che compongono il fondo di investimento⁴⁴.

I beni conferiti che costituiscono l'*investment trust*, inoltre, non entrano a far parte del patrimonio né della banca depositaria, né del gestore.

Nell'*investment trust*, proprio come si è detto per il *trust*, con riferimento all'organizzazione dell'assetto proprietario, si assiste a una particolare applicazione della concezione di appartenenza sottesa alla *law of property* e, in particolare, alla *doctrine of estates*: anche in questo caso, infatti, si realizza una parcellizzazione della situazione proprietaria dei beni o dei capitali conferiti dagli investitori.

partecipanti che vuole cedere i suoi certificati dovrà trovare direttamente un acquirente.

b) Con riferimento ai poteri del gestore, gli *investment trusts* si distinguono in:

- **fixed (rigid) trusts**. Nel contratto costitutivo sono stabiliti i titoli nei quali deve essere investito il capitale raccolto. La società di gestione ha cioè il compito di amministrare un «portafoglio-tipo», la cui composizione è predeterminata e non può essere variata nel tempo, se non in casi eccezionali, anch'essi espressamente previsti (come, ad esempio, quando un titolo non fornisca più alcun dividendo o divenga difficilmente negoziabile);

- **flexible (management) trusts o mutual funds**. Al contrario del precedente, in questo tipo di *investment trust* il gestore può scegliere la composizione del portafoglio fra tutti i titoli, rispettando solo le condizioni fissate dalla legge e dallo statuto (in ordine, particolarmente, alla ripartizione dei rischi). Più esattamente, nel contratto costitutivo sono introdotte delle «clausole di flessibilità» le quali consentono al gestore di modificare la composizione del portafoglio, tempestivamente, non appena si verifici qualsiasi evenienza che porti a far ritenere non più conveniente l'investimento in un determinato titolo. In sostanza, alla società compete un «potere di gestione» in senso proprio, che si concreta, soprattutto, nella sorveglianza continua degli investimenti. Questa forma di *investment trust* risulta, quindi, a differenza dell'altra, informata ad una concezione dinamica dell'investimento;

- **semifixed (semiflexible) trusts**. Rappresenta un tipo intermedio fra quelli appena esaminati. Il gestore ha la possibilità di variare la composizione del portafoglio, ma solo nell'ambito di una lista di titoli predeterminata. A volte vi sono due liste: una principale ed una di riserva. Quest'ultima comprende i titoli destinati a sostituire quelli della lista principale, nell'ipotesi che variazioni si rendano necessarie⁴⁵.

⁴³ B. LIBONATI, *Holding e investment trust, Opere monografiche. Volume I*, op. cit., p. 498, sottolinea che il diretto antecedente dell'*investment trust* è «il business trust o Massachusetts trust, in cui una determinata attività viene esercitata, con riferimento a un complesso di beni, da un board of trustees, a vantaggio dei possessori di certificati rilasciati in corrispondenza dei beni affidati al trust».

⁴⁴ A. NIGRO, voce *Investment trust*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, 1972, precisa che l'*investment trust*: «a) raccoglie i capitali di più risparmiatori, concentrandoli in un unico patrimonio comune; b) investe la considerevole quantità di risparmio così ottenuta in azioni, obbligazioni od in altri titoli, adottando il principio della «ripartizione» e «diversificazione» degli investimenti in più imprese (principio che rappresenta uno dei caratteri più salienti dell'*investment trust*, essendo inteso - a specifica tutela dei partecipanti - ad impedire che quest'organismo si trasformi, da un lato, in un'impresa a carattere eminentemente speculativo, dall'altro, in uno strumento di controllo delle società i cui titoli ha acquistato), in modo da ridurre, se non eliminare del tutto, l'alea tipica di ogni investimento; c) assicura ai risparmiatori partecipanti una stabilità di reddito, garantendo al tempo stesso (almeno in via normale) l'integrità del capitale raccolto; d) elimina ogni onere di amministrazione, di sorveglianza del mercato e degli investimenti, oneri che sono assunti da gestori specializzati, esperti della materia; e) garantisce, almeno di regola, l'immediata liquidabilità dell'investimento, attraverso il meccanismo del rimborso diretto al partecipante?».

Questi ultimi, infatti, si spogliano della disponibilità materiale dei beni conferiti, nonché anche della gestione degli stessi; il gestore, invece, pur gestendo i predetti beni, lo deve fare nell'interesse dei primi; la banca depositaria, infine, li custodisce, senza poterli gestire, e pur sempre nell'interesse di altri soggetti.

La tripartizione illustrata della situazione di appartenenza dei beni conferiti, in particolare, in tre interessi differenziati, che è alla base dell'istituto dell'*investment trust*, non ha posto problemi di sorta circa la compatibilità con gli ordinamenti giuridici di *common law*, poiché risulta essere in linea con la concezione proprietaria propria di questo ordinamento.

Discorso diverso, invece, sarà effettuato con riferimento a quegli ordinamenti di *civil law*, come quello italiano, che si basano su una concezione del diritto di proprietà del tutto diversa e che ha reso difficile la conciliazione della stessa con nuove situazioni di appartenenza come quella delineata dal *trust* e dall'*investment trust*⁴⁵.

2. La proprietà nei sistemi di *civil law*

Le caratteristiche e le origini storiche della *law of property* dei sistemi di *common law* hanno caratterizzato anche gli ordinamenti continentali in epoca medievale e poi fino al XVIII secolo; il percorso storico di questi sistemi giuridici, tuttavia, ha intrapreso un cammino diverso, a partire dalla rivoluzione francese, che ha segnato, infatti, anche da un punto di vista giuridico, una netta rottura con il passato.

Anche gli ordinamenti di *civil law*, in particolare, in epoca medievale hanno visto la diffusione di una concezione di appartenenza analoga a quella che si era diffusa in Inghilterra, e, infatti, l'assetto

⁴⁵ B. LIBONATI, *Holding e investment trust, Opere monografiche. Volume I*, op. cit., p. 499, qualifica la società di gestione come titolare dei diritti oggetto del *trust* ma, poi, precisa che si tratterebbe solo di una titolarità apparente. Dal fatto di dover ricorrere a categorie come quella della titolarità apparente si può desumere già la difficoltà di inquadrare l'istituto da un punto di vista estraneo agli ordinamenti di *common law* e alle situazioni di appartenenza da esso previste. L'autore, ancora, a p. 545, cerca di giustificare la scissione tra legittimità e proprietà propria dello schema dell'*investment trust* (spettando, infatti, la legittimità di disposizione dei beni al gestore e la proprietà agli investitori), e lo inquadra all'interno del mandato senza rappresentanza. "Lo schema è il seguente: ciascun investitore conferisce mandato, senza rappresentanza, alla società di gestione e alla banca per un'attività di investimento in titoli azionari. Ciascun investitore, cioè, conferisce mandato ai suddetti enti affinché questi, operando per suo conto e attenendosi a determinate istruzioni, acquistino e vendano, riacquistino e rivendano, titoli azionari. Gli effetti giuridici del rapporto saranno ovviamente, il trasferimento, al momento dell'acquisto, della proprietà dei titoli all'investitore e della legittimazione ai gestori. Gli effetti pratici, che la società di gestione e la banca amministreranno, per conto dell'investitore, un patrimonio investito in titoli azionari?".

proprietario che traeva le sue origini e caratteristiche principali nel sistema feudale si era radicato in tutta Europa e permaneva anche a seguito della crisi di quel sistema.

Proprio in Francia, ad esempio, paese che poi sarà il principale protagonista nell'affermazione della moderna concezione dell'appartenenza, la proprietà era intesa come diritto a godere di utilità ricavabili dalla cosa; l'oggetto del dominio, in particolare, era la c.d. *saisine*, coincidente con l'astratto potere del singolo di trarre utilità dal bene.

La *saisine*, così come si è detto con riferimento agli *estates*, poteva avere ad oggetto interessi molto diversificati e riguardare vantaggi direttamente fruibili dalla cosa o, diversamente, anche grazie all'attività di soggetti che avevano la facoltà di servirsi della terra.

Secondo la concezione medievale, dunque, anche nei sistemi di *civil law*, la proprietà è qualunque appartenenza di un diritto, sganciato dalla materialità del bene, e risulta frantumata e parcellizzata in una rete di rapporti tra una pluralità di soggetti⁴⁶.

Con la crisi del sistema feudale, a partire dal XIV secolo, analogamente a quanto si è già detto per i sistemi di *common law*, pur scomparendo i rapporti di vassallaggio, la concezione della proprietà così come si era affermata in epoca feudale rimane radicata nella cultura giuridica degli ordinamenti di *civil law*⁴⁷.

È solo con l'affermazione dell'ideologia rivoluzionaria che si superò il concetto di appartenenza quale titolarità simultanea di molteplici interessi sulla cosa; i principi proclamati dai rivoluzionari, infatti, miravano a liberare la proprietà terriera da tutti i vincoli feudali che si erano diffusi in via consuetudinaria e che avevano reso ordinario quello "smembramento" della proprietà⁴⁸, tipico del sistema feudale.

Proprio perseguendo tale obiettivo, il movimento rivoluzionario elaborò una concezione di proprietà che riprendeva quella romanistica e che i giuristi all'interno delle università avevano già studiato

⁴⁶ A. CANDIAN, *Propriété*, Parte II, in *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, op. cit., p. 203.

⁴⁷ A. CANDIAN, *Propriété*, Parte II, in *Property-Propriété-Eigentium*, op. ult. cit., p. 220, proprio con riferimento alla Francia, sottolinea che a partire dal XIV secolo si assiste a una divaricazione del diritto positivo applicato, da una parte, e di quello studiato dai giuristi all'interno delle università, dall'altra. Mentre il primo è ancora influenzato dalle categorie elaborate in epoca feudale, il secondo, invece, studia il diritto romano, risalente al *Corpus Iuris* di Giustiniano e, con riferimento alla proprietà, elabora la concezione della stessa quale diritto assoluto su un bene corporale, concezione che, poi, troverà la sua piena affermazione anche nel diritto positivo con la Rivoluzione francese.

⁴⁸ A. NATUCCI, *Il principio di tipicità dei diritti reali*, Cedam, Padova, 1988, p. 39, osserva: "Ciò che caratterizza il diritto intermedio nei confronti del diritto romano classico e del diritto moderno, e che fa propendere per un sistema di atipicità vigente in quel periodo, è essenzialmente lo smembramento della proprietà: il concorrere, cioè, sullo stesso bene (particolarmente sugli immobili destinati all'agricoltura) di più diritti aventi contenuto e durata assai simili a quelli della (piena proprietà), caratteristiche per le quali l'elaborazione giurisprudenziale del Medioevo, giungerà a ravvisare in essi, accanto e in contrapposizione al dominio diretto una sorta di dominio che, consistendo essenzialmente nel godimento e nello sfruttamento del bene stesso, verrà detto utile. È cioè la teoria del dominio diviso quella che sintetizzerà nel modo più evidente, l'evoluzione (o l'involuzione) dei rapporti economici aventi ad oggetto la terra, e delle connesse forme e concetti giuridici, avvenuta nel Medioevo".

attraverso la lettura del *Corpus Iuris* di Giustiniano, e la cristallizzò nell'art. 544 del *Code Civil*, in forza del quale, “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

Il diritto di proprietà viene, quindi, ad essere inteso quale diritto del soggetto di godere e disporre della cosa in modo pieno e assoluto, in netto distacco dalle concezioni precedenti, tanto che Pothier, principale redattore del *Code civil*, nel suo *Traité de la Propriété* parla della proprietà di stampo feudale non come di un *verum dominium* ma come “*domaine de superiorité*”, e, in particolare, nella sua opera si legge: “*Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété qui doit faire la matière du présent traité, on doit plutôt l'appeller domaine de superiorité*”⁴⁹.

La nuova concezione della proprietà, del resto, è, a sua volta, fortemente influenzata dal pensiero che era alla base della scuola del giusnaturalismo, la quale vede e pone al centro della sua analisi l'individuo, nonché la centralità dei diritti essenziali che fanno capo allo stesso. Con il *Code civil*, in particolare, si assiste a un intreccio tra tradizione giuridica romanistica e tradizione filosofica; con l'elaborazione della nuova concezione del diritto di proprietà la prima, cioè, dà forma tecnica al giusnaturalismo⁵⁰.

Il giusnaturalismo, proprio con riferimento al diritto di proprietà, in particolare, ne aveva individuato un fondamento meta-positivo, considerandolo alla stregua di un diritto naturale intrinsecamente appartenente all'uomo e che, in quanto tale, non poteva non essergli riconosciuto⁵¹ e concepito quale diritto per eccellenza, proclamato dal codice francese e simbolo della libertà individuale, nonché del pensiero rivoluzionario⁵².

Il concetto di dominio assoluto, di appartenenza esclusiva di un bene trova, come detto, la sua origine nel diritto romano e, proprio come nel modello romanistico, una delle centrali peculiarità della concezione della proprietà è quella di essere concepita come avente ad oggetto beni corporali,

⁴⁹ J. R. POTHIER, *Traité du droit domaine de propriété*, Ch. Premier, par. III, in *Oeuvres de Pothier*, Bruxelles, H. Tarlier, 1832, Tomo V, p. 210.

⁵⁰ A. CANDIAN, *Propriété*, Parte II, in *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, op. cit., p. 227; in P. GROSSI, voce *Propriété (diritto intermedio)*, XXXVII, Enciclopedia giuridica, Giuffrè, 1988, si legge: “*i giuristi con le analisi rivoluzionarie e postrivoluzionarie in Francia, con quelle pandettistiche in Germania, traducono con l'ausilio dell'istrumentario tecnico-romano le intuizioni filosofico politiche in regole di diritto*”.

⁵¹ L'art. 2 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, del 1789, proprio a testimonianza dell'influenza del pensiero giusnaturalista afferma che: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*”, e l'art. 17: “*Les propriétés étant inviolables et sacrées, nul ne peut en être privé, si ce n'est quand la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*”.

⁵² A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), osserva che “*Probabilmente non si va lontani dal vero quando si suppone che il code civil nel codificare la materia proprietaria fu il primo esempio di legislazione politica. Ovvero la sua sistematica fu suggerita anche da visioni del problema proprietario che non faceva parte della tradizione giuridico tecnica, ma avevano altre radici culturali*”, p. 204, nota numero 44.

nei cui confronti è, infatti, facilmente immaginabile il potere assoluto di signoria del proprietario; solo in un momento successivo il diritto di proprietà è stato esteso in via interpretativa anche ai beni incorporali, così come è accaduto anche nel diritto italiano, dove gli interpreti hanno spesso e facilmente applicato analogicamente le norme sulla proprietà anche a beni immateriali, laddove i diritti di credito siano stati inadeguati a tutelare la situazione giuridica che li riguardi⁵³.

Tra i principi affermati dalla Rivoluzione, poi, deve essere ricordato anche quello in forza del quale l'unica fonte ammessa dei diritti reali e, così, del diritto di proprietà, era quella legislativa, in netto contrasto con il periodo medievale che, invece, era stato dominato dall'affermazione di regole in via consuetudinaria; in questo contesto, la legge non poteva che riconoscere il diritto di proprietà come diritto soggettivo pieno ed assoluto, perché così era concepito nella sua dimensione di diritto naturale.

Dalla assolutezza del diritto di proprietà, così come dal necessario rapporto diretto della proprietà con il bene, derivava la intrinseca incompatibilità di più situazioni di appartenenza sul medesimo bene, tanto che, infatti, il diritto di proprietà non concepiva ontologicamente delle limitazioni al diritto stesso.

Da qui è evidente la profonda distinzione della concezione dominicale che si pone a fondamento dei sistemi di *civil law* e delle relative codificazioni moderne, rispetto a quella di *common law* che, invece, si pone in linea di continuità con la idea medievale degli assetti proprietari, intesa, infatti quale diritto avente ad oggetto un'entità immateriale dal contenuto più vario e che, dunque, ben può coesistere con altre sullo stesso bene.

Nei sistemi di *civil law*, in particolare, cercando di riassumere la concezione della situazione proprietaria, può dirsi che essa sia concepita come una relazione tra il soggetto e la cosa; nei sistemi di *common law*, invece, la stessa configura essenzialmente un rapporto tra più soggetti in relazione ad una cosa.

Dalla concezione in esame, d'altra parte, deriva ancora un'ulteriore conseguenza, che distanzia i sistemi di *civil law* da quelli di *common law*, e che è rappresentata dal fatto che tutto ciò che non rientra nella concezione del diritto dominicale, inteso quale diritto assoluto e immediatamente riferito a una cosa corporale, deve necessariamente in *civil law* essere ricondotto nel diverso ambito delle obbligazioni, che regolano, infatti, tutti i rapporti giuridici tra soggetti, nei quali, cioè, sia necessaria la

⁵³ A. CANDIAN, *Propriété*, Parte II, in *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, op. cit., p. 187.

prestazione di un altro individuo e il rapporto non può esaurirsi in quello diretto con una cosa: il diritto dominicale, infatti, inteso quale diritto assoluto e oggettivo mal si presta a regolare fattispecie che, da un lato, implicano la limitazione del diritto reale stesso, e, dall'altro, comportano una cooperazione necessaria tra due o più soggetti⁵⁴. La riconduzione di tali fattispecie nell'ambito del diritto delle obbligazioni, d'altra parte, determina anche il riconoscimento e la possibilità di applicare solo gli strumenti di tutela propri del diritto delle obbligazioni, principale, tra tutti, quello risarcitorio. Nei sistemi di *common law*, invece, è stato agevole ricondurre nell'ambito della *law of property* i più diversi istituti, riconoscendo che gli stessi diano luogo a nuove tipologie di appartenenza e attribuendogli forme di tutela proprie della *law of property* stessa, come, ad esempio, nel caso del *trust* e dei rimedi garantiti al *settlor of the trust*.

A fronte di tali impostazioni di base così diverse, tuttavia, nei sistemi giuridici di *civil law* e, in particolare, in quello italiano, come si vedrà nel prossimo capitolo, si è assistito all'emersione nella prassi dell'esigenza di recepire alcuni istituti afferenti alla concezione proprietaria dei sistemi di *common law*.

Questa tendenza, d'altra parte, si riscontra anche in recenti e meno recenti interventi legislativi che sono stati testimoni di una tendenza ad ammettere forme di proprietà sempre più lontane dalla concezione ottocentesca e più simili, invece, a quella propria dei sistemi di *common law*.

Di fronte a tali fenomeni, sembrerebbe, da un lato, che i principi fondanti il modello proprietario napoleonico siano venuti in parte meno e, dall'altro, che il tentativo da parte di alcuni autori di ricondurre questi nuovi assetti dominicali all'interno di categorie ad essi estranee, afferenti ai sistemi di *civil law*, sia, in fondo una forzatura non necessaria, trattandosi di sistemi che, come si è visto, con particolare riferimento alla *law of property*, hanno avuto uno sviluppo e un percorso storico del tutto differente.

Nel prossimo capitolo, quindi, inizialmente, si farà un passo indietro, individuando le caratteristiche del diritto di proprietà riconosciute tradizionalmente dal diritto italiano e derivanti dalla concezione dominicale napoleonica; nel prosieguo si cercherà di capire se si tratti di caratteristiche superabili o se, al contrario, siano inderogabili e, infine, si vaglieranno trasversalmente alcuni degli istituti

⁵⁴ U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), Utet giuridica, 2015, p. 19, osserva che: "Rispetto all'evoluzione nel sistema di *common law*, possiamo immediatamente dire che la proprietà privata trovò fin dall'origine nel diritto delle obbligazioni un potente rivale. I giuristi continentali raccolti nelle emergenti Università, si mostrarono maggiormente proclivi a sviluppare una teorica generale delle obbligazioni, piuttosto che le potenzialità della proprietà privata, percepita sul modello del *dominium romanista*, e quindi sostanzialmente fonte di potere e di autorità, piuttosto che limite all'utilizzo illimitato delle risorse scarse. Di conseguenza, furono le obbligazioni e non la proprietà a conquistare fin da subito il primato, dal punto di vista tecnico-giuridico".

sviluppati prima nella prassi e poi riconosciuti a livello legislativo o introdotti dal legislatore nel tentativo di recepire delle esigenze manifestate dagli operatori del diritto, per concludere cercando di delineare i confini dell'attuale concezione di appartenenza sottesa all'ordinamento italiano.

Capitolo II

La proprietà nell'ordinamento italiano: l'affermazione di nuove forme proprietarie. Un avvicinamento ai sistemi giuridici anglo-americani?

Il capitolo si propone, innanzitutto, di descrivere i due fondamentali corollari derivanti dalla concezione di origine napoleonica della proprietà: il principio del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali; di seguito, si valuterà se si tratti di principi giuridicamente superabili o, al contrario, di *regulae iuris* imperative e, dunque, inderogabili.

Si analizzeranno, quindi, alcune fattispecie prima diffuse nella prassi e poi recepite dal legislatore e altre sin da subito previste a livello legislativo, nelle quali emerge la tendenza dell'ordinamento italiano a disciplinare situazioni di appartenenza cercando di distribuire le varie prerogative proprietarie tra più soggetti.

Si cercherà, in conclusione, di capire se l'ordinamento giuridico italiano, si stia avvicinando, nel settore del diritto in esame, al sistema di *common law*, ricorrendo a forme di appartenenza sempre più vicine a quelle ad esso riconducibili.

1. Il *numerus clausus* e la tipicità dei diritti reali

La concezione della proprietà nei moderni sistemi giuridici di *civil law*, così come si è formata all'indomani della rivoluzione francese, era caratterizzata, analogamente a tutti i diritti reali, da due specifiche peculiarità: il *numerus clausus* e la tipicità¹, in forza dei quali i diritti reali, da una parte,

¹ M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), p. 216, osserva, infatti che “la problematica del *numerus clausus* è diversa, come ormai è generalmente riconosciuto, da quella della tipicità, attenendo la prima alla esclusività della fonte, e cioè all'ordinamento che limita l'autonomia del soggetto, e la seconda alla determinazione del contenuto, cioè del tipo della situazione reale che il soggetto può scegliere”. Il principio di tipicità e quello di *numerus clausus* dei diritti

sarebbero solo ed esclusivamente quelli previsti dal codice civile (numero chiuso), e, dall'altra, dovrebbero necessariamente avere le caratteristiche tipiche, previste *ex ante* dalla legge e non determinabili autonomamente dai soggetti.

Si tratta di due caratteri strettamente legati² all'ideologia che era alla base del *Code Napoleon* e della scuola del giusnaturalismo, in forza della quale, infatti, come già si è analizzato nel precedente capitolo, da una parte, i diritti reali e, così, il diritto di proprietà, non potevano che essere quelli previsti dal legislatore, in modo tale da impedire la creazione di situazioni di appartenenza dal contenuto minore rispetto al pieno diritto proprietario, non determinati *ex ante*, e che potessero di fatto limitare e vincolare la proprietà privata, frustrando gli intenti sottesi all'ideologia rivoluzionaria. In forza della menzionata tipicità, dall'altra parte, il contenuto dei diritti in esame e, in particolare, del diritto di proprietà, non poteva che essere determinato dall'ordinamento proprio per garantire quell'ampiezza e pienezza di poteri che consentissero di concepire effettivamente la situazione proprietaria quale simbolo dell'autonomia e libertà individuale, non limitabile con modalità che incidessero sul contenuto intrinseco del diritto attraverso accordi privati.

- *Il contenuto tipico del diritto di proprietà.*

I caratteri tipici che, tradizionalmente, vengono attribuiti alla situazione proprietaria sono quelli, come già si legge nell'art. 544 del *code civil* francese, della pienezza, assolutezza, autonomia, esclusività, unitarietà, perpetuità, elasticità, intesa in senso tecnico e in una accezione restrittiva: caratteristiche che la renderebbero, di per sé, incompatibile con qualsiasi limite che ad essa si volesse apporre, ancorché nell'esercizio dell'autonomia privata. La pienezza, l'assolutezza, l'autonomia, l'esclusività, nonché l'unitarietà del diritto di proprietà configurano un'area di autonomia insindacabile in capo al proprietario rispetto al rapporto con la cosa oggetto della sua signoria, e in questo, appunto, si ravviserebbe la dimensione "rivoluzionaria" della proprietà, in netto contrasto con le categorie ordinanti sottese al diritto delle obbligazioni, all'interno del quale, infatti, le parti devono necessariamente cooperare tra loro, rispettando una serie di obblighi di comportamento: fondamentale, ad esempio, è l'obbligo di correttezza ex art. 1175 c.c., da cui, peraltro, deriva una

reali, peraltro, si rinvia anche all'art. 543 del codice Napoleonico, il quale, infatti, dispone che "*On peut avoir sur le biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre*".

² M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), Giuffrè, 2011, p. 219 e ss.

concezione, per così dire, “moralizzante” del rapporto obbligatorio, anche alla luce della moderna interpretazione giurisprudenziale³.

La pienezza e l'assolutezza del diritto di proprietà, inoltre, sarebbero diretta conseguenza, nonché allo stesso tempo causa di un'altra fondamentale caratteristica della situazione dominicale, derivante, come si è visto, dalla concezione romanistica della stessa, e che consiste nella inerenza diretta del diritto ad una cosa corporale, da cui, peraltro, ne discenderebbe, quale ulteriore requisito tipico, la sua opponibilità a chiunque e indipendentemente dalla cooperazione del proprietario con altri soggetti⁴. Questi ultimi, infatti, dovrebbero esclusivamente astenersi da qualsiasi atto che possa interferire con la piena espletazione del diritto di proprietà, essendo irrilevante l'eventuale manifestazione della volontà in tal senso del proprietario.

La situazione reale, dunque, da un lato, risulta esattamente opposta a quella caratteristica del diritto delle obbligazioni in cui l'obbligazione stessa è definibile proprio come rapporto tra due soggetti e che, dunque, presuppone l'esistenza di due parti e, dall'altro, è estranea anche al principio proprio della teoria del contratto, fonte per eccellenza di obbligazioni, della c.d. relatività degli effetti del contratto, alla luce del quale, ex art. 1372 c.c., il contratto, appunto, può produrre effetti solo tra le parti che si sono vincolate, proprio al fine di evitare che un soggetto possa produrre unilateralmente effetti giuridici nella sfera di un diverso soggetto⁵, in assenza del necessario consenso⁶ di quest'ultimo.

Il diritto di proprietà, al contrario, ha ad oggetto una cosa e arriva persino ad identificarsi con essa e da tale inerenza discende automaticamente l'obbligo nei confronti di tutti i consociati di astenersi dall'interferenza con la situazione proprietaria, indipendentemente da una manifestazione di volontà del titolare del diritto dominicale.

Tra le caratteristiche ricondotte tradizionalmente al diritto di proprietà vi è poi, come ricordato, la sua elasticità e perpetuità. Con il termine elasticità, in particolare, si intende la capacità del diritto di

³ Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Cassazione, sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giustizia Civile*, 2009, 12, I, p. 2671 e ss.; in *Vita notarile*, 2010, 1, I, p. 229 e ss.; in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010, 5, II, p. 828 e ss., che, nel qualificare come abusivo il recesso *ad nutum* esercitato da uno dei contraenti, seppur previsto nel contratto, ha sottolineato la regola fondamentale secondo cui nella contrattazione privata le parti devono comportarsi secondo buona fede, non abusando dei propri diritti e cercando di causare il minore aggravio possibile nella sfera giuridica della controparte; ancora Corte Costituzionale, ordinanza del 2 aprile 2014, n. 77, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 2, p. 1497 e ss., dove si legge che, nella valutazione della validità della caparra confirmatoria, ex art. 1385 c.c., prevista dalle parti, l'autorità giudiziaria debba verificare che la stessa rispetti il dovere di solidarietà imposto a tutti i consociati dall'art. 2 Cost. e, in caso di contrasto con quest'ultima disposizione, dichiararne d'ufficio la nullità ex art. 1418 c.c.

⁴ Cft., ad esempio, A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, Cedam, 2008, p. 130.

⁵ Cft. A. NATUCCI, op. cit., p. 157.

⁶ M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 107; A. NATUCCI, op. cit., p. 160.

proprietà di “restringersi” se gravato da un diritto reale minore⁷ e di riespandersi, automaticamente, non appena tale diritto si estingue, al fine di evitare che le utilità giuridiche racchiuse nel diritto reale minore rimangano adespote finché non intervenga un altro negozio giuridico che ne determini l'appartenenza⁸.

L’“elasticità”, infatti, qui non allude certo a una presunta flessibilità del diritto in esame, il quale è caratterizzato, al contrario, come si sta analizzando, da specifiche peculiarità predeterminate che lo hanno reso, piuttosto, estremamente rigido e “statico”.

Con il termine perpetuità si intende, infine, la non apponibilità di limiti temporali alla situazione di appartenenza, caratteristica che è strettamente legata alla imprescrittibilità del diritto dominicale.

1.1 Le giustificazioni portate a sostegno della tipicità del diritto di proprietà

La caratterizzazione classica del diritto di proprietà, affonda senz'altro, come si è detto, le sue radici in motivazioni di ordine storico ed ideologico, profondamente radicate nella nostra cultura giuridica e coincidenti con la formazione del diritto moderno. La dottrina, tuttavia, non ha mancato di ricercare anche a livello positivo le ragioni fondanti i principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, proprio al fine di giustificarne la sussistenza anche nel nostro attuale ordinamento.

In tale contesto, innanzitutto, gli autori restringono il campo di indagine sottolineando che la pienezza e l'assolutezza del diritto di proprietà va intesa esclusivamente con riferimento all'ambito dei rapporti privatistici, essendo pacifico che a livello pubblicistico sussistano dei vincoli, come è chiaramente dimostrato dalla possibilità per la P.A. di ricorrere all'espropriazione forzata per pubblica utilità, quale forma estrema di limite alla proprietà privata, la quale, infatti, viene ad essere annullata⁹. D'altra parte è lo stesso art. 41 della Costituzione che enuncia la “funzione sociale della proprietà” in forza della quale è ben possibile sacrificare il diritto individuale¹⁰.

⁷ Diritto necessariamente previsto dal legislatore, in forza del principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

⁸ A. GAMBARO, op. cit., p. 220.

⁹ Il procedimento espropriativo trova oggi regolamentazione nel d. lgs. 327 del 2001 che, a seguito dell'influenza della giurisprudenza CEDU e degli interventi della Corte Costituzionale, riconosce il diritto dell'espropriato all'indennizzo parametrato al valore di mercato, al fine di dare una reale compensazione del diritto di proprietà di cui si è private e impedendo la corresponsione di indennizzi meramente simbolici e irrisori.

¹⁰ M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), p. 154, sottolinea che “nella proprietà il nucleo fondamentale della situazione sarà rappresentato, oltre che dalle essenziali facoltà di godimento e dai poteri di disposizione previsti dalla legge nei vari statuti del diritto, in riferimento ai diversi tipi di beni, anche dal limite interno generale

Anche a livello codicistico è presente il riferimento a limiti alla situazione dominicale, ma pur sempre imposti a monte dal legislatore: l'art. 832 c.c., infatti, richiama testualmente i limiti e gli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico nei confronti della proprietà, imponendo, dunque, una restrizione alla situazione di appartenenza ma in modo analogo a quanto già statuito a livello costituzionale¹¹.

La dottrina, tuttavia, intende l'apposizione dei suddetti limiti da parte del legislatore come fenomeno eccezionale rispetto alla concezione in termini pieni ed assoluti del diritto di proprietà e ristretto, pertanto, al caso dei limiti imposti a livello pubblicistico: ma proprio dalla suddetta qualificazione come eccezionale, ne discenderebbe, secondo i generali criteri interpretativi del diritto¹², la lettura della stessa in termini rigorosamente restrittivi, non consentendo, dunque, l'apposizione alla posizione dominicale di ulteriori forme di limitazione da parte dell'autonomia privata.

La dottrina tradizionale, inoltre, a sostegno della necessaria tipicità del diritto di proprietà, ha fatto riferimento al principio generale di *ordine pubblico economico* secondo cui godimento, gestione e disposizione dei beni debbano concentrarsi necessariamente nelle mani di un unico soggetto¹³, in modo tale da evitare la creazione di situazioni di appartenenza atipiche. Queste ultime, infatti, sarebbero caratterizzate da un contenuto liberamente vincolato e limitato, e, dunque, per definizione non conoscibile *ex ante* dagli altri consociati¹⁴, la cui autonomia, in tal modo, subirebbe una limitazione inevitabile, non potendo prefigurarsi con chiarezza le varie situazioni dominicali di volta in volta elaborate.

Gli autori, inoltre, quale diretto corollario delle considerazioni precedentemente svolte, vedono nei vincoli al diritto di proprietà un limite in senso negativo alla *circolazione dei beni e della ricchezza*¹⁵: se si riconoscesse alle parti, infatti, la possibilità di apporre vincoli non determinati *ex ante* al diritto in

della funzione sociale, nonché dai vari limiti più particolari inerenti sia a una figura di proprietà non ancora sufficientemente differenziata, quale la proprietà immobiliare (vedi ad es. i limiti derivanti dai rapporti di vicinato), sia ai multiformi statuti della proprietà agraria, urbana, di aree edificabili ecc.”.

¹¹ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, op. cit., p. 131, osserva che l'esplicitazione di tali limiti pubblicistici al diritto di proprietà sono espressione dell'ideologia del regime fascista dell'epoca: “*In tal modo si apriva automaticamente uno spazio di confluenza con le intenzioni del regime dell'epoca tutto teso ad esaltare il momento pubblicistico, la prevalenza dell'interesse dello Stato – e della nazione – su quello individuale*”.

¹² L'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, infatti, vieta l'interpretazione analogica delle leggi eccezionali.

¹³ M. COMPORI, cit., p. 165 sostiene che “*il contenuto essenziale della situazione reale funge da limite al regolamento dell'autonomia privata, in base al criterio dell'ordine pubblico, che costituisce l'invalidabile confine delle pattuizioni dei privati*”.

¹⁴ M. COMPORI, in *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè, 2005, p. 207, osserva che “*La regola secondo la quale non esiste autonomia privata nel settore dei diritti reali, in quanto i privati possono creare diritti reali solo secondo i tipi che presenta l'ordinamento, sembra trovare giustificazione nelle esigenze di ordine pubblico di una corretta legislazione e di un adeguato traffico dei beni. Cioè la creazione di diritti di così grande importanza sul piano economico, di diritti che hanno normalmente lunga vita, che si stabilizzano sui beni, che si trasmettono e che evidenziano opponibilità anche nei confronti dei terzi, regolando il destino anche futuro dei beni, si giustifica su basi oggettive e di interesse generale, con particolare riferimento all'esigenza di certezza dei traffici giuridici, e all'esigenza di sicurezza nel traffico dei beni*”.

¹⁵ V. G. CATTANEO, *Riserva della proprietà ed aspettativa reale*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1965, p. 972.

esame, dando vita a situazioni proprietarie atipiche, la circolazione dei beni risulterebbe profondamente ostacolata, in maniera inammissibilmente imprevedibile.

Eventuali limitazioni delle situazioni proprietarie, comportanti un effetto caratterizzato così negativamente, dunque, non potrebbero che essere necessariamente imposte a monte dal legislatore e giustificate, quindi, da una valutazione generale *ex ante*, che configuri un motivo eccezionale riconducibile a esigenze di ordine pubblico¹⁶, a cui si accennava prima, e non a esigenze del singolo soggetto¹⁷.

A livello positivo, poi, la tipicità del diritto di proprietà viene fatta discendere dalla mancata previsione nell'ambito dei diritti reali di una norma analoga all'art. 1322, secondo comma, c.c. o, comunque, dalla non esplicita estensione agli stessi del principio di autonomia contrattuale delle parti e di atipicità dei contratti: se il legislatore avesse voluto estendere questo fondamentale principio, si dice, lo avrebbe fatto esplicitamente (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*)¹⁸, non potendo lasciare implicita tale dirompente conseguenza.

Inoltre, la dottrina tradizionale afferma che la tipicità dei diritti reali discenderebbe automaticamente dal principio di tassatività degli atti *trascrivibili*¹⁹, i quali, ai sensi dell'art. 2643 c.c., infatti, sono necessariamente quelli che costituiscono o trasferiscono a loro volta un diritto reale: poiché gli atti trascrivibili sono tipici, allora si desumerebbe che anche i diritti oggetto di quegli atti debbano essere necessariamente tipici.

La disposizione imperativa di cui all'art. 2740 c.c., infine, ha una portata generale e centrale dell'ordinamento civilistico e a fondamento di essa la dottrina tradizionale²⁰ ricollega il riconoscimento di un principio di ordine pubblico, consistente nella tutela del credito e dell'economia da cui discenderebbe la non ammissibilità di situazioni proprietarie atipiche.

¹⁶ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Edizione scientifiche italiane, 2012, p. 324.

¹⁷ A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Rivista Critica del diritto privato*, 2000, p. 468, parla a tal proposito della esigenza di standardizzazione del mercato: "Un commerciante che vende un bene non standardizzato impone un costo che né lui né il suo acquirente sostengono, perché la stessa possibilità di tale scambio impone tutti gli acquirenti di ottenere maggiori informazioni sui traffici".

¹⁸ M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento sui cosa altrui*, Giuffrè, 1940, p. 170; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Giappichelli, 1958 p. 406.

¹⁹ Tesi sostenuta, ad esempio, da A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 234; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), IX, Torino, 2012, p. 227; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, op. cit., p. 243; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, cit., vol. I, tomo II, Torino, 2012, p. 148; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), vol. 4, Torino, 2012, p. 133.

²⁰ E. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore – Spunti sistematici intorno all'art. 2740, secondo comma, c.c.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, p. 250; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, Trattato Rescigno, XIX, Torino, 1997, p. 511; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 75.

L'articolo in esame, infatti, prevede, che il patrimonio del debitore (tutti i suoi beni presenti e futuri) costituisce la garanzia generica per i creditori, in via inderogabile, salvo le eccezioni previste esclusivamente dalla legge, proprio al fine di evitare l'elusione (per di più, attuata con mezzi "atipici") di tale principio generale, sottraendo beni del debitore, attraverso la previsione di situazioni di appartenenza atipiche, a danno dei creditori del debitore²¹, nonché della certezza e trasparenza dei traffici commerciali.

Una parte della dottrina, inoltre, ha individuato la *ratio* del secondo comma dell'art. 2740 c.c. nella esigenza di garantire la giuridicità del rapporto obbligatorio: se, infatti, debitore e creditore potessero limitare con efficacia *erga omnes* la garanzia patrimoniale generica del debitore stesso, sarebbe vanificato il meccanismo fondamentale per l'attuazione del rapporto obbligatorio e sarebbero compromesse, di conseguenza, le basi di un sistema di libero scambio fondato sulla promessa²², come è, appunto, il sistema di diritto civile italiano.

Non mancano gli autori che, muovendo da considerazioni di ordine più generale, trovano un ulteriore fondamento della tipicità dei diritti reali, affermando che attraverso la stessa "*si perviene alla tutela del soggetto più debole nei confronti del soggetto più forte, che potrebbe servirsi dello strumento contrattuale per imporre, a danno di altri soggetti, particolari modi di godimento dei beni realizzanti posizioni atipiche di privilegio*"²³. Si vuole cioè impedire un utilizzo distorto dell'autonomia contrattuale, a discapito delle parti contrattualmente più deboli, al fine di salvaguardarle, vietando a monte in modo assoluto l'espletamento della libertà contrattuale in relazione al diritto di proprietà.

²¹ Tale previsione, in particolare, si legge al secondo comma dell'art. 2740 c.c., che, come analizza G. R. ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore: nuove prospettive*, in *Europa e Diritto privato*, 3, 2012, p. 813 e ss., non era presente nel codice civile del 1865 che, all'art. 1948, infatti, disponeva solo che: "*chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili e immobili, presenti e futuri*". L'autore, poi, fornisce una chiara spiegazione del perché l'evoluzione legislativa ha portato all'introduzione del limite presente oggi nel secondo comma dell'art. 2740 c.c.

²² E. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore – Spunti sistematici intorno all'art. 2740, secondo comma, c.c.*, cit., p. 252.

²³ M. COMPORI, cit., p. 218, che prosegue affermando che "*l'esperienza del settore contrattuale sembra invero dimostrare che il più ampio spazio all'autonomia privata tende a risolversi in strumento di vantaggio del contraente più forte nei confronti di quello più debole: come l'evoluzione del sistema economico verso un mercato dominato da gruppi oligopolistici o monopolistici ha evidenziato l'illusorietà dei postulati del pensiero liberale classico nella ricerca di un equilibrio automatico stabilito dalla libera concorrenza, così il fenomeno della contrattazione di massa mediante un regolamento-tipo imposto dai grandi complessi industriali, commerciali o finanziari (pubblici o privati) ha chiarito i notevoli limiti della concezione dell'autonomia privata, basata sulla libertà del volere, come elemento fondamentale dell'organizzazione dei rapporti economici*".

Alcun autori, inoltre, alla luce di una valutazione esclusivamente empirica hanno affermato che a livello pratico sarebbe inutile prevedere diritti reali atipici, poiché vi sarebbe “assenza di domanda”²⁴ e, cioè, mancherebbe l’esigenza concreta dei consociati di usufruire di schemi proprietari atipici.

Alla luce di quanto sin qui esposto, dunque è agevole affermare che, agli occhi del *civil lawyer* tradizionale, a partire dalla rivoluzione francese, il contenuto tipico del diritto di proprietà, concepito come necessariamente pieno ed assoluto, è espressione fondamentale della libertà dell’individuo, così come proclamata all’indomani della rivoluzione francese e ha, infatti, consentito l’annullamento dei vincoli che si tramandavano sin dall’epoca feudale.

Allo stesso tempo, tuttavia, la proprietà, frutto dell’elaborazione ottocentesca, ha, in fondo, portato a un irrigidimento della concezione di appartenenza che, infatti, si ritrova costretta entro le maglie imposte dal legislatore, senza poter essere modificata dall’autonomia privata, alla luce delle sue singole esigenze.

Si è di fronte, pertanto, all’affermazione della libertà personale dell’individuo, di cui la proprietà, infatti, era vista come simbolo, che trova, tuttavia, già nella sua proclamazione il suo limite, poiché la stessa può essere caratterizzata solo nel modo in cui lo ha previsto l’ordinamento giuridico.

2. Il superamento delle tesi tradizionale: ipotesi percorribile?

Il problema della necessaria tipicità o meno del diritto di proprietà è stato già affrontato nella prima metà del ventesimo secolo da autorevole dottrina²⁵, la quale, in particolare, aveva concluso per l’impossibilità di una concezione unitaria del diritto di proprietà. A Pugliatti, in particolare, si deve l’elaborazione della teoria in forza della quale la proprietà non sarebbe unitaria ma comprenderebbe diversificate forme di manifestazione dell’appartenenza; è sua, in particolare, l’immagine esemplificativa della proprietà intesa come un albero da cui si dipartono diversi rami²⁶ corrispondenti alle diverse forme del dominio.

²⁴ Fa riferimento a questa argomentazione, criticandola, A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Rivista Critica del diritto privato*, 2000, p. 458.

²⁵ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145; F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, Milano, 1960, II.

²⁶ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, op. ult. cit., p. 147; ne parla anche A. DI ROBILANT, *Property: a bundle of sticks or a tree?*, 66 *Vanderbilt Law Review*, 2013, p. 878 e *Boston University School of Law Public Law and Legal Theory Paper*, op. cit., p. 895.

L'autore, in particolare, ha analizzato le diverse modalità, rinvenibili nel testo codicistico, in cui può manifestarsi all'esterno la proprietà, come, ad esempio, dal punto di vista soggettivo, nel caso della comproprietà e della proprietà collettiva; dal punto di vista oggettivo e, cioè, del contenuto, del diritto di proprietà, invece, l'autore ha sottolineato la molteplicità delle caratteristiche che lo stesso può assumere. Paradigmatico è il caso dell'enfiteusi che riduce quasi totalmente il contenuto del diritto di proprietà del concedente, "*quasi ad una semplice titolarità (o proprietà formale) a cui si aggiunge il diritto di credito al canone*"²⁷.

Ma lo studio dell'autore consiste in un'analisi di tipo positivistico basata sulla disciplina che il legislatore ha fornito della proprietà.

La questione che si vuole affrontare in questa sede è parzialmente diversa e, infatti, pur prendendo atto di alcune fattispecie che già a livello codicistico esemplificano ipotesi di proprietà differenti da quella relativa alla concezione unitaria, così come affermata all'indomani della rivoluzione francese, si cercherà di capire se la tipicità del diritto di proprietà si basi su argomentazioni inderogabili o se, viceversa, essa possa essere in parte superata nell'attuale ordinamento giuridico, in favore del riconoscimento di situazioni dominicali più elastiche rispetto a quella tipicamente ricollegata alle ideologie rivoluzionarie.

Di seguito, dunque, si vaglierà la superabilità delle argomentazioni poste a sostegno della tesi tradizionale, partendo dal presupposto, innanzitutto, che non vi è alcuna disposizione specifica né ordinaria, né costituzionale, che proclami esplicitamente il principio di tipicità della proprietà.

- La formulazione letterale dell'art. 832 c.c.

Tra le ragioni giustificatrici della tradizionale tipicità del contenuto del diritto di proprietà, gli interpreti, come visto, si sono riferiti alla formulazione letterale dell'art. 832 c.c., che descrive il diritto di godimento e di disposizione delle cose come "*pieno ed esclusivo*", richiamando in tal modo l'ideologia che è sottesa al *code civil* francese.

Ma già dall'analisi di alcune disposizioni codicistiche, che in parte scalfiscono il contenuto del diritto di proprietà, è possibile evincere che la concezione del diritto in esame in termini assolutistici risulti di per sé superabile e, quindi, non necessaria.

Innanzitutto, è agevole osservare che già la lettera dell'art. 832 c.c., pur derivando da quella del noto art. 544 del *code civil*, non comporta di per sé, quale conseguenza logica e necessaria, l'assolutezza,

²⁷ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, op. cit., p. 241.

priva di alcun limite, del diritto di proprietà nella sua esplicazione concreta, tanto che, talvolta, come si diceva, è proprio la legge che appone dei limiti al diritto di proprietà, qualora quest'ultimo possa interferire con la posizione giuridica proprietaria altrui. Basti a tal proposito pensare, tralasciando quelli di tipo pubblicistico²⁸, giustificati, come si accennava, dalla "funzione sociale della proprietà", ex art. 41, Cost., a quelli posti in materia di immissioni, ex art. 844 c.c., che obbligano il proprietario del fondo confinante a sopportare le immissioni che rientrino nella normale tollerabilità; nonché, al contrario, i limiti posti allo sfruttamento della proprietà attraverso l'espletamento di attività industriali, qualora queste producano, appunto, immissioni non tollerabili²⁹.

Elementi a sostegno dell'apponibilità di limiti al contenuto del diritto di proprietà, tanto da erodere la concezione dello stesso in termini assolutistici, si desumono d'altra parte proprio dalla formulazione letterale dell'art. 832 c.c., nella misura in cui si distingue, infatti, da quella dell'art. 436 del precedente codice civile italiano del 1865 che lo definiva come "*il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge e dai regolamenti*".

L'eliminazione dell'aggettivo "assoluto" dalla formulazione letterale della disposizione deve essere inteso come ulteriore allontanamento della concezione assolutistica della situazione dominicale, derivante, in particolare, dalle elaborazioni della teoria dell'abuso del diritto³⁰, alla luce delle quali nessun diritto, e, dunque, nemmeno quello di proprietà, è illimitato ma deve necessariamente essere esercitato in modo tale da soddisfare il titolare senza, tuttavia, imporre un sacrificio eccessivo nei confronti degli altri consociati³¹, ma ricercando sempre un equilibrio che trova fondamento nel principio di solidarietà, di cui all'art. 2 della Costituzione³².

²⁸ Si pensi, ad esempio, delle limitazioni legate alle esigenze della pianificazione urbanistica o alle esigenze della edilizia pubblica.

²⁹ Si veda M. C. CHERUBINI, *Sull'attualità dell'interesse del proprietario ai fini dell'art. 833 c.c., nota critica a Cass.*, 24 luglio 1976, in *Foro it.*, I, 1978; E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Archivio Giuridico XXIV*, 1880; La giurisprudenza, in particolare, distingue tre categorie di immissioni: quelle che non superano il limite della normale tollerabilità, che devono essere sopportate, anche se moleste; quelle intollerabili ma che non potrebbero essere vietate dal giudice in considerazione delle esigenze della produzione e della priorità di un determinato uso (in questo caso l'autorità giudiziaria potrebbe imporre l'adozione di determinati accorgimenti atti a ricondurre le immissioni entro il limite della normale tollerabilità, oppure condannare l'immittente a indennizzare il danneggiato) e, infine, quelle intollerabili illecite, perché non inquadrabili nell'ambito dell'art. 844, secondo comma, c.c.: in tal caso l'immittente dovrà cessare le immissioni o ridurle nei limiti della normale tollerabilità, oltre al risarcimento dei danni.

³⁰ R. SACCO, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (a cura di), La parte generale del diritto civile, Milano, 2001; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, in AA. VV., *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, V. VELLUZZI (a cura di), Pisa, 2012; G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; F. CARINGELLA, *L'atto emulativo e l'abuso del diritto*, in *Studi di diritto civile*, volume II, Giuffrè, 2007;

³¹ La giurisprudenza, in particolare, afferma che si configuri un abuso del diritto nei casi in cui il diritto possa essere esercitato in diverse modalità e il titolare lo eserciti in quelle che determinino un eccessivo sacrificio nella sfera

È proprio grazie alle elaborazioni della teoria dell'abuso del diritto che si esplicita, dunque, il concetto fondamentale secondo cui il diritto di proprietà non può essere considerato quale diritto privo di limiti e, appunto, assoluto³³, come, invece, lo aveva concepito la dottrina tradizionale.

Anche l'art. 833 c.c., sul divieto di atti di emulazione, pone dei limiti all'esercizio del diritto dominicale ed è frutto delle elaborazioni della teoria sull'abuso del diritto; la disposizione sancisce, infatti, che *“il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”*.

In un primo momento, in particolare, la norma da ultimo richiamata era interpretata restrittivamente, coerentemente con l'opinione maggioritaria degli autori che era contraria alla formulazione in termini generali di una teoria dell'abuso del diritto, di cui l'art. 833 c.c., appunto, era espressione³⁴.

giuridica di un altro soggetto. Il divieto di abuso del diritto, in particolare, avrebbe origine nella norma costituzionale fondamentale di cui all'art. 2 della Costituzione che impone un vincolo di solidarietà nei consociati. Celebre è il caso *“Renault”* deciso dalla Corte di Cassazione civile nella sentenza del 2009 n. 20106, su cui vedi nota 7.

La sentenza della Corte di Cassazione è richiamata anche da quella del Consiglio di Stato numero 656 del 2012, in *Foro Amministrativo*, CDS 2012, 7-8, p. 1994 e ss., che ha affermato che integra un abuso del diritto e, quindi, una violazione del generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2, Cost., la condotta di chi, dopo aver incardinato la controversia davanti al giudice amministrativo con l'atto introduttivo di primo grado, ne contesta la giurisdizione in appello.

³² E in questa interpretazione giurisprudenziale si nota, peraltro, un avvicinamento dell'esercizio del diritto di proprietà alle modalità di esercizio proprio delle obbligazioni che, come si osservava nel paragrafo 1, è caratterizzato da una certa tendenza della giurisprudenza a *“moralizzarlo”* richiedendone un adeguamento al dovere di buona fede contrattuale *ex artt. 1175 e 1375 c.c.* e al più generale principio di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*

³³ P. RESCIGNO, voce *Proprietà*, Enciclopedia del diritto, XXXVII, 1988, sottolinea che: *“La norma sull'abuso si traduce nella sindacabilità delle prerogative private ed opera perciò quando vi sia un rapporto, inteso come misura di potere e di dovere secondo gli schemi consueti del diritto della società borghese. Il suo terreno naturale è perciò quello dei rapporti obbligatori; nella materia dei diritti reali ha senso ricorrervi quando ci si muova nella zona degli obblighi che possono individuarsi nella situazione reale.*

Chi voglia ritrovare nel sistema indici normativi più sicuri di un regolamento della proprietà che viene piegata al rispetto delle esigenze nuove della realtà economica deve perciò considerare, più che l'art. 833 c.c., gli art. 840 e 844, quest'ultimo relativo alle immissioni, l'altro dettato per rendere lecite le attività di terzi che «si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli [il proprietario] non abbia interesse ad escluderle”.

³⁴ Cfr. V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963. Anche la giurisprudenza, inizialmente, tende a dare una interpretazione restrittiva della disposizione in esame; la Cassazione, infatti, dapprima afferma che l'atto di emulazione è caratterizzato dallo scopo esclusivo di nuocere, non, quindi, quando vi sia un apprezzabile vantaggio del proprietario che lo compie (Cfr. Cassazione, 23 febbraio 1963, numero 448; Cassazione, 20 maggio 1963, numero 1307; Cassazione, 28 maggio 1966, numero 1404; Cassazione, 17 ottobre 1967, numero 2494). In seguito la giurisprudenza afferma che il comportamento deve essere mosso dall'esclusiva finalità del proprietario di offendere, senza alcuna altra giustificazione di carattere utilitaristico dal punto di vista economico e morale (Cassazione, 8 agosto 1969, numero 2991; Cassazione, 8 novembre 1977, numero 4877) e, infine ha specificato che non si può parlare di emulazione quando sussista qualunque utilità, senza che questa corrisponda ad un apprezzabile vantaggio (Cassazione, 6 febbraio 1982, numero 688; Cassazione, 8 maggio 1981, numero 3010).

La giurisprudenza, inoltre, dando una interpretazione dello *“scopo di nuocere o recare molestia”* soggettiva, intendendolo come *animus nocendi* dell'agente, elemento quasi impossibile da provare, ha reso ancora più restrittiva l'interpretazione della disposizione in esame.

La Cassazione, infine, nella sentenza del 25 marzo 1955, numero 3558, ribadisce ancora la necessaria compresenza *“di due elementi, l'uno oggettivo, e cioè l'assenza di utilità per il proprietario, l'altro soggettivo, cioè “l'animus aemulandi o nocendi”*. I due requisiti, dunque, sono posti sullo stesso piano e il processo teso a restringere l'applicazione dell'art. 833 può dirsi completo.

Successivamente, invece, la dottrina e, così, anche la giurisprudenza hanno adottato una interpretazione dell'istituto meno restrittiva, intendendo il riferimento allo scopo da parte della disposizione, in senso puramente oggettivo: si ha emulazione, dunque, quando l'unico risultato effettivamente conseguito dall'esercizio del diritto consiste in un pregiudizio a terzi, mentre va esclusa quando sussiste un qualunque altro vantaggio per il proprietario³⁵.

Sia la teoria dell'abuso del diritto, sia il divieto degli atti emulativi, che costituisce, del resto, una esemplificazione della prima, pongono, dunque, dei limiti alla concezione del diritto di proprietà, ancorché non sempre definibili *ex ante*, ma determinabili in concreto solo *ex post* dall'autorità giudiziaria, i quali vincolano l'esplicazione dell'autonomia del titolare del diritto dominicale per preservare la posizione giuridica di altri soggetti.

Ciò che si vuole sottolineare, peraltro, è che proprio dalla previsione di detti limiti è possibile desumere la non ontologica incompatibilità del diritto proprietario con l'apposizione di vincoli al suo espletamento; vincoli che, in questo caso, non sono predeterminati dal legislatore, dando vita a livello positivo a diverse forme di manifestazione della proprietà, ma che, al contrario, possono essere elaborati anche a livello interpretativo, con riferimento alla singola situazione concreta esaminata.

Sembrerebbe, dunque, che la corretta interpretazione dei concetti di pienezza ed esclusività, previsti con riferimento al diritto di proprietà dall'art. 832 c.c., dovrebbe identificarsi, piuttosto, nella possibilità del proprietario di escludere gli altri dalla sua relazione con la cosa senza necessità di esprimere tale volontà e di giustificarla, esplicitando l'interesse concreto, sotteso a tale esclusione, possibilità che, come si diceva è direttamente conseguenza della inerenza del diritto in esame alla cosa.

Sarebbe, invece, contraddittorio ricondurre la pienezza e l'esclusività di cui all'art. 832 c.c. alla necessaria pienezza del contenuto del diritto reale stesso³⁶, anche paradossalmente in contrasto con la specifica e concreta volontà del proprietario che voglia, ad esempio, limitarne o vincolarne il contenuto.

-L'ordine pubblico economico. Rinvio

³⁵ C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Art. 832-833*, Milano, 1994, p. 133 e ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 1997, p. 90 e ss. In giurisprudenza: Cassazione, 9 ottobre 1998, numero 9998.

³⁶ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), p. 218.

Nel paragrafo precedente, si è fatto cenno, inoltre, al limite imposto dal principio di ordine pubblico economico, che, infatti, sarebbe pregiudicato se le parti potessero creare situazioni di appartenenza atipiche, non conoscibili con certezza, *ex ante*, dagli altri consociati.

Tuttavia, è opportuno qui sottolineare che la possibilità di dar vita a diritti di proprietà atipici, lederebbe effettivamente la certezza e la sicurezza dei traffici, se non fosse accompagnata da un sistema pubblicitario *ad hoc*; la previsione di un sistema che consenta ai terzi di conoscere con certezza le nuove forme proprietarie, infatti, consentirebbe di superare il limite in esame.

Il problema, dunque, pare potersi spostare sul piano delle modalità con cui rendere edotti i terzi del contenuto dei diritti di proprietà atipici, tema, quest'ultimo, che sarà affrontato nel IV capitolo, a cui si rinvia.

- L'art. 1322, secondo comma, c.c.

Tra le argomentazioni sostenute dalla dottrina tradizionale, inoltre, vi è quella che sottolinea l'assenza in materia di diritti reali di una norma analoga all'art. 1322, secondo comma, c.c. che fonda il principio di autonomia della parti in materia contrattuale e in forza della quale, in particolare, le parti possono concludere contratti atipici, auto-regolamentando, appunto, gli stessi secondo la propria volontà, con l'unico limite rappresentato dal perseguimento di interessi meritevoli di tutela³⁷. Dall'assenza di un riferimento esplicito da parte della disposizione in esame ai diritti reali si desume la non applicabilità del principio di autonomia alla materia dei diritti reali stessi e, quindi, in primo luogo, alla proprietà che, dunque, non potrebbe essere modificata nel suo contenuto da forme di autoregolamentazione pattizie.

Sembrerebbe preferibile, tuttavia, una lettura estensiva dell'art. 1322, secondo comma, c.c., già adottata in diversi settori dell'ordinamento civile e più conforme alla natura della disposizione in esame, la quale, più che espressione di una disposizione particolare, dovrebbe essere intesa come una clausola generale posta alla base dell'ordinamento civile italiano e applicabile anche al di fuori dei casi a cui tradizionalmente è applicato e della materia contrattuale, a cui, piuttosto, il legislatore fa riferimento poiché la stessa rappresenta l'ambito più importante dell'ordinamento civile e alla quale anche gli altri settori di disciplina devono fare riferimento.

³⁷ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene editore, seconda edizione, 1997, p. 5, dove si legge: "Il giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito esprime l'incontro della libertà del privato con l'autorità dell'ordinamento giuridico. Incontro che esplose nella forza di legge riconosciuta al contratto (art. 1372, primo comma, c.c.): questa norma, sebbene dislocata altrove, viene qui richiamata perché costituisce l'essenza stessa dell'istituto".

La conferma della natura di clausola generale della disposizione in esame può essere desunta dall'interpretazione estensiva del principio di autonomia contrattuale, che è stato applicato, infatti, anche ai negozi unilaterali; in quest'ultimo ambito, infatti, una parte degli interpreti ha superato l'opzione ermeneutica tradizionale della giurisprudenza e della dottrina, secondo la quale, gli atti unilaterali sarebbero necessariamente tipici, in virtù dell'applicazione estensiva della disposizione di cui all'art. 1988 c.c., che sancisce il principio di tipicità delle promesse unilaterali³⁸.

Questa limitazione, in particolare, sarebbe superabile poiché il limite di cui all'art. 1988 c.c. deve essere letto come riferito esclusivamente alle promesse unilaterali di cui all'art. 1987 c.c. e non anche al più ampio *genus* dei negozi unilaterali, che dovrebbero essere disciplinati, invece, dall'art. 1322, secondo comma, c.c.

La disposizione richiamata, infatti, troverebbe applicazione, in primo luogo, poiché è espressiva di un principio generale dell'ordinamento e, in secondo luogo, in forza del rinvio di cui all'art. 1324 c.c. che, infatti, disponendo che le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, dà vita, così, a un impianto normativo comune ai contratti e agli atti unilaterali richiamati, che risultano, dunque, appartenere a *species* diverse dello stesso *genus* "negozio giuridico".

Ma nel suddetto impianto normativo comune non può non trovare applicazione anche l'art. 1322, secondo comma, c.c. e, così, il fondamentale principio dell'autonomia privata da esso proclamato³⁹, che, peraltro, da una parte della dottrina, a conferma della natura di clausola generale, è stato esteso anche agli atti unilaterali aventi contenuto non patrimoniale, come nel caso dei negozi familiari⁴⁰.

La portata estensiva della clausola di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c., d'altra parte, è stata riconosciuta anche in diversi settori dell'ordinamento; significativa, ad esempio, in tal senso, è quella dottrina che ha ammesso la conclusione di contratti atipici a struttura consensuale che producano effetti identici a contratti tipici a struttura reale⁴¹. L'autonomia contrattuale, in questo caso, è stata

³⁸ Tribunale di Roma, sentenza del 23 marzo 2005, commentata da G. SCHIAVONE, *L'osservatorio di merito*, in *Obbligazioni e contratti*, 3, 2005, p. 269; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, p. 78; R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2000, p. 206.

³⁹ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, P. PERLINGIERI (diretto da), Edizioni scientifiche italiane, 2008, p. 34.

⁴⁰ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, op. ult. cit., p. 37; sull'ammissibilità di negozi unilaterali di tipo familiare atipici si veda anche R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I Contratti*, 6, 2014, p. 582.

⁴¹ R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), Utet giuridica, 1994, p. 614, dove si legge: "dire che il mutuo, il deposito, il comodato sono accordi leciti, e poi aggiungere che tali accordi non producono effetto se non interviene una consegna, equivale a negare che a questi accordi leciti sia applicabile la regola *pacta servanda sunt*, oggi espressa dall'art. 1322 c.c."; DI

estesa alle modalità di produzione degli effetti contrattuali che potrebbero essere prodotti attraverso un accordo che segua lo schema consensualistico e, quindi, si perfezioni con il mero consenso, derogando alla struttura reale prevista dal codice, in forza della quale il contratto è concluso solo con la consegna del bene.

Alla luce del *trend* interpretativo, secondo cui il principio di autonomia contrattuale, che, come visto, è qualificabile alla stregua di clausola generale dell'ordinamento, può delinearsi una tendenza dell'ordinamento giuridico italiano verso l'ampliamento della sfera di autonomia riconosciuta alle parti, le quali ben potrebbe coinvolgere anche l'ambito dei diritti reali e, in particolare, quello del diritto di proprietà, laddove si avverta l'esigenza di consentire alle parti di prevedere fattispecie dominicali che possano distanziarsi da quella tradizionale, le cui caratteristiche sono racchiuse negli aggettivi elencati nell'art. 832 c.c., consentendo, così, uno sfruttamento dei beni oggetto del diritto di proprietà che si distanzi da quello tradizionale, inteso quale dominio pieno ed esclusivo in capo ad un unico soggetto.

La valenza pervasiva del concetto di autonomia contrattuale nell'ordinamento comporterebbe, dunque, l'applicazione estensiva dell'art. 1322, secondo comma, c.c., incentrando l'analisi dell'interprete nella valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, così come elaborato dagli interpreti⁴², nei diversi ambiti di volta in volta considerati.

GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Giuffrè, 1989, p. 12 ss.; NATOLI, *I contratti reali*, Giuffrè, 1975, p. 43; BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2002, p. 246.

⁴² La giurisprudenza prevalente identifica il concetto di meritevolezza degli interessi con quello di liceità della causa (Cassazione, sentenza numero 3142 del 1980 e 2288 del 2004). Applicando questo concetto all'ambito dei diritti reali si dovrebbe valutare la liceità della causa e, dunque, degli interessi concreti perseguiti dalle parti attraverso la creazione di un diritto di proprietà atipico.

Per quanto riguarda le interpretazioni dottrinali, invece, alcuni autori, in particolare, reputano che la meritevolezza operi come limite positivo di ammissibilità, nel senso che nel nostro ordinamento possono essere ammessi soltanto quei contratti rispondenti ad una esigenza pratica legittima e ad un interesse sociale durevole (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994). Altri interpreti, distinguendo il concetto di causa da quello di tipo, gli assegnano il ruolo di rilevanza dell'attitudine dello schema atipico ad assumere giuridica rilevanza (M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 430), altri ancora lo identificano in quel giudizio con cui si deve apprezzare la dignità sociale degli interessi che hanno portato alla conclusione del contratto, senza fermarsi alla convenienza che esso assume per le parti (P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 18), altri autori lo ricostruiscono come il giudizio tendente ad accertare che la volontà privata soddisfi interessi meritevoli di tutela dal punto di vista sociale (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 173). Ancora altri interpreti lo collegano all'utilità sociale, intesa, quest'ultima, come formula verbale riassuntiva di una serie di interessi a rilievo sociale, assunti come propri dal legislatore (M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1972, p. 81 e 98), altri, invece, collegandolo all'art. 41 Cost., sostengono che la meritevolezza non può prescindere dalla scelta costituzionale, nel senso che l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, 2000, p. 459), altri reputano la meritevolezza come un giudizio volto ad accertare l'idoneità dell'assetto privato a derogare lo schema legale e l'intenzione delle parti di assoggettare il rapporto alla normativa legale (F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1978, I, p. 62). Ancora diverse interpretazioni reputano la meritevolezza come quel concetto che consente all'interprete di valutare la congruità dello scambio, al fine di garantire una sorta di equilibrio minimo tra le singole prestazioni (R. LANZILLO, *Regole del mercato e*

La valutazione circa l'ammissibilità di nuove fattispecie proprietarie, elaborate dall'autonomia delle parti, in forza dell'applicazione dell'art. 1322, secondo comma, c.c., dunque, dovrebbe incentrarsi non più sulla rispondenza delle stesse al contenuto tipico previsto dal legislatore, quanto, piuttosto, alla meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti nella singola nuova situazione di appartenenza⁴³.

Per arrivare a tale conclusione, tuttavia, è necessario vagliare la superabilità anche degli altri ostacoli individuati dalla dottrina tradizionale rispetto al superamento della tipicità del contenuto del diritto di proprietà.

-Il pericolo di sopraffazione della parte più forte su quella più debole e l'assenza di domanda

Tra le varie obiezioni poste all'ammissibilità di diritti reali atipici, si è detto che l'introduzione del principio di autonomia contrattuale in relazione al diritto di proprietà potrebbe comportare un rischio inaccettabile di sopraffazione della parte contrattuale più forte nei confronti di quella più debole, attraverso la costituzione di situazioni atipiche di privilegio.

Si tratta, innanzitutto, di una eventuale criticità che potrebbe – anche se non necessariamente – configurarsi in concreto ed *ex post*, ma non attinente, invece, a un problema di incompatibilità astratta tra il diritto di proprietà e la possibilità di una sua configurazione atipica.

Il problema, conseguente, della possibilità di costituire figure atipiche di privilegio riguarda un eventuale – e non necessario - profilo patologico dell'esercizio dell'autonomia privata che non è di per sé di ostacolo all'ammissibilità teorica della elasticità del diritto di proprietà.

Con riferimento alla presunta assenza di domanda dei consociati nei confronti di situazioni proprietarie vincolate, premesso che si tratta di un'affermazione che al più condurrebbe a una valutazione di opportunità circa l'introduzione di nuove figure proprietarie atipiche, non

congruità dello scambio contrattuale, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 333). Vi sono, infine, altri autori che sostengono che nel giudizio di meritevolezza deve aversi riguardo a quelle norme costituzionali che considerano «l'utilità sociale strettamente connessa a interessi individuali» (U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1987, I, p. 494).

Anche in questo caso si tratterà di effettuare il giudizio di meritevolezza così come di volta in volta considerato con riferimento ai diritti reali e, in particolare, al diritto di proprietà.

⁴³ U. STEFINI, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645 ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2008, p. 16, argomentando sulla possibile lettura estensiva dell'art. 1322 c.c., con riferimento alla conclusione a contratti ad effetti reali, i quali potrebbero produrre effetti reali atipici, osserva, in particolare che: “Questo modo di ragionare giunge a valorizzare al massimo grado l'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c. anche nel settore dei contratti ad effetti reali, non considerandola cioè “imbrigliata” dal novero delle situazioni reali tipiche, ma attia invece a dare vita a situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle legislativamente previste, purché rispondenti all'interesse che le parti intendono soddisfare. La titolarità di un bene può assumere forme molteplici, in ragione della funzione impressale dal contratto, sia quest'ultima tipica (si pensi al diritto acquistato dal mandatario nel mandato senza rappresentanza ad acquistare, o alla scissione tra titolarità e potere dispositivo nel contratto estimatorio) ovvero atipica (si pensi all'alienazione in garanzia)”.

configurando un ostacolo logico-giuridico all'affermazione della loro ammissibilità, non sembra, peraltro, che tale affermazione coincida con la prassi negoziale che ha dimostrato, al contrario, come si vedrà, l'esigenza dei privati di poter usufruire di schemi proprietari "nuovi".

2.1 L'art. 2740 c.c. quale preclusione all'attribuzione di effetti reali a situazioni dominicali atipiche e la tassatività degli atti trascrivibili

Nei paragrafi che precedono si è dato conto dei principi di tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali e, così, della proprietà e si è dunque evidenziato come gli stessi siano profondamente radicati nella cultura giuridica dei sistemi di *civil law*.

Alla luce delle considerazioni svolte, tuttavia, non sembrerebbe sussistere alcun principio giuridico inderogabile, nell'ambito della disciplina sostanziale della proprietà, che imponga la sua necessaria pienezza; inoltre, vagliando ad una ad una le argomentazioni sostenute dalla dottrina tradizionale a fondamento della tesi della necessaria tipicità del diritto di proprietà, si è visto che si tratterebbe di argomentazioni superabili e forse in parte dovute al legame ideologico con la concezione napoleonica del diritto dominicale.

Ma tra le criticità individuate per il superamento della tipicità del contenuto del diritto di proprietà rimane ancora da analizzare, da un lato, quella individuata nella disposizione di cui all'art. 2740 c.c., il quale esprime un divieto di carattere imperativo e, dall'altro, il principio direttamente collegato della tipicità degli atti trascrivibili.

Con riferimento alla prima disposizione, si deve, innanzitutto, precisare che la stessa statuisce che "*il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*"⁴⁴, attribuendo, così, il valore di garanzia generica al patrimonio del debitore stesso, su cui ogni creditore può fare affidamento per la

⁴⁴ E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, 19, P. RESCIGNO (diretto da), Utet, 1985, p. 388, ne sottolinea il carattere imperativo e ne individua la finalità nella tutela del credito. "*Suo obiettivo, evitare che si verifichi l'operatività di un fondamentale meccanismo di attuazione dei rapporti obbligatori, e con essa siano incrinata le basi medesime di un sistema fondato sugli scambi di ricchezza tramite promesse: un obiettivo da perseguirsi – come si esprime la Relazione del Guardasigilli – nell'interesse... dell'economia*» tutta intera, a salvaguardia dello stesso carattere di «giuridicità del rapporto obbligatorio». La realizzazione dell'obiettivo è affidata ad una tecnica normativa che si presenta assai lineare: si enuncia il principio generale per cui la responsabilità patrimoniale è illimitata, nessun bene o porzione di patrimonio del debitore potendo di regola sottrarsi al «servizio» di garanzia delle ragioni creditorie; le deroghe a tale principio sono sì riconosciute possibili, ma al tempo stesso qualificate come rigorosamente eccezionali; di queste deroghe viene circoscritta la fonte, nel senso che esse possono risultare solo dalla legge, e non mai dalla volontà dei privati."

realizzazione del proprio diritto, garanzia che può essere limitata esclusivamente nei casi previsti dalla legge, in forza, dunque, di una valutazione svolta *ex ante* e in generale dal legislatore⁴⁵.

Si tratta, in primo luogo, delle cause legittime di prelazione rappresentate dai privilegi, *ex art.* 2745 e ss. c.c., dal pegno, *ex art.* 2784 e ss. c.c. e, infine, dall'ipoteca, *ex art.* 2808 e ss. c.c.: in tutti e tre i casi si pongono dei limiti alla garanzia generica rappresentata dal patrimonio del debitore, nella misura in cui alcuni creditori privilegiati hanno il diritto di essere soddisfatti in via "preferenziale" rispetto agli altri creditori sul patrimonio del debitore genericamente inteso (nel caso dei privilegi) o su determinati beni mobili (nel caso del pegno) o immobili (nel caso dell'ipoteca).

In tutte e tre le fattispecie menzionate, peraltro, il legislatore disciplina *ex ante* queste forme di limitazione della responsabilità, adeguandosi, così, a quanto disposto dall'art. 2740, comma 2, c.c., prevedendone una specifica forma di pubblicità in modo tale da rendere edotti della loro presenza anche gli altri creditori che, così, saranno consapevoli della reale entità del patrimonio del debitore su cui potranno soddisfarsi.

Il principio giuridico espresso dall'art. 2740 c.c. è strettamente connesso alla concezione tradizionale del diritto di proprietà come diritto pieno ed esclusivo: il bene che fa parte del patrimonio del debitore in un momento presente o futuro, infatti, è il bene che è o che diventerà di proprietà, piena ed esclusiva, del debitore stesso, senza che possano essere opposte ai creditori situazioni dominicali atipiche, le quali inciderebbero, da ultimo, sulla entità del patrimonio del debitore, derogando, quindi, all'art. 2740 c.c.

⁴⁵ Il carattere fondamentale della disposizione in esame ha influenzato quella particolare interpretazione sostenuta da autorevole dottrina (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 81; R. NICOLÓ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1937, p. 68) che ha sostenuto che la responsabilità del debitore assurgerebbe ad elemento tipico del rapporto obbligatorio, muovendo dalla premessa che non sarebbero ammissibili figure di debito senza responsabilità o responsabilità senza debito. Le prime, infatti, si ridurrebbero alle fattispecie di obbligazione naturali e le seconde si ridurrebbero a poche fattispecie residuali (di volta in volta identificate nei casi di ipoteca e pegno dati per debito condizionale o futuro, di azione revocatoria a tutela di credito condizionale, di fideiussione, di terzo datore del pegno o dell'ipoteca ovvero acquirente dell'immobile ipotecato).

Tuttavia nelle concezioni elaborate dalla dottrina più recente (E. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXIX, 1988; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, 19, P. RESCIGNO (diretto da), Utet, 1985, p. 363 e ss.) la funzione della responsabilità patrimoniale ed il nesso che la lega all'obbligazione si percepiscono con chiarezza solo connettendola con il fenomeno dell'inadempimento e con le sue conseguenze: stabilendo, in altre parole, un ideale collegamento tra l'art. 2740 e l'art. 1218 c.c.

In questa prospettiva, la responsabilità patrimoniale entra in gioco tutte le volte che il debitore manchi, per una causa a lui imputabile, il regolare adempimento della prestazione dovuta: il patrimonio del debitore stesso soggiace allora alle iniziative che il creditore può intraprendere per conseguire sopra di esso, nonostante l'inadempimento dell'obbligato, la realizzazione delle proprie ragioni di credito. Detto altrimenti, la responsabilità patrimoniale presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, e ne assicura comunque il risultato utile anche contro l'inerzia o la cattiva volontà del debitore: ne assicura il risultato esponendo i beni di quest'ultimo - ripetiamolo, ché sta qui l'essenza del fenomeno - all'azione esecutiva promossa dal creditore.

Il principio giuridico espresso dall'art. 2740 c.c., di conseguenza, produce effetti anche con riferimento alla possibilità di elaborare figure proprietarie atipiche, nel senso che limita la possibilità che le stesse producano effetti reali *erga omnes*, opponibili, cioè, a chiunque.

Mentre, infatti, la pienezza del diritto di proprietà, così come tradizionalmente inteso, corrisponde alla genericità della garanzia patrimoniale del debitore, poiché il bene ne entra a far parte *in toto*, senza alcun limite funzionale o temporale, l'attribuzione di un contenuto limitato o comunque atipico del diritto di proprietà, opponibile a chiunque, invece, si riverbererebbe automaticamente sulla possibilità e sulle modalità dei creditori di soddisfarsi sul bene e, dunque, sull'entità della garanzia generica del debitore, in assenza di una disposizione in tal senso del legislatore.

È evidente, dunque, che pur essendo in astratto compatibile con il sistema giuridico italiano una situazione di appartenenza che si discosti da quella unitaria e assoluta afferente al diritto napoleonico, non sussistendo alcun principio preesistente e inderogabile che lo impedisca, non è possibile, in assenza di una disposizione legislativa, dare alle stesse un'efficacia reale, opponibile *erga omnes*, altrimenti violando in modo non ammissibile il principio inderogabile di cui all'art. 2740 c.c.⁴⁶

Il problema, dunque, non è più quello di valutare l'astratta ammissibilità di fattispecie dominicali atipiche, quanto, piuttosto, quello di capire se il legislatore abbia riconosciuto tali nuovi diritti proprietari, assicurandone forme di pubblicità e, dunque, un'efficacia reale⁴⁷.

Da ciò si desume, inoltre, che il limite posto alla elaborazione di nuovi diritti proprietari non è interno alla disciplina sostanziale della proprietà, ma attiene a un profilo connesso ma differente,

⁴⁶ U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Volume I, Proprietà e possesso, A. GAMBARO-U. MORELLO (a cura di), p. 79, osserva che “*Il principio del numero chiuso può essere giustificato solo da ragioni di ordine pubblico economico diverse da quelle che, ancora oggi, molti giuristi indicano come ragioni fondanti del principio. Il principio deve invece tutelare la circolazione dei beni e l'affidamento dei terzi creditori. Riguarda quindi problemi di comunicazione ai terzi, non problemi di organizzazione della proprietà*”.

U. SERAFINI, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., p. 17, dopo aver argomentato circa la possibilità di applicare estensivamente l'art. 1322 c.c., fondante il potere di autonomia privata, anche ai diritti reali, sottolinea che rimane quale limite invalicabile, contrapposto al piano della fattispecie negoziale, il “*piano della invece degli “indici di circolazione”, della fase in cui la fattispecie assume rilevanza esterna, impatta sulla circolazione dei diritti e sul loro atteggiarsi verso terzi soggetti.*”

La disciplina di questo secondo piano degli effetti del negozio è riservata al legislatore, per una imprescindibile esigenza di certezza, sicurezza e rapidità dei traffici: i terzi sono gravati da un generico obbligo di astensione in presenza di un diritto reale, e i privati non possono ampliare a loro piacimento, per un elementare principio di relatività, le situazioni di doverosità imposte a soggetti non partecipanti al negozio; inoltre, in sede di circolazione dei beni, i terzi devono essere sicuri che il bene da loro acquistato non possa essere gravato da vincoli reali diversi da quelli espressamente previsti dal legislatore. Da ciò deriva il netto contrasto tra la piena autonomia dei privati nella loro attività negoziale, codificata nell'art. 1322 c.c., e la necessaria predeterminazione legislativa delle situazioni reali che da tale attività negoziale scaturiscono, oltre che la necessaria tassatività delle ipotesi di trascrizione del negozio”.

⁴⁷ U. MORELLO, *Tipicità e numero chiuso dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, Volume I-Proprietà e possesso, A. GAMBARO-U. MORELLO (a cura di), Giuffrè, 2011, p. 76, scrive: “*Il problema non è dunque l'organizzazione efficiente della proprietà e dei nuovi diritti reali, ma piuttosto la possibilità di dare informazioni chiare sul contenuto dei diritti reali ai terzi acquirenti, ai creditori o ad altri interessati, cioè un problema di comunicazione*”.

relativo, cioè, alla opponibilità ai terzi degli stessi, grazie all'adozione di forme pubblicitarie previste dal legislatore.

Tra i nuovi diritti proprietari, in particolare, si intendono ricondurre anche quelle forme di segregazione o separazione patrimoniale, le quali, infatti, determinano delle modalità di sfruttamento dei beni separati o segregati, che si allontanano da quella propria della concezione tradizionale della proprietà.

In quest'ultimo caso, infatti, poiché i beni sono destinati al soddisfacimento solo di determinati creditori, si deroga senza dubbio e direttamente all'art. 2740 c.c., ma si incide anche indirettamente sulla concezione del diritto di proprietà, che è qui intesa come proprietà che, se accresce la ricchezza del debitore, tuttavia, è al contempo limitata funzionalmente.

Strettamente connesso al problema discendente dalla disposizione di cui all'art. 2740 c.c., sia nel caso in cui si deroghi alla concezione tipica del diritto di proprietà direttamente attraverso figure dominicali atipiche, sia nel caso in cui si elaborino forme di segregazione patrimoniale, è quello della tassatività degli atti trascrivibili.

In forza del suddetto principio, in particolare, si è sottolineato che, poiché gli atti trascrivibili sarebbero tipici, alla luce della interpretazione restrittiva data all'art. 2643 c.c., di conseguenza, sarebbe impossibile trascrivere atti che producano diritti reali diversi da quelli elencati tassativamente dalla disposizione stessa, e, dunque, non sarebbe possibile elaborare dei diritti proprietari "atipici" aventi efficacia *erga omnes*: tali diritti, infatti, potrebbero produrre effetti solo tra le parti, proprio perché la legge non ne consentirebbe la trascrizione e, di conseguenza, la conoscibilità e l'opponibilità ai terzi⁴⁸.

L'opponibilità *erga omnes* e, dunque, l'efficacia propriamente reale delle fattispecie dominicali atipiche sarebbe ostacolata da un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, in forza del menzionato art. 2740 c.c., che non ammette deroghe alla generalità della garanzia costituita dal patrimonio del debitore se non nei casi previsti dalla legge, e, in secondo luogo, poiché la trascrizione, grazie alla quale gli atti sono resi conoscibili *erga omnes*, è prevista solo in ipotesi tassative.

⁴⁸ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla tassatività alla tipicità*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Edizioni scientifiche italiane, 2009, p. 52, parla a tal proposito di una duplice petizione di principio: quella del *numerus clausus* dei diritti reali, da una parte, e quella della tassatività dei diritti oggetto degli atti trascrivibili, dall'altra. L'autore, nel criticare i due principi enunciati, sottolinea che "la trascrizione ha ad oggetto, nel vigente ordinamento italiano, anche situazioni giuridiche non reali: alcuni diritti personali di godimento; obblighi di contrarre nascenti da contratti preliminari; domande giudiziali; situazioni giuridiche di vincoli e di obbligo che –pur munite del c.d. diritto di seguito, e come tali opponibili ai terzi- sono prive di alcuni dei tradizionali attributi della realtà. [...] A parte ciò, la tradizionale affermazione del numero chiuso dei diritti reali è –almeno nei termini rigidi in cui suole essere formulata- oggetto di sempre più frequenti temperamenti [...]".

Mentre il limite posto dall'art. 2740 c.c. non parrebbe derogabile, quello posto dal principio della tassatività degli atti trascrivibili è stato interpretato in un senso più attenuato da una parte della dottrina, la quale, infatti, ha affermato l'ammissibilità di un'interpretazione estensiva delle disposizioni di legge che individuano le fattispecie trascrivibili⁴⁹, facendo riferimento, in particolare, all'art. 2645 c.c. che estende la possibilità della trascrizione ad "ogni altro atto o provvedimento che produce, in relazione a beni immobili taluno degli effetti di quelli menzionati all'art. 2643 c.c." configurando, così, più che un elenco tassativo di atti, una categoria individuata in base agli effetti reali prodotti, seppur aventi ad oggetto beni immobili.

Riservandoci di analizzare più avanti⁵⁰ il problema relativo alla assunta tassatività degli atti trascrivibili e ad un suo possibile superamento, nonché al rapporto di questo problema con l'art. 2740 c.c., nella analisi che seguirà si darà conto di una tendenza sussistente sia nell'ordinamento positivo, sia nella prassi, poi riconosciuta anche a livello legislativo, di derogare al principio generale sotteso all'art. 2740 c.c.⁵¹, dando vita a schemi proprietari distanti da quello tipico ricondotto tradizionalmente all'art. 832 c.c., nonché, da ultimo, di ipotesi sempre più numerose di separazione patrimoniale, a testimonianza di un progressivo avvicinamento alle concezioni di appartenenza proprie degli ordinamenti di *common law*, nei quali, come già visto, sono del tutto ordinarie le forme di smembramento della proprietà.

3. L'emersione di nuove modalità di appartenenza nella prassi contrattuale

Seppur, come visto, la disciplina sostanziale della proprietà nell'ordinamento giuridico italiano non implichi necessariamente la pienezza della posizione dominicale, tuttavia il limite imposto dall'art. 2740 c.c. è estremamente rilevante. Nel prosieguo, infatti, si analizzeranno alcuni casi in cui nella prassi si sono diffusi degli schemi contrattuali dai quali è possibile evincere la necessità di fruire di di

⁴⁹ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla tassatività alla tipicità*, op. cit., p. 84, che, nella nota 44, a sua volta richiama a sostegno di tale tesi i contributi di: S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1945, p. 61 e ss.; R. NICCOLÓ, *La trascrizione*, III, Milano, 1972, p. 72; S. TROIANO-A. ZACCARIA, *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, M. TAMPONI-E. GABRIELLI (a cura di), Napoli, 2006, p. 211, nota 43.

⁵⁰ Si veda, in particolare, il Capitolo IV.

⁵¹ D. SPAGNUOLO, *Fondo patrimoniale e nuove forme di limitazione della responsabilità patrimoniale: azione revocatoria e tutela dei creditori del disponente*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1, 2015, p. 7 e ss. dà conto di diversi istituti riconosciuti a livello legislativo che hanno derogato al principio espresso dall'art. 2740 c.c. e afferma, a tal proposito, che "sembra venuta meno la concezione unitaria del patrimonio, originariamente elaborata in epoca ottocentesca nel quadro della teoria intesa a ravvisare nel patrimonio una proiezione della persona".

schemi proprietari nuovi, nei quali, tuttavia, l'esigenza delle parti consiste proprio nell'attribuire ai nuovi diritti efficacia reale.

Tra questi, uno degli esempi più importanti è quello dei negozi fiduciari intesi secondo l'accezione c.d. romanistica, nel caso in cui, in particolare, un soggetto (fiduciante) trasferisca effettivamente – e non in modo simulato – la proprietà di uno o più beni ad un altro soggetto (fiduciario), vincolandolo, tuttavia, a gestire il bene o i beni secondo le sue indicazioni (limite funzionale) e a restituirlo quando il fiduciante ne faccia richiesta (limite temporale). In questa sede non si tratterà della fiducia intesa nell'accezione germanistica, che, infatti, non comportando il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario ma solo della legittimazione a esercitare i diritti inerenti al bene, non incide sulla fattispecie proprietaria.

Nella fiducia c.d. romanistica, invece, il bene è effettivamente conferito in proprietà al fiduciario, ma la situazione di appartenenza così configurata è peculiare, in quanto risulta limitata sia temporalmente che funzionalmente, dovendo, infatti, il fiduciario rispettare le indicazioni del fiduciante, essendo il primo proprietario nell'interesse altrui⁵².

Nel negozio fiduciario si combinano, dunque, effetti reali (il trasferimento della proprietà) ed effetti obbligatori (l'obbligo del fiduciario di ritrasferire il bene e di amministrarlo secondo le indicazioni del fiduciante), al fine di soddisfare un interesse comune (la gestione del bene nell'interesse del fiduciante)⁵³.

L'impossibilità di risolvere l'intera fattispecie esclusivamente nell'ambito del diritto di proprietà e la conseguente necessità di ricorrere a schemi obbligatori deriva dal limite posto dall'art. 2740 c.c. e, di conseguenza, dall'incompatibilità della proprietà con l'apposizione di vincoli alla conformazione della situazione di appartenenza stessa, aventi efficacia esterna.

Con riferimento a tali negozi, infatti, la giurisprudenza ha costantemente escluso la configurabilità di una forma di proprietà temporanea in capo al fiduciario, argomentando che, poiché il vincolo

⁵² Si distingue, poi, ulteriormente, tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*. Nel primo caso il negozio fiduciario ha la funzione di servire l'interesse del fiduciante, mentre, nel secondo, serve in prevalenza l'interesse del fiduciario che è creditore del fiduciante. In questo caso, cioè, il debitore trasferisce un bene al creditore, con l'impegno di quest'ultimo a restituire il bene al primo non appena avrà adempiuto al suo debito.

In questo caso, peraltro, possono in concreto prospettarsi dei problemi di conflitto con il principio del divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.* che la giurisprudenza interpreta in senso lato come divieto di trasferire la proprietà a scopo di garanzia.

⁵³ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 638 chiarisce che “*effetti reali ed effetti obbligatori si combinano anche in contratti non fiduciari, ma in modi diversi. In una normale vendita, ad es., il trasferimento della proprietà al compratore accompagna il suo obbligo per il prezzo: a differenza che nella vendita, però, nel contratto fiduciario i due ordini di effetti non sono fra loro in rapporto di scambio bensì si coordinano fra loro per un fine comune*”.

fiduciario non sarebbe opponibile ai terzi⁵⁴, la fiducia costituirebbe un mero motivo del negozio stesso, irrilevante, dunque, al di fuori dei contraenti.

A fronte, tuttavia, del costante utilizzo nella prassi di schemi negoziali fiduciari, si è assistito nella giurisprudenza più recente⁵⁵ a un parziale *revirement* interpretativo: la Cassazione, in particolare, ha riconosciuto proprio nella fiducia la causa dei negozi in esame⁵⁶, qualificabili, appunto, come negozi fiduciari e ammettendone anche la tutela costitutiva di cui all'art. 2932 c.c.⁵⁷

Si assiste, così, da un lato, all'emersione nella pratica di schemi contrattuali che mirano a configurare delle situazioni di appartenenza atipiche, poiché limitate funzionalmente e temporalmente; dall'altro lato, alla tendenza della giurisprudenza ad ampliare la tutela delle parti e, in particolare, del fiduciante, ad esempio, consentendo di ricorrere all'esecuzione degli obblighi in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*

A fronte del disposto di cui all'art. 2740 c.c., tuttavia, il negozio fiduciario, se, da un lato, è astrattamente ammissibile nell'ordinamento giuridico italiano, nonché meritevole di tutela *ex art. 1322*, secondo comma, c.c., dall'altro lato, tuttavia, in assenza di un riconoscimento legislativo, non può produrre quegli effetti reali che sarebbero propri di un diritto reale in senso pieno.

⁵⁴ La critica opposta a questa soluzione si è basata sulla disciplina del mandato ad acquistare senza rappresentanza, che, infatti, riconosce la temporaneità della proprietà del mandatario, attribuendo al mandante l'azione di rivendicazione dei beni mobili e quella *ex art. 2932 c.c.* per il trasferimento dei beni immobili, acquistati dal mandatario a proprio nome ma nell'interesse del mandante.

Tuttavia la giurisprudenza maggioritaria (da ultimo la già citata Cassazione civile a Sezioni Unite n. 24472 del 2008) ha chiaramente affermato che *“Le norme in tema di mandato senza rappresentanza debbono essere interpretate nel senso che esse dettano una regola generale, secondo la quale il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, i quali non hanno alcun rapporto con il mandante. Devono considerarsi eccezionali quelle disposizioni che, in deroga a tale regola, stabiliscano una sorte diversa, imperniata sulla reclamabilità del diritto (di credito o reale) da parte del mandante. L'espressione diritti di credito di cui all'articolo 1705, comma 2, del c.c. va, pertanto, rigorosamente circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, con conseguente esclusione delle azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione e risarcimento)”*.

Parte della dottrina replica, inoltre, basandosi sulla possibilità del legislatore di prevedere ulteriori ipotesi – oltre a quella nascente dalla titolarità del diritto di proprietà – di legittimazione all'azione di rivendicazione, peraltro prevista per i soli beni immobili, mentre la tutela *ex art. 2932 c.c.*, pur se di carattere costitutivo, non ha natura reale.

⁵⁵ Da ultimo Cassazione Civile a Sezioni Unite numero 24472 del 2008.

⁵⁶ Sul punto anche la dottrina afferma che *“Nel sistema italiano si deve considerare acquisita l'idea che le obbligazioni assunte da fiduciario integrano il requisito causale richiesto ai fini della validità del trasferimento della proprietà dei beni”*, AA. VV., *Commentario al codice civile, artt. 810-951*, P. CENDON (a cura di), Milano, Giuffrè, 2009, p. 321.

⁵⁷ Si tratta di Cassazione Civile, sezione terza, numero 10633 del 2014, nella quale si legge: *“La dichiarazione unilaterale scritta con la quale un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento, ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento. La fiducia è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di ritrasferimento assunto dalla parte fiduciaria con la sottoscrizione del suo impegno unilaterale. Qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, esso è suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile, purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali”*.

Il caso concerneva la dazione da parte di un commerciante alla moglie, nel corso degli anni, del denaro occorrente per l'acquisto di quattro beni immobili, a lei intestati fiduciariamente per occultare ai creditori la reale consistenza del patrimonio personale, con il patto che la consorte li restituisse a sua semplice richiesta.

Con riferimento ai negozi fiduciari emerge così quell'incoltabile differenza che, dunque, continua a sussistere tra le nuove fattispecie proprietarie previste legalmente e quelle previste pattiziamente, differenza derivante dall'applicazione dell'art. 2740 c.c., in forza del quale solo le prime hanno un carattere reale, nel senso di poter essere opposte ai terzi acquirenti del bene o creditori. Le seconde, invece, sono caratterizzate esclusivamente da un'efficacia obbligatoria, tra le parti, trattandosi di un vincolo che si potrebbe definire come "interno"⁵⁸ a queste ultime.

Finché, dunque non vi sia un intervento del legislatore che riconosca il negozio fiduciario quale ipotesi derogatoria al regime generale di cui all'art. 2740 c.c.⁵⁹, lo stesso non potrà essere opposto ai terzi, creando altrimenti ostacoli eccessivi ai traffici commerciali e, in particolare, costi transattivi elevati dipendenti dalla difficoltà per i terzi di conoscere l'effettivo contenuto del diritto di proprietà. La riconduzione del negozio fiduciario nell'ambito degli schemi obbligatori, tuttavia, non soddisfa le esigenze pratiche sottese ad esso in modo analogo alla riconduzione dello stesso nell'ambito degli schemi proprietari: il contratto, infatti, non può dar vita a un'entità giuridica, tale da fungere da punto di riferimento generale e da luogo di imputazione di interessi, che vanno oltre a quelli delle parti contraenti⁶⁰.

Con riferimento ai negozi fiduciari, è evidente che la tradizionale concezione della proprietà ha inciso in modo rilevante nello sviluppo dell'ordinamento civile italiano e degli istituti disciplinati dallo stesso: essa, in particolare, è stata uno degli ostacoli maggiori alla diffusione dell'istituto che

⁵⁸ Si è opposta, peraltro a tale conclusione, la c.d. tesi processualistica del rapporto obbligatorio, tra cui, in particolare, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, p. 323 e ss., secondo la quale, fondamentalmente, la responsabilità patrimoniale si risolverebbe nella esecuzione forzata dell'obbligazione. Nel caso, cioè, di inadempimento da parte del debitore vi sarebbe una sostituzione della stesso da parte dello Stato che intervenendo direttamente sul patrimonio del debitore permetterebbe forzatamente la soddisfazione del creditore. La materia della responsabilità patrimoniale, dunque, si risolverebbe in un rapporto pubblicistico e, quindi, inderogabile dalle parti. Di conseguenza un eventuale accordo tra il debitore e un creditore volto ad escludere dalla garanzia generica uno o più beni sarebbe nullo per violazione di una norma imperativa. La teoria in esame, tuttavia, non appare condivisibile poiché confonde la responsabilità patrimoniale, istituto di carattere sostanziale ed afferente al diritto privato, con l'azione esperibile dal creditore in caso di inadempimento del debitore (l'azione esecutiva). La fase antecedente all'azione, dunque, poiché afferisce a un rapporto obbligatorio patrimoniale è disponibile dalle parti direttamente interessate che possono dunque limitare la garanzia generica, concludendo accordi che appongano vincoli alla proprietà, purché con effetti *inter partes*, nel rispetto, dunque, anche del principio di cui all'art. 1372 c.c.

⁵⁹ Proprio a tal proposito una parte della dottrina, tra cui V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 643, scrive: "La successiva previsione della trascrivibilità del preliminare supera anche questo limite (della inopponibilità del vincolo fiduciario, ndr): ammesso che il patto fiduciario sia assimilabile a un atto trascrivibile ex art. 2645-ter, primo comma, e sia effettivamente trascritto, l'effetto prenotativo dell'art. 2645-bis, comma 2, consente al fiduciario di prevalere sui terzi che abbiano trascritto successivamente il loro acquisto".

⁶⁰ U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), op. cit., p. 83.

rappresenta il più importante sviluppo del negozio fiduciario e, cioè, del *trust* in Italia e, soprattutto, all'ammissibilità di un *trust*, disciplinato da norme nazionali⁶¹.

L'intrinseca e originaria differenza della concezione della situazione di appartenenza, infatti, ha fatto sì che “*il diritto inglese ha subito e con facilità riconosciuto che se un bene è affidato a un terzo fiduciae causa con una destinazione di scopo, esso non entra nel patrimonio di costui al medesimo titolo di altri beni, e quindi, non è a disposizione dei suoi creditori i quali possono aggredire solo i beni che appartengono a quest'ultimo nel senso che essi sono destinati a soddisfare il suo interesse al quale quello dei creditori è preferibile, mentre qualunque bene entri nella sfera formalmente proprietaria di un soggetto per essere da questo gestito al fine di soddisfare un interesse alieno rimane al servizio di quello scopo e non vi è ragione che ne sia distratto per soddisfare l'interesse dei creditori del suo occasionale gestore*”⁶².

4. L'agevole diffusione del *trust* in Inghilterra; cenni

Rinviando al primo capitolo del presente lavoro per i cenni sull'istituto del *trust* e sulle sue origini nell'ordinamento inglese e avendo qui riguardo, invece, alle modalità con cui l'istituto in esame si è diffuso nei sistemi di *common law*, ciò che emerge immediatamente, in particolare, come già si accennava, è la facilità della diffusione dello stesso nell'ambito della *law of property* e l'ampia attenzione posta sull'individuazione di un efficace sistema rimediale per i soggetti coinvolti in questa nuova fattispecie.

Tale atteggiamento deriva, innanzitutto, da una considerazione di ordine pratico che afferisce alla compresenza nell'ordinamento inglese delle due corti di *Common law* e di *Equity* che, senza dubbio, ha se non altro facilitato il riconoscimento e l'ammissibilità di due posizioni coesistenti in capo a due distinti soggetti, il *settlor* e il *trustee*, facenti infatti riferimento a due distinte corti giudiziarie⁶³.

⁶¹ Y. EMERICH, *The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?*, in *The world of the Trust*, LIONEL SMITH (edited by), Cambridge Law Press, 2013, p. 22, osserva: “*While the common law trust is based on the division of ownership between the trustee and the beneficiary –the former having ownership in law, the latter having ownership in equity- fear of a split in the conception of ownership has often had the result of blocking the use of fiducies and more specifically, fiduciary ownership in civil law*”.

⁶² A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, op. cit., p. 635; in P. MATTHEWS, *The compatibility of the trust with the civil law notion of property*, in *The world of the Trust*, LIONEL SMITH (edited by), Cambridge Law Press, 2013, p. 313, si legge: “*One of the characteristics of the common law that has facilitated the development and the growth of the trust institution has been its anti-conceptual approach to the idea of property. Instead of being a weakness, it has been a strength*”.

⁶³ Anche se la sussistenza di due Corti distinte non è elemento necessario alla diffusione del *trust*, basti pensare, ad esempio, al sistema scozzese o alle esperienze del Sud Africa e di Israele, dove è assente la predetta dualità delle corti, sul punto vedi U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, op. cit., p. 261.

Ma tale atteggiamento deriva anche proprio dalle peculiarità che la *law of property* ha assunto nel mondo giuridico anglosassone sin dalle origini, peculiarità analizzate più ampiamente nel primo capitolo.

La *property* in Inghilterra, infatti, intesa in un'accezione ampia, più che come rapporto giuridico tra un soggetto e una cosa, è concepita, piuttosto, come diritto che ha ad oggetto delle utilità che a loro volta si riflettono su una cosa corporale, le quali utilità coincidono con gli *estates*⁶⁴.

In questo contesto, quindi, era normale o, comunque, non poneva problemi di ammissibilità teorica, che più soggetti fossero titolari di diversi *estates* anche su una stessa cosa, ben potendosi adattare gli *estates* sulla cosa ai vincoli che le parti avessero voluto apporvi nell'esercizio della propria autonomia privata.

Al contrario, laddove, come nei paesi di *civil law*, la proprietà è intesa, sin dalle codificazioni ottocentesche come diritto assoluto su una *res*⁶⁵, è ovviamente più problematico prevedere uno "smembramento" della situazione proprietaria, smembramento che deve confrontarsi, infatti, con l'unicità della *res* e con l'assolutezza del diritto proprietario.

Si tratta di casi che, se negli ordinamenti anglosassoni sono pacificamente ammessi e tutelati, non potrebbero trovare accoglimento negli ordinamenti di *civil law* e, in particolare, in quello italiano; o meglio, negli ordinamenti di *civil law*, essi potrebbero in ogni caso trovare spazio ma esclusivamente nell'ambito dei rapporti obbligatori: il limite al diritto proprietario, tuttavia, in tal modo, è oggetto di un'obbligazione personale che vincola, si potrebbe dire, esclusivamente all'interno il diritto di proprietà che, tuttavia, nei confronti dei terzi mantiene il suo contenuto tipico ed assoluto.

Il *trust* in Inghilterra, al contrario, inteso quale istituto proprietario, quindi, opponibile anche ai terzi, e non quale rapporto obbligatorio, non ha posto alcun problema di ammissibilità teorica.

Ciò che emerge dallo studio del *trust*, dunque, è che si tratta di un istituto figlio di una concezione proprietaria estranea a quella del nostro ordinamento, che consente una scissione tra proprietà e controllo, configurando in capo al *trustee* una situazione di appartenenza del tutto peculiare e che appare agli antipodi rispetto alla proprietà delineata nel *code napoleon* del 1804, nonché nel pensiero della dottrina e della giurisprudenza italiana tradizionale.

⁶⁴ P. MATTHEWS, *The compatibility of the trust with the civil law notion of property*, op. cit., p. 315: "In the common law world you do not own things (a physical approach). You own rights in things (a metaphysical approach). We call these bundles of rights "estates" or "interests". This apparently complex approach is a hangover from the medieval feudal system. But it makes it easy for ownership of the thing to be dismembered, and bits parcelled out to different people"; J. H. MERRYMAN, *Ownership and Estate (Variation on a theme)*, 48 *Tul. Law Review*, 1974, p. 916 e ss.

⁶⁵ Da cui, chiaramente, il termine diritto reale, di cui la proprietà rappresenta l'emblema.

L'appartenenza del bene, infatti, non è piena, assoluta e perpetua, essendo, piuttosto, il titolare della stessa un mero gestore del bene per l'interesse e il vantaggio di un terzo. La proprietà formale del *trustee*, dunque, non è più una fonte di arricchimento del patrimonio, ma, piuttosto, una fonte di obblighi a carico del proprietario vincolato, in cambio di un corrispettivo.

Diretta conseguenza di tale considerazione è che il *trustee* non può liberamente disporre del bene, né i terzi possono considerare quel bene come facente parte del suo patrimonio, quale garanzia generica dei creditori.

5. La diffusione del *trust* in Italia

Il *trust*, pur provenendo da un diverso sistema giuridico e pur fondandosi su una concezione di proprietà estranea, ha riscontrato un grande successo anche nei paesi di *civil law*, tra cui quello italiano.

Nella prassi contrattuale si era già affermata la tendenza di prevedere schemi pattizi simili al *trust*, come quello della fiducia c.d. romanistica; da un lato, tale tendenza può essere interpretata come testimonianza dell'esigenza della prassi di esercitare la propria autonomia contrattuale anche in tema di diritto di proprietà, e, dall'altro, tuttavia, proprio in questa sede emerge chiaramente che la necessaria genericità della responsabilità del debitore, così come imposta dall'ordinamento dall'art. 2740 c.c., non consente di conferire a tali fattispecie quell'efficacia *erga omnes* che caratterizza, invece, tutte le situazioni reali.

Ma questa limitazione, tuttavia, è focale nella problematica relativa all'ammissibilità di diritti proprietari atipici: essa, infatti, non consente alle parti di raggiungere proprio quel regime di opponibilità a cui vorrebbero aspirare, rappresentando quest'ultimo uno dei prevalenti vantaggi offerti dal *trust*, come affermato anche da autorevole dottrina, in un noto contributo⁶⁶.

Si tratta di un articolo che ha affrontato precisamente la questione della "utilità" concreta del *trust* ipotizzando un caso in cui due soggetti (A e B) vogliano concludere un'operazione assimilabile, nella sostanza, ad un *trust*, ma all'interno di un ordinamento in cui il *trust* non sia previsto, dovendo, dunque, gli stessi avvalersi di istituti tipici, disciplinati, cioè, espressamente dal sistema giuridico di riferimento. Gli autori concludono nel senso che il vantaggio principale conseguibile attraverso il

⁶⁶ H. HANSMANN-U. MATTEI, *The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis*, in *N.Y.U. Law Review*, 1998, p. 434 e ss.

trust discende proprio dalla qualificabilità dello stesso come rapporto *property law-like*, consentendo in tal modo, infatti, un'organizzazione del proprio patrimonio che sia opponibile ai terzi⁶⁷.

Di seguito si riporta brevemente il contenuto dell'articolo in esame poiché, grazie ad esso, è possibile mettere in luce, da un lato, appunto, l'utilità effettiva che può derivare dalla previsione di un nuovo diritto proprietario e, dall'altro, che il limite riconosciuto nell'art. 2740 c.c. ostacolerebbe proprio il perseguimento della predetta utilità.

In particolare, A e B, dovrebbero ricorrere a uno schema contrattuale atipico, cercando di sopperire alla mancanza di una situazione proprietaria flessibile con l'apparato fornito dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, che gode, invece, di ampio riconoscimento nel sistema italiano. A, assumendo il ruolo in sostanza del *settlor of the trust*, dovrebbe trasferire la proprietà del bene a B, sostanziale *trustee*, prevedendo *a latere* un patto obbligatorio con cui B si vincoli a gestire il bene trasferito e, quindi, di sua proprietà nell'interesse di B (o di un terzo beneficiario) e finché questi non lo richieda indietro.

Per quanto riguarda i rapporti di carattere fiduciario tra A e B, gli autori sottolineano che, di fatto, anche in assenza del riconoscimento del *trust* da parte dell'ordinamento, essi potrebbero sicuramente essere regolati tra le parti, come già analizzato sopra, attraverso un accordo fiduciario che preveda gli specifici obblighi (*fiduciary duties*) e diritti in capo alle parti, non derivando, dunque, a tal proposito alcuna utilità specifica dal riconoscimento del *trust*.

L'utilità più importante, invece, sarebbe quella relativa ai rapporti tra le parti (A e B) e i terzi: la disciplina del *trust* nell'ambito dei diritti proprietari, infatti, consente la sua opponibilità *erga omnes* e, in particolare, ai creditori del *trustee* e del *trust* e, infine, ai terzi che acquistino i beni conferiti in *trust*.

Con riferimento, in particolare, ai creditori personali del *trustee*, proprietario formale dei beni oggetto del *trust*, il riconoscimento del *trust* e, quindi del carattere vincolato della sua situazione proprietaria, non consente ai creditori del *trustee* (B) di soddisfarsi sui beni conferiti, essendo tutelata, in tal modo, dunque, la posizione del *settlor of the trust* (A o del *beneficiary*), sulla base della presunzione che “*the Manager's creditors are in a better position than the Recipient to look out for themselves*” rispetto al *settlor of the trust* che, invece, difficilmente può controllare il *trustee*.

D'altra parte, il peculiare diritto di proprietà di cui è titolare il *trustee*, diritto che, infatti, è funzionalizzato a soddisfare l'interesse di un differente soggetto e che, quindi, non entra a far parte

⁶⁷ H. HANSMANN-U. MATTEI, *The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis*, op. ult. cit., osservano: “*Particularly, trust law allows the parties to the trust to partition off a discrete set of assets for separate treatment in relationships formed with creditors. The essential role of the trust, therefore, is to perform a property law-like, rather than a contract law-like, function*”.

del patrimonio generico del *trustee* stesso, non può, di conseguenza, essere aggredito dai suoi creditori.

Differentemente, in assenza del riconoscimento della distribuzione delle situazioni proprietarie configurata dal *trust*, la soluzione non può che essere opposta: poiché B è formalmente pieno proprietario dei beni conferiti, i suoi creditori ben potranno soddisfarsi anche su quei beni, non essendo loro opponibile il patto fiduciario concluso con A, avente valenza meramente obbligatoria. A, dunque, potrà essere tutelato esclusivamente a livello risarcitorio *ex art. 1218 c.c.* per il danno subito a causa dell'inadempimento di B.

Il generale riconoscimento del *trust*, inoltre, consente di trasferire peculiari diritti di proprietà vincolati alle esigenze del *settlor*, a favore di un *trustee* e, cioè, anche a persone singole, personalmente legate al *settlor of the trust* o, comunque, che siano più vicine alle sue esigenze.

Ricorrere alla figura del *trust*, inoltre, impedirebbe ad un'altra categoria di creditori, e, cioè, ai creditori del *trust*, di soddisfarsi sui patrimoni personali del *settlor* e del *trustee*, realizzandosi, infatti, una perfetta separazione patrimoniale.

Un ulteriore gruppo di terzi, infine, comprende quelli che hanno acquisito dei beni oggetto del *trust*, trasferiti dal *trustee* (B) in violazione dell'accordo concluso con A. Il *trust* inteso come istituto *property law-like* garantirebbe, ancora, una serie di vantaggi a favore del *settlor of the trust*, titolare, infatti, di uno specifico interesse proprietario sul bene o sui beni conferiti.

Dal riconoscimento del *trust*, in particolare, deriva la possibilità di riottenere il bene se lo stesso sia stato alienato al terzo in mala fede o se sia stato trasferito a titolo gratuito o a titolo liberale; negli altri casi, invece, residuerà solo la possibilità di ottenere il corrispettivo versato a favore del *trustee*, che può essere identificato con l'equivalente in denaro del bene alienato, divenuto a sua volta oggetto, dunque, del *trust*, nonché l'eventuale risarcimento del danno subito.

In assenza del riconoscimento del *trust*, invece, A potrà ancora solo ottenere una tutela risarcitoria, *ex art. 1218 c.c.*, per violazione del patto fiduciario e non, invece, il corrispettivo quale oggetto equivalente al bene alienato. In concreto, poi, l'ammontare corrisposto coinciderà, dovendo la tutela risarcitoria riportare il patrimonio del *settlor* allo stato in cui si sarebbe trovato in assenza del compimento dell'illecito; le azioni esperibili, tuttavia, hanno presupposti ben diversi: la tutela reale comporta l'automatica sostituzione del bene oggetto del *trust* con il corrispettivo versato, la tutela risarcitoria, invece, necessita la previa dimostrazione del danno subito a causa dell'inadempimento del *trustee* al fine di addivenire alla ricostituzione del patrimonio leso. Il riconoscimento del *trust*,

dunque, apporta un evidente vantaggio pratico, consentendo una più immediata tutela a favore di A, a discapito del *trustee* B infedele⁶⁸.

L'utilità individuata dagli autori, discendente dal riconoscimento del *trust* all'interno dell'ordinamento, e, in particolare, dal riconoscimento di un atipico diritto di proprietà opponibile ai terzi, attiene, dunque, ai rapporti tra *settlor of the trust* e *trustee*, da una parte, e i terzi, dall'altra⁶⁹. È evidente, dunque, che, seppur a livello sostanziale non sussista nell'ordinamento italiano un limite alla elaborazione di nuovi diritti, il limite posto dall'art. 2740 c.c. impedisce, di fatto il raggiungimento della principale finalità del *trust*, consistente nella sua opponibilità ai terzi.

6. Il riconoscimento del *trust*: la Convenzione dell'Aja

Nell'evoluzione del *trust* negli ordinamenti originariamente non-*trust*, ha estrema importanza la Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985, ratificata in Italia dalla legge numero 364 del 1989, che dà una definizione all'istituto riferendosi agli approdi a cui è giunto l'ordinamento inglese, a partire dall'elaborazione di *Equity*.

La Convenzione ha fondamentalmente una duplice finalità: imporre, da un lato, il riconoscimento del *trust* da parte delle autorità giudiziarie degli ordinamenti non-*trust* e stabilire, dall'altro lato, la legge applicabile ai *trust* riconosciuti. Rispettivamente, in particolare, l'art. 11 dispone che il *trust* deve essere riconosciuto all'interno dell'ordinamento, l'art. 6 individua la legge applicabile dal giudice interno in quella scelta dal costituente.

L'effetto prodotto dalla costituzione del *trust* è quello di separare i beni conferiti sia dal patrimonio del costituente, sia da quello del *trustee*, con conseguente impossibilità per i creditori personali del *trustee* di sequestrare i beni del *trust*, anche in caso di insolvenza e bancarotta dello stesso; l'oggetto del *trust*, inoltre, non entra a far parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*

⁶⁸ Nell'ordinamento italiano, peraltro, la tutela reale a seguito del riconoscimento del *trust* e della sua trascrivibilità, nel caso in cui abbia ad oggetto dei beni immobili, consisterebbe nell'applicazione della disciplina della trascrizione, secondo la quale l'alienazione di un bene a un terzo, in violazione del *trust*, potrebbe essere sempre opponibile al terzo stesso, ancorché in buona fede.

⁶⁹ H. HANSMANN-U. MATTEI, *The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis*, op. ult. cit., p. 466, sottolineano: "In sum, it appears that the important contribution of trust law lies not in its ordering, via default rules of contract, of the relationships among the three principal parties to a trust-like relationship-the Transferor, the Manager, and the Recipient-but rather in its ordering of the relationships between those persons and third parties with whom they deal. It is the latter relationships that, owing to high transaction costs, cannot be rearranged easily by contractual means".

e, infine, può essere oggetto di rivendicazione qualora il *trustee*, in violazione dei suoi obblighi, abbia confuso detti beni con i suoi.

Grazie alla Convenzione dell'Aja, dunque, si dà al vincolo apposto alla proprietà carattere reale, potendo opporre lo stesso anche ai terzi: il *trustee*, infatti, ai sensi dell'art. 12 può chiedere la trascrizione della sua qualità di *trustee*, da cui si desuma l'esistenza del *trust* con tutti i limiti e i vincoli che ne derivano. In tal modo, dunque, si realizza proprio quella utilità individuata nel paragrafo precedente e derivante dal riconoscimento delle situazioni proprietarie discendenti dal *trust*, inteso quale istituto *property law-like*.

La dirimente conseguenza, derivante dalla Convenzione in esame, rende necessario preliminarmente capire quale sia la sua portata giuridica e quale il suo specifico ambito di applicazione.

Con riferimento al primo aspetto, in particolare, si discute se la Convenzione possa essere intesa quale mera fonte di diritto internazionale privato⁷⁰, e, dunque, finalizzata esclusivamente alla risoluzione del conflitto tra leggi nel caso di fattispecie che presentino elementi di collegamento con più ordinamenti, oppure, al contrario, quale fonte di diritto sostanziale uniforme, tanto da aver consentito il riconoscimento del *trust* anche nell'ordinamento italiano, istituzionalizzando una nuova forma di proprietà, riconoscimento che, secondo il disposto dell'art. 11, è oggetto di un obbligo nei confronti dell'autorità giudiziaria nazionale⁷¹, la quale non avrebbe, dunque, margini di discrezionalità, potendo negare il riconoscimento solo nei casi in cui lo stesso comporti la violazione di norme imperative (art. 15).

Sembra condivisibile la seconda tesi⁷², come può desumersi dalla portata letterale delle disposizioni della Convenzione, tra cui, in primo luogo, l'art. 1 che, infatti, parla di ratifica della convenzione sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento: riportando, nella prima parte della disposizione, una norma di diritto internazionale privato (individuazione della legge applicabile), mentre nella seconda una norma di diritto sostanziale con effetti, appunto, sostanziali.

⁷⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009, p. 985; B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Rivista del notariato*, 2, 2012, p. 319; G. C. RINALDI, *Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia civile*, 5, 2011, p. 263.

⁷¹ Nella prima parte della disposizione si legge, infatti: "Un trust costituito in conformità della legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come trust".

⁷² In tal senso vedi anche M. LUPOI, *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corriere Giuridico*, 1995, 10, p. 1205; Id., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, op. cit.

Nell'art. 6, inoltre, si legge che “*il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente*”, senza specificare che la situazione concreta presenti degli elementi di collegamento con un ordinamento diverso da quello proprio della nazionalità del costituente, tanto che il secondo comma contempla espressamente il caso in cui si scelga una legge che non preveda l'istituto del *trust*.

Sembrerebbe, dunque, che la Convenzione non abbia l'esclusiva finalità di individuare la legge applicabile nel caso in cui si chieda al giudice italiano di riconoscere un *trust* costituito all'estero, ma, piuttosto, che la stessa dia la possibilità alle parti di chiedere l'applicazione di una legge estera che contempli l'istituto del *trust*, al fine di applicarla a un *trust* che non presenti collegamenti con quell'ordinamento (si parla, in tal caso di *trust* interno)⁷³.

Ad ulteriore sostegno della tesi, inoltre, va rilevato che l'art. 13 dispone che gli Stati non siano tenuti a riconoscere il *trust* in cui gli elementi importanti (*significant*) siano più strettamente connessi ad un ordinamento che non preveda l'istituto del *trust*; la norma, tuttavia, esclude espressamente da tali elementi la scelta della legge, il luogo di amministrazione e la residenza abituale del *trustee*; gli elementi *significant* che rimarrebbero esclusi da tale elencazione sarebbero, dunque, la persona del disponente e del beneficiario, nonché l'oggetto del *trust*. Ma questi ultimi devono essere necessariamente riferibili a uno Stato che non preveda l'istituto del *trust*, altrimenti non avrebbe senso l'applicazione della Convenzione dell'Aja, potendosi, infatti, al contrario, applicare la legge nazionale di appartenenza.

Per dare un senso, dunque, razionale e utile all'art. 13, nonché alla Convenzione nel suo complesso, la disposizione non può essere intesa nel senso di non vincolare lo Stato al riconoscimento del *trust* se il disponente, il beneficiario o l'oggetto afferiscano a un ordinamento non *trust*; esso vuole, piuttosto, escludere il riconoscimento del *trust* in ipotesi residuali nelle quali, pur non violando norme imperative, secondo il disposto dell'art. 15, risulti non compatibile con il sistema⁷⁴.

Grazie alla Convenzione, dunque, l'ordinamento ha riconosciuto effetti giuridici sostanziali all'istituto del *trust*, prevedendo, inoltre, forme di pubblicità idonee a renderlo conoscibile ai terzi (art. 12) e superando, dunque, il limite di ordine pubblico, legato alla incertezza dei traffici commerciali, che si configurerebbe qualora le parti possano liberamente creare vincoli reali alle situazioni di appartenenza. L'art. 12, in particolare, è chiaro nell'affermare che “*il trustee avrà facoltà di*

⁷³ Sull'ammissibilità del *trust* interno si veda M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 553 e ss.; Id, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Rivista del notariato*, 3, 2012, p. 513; U. MORELLO, *Trattato sui diritti reali*, cit., p. 137 e ss.; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 597 e ss. Sostengono, invece, l'inammissibilità del *trust* interno: F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Rivista del notariato*, 2001, p. 11; C. CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 441 e ss.

⁷⁴ Così M. LUPOI, op. cit., p. 982.

*richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee*⁷⁵. Il fatto che la legge parli di facoltà in capo al *trustee* non vuol dire che detta facoltatività sia riconosciuta anche ai conservatori dei registri, ma, piuttosto si tratta di una scelta che potrà fare il titolare della proprietà dei beni conferiti, anche d'accordo con il *settlor of the trust* in modo tale da rendere opponibile il vincolo ai terzi⁷⁶.

Alla luce delle predette osservazioni, dunque, sembrerebbe che il recepimento della Convenzione dell'Aja ha fundamentalmente consentito al *trust* di derogare dal regime di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., dando vita a una nuova situazione di appartenenza opponibile ai terzi e, avente, cioè, efficacia reale, recependo, così, in modo compiuto le esigenze che si erano manifestate nella prassi contrattuale in Italia.

Si supera, così, il limite imposto dall'art. 2740 c.c., di cui si è detto, il quale ben può essere derogato dagli artt. 2 e 11 della Convenzione dell'Aja⁷⁷, attuati da una legge interna di ratifica, avente valore ordinario e, di conseguenza, si dà effettiva cittadinanza nel nostro ordinamento a una nuova situazione di appartenenza, conferendo alla stessa efficacia reale.

Ad ulteriore conferma dell'ormai compiuto recepimento del *trust* quale istituto sostanziale riconosciuto dall'ordinamento italiano è doveroso richiamare un'ulteriore testo normativo, nella specie uno schema di decreto legislativo che deve essere ancora approvato in sede parlamentare e che attua le direttive 2013/50/UE, 2003/71/CE e, infine, 2007/14/CE.

Lo schema, in particolare, all'art. 1, lett a), modifica l'art. 1, lett. w, del d.lgs. 58 del 1998 (TUF), includendo tra gli emittenti quotati anche: *“i soggetti italiani o esteri, inclusi i trust, che emettono strumenti finanziari quotati in un mercato regolamentato italiano”*.

⁷⁵ Sul tema cft A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 2, p. 257, dove l'autore critica l'impostazione di F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Rivista del notariato*, 2001, p. 11, che ha affermato la non trascrivibilità del trust sulla base dell'art. 12 della Convenzione e la non derogabilità dell'art. 2740 c.c. da parte dell'art. 12 stesso, perché quest'ultima non sarebbe disposizione *self-executing*, ma a questa affermazione risponde A. GAMBARO, op. ult. cit.: *“Per il resto basterà ricordare che le norme di una convenzione oggetto di una legge che dà ad esse esecuzione appartengono, nella gerarchia delle fonti, al rango della norma che contiene l'ordine di esecuzione, e quindi nel caso nostro al rango della legge ordinaria, sicché si tratta di norme che prevalgono su quelle codicistiche in base al duplice criterio per cui la legge posteriore prevale su quella anteriore, ed a quello per cui la legge speciale, tale essendo la natura di tutte le norme di diritto convenzionale, prevale sulle norme del diritto nazionale comune”*; vedi anche A. GAMBARO, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alle XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di diritto civile*, 6, p. 119, che replica alle affermazioni di F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del notariato*, 2002, p. 1107, dove aveva sostenuto, ancora, che il *trust* non sarebbe trascrivibile e non potrebbe derogare alla genericità della garanzia rappresentata dal patrimonio del debitore, visto il carattere non *self-executing* dell'art. 12 in esame.

⁷⁶ C. M. BIANCA, *La proprietà*, sostiene invece che la formula della Convenzione rimetta chiaramente ai singoli Stati le scelte dei modi attraverso i quali il *trust* si potrà rendere opponibile. Anche accogliendo tale interpretazione, peraltro, si dovrebbe comunque rendere opponibile il *trust*, dando, dunque, efficacia reale al vincolo.

⁷⁷ M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 529; S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1999, p. 773.

Per quanto riguarda, invece, la seconda questione, relativa all'ambito di applicazione della Convenzione, si è già detto che esso avrà ad oggetto anche i casi di c.d. *trust* interno, che non presentino, cioè, alcun collegamento con un ordinamento che lo preveda e disciplini.

È pacifico, inoltre, che la Convenzione si applichi anche al caso, qualificabile come *trust* internazionale, che sussiste quando la nazionalità del costituente e la legge che si richiede di applicare afferiscano a un ordinamento che lo preveda, essendo solo i beni riferibili ad un ordinamento *non trust*, perché ivi collocati.

Questione ulteriore, invece, è quella che riguarda il caso in cui dei soggetti italiani chiedano il riconoscimento di un *trust* su beni siti in Italia, secondo la legge italiana: in tale ipotesi vi è un problema preliminare consistente nel riconoscimento o meno di una disciplina interna del *trust*, si parla, infatti, a tal proposito di *trust* di diritto interno.

Ci si è chiesti se tale disciplina sia rinvenibile nel negozio di destinazione, introdotto dalla legge numero 51 del 2006, all'art. 2645-ter c.c., in riferimento al quale è preliminarmente opportuno prendere posizione nel dibattito interpretativo che riguarda la questione se si tratti di una norma che introduce a livello sostanziale un negozio di destinazione⁷⁸ o se, invece, disciplini semplicemente un effetto destinatorio⁷⁹: solo avallando la prima tesi, infatti, si potrà poi procedere ad affrontare quella ulteriore relativa alla qualificabilità dell'istituto di cui all'art. 2645-ter c.c. come *trust* disciplinato dall'ordinamento italiano.

La disposizione, in particolare, prevede per una determinata categoria di beni (immobili e mobili registrati) la possibilità di destinarli a uno scopo meritevole di tutela, ex art. 1322, secondo comma, c.c., trascrivendo il vincolo di destinazione e rendendolo, quindi, opponibile ai terzi. Con tale destinazione si realizza una forma di separazione patrimoniale: i beni conferiti, infatti, possono essere utilizzati o eseguiti forzosamente esclusivamente per soddisfare crediti volti a realizzare lo scopo a cui i beni stessi sono destinati.

⁷⁸ Si veda la successiva nota numero 45.

⁷⁹ Tribunale di Trieste (decreto), 7 aprile 2006, in *Italia Oggi* del 20 aprile 2006, p. 52; A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts*, 2007, p. 162 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 836; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del notariato*, 5, 2007, p. 1069; P. MANES, *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 627; la giurisprudenza, pur non affermando chiaramente la natura sostanziale o meramente effettuale della disposizione, ne ha dato una interpretazione restrittiva, per esempio Tribunale di Vicenza 31 marzo 2011, in *Il Fallimento*, p. 1461, che ha negato la meritevolezza di tutela ex art. 1322, secondo comma, c.c. di un atto di destinazione trascritto ex art. 2645-ter c.c. a favore dei creditori concordatari.

Per quanto riguarda la natura della norma in esame, nonostante la collocazione della disposizione, infelice, al pari della sua formulazione, lontana dal libro dedicato ai contratti, sembrerebbe più corretto qualificarla come disciplina di una nuova generale fattispecie negoziale⁸⁰ e non solo di un effetto destinatorio.

Nel primo caso si prevedrebbe un nuovo negozio produttivo dell'effetto previsto dall'art. 2645-ter c.c., ammettendo, dunque, che quest'ultimo possa essere anche l'unico effetto prodotto dalla fattispecie; nel secondo caso, invece, il negozio di destinazione consentirebbe di attribuire l'ulteriore effetto di destinazione dei beni, oltre a quello già prodotto dalla fattispecie contrattuale previamente conclusa.

Ciò emerge già alla luce del dato letterale che fa esplicito riferimento a una norma come l'art. 1322 c.c., che ha chiaramente carattere sostanziale e si riferisce alla possibilità che l'autonomia privata elabori contratti atipici, tanto da rendere ad esso riferibile l'atipicità; sarebbe singolare il rinvio alla norma che introduce esplicitamente il principio di autonomia contrattuale all'interno del codice civile in una fattispecie che preveda solo un effetto destinatorio.

La tesi contraria, inoltre, sostiene che l'effetto destinatorio, mero effetto negoziale, non dotato di causa propria, in forza del fondamentale principio di necessaria causalità, debba necessariamente accedere ad un altro accordo causale da cui desumere la causa in concreto dell'effetto destinatorio; si potrebbe trattare, in particolare, di causa traslativa, costitutiva o modificativa.

Tuttavia è agevole riconoscere che la disposizione non fa alcun cenno a tale accessorietà, non prevedendo una destinazione necessariamente "dinamica", perché dipendente da un trasferimento giuridico della titolarità del bene, o, comunque, una modificazione o costituzione della stessa. D'altra parte, una differente opzione ermeneutica determinerebbe un'inaccettabile differenziazione di trattamento rispetto ad altre fattispecie segregative, come ad esempio quella del fondo patrimoniale, *ex art. 170 c.c.*, per cui è pacifico che l'istituzione non sia accessoria ad altro negozio.

⁸⁰ Sostengono questa tesi anche Cassazione, sezione VI, sentenza numero 3735 del 2015, in E. RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o mobili registrati (art. 2645-ter c.c.)*, in *Vita Notarile*, 2006, p. 1239, secondo cui, comportando i vincoli di destinazione "una incidenza sul contenuto del diritto di proprietà, gli stessi vincoli non possono che derivare da una dichiarazione di volontà del titolare del diritto. E nel nostro sistema una dichiarazione di volontà, produttiva di un effetto giuridico (nella specie, la destinazione del bene), costituisce un atto negoziale"; P. ROMEO, *Meritevolezza degli interessi e causa destinataria – Il commento*, in *Contratti*, 2015, 7, p.659; D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 525 e ss.; B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Rivista del notariato*, 2, 2012, p. 319 e ss.; S. BARTOLI, *Riflessioni sul "nuovo" art. 2645-ter c.c. e rapporti tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, p. 1299 e ss.; R. FRANCO, *Il nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2006, p. 321; B. SCIARRA, *Il negozio di destinazione a struttura unilaterale*, in *Rivista del notariato*, 6, 2014, p. 1251; M. a, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, 2, 197 e ss.

La disposizione, dunque, parrebbe configurare un vero e proprio autonomo negozio destinatorio, dotato, quindi, di una propria autonoma causa destinataria che può, o meno, accedere ad altro contratto.

Il negozio di destinazione costituirebbe così una separazione patrimoniale di determinati beni destinati da un soggetto (conferente) al perseguimento di uno scopo non predeterminato dal legislatore ma che deve necessariamente essere volto a realizzare un interesse meritevole di tutela, *ex art. 1322*, secondo comma, c.c., non predeterminandone, così, il contenuto negoziale ma utilizzando, al contrario, una formula generale, tanto che il negozio di destinazione può essere qualificato come atipico.

Il legislatore, in tal modo, ha previsto una fattispecie peculiare in cui tra l'interesse del conferente a destinare il bene e quello dei creditori generali a vedere conservata l'integrità del patrimonio del debitore, prevale il primo, proprio in virtù della meritevolezza dell'interesse perseguito.

Si ritrova, dunque, nel negozio di destinazione l'esplicitazione della valutazione che l'interprete deve fare di fronte ad ogni negozio giuridico atipico.

Nella disciplina del negozio giuridico di destinazione, di cui all'art. 2645-ter, infatti, il legislatore fa un passo ulteriore rendendo opponibile ai terzi il vincolo alla situazione di appartenenza, analogamente, come si è visto, nel caso del *trust* interno, superando, così, il limite dell'ordine pubblico che impedisce appunto tale opponibilità.

A questo punto è opportuno dare una risposta al secondo quesito che ci si era posti e, cioè, se il negozio atipico di destinazione sia assimilabile a un *trust*, ritenendo dunque ammissibile il caso in cui due soggetti italiani costituiscano un *trust* con ad oggetto beni siti in Italia e chiedano all'autorità giudiziaria l'applicazione della disciplina italiana, in specie l'art. 2645-ter c.c.

A parere di chi scrive⁸¹ non sembrerebbe corretto assimilare i due istituti richiamati che, infatti, presentano una serie di differenze rilevanti, tanto da apparire l'esplicitazione di due esigenze e *ratio* divergenti.

Al di là, infatti delle differenze di disciplina dei due istituti, che, comunque potrebbero anche non sussistere, nei casi in cui vi sia corrispondenza tra dette caratteristiche -si tratta, ad esempio, dell'adozione della forma pubblica, della durata limitata nel tempo (90 anni o durata della vita della persona beneficiaria), o della limitazione della causa destinataria alla tutela di soggetti deboli o

⁸¹ Così anche A. GAMBARO, *La proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts*, 2007, 2, p. 176; M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts*, 2006, p. 169 e ss.; M. BIANCA, *Atto negoziale destinazione e separazione*, cit., p. 210; D. MURITANO, *Negoziato di destinazione e trust interno*, in *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, 2008, p. 267 e ss.

pubblici- la *ratio* sottesa al negozio di destinazione è quella di dare vita a una segregazione patrimoniale *statica*, di modo tale che determinati beni vincolati soddisfino solo certi creditori.

La finalità del *trust*, invece, è quella di trasferire determinati beni a un soggetto legato al *settlor* da un rapporto di fiducia affinché quest'ultimo amministri e gestisca in modo dinamico ed efficiente i beni conferiti, nell'interesse del *settlor* o del beneficiario, tanto che il trasferimento della proprietà dei beni a un *trustee* è elemento essenziale del *trust*, nel negozio di destinazione, invece, come visto, l'effetto destinatorio può essere anche indipendente da un effetto traslativo, modificativo o costitutivo del diritto: non è elemento indispensabile, infatti, la figura di un gestore, potendosi costituire, in forza dell'art. 2645-ter, anche solo un patrimonio separato unipersonale, di talché il titolare dello stesso rimane sempre quello originario.

Inoltre, mentre nel negozio di destinazione può parlarsi di separazione personale unidirezionale, poiché i creditori dello scopo, qualora i beni destinati risultino incapienti, possono soddisfarsi anche nei confronti dei beni non destinati, facenti parte del patrimonio del costituente; nel *trust*, invece, vi è una separazione patrimoniale perfetta o bidirezionale: i creditori del *trust* non possono, infatti, soddisfarsi né sui beni del *settlor*, né su quelli del *trustee*, ma solo ed esclusivamente su quelli conferiti in *trust*.

L'assimilazione del negozio di destinazione al *trust*, dunque, sembrerebbe una forzatura, non fedele alla *ratio* e alle intrinseche differenze dei due istituti.

L'art. 2645-ter, piuttosto, deve essere considerato quale esplicito riconoscimento da parte del legislatore di una proprietà vincolata⁸², e, quindi, di un esempio del tendenziale superamento del principio di tipicità del diritto di proprietà e del limite dell'ordine pubblico che consentirebbe sì, come si è visto, la costituzione di proprietà vincolate ma con un'efficacia meramente *inter partes*, essendo i vincoli stessi inopponibili ai terzi.

Non è condivisibile, a tal proposito, la tesi di coloro⁸³ che sostengono che il vincolo di scopo di cui all'art. 2645-ter non sia reale e non consenta, dunque, anche una tutela recuperatoria del bene, oltre a quella risarcitoria e di coazione all'adempimento, qualora sia alienato a terzi in violazione del vincolo di destinazione.

⁸² A. GAMBARO, *La proprietà nell'interesse altrui*, cit., p. 170 parla di una particolare proprietà definibile come "proprietà nell'interesse altrui"; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, cit., p.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, II, p. 168.

⁸³ C. M. BIANCA, *Destinazioni patrimoniali e attuazione del vincolo*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, G. DORIA (a cura di), Torino, 2010, p. 56 e ss.; B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile e modelli europei di articolazione del patrimonio*, cit., p. 324.

Una trascrizione di tal fatta, infatti, avrebbe una validità divergente da quella normalmente riconosciuta alla trascrizione stessa che, posta di regola ad atti che hanno effetti reali, garantisce l'opponibilità dell'effetto reale ai terzi. Se il legislatore, infatti, avesse voluto riconoscere un effetto anomalo a detta trascrizione –si pensi a quella prenotativa del contratto preliminare o alla pubblicità notizia- lo avrebbe esplicitato. La formulazione letterale del 2645-ter non può che essere interpretata nel senso di attribuire alla destinazione il carattere reale, tale da renderlo opponibile ai terzi e a garantirne, pertanto, una tutela reale⁸⁴. Se il vincolo avesse efficacia meramente obbligatoria, d'altra parte, potrebbe ammettersi solo l'ipotesi della destinazione conseguente al trasferimento del bene, non essendo compatibile con un'ipotesi di auto destinazione, in cui il conferente ponga solo un vincolo di scopo ai beni, pur rimanendone nella titolarità⁸⁵.

Nel caso in cui, quindi, il bene vincolato sia alienato a terzi, violando la destinazione conferitagli, sarà ammissibile una tutela di tipo reale e, dunque, recuperatoria del bene, ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c.

Con l'art. 2645-ter il legislatore ha esplicitamente riconosciuto un'ipotesi di proprietà vincolata, atipica rispetto a quella assoluta di cui all'art. 832 c.c., in linea con le nuove esigenze della società, che non vede più nella situazione della proprietà statica e opponibile *erga omnes* la forma principale della ricchezza ma, piuttosto, cerca nuove forme di sfruttamento efficiente della proprietà, che viene così modificata dall'autonomia privata⁸⁶.

⁸⁴ M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., p. 208, evidenzia che “Accogliendo la distinzione tra pubblicità e trascrizione, pur dovendosi ammettere che la funzione pratica della trascrizione sia quella di essere una fonte di notizia e conoscibilità per i terzi, la funzione giuridica è quella di risolvere un problema di conflitto tra creditori non destinati che iniziano l'esecuzione con un pignoramento immobiliare e creditori della destinazione”.

⁸⁵ U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 1070, alla nota numero 4 afferma, infatti, che “È evidente che, ove l'efficacia dell'atto cui si riferisce la disposizione normativa in commento, fosse meramente obbligatoria, l'ipotesi di «auto destinazione», ossia di atto di destinazione non accompagnato dal trasferimento del diritto sul bene vincolato ad un terzo, sarebbe difficilmente concepibile, attesa la mancanza della necessaria alterità tra obbligato e creditore”.

⁸⁶ In M. LUPOI, *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, op. cit., l'autore scrive: “A mio parere, l'art. 2645-ter c.c. è solo la conferma di quanto da tempo eravamo in molti a sostenere, sia pure con diversità di accenti: esiste un cammino dell'ordinamento verso la specializzazione dei patrimoni e chi rifiutava di accorgersene dovrà ora prenderne atto”.

7. Un'applicazione concreta: gli *escrow agreements*⁸⁷

L'importanza che il *trust* ha assunto nella prassi contrattuale anche italiana è ancora una volta testimoniata dagli *escrow agreements*, i quali, come si vedrà, possono essere qualificati alla stregua di veri e propri *trusts* e, anzi, la riconduzione degli stessi allo schema del *trust* consente la realizzazione degli scopi precipui che le parti si pongono nel momento in cui optino per l'utilizzo, appunto, di un *escrow agreement*.

L'*escrow agreement* è un accordo trilaterale di derivazione anglosassone attraverso il quale uno o più beni (documenti, azioni, obbligazioni, somme di denaro, beni mobili o immobili), oggetto di contrattazione o rivendicazione tra due soggetti, vengono depositati in garanzia presso un terzo affinché li custodisca, a favore di entrambe le parti, subordinatamente al verificarsi di una determinata condizione o un evento prestabiliti.

Il contratto di *escrow*, dunque, ha natura prettamente accessoria rispetto a un rapporto principale tra due parti ed è necessariamente trilaterale, dovendo sussistere, infatti, in primo luogo, il depositante, cioè, colui che deposita il bene oggetto di *escrow agreement*; in secondo luogo, il beneficiario, cioè, la parte del rapporto contrattuale principale in favore del quale è effettuato il deposito e, in terzo luogo, il depositario o *escrow holder*, ovvero il soggetto terzo e imparziale che riceve il bene da parte del depositante.

Al verificarsi della condizione o dell'evento prestabiliti dalle parti, l'*escrow holder* è obbligato ad effettuare la seconda consegna (*second delivery*) alla parte beneficiaria del deposito, ovvero, nel caso contrario della mancata verifica della condizione o dell'evento stesso, alla parte depositante.

L'*escrow holder* è legato a tutte e due le parti del rapporto principale da un vincolo di tipo fiduciario, custodendo il bene a favore di entrambe le parti, le quali, infatti, possono revocare i suoi poteri solo congiuntamente⁸⁸.

La funzione principale dell'*escrow agreement* è di garanzia e costituisce nella prassi una valida alternativa alle più onerose fidejussioni bancarie; un esempio concreto può essere rappresentato dall'ipotesi in

⁸⁷ Sul tema si veda: A. M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 2, p. 801 e ss.; G. PESCATORE-S. ANGIONE, *Il contratto di escrow: struttura fondamentale e principali utilizzi*, in *www.bcp-lex.com*, Pubblicazioni e convegni, 2005; P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2012, 4, p. 365 e ss.; V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contratti*, 2013, 2, p. 195 e ss.; A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2015, 9, p. 566 e ss.

⁸⁸ A. M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contratto e Impresa*, op. cit., p. 802; P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 368, distingue tra *escrow holder* ed *escrow agent*: il primo, in particolare, "intrattiene una doppia relazione fiduciaria, detenendo e custodendo qualcosa per ciascuna parte

cui l'acquirente versi la cifra pattuita come corrispettivo in un conto (*escrow account*) messo a disposizione da un istituto di credito, il quale custodirà la somma depositata finché la parte alienante non produca la documentazione convenuta⁸⁹.

Anche negli ordinamenti di *civil law* e, in particolare, in quello italiano, gli *escrow agreements* sono ampiamente utilizzati dalla prassi, seppur in assenza di un riconoscimento legislativo esplicito; è emersa, pertanto, in dottrina, l'esigenza di cercare di inquadrare l'istituto nell'ambito dell'ordinamento italiano per poi individuarne la disciplina applicabile e, in particolare, di ricondurlo entro un istituto che consenta di realizzare la finalità propria di garanzia dell'*escrow agreement*, facendo in modo che il bene o i beni depositati presso l'*escrow holder*, da un lato, siano separati dal patrimonio generico delle parti afferenti al rapporto principale e, dall'altro, non si confondano con il patrimonio del depositario o con quello di altri eventuali depositanti presso il medesimo soggetto.

Tra le varie soluzioni proposte, innanzitutto, si è collocato l'istituto in esame nell'ambito di un contratto di deposito regolare, ai sensi degli artt. 1773 c.c. e ss., nel quale, cioè, la proprietà dei beni depositati rimanga in capo al depositante, mentre il depositario sia titolare della sola detenzione dei beni⁹⁰, in questo modo si permetterebbe al depositante, nei conflitti con i creditori del depositario, di ottenere la separazione dei beni da quelli del depositario stesso⁹¹.

Tuttavia, con riferimento alla qualificazione dell'*escrow agreement* come deposito regolare, non sono mancati coloro che ne hanno evidenziato alcune criticità: è stato affermato, ad esempio, che anche in tal caso la tutela della posizione del depositante non sarà immediata, poiché, qualora i creditori del depositario aggrediscano i beni depositati, il depositario avrà comunque l'onere di provare che la proprietà dei beni sia del depositante⁹²; si deve sottolineare, inoltre, che il bene non sarebbe salvo da eventuali azioni dei terzi creditori del depositante, ancora proprietario del bene.

Problemi maggiori si presenterebbero, inoltre, nel caso in cui i beni depositati siano beni fungibili e il deposito sia irregolare, ai sensi dell'art. 1783 c.c., con il passaggio della proprietà dei beni stessi in capo al depositario: in questo caso, infatti, i beni si confonderebbero con quelli del patrimonio del depositario. Il vincolo fiduciario che incombe sul diritto di proprietà del depositario, infatti, non

⁸⁹ A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, op. cit., p. 567.

⁹⁰ Cassazione, sentenza del 4 luglio 1995, numero 4071, in *Giustizia Civile*, 1995, I, p. 2397; e in *Fallimento*, 1995, p. 1192, relativa a una caso in cui era stata depositata una somma di denaro in garanzia presso un notaio. Nel caso esaminato dalla Corte, l'aspetto centrale fosse la funzione fiduciaria dell'operazione che risultava "caratterizzata da uno scopo preciso, nel quale non entrava neppure in considerazione la possibilità da parte del notaio di disporre del denaro: disponibilità che, anzi, doveva ritenersi negozialmente esclusa dalla natura fiduciaria del deposito e dalla funzione da adempiere, nella piena consapevolezza di tutte le parti interessate e consenzienti".

⁹¹ I. A. CAGGIANO, *Circolazione del denaro e strumenti di tutela*, II edizione, Esi, 2012, p. 116.

⁹² A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, op. cit., p. 571.

essendo previsto dal legislatore come ipotesi di deroga al noto art. 2740 c.c., non è opponibile *erga omnes*, ma produce solo effetti obbligatori tra le parti.

Il contratto di *escrow*, inoltre, presenta delle analogie anche con il sequestro convenzionale, *ex art.* 1798 c.c., ma non può essere ricondotto a tale fattispecie, innanzitutto, poiché il sequestro convenzionale non è atto del titolare del diritto sulla cosa, ma di entrambe le parti che sulla cosa controverso e che convengono di ricorrere al sequestro convenzionale⁹³.

L'affidamento della cosa al sequestratario, inoltre, come nel caso del deposito regolare, non comporta a favore dello stesso il passaggio della proprietà e da ciò consegue che i terzi creditori del proprietario possono aggredire il bene, così frustrando la finalità propria dell'*escrow agreement*⁹⁴.

Anche nel caso in cui l'istituto in esame venga accostato a un contratto di mandato irrevocabile nell'interesse di una o entrambe le parti del rapporto principale, la finalità dello stesso non risulta pienamente realizzata.

Se nel contratto di mandato tra mandante e mandatario sussiste un rapporto fiduciario, analogamente all'*escrow account*, tuttavia non sussiste una forma di separazione patrimoniale del bene o dei beni conferiti al mandatario, i quali, infatti, rimangono pur sempre di proprietà del mandante e, dunque, possono essere aggrediti dai suoi creditori.

Il contratto di *escrow* presenta delle analogie anche con il negozio fiduciario, sussistendo, infatti, in capo al depositario un obbligo fiduciario nei confronti delle parti del rapporto principale ma, tuttavia, anche qualificandolo in tal modo la finalità dell'istituto in esame sarebbe vanificata. Come già visto⁹⁵, infatti, il *pactum fiduciae* produce esclusivamente effetti obbligatori tra i soggetti coinvolti e, dunque non determina quella separazione patrimoniale necessaria affinché il bene o i beni oggetto dell'*escrow account* non siano aggredibili né dai creditori del depositario, né da quelli delle parti del rapporto principale.

Da un punto di vista strutturale, inoltre, negozio fiduciario ed *escrow account* si distinguono poiché nel primo, il fiduciario si impegna a svolgere una determinata attività giuridica in favore e per conto del fiduciante, nell'*escrow agreement*, invece, il depositario in *escrow* figura come terzo imparziale e svolge un'attività a favore di entrambi i soggetti coinvolti nel rapporto principale⁹⁶.

⁹³ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Seconda edizione ampliata, Cedam, 2011, p. 337.

⁹⁴ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, op. ult. cit., p. 337, sottolinea che questo è uno dei motivi che hanno reso inefficiente lo strumento del sequestro convenzionale che, infatti, è scarsamente utilizzato nella prassi.

⁹⁵ In particolare, al paragrafo 3 del presente capitolo.

⁹⁶ P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 374.

Sembrerebbe che l'istituto a cui può essere ricondotto il contratto di *escrow* che meglio soddisfi gli interessi delle parti coinvolte sia quello del *trust*; in particolare, il depositante assumerebbe la veste di *settlor of the trust*, il depositario quella di *trustee* e, infine, l'altra parte del rapporto principale quella di beneficiario, con la precisazione che il bene o i beni depositati potranno poi essere trasferiti con la *second delivery* sia al *settlor of the trust*, sia al *beneficiary*, a seconda di quanto previsto nel contratto di *escrow*.

L'*escrow holder*, dunque, secondo l'ordinario schema del *trust*, diverrebbe proprietario del bene, pur rimanendo quest'ultimo separato dal suo patrimonio generale e derogando efficacemente al principio posto dall'art. 2740 c.c., essendo il *trust*, come già analizzato, disciplinato dal legislatore da una norma primaria: attraverso la riconduzione dell'*escrow agreement* al *trust*, dunque, sembrerebbero soddisfatte in modo efficace le esigenze delle parti sottese alla conclusione del predetto contratto.

È possibile concludere la breve disamina dell'istituto del contratto di *escrow*, optando, dunque, per la tesi che meglio rispecchia la *ratio* sottesa al contratto stesso, qualificandolo quale peculiare figura di *trust*.

Alla luce di tale qualificazione, peraltro, è possibile osservare che, da un lato, l'ampio utilizzo dell'*escrow agreement* nella prassi⁹⁷ testimonia la continua diffusione, anche in sistemi di *civil law* come quello italiano, di schemi negoziali assimilabili al *trust* e, dall'altro, la conferma che vi sia sempre più l'esigenza di prevedere delle fattispecie di appartenenza nuove e distanti rispetto a quella tradizionale, derivante dalla concezione napoleonica di proprietà.

Emerge, ancora una volta, che gli schemi proprietari che si delineano secondo gli schemi tradizionali dei sistemi di *civil law* e che sono sottesi, ad esempio, agli schemi contrattuali, a cui si è fatto cenno, del deposito regolare o irregolare, del sequestro convenzionale, del mandato o dei negozi fiduciari, non sono idonei a soddisfare alcune delle esigenze che sono emerse nella prassi contrattuale e volte ad utilizzare i beni attraverso modalità di sfruttamento nuove e accomunate dalla perseguibilità di una maggiore efficienza, modalità che una concezione monolitica e assoluta della proprietà non potrebbe più soddisfare.

⁹⁷ A. M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contratto e Impresa*, op. cit., p. 812, fornisce un elenco delle figure concrete emerse nella prassi.

8. I nuovi diritti di proprietà riconosciuti a livello legislativo

Si passerà ora ad analizzare quei nuovi diritti di proprietà che sono stati previsti a livello legislativo, in risposta a esigenze sociali effettive⁹⁸ ed emerse nella prassi, come si è visto nel caso del *trust*, piuttosto che in quello degli *escrow agreements*, andando ad erodere in concreto quel proclamato principio della tipicità del contenuto del diritto di proprietà.

Già nell'impianto codicistico⁹⁹, in particolare, si trovano degli schemi proprietari che si allontanano dal contenuto tipico del diritto dominicale, così come riconosciuto dalla dottrina tradizionale e secondo l'impostazione derivante dal *code civil* napoleonico: il codice, in particolare, prevede fattispecie in cui sono apposti dei vincoli al diritto di proprietà, i quali non attengono alla pubblicistica "funzione sociale della proprietà", di cui all'art. 42 Cost.

A tal proposito possono richiamarsi, innanzitutto, i casi del legato a termine finale, *ex art. 637 c.c.*, della sostituzione fedecommissoria, *ex art. 692 c.c.* e della proprietà superficiaria, *ex art. 953 c.c.*: in tutte e tre le fattispecie richiamate, infatti, si configura una proprietà limitata nel tempo.

Ma anche al di fuori dell'impianto codicistico il legislatore ha previsto delle figure di proprietà vincolata temporalmente, come nel noto caso della multiproprietà¹⁰⁰, riconosciuta e regolata oggi all'interno del codice del consumo (d. lgs. numero 206 del 2005) e, da ultimo, dal codice del turismo (d. lgs. numero 79 del 2011) e, introdotta inizialmente dal d.lgs. numero 427 del 1998, in attuazione della direttiva 94/47/CE, che ha recepito un fenomeno nato dalla prassi per agevolare e incrementare l'acquisizione di alloggi uso-vacanze¹⁰¹.

Tra le ipotesi legali di proprietà vincolata, inoltre, vi sono quelle che ne prevedono una funzionalizzazione rispetto ad uno specifico scopo, con una duplice limitazione: in primo luogo, i beni "separati", infatti, devono soddisfare, per lo meno in via primaria, i creditori relativi al perseguimento di quello scopo particolare ed eventualmente solo in via successiva anche i creditori generali; in secondo luogo anche il proprietario del bene separato è vincolato nell'utilizzo del bene,

⁹⁸ U. MATTEI, *La Proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, op. cit., p. 266.

⁹⁹ Osservazioni che già si leggono in S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, op. ult. cit., p. 145 e ss.

¹⁰⁰ Ricordata da taluni a una forma peculiare di comunione turnaria, da altri, invece, a un diritto reale atipico, nel quale, oltre che la dimensione spaziale diviene rilevante anche quella temporale, trattandosi, cioè, di una forma di proprietà temporanea. Cfr. G. ALPA, *La multiproprietà. Aspetti giuridici della proprietà turnaria e della proprietà turistico-alberghiera*, Bologna, Zanichelli, 1983, p. 4 e ss.; G. ALPA, *La multiproprietà nell'esperienza contemporanea*, in *La multiproprietà*, G. ALPA-M. IASIELLO (a cura di), Cedam, 1993, p. 27 e ss.

¹⁰¹ M. IASIELLO, *Introduzione*, in *La multiproprietà*, G. Alpa-M. Iasiello (a cura di), Cedam, 1993, p. 1.

nel senso che anch'esso dovrà essere finalizzato al perseguimento di quello scopo, vincolando, dunque la proprietà sostanziale del bene stesso.

È il caso, ad esempio, del fondo patrimoniale, *ex art. 167 c.c.*, costituito dai coniugi al fine di vincolare determinati beni al soddisfacimento delle esigenze familiari e che non possono essere oggetto di esecuzione per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia (*art. 170 c.c.*).

9. L'elasticità della proprietà in materia di espropriazioni¹⁰²

Un ulteriore ambito in cui si è manifestata l'esigenza di scomporre gli interessi derivanti dal diritto di proprietà, al fine di farne un utilizzo più efficiente, è quello attinente al governo del territorio, a seguito della diffusione di alcune tecniche perequative e premiali volte, da un lato, a evitare trattamenti discriminatori che conseguono necessariamente dall'utilizzo delle tradizionali tecniche di pianificazione del territorio ma anche, dall'altro lato, a trovare delle modalità alternative all'espropriazione per pubblica utilità, di cui al d.lgs. 327 del 2000, al fine di ovviare alla sempre più diffusa difficoltà per lo Stato a corrispondere gli indennizzi a seguito dei procedimenti espropriativi¹⁰³.

La legge principale che regola la materia attinente al governo del territorio, in particolare, è la 1150 del 42, la quale basa l'attuazione della disciplina urbanistica sulla pianificazione c.d. "a cascata": a livello provinciale, in particolare, vengono adottati i piani regolatori territoriali, a livello comunale i piani regolatori generali e a livello sub-comunale quelli attuativi.

Il piano regolatore generale, a livello comunale, tradizionalmente, si basa su due tecniche di pianificazione principali: la zonizzazione e la lottizzazione; la prima prevede la suddivisione dell'area

¹⁰² Sul tema si veda, ad esempio: M. BALLORIANI, *Il principio di perequazione urbanistica*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori*, AA. VV., Napoli, 2009; E. BOSCOLO, *La perequazione urbanistica: un tentativo di superare la intrinseca discriminatorietà della zonizzazione tra applicazioni pratiche ed innovazioni legislative regionali in attesa della riforma urbanistica*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Pubblicazioni dell'associazione italiana di diritto urbanistico, 2, Giuffrè; F. CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Pubblicazioni dell'associazione italiana di diritto urbanistico, 2, Giuffrè; S. MORONI, *Il carattere distributivo della pianificazione territoriale e il problema della giustizia: un'introduzione*, in F. ANGELI, *Territorio e giustizia distributiva*, Milano, 1994; S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Giuffrè, Milano, 2005; S. STANGHELLINI, *Il principio perequativo nel piano urbanistico*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori*, AA.VV., Napoli, 2009.

¹⁰³ Esigenza tanto più avvertita attualmente poiché, a seguito delle pronunce della CEDU che hanno più volte sanzionato l'Italia, oggi anche la legislazione interna prevede la quantificazione dell'indennizzo espropriativo sulla base del valore di mercato del terreno espropriato.

oggetto del piano in zone distinte a seconda della destinazione decisa dal piano stesso, principalmente in aree edificabili e non edificabili.

Dalla zonizzazione deriva, in particolare, l'apposizione di vincoli conformativi alle aree interessate, ai quali non corrisponde il versamento di alcun indennizzo da parte della pubblica amministrazione; la possibilità di apporre tali vincoli alla proprietà privata è riconosciuta a livello costituzionale dall'art. 44 che ne individua la finalità di "conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali".

La seconda, invece, suddivide l'area in relazione alle opere di urbanistica da realizzare (opere pubbliche, strade, ecc...) ed è preordinata alla attività di espropriazione a cui deve conseguire necessariamente, ai sensi dell'art. 42 Cost., nonché dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, la corresponsione di un indennizzo da parte della pubblica amministrazione.

Accanto a queste forme tradizionali, come si anticipava, le pubbliche amministrazioni comunali hanno elaborato ed attuato differenti modelli di pianificazione, in funzione perequativa e premiale al fine di eliminare le disparità di trattamento nei confronti dei proprietari delle aree oggetto del piano regolatore, nonché di evitare la corresponsione dell'indennizzo.

Tali modelli, in particolare, individuano delle aree che abbiano caratteristiche strutturali e fisiche uniformi e attribuiscono a tutti i loro proprietari, attraverso la conclusione di accordi con la pubblica amministrazione comunale, diritti edificatori, indipendentemente dal fatto che un'area sia edificabile o meno in base al piano regolatore.

Ai diritti edificatori dei vari proprietari non corrisponde necessariamente un diritto a costruire nel fondo di loro proprietà, in quanto tale diritto potrà essere nello stesso esercitato, solo se esso rientri, ai sensi del piano regolatore, in un'area edificabile.

Nel caso in cui, invece, l'area non sia edificabile, il privato sarà comunque titolare di diritti edificatori così come attribuiti dal piano, i quali potranno essere venduti ad altri privati oppure potranno essere esercitati, concretizzandosi in uno *jus edificandi*, in aree di "atterraggio" indicate dalla pubblica amministrazione.

I modelli di pianificazione in funzione premiale, invece, prevedono la possibilità per il privato, sempre a seguito della stipulazione di un accordo con la pubblica amministrazione procedente, di ottenere un *surplus* di diritti edificatori, qualora realizzi all'interno delle aree di sua proprietà, con le proprie risorse finanziarie, opere pubbliche, oppure di riqualificazione ambientale, o ancora di ristrutturazione di beni storici o artistici, nonché case a destinazione residenziale pubblica, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla pubblica amministrazione stessa.

I diritti edificatori concessi al privato in funzione premiale potranno poi essere esercitati in diverse aree di “atterraggio” previste dall’amministrazione stessa.

Le tecniche di pianificazione descritte sono di fondamentale importanza per il diritto amministrativo poiché rappresentano l’esempio di una nuova concezione dell’azione amministrativa che non si basa più sull’esercizio della potestà solo in via autoritativa, caratterizzata dalla netta contrapposizione tra la pubblica amministrazione e il privato, portatore di interessi ad essa contrapposti ma, piuttosto, attraverso il raggiungimento di accordi negoziali con il privato, posto sul medesimo piano dell’autorità pubblica.

Alla base di tali strumenti vi è l’idea secondo la quale attraverso un’attività improntata sulla collaborazione con il privato e non solo sulla imposizione di scelte unilateralmente adottate dalla pubblica amministrazione è possibile raggiungere l’interesse pubblico in modo più efficace e veloce e con il dispendio di minori risorse¹⁰⁴.

Le tecniche di pianificazione perequative e premiali, peraltro, hanno posto non pochi problemi nell’ambito del diritto amministrativo¹⁰⁵, per quanto riguarda la loro astratta ammissibilità nel sistema, e presentano profili di rilevanza ai fini della presente analisi, in quanto idonee ad individuare una particolare e nuova modalità di estrinsecazione del diritto di proprietà nella realtà giuridica attuale¹⁰⁶, che lo allontanano dal modello tipico individuato dalla dottrina tradizionale.

Con riferimento ai nuovi strumenti aventi funzione perequativa, in particolare, è possibile osservare che attraverso tali nuove tecniche è possibile scindere la proprietà da uno degli interessi che la caratterizzano, coincidente, cioè, con il diritto edificatorio¹⁰⁷, tanto da potersi configurare casi in cui

¹⁰⁴ Perseguendo i principi di economicità e efficacia, che l’art. 1, comma 1, della legge 241 del 90 riconosce quali principi fondanti l’attività amministrativa.

¹⁰⁵ Una parte della giurisprudenza, in particolare, ha affermato che queste modalità di pianificazione, proprio perché non previste da una legge statale, non sarebbero ammissibili nel nostro ordinamento perché contrastanti con il principio di legalità, e, in particolare, con la necessaria tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi. In assenza di una legge che disciplini tali tecniche, la pubblica amministrazione sarebbe libera di agire senza alcun limite imposto dalla fonte legale a tutela delle prerogative dei singoli cittadini destinatari di tali provvedimenti.

La giurisprudenza, d’altra parte, osserva che il principio di legalità dovrebbe essere rispettato ancora più rigorosamente proprio in un ambito, quale quello dell’urbanistica, che incide su un diritto primario degli individui, quale, appunto, il diritto di proprietà.

L’utilizzo di tali tecniche di pianificazione, inoltre, in assenza di una legge-quadro statale, comporterebbe l’introduzione di una forma celata di espropriazione a favore della pubblica amministrazione, senza indennizzo, in contrasto, quindi, con l’art. 42 Cost.

I privati, infatti, secondo questa interpretazione giurisprudenziale, cederebbero le aree di loro proprietà alla pubblica amministrazione senza alcun indennizzo.

¹⁰⁶ Alcuni autori hanno obiettato, in particolare, l’impossibilità di ipotizzare una scissione di facoltà ad opera del proprietario, atteso il *numerus clausus* dei diritti reali.

¹⁰⁷ Nell’ambito del diritto amministrativo la questione della inerenza del diritto edificatorio al diritto di proprietà quale sua caratteristica intrinseca e naturale è ampiamente discussa. Nella sentenza numero 5 del 1980, in particolare, la

il diritto reale sia “svuotato” della possibilità di edificare, quando il titolare, ad esempio, trasferisca tutti i suoi diritti edificatori su un’area differente di “atterraggio”, oppure ipotesi in cui un proprietario sia titolare di un diritto di proprietà e dei diritti edificatori ma non possa esercitare quest’ultimi sull’area oggetto di proprietà.

La situazione di appartenenza che si configura in questo caso non è vincolata al perseguimento di uno scopo, come nel caso del *trust* o del negozio di destinazione, ma è limitata dall’impossibilità di esercitare determinati diritti di cui, tuttavia, il proprietario è titolare, tanto da poter essere ceduti ad altri soggetti, senza poterli concretamente esercitare sullo stesso bene che è oggetto della situazione dominicale.

La fattispecie, d’altra parte, è differente da quella che si configura nel caso dell’espropriazione di un bene per pubblica utilità, poiché in tale ultimo caso la proprietà è azzerata nel perseguimento di un interesse pubblico, per un vincolo, dunque, pubblicistico, tanto che di proprietà, una volta completato il procedimento di espropriazione, non può più parlarsi; nelle ipotesi in esame, invece, la proprietà continua ad esistere ed è caratterizzata da diritti edificatori “in potenza” che, tuttavia, non possono essere esercitati ma ceduti ad altro proprietario, scindendo, dunque, di tale potenzialità la propria area e arricchendo contemporaneamente quella di un altro soggetto.

È evidente, dunque, che qui la proprietà esplicita in massimo grado la sua possibilità di “smembramento”, potendo i privati “scambiare” le utilità sue proprie, arricchendola, nel senso di ampliarne la potenzialità edificatoria, o impoverendola, in netto contrasto con la caratteristica tipicità del diritto di proprietà: è sicuramente contrastante con l’assolutezza dello stesso, infatti, prevedere delle situazioni di appartenenza che l’esercizio dell’autonomia privata, *ex art. 1322*, secondo comma,

Corte Costituzionale ha espresso la sua posizione, poi confermata anche in seguito, alla luce della quale, da un lato, il diritto ad edificare inerisce al diritto di proprietà e, dall’altro, la concessione ad edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti.

La dottrina amministrativista dominante, invece, proprio a partire dalla legge 10 del 1977, che ha subordinato ogni intervento di trasformazione del territorio al provvedimento di concessione edilizia, ha identificato lo *jus aedificandi* come diritto separato dalla proprietà, costituito a favore del proprietario solo a seguito del provvedimento di concessione edilizia.

Sulla questione la bibliografia è molto vasta, si veda, ad esempio: *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 5, 2013, p. 257, estratto della Relazione al convegno della Fondazione CESIFIN Alberto Predieri sulla “Circolazione dei diritti edificatori e *jus aedificandi*”, Firenze, 7 marzo 2013.

Ai fini della presente analisi, tuttavia, la controversia interpretativa in esame non è rilevante: ciò che qui interessa, infatti, è che, una volta che sia stata riconosciuta l’edificabilità di un’area attraverso la concessione edilizia, quale provvedimento costitutivo dell’edificabilità o solo autorizzativo all’esplicazione della stessa, l’edificabilità diviene caratteristica della situazione dominicale, tanto che lo *jus aedificandi* può essere esercitato solo dal proprietario, senza che altri possa essere a lui sostituito autoritativamente, a meno che il terreno venga espropriato dall’amministrazione, estinguendo, così, tuttavia, la proprietà stessa.

Sul tema vedi anche U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, op. cit., p. 300 e ss.

c.c. può privare dello *jus edificandi*, modificandone in tal modo il contenuto e quindi incidendo sulla consistenza del patrimonio del titolare del diritto¹⁰⁸.

Come nel caso della configurazione di proprietà vincolate, conformate o finalizzate a perseguire uno scopo fiduciario, dunque, è evidente la tendenza della prassi contrattuale di incidere sul contenuto del diritto di proprietà.

D'altra parte è interessante, nonché in linea con quanto già osservato in tema di *trust* e di negozi di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, evidenziare che anche in questo ambito il legislatore è intervenuto per riconoscere una peculiare forma di pubblicità ai trasferimenti dell'edificabilità e, dunque, a questo particolare "smembramento" della proprietà, riconoscendone, dunque, da una parte, la piena ammissibilità, e, dall'altra, la possibilità di opporre ai terzi tali negozi, attribuendovi, pertanto, carattere reale.

L'art. 5, comma 3, del d. lg. 70 del 2011, convertito in legge 106 del 2011, infatti, ha aggiunto il comma 2-bis all'art. 2643 c.c., il quale prevede la trascrivibilità dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori previsti da legge nazionale o regionale o comunque da strumenti di pianificazione territoriale, aggiungendo, così, una nuova ipotesi al novero delle deroghe all'art. 2740 c.c. esplicitamente previste a livello legislativo.

10. Il contratto di affidamento fiduciario nella legge numero 3 del 2012

Di seguito si prenderanno in analisi alcune fattispecie in cui il legislatore ha previsto espressamente delle ipotesi di separazione patrimoniale, nelle quali, cioè, una parte del patrimonio afferente a un soggetto è segregato da quello generale al fine di soddisfare solo determinati debiti, derogando, dunque, alla regola generale di cui all'art. 2740 c.c.

Anche queste fattispecie, come si è già sottolineato, sono espressione di una deroga al principio di tipicità del diritto di proprietà: mentre, infatti, la concezione del patrimonio sottesa alla disposizione di cui all'art. 2740 c.c., inteso come unico e complessivamente soggetto alle azioni di tutti i creditori rispecchia una concezione della proprietà intesa come piena ed assoluta, in quanto i beni entrano complessivamente a far parte del patrimonio generico, nelle ipotesi di separazione patrimoniale, invece, la proprietà è intesa come situazione di appartenenza che, se, da un lato, accresce il

¹⁰⁸ C. REICH, *The New Property*, 73 *Yale L.J.*, 1964, p. 733, qualifica i diritti edificatori tra le *new properties*, cioè tra quelle situazioni quasi dominicali che vengono elaborate dal diritto pubblico.

patrimonio del debitore, tuttavia, dall'altro, è limitata funzionalmente e rispecchia una differente modalità di sfruttamento delle utilità dei beni oggetto di appartenenza.

Tra i casi in cui il legislatore ha previsto espressamente delle fattispecie di separazione patrimoniale rientra senz'altro la legge numero 3 del 2012, come modificata dall'art. 18 del d. lg. 179 del 2012 (Decreto Crescita-bis), convertito nella legge numero 221 del 2012, la quale ha introdotto la possibilità per il debitore, anche nel caso in cui sia un consumatore, purché non soggetto, né assoggettabile alle procedure concorsuali, di concludere un accordo con i creditori, al fine di porre rimedio a situazioni di sovra indebitamento¹⁰⁹, nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dalla legge in esame.

La finalità dell'istituto è quella di prevedere una soluzione alternativa rispetto all'aggressione del patrimonio aziendale e immobiliare attraverso le azioni esecutive da parte dei creditori, evitando, così, la paralisi dell'impresa che deriverebbe inevitabilmente dall'esercizio delle ordinarie azioni esecutive.

L'art. 7, comma 1, in particolare, prevede che il debitore in stato di sovra indebitamento possa proporre ai creditori, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi, di cui all'art. 15, un accordo di ristrutturazione dei debiti che, non pregiudicando nessuno dei creditori e tenendo conto di quelli privilegiati, preveda la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma, anche attraverso la cessione di crediti futuri.

Il giudice del Tribunale presso la cui cancelleria l'accordo deve essere depositato, ai sensi dell'art. 9, deve vagliare l'ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione e a tale scopo fissare con decreto un'udienza nella quale decidere se omologare o meno l'accordo che rispetti i parametri previsti dal legislatore, disponendo, in caso di omologa, che per i successivi 120 giorni i creditori aventi titolo o causa anteriori non potranno, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, né disporre sequestri conservativi, né acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo. In questo modo il patrimonio del debitore che rimanga estraneo al programma di ristrutturazione contenuto nell'accordo potrà continuare ad essere utilizzato per proseguire l'attività imprenditoriale evitandone così la compromissione.

Ma l'aspetto più interessante della normativa, ai fini della presente analisi, è la disposizione di cui all'ultimo periodo dell'art. 7, primo comma, in forza del quale il piano può prevedere anche

¹⁰⁹ Intesa, ai sensi dell'art. 6, comma 2, come la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente.

l'affidamento del patrimonio del debitore a un gestore¹¹⁰ per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori (il gestore deve essere individuato in un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del regio decreto numero 267 del 2012).

Si tratterebbe di un contratto di affidamento fiduciario¹¹¹ intercorrente tra il debitore-affidante e il gestore-affidatario, quest'ultimo indipendente sia dal debitore, sia dai creditori, essendo egli vincolato esclusivamente alle disposizioni dell'accordo, sotto la vigilanza di un organismo di composizione della crisi o di un professionista, ai sensi dell'art. 15.

Il gestore, dunque, è vincolato nella gestione dei beni dall'accordo (Fondo affidato), il quale programma, infatti, le modalità della gestione¹¹²; il Fondo affidato, peraltro, rimane oggetto del diritto di proprietà del debitore-affidante poiché non è trasferito al gestore, diversamente dai modelli della c.d. fiducia romanistica che, come si è già visto, prevedono il trasferimento della proprietà al fiduciario.

Pur in assenza del trasferimento della titolarità formale dei beni, il contratto di affidamento fiduciario realizza una forma di patrimonio separato, o di segregazione patrimoniale, e, infatti, in primo luogo, i creditori personali del debitore aventi titolo o causa antecedente all'omologazione dell'accordo non potranno soddisfarsi sui beni affidati ponendo in essere autonome azioni esecutive, ma dovranno necessariamente rispettare l'accordo di composizione della crisi. I beni del Fondo, in secondo luogo, non sono aggredibili neanche dai creditori del debitore posteriori alla omologazione dell'accordo, come esplicitamente prevede l'art. 12, secondo periodo, aggiunto al testo normativo dal d. lg. 179 del 2012, potendo questi ultimi solo eventualmente agire nei confronti del restante patrimonio del debitore.

Il debitore, a sua volta, non può disporre autonomamente dei beni del Fondo affidato al gestore, i quali possono esclusivamente essere utilizzati per realizzare l'accordo di composizione della crisi e, infine, il gestore non ha la libera disponibilità dei beni affidati di cui, infatti, egli non è proprietario.

La persona del gestore, peraltro, può mutare durante l'esecuzione del programma contrattuale, ad esempio a causa della morte o della sopravvenuta incapacità di quello precedente e, da qui, si desume

¹¹⁰ Il testo di legge, in particolare, prima della modifica apportata dal d. lg. 179 del 2012 prevede la possibilità dell'affidamento a un "fiduciario", con l'utilizzo, dunque, di un termine giuridicamente più preciso e meno ampio di quella attuale di "gestore".

¹¹¹ Così lo definisce M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Rivista del notariato*, 2012, 3, p. 513.

¹¹² M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, op. ult. cit., p. 514, specifica, con riferimento al contratto di affidamento fiduciario che: "La definizione ora enunciata è imperniata sul programma e non sul vincolo dei beni. Il programma è l'oggetto del contratto: esso rappresenta, cioè, prefigura, la destinazione e i modi per realizzarla. Così come il trust, il contratto di affidamento fiduciario è caratterizzato da attività da compiere sui beni".

l'irrilevanza della sua identità, in contrasto con quanto avviene nei contratti gestori, in cui proprio l'identità dell'affidatario è fondamentale; nel contratto di affidamento fiduciario è centrale, invece, il programma contrattuale.

Con il contratto di affidamento fiduciario, dunque, la legge consente la creazione di un patrimonio separato utilizzabile per eseguire l'accordo di composizione della crisi, attraverso l'affidamento dello stesso a un gestore, il quale è vincolato nell'espletamento della sua attività a liquidare, custodire e distribuire i beni del Fondo, così come previsto dall'accordo di composizione della crisi.

In questo quadro la situazione proprietaria dei beni oggetto del Fondo non muta da un punto di vista formale, poiché i beni rimangono nel patrimonio del debitore, ma da un punto di vista sostanziale il contenuto del diritto di proprietà è stravolto radicalmente per soddisfare l'interesse di soggetti terzi, i creditori. Il debitore, infatti, non può disporre dei beni del Fondo, e, allo stesso tempo, il gestore che pur ha la facoltà di compiere atti dispositivi su quei beni, è vincolato da un programma esterno, con il quale contrattualmente il debitore e i creditori hanno limitato il potere di disposizione, tanto che nella fattispecie in esame non si ritrova più in alcuno dei soggetti coinvolti una situazione proprietaria piena ed assoluta.

L'accordo di composizione della crisi, peraltro, è certamente opponibile ai terzi, così come dispone esplicitamente l'art. 12, comma 3, e, del resto, l'art. 10, comma 2, prevede che il giudice stabilisca idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto di fissazione dell'udienza per l'omologazione, oltre, nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa, la pubblicazione nel registro delle imprese; tale pubblicità è prevista poi anche per il provvedimento di omologazione dell'accordo da cui inizia a decorrere il termine di 120 giorni durante il quale i creditori del debitore non possono agire nei confronti dei beni del Fondo affidato.

Si ritrovano, quindi, nella disciplina del contratto di affidamento fiduciario sia, da un lato, una nuova modalità di scomposizione delle utilità derivanti dai beni affidati, sia, dall'altro, la previsione di una forma di pubblicità di tale scomposizione che la rende opponibile ai terzi, seppur per un periodo limitato, conferendo carattere "reale" al vincolo imposto sui beni stessi.

Anche la legge 3 del 2012, dunque, con il contratto di affidamento fiduciario fornisce un esempio di una "nuova" forma di proprietà o, per lo meno, di un nuovo modo di sfruttamento della stessa, ancora una volta con lo scopo di realizzare una maggiore efficienza: consentendo, da un lato, al debitore di non compromettere la produttività dell'impresa che si verificherebbe se egli subisse esecuzioni sui beni aziendali secondo l'ordine e la volontà dei creditori, ma, dall'altro, ai creditori di

essere soddisfatti secondo un piano predisposto anteriormente, omologato dal Tribunale e sottoposto alla vigilanza di organismi appositi o di professionisti¹¹³.

E ancora una volta il riconoscimento da parte del legislatore di tale schema contrattuale ha consentito di prevedere l'opponibilità dello stesso ai terzi.

11. I patrimoni destinati a uno specifico affare

Uno degli ulteriori esempi di una “nuova” forma e organizzazione proprietaria del patrimonio è senz'altro individuabile nella disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli attuali artt. 2447-bis c.c. e ss.

La legge delega numero 366 del 2001, in particolare, nel perseguimento dell'obiettivo di favorire la crescita e la competitività delle imprese (art. 2, lett. a), anche ampliando gli ambiti dell'autonomia statutaria (art. 2, lett. d), ha incluso nell'oggetto della delega, all'art. 4, numero 4, lett. b, anche la previsione della possibilità per le società di costituire patrimoni dedicati a uno specifico affare, prevedendo la disciplina del regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza.

Il Governo, con il d. lgs. numero 6 del 2003, ha dato attuazione alla legge sopra menzionata introducendo gli artt. 2447-bis e ss. c.c.¹¹⁴; l'art. 2447-bis c.c., in particolare, prevede che la società possa costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare (lett. a), o convenire che nel contratto di finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso (lett. b): si parla, rispettivamente, di patrimoni destinati e di finanziamenti destinati a uno specifico affare.

L'art. 2447-quinquies c.c., con riferimento ai patrimoni destinati di cui alla lett. a dell'art. 2447-bis c.c., si occupa del problema che più ci interessa, relativo ai diritti dei creditori rispetto ai beni destinati all'affare. La disposizione, in particolare, attua, da una parte, una separazione patrimoniale perfetta e inderogabile nei confronti dei creditori della società che, infatti, non possono far valere

¹¹³ G. GIURDANELLA, *Crisi da sovraindebitamento, accordo liquidatorio, trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Fallimento*, 2, 2015, p. 146.

¹¹⁴ Su questa tematica la dottrina è molto ampia, si richiama, ad esempio, P. FERRO-LUZZI, *I patrimoni “dedicati” e i “gruppi” nella riforma societaria*, in *Rivista del Notariato*, 2002, p. 271; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, p. 545; ibidem, *Primi appunti sul patrimonio separato delle società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, P. BENAZZO-S. PATRIARCA-G. PRESTI (a cura di), *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, numero 246, 2003, p. 97 e ss.

alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare e, dall'altra, una separazione perfetta ma derogabile nei confronti dei creditori dello specifico affare, i quali, a meno che la deliberazione costitutiva del patrimonio destinato disponga diversamente, *ex art. 2447-ter c.c.*, possono soddisfarsi solo nei limiti del patrimonio destinato allo specifico affare.

Della costituzione del patrimonio destinato deve essere data pubblicità attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese, così come regolato dall'art. 2436 c.c., consentendo, peraltro, ai creditori nel termine di sessanta giorni dall'iscrizione di fare opposizione; decorso tale termine la destinazione patrimoniale è opponibile ai creditori, perfezionandosi, dunque, in questo momento la separazione patrimoniale, tale per cui il patrimonio sociale destinato garantirà genericamente solo i creditori "destinati".

Tale regime, peraltro, non si applica ai creditori extra-contrattuali, nei confronti dei quali, *ex art. 2447-quinquies, terzo comma, c.c.*, resta salva la responsabilità illimitata della società, non potendo questi ultimi esercitare quel diritto di opposizione previsto a favore dei creditori contrattuali, entrando in relazione con la società per cause estranee alla loro volontà e, dunque, non in modo prevedibile¹¹⁵.

Per quanto riguarda, invece, i finanziamenti destinati, di cui all'art. 2447-bis lett. b c.c., il legislatore dedica solo l'art. 2447-decies c.c. e prevede che i proventi dell'operazione finanziata costituiscono un patrimonio separato da quello restante della società. L'art. 2447-decies, c.c., in particolare, dispone che sui frutti e i proventi dell'affare finanziato non possano soddisfarsi i creditori sociali e che, viceversa, il finanziatore possa soddisfarsi solo sul patrimonio separato e non su quello generico della società.

¹¹⁵ G. MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, Banca d'Italia, p. 25 osserva: "Se la separazione potesse essere opposta ai creditori extra-contrattuali, ne sarebbe incentivato l'utilizzo per riversare proprio su questi soggetti gli eventuali rischi connessi con lo svolgimento dell'affare; le imprese infatti potrebbero separare le attività connotate da più alto rischio con l'intento di "esternalizzare" il relativo costo sui creditori? [...] "Va quindi ricercato un assetto economico-normativo in cui la decisione dell'impresa di ricorrere al patrimonio separato sia indifferente rispetto alla questione "esternalità". A tale risultato si perviene con una regola di inopponibilità della separazione patrimoniale ai creditori extra-contrattuali; essa ha il pregio di essere univoca, relativamente agevole da amministrare, chiara in termini di aspettative, tale da dissuadere completamente la società da valutazioni opportunistiche.

Non è una regola a costo zero: si chiede infatti implicitamente ai creditori della società di valutare il rischio di una responsabilità extra-contrattuale derivante dalla gestione dell'affare. Pur tuttavia si tratta di soppesare due tipi di inefficienze: quella dell'overmonitoring e quella dell'utilizzo dello strumento normativo a danno dei creditori extra-contrattuali. Si ritiene che quest'ultima problematica non possa essere sacrificata a vantaggio della prima".

Peraltro, l'espresa previsione dell'esclusione dei creditori extra-contrattuali dagli effetti della separazione patrimoniale potrebbe essere utilizzato come criterio interpretativo anche di altre fattispecie di separazione patrimoniale (come quella del fondo patrimoniale) previste dal legislatore per cui gli interpreti si sono posti il problema della disciplina, appunto, delle obbligazioni extra-contrattuali. Cfr. R. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Rivista del notariato*, 3, 2003, p. 549.

In questo caso, tuttavia, si tratta di una separazione patrimoniale meno incisiva rispetto a quella dei patrimoni destinati a uno specifico affare: essa, infatti, è limitata ai proventi derivanti dalla gestione dell'affare ed è volta, oltre che a limitare la responsabilità patrimoniale della società, anche a consentire un più agevole accesso al credito per lo svolgimento di un determinato affare rientrante nell'attività della società.

L'art. 2447-decies, quinto comma, c.c., inoltre, prevede una ulteriore ipotesi di separazione patrimoniale, ma parziale e non definitiva, avente ad oggetto i beni strumentali alla realizzazione dell'affare, sui quali i creditori della società, infatti, possono esercitare solo azioni conservative per la tutela dei propri diritti fino al rimborso del finanziamento o alla scadenza del termine previsto nel contratto di finanziamento stesso.

Entrambi gli istituti dei patrimoni destinati e dei finanziamenti destinati possono essere interpretati come l'emersione di un fenomeno più ampio di cui si è dato conto nei precedenti paragrafi; anche in questo caso il legislatore, infatti, ha esplicitamente previsto la possibilità di "frammentare" il patrimonio e, quindi, da ultimo, i beni oggetto del diritto di proprietà e, a sua volta, il diritto di proprietà del soggetto, in questo caso della persona giuridica-società¹¹⁶, consentendo all'autonomia statutaria di incidere nel regime di imputazione e funzionalizzazione¹¹⁷ dei beni, distanziandosi dalla regola imperativa di cui all'art. 2740 c.c.

Anche nel caso dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, analogamente ai casi già precedentemente analizzati, la *ratio* della previsione dell'istituto, come si legge nella Relazione che ha accompagnato lo schema di disegno di legge delega di riforma del diritto societario della "commissione Mirone", è di tipo pratico e di efficienza: *"essa persegue un duplice obiettivo: rendere superflui accorgimenti costosi e poco trasparenti che già vengono usati nella pratica, come la costituzione di società ad hoc anche per un singolo affare; rendere possibile una più concreta tutela per coloro che intervengono nel finanziamento dell'affare, i quali vengono resi consapevoli delle sue caratteristiche e si trovano in una situazione ove il loro rischio è circoscritto agli esiti economici dell'affare stesso"*.

¹¹⁶ In realtà la questione se il patrimonio della società possa essere considerato come oggetto del diritto di proprietà della stessa è discussa ed è stata ampiamente affrontata dalla dottrina. (si veda, per esempio, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, op. cit., cap. VIII (La proprietà delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati), p. 575 e ss., G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967). Qui, tuttavia, non si vuole prendere posizione su questa tematica complessa e che esula dall'oggetto qui in esame, ma, piuttosto, interessa analizzare il fenomeno della separazione patrimoniale come ipotesi di frammentazione del patrimonio e, dunque, della proprietà del soggetto debitore (sia esso la società o gli altri soggetti qualificabili come proprietari del patrimonio sociale), in deroga al principio di cui all'art. 2740 c.c. che rappresenta il corollario di una concezione tradizionale del diritto di proprietà.

¹¹⁷ G. MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, op. ult. cit., p. 11, definisce la destinazione patrimoniale, da un punto di vista economico, come *"l'individuazione di uno o più nuclei patrimoniali nell'ambito di un patrimonio riferito ad un soggetto, realizzata al fine di dare rilievo a determinate funzioni"*.

Anche in questo caso, dunque, si è sentita l'esigenza di superare il principio della inderogabile generalità della responsabilità patrimoniale del debitore¹¹⁸, corollario diretto della nozione classica e assoluta del diritto di proprietà: anche la disciplina dei patrimoni destinati a uno specifico affare dimostrerebbe il fatto che la prassi richiede un superamento dei tradizionali schemi del diritto dominicale.

La comunanza del fenomeno attinente alla frammentazione delle situazioni proprietarie posto alla base dei patrimoni destinati, così come degli istituti analizzati precedentemente, e, in particolare, al *trust*, è dimostrata, peraltro, dalla stessa Relazione Mirone, a cui prima si accennava, la quale, infatti, sottolinea che *“il legislatore delegato dovrà anche tenere eventualmente presente anche la circostanza che la nozione di patrimonio separato è contigua all'istituto del trust, il cui riconoscimento nel nostro ordinamento è avvenuto con la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1984 e sul quale sono già all'esame del Parlamento alcuni progetti di legge volti ad introdurre una disciplina nazionale”*.¹¹⁹

L'esigenza che il legislatore ha voluto soddisfare disciplinando i patrimoni destinati, dunque, avrebbe ben potuto essere attuata prevedendo la possibilità di istituire dei *trust*: entrambi gli istituti, infatti, incidono sulla disciplina della responsabilità patrimoniale del debitore che è il corollario e allo stesso tempo la causa della evoluzione del diritto di proprietà, come diritto frammentato con il fine di consentire uno sfruttamento dei beni più efficiente rispetto agli schemi proprietari classici.

12. La cartolarizzazione dei crediti

Un cenno, da ultimo, va fatto alla legge numero 130 del 1999, a cui fa riferimento anche la Relazione Mirone sulla riforma del diritto societario, che, introducendo nell'ordinamento italiano la disciplina della cartolarizzazione, fenomeno che è nato e si è sviluppato all'estero¹²⁰, fornisce un ulteriore

¹¹⁸ C. GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2002, p. 507, con riferimento all'introduzione della disciplina dei patrimoni destinati a uno specifico affare, parla di *“sostanziale deperimento del principio codicistico dell'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore”*.

¹¹⁹ Sul tema si veda anche P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Rivista delle Società*, 1, 2002, p. 121 e ss; G. BOZZA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, S.a.a. (artt. 2447-bis-2461 c.c.)*, in *La Riforma del diritto societario*, G. LO CASCIO (a cura di), Giuffrè, 2003, p. 44-46, analizza le differenze tra il trust e i patrimoni destinati a uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis c.c.

¹²⁰ P. FERRO-LUZZI, *La “cartolarizzazione”: riflessioni e spunti ricostruttivi*, in *Impresa*, 3, 2001, p. 429 e ss.

esempio di separazione patrimoniale e conseguente “frammentazione” della responsabilità patrimoniale, in deroga al principio generale di cui all’art. 2740 c.c.¹²¹.

L’art. 1 della legge, in particolare, definisce la cartolarizzazione, delimitandone l’ambito di applicazione, come la cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari esistenti e futuri a una società cessionaria che, per finanziare l’acquisto dei crediti stessi emette direttamente o attraverso altra società detta di emissione titoli offerti in sottoscrizione a terzi, con il vincolo di utilizzare le somme corrisposte dai debitori ceduti per il soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli. La legge specifica che il cessionario deve necessariamente essere una società (detta “veicolo”) che abbia per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione.

La cartolarizzazione è un’operazione attraverso la quale, dunque, il cedente acquista immediata liquidità, mentre il sottoscrittore del titolo effettua un investimento sul flusso di cassa originato dalla massa dei crediti cartolarizzati¹²².

Autorevole dottrina ha qualificato la cartolarizzazione alla stregua di un *trust*: il cedente (*settlor of the trust*) trasferisce alla società veicolo (*trustee*) i crediti affinché quest’ultima li gestisca con diligenza non a proprio vantaggio ma a vantaggio dei beneficiari, ossia dei portatori dei titoli emessi dalla stessa società veicolo¹²³.

Ma l’aspetto che qui più interessa è quello previsto dall’art. 2 che, infatti, precisa che i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello delle altre operazioni, su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l’acquisto dei titoli stessi.

Si tratta, dunque, di un patrimonio separato dal patrimonio del veicolo nei cui confronti possono agire esclusivamente i creditori dei titoli; ma la separazione è duplice e riguarda sia il patrimonio costituito dai crediti cartolarizzati rispetto al restante patrimonio della società, sia i diversi patrimoni tra loro relativi a differenti cartolarizzazioni, qualora la società abbia effettuato più operazioni.

Anche nell’ambito della cartolarizzazione dei crediti si trova un esempio, come prima accennato, di deroga alla regola di cui all’art. 2740 c.c., con un utilizzo del patrimonio che si allontana dalle concezioni dominicali classiche e che prevede una titolarità formale del patrimonio in capo alla

¹²¹ P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, op. cit., p. 128, traccia le caratteristiche comuni e le differenze tra l’istituto dei patrimoni destinati a uno specifico affare di cui agli artt. 2447-bis e ss. c.c. e quello della cartolarizzazione dei crediti di cui alla legge numero 130 del 1999.

¹²² C. PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Il Fallimento*, 11, 1999, p. 1173 e ss.

¹²³ P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3, 2001, p. 265 e ss.

società veicolo a cui, tuttavia, non spettano i diritti di godimento e disposizione del patrimonio stesso.

La società, infatti, alla stregua di un *trustee* deve diligentemente gestire il patrimonio nell'interesse dei sottoscrittori dei titoli e non del suo proprio, tanto che il patrimonio è giuridicamente separato da quello della società stessa.

E anche in questo caso la deroga agli schemi proprietari e di responsabilità tradizionali è dovuto al perseguimento di un'esigenza pratica: la funzione di questa separazione è, infatti, di garanzia, poiché si vuole garantire chi ha sottoscritto i titoli attraverso il sistema della cartolarizzazione destinando il patrimonio separato esclusivamente al loro soddisfacimento¹²⁴.

13. Considerazioni conclusive

I principi di *numerus clausus* e tipicità dei diritti reali discendono dal sistema di valori sotteso al codice napoleonico del 1804 e al movimento rivoluzionario ad esso immediatamente precedente, che ne costituisce, dunque, il fondamento storico-culturale.

Come si è visto, tuttavia, le giustificazioni giuridiche avanzate dalla dottrina a sostegno dei suddetti principi non sono espressione di alcun principio inderogabile dell'ordinamento e sembrerebbero, piuttosto, conclusioni superabili¹²⁵.

Se l'autonomia privata originariamente era vista come potere dei singoli che poteva essere esclusivamente finalizzato al trasferimento della proprietà dei beni contenuti nei loro patrimoni, proprietà intesa in un'accezione piena ed esclusiva, oggi, piuttosto, quella stessa autonomia ben potrebbe esplicarsi anche al fine di conformare la proprietà, determinando la concorrenza sullo stesso bene di interessi privati diversi che non troverebbero, viceversa, composizione se al vantaggio dell'uno dovesse necessariamente conseguire l'esclusione degli altri¹²⁶. La nuova concezione della proprietà consentirebbe, infatti, la coesistenza di più interessi reciprocamente limitati, purché idonei

¹²⁴ R. RORDORF, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Società*, 10, 2000, p. 1163 e ss, che, peraltro, precisa che “una parte delle somme derivanti dalla riscossione dei crediti è comunque destinata non alla soddisfazione dei portatori dei titoli, bensì al pagamento dei costi dell'operazione (art. 1, comma 1, lett. b), tra cui sembrerebbe da comprendere anche la remunerazione del gestore del patrimonio separato e degli altri soggetti cui siano state demandate le funzioni di riscossione e incasso dei crediti”.

¹²⁵ Y. EMERICH, *The civil law trust: a modality of ownership or an interlude of ownership*, op. cit., dopo aver analizzato l'introduzione dal 2007 nel sistema giuridico francese di una forma di proprietà fiduciaria all'art. 2011 del *Code Civil*, conclude affermando: “Ownership, as an institution, is sufficiently *malleable* to adapt to fiduciary ownership. The law now in force in France is an example of this”.

¹²⁶ U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 1073.

a modellare la situazione di appartenenza¹²⁷: tali situazioni sostanziali, infatti, non violerebbero alcun principio inderogabile, in materia di proprietà.

Il limite che, tuttavia, rimarrebbe applicabile alle predette situazioni dominicali atipiche è quello evincibile, come si è visto, dall'art. 2740 c.c., disposizione che sancisce il principio della generalità della garanzia del debitore rappresentato dal suo patrimonio complessivamente inteso e che, da disposizione di legge, può, dunque, essere derogato solo nei casi previsti dal legislatore.

Le forme proprietarie atipiche, quindi, se in astratto ammissibili, dal punto di vista dello schema proprietario, potranno produrre effetti *erga omnes*, limitando la garanzia generica del debitore, solo se trovino un riconoscimento generale da parte del legislatore.

La tendenza della prassi, come è stato evidenziato, in particolare, è stata quella di elaborare nuove forme di articolazione della proprietà, determinandone lo smembramento e la frammentazione, o di separazione patrimoniale, introducendo nuove modalità di sfruttamento dei beni oggetto del diritto di proprietà, in modo da assicurarne in entrambi i casi un utilizzo più efficiente.

Molte delle fattispecie emerse nella prassi che hanno dato vita sia, da un lato, a forme di smembramento della proprietà, sia, dall'altro, a casi di separazione patrimoniale sono state recepite dal legislatore, il quale ha conferito alle stesse, così, efficacia reale, assicurandone, in particolare, l'opponibilità *erga omnes* e, da ultimo, quindi, la derogabilità dell'art. 2740 c.c.

Così è accaduto, come si è analizzato, ad esempio, nel *trust*, nel negozio di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, nella cessione di cubatura, nel negozio di affidamento fiduciario, nei patrimoni destinati ad uno specifico affare e, infine, nella legge sulla cartolarizzazione.

L'intervento del legislatore, in particolare, è consistito nelle varie ipotesi elencate, nel prevedere forme di pubblicità dei nuovi diritti proprietari di volta in volta riconosciuti, rendendoli trascrivibili. Gli atti che possono essere trascritti, infatti, sono indicati tassativamente dalla legge e si individuano in relazione ai beni a cui si riferiscono (immobili e mobili registrati) e in relazione ai diritti oggetto di tali atti che devono essere necessariamente reali.

La previsione della trascrivibilità delle nuove forme di proprietà elaborate dalla prassi e nei richiamati schemi normativi (multiproprietà, *trust*, art. 2645 ter c.c., cessione di cubatura, contratto di affidamento fiduciario, patrimoni destinati ad uno specifico affare, patrimoni separati nella cartolarizzazione dei crediti) non è altro che la conferma che anche il legislatore ha riconosciuto l'ammissibilità di tali nuove fattispecie dominicali, tanto che ne ha attribuito la caratteristica propria

¹²⁷ Per quanto riguarda l'efficienza della possibilità di segregazione della proprietà si veda H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *The essential role of organizational law*, 110 *Yale L. J.*, 387, 2000-2001.

dei diritti reali che è quella della opponibilità ai terzi attraverso la previsione di meccanismi pubblicitari.

Meccanismi, questi ultimi, che, d'altra parte, consentono di superare anche il limite, individuato da una parte della dottrina, dell'ordine pubblico economico che sarebbe pregiudicato laddove le parti elaborassero situazioni dominicali atipiche, non conoscibili con certezza *ex ante* dai terzi.

L'esigenza della prassi di una maggiore elasticità delle situazioni proprietarie è quindi, ormai, fenomeno evidente anche agli occhi del legislatore che ha direttamente contribuito anche a elaborarne di nuove e, di conseguenza, il principio della tipicità del contenuto della proprietà nel senso della sua necessaria assolutezza, nonostante abbia origine in un sistema giuridico che affonda le sue radici in valori ideologici e politici, a loro volta, profondamente radicati e che costituiscono le basi del sistema giuridico attuale, appare proprio di una realtà non più coincidente con quella attuale. Dall'analisi delle figure della multiproprietà, del *trust*, dell'art. 2645 ter c.c., della cessione di cubatura, del contratto di affidamento fiduciario e dei patrimoni separati *sub specie* di patrimoni destinati ad uno specifico affare e della cartolarizzazione dei crediti sembrerebbe possibile desumere una *ratio* comune che orienta l'ordinamento verso un'apertura nei confronti del riconoscimento di nuove forme proprietarie, opponibili ai terzi: in tutti i casi analizzati, infatti, si tratta di istituti attraverso i quali l'autonomia contrattuale cerca di sfruttare in modo più efficiente i beni giuridici oggetto del diritto di proprietà.

Nel prossimo capitolo, quindi, si analizzerà più approfonditamente un ambito del diritto, quello dei fondi comuni di investimento, nel quale l'allontanamento dallo schema proprietario tradizionale, inteso quale sfruttamento esclusivo di un soggetto delle utilità del bene oggetto del suo diritto di proprietà appare, come si vedrà, radicalmente superato.

Capitolo III

La proprietà nella gestione collettiva del risparmio

1. La gestione collettiva del risparmio. I fondi comuni di investimento

La gestione collettiva del risparmio, o gestione “in monte”, si distingue dalla gestione individuale poiché nella prima il gestore svolge la sua attività di gestione nell’interesse non del singolo investitore ma di quello collettivo dei partecipanti, in una dimensione, dunque, spersonalizzata dell’investimento stesso: mentre nella gestione individuale, infatti, ai sensi dell’art. 24 del Testo unico in materia di intermediazione finanziaria, d.lgs. numero 58 del 1998, (TUF), il cliente può impartire istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere, in quella collettiva, invece, non vi è spazio per alcuna considerazione delle singole esigenze dell’investitore. La natura spersonalizzata della gestione collettiva, infine, rende irrilevanti eventuali modifiche soggettive dell’investitore a seguito della cessione della propria partecipazione all’investimento collettivo¹.

La gestione collettiva del risparmio è oggi disciplinata dal TUF, che, all’art. 1, lett. n, la definisce come “*il servizio che si realizza attraverso la gestione di Oicr e dei relativi rischi*”.

La gestione collettiva, dunque, ha ad oggetto il patrimonio di un OICR, raccolto tra una pluralità di investitori mediante l’emissione e l’offerta di quote o azioni; l’organismo di investimento collettivo può assumere la forma societaria (SICAV, società di investimento a capitale variabile o SICAF, società di investimento a capitale fisso), o quella contrattuale, nel caso dei fondi comuni di investimento, definito dall’art. 1, lett. j, del TUF come “*l’Oicr costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore*”.

Di seguito la presente analisi si concentrerà sulle forme di investimento collettive contrattuali, delle quali il TUF delinea solo la disciplina minima, propria di tutti i fondi comuni, rinviando per gli

¹ F. ANNUNZIATA, *Fondi comuni di investimento e forme di gestione collettiva del risparmio*, in *L’ordinamento finanziario italiano*, F. CAPRIGLIONE (a cura di), Tomo I, seconda edizione, Cedam, 2010, p. 453 e ss.

aspetti di dettaglio alla normativa secondaria regolamentare, di cui al decreto numero 30 del 2015, che ha abrogato il precedente decreto numero 228 del 1999.

Tale tecnica normativa è fortemente innovativa rispetto al modello precedente che con diversi testi normativi primari regolava i vari tipi di fondo comune: si tratta, in particolare, della legge numero 77 del 1983², che ha per prima introdotto una disciplina *ad hoc* per i fondi comuni di investimento mobiliari aperti, poi, della legge numero 344 del 1993 con riferimento ai fondi mobiliari chiusi e, infine, della legge numero 86 del 1994 per i fondi immobiliari chiusi³.

Riservandoci di trattare più avanti i diversi modelli di fondo comune di investimento, occorre ora delineare la struttura generale della gestione collettiva attuata attraverso i fondi comuni, così come si ritrova nel TUF, agli articoli 34 e ss.

È innanzitutto necessario chiarire che si tratta di una gestione che coinvolge, in primo luogo, la società di gestione del risparmio (SGR)⁴, la quale può svolgere sia l'attività relativa all'istituzione del fondo e alla sua promozione, sia quella di gestione vera e propria, oppure affidare la seconda ad altra società di gestione, distinta, dunque, da quella promotrice; in secondo luogo, è coinvolta la banca depositaria e, infine, il fondo comune di investimento.

La SGR, che sostanzialmente svolge ogni atto che sia utile alla valorizzazione del fondo, è sottoposta all'autorizzazione della Banca d'Italia che la concede dopo aver sentito la Consob, qualora sussistano i requisiti previsti all'art. 34 TUF, relativi alla forma della società che deve necessariamente essere una società per azioni, alla ubicazione della sede in Italia, all'ammontare minimo del capitale, alla sussistenza di determinati requisiti di onorabilità di coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, nonché dei titolari di partecipazioni rilevanti.

Ai sensi dell'art. 35 TUF, le SGR sono iscritte in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia, esse, inoltre, devono operare in modo indipendente e nel rispetto del prospetto informativo dei fondi gestiti, che possono essere anche più di uno, e sono sottoposte alle regole prudenziali previste dalla Banca d'Italia, nonché alla sua vigilanza.

Il rapporto tra la SGR e gli investitori ha natura contrattuale: l'art. 36, quinto comma, TUF, in particolare, dispone che la società promotrice e il gestore assumono solidalmente verso i partecipanti al fondo gli obblighi e la responsabilità del mandatario, obblighi il cui contenuto è specificato nel

² Su cui si veda A. LENER, *Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento, Commento all'art. 3 della legge 77 del 1983*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 398 e ss.

³ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, nona edizione, Giappichelli, Torino, 2014.

⁴ Cfr. V. LEMMA, *La società di gestione del risparmio*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, F. CAPRIGLIONE (a cura di), Tomo II, 2010, p. 674 e ss.

regolamento, predisposto unilateralmente dalla società stessa, nel rispetto dei criteri e dei contenuti fissati sia dalla legge, e, in particolare, dagli artt. 21 e 40 TUF, sia dalla Banca d'Italia, nel Regolamento congiunto di Banca d'Italia e Consob del 29 ottobre 2007.

Il danno subito dai singoli partecipanti al fondo a causa della *mala gestio* (coincidente con la violazione degli obblighi imposti alla società) della SGR, dunque, dovrà essere risarcito, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dalla SGR stessa, sussistendo tutti gli elementi costitutivi della fattispecie in esame e, dunque, oltre al danno causalmente derivato dalla *mala gestio* della società di gestione, l'elemento soggettivo della colpa in capo alla società stessa⁵.

Nelle SGR, pertanto, ai tradizionali conflitti di interessi propri di ogni società per azioni, si aggiunge quello tra soci della gestione del risparmio e partecipanti al fondo comune di investimento, spesso evocato come problema di *fund governance*⁶ che configura, dunque, un ulteriore profilo di responsabilità⁷.

Il secondo dei soggetti coinvolti nella gestione collettiva del risparmio in esame è la banca depositaria, presso la quale devono essere depositate le disponibilità liquide e gli strumenti finanziari del fondo, così come disposto dall'art. 36 TUF; la banca, peraltro, differenziandosi dal ruolo rivestito nella gestione individuale del risparmio⁸, svolge una fondamentale funzione operativa e di controllo sull'operato della SGR, come specificamente disposto dall'art. 38 TUF⁹.

⁵ Si veda, ad esempio, Tribunale di Milano, sentenza numero 634 del 2015, che si è pronunciato relativamente a una domanda di risarcimento del danno promossa dai partecipanti a un fondo comune immobiliare nei confronti della SGR per assunta *mala gestio* e, in particolare, per inadeguatezza gestionale e finanziaria della stessa. Il Tribunale, nel rigettare la domanda nel merito, ha tuttavia affermato in capo ai partecipanti al fondo la legittimazione attiva “*a far valere un'azione risarcitoria nei confronti della società di gestione, per l'inadempimento agli obblighi di gestione dei beni del fondo, imputabili alla stessa in qualità di mandataria ai sensi degli artt. 36 e 40 l.u.f., nonché in base al Regolamento del fondo stesso*”; e, ancora, Tribunale di Milano, sentenza del 17 novembre 2008, annotata in *Banca Borsa Titoli di credito*, 5, 2010, p. 644 e ss, in cui l'organo giudicante precisa che nei fondi immobiliari chiusi, nei quali, come si vedrà, i partecipanti non possono chiedere il rimborso della quota di partecipazione prima del termine di scadenza fissato nel regolamento del fondo stesso, il danno ai partecipanti ben può prodursi prima della scadenza stessa.

⁶ M. S. RICHTER, *La governance delle società di gestione del risparmio*, Quaderno di ricerca di Assogestioni, 2009, p. 7; sul tema si veda anche *La corporate governance e il risparmio gestito*, Quaderno di ricerca di Assogestioni, 2006.

⁷ R. COSTI, *Fondi comuni di investimento. Profili organizzativi*, in *I fondi comuni di investimento*, JAEGGER-CASELLA (a cura di), Giuffrè, 1983, p. 105, si occupa dell'ulteriore tematica della disciplina giuridica applicabile al caso in cui la SGR concluda contratti viziati, concludendo che “*la violazione dei limiti imposti alla società di gestione non comporta necessariamente l'invalidità del contratto, mentre alla stessa consegue sempre l'inopponibilità degli effetti al fondo, restando questi ultimi esclusivamente a carico della società di gestione. Questa soluzione consente, da un lato, di tutelare l'affidamento incolpevole dei terzi senza addossare ai partecipanti un rischio non accettato nel momento in cui hanno accettato nel momento in cui hanno stipulato il contratto e la cui sopportazione non sembra indispensabile per garantire all'attività della società di gestione le condizioni esterne necessarie per poter operare*”.

⁸ F. ANNUNZIATA, *Fondi comuni di investimento e forme di gestione collettiva del risparmio*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, op. cit., p. 459.

⁹ A. FERRARIS DI CELLE-B. SZEGO, *Commento all'art. 38*, in *Commentario al Testo Unico delle Disposizioni in Materia di intermediazione finanziaria*, G. ALPA-F. CAPRIGLIONE (a cura di), Tomo primo, Cedam, 2008, p. 396, osservano che la diversa collocazione della funzione di depositaria (art. 36) e di quelle di controllo (art. 38), è logicamente corretta poiché la prima deriva dalla stipulazione di una convenzione con la SGR che ha l'obbligo di affidare gli strumenti finanziari e le

La sottrazione della detenzione materiale del patrimonio alla società di gestione, peraltro, rafforza e assicura la separazione patrimoniale tra gestore e fondo, a tutela dei partecipanti¹⁰, aspetto che verrà analizzato meglio in seguito.

La Banca depositaria è responsabile, ai sensi dell'art. 38, secondo comma TUF, sia nei confronti della SGR, sia nei confronti dei partecipanti del fondo, “*di ogni pregiudizio da essi subito in conseguenza dell'inadempimento dei propri obblighi*”: tuttavia, mentre è pacifica la riconduzione della responsabilità nei confronti della SGR nell'ambito di quella da inadempimento contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*, ha suscitato maggiori problemi interpretativi quella nei confronti dei partecipanti al fondo.

Una parte della dottrina¹¹, in particolare, la riconduce nella fattispecie extra-contrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché i partecipanti non sono parti del contratto stipulato tra la SGR e la banca depositaria, ma semplicemente aderiscono alle condizioni generali contenute, ai sensi dell'art. 39 TUF, nel regolamento del fondo, in cui è indicata la banca depositaria. Alcuni autori, in particolare, hanno sostenuto che non potrebbe ipotizzarsi la presenza di un contratto a favore di terzi, ai sensi dell'art. 1411 c.c., nel quale i partecipanti assumerebbero la veste, appunto, di terzi, poiché non vi sarebbe alcuna indicazione legislativa in tal senso¹².

Una differente interpretazione, invece, la qualifica alla stregua di responsabilità da inadempimento contrattuale, poiché l'obbligo contrattuale assunto dalla banca depositaria nei confronti della SGR, sarebbe assunto anche a favore dei partecipanti al fondo¹³.

Non manca, poi, chi sostiene la riconducibilità della fattispecie a un *tertium genus* o, infine, chi argomenta circa la irrilevanza pratica della distinzione in esame¹⁴.

disponibilità liquide a una banca depositaria; mentre la seconda è la funzione tipica posta in capo proprio alla banca depositaria. La disciplina contenuta nel TUF, inoltre, “*sottolinea quali siano i compiti e le responsabilità affidate alla banca depositaria in ragione del suo incarico, evidenziando il profilo pubblicistico di tutela del risparmio che il ruolo del depositario involge*”.

¹⁰ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, settima edizione, 2014, Giappichelli, Torino.

¹¹ F. ANNUNZIATA, *Fondi comuni di investimento e forme di gestione collettiva del risparmio*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, op. cit., p. 460; A. FERRARIS DI CELLE-B. SZEGO, *Commento all'art. 38*, in *Commentario al Testo Unico delle Disposizioni in Materia di intermediazione finanziaria*, op. cit., p. 399;

¹² A. FERRARIS DI CELLE-B. SZEGO, *Commento all'art. 38*, in *Commentario al Testo Unico delle Disposizioni in Materia di intermediazione finanziaria*, op. cit., p. 399.

¹³ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, nona edizione, Giappichelli, Torino, 2014, invece, qualifica come contrattuali entrambe le fattispecie risarcitorie, argomentando che la convenzione tra società di gestione e banca è stipulata anche a favore dei partecipanti

¹⁴ M. LUBRANO, *Commento all'art. 38*, in *Testo Unico della Finanza*, commentario diretto da G.F. CAMPOBASSO, in *Le riforme del diritto commerciale*, G.F. CAMPOBASSO (a cura di), Utet, 2002, p. 348, opta per la tesi della natura particolare della responsabilità della banca, in considerazione del suo ruolo di ufficio privato con la conseguenza più rilevante della non necessità della prova del dolo o della colpa; A. SCIOTTI, *Commento all'art. 38*, in *Commentario al D. Lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), Giuffrè, 1998, p. 304, senza prendere posizione sul punto, osserva che dal punto di vista pratico le differenze si riducono, essendo comunque rimesso ai partecipanti l'onere di fornire la prova, nell'un caso dell'inadempimento della banca, nell'altro del comportamento pregiudizievole della stessa.

Da ultimo, la gestione collettiva del risparmio in forma contrattuale è caratterizzata, ovviamente, dalla sussistenza del fondo comune di investimento che, come detto, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. j, TUF, è definito come un patrimonio autonomo, suddiviso in quote.

L'art. 36, delineandone la disciplina generale, richiama, come già analizzato, le funzioni della SGR e della banca depositaria, la loro indipendenza e la responsabilità solidale della società di gestione e di quella promotrice nei confronti dei partecipanti, per poi stabilire che il rapporto di partecipazione al fondo comune è disciplinato dal regolamento del fondo, il cui contenuto minimo è definito dall'art. 39 TUF e i cui criteri generali di redazione sono fissati dalla Banca d'Italia, sentita la Consob¹⁵.

I partecipanti sono titolari di un numero di quote di partecipazione, qualificabili alla stregua di titoli di credito¹⁶, corrispondente alle somme versate; ogni quota ha eguale valore e comporta eguali diritti, ed è rappresentata da certificati nominativi o al portatore, a seconda della scelta dell'investitore¹⁷. Il valore nominale della quota, peraltro, non è sempre costante, come accade, ad esempio, nel caso dei fondi aperti, di cui si tratterà più avanti, in cui la variabilità della consistenza del fondo, nonché del numero delle quote in circolazione, ne impedisce la fissazione¹⁸, si può parlare, piuttosto, di valore effettivo delle quote rappresentato dal valore complessivo del fondo suddiviso per il numero delle quote emesse.

Ciascun partecipante ha diritto a vedere investite le somme versate e a ottenere la restituzione di una somma pari alla frazione del valore del fondo rappresentata dalla somma delle quote che lo stesso abbia sottoscritto o acquistato. Oltre a tale diritto e alla possibilità del partecipante di alienare a terzi la propria quota, non è previsto alcun diritto di tipo amministrativo, essendo la gestione, come visto, posta esclusivamente a capo della SGR.

Il decreto 30 del 2015, all'art. 4, nel definire quali beni possano costituire il patrimonio del fondo, fa riferimento a una ampia gamma di beni che spaziano da strumenti finanziari regolamentati in un mercato regolamentato a diritti reali immobiliari e beni immobili¹⁹.

¹⁵ È proprio nel regolamento, come si è visto prima, che sono precisati anche gli obblighi di gestione della SGR, la cui violazione può comportare una responsabilità della stessa nei confronti dei partecipanti al fondo.

¹⁶ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, op. cit.

¹⁷ V. PONTOLILLO, *Commento all'art. 36*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Tomo primo, Cedam, 1998, p. 387.

¹⁸ M. MIOLA-F. BRIOLINI, *Commento all'art. 36*, in *Testo Unico della Finanza*, Commentario diretto da G.F. CAMPOBASSO, in *Le riforme del diritto commerciale*, p. 329.

¹⁹ Prima dell'introduzione del TUF e della conseguente delegificazione tale elencazione era molto più limitata e, inoltre, qualsiasi previsione ampliativa doveva essere prevista direttamente dalla legge primaria. V. PONTOLILLO, *Commento all'art. 36*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, op. cit., p. 381.

I titoli II e III del decreto 30 del 2015 delineano le caratteristiche dei fondi comuni rispettivamente aperti e chiusi, i quali si distinguono fondamentalmente per la disciplina della modalità di entrata e uscita dal fondo stesso: nei primi, in particolare, il partecipante ha la possibilità di entrare e uscire dal fondo liberamente, chiedendo in ogni momento il rimborso delle quote, nei secondi, invece, le quote di partecipazione sono rimborsate alla scadenza del termine di durata del fondo.

Alcuni fondi, individuati in relazione ai beni che costituiscono il loro patrimonio, devono necessariamente essere chiusi; si tratta, in particolare, dei patrimoni costituiti da beni immobili, diritti reali immobiliari e partecipazioni in società immobiliari, crediti e titoli rappresentativi di crediti e in altri beni per i quali esiste un mercato e che abbiano un valore determinabile con certezza e con una periodicità almeno semestrale.

Il titolo IV del decreto in esame, in seguito, prevede ulteriori tipologie di fondi comuni, e, in particolare, i fondi riservati, garantiti e speculativi.

Nei primi, che possono essere sia aperti che chiusi la partecipazione è riservata a investitori qualificati; la presenza esclusiva di tali soggetti consente la previsione di limiti agli investimenti diversi da quelli stabiliti in via generale dalle norme prudenziali di contenimento e frazionamento del rischio emanate dalla Banca d'Italia.

Con i fondi garantiti, i quali possono essere sia aperti, che chiusi, la SGR garantisce la restituzione del capitale investito ovvero il riconoscimento di un rendimento minimo, attraverso la stipulazione di apposite convenzioni con soggetti determinati, come, ad esempio, banche o imprese di assicurazione o, ancora, con altre forme di garanzia previste dalla Banca d'Italia.

1.1 L'autonomia patrimoniale del fondo comune di investimento e i dubbi sulla sua natura giuridica

La caratteristica fondamentale che è propria di ciascuna tipologia di fondo comune di investimento è l'autonomia patrimoniale dello stesso rispetto sia, in primo luogo, alla SGR, sia, in secondo luogo, ai singoli partecipanti e sia, infine, agli altri patrimoni gestiti dalla medesima società: si tratta di un'autonomia patrimoniale perfetta e, infatti, l'art. 36, sesto comma, TUF è perentorio nel prevedere che sul patrimonio del fondo non sono ammesse azioni dei creditori della SGR o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub-depositario o nell'interesse degli stessi e,

infine, che la SGR non può mai utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti.

I creditori dei singoli partecipanti, invece, possono soddisfarsi nei limiti della singola quota di partecipazione, che rimane parte, infatti, del patrimonio del singolo investitore.

Tale separazione patrimoniale perfetta è il fulcro della gestione collettiva del risparmio e, difatti, si ritrova in tutte le forme e tipologie di fondi, fino ad arrivare all'istituto che viene riconosciuto come l'antenato dei fondi comuni e, cioè, l'*investment trust*, di cui si era già parlato nel primo capitolo del presente lavoro²⁰. La separazione patrimoniale propria dell'*investment trust*, così come quella che si ritrova nell'ambito della gestione collettiva del risparmio, non è estranea ad altri fenomeni, come, ad esempio, a quello societario, ma tuttavia da questo si distingue poiché, mentre nella seconda il patrimonio separato è correlato alla finalizzazione causale tipica del fenomeno societario e che consiste, cioè, nel perseguimento di uno scopo comune, nella prima, invece, i partecipanti non hanno lo scopo di investire in comune con altri, quanto, piuttosto, di ottenere un investimento sicuro²¹.

La finalità propria della separazione patrimoniale, infatti, è quella di consentire la realizzazione dell'obiettivo della gestione collettiva del risparmio: permettendo, da un lato, al singolo investitore che non sarebbe in grado di investire il suo capitale autonomamente di avvalersi della gestione professionale di un soggetto a ciò preposto, fruendo dei vantaggi della diversificazione e del frazionamento del rischio, senza correre il pericolo di subire azioni da parte di creditori ulteriori rispetto ai propri (quelli della SGR, della banca depositaria o di altri partecipanti) e, dall'altro lato, alla società di gestione di avere la disponibilità di un capitale che può gestire per incrementarne il valore, rimanendo la stessa, tuttavia, mero gestore del patrimonio, sul quale, infatti, non possono trovare soddisfazione i suoi creditori.

I vantaggi derivanti dalla gestione collettiva del risparmio, individuabili, da un lato, come detto, nella possibilità anche del singolo risparmiatore di investire in modo efficiente i propri capitali e, dall'altro, la possibilità di soggetti specializzati di utilizzare capitali che altrimenti sarebbero bloccati, incrementandone il valore, non potrebbero altrimenti essere conseguiti, poiché la confusione tra i patrimoni che si creerebbe, impedirebbe di fatto l'utilizzazione efficiente di tale forma di sfruttamento della ricchezza.

²⁰ Cfr. in particolare Capitolo 1, par. 1.4.

²¹ B. LIBONATI, *Holding e investment trust. I titoli di credito nominativi*, op. ult. cit., p. 504.

La sussistenza di un patrimonio a se stante, che ha origine in un istituto estraneo all'esperienza giuridica italiana, costituito dagli apporti dei partecipanti e gestito autonomamente da un terzo, ha suscitato da sempre nella dottrina dubbi circa la sua corretta qualificazione giuridica all'interno dell'ordinamento italiano, ancora prima che il legislatore introducesse, con la legge numero 77 del 1983, la prima disciplina legislativa sui fondi comuni di investimento mobiliari aperti²², essendo avvertita già allora l'esigenza di introdurre una nuova forma di investimento²³.

La prima delle tesi interpretative circa la natura del patrimonio del fondo, adottata in un disegno di legge governativo (numero 763 del 1964), anche se mai divenuto legge, è quella che lo riconduce nell'ambito della comproprietà dei partecipanti al fondo²⁴, dando luogo, quindi, a una forma di comunione. A tale ricostruzione, tuttavia, si è agevolmente replicato che a capo dei partecipanti non potrebbe rinvenirsi un diritto di proprietà, non potendo essi né disporre, né godere, né amministrare i beni, ma avendo solo diritto a percepire gli utili, a chiedere il rimborso della quota o, infine, ad alienarla a terzi²⁵.

Finalità della comunione, inoltre, è il mero godimento dei beni, mentre nel fondo la finalità è di investimento, trasformando quanto conferito in beni di altra natura; lo scioglimento della comunione, inoltre, comporta l'attribuzione al singolo comunista di una porzione in natura dei beni comuni corrispondente alla quota ideale, mentre nel fondo all'investitore è attribuita una somma di denaro di importo pari al valore della quota; delle obbligazioni discendenti dalla comunione i comunisti rispondono anche con i loro beni personali, in modo radicalmente differente dal fondo

²² P. G. JAEGER, *Sui fondi comuni di investimento*, in *Rivista delle Società*, 1969, p. 118, parla di una “*forma giuridica nuova, priva di precedenti nel nostro diritto, e che quindi deve essere collocata nel sistema, attraverso l'individuazione delle caratteristiche fondamentali di essa*”.

²³ V. PONTOLILLO, *Commento all'art. 36*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, op. cit., p. 380, osserva che “*I fondi comuni di investimento si inseriscono nel processo di innovazione finanziaria che in Italia prese avvio nella seconda metà degli anni settanta sotto la spinta della forte instabilità dei mercati finanziari connessa allo shock petrolifero e alle variazioni dei prezzi che ne seguirono. L'inaridimento del mercato obbligazionario e le difficoltà di provvista degli istituti di credito speciale, particolarmente impegnati nel finanziamento degli investimenti, l'emergere della fragilità finanziaria delle imprese, eccessivamente dipendenti dal credito bancario, i mutamenti, infine nell'atteggiamento dei risparmiatori costituiscono i fattori di spinta alla creazione di nuovi strumenti e di forme innovative di intermediazione*”.

²⁴ Richiamando, peraltro, le soluzioni legislative di altri ordinamenti, come quello francese, con la legge numero 88-1201 del 1988 che, all'art. 7, parla espressamente di “*copropriété de valeurs mobilière*” o quello belga. Cfr. R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, op. cit., p. 1060; anche G. CASELLI, *Fondi comuni e proprietà*, in *Giustizia Civile*, 1984, p. 84 e ss., parla di proprietà in capo ai partecipanti al fondo, salvo poi specificare che con l'affidamento dei beni alla società di gestione, la stessa diviene proprietaria temporanea dei beni stessi. Quest'ultimo diritto di proprietà, tuttavia, è qualificabile, secondo l'autore, alla stregua di diritto reale atipico.

²⁵ Nel progetto di legge del 1969, “progetto Spagnolli”, si legge che: “*il rinvio alle norme sulla comunione non è né utile, né conveniente perché le complesse norme sulla comunione potrebbero recare incertezze interpretative e controversie a non finire*”.

comune di investimento, dove gli investitori rispondono delle obbligazioni del fondo nei limiti della somma versata²⁶.

Una differente tesi interpretativa²⁷, invece, attribuisce la proprietà del patrimonio del fondo alla SGR, configurandosi in capo alla società una situazione proprietaria fiduciaria o vincolata nel fine, analoga a quella del *trustee*. A questa opzione ermeneutica si è obiettato che si tratterebbe comunque di una forma di proprietà del tutto anomala, priva sia del potere di godere, sia del potere di disporre del bene²⁸, tanto da dubitare di poterla qualificare come proprietà della SGR.

Vi è poi chi ha affermato, ma poi subito criticato la teoria secondo la quale il fondo sarebbe un esempio di patrimonio senza titolare²⁹ e, infine, la dottrina che ha parlato del fondo come di un patrimonio né della SGR, né dei partecipanti, ma, piuttosto, del fondo stesso, come centro autonomo di imputazione giuridica³⁰, riconoscendo in capo allo stesso la soggettività giuridica³¹.

A quest'ultima tesi si è obiettato che il fondo non potrebbe avere soggettività giuridica poiché, in primo luogo, tra i partecipanti non vi è un rapporto associativo, mancando, infatti, lo svolgimento di un'attività in comune, sia nei rapporti interni che esterni; nessuno, inoltre, è legittimato ad agire, nei rapporti con i terzi, in nome del fondo, atteso che la stessa società di gestione agisce in nome proprio, seppur per conto dei partecipanti³².

I problemi di qualificazione appena accennati sono stati così dibattuti in dottrina poiché nell'ordinamento giuridico italiano, prima dell'introduzione di una disciplina *ad hoc*, con la ricordata legge numero 77 del 1983, la modalità della gestione collettiva del risparmio propria dell'*investment trust* era ad esso estranea. Ma tale estraneità non dipendeva solo dal fatto che non vi fosse alcuna

²⁶ A. LAMORGESE, *I fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, in *Contratti*, 1, 2011, p. 30.

²⁷ Sostenuta da G. E. COLOMBO, *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in AA. VV., *L'Investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, p. 281 e ss.; F. BRIOLINI, in *Testo Unico della Finanza (art. 36 del d. lgs. 58/1998)*, G. F. CAMPOBASSO (a cura di), 2002, p. 331 e ss.; S. BARTOLI, *Trust e fondi comuni di investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *dircomm.it*, febbraio 2005; L. BOGGIO, *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2, 2011, parla di proprietà della SGR "ad utilizzo limitato con effetti reali, ossia anche sul piano dei poteri di terzi di sottoporre a esecuzione forzata i beni sottoposti a questo speciale regime, ma senza esplicitare le condizioni alle quali quegli effetti reali possono spiegarsi".

²⁸ R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, op. cit., p. 1063.

²⁹ R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, op. ult. cit., p. 1065.

³⁰ R. COSTI, *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Rivista delle Società*, 1968, p. 242 e ss.

³¹ Tesi criticata da P. G. JAEGER, *Sui fondi comuni di investimento*, op. cit., p. 1138, che conclude: "la titolarità del fondo deve spettare alla società di gestione, dato che costituisce uno strumento di cui essa si serve nell'esercizio della propria attività d'impresa; ma che questa titolarità è attribuita alla società nell'interesse primario dei partecipanti, e quindi non dà luogo a un diritto soggettivo, bensì ad una funzione. L'analogia più prossima che si può trovare per la situazione della società nei confronti del fondo è con la posizione del trustee negli ordinamenti di common law; il che costituisce una indubbia conferma della nostra tesi, ove si ricordi la origine storica dell'istituto dell'investment trust e gli scopi perseguiti dai legislatori europei nel tentativo di riprodurre il modello".

³² F. GALGANO, *Trattato di diritto privato*, volume III, 2009, p. 553.

disciplina positiva che lo regolasse, ma soprattutto dalla circostanza che il fondo comune di investimento era caratterizzato da schemi proprietari propri di una differente realtà ordinamentale.

La sussistenza di un patrimonio costituito dagli apporti degli investitori ma sul quale questi ultimi non hanno alcun diritto riconducibile al contenuto del diritto di proprietà come tradizionalmente inteso, la presenza di una società che ha l'obbligo di gestire detto patrimonio, incrementandone il valore, ma non nell'interesse proprio e senza averne la detenzione materiale, e, infine, la perfetta separazione patrimoniale del patrimonio rispetto alla sfera giuridica del soggetto che lo gestisce e di quello che ne ha la disponibilità materiale, costituisce uno schema di distribuzione e sfruttamento della ricchezza anomalo per il sistema giuridico italiano e, soprattutto, con riferimento alla posizione dominicale così come intesa dalla tradizione giuridica di *civil law* che fonda le sue basi all'indomani della rivoluzione francese³³.

Si è parlato, a tal proposito, di schemi proprietari alieni³⁴ per molti versi avvicinabili al modello del *trust* anglosassone (da cui il nome), a cui ci si è dovuti riferire per l'impossibilità di trovare adeguata risposta in termini di *civil law* ai molti problemi di attribuzione proprietaria che essi pongono³⁵.

Sulla base di una prima analisi, che si preciserà, sembrerebbe che la diffusione degli schemi proprietari propri della gestione collettiva del risparmio si ponga a conferma di quella tendenza, già evidenziata nel secondo capitolo, verso un allontanamento dello schema dominicale tradizionale e proprio dei sistemi di *civil law* caratterizzato dalla pienezza e assolutezza della posizione giuridica del singolo; ma proprio perché si tratta di realtà giuridiche estranee al nostro sistema ordinamentale, parrebbe un errore metodologico cercare di ricondurre l'istituto nelle maglie delle categorie tradizionali civilistiche italiane, cercando di individuare il proprietario del patrimonio, o interrogandosi se il fondo comune di investimento possa assurgere a soggetto giuridico.

³³ Si veda il capitolo II.

³⁴ Per il concetto di alienità rispetto al nostro ordinamento, con riferimento ai contratti, si veda G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2010.

³⁵ R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, op. cit., p. 1050.

2. Cassazione civile, sentenza numero 16605 del 2010³⁶

Le problematiche circa la qualificazione giuridica dei fondi comuni di investimento che si erano poste prima e all'indomani dell'introduzione della legge 77 del 1983, non sono state definitivamente risolte, tanto che, recentemente, una nota sentenza della Cassazione civile³⁷ si è espressa in merito alle questioni già affrontate dalla dottrina.

Il quesito posto alla Corte, in particolare, consisteva nello stabilire se il trasferimento di un immobile da parte del fallimento di una società appartenente alla società fallita dovesse essere effettuato a favore della società di gestione che lo aveva acquistato in nome del fondo dalla stessa gestita o, al contrario, direttamente a favore del fondo.

La SGR, in particolare, sosteneva che il bene dovesse essere intestato direttamente al fondo, unico reale destinatario del provvedimento di aggiudicazione, avendo la società agito in nome e per conto del fondo stesso.

La sentenza, per risolvere la questione giuridica, dopo aver passato in rassegna la disciplina normativa dei fondi comuni di investimento e le teorie dottrinali elaborate circa la natura giuridica dei fondi stessi, concentra la propria attenzione su una ulteriore problematica, e, cioè, se sia possibile riconoscere in capo ai fondi la soggettività giuridica, al fine di stabilire se direttamente agli stessi possa essere intestato un bene, come l'immobile *de quo*.

A tal proposito, dunque, la pronuncia richiama, innanzitutto, il parere del Consiglio di Stato, numero 108 del 1999, che aveva riconosciuto la soggettività giuridica in capo ai fondi comuni di investimento, distinta sia da quella dei partecipanti, sia dalla SGR che lo ha istituito, ma se ne discosta sulla base di una serie di considerazioni generali.

³⁶ La sentenza fa riferimento alla disciplina del TUF antecedente alle modifiche apportate dal d. lg. 78 del 2010, convertito in legge numero 122 del 2010, tali modifiche, tuttavia, non hanno inciso sulle questioni esaminate dalla Suprema Corte.

³⁷ Confermata dalla successiva sentenza della Corte di Cassazione civile numero 12187 del 2013; pubblicata in *Le Società*, 1, 2011, p. 46, con commento di N. BRUTTI; in *Foro Italiano*, 2011, p. 1859 e ss.; in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, p. 311, con nota di L. BOGGIO, *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazioni immobiliari*; in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2011, p. 1133, con nota di A. SCANO, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento*; in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2011, p. 417 e ss., con note di V. LEMMA, *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, e F. GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniali nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in www.dircomm.it, 2010, con nota di F. PACILEO, *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, mentre la società di gestione del risparmio ha la titolarità del patrimonio del fondo*.

Un approfondimento anche di A. PAOLINI, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, in *Studio 90-2012/I del Consiglio del Notariato*.

La Corte, innanzitutto, specifica che la soggettività giuridica può sussistere anche in capo a enti sprovvisti di un formale riconoscimento della personalità, ben potendo gli stessi essere titolari di obblighi e diritti e, dunque, essere considerati centri di imputazione di rapporti giuridici.

Perché si concluda, tuttavia, per la sussistenza della soggettività giuridica è necessario che si accerti la presenza di alcuni elementi significativi in tal senso all'interno del tessuto normativo, elementi che la Corte, tuttavia, con riferimento ai fondi comuni di investimento non riesce a ravvisare.

Il fatto che il legislatore preveda in modo chiaro l'autonomia, la separazione del patrimonio del fondo, infatti, non sarebbe determinante nell'individuazione della soggettività del fondo stesso. Ciò che appare rilevante nell'individuazione della soggettività è, infatti, la sussistenza o meno di una autonomia decisionale in capo al fondo stesso, intesa quale potere di autodeterminare almeno parzialmente ma in modo significativo le proprie scelte e le linee guida del proprio agire, e, secondo l'interpretazione della Corte, è di immediata evidenza che i fondi comuni ne siano del tutto privi.

Né la prerogativa prevista dall'art. 37, comma 2-bis, TUF, vale a smentire tale affermazione, confermata, invece, dal fatto che il fondo deve sottostare al regolamento predisposto dalla società di gestione, ex art. 39 TUF, e il gestore, ai sensi dell'art. 36, comma 5, TUF, risponde del suo operato direttamente nei confronti dei partecipanti del fondo e non nei confronti del fondo, come accadrebbe se quest'ultimo fosse dotato di una propria soggettività giuridica. *“Ma ciò che rende più di ogni altra cosa difficile configurare il fondo comune alla stregua di soggetto di diritto è l'assenza di una struttura organizzativa minima, di rilevanza anche esterna, quale ad esempio si riscontra nelle associazioni o nelle persone giuridiche. Ragion per cui, difettando il fondo degli strumenti che gli consentano di porsi direttamente in relazione con i terzi ed abbisognando comunque a tal fine dell'intervento della società di gestione, la sua configurazione come soggetto autonomo finisce per rappresentare una complicazione non necessaria ai fini della tutela dei partecipanti”*.

Stante la mancanza della soggettività giuridica in capo ai fondi comuni di investimento, dunque, la Corte conclude per la definizione della loro natura come patrimonio separato, la cui titolarità, poiché nel nostro ordinamento non sono ammissibili “patrimoni privi del titolare”, è da riconoscersi in capo alla SGR, seppur si tratti di una titolarità meramente formale, mentre ai partecipanti spetterebbe una titolarità di tipo sostanziale.

Da un punto di vista pratico, le menzionate argomentazioni comportano la nullità della trascrizione effettuata a favore del fondo, ex art. 2665 c.c., trattandosi di un soggetto sprovvisto di soggettività e, dunque, inesistente e come conseguenza necessaria che il bene dovrà necessariamente essere trascritto a favore della SGR.

Dalla lettura della pronuncia della Corte di Cassazione è agevole evincere che le argomentazioni adottate fondano le proprie radici in alcune delle categorie classiche del diritto civile e cercano di orientare la scelta del giudicante riconducendo nelle stesse il fenomeno dei fondi comuni di investimento.

Così, la sentenza richiama il concetto di personalità giuridica, distinto da quello di soggettività di diritto, il quale può essere proprio anche di enti nei confronti dei quali non sia stata riconosciuta la personalità ma che siano altresì qualificabili alla stregua di centri di imputazione “autonomi”.

La sussistenza, in particolare, di una certa forma di autonomia deve ricercarsi nell’ambito della disciplina legislativa propria dell’ente considerato, deve consistere nel potere di definire le proprie scelte di comportamento e deve essere accompagnata dalla presenza di una organizzazione, seppur minima, rinvenibile anche all’esterno dell’ente considerato.

Il problema centrale della motivazione, dunque, è capire dove, nell’ambito della gestione collettiva del risparmio in esame, possa ravvisarsi un soggetto di diritto che sia titolare del diritto soggettivo di proprietà dei beni conferiti dai partecipanti all’investimento, risolvendolo, poi, come visto, nel senso che il fondo, qualificabile alla stregua di patrimonio separato, non avrebbe una soggettività di diritto e, dunque, i beni dovrebbero essere intestati alla SGR, giungendo peraltro a una soluzione contrastante, come si vedrà, rispetto a quella adottata dalla prassi.

Ma aldilà della soluzione concreta data al problema, l’argomentare della Corte sembra essere fondato su un errore metodologico di base, quello cioè di voler ricondurre a tutti i costi un fenomeno estraneo al nostro ordinamento giuridico nelle categorie proprie dell’ordinamento stesso³⁸.

Nei fondi comuni di investimento, infatti, si realizza uno “smembramento” delle utilità riconducibili ai beni conferiti dai partecipanti ben lontano dallo schema proprietario così come tradizionalmente inteso e, cioè, da un lato, caratterizzato dal potere di godere e disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.) e, dall’altro, fondante la responsabilità generica del debitore, ai sensi dell’art. 2740 c.c.

³⁸ Così anche P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Rivista delle Società*, 2012, p. 751 e ss.; V. LEMMA, *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, cit., nella nota numero 10 osserva, inoltre, che anche la qualificazione del fondo come patrimonio separato è una presupposizione della Corte di Cassazione, cui si ricollega l’obiettivo di ricondurre i fondi ad un istituto di diritto commerciale. “Nella sentenza, infatti, v’è un radicamento del pensiero giuridico in strutture costitutive di matrice tradizionale, non sempre pienamente rispondenti alle dinamiche del processo di finanziarizzazione in atto nelle economie avanzate. In tale contesto, la soluzione che ravvisa nel fondo un “patrimonio separato” sembra esprimere una precomprensione del fenomeno degli organismi di investimento incarnata nel linguaggio –commerciale e non finanziario- di cui la Corte si trova a predisporre”.

I partecipanti, in primo luogo, infatti, conferiscono dei beni nel fondo, senza tuttavia trasferirne la proprietà, ma privandosi piuttosto delle facoltà proprie e discendenti dal diritto di proprietà, al fine di consentire una particolare forma di gestione del bene per il raggiungimento dell'interesse dei partecipanti³⁹.

La banca depositaria, invece, svolge le funzioni, appunto, di depositario, nonché di custode dei beni conferiti, senza in alcun modo poter assimilare tale posizione giuridica a quella di un proprietario.

La SGR, infine, ha la legittimazione piena ed esclusiva di gestire i beni non nell'interesse proprio ma nell'interesse dei partecipanti, senza avere alcun diritto sui beni gestiti e non potendone disporre: anche in questo caso la situazione giuridica che si configura è estranea a una posizione dominicale tradizionale.

La distribuzione delle utilità derivanti dai beni conferiti dai partecipanti, dunque, parrebbe non riconducibile negli schemi proprietari tradizionali, tanto che interrogarsi sul titolare dei beni del fondo è contrastante con la natura stessa dell'istituto in esame.

Ma, d'altra parte, anche dalla lettura della pronuncia della Corte di Cassazione si può ravvisare tale illogicità, poiché, in conclusione, la sentenza delinea la sussistenza, da un lato, della proprietà formale in capo alla SGR e, dall'altro, della proprietà sostanziale in capo ai partecipanti del fondo comune di investimento, allontanandosi, dunque, in tal modo, dallo schema dominicale tradizionale da cui la pronuncia stessa in principio aveva posto le premesse.

L'illogicità della pronuncia, dunque, oltre a essere intrinseca al ragionamento della Corte è ravvisabile anche testualmente dalla sua stessa argomentazione.

3. I nuovi assetti proprietari nella gestione collettiva del risparmio

La gestione collettiva del risparmio, dunque, realizza un peculiare modo di allocazione dei beni conferiti dagli investitori, configurando un diritto proprietario dal contenuto atipico e può inserirsi in quella tendenza che caratterizza l'ordinamento nazionale italiano, che si è già ravvisata nel precedente capitolo con riferimento a determinati istituti giuridici ormai diffusi nella prassi contrattuale, anche se con i fondi comuni di investimento tale tendenza sembra essere portata a conseguenze ancora più radicali: nei vari istituti esaminati nel secondo capitolo, infatti, seppur la

³⁹ P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, op. ult. cit., p. 755.

situazione dominicale che di volta in volta si configurava avesse caratteristiche atipiche, poteva comunque ravvisarsi un titolare della stessa.

Così, ad esempio, nella multiproprietà è possibile ravvisare la figura di più proprietari, seppur titolari di un diritto limitato nel tempo, oltre che nello spazio; e lo stesso può essere affermato con riferimento a tutte le fattispecie dominicali temporalmente limitate⁴⁰.

Nella fattispecie fiduciarie e così nel *trust*, il soggetto a cui sono intestati i beni, rispettivamente il fiduciario o il *trustee*, sono proprietari atipici dei beni, poiché sono vincolati alla volontà del fiduciario o del *settlor of the trust*: in questo caso, tuttavia, accanto alla situazione proprietaria di questi ultimi, che potrebbe essere definita come meramente formale, vi è quella “sostanziale” del fiduciante o del *settlor of the trust* che hanno la facoltà, infatti, di vincolare i primi con le proprie direttive o di chiedere la restituzione del bene.

In materia di espropriazioni, si è visto, la possibilità di trasferire i diritti edificatori a un altro soggetto, svuotando il diritto dominicale del primo e arricchendo quello del secondo, consente all'autonomia privata di incidere sul contenuto del diritto di proprietà, il quale si allontana, dunque, dalla sua caratterizzazione tradizionale, ma, allo stesso tempo, tuttavia, è comunque possibile individuare la figura di un proprietario del territorio, seppur si tratti di una figura atipica.

Con il contratto di affidamento fiduciario, nonché nei patrimoni destinati a uno specifico affare si dà vita a patrimoni separati e, dunque, si parcellizza la responsabilità debitoria, realizzando conseguentemente nuove fattispecie dominicali, intese quali differenti modalità dello sfruttamento del patrimonio del debitore, tradizionalmente inteso come costituente nel suo complesso la garanzia generica per i creditori del debitore stesso, *ex art. 2740 c.c.*

In tutti e due i casi, tuttavia, vi è la riconducibilità del diritto, seppur atipico, rispettivamente, al debitore e alla società che costituisce i patrimoni destinati.

Anche nel caso della cartolarizzazione dei crediti, del resto, vi è la costituzione di un patrimonio separato di cui la società veicolo è proprietaria solo formalmente, alla stregua di un *trustee*, che deve gestirlo nell'interesse dei sottoscrittori dei titoli, unici soggetti che possono agire nei confronti del patrimonio separato suddetto.

Nei fondi comuni di investimento la tendenza verso la creazione di diritti proprietari atipici pare giungere a conseguenze ancora più estreme: le facoltà tradizionalmente spettanti in maniera

⁴⁰ Di cui al paragrafo numero 3 del capitolo II.

accentrata ad un unico soggetto, il proprietario, sono infatti distribuite tra partecipanti, banca depositaria e SGR.

I partecipanti, tuttavia, anche a volerli qualificare come proprietari “sostanziali” dei beni conferiti, come si legge nella sentenza della Corte di Cassazione del 2010, sono titolari di una situazione dominicale che appare totalmente svuotata, non potendo gli stessi incidere nelle modalità di gestione della SGR, dando, ad esempio, alla stessa indicazioni specifiche, essendo proprio la natura della gestione in monte a prevedere un totale accentramento delle scelte decisionali nella società di gestione⁴¹.

Ci si allontana, seppur, come visto, il modello da cui trae origine il fondo comune di investimento sia quello del *trust* e, in particolare, dell'*investment trust*, dunque, dallo schema proprietario del *trust* stesso, in cui, come visto il *settlor* può comunque incidere sulla gestione del *trustee*; nella gestione collettiva, infatti, la situazione proprietaria dei partecipanti è ridotta alla mera facoltà di chiedere il rimborso della quota, talvolta nemmeno immediatamente, o di alienarla a terzi, perdendo di fatto totalmente il controllo o il dominio sul bene, tanto che la proprietà sostanziale di cui sarebbero titolari è del tutto *sui generis* e sembrerebbe ridursi meramente a una qualifica formale.

L'analisi degli istituti che fondano nuovi diritti proprietari, dunque, sembrerebbe giunta con i fondi comuni di investimento alla più importante forma di atipicità anche qui determinata dall'esigenza pratica di consentire uno sfruttamento della ricchezza più efficiente.

Anche nel caso della gestione collettiva del risparmio, inoltre, come visto per i diversi istituti esaminati nel secondo capitolo, il legislatore ha consentito che la nuova situazione proprietaria abbia un'efficacia reale, garantendone, infatti, l'opponibilità ai terzi, tanto che, come si è visto è proprio il TUF che all'art. 36 sancisce la perfetta autonomia del patrimonio del fondo rispetto alla SGR, alla banca depositaria e ai partecipanti. Questione immediatamente conseguente, dunque, è stabilire come tale peculiare situazione proprietaria debba essere pubblicizzata, in modo tale da rendere effettiva la conoscibilità della stessa da parte dei terzi: il problema, dunque, si sposta da quello dell'ammissibilità in astratto di figura dominicali atipiche a quello relativo alle modalità di pubblicizzazione delle stesse.

⁴¹ C. GHIGHI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2011, p. 1153, non ritiene qualificabile alla stregua di proprietà sostanziale la situazione giuridica dei partecipanti al fondo rispetto ai beni conferiti, “*infatti, i partecipanti al fondo, sottoscrittori di quote di partecipazione al fondo, hanno il solo interesse a una redditività del loro investimento: conseguentemente, i partecipanti sono interessati ad una corretta gestione del fondo e dei beni che lo compongono, ma ciò non può certamente portare ad assimilare la loro posizione a quella del proprietario, intendendosi per tale, come è ovvio, il soggetto titolare del diritto di godere e disporre di un determinato bene, ex art. 832 c.c.*”.

Mentre nel caso di fondi comuni mobiliari il problema è risolto attraverso il deposito dei beni costituenti i fondi stessi presso la banca depositaria, in quelli immobiliari la pubblicità è garantita dal sistema della trascrizione.

Nel testo legislativo, così come nei regolamenti che disciplinano specificamente le diverse tipologie di fondi, tuttavia, non è specificato come concretamente debba essere effettuata detta trascrizione e, infatti, a fronte di tale incertezza legislativa, anche la sentenza esaminata della Corte di Cassazione del 2010 ha risolto un problema pratico relativo proprio alla questione circa le modalità che dovrebbero essere seguite per la pubblicizzazione dei beni immobili come beni “del fondo”.

4. L’opponibilità del nuovo diritto proprietario: la trascrizione dei beni conferiti nel fondo

4.1 Il problema della validità ai sensi dell’art. 2665 c.c.

Accanto alla problematica questione attinente agli assetti proprietari che si delineano nella gestione collettiva del risparmio, vi è quella conseguente relativa alle modalità con cui dovrebbe effettuarsi la trascrizione dei beni immobili conferiti nel fondo: si tratta, cioè, di stabilire come la peculiare struttura dominicale si ripercuota in materia di trascrizione.

Come visto, la pronuncia della Cassazione risolve il problema ritenendo di dover effettuare la trascrizione a favore della SGR, dotata di soggettività giuridica e proprietaria formale dei beni e dichiara, pertanto, invalida, ai sensi dell’art. 2665 c.c., quella effettuata a favore del fondo.

Partendo, innanzitutto, dal problema circa la validità o meno della trascrizione effettuata a favore del fondo, è doveroso premettere che, come noto, nel sistema civilistico italiano vige il principio consensualistico, *ex art. 1376 c.c.*, in forza del quale in materia contrattuale il diritto è trasferito in base al mero consenso validamente manifestato dalle parti.

Qualora, tuttavia, più soggetti avanzino pretese nei confronti di un medesimo bene immobile il mero consenso non è sufficiente perché, al fine di valutare quale soggetto debba prevalere, è necessario accertare quale abbia dato per primo pubblicità del negozio giuridico attraverso la trascrizione, che

consiste in un sistema pubblicitario organizzato su base personale e non reale⁴²; da qui, il problema posto dalla Cassazione circa la configurabilità in capo al fondo della soggettività giuridica.

Dalla precedenza della trascrizione della vicenda negoziale, dunque, discende la centrale conseguenza della possibilità per la stessa di produrre effetti giuridici opponibili ai terzi, creando, così uno specifico equilibrio tra autonomia contrattuale e affidamento dei terzi: proprio a causa di tale fondamentale conseguenza, sia le disposizioni codicistiche, sia gli interpreti limitano, in primo luogo, la possibilità del Conservatore di rifiutare la trascrizione degli atti.

L'art. 2674 c.c., infatti, conferisce la facoltà (se i titoli e le note non sono di carattere intellegibile) o l'obbligo (quando il titolo non abbia le prescrizioni previste dal codice) al Conservatore di rifiutare di eseguire la trascrizione solo nei casi in cui difettino dei requisiti meramente formali. Al di fuori di questi casi il Conservatore non può ritardare o recusare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di eseguire le formalità richieste, nonché di rilasciare le copie e i certificati⁴³.

L'orientamento prevalente in giurisprudenza, inoltre, è nel senso che *“se la nota di trascrizione non è difettosa nel senso indicato dall'art. 2674 c.c., il Conservatore deve procedere alla trascrizione nonostante altre incompletezze, rimanendo a carico del richiedente il rischio e la responsabilità dell'eventuale inefficacia della trascrizione così eseguita”*⁴⁴.

Anche il regime di validità della trascrizione, in secondo luogo, è caratterizzato nel senso di limitare le ipotesi in cui la stessa possa essere considerata invalida: l'art. 2665 c.c., infatti, le limita ai casi in cui le omissioni o le inesattezze delle indicazioni richieste dagli artt. 2559 e 2660 c.c. inducano incertezze sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico a cui si riferisce l'atto: la regola è che l'omissione o l'inesattezza non nuocciano alla validità della trascrizione⁴⁵.

La dottrina, inoltre, ha precisato che l'incertezza generata dalle omissioni o dalle inesattezze debba essere oggettiva, cioè insuperabile da chiunque consulti il registro con una normale diligenza, attenendosi al solo contenuto della nota⁴⁶.

La pronuncia della Cassazione, proprio con riferimento all'art. 2665 c.c., ha concluso per l'invalidità della trascrizione effettuata a favore del fondo.

⁴² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV edizione, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 197.

⁴³ P. DE LISE, *Trascrizione*, I, *In generale*, in *EG*, XXXI, Roma, 1994, p. 13.

⁴⁴ Cassazione civile, 23 aprile 1980, sentenza n. 2671, in *Rivista del Notariato*, 1980, p. 1597.

⁴⁵ U. NATOLI-R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione-Prove*, in *Commentario del Codice Civile*, VI, Torino, 1971, p. 217.

⁴⁶ L. FERRI-P. D'ORAZI FLAVONI-M. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, 3ª ed., in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 427.

Tale conclusione, tuttavia, non pare poter essere condivisa, in quanto contrastante, innanzitutto, con la logica sottesa al regime delle invalidità delle trascrizioni che il legislatore, infatti, ha inteso limitare a ipotesi residuali in cui gli errori di redazione della nota abbiano indotto incertezza sulle persone a cui l'atto si riferisce secondo un parametro di ordinaria diligenza.

È agevole osservare, infatti, che una trascrizione effettuata a favore del fondo, indipendentemente dal riconoscimento in capo a quest'ultimo della soggettività giuridica, non induce incertezza sulla trascrizione stessa. Una ispezione immobiliare fatta nei confronti di una persona non fisica, infatti, non si fonda mai esclusivamente sulla denominazione dell'ente ma deve essere integrata almeno con una ricerca basata sul codice fiscale dello stesso che, nel caso delle SGR, è il medesimo dei fondi dalle stessa gestita.

La trascrizione effettuata a favore del fondo, dunque, non può essere considerata come assolutamente incerta con riferimento al soggetto, così come disposto dall'art. 2665 c.c. e, inoltre, una interpretazione in tal senso sarebbe contrastante con la *ratio* posta alla base della disciplina delle trascrizioni.

Va, del resto, sottolineato che i soggetti a favore e contro cui è effettuata la trascrizione non hanno la medesima rilevanza per quanto riguarda l'importanza delle informazioni che devono essere "pubblicizzate" nei confronti dei terzi, ma, al contrario, la dottrina ha sottolineato che l'indicazione della parte a favore della quale si trascrive non è essenziale quanto quella della parte contro cui si trascrive. Gli autori, in particolare, proprio in materia di alienazione immobiliare, hanno chiarito che *"ciò che importa è che il terzo sappia che Tizio ha alienato un immobile: meno importante è il sapere a favore di chi, perciò se anche quest'ultima indicazione manchi del tutto, non per questo si deve ritenere nulla la trascrizione"*⁴⁷.

Nella valutazione della incertezza della trascrizione, dunque, non hanno lo stesso peso i soggetti a favore e contro cui va effettuata la trascrizione, ma è maggiormente rilevante il secondo dei due soggetti richiamati: per i terzi, cioè, è più importante sapere se un dato bene è fuoriuscito dal patrimonio di un determinato soggetto o meno.

E nel caso analizzato dalla pronuncia della Cassazione non vi è alcun dubbio in relazione al soggetto contro cui è effettuata la trascrizione; il fondo o la SGR, infatti, sono i soggetti a favore dei quali è effettuata la pubblicità.

⁴⁷ L. Ferri-P. Zanelli-M. D'Orazi Flavoni-P. Zanelli, Della Trascrizione, art. 2643-2696, Libro sesto-Della tutela dei diritti, in Commentario del codice civile, Scialoja-Branca (a cura di), p. 429.

Concludere, dunque, per la invalidità della trascrizione ai sensi dell'art. 2665 c.c. non sembra corretto né per la portata letterale, né per la *ratio* della norma, né, infine, per la rilevanza che le informazioni considerate hanno nei confronti dei terzi.

4.2 L'individuazione del “soggetto” a favore del quale effettuare la trascrizione

Chiarito, dunque, che la trascrizione effettuata a favore del fondo non può essere considerata invalida ai sensi dell'art. 2665 c.c., occorre, quindi, chiedersi se sia corretto eseguire la trascrizione a favore del fondo, appunto, oppure se essa debba essere effettuata a favore della SGR.

La pronuncia della Cassazione, come già analizzato, ha concluso per la trascrizione a favore della SGR, in quanto dotata di soggettività giuridica e proprietaria formale dei beni conferiti: in tal modo, tuttavia, la Corte non solo muove da un'impostazione metodologica scorretta, ma giunge anche a un esito contrastante con la dottrina e la prassi maggioritarie, secondo le quali i beni dovrebbero essere trascritti a favore del fondo, con annotazione a margine della gestione da parte della SGR.

A tal proposito è opportuno sottolineare che sia la dottrina⁴⁸, sia la giurisprudenza⁴⁹ hanno dato un'interpretazione lata della nozione di parte a favore della quale, ai sensi dell'art. 2659 c.c., va effettuata la trascrizione: il riferimento che la disposizione in esame fa al numero 1) alle persone fisiche, persone giuridiche, società semplici e alle associazioni non riconosciute, infatti, non deve ritenersi tassativo, ma deve essere esteso anche a quegli enti che possano essere intesi quali autonomi centri di imputazione giuridica.

Nel nostro ordinamento, inoltre, sussistono ipotesi in cui si prevede la possibilità di trascrivere a favore di soggetti che non sono dotati effettivamente di una soggettività giuridica, come, ad esempio, nel caso del condominio: nei confronti di quest'ultimo, infatti, la giurisprudenza è costante nel negarne la sussistenza⁵⁰, ma l'art. 2659 c.c., a seguito della riforma della legge numero 220 del 2012, li

⁴⁸ A. PAOLINI, *Fondi immobiliari, S.G.R. e trascrizione*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2013, p. 252.

⁴⁹ Anche la giurisprudenza ha dato un'interpretazione estensiva a tale disposizione, cfr. Cassazione numero 6032 del 1994 che ne ha esteso l'applicazione anche ai comitati privi di riconoscimento.

⁵⁰ Cfr. Cassazione, 20 febbraio 2009, sentenza numero 4245, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2009, p. 661, con nota di A. I. Natali che sottolinea: “è comune, in sede giurisprudenziale, la ricostruzione del condominio come «ente di gestione», ovvero come entità priva di un'autonoma personalità giuridica ma legittimata ad agire in rappresentanza e nell'interesse dei condomini”; Cassazione, 3 aprile 2001, sentenza numero 4866, in *Foro Italiano*, 2001, voce *Comunione e condominio*, n. 125, secondo cui una relazione di terzietà fra il condomino ed il condominio manca, poiché quest'ultimo non ha una soggettività giuridica diversa da quella dei semplici condomini.

include esplicitamente nell'elenco delle parti nei cui confronti è possibile effettuare una trascrizione immobiliare.

Così come è prevista la trascrivibilità a favore dei condomini, non si vede perché i beni immobili non possano essere trascritti anche a favore di un fondo, potendo quest'ultimo, come il primo, pur in assenza del riconoscimento della soggettività giuridica, essere inteso quale centro di imputazione di un'attività, centro di interesse per i partecipanti al fondo stesso.

Pertanto, può concludersi che nel nostro ordinamento, anche in forza dello stesso diritto positivo, non sia necessaria la sussistenza della soggettività giuridica per effettuare una trascrizione immobiliare, quanto, piuttosto, la presenza di un centro di imputazione di attività⁵¹ e, di conseguenza, il bene immobile ben può essere trascritto a favore del fondo comune d'investimento.

Superato, dunque, l'ostacolo alla trascrivibilità a favore del fondo rappresentato dall'assenza della soggettività giuridica in capo allo stesso, occorre affrontare la seconda argomentazione sostenuta dalla Cassazione alla luce della quale il riconoscimento della possibilità di trascrivere a favore del fondo comporterebbe *“una complicazione non necessaria ai fini della tutela dei partecipanti?”*.

In realtà, la riconoscibilità della trascrivibilità dei beni a favore del fondo soddisfa una fondamentale esigenza pratica e, cioè, la possibilità di identificare immediatamente i beni come appartenenti al fondo, a favore del quale è previsto un regime di autonomia patrimoniale perfetta.

Se, al contrario, si adottasse la soluzione prospettata dalla Corte nella sentenza esaminata, che conclude per la trascrivibilità del bene a favore della SGR, si incorrerebbe in inconvenienti pratici inaccettabili.

Il bene, infatti, rimarrebbe estraneo al patrimonio autonomo del fondo a cui pur si riferisce e separato da quello generale della SGR che, peraltro, potrebbe essere titolare di tanti patrimoni separati quanti sono i beni acquistati nell'interesse di diversi fondi comuni di investimento, qualora la SGR ne gestisca di differenti⁵².

Sarebbe, inoltre, non immediata la riferibilità del bene stesso al fondo nell'interesse del quale il bene è stato acquistato e nei cui confronti è garantita l'autonomia patrimoniale, di cui all'art. 36 TUF,

⁵¹ Sul punto ci si discosta, dunque, anche dagli approdi giurisprudenziali che hanno adottato una interpretazione estensiva dell'art. 2659 c.c. ma rimanendo pur sempre dipendente dal riconoscimento della soggettività giuridica in capo agli enti nei cui confronti è stata ammessa di volta in volta la trascrivibilità. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza numero 245 del 1996, Cassazione sentenza numero 7228 del 1996 e 8239 del 2000.

⁵² A. D. SCANO, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2011, p. 1143, osserva che *“Una tale superfetazione di patrimoni separati accessori ad un'unica concreta destinazione destituisce di plausibilità la ricostruzione della Corte”*.

ancorché si preveda un'annotazione idonea a rendere edotti anche i terzi circa l'esistenza del vincolo pertinenziale a favore del fondo, come si legge nella sentenza della Corte di Cassazione⁵³.

Si prospetterebbero, inoltre, ulteriori problemi qualora, ad esempio, la SGR promuova la fusione tra più fondi o disponga che un immobile sia venduto da un fondo ad un altro: anche in questi casi la trascrizione a favore della SGR creerebbe non poche incertezze visto che, di fatto, i soggetti contro e a favore dei quali trascrivere coinciderebbero.

Non potrebbe nemmeno condividersi l'opzione ermeneutica prospettata in dottrina secondo la quale il bene dopo essere trascritto a favore della SGR dovrebbe a sua volta essere trasferito a favore del fondo: partendo dalla premessa circa la non trascrivibilità iniziale del bene a favore del fondo, non può, infatti, ammetterla in un secondo momento. In caso contrario, inoltre, si dovrebbe consentire la trascrivibilità diretta a favore del fondo immediatamente e non solo successivamente a una duplice trascrizione⁵⁴.

Avallando l'interpretazione della Corte, inoltre, si potrebbe prospettare un ulteriore problema nel caso in cui la SGR sia sostituita durante la durata della gestione del patrimonio del fondo: la sostituzione, in particolare, può riguardare sia la società promotrice, sia quella di gestione, così come prevede lo stesso Regolamento della Banca d'Italia del 2015 sulla gestione collettiva del risparmio che al Titolo V, capitolo I, sezione 4, p.to 4.1.1 dispone che *“il regolamento definisce le ipotesi di sostituzione del gestore e le procedure da seguire, in modo da evitare soluzioni di continuità nello svolgimento dei compiti allo stesso attribuiti?”*.

Nel caso in esame, se si optasse per la trascrizione a favore della SGR e non direttamente del fondo, la sostituzione in esame dovrebbe essere qualificata alla stregua di negozio traslativo tra le SGR, comportando, così una necessaria ed ulteriore modifica nella trascrizione che dovrebbe essere effettuata a favore della nuova società di gestione, pur rimanendo immutato il fondo.

Ma tale soluzione non pare ammissibile perché, considerare la semplice sostituzione della SGR come negozio traslativo, determinerebbe il necessario mutamento di titolarità di tutti i beni facenti parte di tutti i fondi gestiti dalla SGR sostituita, lasciando all'autonomia delle parti il compito di individuarne la disciplina, nonché determinando un aggravio considerevole sul piano documentale e fiscale.

⁵³ Nel passaggio, in particolare, si legge: *“Si può ipotizzare - ma non è questo il tema della presente causa - che l'intestazione debba essere accompagnata da un'annotazione idonea a rendere nota anche ai terzi l'esistenza del vincolo pertinenziale in favore del fondo”*.

⁵⁴ A. D. Scano, Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento, in *Giurisprudenza Commerciale*, cit., p. 1143.

Poiché, dunque, la sostituzione di SGR non potrebbe essere qualificata alla stregua di negozio traslativo, parrebbe contraddittorio sostenere che la sostituzione comporti comunque la modifica della trascrizione (a favore della nuova SGR)⁵⁵.

Alle medesime conclusioni può giungersi anche nel caso in cui la sostituzione sia disposta a seguito del commissariamento della precedente SGR da parte della Banca d'Italia che disponga una procedura di amministrazione straordinaria, con nomina di uno o più commissari, nel caso in cui questi ultimi, allo scopo di tutelare i partecipanti del fondo e assicurare la continuità della gestione, promuovano una procedura per la selezione di un diverso gestore.

Anche in questo caso si è escluso che a seguito della sostituzione della SGR si verifichi un negozio traslativo dei beni da una società di gestione all'altra: i beni, infatti, in questo caso rimangono sempre nella disponibilità del patrimonio del fondo, non subendo movimentazione di sorta da una sfera patrimoniale ad un'altra; inoltre né la SGR cessata, né quella subentrante esprimono rispettivamente alcuna volontà di cessione e di acquisto⁵⁶.

Anche in questa ipotesi, dunque, sarebbe contraddittorio sostenere, da un lato, la trascrizione a favore della SGR e, dall'altro, la non necessaria modificazione della stessa a seguito della sostituzione della SGR stessa, sostituzione che non assurge, infatti, a negozio traslativo.

D'altra parte, la necessità di trascrivere i beni a favore del fondo al fine di soddisfare esigenze di certezza emerge anche dal già menzionato parere del Consiglio di Stato numero 108 dell'11 maggio 1999⁵⁷, nonché nella circolare del Ministero delle Finanze⁵⁸ che, in particolare, dispongono poi di annotare a margine della trascrizione il rapporto di gestione a favore della SGR.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, dunque, non può che concludersi nel senso che la trascrizione dei beni conferiti nel fondo dovrebbe più opportunamente essere effettuata a favore del fondo stesso (nel Quadro C), con annotazione della gestione a favore della SGR (nel Quadro D)⁵⁹.

⁵⁵ A. Paolini, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, op. cit., p. 9.

⁵⁶ In tal senso si è pronunciato il Tribunale di Milano, sentenza del 2 aprile 2011, in www.giurisprudenzadelleimprese.it: nel caso di specie era rilevante stabilire se si fosse configurato un negozio traslativo per valutare se si dovesse applicare una clausola di prelazione di una delle SGR considerate.

⁵⁷ Pubblicato in *Foro Amministrativo*, 2000, p. 2225, dove si legge: “*la titolarità dei beni facenti parte dei fondi dovrebbe essere correttamente riferita agli stessi fondi, quali centri autonomi di imputazione di interessi, in base ai peculiari caratteri ad essi espressamente attribuiti dalle succitate norme di legge, salve le necessarie annotazioni riguardanti il vincolo gestorio esistente*”, pur partendo dalla premessa della sussistenza della soggettività giuridica in capo ai fondi.

⁵⁸ Si tratta della circolare dell'11 novembre 1999, numero 218/T.

⁵⁹ L. Ferri-P. Zanelli-M. D'Orazi Flavoni-P. Zanelli, *Della Trascrizione*, art. 2643-2696, Libro sesto-Della tutela dei diritti, op. cit., p. 393: “*Il Quadro A comprende indicazioni di carattere generale relative al titolo, al tipo di convenzione o negozio giuridico, ipoteca o privilegio nonché annotazione che si vogliono rendere pubblici nella Conservatoria dei Registri Immobiliari, oltre che ulteriori dati parimenti necessari per una più ampia e completa informazione ipotecaria; il Quadro B comprende indicazioni relative ai dati catastali identificativi degli immobili, corredati da alcune informazioni descrittive;*

5. Considerazioni conclusive

I fondi comuni di investimento in forma contrattuale sono un esempio lampante dell'introduzione di un nuovo diritto proprietario nell'ordinamento giuridico italiano. Dal presente studio, in particolare, è emersa la totale estraneità, o "alienità" della forma dominicale ad essi sottesa, forma riferibile, infatti, ad elaborazioni proprie dei sistemi di *common law*, dove si ritrovano i primi esempi di *investment trust*.

L'introduzione della disciplina dei fondi comuni a livello legislativo ha consentito di derogare al principio posto dall'art. 2740 c.c., elaborando una forma di separazione patrimoniale perfetta, caratterizzata dalla distribuzione delle prerogative proprietarie tra più centri di imputazione (investitori, fondo, SGR e banca depositaria), nel perseguimento, analogamente ai nuovi diritti proprietari a cui già si è fatto cenno, di modalità più efficienti di sfruttamento dei beni.

La circostanza che i fondi comuni di investimento siano regolati espressamente dalla legge italiana, tuttavia, non deve far cadere nell'errore di cercare di inquadrare entro categorie giuridiche tipicamente di *civil law* ciò che ne è estraneo.

L'alienità dell'istituto in esame ha determinato, inoltre, i problemi interpretativi affrontati in tema di trascrizione dei beni immobili conferiti in un fondo: anche in tal caso, proprio avendo a mente la suddetta estraneità, la questione dovrebbe più correttamente essere risolta cercando di trovare la soluzione che meglio soddisfi le esigenze pratiche, senza cercare in tutti i modi di ricondurla entro le categorie civilistiche, come quella di soggetto di diritto.

La diffusione dei fondi comuni di investimento, infine, avvalorava ancora di più la tesi sostenuta nel secondo capitolo, relativa alla diffusione anche nell'ordinamento italiano dell'esigenza di poter ricorrere a nuovi diritti proprietari, opponibili *erga omnes*, in contrasto con il principio posto dall'art. 2740 c.c.

Nel quarto ed ultimo capitolo, dunque, si cercherà di capire se il suddetto principio possa essere superato, affrontando una differente questione, di cui si è fatto cenno nel capitolo II al paragrafo 2.3, relativa al problema della tassatività della trascrizione.

il Quadro C comprende i dati identificativi dei soggetti con i rispettivi diritti reali relativi agli immobili di cui al quadro B, dagli stessi referenziati;

il Quadro D è predisposto, come si è accennato, per l'indicazione di eventuali altre informazioni non codificabili nei precedenti quadri ritenute ugualmente necessarie per una compiuta pubblicità immobiliare?.

Capitolo IV

Il problema dei meccanismi pubblicitari dei nuovi diritti di proprietà

Come si è visto nell'analisi sin qui svolta, il reale limite posto dall'ordinamento civile italiano all'affermazione di nuovi diritti di proprietà è quello, estraneo alla disciplina della proprietà vera e propria, posto dall'art. 2740 c.c., in forza del quale, come ormai noto, solo la legge può prevedere delle limitazioni di responsabilità opponibili ai terzi. E tale limitazione deriverebbe, appunto, anche attraverso il riconoscimento di nuovi diritti proprietari aventi efficacia reale, i quali siano limitati funzionalmente o temporalmente e, dunque, diminuiscano l'entità del patrimonio del debitore, quale garanzia generica nei confronti dei creditori.

Il riconoscimento da parte del legislatore di forme di appartenenza nuove è coinciso con la previsione di forme pubblicitarie *ad hoc* che, rendendole conoscibili e certe, garantiscano ai diritti proprietari quell'opponibilità *erga omnes* che permette ad un diritto, a sua volta, di assurgere alla categoria di diritto proprietario dotato della caratteristica propria del diritto di proprietà e, cioè, della realtà: si tratta di forme pubblicitarie attraverso le quali, dunque, il legislatore ha dato legittimità ai diritti di proprietà stessi.

Si può dire che il problema posto dai nuovi diritti proprietari si riduca in parte a un problema di opponibilità degli stessi ai terzi e, in particolare, a un problema di conoscibilità del loro reale contenuto: il principio sotteso all'art. 2740 c.c. è, infatti, strettamente connesso a quello di ordine pubblico economico da cui dipende la certezza dei traffici commerciali e la tutela dell'affidamento dei terzi, tale per cui è necessario predisporre un sistema di pubblicità efficace ed efficiente per consentire a tutti di conoscere con certezza il contenuto delle situazioni di appartenenza.

Nel presente capitolo si esaminerà la problematica relativa all'affermazione di diritti proprietari atipici in connessione con quella delle forme pubblicitarie attraverso le quali si garantisca l'opponibilità *erga omnes* delle stesse, cercando di capire se possa prevedersi una forma di pubblicità anche in casi non strettamente previsti dal legislatore.

1. Verso un superamento del principio di tassatività della trascrizione

Con specifico riferimento agli atti di trasferimento della proprietà di beni immobili, la forma di pubblicità che l'ordinamento civile prevede è la trascrizione nei pubblici registri, di cui si è fatto cenno nel precedente capitolo in tema di beni immobili conferiti in fondi comuni di investimento: in relazione a questa forma di pubblicità la dottrina tradizionale¹ ha da sempre affermato il principio di tassatività della trascrizione, in forza del quale la stessa sarebbe possibile, infatti, esclusivamente nei casi previsti tassativamente dalla legge.

Prescindendo da un'analisi approfondita della trascrizione immobiliare, nonché delle ragioni poste alla base dell'interpretazione tradizionale, è qui sufficiente sottolineare che uno degli aspetti centrali posti alla base dell'argomentazione circa la tassatività delle ipotesi di trascrizione immobiliare, è rappresentato dalla lettura data all'art. 2645 c.c., il quale, in particolare, dispone che “*deve al pari rendersi pubblico [...] ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione ai beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi?*”. Si tratta di una disposizione che individua una serie aperta di fattispecie trascrivibili, identificate in relazione agli effetti dalle stesse prodotti, effetti che, tuttavia,

¹ Cfr. gli autori richiamati nella nota n. 2 da G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro della tutela dei diritti*, VI, Torino, 1942, p. 3 e 7; C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, p. 22; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Codice civile. Commentario. Libro della tutela dei diritti*, M. D'AMELIO (diretto da), Firenze, 1943, p. 17; L. FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, 1951, p. 306; F. S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 99 e ss., 109 e ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, p. 764 e ss.; R. MASTROCINQUE, *La trascrizione*, Roma, 1963, p. 210 e ss.; L. PESCATORE, *Il principio della tassatività quanto alle formalità ipotecarie*, in *Riv. dir. ipot.*, 1969, p. 247; P. DE LISE, *Della trascrizione*, in *Commentario teorico pratico al codice civile*, Novara-Roma, 1970, p. 25; F. S. GENTILE, *Trascrizione*, in *Novissimo dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 519; R. NICOLÓ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 67 e ss., 121 ss.; A. TRABUCCHI, *La pubblicità immobiliare. Un sistema in evoluzione*, in *Riv. dir. ipot.*, 1982, p. 110 e ss.; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, p. 434; L. RAGAZZINI, *Nuovi orientamenti di dottrina, giurisprudenza e legislazione in tema di trascrizione*, in *Riv. not.*, 1989, p. 108 e ss.; D. MALTESE, *Registri immobiliari*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 474; G. SICCHIERO, *Tassatività dei titoli soggetti a trascrizione*, in *Foro padano*, 1991, I, p. 545 e ss.; G. SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giurisprudenza sistematica del diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1993, p. 104 e ss., 189 e ss.; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 69 e ss., e p. 199 e ss.; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), 19, Torino, 1997, p. 86; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il Codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1998, p. 105, p. 595 e ss.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), IX, Torino, 2004, p. 105 e ss., e p. 192; G. MARICONDA, *Le pubblicità*, Napoli, 2005, p. 67 e ss.; N. CORBO, *La tutela dei diritti*, Torino, 2006, p. 38 e ss.; A. ZACCARIA-S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, p. 44 e ss.; A.A. ETTORRE-S. IUDICA, *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale*, Milano, 2007, p. 191 e ss.; N. A. CIMMINO, *Trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008, p. 29; A. ZACCARIA-S. TROIANO, *I mutamenti giuridici soggetti a trascrizione ai fini dell'art. 2644 c.c.*, in *Diritto civile*, N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), A. ZOPPINI (coordinato da), IV, 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 19 e ss.

secondo la menzionata interpretazione restrittiva, accolta da una parte degli autori, dovrebbero essere identici a quelli richiamati dall'art. 2643 c.c.², non potendosi dunque applicare anche ad atti produttivi di effetti giuridici simili o analoghi.

Questa interpretazione è circolarmente legata al principio di tipicità del diritto di proprietà, nonché del *numerus clausus* dei diritti reali: infatti, così come il contenuto del diritto di proprietà e i diritti reali sono tipicamente e tassativamente previsti dal legislatore, così la possibilità di renderli opponibili ai terzi, attraverso la trascrizione, è limitata esclusivamente ai predetti diritti reali.

È evidente, dunque, che un superamento del principio di tassatività della trascrizione immobiliare, per lo meno limitatamente a questi beni, possa incidere anche sulla questione affrontata fino ad ora, inerente ai nuovi diritti di proprietà.

Nella dottrina più recente³, accolta anche in un progetto di riforma presentato al Consiglio nazionale del Notariato nel 2012⁴, in particolare, è stata proposta una tesi innovativa, che qui si intende condividere, basata sempre sull'art. 2645 c.c., ma interpretato estensivamente, interpretazione che è da ultimo giustificata dalla funzione latamente riconosciuta alla trascrizione immobiliare, la quale consisterebbe nella tutela della sicurezza dei traffici, che verrebbe appunto soddisfatta in modo maggiore interpretando estensivamente, come si vedrà, le disposizioni che disciplinano la trascrizione e ampliando quindi le fattispecie da trascrivere.

Già da una prima lettura della disposizione richiamata, in particolare, si può desumere che l'ordinamento protenda verso un *favor* per la trascrivibilità, la quale sarebbe oggetto di una sorta di presunzione, derivante dall'inciso finale "*salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta*", con riferimento a tutte quelle fattispecie che abbiano predeterminate caratteristiche e non solo, al contrario, a quelle che siano *ex ante* tassativamente elencate dal legislatore.

Passando, quindi, ad analizzare in modo specifico la formulazione della disposizione di cui all'art. 2645 c.c., occorre sottolineare che la stessa ruota attorno a tre elementi e, in particolare: "ogni atto o

² Sul tema si veda approfonditamente G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, op. cit., p. 21 e ss.; G. PETRELLI, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Rivista notariato*, 4, 2012, p. 968 e ss.

³ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, op. ult. cit., in particolare p. 207 e ss.

⁴ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La sicurezza della circolazione giuridica immobiliare. Modifiche legislative in materia di pubblicità immobiliare e di successione necessaria*, Roma, 2012, nella riforma si propone la modifica dell'art. 2645 c.c., in modo conforme alla tesi dottrinale che si esporrà e, in particolare: c) *nell'articolo 2645 del codice civile, alle parole "o a diritti immobiliari" sono sostituite le parole "o a qualsiasi diritto immobiliare opponibile a terzi."*; G. PETRELLI, *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. not.*, 2013, p. 749 e ss.

provvedimento” (primo elemento); “*beni immobili o diritti immobiliari*” (secondo elemento); “*taluno degli effetti dei contratti menzionati all’art. 2643*” (terzo elemento).

L’oggetto della trascrizione, dunque, è sempre costituito da atti o provvedimenti che, così come si legge nell’art. 2643 c.c., possono essere costituiti da contratti, altri atti tra vivi, provvedimenti della pubblica amministrazione o pronunce giurisdizionali, quali le sentenze.

Elemento centrale della disposizione, ai fini della presente analisi, tuttavia, è quello che si riferisce a “*taluno degli effetti dei contratti*”, che, a differenza dell’interpretazione tradizionale, la quale, come già si accennava, lo ha interpretato come riferito esclusivamente a quei contratti che producano effetti identici a quelli previsti dall’art. 2643 c.c., può essere inteso nel senso che il negozio preso in considerazione produca effetti che, singolarmente considerati, siano solo in parte gli stessi previsti dall’art. 2643 c.c. ma che, nel complesso, siano diversi da quelli già contemplati dall’art. 2643 c.c. stesso⁶.

Si è incluso il caso, ad esempio, della trascrivibilità del negozio di accertamento⁷ di un precedente acquisto a titolo derivativo che si accerti idoneo a produrre alcuno degli effetti del contratto di transazione, consistenti, in particolare, negli effetti preclusivi circa ogni incertezza in ordine alla configurazione di una determinata situazione giuridica⁸. In questo caso, in particolare, “*taluno degli effetti dei contratti*” sarebbe rappresentato da quello preclusivo, proprio del contratto di transazione, previsto dall’art. 2643 c.c., n. 13.

⁵ La limitazione agli effetti dei contratti, con esclusione di quelli prodotti dagli altri atti e provvedimenti della pubblica amministrazione o giurisdizionali, sembrerebbe dovuta alla peculiarità degli stessi, che renderebbe difficile immaginare altre fattispecie diverse ma che producano gli stessi effetti.

⁶ M. CONFORTINI, *La multiproprietà*, I, Padova, 1983, p. 142, scrive: “*la relazione che si istituisce tra le varie situazioni soggettive scaturenti dal negozio è un modo di atteggiarsi degli effetti e non l’effetto in sé e per sé considerato. Altro è la situazione giuridica soggettiva o le situazioni giuridiche soggettive che derivano da un fatto, altro il rapporto che lega tale situazione giuridica soggettiva ad alcune (o tutte) le altre derivanti dal medesimo fatto. L’art. 2645 c.c. ha riguardo agli effetti dell’atto isolatamente considerati e non anche alla causa dell’atto. E ciò è reso evidente dall’espressione letterale impiegata dal legislatore, il quale non parla di «effetti identici» (il che significherebbe identità di causa), ma di «taluno degli effetti». La norma a ben vedere presuppone che il negozio non previsto espressamente produca, nel suo complesso, effetti diversi da quelli prodotti dagli atti di cui all’art. 2643 c.c. Singolarmente considerati, però, alcuni di questi effetti sono gli stessi da quelli che discendono dagli atti di cui all’art. 2643 c.c. Conferma dell’assunto si trae ragionando per assurdo. Se davvero l’art. 2645 c.c. potesse essere applicato solo nei casi in cui un atto «diverso» da quelli indicati nell’art. 2643 producesse gli «stessi effetti», ciò significherebbe che nell’ordinamento vi sono fatti giuridici identici che producono effetti diversi, ovvero fatti giuridici diversi che producono gli stessi effetti. L’una e l’altra conclusione urtano in modo palese contro il postulato della coerenza dell’ordinamento”.*

⁷ Per la trascrivibilità del negozio di accertamento, tra gli altri, S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, op. cit., p. 147; R. NICOLÓ, *La trascrizione*, I, op. cit., p. 82, 101 e 151 e ss.

⁸ G. PETRELLI, *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, op. cit., p. 214.

L’efficacia del negozio di accertamento è considerata dalla giurisprudenza come esclusivamente dichiarativa, nei casi in cui l’oggetto verta sull’acquisto di un diritto reale, mentre è qualificata come anche preclusiva, nel senso di esclusione di qualsiasi contestazione limitatamente al contenuto della situazione giuridica accertata. Cfr. Cassazione, 12 marzo 2008, n. 6739, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Contratto in genere*, n. 275; Cassazione, 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2456. In dottrina, sull’efficacia preclusiva del negozio di accertamento: A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 209 e ss; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, p. 503 e ss.

Alla luce di tale opzione ermeneutica, dunque, proprio in virtù della formulazione letterale dell'art. 2645 c.c., sarebbe sufficiente la produzione anche solo di uno degli effetti previsti dall'art. 2643 c.c. per consentire la trascrizione dell'atto o del provvedimento che lo ha prodotto.

Passando, quindi, ad analizzare l'ultimo dei tre menzionati elementi della disposizione in esame, si può osservare che “*taluno degli effetti dei contratti*” prodotti da “*ogni altro atto o provvedimento*” abbiano ad oggetto beni immobili o diritti immobiliari: essendo chiaro il concetto di bene immobile, è, ai nostri fini, fondamentale definire quello di diritto immobiliare.

Rientrano, senza dubbio, nel concetto di diritto immobiliare i diritti reali e, quindi, il diritto di proprietà su beni immobili: ciò che, invece, è meno chiaro è se tali diritti siano quelli tipici, già previsti dall'art. 2643 c.c. o, invece, possano comprendere anche altri diritti reali e, dunque, con riferimento al diritto di proprietà, se possano essere compresi anche i nuovi diritti proprietari, oggetto della presente trattazione.

Secondo l'opzione ermeneutica che si sta analizzando, in particolare, i diritti immobiliari in esame non possono intendersi come limitati a quelli espressamente elencati dall'art. 2643 c.c., fondamentalmente poiché l'art. 2645 c.c. non si riferisce ai diritti immobiliari menzionati dall'art. 2643 c.c. ma semplicemente ai diritti immobiliari, a testimonianza della volontà del legislatore di dettarne una nozione autonoma, più ampia⁹.

Anche la giurisprudenza maggioritaria, d'altra parte, sembrerebbe propendere per questa interpretazione, leggendo nell'art. 2645 c.c. l'intento del legislatore di “*integrare l'elenco tassativo contenuto nell'art. 2643 c.c., con riferimento a quei diritti reali assimilabili ai diritti reali tipici, in quanto si traducano in un peso per la proprietà immobiliare*”¹⁰; proprio sulla scia di questa chiave di lettura, in particolare, è stata estesa la trascrivibilità alle obbligazioni *propter rem*¹¹, alle servitù reciproche derivanti da convenzioni di lottizzazione¹², ai diritti reali concessi su altri diritti reali¹³.

Nel perseguimento di tale finalità, in particolare, dovrebbero ritenersi trascrivibili tutti quei diritti di proprietà estranei al modello tipico, che, ancorché non esplicitamente menzionati dall'art. 2643 c.c.,

⁹ Così anche U. NATOLI, *Commentario al codice civile*, 2, Torino, 1971, p. 109; L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile. Libro sesto. Tutela dei diritti (Art. 2643-2696)*, A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1977, p. 171.

¹⁰ Cassazione, 15 gennaio 1986, n. 174, in *Giustizia Civile*, 1986, I, p. 1366, è chiara quando afferma: “*la norma dell'art. 2645, nel sistema del codice che la contiene, non ha la funzione di obliterare il principio della tassatività delle ipotesi di trascrizione, ma ha, invece, lo scopo di estendere l'onere della trascrizione ai diritti immobiliari assimilabili ai diritti reali tipici, quali certi diritti reali anomali e alcune figure di obbligazioni propter rem*”.

¹¹ Cassazione, 22 luglio 1969, n. 2764, in *Mass. Giur. It.*, 1969; Cassazione, 15 gennaio 1986, n. 174, cit.

¹² Cassazione, 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, p. 1346.

¹³ Tribunale di Grosseto, 31 maggio 1993, in *Riv. not.*, 1998, p. 1243, secondo cui deve essere trascritto l'atto con cui venga incorporato il diritto di superficie in usufrutto e nuda proprietà.

siano idonei a produrre effetti reali e, quindi, incidano nella sfera giuridica dei terzi, perché riconosciuti dall'ordinamento giuridico.

A ulteriore conferma di tale interpretazione si richiama anche l'art. 17, comma 4, della legge n. 52 del 1985 che consente, infatti, l'inserimento nella nota di trascrizione esclusivamente ai patti di natura reale, i quali siano in grado di incidere nella sfera giuridica dei terzi e siano, cioè, opponibili a questi ultimi¹⁴.

Dovrebbe, dunque, ammettersi la trascrivibilità di tutti quei diritti di proprietà atipici che abbiano un riconoscimento in tal senso da parte del legislatore, indipendentemente dall'assenza di una disposizione specifica che preveda la trascrivibilità di tali diritti, in virtù del combinato disposto di cui all'art. 2645 c.c. e 17 della legge n. 52 del 1985.

Alla luce di questa opzione ermeneutica, dunque, il nodo problematico non è più quello di capire se un dato diritto rientri tra quelli espressamente previsti dall'art. 2643 c.c., ma, piuttosto, se il nuovo diritto di proprietà preso in esame rientri tra quelli che abbiano *ex se* efficacia *erga omnes* e siano, dunque, ad essi opponibili, potendo, da ultimo, derogare all'art. 2740 c.c.

Una volta ricondotto lo specifico diritto di proprietà tra quelli che godono della predetta efficacia reale, dunque, si potrà procedere alla trascrizione dell'atto o del provvedimento che produca uno degli effetti previsti dall'art. 2643 c.c., in relazione al diritto di proprietà stesso.

Il profilo della opponibilità ai terzi risulta essere così il minimo comun denominatore di tutte le fattispecie trascrivibili, in assenza del quale non si ha diritto immobiliare, secondo l'accezione dell'art. 2645 c.c., essendone preclusa la trascrivibilità¹⁵ ed evitando, dunque, di aprire i registri immobiliari a qualsiasi situazione giuridica.

Il superamento del principio di tassatività della trascrizione immobiliare, attraverso la esposta lettura innovativa dell'art. 2645 c.c., è giustificata anche dalla *ratio* che viene riconosciuta come sottesa all'istituto della trascrizione immobiliare e, in generale, alle forme di pubblicità, consistente, come si era già accennato, alla tutela della sicurezza e della trasparenza dei traffici giuridici.

Se la tesi esposta, dunque, da un lato, supera il limite della tassatività della trascrizione, tuttavia, dall'altro lato, rimane comunque legata ad un concetto di tipicità, estendendosi, con riferimento ai

¹⁴ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, op. cit., p. 246, che, di seguito precisa: "l'indicazione di specifici diritti reali, contenuta nell'art. 2643, va intesa alla stregua di una *sinceddoche*, che — con l'identificare i casi più importanti e ricorrenti, senza peraltro escludere i rimanenti — enuncia in modo incompleto, in realtà a titolo esemplificativo, una regola giuridica più ampia, la quale è però, nel contempo, descritta in modo più comprensivo dall'art. 2645. Quest'ultima disposizione «rimedia» quindi alla imperfezione letterale rappresentata dalla *sinceddoche*, dettando una formula più ampia, idonea a rispecchiare la regola effettiva."

¹⁵ Caso esemplificativo può essere quello dei negozi fiduciari, sui quali si veda *supra*, capitolo 2.

nuovi diritti proprietari, solo a quelli che abbiano ricevuto un riconoscimento in tal senso da parte del legislatore e non anche a quelli elaborati esclusivamente, ad esempio, dalla prassi.

La tesi esposta, dunque, rimane pur sempre ancorata entro i confini posti dal noto art. 2740 c.c. poiché, per limitare la garanzia generica del debitore attraverso fattispecie proprietarie nuove, rimane comunque necessario un riconoscimento delle stesse *ex ante*, da parte della legge; solo in un momento successivo si assicura maggiore elasticità al sistema, prevedendo la trascrivibilità delle suddette fattispecie, sebbene non consentita in modo esplicito e tassativo dalle disposizioni legislative.

La possibilità, quindi, di elaborare fattispecie proprietarie nuove, che siano dotate di opponibilità *erga omnes*, è preclusa all'autonomia delle parti.

Nel prossimo paragrafo si cercherà di superare anche questo limite con l'intento di trovare un equilibrio tra l'esigenza della prassi di elaborare fattispecie proprietarie sempre nuove, da un lato, e la necessità da parte dell'ordinamento di esercitare comunque un controllo di ammissibilità sulle fattispecie stesse.

2. La trascrivibilità di tutti gli atti aventi ad oggetto nuovi diritti proprietari e controllo solo successivo di meritevolezza, *ex art. 1322 c.c.*

Come si è potuto constatare nei precedenti capitoli, la tendenza dell'attuale sistema economico è quella di elaborare in modo sempre maggiore forme di appartenenza nuove, sia, da un lato, forgiando diritti proprietari limitati funzionalmente o temporalmente, sia, dall'altro, attraverso forme di separazione patrimoniale; di questo fenomeno il legislatore italiano si è dimostrato consapevole, avendone assicurato in molti casi un riconoscimento esplicito.

Attraverso il superamento del concetto di tassatività della trascrizione immobiliare, per lo meno limitatamente appunto ai beni immobili (o mobili registrati), sicuramente si va ulteriormente incontro alla predetta tendenza dell'ordinamento, assicurando forme pubblicitarie a nuove situazioni proprietarie anche laddove il legislatore non sia arrivato ancora a prevederne la trascrivibilità.

Rimane, tuttavia, come si accennava in conclusione al precedente paragrafo, la necessità di un intervento del legislatore, limitato sì alla sola fase iniziale di riconoscimento del diritto proprietario, ma pur sempre necessario.

Al fine di adeguare l'ordinamento giuridico all'emersione di nuovi diritti proprietari, dando pieno riconoscimento alle nuove forme di appartenenza, sarebbe opportuno, dunque, superare anche quest'ultimo limite, eliminando, cioè, il controllo *ex ante* da parte del legislatore.

Il predetto obiettivo può essere raggiunto optando per una tesi interpretativa che giunga a superare il principio di tassatività della trascrizione immobiliare in modo ancora più radicale rispetto a quanto sostenuto nel precedente paragrafo, ammettendo, in particolare, la trascrivibilità degli atti che producano effetti reali sui *diritti immobiliari*, riconducendo nell'ambito degli stessi, tutti i diritti di proprietà atipici, frutto dell'elaborazione della prassi, anche in assenza di un previo riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* degli stessi da parte del legislatore.

La trascrivibilità degli atti che producono taluno degli effetti di cui all'art. 2643 c.c., aventi ad oggetto diritti proprietari atipici, la cui realtà non sia riconosciuta da alcun provvedimento legislativo, permetterebbe, dunque, di dare piena cittadinanza a nuove forme di appartenenza, forgiate dall'autonomia privata, e dotate di efficacia *erga omnes*, perché opponibili ai terzi.

La forma pubblicitaria in esame, infatti, consentirebbe di rendere conoscibile il contenuto dei diritti di proprietà anche ai terzi, tutelando in modo pieno la sicurezza dei traffici commerciali e la trasparenza: in alternativa a singole disposizioni che riconoscano di volta in volta le nuove fattispecie di appartenenza, ve ne sarebbe esclusivamente una, che consenta la loro generale trascrivibilità.

In questo ipotetico sistema, peraltro, non mancherebbe in ogni caso un controllo da parte del legislatore circa l'ammissibilità dei nuovi diritti, ma si tratterebbe esclusivamente di un controllo posteriore e concreto sulla meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la nuova situazione proprietaria, estendendo l'applicazione della norma generale di cui all'art. 1322 c.c., sulla quale si fonda il potere di autonomia privata delle parti, limitato, appunto, esclusivamente dal controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi del secondo comma della medesima disposizione.

Si è già visto che la tendenza dell'ordinamento, con riferimento, in particolare, all'art. 1322 c.c. e alla valutazione di meritevolezza è nel senso di estenderla anche ad ambiti distinti da quello relativo alla elaborazione di figure contrattuali atipiche¹⁶: in conformità a questa chiave di lettura, dunque, si è detto, che se ne potrebbe estendere l'applicazione anche agli atti che elaborino nuovi diritti proprietari atipici.

Coordinando la predetta estensione del potere di autonomia privata con il superamento della tassatività della trascrizione, si arriverebbe a ritenere ammissibili e automaticamente trascrivibili gli

¹⁶ Sul punto si veda il capitolo 2.

atti che diano vita ai nuovi diritti proprietari, elaborati dalla libera iniziativa delle parti, con un controllo solo successivo circa la meritevolezza degli interessi perseguiti, così evitando, ad esempio, di dare riconoscimento a quelle nuove figure proprietarie che abbiano esclusivamente fini fraudolenti nei confronti dei terzi.

Tale schema, d'altra parte, non sembrerebbe del tutto peregrino nel nostro sistema giuridico ma rispecchierebbe una tendenza già sussistente e che si ritrova, ad esempio, nel nuovo art. 2645-ter c.c. che consente la trascrizione di atti di destinazione di beni mobili registrati e immobili, purché siano volti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., assicurando, così, l'opponibilità ai terzi di una forma di proprietà limitata funzionalmente.

Uno schema analogo a quello qui prospettato, caratterizzato da un controllo sulla meritevolezza solo successivo e in concreto, del resto, può rinvenirsi anche in un differente settore del diritto, quello societario, con riferimento alla dottrina del *piercing the corporate veil*¹⁷, la quale consente in determinate circostanze di “squarciare il velo” della personalità giuridica.

Pur nella consapevolezza delle profonde differenze del fenomeno societario con quello attinente alle nuove forme di proprietà, è possibile rinvenire tra gli stessi un punto di incontro nel fatto che con la costituzione di una società di capitali si realizza una forma di separazione patrimoniale tra il capitale conferito dai soci nella società stessa, da una parte, e i patrimoni personali dei soci, dall'altra, analogamente ai casi in cui, attraverso la elaborazione di forme proprietarie nuove o di ipotesi di separazione patrimoniale, si deroga dallo schema proprietario tradizionale.

Attraverso la dottrina del *piercing the corporate veil*, in particolare, si prospettano dei casi in cui la predetta separazione patrimoniale non viene rispettata attraverso un giudizio svolto *ex post* ed in concreto, basato su tre fondamentali elementi: “*the corporation's lack of independent existence; the fraudulent, inequitable, or wrongful use of the corporate form; and a casual relationship to the plaintiff's loss.*”¹⁸.

La verifica della sussistenza dei primi due dei menzionati elementi, in particolare, può essere ricondotto a un vaglio di meritevolezza avente ad oggetto la società e, dunque, da ultimo, la

¹⁷ Sul tema si veda: per gli Stati Uniti R. B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 *Cornell Law Review*, 1036, 1991; per il Regno Unito: S. OTTOLENGHI, *From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely*, 53 *Modern Law Review*, 338, 1990 e V. C. MITCHELL, *Lifting the Corporate Veil in the English Courts: An Empirical Study*, 3 *Company, Financial and Insolvency Law Review*, 15, 1999; J. H. CHOPER-J. C. COFFEE, JR-R. J. GILSON, *Cases and Materials on Corporations*, Aspen Publishers, 2008, p. 251 e ss.; R. KRAAKMAN-P. DAVIES-H. HANSMANN-G. HERTIG-K. J. HOPT-H. KANDA-E. B. ROCK, *Diritto societario comparato*, L. ENRIQUES (a cura di), Il Mulino, 2004, p. 115.

¹⁸ P. I. BLUMBERG, *The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups*, 37 *Conn. L. Rev.* 605, 612, 2005; D. KERSHAW, *Company law in context*, Oxford, 2012, p. 74, sottolinea che l'accertamento della “*no independent existence*” della società controllata (*the corporate entity serves no separate corporate purpose other than the avoidance of liability*), insieme a quello dell’“*illegitimate purpose of evading existing obligations*”, consentono il *piercing of the corporate veil*.

separazione patrimoniale, la quale, così, è valida ed opponibile ai terzi, a meno che non sia posta in essere con l'unico scopo di evadere delle obbligazioni già esistenti: in tal caso, infatti, gli effetti della separazione patrimoniale non si applicheranno e varranno i principi generali della responsabilità illimitata della persona fisica (nel caso specifico, del socio o dei soci).

Procedimento analogo dovrebbe essere effettuato con riferimento agli atti che elaborino i nuovi diritti proprietari, portati a conoscenza dei terzi attraverso il meccanismo della trascrizione, con un vaglio solo successivo circa la loro meritevolezza, insussistente laddove, ad esempio, analogamente al fenomeno societario, l'elaborazione di una nuova forma di appartenenza sia volta esclusivamente a realizzare un intento fraudolento.

È evidente che il ricorso a una clausola generale come quella della meritevolezza degli interessi perseguiti introduce nel sistema un elemento di incertezza, ampliando enormemente la discrezionalità di chi sarà incaricato¹⁹ di svolgere questo vaglio; ma, allo stesso tempo, è una delle modalità attraverso cui si garantisce all'ordinamento un certo grado di elasticità così da riuscire ad adeguarsi alle nuove esigenze manifestate nella moderna realtà economica²⁰.

Proprio al fine di conferire un contenuto più definito al concetto di meritevolezza, sul quale verterebbe tutta la problematica relativa ai nuovi diritti di proprietà, può essere utile ripercorrere alcuni dei casi già analizzati in cui il legislatore ha dato esplicitamente riconoscimento a nuove forme di proprietà o di separazione patrimoniale, ritenendole, dunque, con una valutazione *ex ante*, appunto, meritevoli di tutela, nonché, naturalmente, ai diritti reali codificati. Dall'analisi delle predette fattispecie, si potrà, infatti, individuare la *ratio* che ha portato il legislatore a riconoscerle alla stregua di nuovi diritti di proprietà e, di conseguenza, si potrà cercare di individuare un criterio orientativo al fine di tracciare dei confini al giudizio di meritevolezza.

Così, ad esempio, negli *escrow agreements*, qualificabili, come visto, alla stregua di peculiari figure di *trusts*, si è inteso dare tutela a un interesse prevalentemente di garanzia; attraverso la multiproprietà si è data la possibilità a un maggior numero di soggetti di acquistare alloggi ad uso vacanza; nel fondo patrimoniale, ancora, si tutelano gli interessi della famiglia; nella cessione di cubatura è stata perseguita la finalità, in primo luogo, di evitare trattamenti discriminatori che conseguono necessariamente dall'utilizzo delle tradizionali tecniche di pianificazione del territorio e, in secondo luogo, di trovare delle modalità alternative all'espropriazione per pubblica utilità, di cui al d.lgs.

¹⁹ Presumibilmente l'autorità giudiziaria.

²⁰ Si tratta, d'altra parte, dei temi di fondo che si ritrovano nell'ampio dibattito che vede contrapposti *standards* e *rules*. Sul tema si veda, ad esempio: L. KAPLOW, *Rules versus standards: an economic analysis*, *Duke Law Journal*, 42, 1992, p. 562 e ss.

327/2000, al fine di ovviare alla sempre più diffusa difficoltà per lo Stato a corrispondere gli indennizzi a seguito dei procedimenti espropriativi.

Con riferimento alle forme di separazione patrimoniale, emblematico è il caso dei patrimoni destinati a uno specifico affare, dove l'interesse meritevole perseguito consiste, da una parte, nel “rendere superflui accorgimenti costosi e poco trasparenti che già vengono usati nella pratica, come la costituzione di società ad hoc anche per un singolo affare”, e, dall'altra, “rendere possibile una più concreta tutela per coloro che intervengono nel finanziamento dell'affare, i quali vengono resi consapevoli delle sue caratteristiche e si trovano in una situazione ove il loro rischio è circoscritto agli esiti economici dell'affare stesso”²¹.

Nel contratto di affidamento fiduciario, invece, si è prevista una soluzione alternativa rispetto all'aggressione del patrimonio aziendale e immobiliare attraverso le azioni esecutive da parte dei creditori, evitando, così, la paralisi dell'impresa che deriverebbe inevitabilmente dall'esercizio delle ordinarie azioni esecutive.

Attraverso il processo di cartolarizzazione, infine, si consente di trasferire a terzi il rischio di credito sopportato dal cedente, ripartendolo tra più soggetti entro il sistema economico e realizzandone, così, una più efficiente allocazione. Contemporaneamente, si consente al cedente di smobilizzare i propri crediti, anche ove di difficile esazione, e di generare, così, liquidità per la propria impresa attraverso il risparmio raccolto sul mercato dei capitali.

De iure condito, tuttavia, sembrerebbe non ancora sostenibile un sistema caratterizzato dalla atipicità della trascrivibilità degli atti relativi agli istituti proprietari, con controllo sulla meritevolezza degli stessi solo *ex post*, stante il limite, ormai noto, posto dall'art. 2740 c.c., in forza del quale è necessario un intervento del legislatore avente ad oggetto il riconoscimento *ex ante* della situazione proprietaria, garantendone così l'opponibilità *erga omnes*, ancorché, come si è visto, non ne preveda anche esplicitamente la trascrivibilità.

Non si può, tuttavia, non sottolineare che a fronte della disposizione imperativa posta dall'art. 2740 c.c. vi sia una innegabile tendenza dell'ordinamento verso l'apertura a schemi proprietari ormai ben distanti da quello originariamente elaborato nel *Code civil* napoleonico, in modo da avvicinarsi sempre di più a forme di appartenenza proprie, piuttosto, degli ordinamenti di *common law*.

²¹ Così si legge nella Relazione che ha accompagnato lo schema di disegno di legge delega di riforma del diritto societario della “commissione Mirone”. Sul tema è fondamentale il contributo di H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *The essential role of organizational law*, 110 Yale L. J., 387, 2000-2001.

L'adozione di un sistema che ammetta qualsiasi forma proprietaria atipica, con la sussistenza in ogni caso di un controllo di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c., sarebbe una logica conclusione della predetta tendenza, rispetto alla quale il limite posto dall'*art.* 2740 c.c. risulta, invece, piuttosto anacronistico e proprio di un sistema che non è più quello attuale: la ormai constatata apertura del sistema ordinamentale italiano a forme di appartenenza nuove, a cui sono sottesi principi attenenti a diversi sistemi, dovrebbe essere accompagnata, infatti, da meccanismi che ne consentano l'adeguamento.

Conclusioni

Il presente lavoro, seppur attraverso un'analisi inevitabilmente parziale, ha voluto mettere in luce che anche il settore dell'ordinamento giuridico rappresentato dal diritto di proprietà sta subendo, in corrispondenza con i cambiamenti della società e delle sue esigenze, una continua evoluzione indirizzata in modo sempre più evidente verso un avvicinamento alla concezione della proprietà sottesa ai sistemi giuridici di *common law*, in modo imprevedibile rispetto ai relativi presupposti storici ed ideologici, così come delineati nel primo capitolo.

La predetta evoluzione è stata messa in luce sia, da un lato, esaminando alcune esigenze mostrate dalla prassi negoziale, sia, dall'altro, studiando le sempre più numerose fattispecie in cui il legislatore ha previsto nuove forme proprietarie, elaborando diritti di proprietà atipici o nuove forme di separazione patrimoniale.

Uno dei vantaggi che potrebbero in tal modo essere conseguiti sarebbe quello di consentire anche impieghi efficienti o più efficienti della proprietà, traendo, cioè, le utilità derivanti dai beni in modo differente rispetto al modello di proprietà intesa nella sua accezione tradizionale e, cioè, come piena ed esclusiva, nelle mani di un unico proprietario.

È evidente che la ricerca della possibilità di parcellizzare le prerogative proprietarie nelle mani di più soggetti porti l'ordinamento italiano ad un avvicinamento, come si accennava, proprio alla *doctrine of estates*, sottesa agli ordinamenti di *common law*, nei quali, infatti, i giuristi si figurano il diritto di proprietà come un *bundle of sticks*, come un insieme di interessi immateriali riconducibili al bene, da cui trarre delle utilità e attribuibili a tanti diversi soggetti.

Delineata, dunque, la tendenza di fondo dell'ordinamento, si è risolto un ulteriore quesito relativo alla capacità dell'ordinamento giuridico italiano, *de iure condito*, di dare riconoscimento ai nuovi diritti proprietari e, dunque, di adeguarsi alla mutevolezza manifestata dalla realtà.

Nel risolvere tale quesito, in particolare, si è sottolineato che l'ostacolo preminente, tradizionalmente individuato, è quello posto dai due connessi principi di *numerus clausus* dei diritti reali e di tipicità del diritto di proprietà, che, tuttavia, sono stati ritenuti superabili, non sussistendo, infatti, una norma costituzionale o comunque imperativa che li sancisca ed essendo possibile, così, ammetterne la derogabilità, valorizzando anche in questo settore il principio di autonomia delle parti, *ex art. 1322 c.c.*, in linea, peraltro, con la relativa lettura estensiva fornita oggi dagli interpreti.

Il reale vincolo all'emersione di diritti di proprietà atipici, invece, è stato rinvenuto nell'art. 2740 c.c., norma imperativa a tutela del credito che sancisce la generica responsabilità del debitore con il suo patrimonio complessivamente inteso e che, in forza del secondo comma, può essere derogata solo nei casi espressamente previsti dalla legge: è evidente, dunque, che tale limite si ponga solo per quei diritti proprietari elaborati dalla prassi; le nuove fattispecie proprietarie disciplinate dal legislatore, infatti, rientrerebbero in quei casi che esplicitamente derogano all'art. 2740 c.c.

Questa conclusione, tuttavia, merita una precisazione: il vincolo posto dall'ordinamento giuridico non limita sostanzialmente l'autonomia contrattuale delle parti che, infatti, ben potrebbe elaborare figure proprietarie atipiche, ma, invece, la limita all'esterno, con riferimento all'efficacia che le predette figure possono avere. I nuovi diritti di proprietà, elaborati autonomamente dalle parti, in particolare, seppur ammissibili, non possono essere di per sé opponibili *erga omnes*: solo nel caso contrario, infatti, si delineerebbe una effettiva deroga alla regola giuridica proclamata dall'art. 2740 c.c.

Non vi è, dunque, alcun ostacolo intrinseco al diritto di proprietà, quanto un problema derivante dal fatto che solo le situazioni previste dal legislatore risultano opponibili in quanto rese ad essi conoscibili con meccanismi pubblicitari *ad hoc*: in questo quadro, sebbene diritto di proprietà e efficacia reale siano due concetti distinti, è evidente che l'elaborazione di un nuovo diritto proprietario, non opponibile ad alcuno oltre alle parti, lo snatura, privandolo della sua principale caratteristica.

Il problema dell'efficacia *erga omnes*, del resto, è uno dei punti focali a cui le parti aspirano nell'elaborazione di diritti proprietari atipici, come è emerso nello studio del *trust* e della necessità di disciplinarlo come istituto *property law-like*, opponibile, cioè, ai terzi.

Lo studio dei fondi comuni di investimento ha, poi, in primo luogo, consentito di analizzare uno dei casi concreti in cui il legislatore ha dato esplicito riconoscimento a un nuovo diritto di proprietà, avvicinandosi chiaramente al mondo di *common law*, dove, appunto, trova origine l'*investment trust* e, in secondo luogo, ha permesso di trarre un'ulteriore conclusione.

Proprio dall'estraneità della concezione di proprietà sottesa all'istituto dei fondi comuni d'investimento in forma contrattuale e, cioè, dalla sua alienità rispetto al sistema giuridico italiano, infatti, dipende il particolare atteggiamento che deve avere l'interprete, il quale non deve cadere nell'errore di qualificare la proprietà attraverso le categorie giuridiche italiane, ad esempio cercando di individuare un "soggetto proprietario" dei beni conferiti nel fondo.

E sempre dalla alienità della concezione proprietaria posta alla base dei fondi comuni di investimento è derivato, inoltre, il problema centrale affrontato dalla summenzionata sentenza della Corte di legittimità, relativo alle modalità di trascrizione dei beni immobili conferiti in un fondo: anche in questo caso la soluzione non è da ritrovare riconducendo l'istituto nelle categorie sottese all'ordinamento giuridico italiano ma, piuttosto, sottolineandone la estraneità e ricercando, dunque, la soluzione che soddisfi al meglio le esigenze pratiche.

La quarta ed ultima conclusione, infine, è di ordine generale ed attiene alla inadeguatezza dell'attuale sistema giuridico italiano rispetto alla esigenza dimostrata dalla prassi di elaborare nuovi diritti di proprietà; inadeguatezza che discende, in particolare, dall'art. 2740 c.c., dal quale deriva, infatti, la inderogabilità pattizia della responsabilità generica del debitore, e, di conseguenza, la inopponibilità ai terzi delle nuove fattispecie proprietarie.

A fronte di tale situazione, ci si è quindi chiesti se sia possibile pensare ad un adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano, in modo tale da conferire pieno riconoscimento ai nuovi diritti proprietari elaborati dalla prassi, anche in punto di efficacia reale degli stessi, pur in assenza di un previo riconoscimento del legislatore.

Un parziale superamento dell'*impasse* creato dall'art. 2740 c.c., in particolare, può essere raggiunto accogliendo le conclusioni di quella tesi che ha superato il principio di tassatività delle trascrizioni immobiliari, alla luce della quale anche gli atti che trasferiscono diritti proprietari atipici sarebbero trascrivibili anche in assenza di una norma che ne sancisca espressamente la trascrivibilità, ma sempre che si tratti, tuttavia, di diritti reali riconosciuti come tali dal legislatore.

In tal modo si arriverebbe a riconoscere la trascrivibilità e, dunque, l'opponibilità dei diritti in esame, purché, si tratti di diritti già previamente riconosciuti dall'ordinamento come reali.

Per arrivare a riconoscere in via generale i nuovi diritti di proprietà elaborati dall'autonomia contrattuale e, dunque, per giungere al definitivo superamento del limite posto dall'art. 2740 c.c., per lo meno con riferimento ai beni immobili e a quelli mobili registrati, si dovrebbe derogare completamente al principio di tassatività della trascrizione, rendendo, cioè, trascrivibili e, quindi, opponibili *erga omnes* tutti i nuovi diritti proprietari.

Secondo questa impostazione si darebbe comunque spazio a un controllo del legislatore sui nuovi diritti di proprietà, ma si tratterebbe di un controllo solo successivo e, in particolare, sulla meritevolezza dell'interesse perseguito in concreto dalle parti, attraverso la valorizzazione dell'art. 1322 c.c. anche con riferimento agli atti che elaborino diritti di proprietà atipici.

In tal modo, si consentirebbe al sistema di stare al passo con la tendenza attuale della prassi, favorendo l'emersione di nuovi diritti proprietari, senza sacrificare la certezza e la sicurezza dei traffici, ma consentendo ai terzi di conoscere la reale conformazione dell'assetto proprietario di un individuo.

Il controllo di meritevolezza, inoltre, non darebbe spazio, in ogni caso, in modo incontrollato a forme di appartenenza che tendano esclusivamente a perseguire fini fraudolenti, perché valutabili *ex post* non meritevoli di tutela.

De iure condito, tuttavia, tale soluzione non parrebbe ancora adottabile, stante il carattere imperativo dell'art. 2740 c.c., norma centrale dell'ordinamento civile italiano, ma, come risulta dal presente lavoro, espressione allo stesso tempo di un'impostazione giuridica ormai non più propria della realtà attuale.

La tendenza dell'ordinamento positivo e della prassi negoziale a dare spazio a nuovi diritti di proprietà atipici, ammettendo diverse modalità di sfruttamento dei beni giuridici, consente di arrivare a concepire sempre più la proprietà come mutevole relazione tra soggetti in riferimento ad un bene: il sistema giuridico, pertanto, dovrebbe prendere atto di questo fenomeno e adeguarsi di conseguenza.

Bibliografia

- AA. VV., Commentario al codice civile, artt. 810-951, P. CENDON (a cura di), Milano, Giuffr , 2009, p. 321;
- ALLARA M., *Nozioni fondamentali del diritto civile*, Giappichelli, 1958;
- ALAMANNI A., Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?, in *Contratto e Impresa*, 2014, 3, p. 653 e ss;
- ALPA G.-IASIELLO M. (a cura di), *La multipropriet *, G. Alpa-M. Iasiello, Cedam, 1993;
- ALPA G., *La multipropriet . Aspetti giuridici della propriet  turnaria e della propriet  turistico-alberghiera*, Bologna, Zanichelli, 1983;
- AMAGLIANI R., Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negoziabilit , in *I Contratti*, fascicolo 6, 2014, p. 582;
- ANNUNZIATA F., *Fondi comuni di investimento e forme di gestione collettiva del risparmio*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, F. CAPRIGLIONE (a cura di), Tomo I, seconda edizione, Cedam, 2010, p. 453 e ss.;
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, settima edizione, 2014, Giappichelli, Torino;
- ARGENZIANO R., *L'"investment trust". Aspetti caratteristici della gestione degli investimenti mobiliari*, Giuffr , 1952;
- ASCARELLI T., *Investment trust*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, fascicolo I, 1954, p. 178 e ss.;
- BALLORIANI M., *Il principio di perequazione urbanistica*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori*, AA. VV., Napoli, 2009;
- BARBIERA L., *Responsabilit  patrimoniale. Disposizioni generali*, Milano, Giuffr , 2010;
- BARTOLI S., *Il trust*, Milano, 2001;
- BARTOLI S., *Riflessioni sul "nuovo" art. 2645-ter c.c. e rapporti tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, p. 1299 e ss.;
- BARTOLI S., *Trust e fondi comuni di investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *dircomm.it*, febbraio 2005;
- BENATTI F., *Le forme della propriet . Studio di diritto comparato*, Giuffr , 2010;
- BENEDETTI G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene editore, seconda edizione, 1997;

- BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, Napoli, 1994;
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953;
- BIANCA C. M., *Diritto civile, La proprietà*, Milano, 1999;
- BIANCA C. M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2002;
- BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, 2, p. 197 e ss.;
- BIANCA M., *Destinazioni patrimoniali e attuazione del vincolo*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, G. DORIA (a cura di), Torino, 2010;
- BLUMBERG P. I., *The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups*, 37 *Conn. L. Rev.* 605, 612, 2005;
- BOGGIO L., *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2, 2011;
- BOGGIO L., *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazioni immobiliari*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, p. 311;
- BOSCOLO E., *La perequazione urbanistica: un tentativo di superare la intrinseca discriminatorietà della zonizzazione tra applicazioni pratiche ed innovazioni legislative regionali in attesa della riforma urbanistica*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Pubblicazioni dell'associazione italiana di diritto urbanistico, 2, Giuffrè;
- BOZZA G., *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, S.a.a. (artt. 2447-bis-2461 c.c.)*, in *La Riforma del diritto societario*, G. Lo Cascio (a cura di), Giuffrè, 2003;
- BRIGHT S.-GILBERT G., *Landlord and tenant law. The nature of tenancies*, Clarendon Press, Oxford, 1995;
- BRECCIA U., *Beni immobili e mobilità del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 179 e ss.;
- BRIENZA A., *La tassatività delle ipotesi di trascrizione: superamento o conferma di un principio?*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, II, p. 571 e ss.;
- BRIOLINI F., in *Testo Unico della Finanza (art. 36 del d. lgs. 58/1998)*, G. F. CAMPOBASSO (a cura di), I, Torino, 2002, p. 331 e ss.;
- BRUTTI N., *Commento alla sentenza della Cassazione numero 12187 del 2013*, in *Foro Italiano*, 2011, p. 1859 e ss.;
- BURN E. H.-CARTWRIGHT J., *Modern law of real property*, Eighteenth Edition, Oxford University Press, 2011;
- BUTERA A., *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro della tutela dei diritti*, VI, Torino, 1942;
- CAGGIANO I. A., *Circolazione del denaro e strumenti di tutela*, II edizione, Esi, 2012;

- CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1991;
- CANDIAN A.-GAMBARO A.-POZZO B., *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, Quaderni di diritto comparato, Cedam, 1992;
- CANGELLI F., *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Pubblicazioni dell'associazione italiana di diritto urbanistico, 2, Giuffrè;
- CARBONE S. M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Rivista di Diritto Privato e Processuale*, 1999, p. 773;
- CARINGELLA F., *L'atto emulativo e l'abuso del diritto*, in *Studi di diritto civile*, volume II, Giuffrè, 2007;
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927;
- CASELLI G., *Fondi comuni e proprietà*, in *Giustizia Civile*, 1984, p. 84 e ss.;
- CASTRONOVO C., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 441 e ss.;
- CATTANEO V. G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 972;
- CAZZETTA G., *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, in AA. VV., *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, V. VELLUZZI (a cura di), Pisa, 2012;
- CHERUBINI M. C., *Sull'attualità dell'interesse del proprietario ai fini dell'art. 833 c.c., nota critica a Cass., 24 luglio 1976*, in *Foro it.*, I, 1978;
- CHOPER J. H.-COFFEE J. C., JR-GILSON R. J., *Cases and Materials on Corporations*, Aspen Publishers, 2008;
- CIMBALI E., *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Archivio Giuridico XXIV*, 1880;
- CIMMINO N. A., *Trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008;
- COLOMBO G. E.-DOTTI V.-PERLETTI G.-SCHRANS G.-SOTRIFFER G., *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Cedam, Padova, 1967;
- COLOMBO G. E., *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in AA. VV., *L'Investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, p. 281 e ss.;
- COMPORTE M., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 107;
- COMPORTE M., *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), Giuffrè, 2011, p. 219 e ss.;

- COMPORTE M., in *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffré, 2005;
- CONFORTINI M., *La multiproprietà*, I, Padova, 1983;
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La sicurezza della circolazione giuridica immobiliare. Modifiche legislative in materia di pubblicità immobiliare e di successione necessaria*, Roma, 2012;
- COOTER R.-MATTEI U.-MONATERI P. G.-PARDOLESI R.-ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, 2004;
- CORBO N., *La tutela dei diritti*, Torino, 2006;
- COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 430;
- COSTI R., *Fondi comuni di investimento. Profili organizzativi*, in *I fondi comuni di investimento*, JAEGER-CASELLA (a cura di), Giuffré, 1983, p. 105;
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, nona edizione, Giappichelli, Torino, 2014;
- COSTI R., *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Rivista delle Società*, 1968, p. 242 e ss.;
- COVIELLO N., *Della trascrizione*, Edizione scientifiche italiane, 2012;
- CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Giuffré, 2000;
- CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, PERLINGIERI P. (diretto da), Edizioni scientifiche italiane, 2008;
- D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653;
- D'AMICO G., *La proprietà "destinata"*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 525 e ss.;
- DE LISE P., *Della trascrizione*, in *Commentario teorico pratico al codice civile*, Novara-Roma, 1970;
- DE LISE P., *Trascrizione*, I, *In generale*, in *EG*, XXXI, Roma, 1994, p. 13;
- DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2010;
- DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Giuffré, 1989;
- DI ROBILANT A., *Property: a bundle of sticks or a tree?*, 66 *Vanderbilt Law Review*, 2013, p. 869 e *Boston University School of Law Public Law and Legal Theory Paper*, n. 14-26, 18 luglio 2014;
- ELGUETA G. R., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore: nuove prospettive*, in *Europa e Diritto privato*, fascicolo 3, 2012, p. 813 e ss.;
- EMERICH Y., *The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?*, in *The world of the Trust*, LIONEL SMITH (edited by), Cambridge Law Press, 2013;

ERP S. VAN (University of Maastricht), *A numerus quasi-clausus of property as a constitutive element of a future european property law*, Vol. 7.2, *Netherland comparative law association*, June 2003, reperibile al link <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>;

ESTEVEES R.-CHAMBERS D., *The first global emerging markets investor: foreign and colonial investment trust 1880-1913*, July 2, 2013, *Explorations in Economic History* (Forthcoming). Disponibile online all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=2024921>;

ETTORRE A.A.-IUDICA S., *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale*, Milano, 2007;

FALZEA A., *Accertamento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958;

FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965;

FALZEA A., *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, 2007;

FERRARIS DI CELLE A.-SZEGO B., *Commento all'art. 38*, in *Commentario al Testo Unico delle Disposizioni in Materia di intermediazione finanziaria*, G. ALPA-F. CAPRIGLIONE (a cura di), Tomo primo, Cedam, 2008, p. 396;

FERRI L., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, 1951;

FERRI L.-ZANELLI P., *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997;

FERRI L.-D'ORAZI FLAVONI M.-ZANELLI P., *Della Trascrizione*, art. 2643-2696, *Libro sesto-Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), 1995, p. 429;

FERRO-LUZZI P., *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, in *Rivista del Notariato*, 2002, p. 271;

FERRO-LUZZI P., *La "cartolarizzazione": riflessioni e spunti ricostruttivi*, in *Impresa*, 3, 2001, p. 429 e ss.;

FERRO-LUZZI P., *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Rivista delle Società*, fascicolo 1, 2002, p. 121 e ss.;

FERRO-LUZZI P., *Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Rivista delle Società*, 2012, p. 751 e ss.;

FRANCO R., *Il nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2006, p. 321;

FUNAIOLI C. A., *Intorno al concetto di realtà*, p. 258;

FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Rivista Critica del diritto privato*, 2000, p. 468;

FUSARO A., *La clausola di escrow account*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2015, 9, p. 566 e ss.;

GABRIELLI G., *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, p. 434;

- GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), vol. 4, Torino, 2012;
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2009;
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 2004;
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, IUDICA-ZATTI (a cura di), Milano, 1990;
- GAMBARO A., *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, I, p. 495;
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), Milano, 1995;
- GAMBARO A., *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, CABELLA PISU L.-NANNI L. (a cura di), Cedam, 1998;
- GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 2, p. 257;
- GAMBARO A., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alle XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, II, p. 919;
- GAMBARO A.-SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, R. SACCO (diretto da), Utet giuridica, Torino, 2002;
- GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts*, 2007, p. 162 e ss.;
- GAMBARO A., voce *Diritti reali (diritto internazionale e comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, 2007, Giuffrè;
- GAMBARO A.-MORELLO U. (a cura di), *Trattato dei diritti reali, Volume I-Proprietà e possesso*, Giuffrè, 2011;
- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1978, fascicolo I, p. 62;
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il Codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1998;
- GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del notariato*, 2001, p. 11;
- GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul Trust e altre bagatelle)*, in *Rivista del notariato*, 2001, p. 1247;
- GAZZONI F., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del notariato*, 2002, p. 1107;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009;

- GAZZONI F., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, cit., vol. I, tomo II, Torino, 2012;
- GENTILE F. S., *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959;
- GENTILE F. S., *Trascrizione*, in *Novissimo dig. it.*, XIX, Torino, 1973,
- GENTILONI SILVERI F., *Limiti di responsabilità patrimoniali nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2011, p. 417 e ss.
- GHIGHI C., *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fascicolo II, 2011, p. 1153,
- GIORGIANNI M., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Giuffrè, 1940;
- GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963;
- GIURDANELLA G., *Crisi da sovraindebitamento, accordo liquidatorio, trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Fallimento*, 2, 2015, p. 146;
- GORDLEY J.-VON MEHREN A. T., *An introduction to the Comparative Study of private Law. Reading, Cases, Materials*, Cambridge, 2006;
- GRANELLI C., *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Rivista di diritto civile*, fascicolo 4, 2002, p. 507;
- GRAZIADEI M., *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995;
- GROSSI P., voce *Proprietà (diritto intermedio)*, XXXVII, Enciclopedia giuridica, Giuffrè, 1988;
- GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli Editoriale scientifica, 2006;
- HANSMANN H.-KRAAKMAN R., *The essential role of organizational law*, 110 Yale L. J., 387, 2000-2001;
- HANSMANN H.-KRAAKMAN R., *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility Right*, Harvard Law School Public Law, Discussion Paper No. 388, August 2002;
- HANSMANN H.-MATTEI U., *The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis*, in *N.Y.U. Law Review*, 1998, p. 434 e ss.
- HUDSON J., *The history of english law. Centenary essays on "Pollock and Maitland"*, edited by John Hudson, Oxford University Press, 1996;
- IACCARINO G., *Diritti reali atipici*, in *Rivista del notariato*, 1993, p. 101;
- IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, Cedam, 2003;
- JAEGER P. G., *Sui fondi comuni di investimento*, in *Rivista delle Società*, 1969, p. 118;

- KAPLOW L., *Rules versus standards: an economic analysis*, *Duke Law Journal*, 42, 1992, p. 562 e ss.;
- KERSHAW D., *Company law in context*, Oxford, 2012;
- KRAAKMAN R.-DAVIES P.-HANSMANN H.-HERTIG G.-HOPT K. J.-KANDA H.-ROCK E. B., *Diritto societario comparato*, L. ENRIQUES (a cura di), Il Mulino, 2004;
- LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del notariato*, fascicolo 5, 2007, p. 1069;
- LAMORGESE A., *I fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, in *Contratti*, 1, 2011, p. 30;
- LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 333;
- LAWSON F. H.-RUDDEN B., *The law of property*, Clarendon law series, Third edition, 2002;
- LEMMA V., *La società di gestione del risparmio*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, F. CAPRIGLIONE (a cura di), Tomo II, 2010, p. 674 e ss.;
- LEMMA V., *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2011, p. 417 e ss.;
- LENER A., *Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento*, *Commento all'art. 3 della legge 77/1983*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 398 e ss.;
- LENER R., *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, in *Rivista delle società*, 1989, p. 1050 e ss.;
- LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Rivista del notariato*, 3, 2003, p. 549;
- LIBONATI B., *Holding e investment trust. I titoli di credito nominativi*, in *Opere monografiche*, Volume I, Giuffré, 2014, p. 469 e ss.
- LUBRANO M., *Commento all'art. 38*, in *Testo Unico della Finanza*, commentario diretto da G.F. CAMPOBASSO, in *Le riforme del diritto commerciale*, G.F. CAMPOBASSO (a cura di), Utet, 2002, p. 348;
- LUCIANI A. M., *Escrow*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 2. p. 801 e ss.;
- LUPOI M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffré, 1971;
- LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita Notarile*, 1992, p. 976;
- LUPOI M., *La sfide dei trusts in Italia*, in *Corriere Giuridico*, 1995, 10, p. 1205;
- LUPOI M., *Trusts*, Giuffré, Milano, 2001;
- LUPOI M., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts*, 2006, p. 169 e ss.;

- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Seconda edizione ampliata, Cedam, 2011;
- LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Rivista del notariato*, 2012, 3, p. 513;
- MAIORCA C., *Della trascrizione*, in *Codice civile. Commentario. Libro della tutela dei diritti*, M. D'AMELIO (diretto da), Firenze, 1943;
- MATTLAND F. W., *The Forms of Action at Common Law*, ristampa revisionata a cura di A. H. CHAYTOR-W. J. WHITTAKER, Cambridge University Press, Cambridge, 1968;
- MAJELLO U., *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1987, I, p. 494;
- MALTESE D., *Registri immobiliari*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988;
- MANES P., *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 627;
- MANNINO V., *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 4, p. 945;
- MARANO G., *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, Banca d'Italia;
- MARICONDA G., *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), 19, Torino, 1997;
- MARICONDA G., *Le pubblicità*, Napoli, 2005;
- MARRYMAN J. H., *Ownership and Estate (variation on a theme by Lawson)*, 48 *Tul. Law Review*, 1974;
- MASTROCINQUE R., *La trascrizione*, Roma, 1963;
- MASTROPIETRO B., *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Rivista del notariato*, 2012, 2, p. 319;
- MATTEI U., *Basic principles of property law. A comparative legal and economic introduction*, 2000;
- MATTEI U., *Regole sicure: analisi economico-giuridica comparata per il notariato*, Milano, Giuffrè, 2006;
- MATTEI U., *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO R. (diretto da), Utet giuridica, 2015;
- MATTHEWS P., *The compatibility of the trust with the civil law notion of property*, in *The world of the Trust*, LIONEL SMITH (edited by), Cambridge Law Press, 2013, p. 313;
- MERRIL T. W.-SMITH H. E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 *Yale L. J.*, 1, 2000-2001;
- MERRYMAN J. H., *Ownership and Estate (Variation on a theme)*, 48 *Tul. Law Review*, 1974, p. 916 e ss.;

- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965;
- MIOLA M.-BRIOLINI F., *Commento all'art. 36*, in *Testo Unico della Finanza*, Commentario diretto da G.F. CAMPOBASSO, in *Le riforme del diritto commerciale*, p. 329;
- MITCHELL V. C., *Lifting the Corporate Veil in the English Courts: An Empirical Study*, 3 *Company, Financial and Insolvency Law Review*, 15, 1999;
- MORONI S., *Il carattere distributivo della pianificazione territoriale e il problema della giustizia: un'introduzione*, in F. ANGELI, *Territorio e giustizia distributiva*, Milano, 1994;
- MURITANO D., *Negoziato di destinazione e trust interno*, in *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, 2008;
- NATALI A. I., nota a Cassazione, 20 febbraio 2009, sentenza n. 4245, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2009, p. 661;
- NATOLI U.-FERRUCCI R., *Della tutela dei diritti. Trascrizione-Prove*, in *Commentario del Codice Civile*, VI, Torino, 1971, p. 217;
- NATOLI U., *I contratti reali*, Giuffrè, 1975;
- NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, Padova, Cedam, 2008;
- NICOLÓ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1937;
- NICOLÓ R., *La trascrizione*, III, Milano, 1973;
- NIGRO A., voce *Investment trust*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, 1972;
- NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1972;
- OTTOLENGHI S., *From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely*, 53 *Modern Law Review*, 338, 1990;
- PACILEO F., *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, mentre la società di gestione del risparmio ha la titolarità del patrimonio del fondo*. in www.dircomm.it, 2010;
- PAOLINI A., *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, in *Studio 90-2012/I del Consiglio del Notariato*;
- PENNER J. E., *The "bundle of rights" picture of property*, 43 *UCLA Law Review*, 1995-1996, p. 712;
- PERONGINI S., *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Giuffrè, Milano, 2005;
- PESCATORE L., *Il principio della tassatività quanto alle formalità ipotecarie*, in *Riv. dir. ipot.*, 1969, p. 247 e ss.;
- PESCATORE G.-ANGIONE S., *Il contratto di escrow: struttura fondamentale e principali utilizzi*, in www.bcp-lex.com, Pubblicazioni e convegni, 2005;
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, II, p. 168;

- PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Edizioni scientifiche italiane, 2009;
- PETRELLI G., *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Rivista notariato*, 4, 2012, p. 968 e ss.;
- PETRELLI G., *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. not.*, 2013, p. 749 e ss.;
- PONTOLILLO V., *Commento all'art. 36*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Tomo primo, Cedam, 1998, p. 387;
- POTHIER J. R., *Traité du droit domaine de propriété*, Ch. Premier, par. III, in *Oeuvres de Pothier*, Bruxelles, H. Tarlier, 1832;
- PROTO C., *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Il Fallimento*, 11, 1999, p. 1173 e ss.;
- PROTO PISANI A., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968;
- PUGLIATTI S., *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1945;
- PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145;
- RAGAZZINI L., *Nuovi orientamenti di dottrina, giurisprudenza e legislazione in tema di trascrizione*, in *Riv. not.*, 1989, p. 108 e ss.;
- REICH C., *The New Property*, 73 *Yale L.J.*, 1964, p. 733;
- Relazione al convegno della Fondazione CESIFIN Alberto Predieri sulla “Circolazione dei diritti edificatori e *jus aedificandi*, Firenze, 7 marzo 2013”, (estratto), *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 5, 2013, p. 257;
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998;
- RESCIGNO P., voce *Contratto*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988;
- RESCIGNO P., voce *Proprietà*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988;
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 1997;
- RICHTER M. S., *La governance delle società di gestione del risparmio*, Quaderno di ricerca di Assogestioni, 2009, p. 7;
- RINALDI G. C., *Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia civile*, fascicolo 5, 2011, p. 263;
- ROLLI R., *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2000, p. 206;

- ROMEO P., *Meritevolezza degli interessi e causa destinataria – Il commento*, in *Contratti*, 2015, 7, p.659;
- ROPPO E., *voce Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXIX, Milano, 1988;
- ROPPO E., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore – Spunti sistematici intorno all'art. 2740, secondo comma, c.c.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, p. 250;
- ROPPO E., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO P. (diretto da), XIX, Torino, 1997;
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffré, 2011;
- RORDORF R., *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Società*, fascicolo 10, 2000, p. 1163 e ss.;
- ROSSI G., *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967;
- RUSSO E., *Il negozio di destinazione di beni immobili o mobili registrati (art. 2645-ter c.c.)*, in *Vita Notarile*, 2006, p. 1239;
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO R. (diretto da), Utet giuridica, 1993;
- SACCO R., *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO R. (a cura di), *La parte generale del diritto civile*, Milano, 2001;
- SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà. Art. 832-833*, Milano, 1994;
- SANGIOVANNI V., *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contratti*, 2013, 2, p. 195 e ss.;
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989;
- SCANO A. D., *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fascicolo II, 2011, p. 1133
- SCHLESINGER P., *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Rivista di Diritto Civile*, fascicolo 3, 2001, p. 20265 e ss.;
- SCIARRA B., *Il negozio di destinazione a struttura unilaterale*, in *Rivista del notariato*, fascicolo 6, 2014, p. 1251;
- SCIOTTI A., *Commento all'art. 38*, in *Commentario al D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), Giuffré, 1998, p. 304;
- SICCHIERO G., *Tassatività dei titoli soggetti a trascrizione*, in *Foro padano*, 1991, I, p. 545 e ss.;
- SICCHIERO G., *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giurisprudenza sistematica del diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1993, p. 104 e ss., 189 e ss.;
- SIMPSON A. W. B., *A history of the land law*, Second Edition, Clarendon press, Oxford, 1986;

- SPAGNUOLO D., *Fondo patrimoniale e nuove forme di limitazione della responsabilità patrimoniale: azione revocatoria e tutela dei creditori del disponente*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1, 2015, p. 7 e ss.;
- STANGHELLINI S., *Il principio perequativo nel piano urbanistico*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori*, AA.VV., Napoli, 2009;
- STEFINI U., *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo 2645-ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2008, p. 7 e ss.;
- THOMAS D. A., *Anglo american land law: diverging developments from a shared history. Part I: the shared history*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, Spring 1999;
- THOMAS D. A., *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part II: how anglo-american land law diverged after american colonization and independence*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, Spring 1999;
- THOMAS D. A., *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part III: British and American property law and practice-a contemporary comparison*, 34 *Real Property, Probate and Trust Journal*, Fall 1999;
- THOMPSON R. B., *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 *Cornell Law Review*, 1036, 1991;
- THOMPSON M. P., *Modern land law*, Oxford University Press, 2012;
- TRABUCCHI A., *La pubblicità immobiliare. Un sistema in evoluzione*, in *Riv. dir. ipot.*, 1982, p. 110 e ss.;
- TRIOLA R., *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), IX, Torino, 2004;
- TROIANO S.-ZACCARIA A., *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, M. TAMPONI-E. GABRIELLI (a cura di), Napoli, 2006;
- VANDEVELDE K. J., *The new property of the nineteenth century: the development of the modern concept of property*, 29 *Buffalo Law Review*, 1980, p. 325 e ss.;
- VASSALLI F., *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, Milano, 1960;
- ZACCARIA A.-TROIANO S., *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005;
- ZACCARIA A.-TROIANO S., *I mutamenti giuridici soggetti a trascrizione ai fini dell'art. 2644 c.c.*, in *Diritto civile*, LIPARI N.-RESCIGNO P. (diretto da), ZOPPINI A. (coordinato da), IV, 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 19 e ss.;
- ZAGAMI P., *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2012, 4, p. 365 e ss.;
- ZAPPULLI C., *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943;
- ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, p. 545;

ZOPPINI A., *Primi appunti sul patrimonio separato delle società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, BENAZZO P.-PATRIARCA S.-PRESTI G. (a cura di), *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, numero 246, 2003, p. 97 e ss.