

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*Tesi conclusiva del corso di Dottorato di ricerca
in Diritto dei rapporti economici e di lavoro*

XVI ciclo

Il negozio fiduciario ed il trust

Dottorando di ricerca

DOTT.
ETTORE SARLUCA

Coordinatore del corso

CH.MO PROF.
BIAGIO GRASSO

INDICE

SEZIONE I - LA FIDUCIA ROMANISTICA

CAPITOLO I – ORIGINI STORICHE E SCHEMA GENERALE DELLA FIDUCIA

1.1 Origini storiche: il diritto romano

*1.2 Definizione classica del negozio fiduciario. Fiducia
romanistica e fiducia germanistica*

*1.3 Incongruenza del mezzo rispetto allo scopo e potestà di
abuso*

1.4 La fiducia legale: esclusione dal campo dell'indagine

CAPITOLO II – CAUSA, STRUTTURA E PROFILI APPLICATIVI DEL NEGOZIO FIDUCIARIO

2.1 La fiducia romanistica. Profili causali

2.2 Critiche alle ricostruzioni causali prospettate

*2.3 Negozio fiduciario, negozio indiretto, simulazione e
negozio fiduciario non patrimoniale*

2.4 Adempimento ed inadempimento del pactum fiduciae

2.5 Negozio fiduciario e mandato post mortem

2.6 Fiducia cum creditore e divieto del patto commissorio

SEZIONE II - LA FIDUCIA ANGLOSASSONE: IL TRUST

CAPITOLO III – LE ORIGINI STORICHE DEL TRUST

- 3.1 Le esigenze sottese al tentativo di importare il trust*
- 3.2 Cenni introduttivi sull'origine e sull'evoluzione dell'istituto*
- 3.3 Origini storiche dell'istituto e frammentazione del diritto di proprietà nei sistemi di common law*
- 3.4 L'evoluzione del diritto di proprietà nel diritto inglese e la sua frammentazione*

CAPITOLO IV – ELEMENTI DEL TRUST

- 4.1 Schema generale del trust*
- 4.2 I trusts non espressamente istituiti*
- 4.3 I trusts espressamente istituiti: la fattispecie costitutiva*
- 4.4 La posizione giuridica del trustee, gli obblighi fiduciari*
- 4.5 La posizione giuridica del beneficiario*
- 4.6 Dual ownership: posizione proprietaria del trustee e del beneficiario*
- 4.7 Conclusioni: definizione di trust*

SEZIONE III - IL TRUST IN ITALIA

CAPITOLO V: IL TRUST NELLA CONVENZIONE DELL'AJA

5.1 Finalità della Convenzione

5.2 Il modello proposto dalla Convenzione: il trust "amorfo"

5.3 Libertà di scelta della legge regolatrice

5.4 Il riconoscimento

5.5 Il sistema dei limiti nella Convenzione: il problema del trust interno

CAPITOLO VI: COMPATIBILITA' DEL TRUST CON I PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

6.1 Premessa

6.2 I problemi di compatibilità tra i principi di diritto successorio e il trust

6.3 Il trust ed il divieto del patto commissorio

6.4 Il trust e il principio dell'illimitata responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c.

6.5 Il problema della trascrivibilità del trust

6.6 Trust, assolutezza del diritto di proprietà e tipicità dei diritti reali

INTRODUZIONE

La constatazione di fondo da cui è necessario prendere le mosse, nello studio del tema della fiducia negoziale, è che il nostro ordinamento non appresta, per tale fenomeno, alcuna disciplina.

Ciò nondimeno, la letteratura in argomento è vastissima, tanto che potrebbe apparre addirittura superfluo riaffrontare la questione, la quale, a scadenze periodiche, pare tornare ad occupare nell'elaborazione della dottrina un posto di assoluto rilievo.

Non si può, tuttavia, non rilevare come, nel momento in cui la nostra dottrina, in coincidenza con la globalizzazione dei mercati, è intenta in maniera ormai costante ad una revisione delle categorie tradizionali – ivi inclusa la categoria fondamentale del “negozio giuridico” – torni a rivestire interesse il tentativo di impostare e condurre a soluzione, in relazione alle nuove esigenze portate dalla realtà economica e sociale, i molti problemi suggeriti da un tema che, seppur tradizionale nell'approccio, offre, nella realtà della coeva società, novità di aspetti ed applicazioni¹.

¹ È la natura stessa del fenomeno fiduciario a rendere impossibile individuare, *a priori*, un panorama esauriente delle diverse applicazioni pratiche nelle quali lo stesso può estrinsecarsi e che dovrebbero, pertanto, rappresentare l'ipotesi del procedimento interpretativo e ricostruttivo.

D'altra parte, se è vero che l'interesse per la materia potrebbe determinarsi già solo in considerazione delle novità portate dalla prassi applicativa, alla luce della quale reinterpretare le affermazioni della dottrina più tradizionale, pare, in verità, altrettanto evidente che i risultati della secolare elaborazione in materia non sono affatto così certi e convergenti da formare un nucleo di dati acquisiti da sottoporre semplicemente a revisione².

Senza voler anticipare alcunchè circa la struttura ed i profili effettuali del negozio fiduciario, si può già affermare che esso nasce dall'esigenza di piegare, modificare, superare, gli schemi rigidi preordinati dall'ordinamento per la produzione di determinati effetti, quando non, addirittura, dall'esigenza di produrre effetti all'ordinamento giuridico (ancora) sconosciuti: il che significa che il tema in esame si trova, nell'indagine scientifica, proprio al confine tra il campo dell'interpretazione del dato normativo e quello, ad esso attiguo, della creazione di nuove fattispecie, laddove con l'interpretazione, per quanto innovativa, non sia possibile sopperire ad una mancanza di strumenti.

Da questo punto di vista assume particolare risalto, con riferimento al tema in esame, la classica contrapposizione tra

² Anzi, è addirittura revocato in dubbio che le figure tradizionalmente richiamate dagli studiosi della materia presentino caratteri comuni tali da poter dar luogo ad una categoria giuridica autonoma. Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 177.

dato della realtà e tipicità normativa: in sostanza, l'individuazione dei confini oltre i quali non è possibile allargare le maglie dell'ordinamento positivo, l'individuazione, cioè, di un punto di rottura del sistema, piuttosto che rappresentare il punto di arrivo dello studio della materia, rappresenta uno stimolo, per lo studioso, a trovare nuove e diverse soluzioni, sia volgendo lo sguardo oltre confine, sia provando a reinterpretare alcuni concetti tradizionalmente considerati immutabili e, invece, suscettibili di una coraggiosa rilettura in chiave di adattamento alla mutata realtà.

È, tuttavia, necessario, in questo campo, come forse in nessun altro, proprio per le caratteristiche peculiari del fenomeno che ci si accinge ad esaminare, evitare di partire da aprioristiche concettualizzazioni per far da queste discendere il fenomeno pratico e, viceversa, cercare in quest'ultimo, così come si presenta nella prassi applicativa, i valori costanti da enfatizzare nella ricostruzione ad unità.

La presente indagine ha preso, dunque, le mosse da un'attenta attività di ricerca e di esame delle fonti dottrinali e giurisprudenziali, tesa ad individuare le problematiche più rilevanti inerenti all'argomento della fiducia.

Premessi brevi cenni alla fiducia nel diritto romano, progenitrice dell'istituto così come è oggi conosciuto negli ordinamenti moderni di *civil law*, l'attenzione si rivolgerà

all'indagine della struttura del negozio fiduciario e, parallelamente, si procederà all'esame dei profili causali dello stesso.

I risultati di questo lavoro si pongono, infatti, come un punto di partenza indispensabile per la successiva disamina dei profili effettuali del negozio fiduciario e per la valutazione comparata con istituti simili di tradizione straniera – e ci si riferisce in particolar modo al *trust*, che oggetto di tante vivaci dispute è divenuto nell'ultimo decennio, e che sempre maggior influenza sembra spiegare anche nelle scelte del nostro legislatore (basti por mente, in proposito, alla riforma del diritto societario).

A tal fine, se, da un lato, non si può trascurare la tradizionale riconduzione degli scopi fiduciari alle due grandi categorie, di elaborazione romanistica, della *fiducia cum amico* e della *fiducia cum creditore*: la prima, caratterizzata dall'interesse del fiduciante a che, per un periodo determinato, il fiduciario divenga proprietario (o anche solo titolare di un diritto personale o reale) di un suo bene, lo amministri in nome proprio ma per conto del fiduciante e lo custodisca, per poi ritrasferirglielo decorso il periodo di tempo stabilito (ovvero: dall'interesse del fiduciante a che il fiduciario ritrasferisca il bene ad un soggetto terzo, realizzando un'ipotesi di interposizione reale di persona), la seconda, rispondente all'interesse del fiduciante a che il fiduciario, suo creditore, sia garantito al di fuori degli schemi

delle garanzie tipiche reali o personali, mediante il trasferimento (o la costituzione) di una situazione giuridica in capo al fiduciario che, in caso di inadempimento, consenta a quest'ultimo di rivalersi su un bene del fiduciante (con tutti i problemi di legittimità che tale operazione può comportare per la diretta o indiretta violazione dell'art. 2744 c.c.), e con l'impegno, da parte del fiduciario, a retrocedere il diritto in caso di esatto adempimento; dall'altro lato, in considerazione degli sviluppi più recenti della materia – e tenuto conto, soprattutto, delle sempre maggiori contaminazioni che il nostro ordinamento subisce, per opera dell'interpolazione giurisprudenziale ma anche per scelte consapevoli del legislatore, ad opera degli ordinamenti di origine anglosassone di altri paesi membri dell'Unione Europea, con i quali è ormai assolutamente necessario confrontarsi sul piano della funzionalità degli istituti giuridici – appare quanto meno ristretto l'orizzonte di chi intenda apprestarsi allo studio del fenomeno in esame basandosi esclusivamente sulla distinzione suddetta, di grande valore sul piano storico, ma ormai inadeguata a cogliere la proteiformità delle manifestazioni pratiche del negozio fiduciario.

Per questi motivi, l'analisi del fenomeno fiduciario sarà un'analisi comparata dell'evoluzione dell'istituto che è dato verificare nella tradizione giuridica del nostro sistema ed in sistemi totalmente differenti dal nostro (si intende far

riferimento al *trust* anglosassone) per cercare di ricongiungere le diverse esperienze in un momento di sintesi attraverso la verifica della configurabilità di un “*trust* italiano”, che non risulti in contrasto con i principi fondamentali sui quali si regge il nostro sistema.

SEZIONE I
LA FIDUCIA ROMANISTICA

CAPITOLO I – ORIGINI STORICHE E SCHEMA GENERALE DELLA FIDUCIA

1.1 Origini storiche: il diritto romano - 1.2 Definizione classica del negozio fiduciario. Fiducia romanistica e fiducia germanistica - 1.3 Incongruenza del mezzo rispetto alla scopo e potestà di abuso - 1.4 La fiducia legale: esclusione dal campo dell'indagine

1.1 Origini storiche: il diritto romano

Nel diritto romano, l'istituto della *fiducia*, che consisteva nel trasferimento di una proprietà compiuto per determinati scopi fiduciari (*fidi fiduciae causa*) e generava un'obbligazione sanzionata con l'*actio fiduciae*, non poteva prescindere dal collegamento con uno dei più antichi modi formali di trasferimento degli *iura in re*, la *mancipatio* e la *in iure cessio*; il collegamento era essenziale giacchè la *causa fiduciae* non era sufficiente a giustificare l'effetto traslativo della semplice *traditio* (in cui l'acquisto era legato ad una causa) occorrendo, invece, all'uopo, un negozio astratto di trasferimento, che non necessitasse di una valida causa traslativa.

Con ciò si spiega il lento declino dell'istituto in epoca postclassica e la sua scomparsa nel periodo giustiniano, parallelamente alla scomparsa dei modi formali di acquisto della proprietà astratti, e da ciò deriva la frammentarietà delle fonti antiche dalle quali gli studiosi romanistici sono partiti per la ricostruzione dell'istituto così come utilizzato in epoca classica.

Tra queste, la principale è il testo delle Istituzioni di Gaio nelle quali, pur non dandosi alla fiducia classificazione sistematica nella trattazione della contrattualistica, si parla dell'istituto incidentalmente, ponendo la distinzione – che ancor oggi rappresenta una pietra miliare per chi si avvicini allo studio del fenomeno – tra *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*.

La *fiducia cum creditore*, nata prima dell'elaborazione delle altre figure di garanzia tipiche, ebbe applicazione diffusa per tutta l'epoca classica, rappresentando per il creditore la miglior forma di garanzia possibile, dal momento che era pienamente tutelabile secondo l'impianto dello *ius civile* – almeno relativamente alle *res mancipi*.

Più difficoltoso appare ricondurre l'altra forma di fiducia indicata da Gaio, quella *cum amico*, ad unità; è, tuttavia, probabile che l'originaria funzione dell'istituto, rintracciabile nell'affidamento dei beni a persona amica in caso di partenza per la guerra, in analogia con il deposito, si fosse persa, in larga parte, in epoca classica, per lasciare spazio alla realizzazione,

mediante l'istituto in questione, di altri intenti più concreti. Anzi, è proprio con l'acquisita consapevolezza che con la *fiducia* si potesse dare risposta alle più disparate esigenze che dalla *fiducia cum amico* gemmò la *fiducia cum creditore*, la quale assunse tale importanza e diffusione da spingere i commentatori a farne una categoria a sé, tradizionalmente contrapposta a quella della *fiducia cum amico* di cui era nata come una specificazione.

Il carattere di adattamento, che contraddistinse l'istituto, si rileva anche nella *Formula Baetica* nella quale si documenta la *mancipatio fidi fiduciae causa* come istituto dal quale nasce naturalmente un obbligo di restituzione, salvo poi aggiungere che, tra le parti, *pactum conventum factum est*, facendo riferimento al patto con il quale fiduciante e fiduciario stabilivano limitazioni al naturale obbligo di restituzione (prevedendo, ad esempio, che tale obbligo non fosse azionabile sino al soddisfacimento del credito, ovvero che il creditore non pagato potesse vendere l'oggetto, e così via).

Da ciò si deduce che l'impostazione tradizionale, recepita anche negli ordinamenti moderni, secondo cui l'obbligazione del fiduciario nasceva dal *pactum fiduciae*, quale patto accessorio all'atto formale traslativo e da questo distinto (seppur ad esso collegato), non coglie la reale struttura che il fenomeno aveva nel diritto romano; l'obbligo di restituzione, infatti, derivava,

unitamente al trasferimento, dalla *mancipatio* (o dalla *in iure cessio*) e di questa, e solo di questa, rappresentava un effetto, sempre che (*rectius*: proprio perché) la *mancipatio* era avvenuta *fidi fiduciae causa*.

In altri termini, mentre normalmente l'obbligo di restituzione – azionabile con la *condictio* – trovava la propria fonte nella *datio rei*, nell'ipotesi di *mancipatio fiduciae causa* la causa fiduciaria colorava l'effetto del trasferimento, facendo sì che lo stesso sorgesse come già limitato, sin dal suo prodursi, dall'obbligo di restituzione, il quale poggiava sullo spirito di una rispondenza all'affidamento fiduciario, tanto da essere tutelato autonomamente con l'*actio fiduciae*, la cui formula Cicerone riporta nei termini dell'*inter bonos bene agere oportet et sine frauditione*.

Era l'obbligo di restituzione nascente dalla causa fiduciaria che, con un patto ulteriore (il *pactum conventum* della *Formula Baetica*) poteva essere ridotto, subordinato a determinate circostanze e modellato, in genere, al raggiungimento degli scopi che le parti intendevano perseguire nel caso concreto.

Il che non è di poco conto. La consapevolezza di ciò costituisce, infatti, un primo passo verso l'elaborazione di una teoria più moderna della causa del contratto e dell'effetto traslativo, che al tempo stesso supera e mette in crisi la

tradizionale lettura del principio consensualistico e della causa traslativa, sulla quale si tornerà in seguito³.

1.2 Definizione classica del negozio fiduciario. Fiducia romanistica e fiducia germanistica

Non essendo il negozio fiduciario un istituto espressamente regolato dal diritto positivo ed, anzi, essendo controversa, già, in partenza, l'estensione del fenomeno e la terminologia adoperata, il contenuto della fattispecie, la sua morfologia, la sua struttura ed i suoi profili causali – aspetti intimamente connessi gli uni con gli altri – sono diversamente individuati dagli autori che hanno affrontato la questione.

Sotto un profilo pratico, gli scopi per i quali si ricorre al negozio fiduciario hanno condotto alla tradizionale distinzione tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*.

In quest'ultima, l'operazione complessiva ha funzione di garanzia: il fiduciante trasferisce al fiduciario, suo creditore, un determinato bene, con l'intesa che il bene ritornerà di proprietà del fiduciante nel momento in cui costui avrà adempiuto il proprio debito; oppure il fiduciante trasferisce il bene ad un

³ Cfr. *infra*, § 6.6.

terzo, fiduciario, con l'intesa che costui ritrasferirà il bene al fiduciante a seguito dell'esatto adempimento, o al creditore del fiduciante, in caso di inadempimento.

Di contro, la *fiducia cum amico* si presta a realizzare i più disparati fini pratici; oltre a mettere al sicuro i beni durante il *tempus dubium* – ipotesi classica del diritto romano ed, anzi, ipotesi iniziale della *fiducia cum amico*, come si è innanzi detto – essa serve, in generale, a conferire un incarico al fiduciario attribuendogli contestualmente un mezzo molto efficace per il compimento dello stesso. Sotto questo profilo svolgono un ruolo rilevante, nella moderna vita economica, le intestazioni fiduciarie di partecipazioni societarie, gli *investment trusts* e numerose altre applicazioni nelle quali l'esigenza di segretezza, meritevole di tutela, trova massima garanzia nell'adozione dello strumento fiduciario.

Sul piano ricostruttivo, è affermazione quasi concorde quella che al negozio fiduciario si pervenga attraverso una costruzione giuridica in senso tecnico⁴ e che alla delimitazione ed individuazione dei termini della questione concorrano la tradizione dell'elaborazione in materia – a partire dal diritto romano – nonché il valore eidetico dei termini adoperati per la definizione del fenomeno.

⁴ TRIMARCHI, voce *Negozi fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978; MESSINA, *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, 4, p. 23; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, ora in *Diritto Civile - Saggi*, Milano, 1951.

Ciò premesso, la nozione comunemente accolta di negozio fiduciario, in dottrina ed in giurisprudenza, è quella di un accordo con il quale un soggetto (fiduciante) investe un altro soggetto (fiduciario) di una posizione giuridica – di carattere reale o personale⁵ – le cui possibili esplicazioni di potere eccedono il risultato pratico da realizzarsi, rendendo necessario, tra i contraenti, convenire (con il c.d. *pactum fiduciae*) che il fiduciario utilizzerà la posizione così prodottasi entro determinati limiti, facendo operare il meccanismo giuridico utilizzato solo parzialmente, e precisamente solo per quella parte coincidente con il fine pratico divisato. L'elemento di *fiducia* sarebbe da ricercarsi nella circostanza che, essendo la posizione creatasi in capo al fiduciario, nei confronti dei terzi, efficace in modo pieno e non solo parzialmente, sarebbe conseguentemente rimessa, in certa misura, proprio alla fiducia che il fiduciante ripone nel fiduciario e non ad altri mezzi di coazione giuridica, l'esecuzione del *pactum* con il quale si ridimensiona l'operatività del mezzo tecnico utilizzato⁶.

⁵ Per il riferimento ad una situazione giuridica soggettiva riferita al fiduciario non solo di carattere reale, ma anche personale, che rende la definizione il più ampia possibile, vedi GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 1932, I, 779.

⁶ La nozione di negozio fiduciario, delineata in modo così ampio, abbraccia tutte le figure che questa o quella opinione riconducono al fenomeno della fiducia, e può dirsi, sostanzialmente, pacifica. Cfr., fra gli altri, con formule pressochè analoghe: BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 430; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 82 e ss.; D'AVANZO, *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1950, p. 70 e ss.; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano-Messina, 1961, p. 99; DE SEMO, *Istituzioni di diritto privato*, Firenze, 1955, p. 202; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 576 e ss.; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1960, p. 147; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1962, p. 150 e ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*,

Dalla definizione data, discendono le due affermazioni che tradizionalmente la accompagnano nella ricostruzione della nostra dottrina: la prima, che individua il limite astratto alla configurabilità del negozio fiduciario in quelle ipotesi in cui sia l'ordinamento ad apprestare allo scopo fiduciario una tutela piena, rendendo opponibile ai terzi la limitazione al potere del fiduciario⁷; la seconda, secondo cui l'elemento caratteristico del negozio fiduciario risiederebbe nell'incongruenza del mezzo rispetto allo scopo perseguito.

La definizione che si è data, piuttosto ampia, risente, in certo qual modo, della tradizionale elaborazione del fenomeno, che affonda le proprie radici negli insegnamenti di diritto romano; di essa, pertanto, non si può dare adeguata contezza, se non chiarendo la distinzione – tradizionale anch'essa – tra fiducia di tipo romano e fiducia di tipo germanico, il cui “*elemento differenziale riguarda l'essenza e i limiti del potere giuridico conferito al fiduciario*”⁸.

cit., p. 177 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961, p. 162 e ss.

⁷ Sarebbe questa l'ipotesi comunemente denominata, con un'evidente contraddizione in termini, *fiducia legale*, la quale, pur assimilabile al negozio fiduciario, da questo si distinguerebbe per l'effetto “reale” dell'opponibilità della limitazione ai terzi. Cfr. *infra*, § 1.4.

⁸ Così, testualmente, CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova 1933 p. 10; ma l'impostazione può dirsi comune, e, nel senso che l'indagine vada ristretta alla fiducia c.d. romanistica, cfr., per tutti, GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, p. 348, e MESSINA, *Negozi fiduciari*, cit., p. 18. ove si espone una critica al Ferrara, accusato di non aver esaminato la costruzione germanistica della fiducia “*quasi che il qualificare giuridicamente in un modo piuttosto che in un altro i rapporti della vita sia questione oziosa o rimessa alla discrezione della dottrina*”.

È noto che la distinzione risiederebbe, essenzialmente, nella circostanza che nella fiducia di tipo romanistico il potere conferito al fiduciario sarebbe illimitato nei confronti dei terzi, rilevando il *pactum fiduciae* solo nei rapporti tra fiduciante e fiduciario per il tramite di un rapporto obbligatorio, laddove, viceversa, nella fiducia di tipo germanistico la limitazione al potere di disposizione del fiduciario sarebbe opponibile anche ai terzi estranei al negozio fiduciario; quel che a volte si tralascia di considerare, tuttavia, è che i termini del problema non stanno nello scegliere tra le due possibili costruzioni quella “migliore” cui ricondurre i fenomeni empirici in esame quanto, piuttosto, nell’esaminare i profili strutturali ed effettuali di due modi di qualificazione, entrambi astrattamente utilizzabili, di un medesimo fenomeno empirico, per trarne le conclusioni circa la compatibilità di ciascuno di essi con il nostro ordinamento⁹.

Una delle costruzioni più note del negozio fiduciario di tipo germanistico sostiene che, nello stesso, la costituzione della situazione giuridica piena in capo al fiduciario si accompagnerebbe alla apposizione di una condizione risolutiva per effetto della quale, in caso di morte, di disposizione abusiva da parte del fiduciario e, più in generale, di venir meno dello

⁹ Cfr. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit, dove, dopo aver rilevato che l’esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare, propria del nostro ordinamento, riduce di molto la distanza tra le due costruzioni, esplicitamente si riconosce l’impossibilità di ritenere *a priori* che l’unico tipo di fiducia ammissibile nel nostro diritto sia quello romanistico raggiungendo una tale soluzione solo successivamente, attraverso l’analisi di una serie di considerazioni di ordine positivo.

scopo della fiducia, la titolarità di tale situazione si risolverebbe retroattivamente (travolgendo, così, anche l'efficacia degli eventuali atti di disposizione abusivi eventualmente posti in essere dal fiduciario)¹⁰.

Tale ricostruzione, pur molto diffusa, non è l'unica; partendo dalla norma del § 185 BGB tedesco, che ammette l'attribuzione negoziale del potere di esercitare un diritto in capo ad un soggetto diverso dal titolare del medesimo, ed in considerazione del fatto che per lo scopo che le parti intendono realizzare con il negozio fiduciario, spesso, non è necessario il trasferimento del diritto, la dottrina tedesca ha ritenuto di poter ravvisare nella fattispecie in esame un'ipotesi di negozio costitutivo, in capo al fiduciario, di una mera legittimazione ad esercitare in nome proprio un diritto che, tuttavia, permane nel patrimonio del fiduciante.

Pur dovendosi rimandare la verifica della possibilità che quest'ultima ricostruzione possa essere accolta, in via generale, nel nostro ordinamento (al quale è sconosciuta una norma analoga a quella di cui sopra)¹¹ essa, tuttavia, ha trovato applicazione nella ricostruzione del fenomeno della intestazione fiduciaria di titoli azionari, essendo per i titoli di credito tradizionalmente ammessa la possibilità di tenere distinte la

¹⁰ Vedi, per tutti, CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit, p. 9 e ss.

¹¹ Cfr. AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. Priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 506 e ss.

titolarità del diritto incorporato nel documento e la legittimazione al suo esercizio¹².

Ammessa, comunque, la possibilità di differenti configurazioni del negozio fiduciario, si pone il problema di verificare quale, tra esse, sia stata adottata, in concreto, dal fiduciante e dal fiduciario: orbene, mantenendo ferma la corretta impostazione del problema, lo stesso non può risolversi aprioristicamente, come si è detto, attribuendo ad una delle due ricostruzioni proposte (ed in specie, come la dottrina più risalente conclude immancabilmente per fare, alla fiducia di tipo romanistico) un diritto di esclusiva, ma soltanto ricorrendo all'interpretazione della volontà delle parti, onde verificare se il fiduciante ha inteso trasferire al fiduciario la piena titolarità ovvero la sola legittimazione o, ancora, se il fiduciante ha inteso subordinare ad una condizione risolutiva l'operazione¹³.

Se, talvolta, il problema interpretativo, nei termini proposti, può agevolmente risolversi sulla base delle indicazioni che

¹² ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966. Nello stesso senso depongono le norme contenute nell'art. 1, ultimo comma, del Regio Decreto n. 239 del 29 marzo 1942 e nell'art. 9 della Legge n.1745 del 29 dicembre 1962, secondo cui le società fiduciarie che abbiano intestati al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli stessi. La possibilità di scindere la titolarità dalla legittimazione all'esercizio dei diritti sociali è stata ammessa anche nelle società a responsabilità limitata da JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giurisprudenza Commentata*, 1979, I, p. 81 e ss.

¹³ Così CARNEVALI, voce *Negoziio giuridico – III) Negoziio fiduciario*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990, e CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 15, ivi citato; nello stesso senso anche LIPARI, *Il negoziio fiduciario*, Milano, 1964, il quale, tuttavia, parte da una negazione delle tradizionali impostazioni sistematiche di approccio al problema per esporre una ricostruzione personale basata sulla sostanziale negazione della possibilità di ricondurre ad unità attraverso la creazione di una categoria giuridica i molteplici aspetti pratici del fenomeno.

emergono da specifiche clausole contrattuali, come quelle in genere contenute nei contratti di amministrazione stipulati con società fiduciarie, da cui risulta senza possibilità di errore la volontà di non trasferire la titolarità del diritto¹⁴, altre volte sarà necessario indagare la volontà delle parti prendendo in considerazione altri elementi. Nella *fiducia cum creditore*, per esempio, in mancanza di altre indicazioni, dovrà ricondursi, preferibilmente, la volontà delle parti alla conclusione di un patto fiduciario di tipo romanistico: e ciò perché la funzione di garanzia è attuata in modo più sicuro ed efficace se il bene dato in garanzia esce dal patrimonio del debitore (fiduciante), così da sottrarlo alle pretese di altri creditori o ad atti di disposizione da parte del fiduciante stesso tali da vanificare le attese del creditore (fiduciario).

La distinzione tra le due forme di fiducia – romanistica e germanistica – è, tradizionalmente, esaminata con carattere di priorità rispetto alle altre caratteristiche dell’istituto. La dottrina classica, infatti, ha insegnato a lungo che l’ambito dell’indagine, nel nostro ordinamento, sarebbe limitato alla fiducia di tipo romanistico, o partendo dal presupposto che nel nostro sistema non è possibile la creazione di posizioni reali opponibili ai terzi caratterizzate da un contenuto atipico, intendendosi per tali le ipotesi di creazione in capo al fiduciario di diritti reali limitati al

¹⁴ Cfr. CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario di Diritto Privato* a cura di Irti, 1, *Diritto Civile*, Milano, 1980.

di fuori di quelli legislativamente tipizzati; o ponendo l'accento sulla tipicità delle cause traslative idonee a produrre l'effetto del trasferimento, tra le quali non sarebbe annoverata la *causa fiduciae*; o, ancora, partendo dalla considerazione che la norma cardine del sistema di responsabilità patrimoniale, l'articolo 2740 c.c., non ammetterebbe la separazione dei patrimoni, se non nelle ipotesi legislativamente previste, per desumerne che le ipotesi di fiducia di tipo germanistico, nel nostro ordinamento, sarebbero tutte di fonte legale e che sarebbe precluso all'autonomia privata crearne di nuove.

Di questo problema, che assume nuovo interesse e nuova luce, nell'ultimo decennio, per via dell'armonizzazione del diritto in atto nel sistema comunitario nel quale il nostro ordinamento deve essere necessariamente inserito in maniera armonica, si tratterà in seguito¹⁵, ponendosi ora, in primo luogo, la necessità di dare conto della ricostruzione della fiducia di tipo romanistico nella letteratura tradizionale.

1.3 Incongruenza del mezzo rispetto allo scopo e potestà di abuso

Secondo la concezione tradizionale e dominante, due profili

¹⁵ Cfr. *infra*, Capitolo VI.

caratterizzano in maniera peculiare il fenomeno del rapporto fiduciario: l'incongruenza del mezzo adoperato e dello scopo divisato¹⁶, da un lato, la "potestà di abuso" del fiduciario, dall'altro¹⁷.

Relativamente al primo profilo, può osservarsi che nella fiducia viene adoperata dalle parti una forma giuridica che assicura più di quanto occorre per il conseguimento del risultato programmato: più precisamente le parti scelgono di porre in essere un negozio giuridico i cui effetti vanno oltre lo scopo divisato, come ad esse è ben noto¹⁸.

La non coincidenza tra scopo immediato (*id est*: mezzo adoperato) e scopo ulteriore, può essere considerata sotto differenti aspetti ed in diversi momenti¹⁹. Così, si parla di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo in termini quantitativi, con i termini di estensione²⁰ o di intensità²¹, o in termini

¹⁶ Sono questi i termini abitualmente adoperati per tradurre la formula di chi per primo la propose: "Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel" (così REGELBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in *Arch. Civ. Pr.*, 1880, LXIII, p. 173.).

¹⁷ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 578, secondo cui l'eccedenza del mezzo tecnico sullo scopo pratico "si presta ad abuso della fiducia, da parte del fiduciario".

¹⁸ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 250

¹⁹ Quasi tutti gli Autori ripongono la caratteristica propria dei negozi fiduciari nell'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo. Per una rassegna delle posizioni si vedano gli A. citati in GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 38, nota 3, secondo cui, tuttavia, non vi sarebbe sproporzione tra mezzo e scopo, perché l'attribuzione patrimoniale è indispensabile per il conseguimento dello scopo pratico avuto di mira dalle parti (cfr. anche *infra*, § 1.4).

²⁰ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 251.

²¹ FERRARA JR., *La girata nella cambiale*, Roma, 1935, p. 509.

qualitativi²²; ovvero si mette in evidenza che vengono posti a raffronto termini del tutto eterogenei²³ e si prospetta l'eventualità, a proposito dell'espressione che nella fiducia "*si ha un negozio più forte per il raggiungimento di uno scopo più debole*", che la formula sia ellittica e che, quindi, si possano raffrontare solo negozi con negozi e scopi con scopi²⁴, fino a considerare accettabile l'affermazione che l'inomogeneità sussiste nei limiti in cui il fenomeno del negozio fiduciario "*è caratterizzato dalla circostanza che attraverso il negozio risultante dalla dichiarazione le parti mirano al raggiungimento di uno scopo pratico che non è quello tipico del negozio medesimo*"²⁵.

Nella stessa direzione, ma con singolare inversione di prospettiva, si è anche affermato che, per il caso normale di alienazione di un diritto reale, l'acquisto della titolarità è strumentale e transitorio, trattandosi di una "*alienazione a destinazione ulteriore*" e che, se il mezzo prescelto (l'atto di

²² DE MARTINI, *Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, XXI, I, p. 187, secondo cui la non omogeneità tra scopo e mezzo può divenire quantitativa o rimanere semplicemente qualitativa.

²³ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 252 e ss.

²⁴ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p.253, il quale precisa che, così facendosi, le difficoltà di confronto aumentano, "*perché davvero non si intende in che cosa posso un negozio o uno scopo essere forte o debole*" più di un altro.

²⁵ GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., secondo cui, tuttavia, la formulazione può ammettersi, al più, nelle ipotesi di *fiducia cum creditore*, nelle quali un pegno o un'ipoteca servirebbero altrettanto bene allo scopo, ma non nelle ipotesi di *fiducia cum amico*, nelle quali un mandato sarebbe insufficiente al raggiungimento del fine pratico divisato, tutte le volte in cui un effetto reale appaia indispensabile per il conseguimento del risultato voluto, sicchè in tali casi il negozio reale e l'effetto traslativo risponderrebbero all'intento delle parti senza eccedere lo stesso.

alienazione) si considera in relazione al risultato finale cui le parti tendono “*esso produce un minus di effetti*” – e non già, quindi, un *plus* – “*perché dà luogo unicamente all’acquisto transitorio, e non alla realizzazione dello scopo ulteriore per il conseguimento del quale l’acquisto medesimo è stato effettuato*”²⁶.

Di “potestà di abuso” si parla, invece, con riferimento alla considerazione che il fiduciario possa fare uso del potere giuridico trasmessogli in contrasto con le finalità per la cui realizzazione il trasferimento stesso ha avuto luogo²⁷.

Secondo alcuni, la formula della potestà di abuso non sarebbe altro che la traduzione, in termini soggettivi, di quella dell’eccedenza del mezzo rispetto allo scopo²⁸; secondo altri, essa sarebbe l’unica in grado di cogliere e porre in risalto le caratteristiche proprie del negozio fiduciario²⁹.

Con riferimento all’ipotesi di trasferimento di un diritto reale, l’abuso può rilevarsi nell’esercizio del potere che contrasti con le finalità fiduciarie e che, quindi, sia un esercizio legittimo ma non coerente e congruo con le stesse, ovvero – ove si dia rilievo

²⁶ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 253.

²⁷ Per GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 355 la potestà di abuso “*corrisponde all’esistenza di un semplice affidamento personale all’accipiente che questi non farà uso del potere giuridico trasmessogli che sia in contrasto con le finalità economiche per cui gli è trasmesso quel potere*”.

²⁸ OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 65; per LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 101, l’apparente contraddizione che si ha tra i due termini di potere e di abuso nient’altro significa che “*un diverso modo di prospettare il ricordato scompensato tra mezzo e scopo*”.

²⁹ GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 335 e 364.

funzionale ai modi di esercizio del potere – in un esercizio che travalichi i modi convenuti tra titolare e costituente, risolvendosi in un inadempimento³⁰.

La formula, di per sé alquanto generica, e da alcuni contestata³¹, trova un riscontro nell'alea, o rischio, o situazione di pericolo³², che è al centro del fenomeno fiduciario e ne costituisce il fulcro, con riferimento alla possibilità che il fiduciario tradisca la volontà del fiduciante senza possibilità di reazione (o con possibilità di reazione limitate) da parte di quest'ultimo.

Entrambe le formule di cui innanzi colgono, in sostanza, il profilo pratico preminente nell'operazione fiduciaria, che è quello di raggiungere un determinato scopo attraverso la collaborazione di un soggetto, il fiduciario, non coercibile con i mezzi normalmente utilizzati dal nostro ordinamento; nessuna delle due formule, tuttavia, è sufficiente a dare al fenomeno in esame una compiuta giustificazione sul piano causale e, conseguentemente, a spiegare la struttura del negozio fiduciario.

³⁰ LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 102 e ss.

³¹ LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 105, secondo cui l'abuso rientra tra i poteri del fiduciario.

³² Di alea parla PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit. . 333; di situazione di pericolo CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli.

1.4 La fiducia legale: esclusione dal campo dell'indagine

Esistono, nel campo del diritto privato, figure che lo stesso legislatore qualifica come “fiduciarie”: ci si riferisce, in particolar modo, alla disposizione testamentaria fiduciaria, di cui all'articolo 627 c.c., ed alle varie ipotesi di intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali (disciplinate in diverse leggi speciali).

Al riguardo, l'atteggiamento della dottrina non è costante ma deve rilevarsi che, quasi unanimemente, si ritiene che la cosiddetta fiducia legale non sia vera fiducia³³, giacchè essa *“nega con l'aggettivo il sostantivo; almeno nel senso che fa venir meno quei tipici problemi di costruzione che sono caratteristici del fenomeno fiducia, e rinvia ai comuni problemi di applicazione ed interpretazione della legge”*³⁴.

Per l'opinione assolutamente dominante, infatti, vi sarebbe un insanabile contrasto tra il fondamento della fiducia in senso stretto, che si rinviene nella necessità di fare affidamento sulla

³³ Ed in tal senso cfr. MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit.; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 355 e ID., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 552; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p.248 e p. 318; *Contra* LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 82, il quale sostiene, coerentemente con la propria opinione secondo cui la fiducia è un fenomeno metagiuridico, *“che la tradizionale preclusione in ordine alla cosiddetta fiducia legale potrebbe rappresentare semmai un dato conclusivo”* dell'indagine e non un punto di partenza della stessa, rilevando altresì come sia *“per lo meno singolare che, nell'angolo di questa visuale, che non riesce a cogliere nel disegno della fiducia le linee di una disciplina positiva, proprio le ipotesi che il nostro legislatore ha inteso ricondurre entro quei contorni sarebbero invece da ritenere estranee al genuino fenomeno fiduciario”*.

³⁴ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 248.

fedeltà del fiduciario per realizzare gli scopi desiderati, in mancanza di strumenti adatti apprestati dal diritto positivo, e le ipotesi in cui un comportamento, pur definito “fiduciario”, sia imposto dalla legge.

Ne discende che, secondo la *communis opinio*, le ipotesi di fiducia legale valgono a tracciare i confini del fenomeno della fiducia in senso stretto – o della fiducia volontaria – individuando uno spazio operativo per la stessa in quel campo di rapporti per i quali costituisca elemento essenziale un leale comportamento del fiduciario al di fuori della coazione legale.

Da quanto innanzi detto, deriva che la quasi totalità delle discussioni in relazione al negozio fiduciario hanno riferimento ad un campo di applicazione piuttosto limitato che si va via via, nel corso di questa indagine, delineando: da un lato, la pretesa inammissibilità di una fiducia di tipo germanistico nel nostro ordinamento e, dall’altro, l’estromissione delle ipotesi di fiducia legale da quelle indicative ai fini della ricostruzione del fenomeno, hanno spinto gli studiosi della materia a concentrarsi sul negozio fiduciario di tipo romanistico, facendo sì che le diverse elaborazioni del profilo causale e di quello strutturale del medesimo procedessero, in massima parte, dalla premessa, in linea con quanto insegnato dalla dottrina più tradizionale, che solo questo tipo di negozio fiduciario è dato riscontrare nel nostro sistema.

Per tale motivo, si rimanda alle sezioni successive l'analisi della fiducia di tipo c.d. germanistico e della sua principale e maggiormente discussa figura applicativa (il *trust*).

CAPITOLO II – CAUSA, STRUTTURA E PROFILI APPLICATIVI DEL NEGOZIO FIDUCIARIO

2.1 La fiducia romanistica. Profili causali - 2.2 Critiche alle ricostruzioni causali prospettate - 2.3 Negozio fiduciario, negozio indiretto, simulazione e negozio fiduciario non patrimoniale - 2.4 Adempimento ed inadempimento del pactum fiduciae - 2.5 Negozio fiduciario e mandato post mortem - 2.6 Fiducia cum creditore e divieto del patto commissorio

2.1 La fiducia romanistica. Profili causali

Il tradizionale problema relativo al negozio fiduciario è stato quello di dare ad esso un fondamento causale idoneo a giustificare la sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico³⁵.

³⁵ Sfuggono a tale problema coloro i quali, come TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, cit., ritengono che la fiducia sia sottesa ad una fenomenologia che non fa nascere obblighi giuridici, ma solo morali, in analogia a quanto accade nelle ipotesi di obbligazioni naturali e che, in definitiva, l'utilizzazione di un negozio fiduciario non rappresenti un espediente indispensabile per colmare le lacune di un diritto rigido e incompleto (della disciplina della fiducia) né un mezzo tecnico necessario per realizzare uno specifico assetto di interessi non altrimenti conseguibile, ma sia un mezzo che il diritto né contrasta né direttamente tutela, per il conseguimento di determinati risultati pratici, talché la fiducia si sostanzierebbe non in un patto o in un accordo tra fiduciante e fiduciario, ma in una semplice "intesa" in ordine al "disegno" da realizzare, disegno che "non è una programmazione giuridicamente impegnativa degli interessi in gioco, ma è semplicemente l'indicazione di una serie di atti o di attività rivolti al detto fine, il cui compimento è però rimesso ai soggetti a ciò legittimati, nella osservanza di un dovere morale e quindi senza esservi giuridicamente tenuti."

Una prima opinione, pur sostenuta da diversi Autori con varie sfumature, ritiene che le parti, raggiungendo un accordo rivolto alla tutela delle esigenze sottese al negozio fiduciario e, quindi, al soddisfacimento dei relativi interessi, diano vita ad un negozio caratterizzato da un'autonoma *causa fiduciae*³⁶.

Tale impostazione, formatasi soprattutto con riferimento alle ipotesi in cui il fiduciante trasferisca al fiduciario una situazione giuridica reale di cui è già titolare, limitata dal concorrente obbligo a carico del fiduciario, parte dalla considerazione che, nel negozio fiduciario, la volontà delle parti è specificamente indirizzata al conseguimento di un effetto giuridico – consistente nel trasferimento del diritto – che è, tuttavia, tipico di un intento empirico che le parti non hanno: si verifica, pertanto, una divergenza tra l'intento giuridico che muove i contraenti e l'intento empirico cui normalmente (o tipicamente) quell'intento giuridico si ricollega³⁷.

Pur senza voler revocare in dubbio che i soggetti, nello svolgimento di un determinato atto di autonomia, mirano, di regola, ad uno scopo pratico cui l'ordinamento, e solo l'ordinamento, ricollega un determinato effetto giuridico, il più

³⁶ Tra gli Autori che sostengono tale tesi si ha, comunque, una pluralità di orientamenti determinati dai contrasti netti che esistono già sul piano delle premesse, e che proseguono su quello dei passaggi logici: così, sul concetto stesso di *causa fiduciae*, sul modo di intendere la causa del negozio giuridico in generale e di quello fiduciario in particolare, sulla possibilità di rilevanza del motivo lecito e, più in generale, sulla astrattezza del negozio giuridico, sul preteso principio del *numerus clausus* dei negozi costitutivi di diritti reali, sulla portata degli artt. 1322 e 1376 c.c., e così via.

³⁷ GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 345 e ss.; CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, cit.

possibile rispondente a quello scopo, si contesta, tuttavia, che l'autonomia contrattuale si esaurisca sempre e solo nel predisporre l'elemento di fatto del negozio, essendo conseguentemente esclusa *“ogni libertà di scelta del mezzo destinato a realizzare l'intento empirico tipico perseguito”*³⁸; da ciò deriverebbe che non è esatto ritenere che l'ordinamento giuridico *“prenda in considerazione solo l'intento empirico desumibile dal negozio concreto”*³⁹ giacchè, viceversa, l'essenzialità al concetto di negozio della direzione della volontà ad un determinato scopo pratico non esclude che *“alcune categorie di negozi (...) siano contraddistinte appunto dalla direzione della volontà all'effetto giuridico”*⁴⁰.

Tale specifico intento giuridico può assumere rilevanza autonoma tutte le volte in cui esso sia *“divergente dall'intento empirico tipico che normalmente il diritto riconosce e tutela come proprio di un determinato schema causale e – per così dire – assegna alla parte”*; la rilevanza, in altri termini, si determina nelle ipotesi in cui *“le parti perseguono uno scopo pratico che, rigorosamente parlando, è fuori dalla legge, cioè non è contemplato dalla legge nella fattispecie tipica, ma tuttavia*

³⁸ GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XXIV, 1936, p. 107 .

³⁹ GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico*, cit., p. 107.

⁴⁰ GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico*, cit., p. 107; tipico esempio di tale situazione sarebbe, secondo l'Autore, il matrimonio. Cfr. GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, 1951, p. 580 e MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1948.

l'intento giuridico configura uno scopo atipico che è sussumibile nell'ambito della privata autonomia in virtù del riconoscimento contenuto in via generica nell'articolo 1103 c.c. (corrispondente all'art. 1323 c.c. vigente)”⁴¹.

Con ciò non s'intende ammettere la possibilità di una divergenza, nel negozio concreto, tra intento giuridico e scopo pratico, ma soltanto la possibilità che la direzione della volontà dei soggetti ad un determinato effetto giuridico acquisti rilevanza autonoma quando non sia riconducibile ad uno scopo empirico tipico, non corrispondendo quest'ultimo allo scopo pratico avuto di mira, in ultima analisi, dagli stessi.

Anche nel negozio fiduciario la direzione della volontà dei soggetti verso un determinato effetto giuridico appaleserebbe lo scopo pratico che essi intendono conseguire, con la particolarità che la volontà si caratterizzerebbe per essere diretta *“ad un effetto giuridico che è tipico di un intento empirico che le parti non hanno”*⁴². In altri termini, nel caso di negozio fiduciario, la direzione della volontà di rivolgerebbe alla produzione di un determinato scopo pratico, desumibile in concreto dallo specifico intento giuridico che muove i soggetti, con la particolarità che tale scopo pratico non sarebbe coincidente con lo scopo empirico tipico normalmente corrispondente ad una

⁴¹ GRASSETTI, *Il concetto del negozio fiduciario*, cit., p. 375 e ss.

⁴² GRASSETTI, *Il concetto del negozio fiduciario*, cit., p. 362.

manifestazione di volontà intesa alla realizzazione di quell'intento giuridico.

Così ragionando, occorrerebbe, allora, chiedersi se l'intento giuridico ravvisabile nella fattispecie concreta sia rilevante in quanto diretto ad individuare una *species* del *genus* negozio giuridico: in particolare, la *species* del negozio fiduciario e, al contempo, uno scopo pratico atipico. Una tale indagine, secondo l'opinione in commento, non troverebbe alcun ostacolo nel preteso principio del numero chiuso dei negozi ad effetti reali giacché una cosa è il principio di tipicità dei diritti reali, altra cosa è il preteso numero chiuso dei negozi con i quali di essi si può disporre⁴³.

Ciò che la legge richiederebbe, perché si attui il trasferimento, sarebbe solo che, nel negozio traslativo concretamente posto in essere, sia indicato il sistema di interessi che il trasferimento è destinato a realizzare, e che si tratti di interessi meritevoli di tutela⁴⁴.

Nel negozio fiduciario, quindi, l'effetto obbligatorio non costituirebbe un limite all'effetto reale, ma si troverebbe legato ad esso da un rapporto di reciproca interdipendenza. Il rapporto di interdipendenza in parola, tuttavia, non sarebbe un tradizionale sinallagma di corrispettività economica, ma si coglierebbe sotto

⁴³ GRASSETTI, *Il concetto del negozio fiduciario*, cit., p. 367. L'argomento sarà trattato più ampiamente *infra*, nella sezione terza, § 6.5, cui si rimanda.

⁴⁴ In questi termini CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 134 e ss.

il profilo funzionale, nel senso che l'attribuzione patrimoniale (*id est*: l'effetto traslativo) sarebbe solo il mezzo necessario a rendere, in concreto, possibile al fiduciario il mantenimento di un determinato comportamento (l'obbligo consacrato nel *pactum fiduciae*) in ordine alla situazione giuridica trasferita.

In altri termini, l'effetto obbligatorio costituirebbe esso stesso la causa giustificatrice dell'effetto reale traslativo⁴⁵ con la conseguenza che il ricorso alla figura del negozio fiduciario sarebbe ammissibile tutte le volte in cui l'effetto obbligatorio divisato dalle parti, che coinciderebbe con la causa dell'attribuzione, fosse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.⁴⁶

In definitiva, il negozio fiduciario sarebbe un negozio unitario, causale ed innominato, sostenuto da un'autonoma *causa fiduciae*, socialmente tipizzata⁴⁷ o atipica, in modo assoluto o relativo, consistente genericamente nell'affidamento⁴⁸ del fiduciante sul leale comportamento del fiduciario e, più specificamente, nella creazione di una posizione fiduciaria, che si concreterebbe “*nella funzione di utilizzazione della titolarità di un diritto reale ad un fine più ristretto di ciò che la titolarità*

⁴⁵ GRASSETTI, *Il concetto del negozio fiduciario*, cit., p. 368 e ss.

⁴⁶ CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, cit.

⁴⁷ DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1946, I, 2, p. 326, secondo cui il negozio fiduciario è una “*categoria giuridica tipizzata socialmente dalla cosiddetta causa fiduciae e indipendente dalle cause tipizzate legislativamente*”.

⁴⁸ GRASSETTI, *Il concetto del negozio fiduciario*, cit., p. 364: “*Il negozio implica affidamento del trasferente all'accipiente*”.

*medesima comporterebbe e quindi nel circoscrivere con effetti obbligatori una attribuzione effettuata senza limiti sul piano reale*⁴⁹, ovvero, in altri termini, il rapporto giuridico obbligatorio “*non è creato solo per indebolire il contratto reale, ma esso contiene simultaneamente anche la causa per la costituzione del potere giuridico del fiduciario*”⁵⁰.

Secondo un'altra corrente di pensiero, pure autorevolmente rappresentata⁵¹, non potrebbe ammettersi, nel nostro ordinamento, un negozio fiduciario contraddistinto da un'autonoma *causa fiduciae* che, in sostanza, si risolverebbe in un'arbitraria e non consentita astrazione dalla causa del negozio tipico; il negozio fiduciario, secondo tale opinione, è pur sempre un negozio unitario, ma si risolve in un negozio causale tipico, sostenuto da una causa diversa da quella fiduciaria e coincidente con quella dei tipici negozi traslativi (e, dunque, una *causa*

⁴⁹ DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario*, cit., p. 326.

⁵⁰ GRASSETTI, *Il concetto del negozio fiduciario*, cit., p. 375, il quale rileva che, se l'intento economico sociale che le parti perseguono attraverso il *pactum fiduciae* è sussumibile nel concetto di autonoma privata, esso varrà anche a giustificare il trasferimento del diritto reale, sempre che il trasferimento stesso sia un presupposto necessario per il raggiungimento degli scopi divisati e conclude che “*di negozio fiduciario si può, nel nostro sistema, parlare come negozio causale, di cui è caratteristica una atipica causa fiduciae. Questa causa è atipica nel senso che attraverso l'elemento di fatto di ogni negozio fiduciario le parti perseguono un intento che non è dal legislatore previsto in via specifica. E detto intento, almeno per i casi di fiducia cum amico è non tanto un dare per riavere, quanto un dare per aver da riavere, per fare avere ad altri*”, rilevando che, in certi casi, “*è meglio aver da avere che avere*”. Di *causa fiduciae* come causa che sostiene il trasferimento del diritto parla anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 230, ma solo per sostenere che la stessa dovrebbe rappresentare la ragione sottostante di un atto traslativo astratto, per concludere, ritenendo inesistente nel nostro ordinamento il negozio traslativo astratto, che non potrebbe mai aversi un negozio causale fiduciario.

⁵¹ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 180 e ss.

vendendi, donandi, permutandi, etc.), adattato a scopi ulteriori o fiduciari⁵².

L'ammissibilità del negozio fiduciario risulterebbe, per questa via, condizionata da due elementi: “*un negozio idoneo al trasferimento del dominio separato dal negozio causale, e l'astrattezza di quel negozio, di guisa che esso produca i suoi effetti reali anche in difetto di una causa idonea al trasferimento del dominio*”⁵³.

Con la conseguenza che, per chi non ammette l'astrattezza dell'atto di disposizione, il negozio fiduciario si risolve in un negozio causale traslativo tipico, utilizzato a fini indiretti: in questa prospettiva, lo scopo ulteriore può essere diverso e minore di quello tipicamente perseguito con il negozio posto in essere, ma tale differenza non penetra nella causa del negozio e resta confinata sul piano dei motivi risultando, in quanto tale, giuridicamente irrilevante.

Per chi viceversa, ritiene che l'atto di disposizione astratto trovi ancora cittadinanza nel nostro ordinamento⁵⁴, si farà

⁵² TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, cit., p. 40, nota che, però, seguendo tale impostazione, laddove lo scopo ulteriore corrisponda alla causa di un negozio obbligatorio tipico, la ricostruzione in esame non presenta profili sostanziali di differenza con l'opinione, esposta *infra*, secondo cui nel negozio fiduciario si avrebbe un fenomeno di collegamento negoziale.

⁵³ SEGRÈ, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legali*, vol. II-III, a cura di S. Galgano, Milano, 1929, p. 834 e ss.

⁵⁴ Ci si riferisce, in particolare a BERTINI, *I negozi fiduciari di preparazione all'adempimento*, Milano, 1940, la cui tesi presuppone l'accoglimento della nota teoria di GORLA (*L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, p. 1 e ss.; *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, p. 16 e ss.) sull'autonomia dell'atto (unilaterale) di disposizione rispetto al (contestuale) contratto traslativo che ne costituisce la causa.

riferimento, per giustificare l'attribuzione, ad una *causa solvendi, acquirendi, donandi*, negandosi anche qui rilievo (almeno con riferimento alla *fiducia cum creditore*) alla funzione propria del *pactum fiduciae* che riguarda l'esigenza di vincolare il fiduciario ad un determinato uso del potere che gli è stato trasferito⁵⁵.

Esaurita l'analisi delle opinioni che tentano di dare spiegazione al negozio fiduciario mediante l'individuazione di una struttura unitaria, è opportuno dar conto della principale teoria alternativa alle stesse, tradizionalmente accolta dalla maggior parte della nostra dottrina nonché dalla giurisprudenza quasi unanime, sulla scorta della tradizione romanistica.

Partendo dal rilievo che una autonoma *causa fiduciae* idonea a spiegare l'effetto traslativo non è ammissibile nel nostro

Più precisamente, il Bertini muove dal presupposto che, nel nostro ordinamento, il trasferimento ha sempre luogo per il tramite di un atto di disposizione unilaterale, autonomo rispetto all'attribuzione che di quell'atto dispositivo costituisce l'effetto, ed astratto nel senso che “*lo scopo dell'atto di disposizione in sé non ha alcuna rilevanza giuridica, e solo ha invece rilevanza per il diritto lo scopo dell'attribuzione*”; di guisa che l'atto di attribuzione, rispetto al quale rilevarebbe la qualificazione causale, presiederebbe la stabilità dell'effetto traslativo finché sostenuto da una valida causa, e sarebbe travolto dal diritto alla restituzione che sorgerebbe in capo al disponente ove tale causa mancasse. Anche nel negozio fiduciario l'atto di trasferimento “*in esso racchiuso, ma da esso in realtà indipendente*” produrrebbe senz'altro l'effetto di trasferire al fiduciario la titolarità del diritto; tuttavia, in tal caso, la stabilità dell'effetto traslativo non riposerebbe su una *causa fiduciae* dal momento che – almeno nelle ipotesi di *fiducia cum creditore* – mancherebbe un diritto attuale (anteriore, cioè, all'estinzione del debito) da parte del debitore, alla restituzione del bene trasferito, quanto, piuttosto: su una *causa solvendi* se il debitore si è previamente obbligato a compiere fiduciarmente l'attribuzione; su una *causa donandi* ove tale obbligo manchi e non vi sia alcun vantaggio per il trasferente; su una *causa acquirendi* se il trasferimento è compiuto, pur senza obbligo, per ottenere dall'altro contraente un vantaggio o una controprestazione.

⁵⁵ Ma, contro la tesi dell'atto di disposizione come autonomo rispetto al contratto traslativo ed astratto, già sotto il vecchio codice si erano espressi REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1934, p. 85; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 227.

ordinamento e che lo scopo fiduciario al più può rilevare sul piano dei motivi, assumendo giuridica rilevanza solo mediante una espressa previsione in tal senso dei contraenti, la giurisprudenza italiana ha più volte ribadito che, nel fenomeno in esame, è possibile ravvisare il collegamento di due differenti negozi, connessi da una comune congruenza funzionale o da un'unica finalità economica⁵⁶.

Più precisamente, ogni fattispecie fiduciaria risulterebbe dalla combinazione di due negozi strumentalmente collegati, di cui l'uno produttivo dell'effetto reale del trasferimento della titolarità del diritto al fiduciario, e l'altro produttivo dell'effetto obbligatorio di imporre al fiduciario l'uso convenuto del diritto trasferito⁵⁷.

Esaminando analiticamente l'indirizzo giurisprudenziale riferito, si può notare che talvolta ci si è limitati a considerare il negozio fiduciario un negozio "accessorio e complementare"⁵⁸ (al negozio traslativo); in altre occasioni, invece, si è affermato espressamente che il negozio obbligatorio sarebbe un mandato e costituirebbe la causa del negozio di trasferimento, con la

⁵⁶ Cfr. LIPARI, *il negozio fiduciario*, cit., p. 304.

⁵⁷ Tra le altre, cfr. Cass. 7 agosto 1982, n. 4438, in *Foro It. Mass.*, 1982, p. 926; Cass. 3 aprile 1980, n. 2159, *ivi*, 1980, p. 426; Cass. 19 febbraio 1971, n. 435, *ivi*, 1971, p. 137; Cass. 30 gennaio 1968, n. 296, in *Giustizia Civile*, 1968, I, p. 609; Cass. 24 gennaio 1967 n. 215, in *Giurisprudenza Italiana*, 1967, I, 1, p. 1258; Cass. 23 luglio 1962, n. 2035, in *Foro It. Mass.* 1962, p. 609; Cass. 18 aprile 1957, n. 1331, in *Giustizia Civile*, 1957, I, 1961; e, per la giurisprudenza di merito, Tribunale Milano, 18 aprile 1974, in *Giurisprudenza Commentata*, 1975, II, p. 694, con nota di CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*.

⁵⁸ Cass. 3 aprile 1980, n. 2159, cit.

conseguenza che l'eventuale nullità del negozio obbligatorio (*id est*: del *pactum fiduciae*) priverebbe di causa il negozio traslativo determinandone la nullità⁵⁹; altre volte, infine, si è ritenuto che il negozio fiduciario sarebbe un negozio reale tipico corretto da una clausola di natura obbligatoria⁶⁰.

In tutte le sue formulazioni, l'opinione riferita non appare troppo lontana da quella secondo cui il negozio fiduciario sarebbe un negozio causale a causa tipica adattato a scopi ulteriori o fiduciari, differenziandosene solo perché presuppone e comporta che i negozi siano due ed il nesso che li unisce non incida sulla distinzione e sulle diversità che stanno a fondamento dei due negozi⁶¹. Di questi due negozi, si afferma ancora, quello traslativo – c.d. negozio “esterno” – sarebbe astratto e quello obbligatorio – c.d. negozio “interno” – rappresenterebbe la causa del primo⁶².

Si deve, infine, per completezza di esposizione, dar conto di un'opinione, autorevole quanto isolata, di un autore che non si è appiattito su una delle due posizioni innanzi descritte – quella che ricostruisce il negozio fiduciario come un unico negozio e

⁵⁹ Tribunale Milano, 18 aprile 1974, cit.; in epoca più risalente, Cass. 30 agosto 1947, n. 1554, secondo cui il negozio interno di natura obbligatoria conterrebbe la vera causa del trasferimento della proprietà.

⁶⁰ Cass. 2 settembre 1953, n. 2931, in *Giurisprudenza Italiana*, 1954, I,1, p. 751; Appello Napoli, 5 ottobre 1972, in *Diritto Fallimentare*, 1972, II, p. 862.

⁶¹ In tal senso ancora Tribunale Milano, 18 aprile 1974, cit.

⁶² Si viene, così, a cogliere sul piano causale il collegamento tra i due negozi ma, procedendosi dalla premessa che uno dei due sia astratto, si incorre nelle medesime difficoltà relative all'ammissibilità di un negozio traslativo astratto nel nostro ordinamento di cui si è dato conto in precedenza.

quella che, viceversa, individua in esso un collegamento funzionale di due negozi differenti – cui, come si è detto, possono essere ricondotte le posizioni della maggior parte degli studiosi, per tentare una ricostruzione dell’istituto su un piano del tutto innovativo.

Ci si riferisce alla teoria del Lipari, secondo il quale si deve intendere il fenomeno in esame come un fatto socialmente rilevante e capace in sé, per l’intento delle parti ed i conformi comportamenti delle stesse, di assicurare, al di fuori degli schemi giuridici e senza bisogno di ricorrere agli strumenti sanzionatori e coattivi apprestati dall’ordinamento giuridico, il conseguimento dello scopo, ritenendo che la rilevanza giuridica di codesto fatto sia eventuale e successiva, divenendo attuale solo se ed in quanto il risultato pratico divisato non sia spontaneamente conseguito⁶³.

La tesi in esame, ampiamente svolta e sostenuta da approfondite indagini, ha senz’altro il merito di mettere in evidenza il profilo fattuale della fiducia, accostandolo ad ipotesi simili (rapporti di fatto e rapporti di cortesia) e dando risalto alla fiducia legale per tentare di utilizzarne i dati ai fini della ricostruzione di una disciplina giuridica del fenomeno, ma finisce col porre in secondo piano la posizione del fiduciario e i

⁶³ La teoria è compiutamente espressa nella monografia *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, e successivamente ripresa nell’opera *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, II, Padova, 1970.

suoi modi di costituzione, giungendo quasi a disconoscere rilevanza alla distinzione tra fiducia statica e dinamica.

2.2 Critiche alle ricostruzioni causali prospettate

In relazione a ciascuna delle tesi che precedono, gli stessi Autori che ne sostengono la validità, unitamente agli argomenti a favore dell'opinione che preferiscono, forniscono numerosi argomenti critici contro quelle disattese.

Relativamente all'opinione che ritiene il negozio fiduciario un negozio unitario sostenuto dalla *causa fiduciae*, l'obiezione più tradizionale risiede nella affermazione che i negozi traslativi sarebbero, nel nostro ordinamento, tipici, e che il principio della libertà contrattuale varrebbe solo per i negozi obbligatori. È evidente che tale rilievo critico presuppone l'adesione alla posizione secondo cui il principio del *numerus clausus* dei diritti reali trova corrispondenza in analoga limitazione relativamente al numero dei negozi costitutivi di tali diritti⁶⁴.

⁶⁴ Sotto il vecchio codice sostiene tale tesi CARIOTA FERRARA, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1937 I, 1, pp. 665-666; sotto il codice vigente, e nonostante la più ampia previsione dell'art. 1322, 2° comma, nello stesso senso PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit. ed anche ID., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Trim.Dir. Proc. Civ.*, 1950, p.25 e ss. Cfr *infra*, § 6.5.

Si osserva, ancora, che la tesi di una atipica *causa fiduciae* sarebbe inammissibile per il risultato cui conduce, consistente nella creazione di una forma di proprietà – la proprietà fiduciaria – priva di caratteri tipici ed immancabili del diritto di proprietà, quali la perpetuità e la facoltà di disposizione e, quindi, di una proprietà formale che costituirebbe un diritto reale nuovo e non previsto nel nostro ordinamento⁶⁵.

Si rileva, altresì, che, ai fini dell'individuazione della *causa fiduciae*, è opportuno distinguere l'ipotesi in cui la situazione soggettiva costituita in capo al fiduciario abbia carattere reale da quella in cui essa abbia natura personale⁶⁶.

Nel primo caso, dovrebbe escludersi l'ammissibilità di un negozio con *causa fiduciae*, sulla scorta del rilievo che la fiducia, intesa come affidamento sul leale comportamento del fiduciario per il conseguimento dello scopo pratico avuto di mira dalle parti, non è né intento, né interesse, né scopo; e che una *causa fiduciae*, posto che la si individui, non sarebbe capace, nel nostro ordinamento, di giustificare un negozio o tipo di negozio con cui le parti mirino a far sorgere in testa al fiduciario un diritto reale, diverso dalla proprietà o dagli altri diritti reali specificamente ammessi. E tale sarebbe, appunto, la situazione giuridica che viene ad esistenza in capo al fiduciario quando si

⁶⁵ RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Miano, 1937, p. 26; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 270 e ss.

⁶⁶ TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, cit., p. 42.

compongono e si fondono, attraverso il concorso, l'effetto reale e quello obbligatorio: in tal caso il diritto reale e la proprietà sarebbero fiduciari, tuttavia, essi “*mutano radicalmente natura e fisionomia sì da doversi considerare come diritti diversi dai diritti correlativi ai quali non inerisce la detta qualifica*”⁶⁷, venendosi, in tal modo, ad urtare contro il principio di tipicità dei diritti reali⁶⁸.

Nell'ipotesi in cui, invece, la situazione giuridica facente capo al fiduciario abbia natura personale, opera, in tutta la sua possibile ampiezza, il principio della libertà contrattuale di cui all'articolo 1322 cod. civ.: pertanto, il diritto (personale) esistente in capo al fiduciario viene ad assumere, per il concorso dell'obbligo giuridico derivante dall'accordo di fiducia, un suo contenuto nei limiti imposti dalla legge. Nonostante ciò, si sostiene⁶⁹, neanche in questo caso si può ammettere la figura del negozio tipico con *causa fiduciae* perché “*l'apporto di volontà,*

⁶⁷ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 332; secondo l'A., la costruzione del doppio negozio eviterebbe questo ostacolo perché il fiduciario acquista un diritto pieno ed illimitato ed il vincolo obbligatorio ha fonte in un negozio autonomo, laddove l'unificazione causale dell'elemento reale e di quello obbligatorio, ponendo a contatto questi due termini e legandoli intimamente tra loro, farebbe sorgere una proprietà formale e strumentale estranea al nostro diritto. *Contra* COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, I, Milano, 1980, p. 423 e ss., secondo cui forme di proprietà strumentale non sono ignote al nostro diritto (si pensi alla proprietà acquistata in nome proprio e per conto del mandante nel mandato senza rappresentanza) che, inoltre, consente espressamente vincoli negoziali al diritto di proprietà, come è dimostrato dai divieti negoziali di alienazione (art. 1379 c.c.); secondo l'A. è lo stesso riconoscimento del principio di libertà contrattuale che comporta, come imprescindibile conseguenza, la possibilità di influire sulle situazioni reali che ne costituiscono il risultato, adattandole e graduandole secondo gli interessi che muovono le parti.

⁶⁸ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 277, secondo cui “*nel nostro diritto positivo manca quel generico riconoscimento della proprietà fiduciaria, che possa consentire la creazione di vere e proprie situazioni fiduciarie, al di fuori di una qualsiasi previsione normativa*”.

⁶⁹ TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, cit., p. 43.

risultante dall'accordo fiduciario (...) non incide (perché non può incidere data l'omogeneità dei due scopi) sull'intento proprio" del negozio traslativo o costitutivo del diritto personale: "la situazione giuridica attiva (...) non cessa di essere tale e quale essa è in astratto ed era in concreto prima o al di fuori dell'accordo fiduciario (...) con la conseguenza che si ha un unico negozio, quello costitutivo o traslativo della situazione giuridica attiva, arricchito e incrementato da un altro apporto di volontà, che concorre con quel negozio, assumendo nell'ambito di questo una propria posizione (come clausola o patto)"⁷⁰.

Anche le argomentazioni avverse, di chi critica la teoria che riconduce il fenomeno fiduciario ad un collegamento negoziale, si appuntano prevalentemente sul profilo causale, dimostrando come sia su questo piano che si gioca la partita dell'inquadramento dell'istituto in esame nel nostro sistema.

Si osserva, infatti, che, se nel quadro dell'asserito collegamento negoziale si adopera, per ottenere l'effetto reale, un negozio che in nulla differisce da un normale negozio traslativo tipico, ed è caratterizzato da una delle cause traslative tipizzate dal nostro ordinamento, non si riesce a spiegare, poi, come la funzione propria di questo negozio possa essere realizzata in mancanza di una volontà in tal senso: ad esempio, nell'ipotesi di

⁷⁰ TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, cit., p. 43.

intestazione fiduciaria di un diritto, magari a scopi fiscali, si dovrebbe qualificare come vendita anche un negozio in cui faccia assolutamente difetto il corrispettivo, il che non è immaginabile⁷¹.

Secondo tale impostazione, non sarebbe, infatti, condivisibile l'affermazione⁷² secondo cui la causa di ogni negozio deve intendersi in senso meramente formale e deve, quindi, ritenersi sussistente anche quando nel pensiero delle parti non abbia che un'importanza economica minima, come avviene, ad esempio, nella vendita *nummo uno*. Viceversa, ove le parti facciano riferimento ad un negozio tipico, senza perseguirne l'intento empirico, dovrebbe necessariamente riconoscersi che il contrasto tra negozio causale tipico prescelto e intento fiduciario "*comporta l'annientamento per intime contraddittorietà di quel negozio causale tipico, che risulterebbe nel complesso non voluto e dissimulerebbe, in sostanza, un trasferimento fiduciae causa*"⁷³. Esclusa l'ammissibilità del ricorso ad un negozio traslativo tipico, si continua, non rimarrebbe che ricorrere alla ricostruzione secondo cui il negozio reale è astratto e trova la propria causa nel negozio interno obbligatorio: senonchè, nel nostro ordinamento non sarebbe ammesso un negozio traslativo astratto, con la conseguenza che la teoria del collegamento

⁷¹ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit.; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.

⁷² ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Saggi Giuridici*, Milano, 1949.

⁷³ CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, cit., p. 3.

negoziale non potrebbe trovare accoglimento per spiegare il fenomeno del negozio fiduciario⁷⁴.

2.3 Negozio fiduciario, negozio indiretto, simulazione e negozio fiduciario non patrimoniale

Posto che, con il negozio fiduciario, le parti perseguono intenti atipici ed ulteriori o, comunque, differenti, da quelli caratteristici del tipo negoziale utilizzato, sembrerebbe possibile, a prima vista, individuare una zona di interferenza tra negozi fiduciari e negozi indiretti.

Riguardo a questi ultimi, infatti, si è individuato un elemento caratteristico in ciò, che si utilizzano gli effetti giuridici di un determinato negozio per attuare scopi che trascendono gli scopi tipici dello stesso ed appartengono, invece, ad un diverso negozio che l'ordinamento non prevede espressamente e per il quale non appresta, dunque, mezzi diretti, ovvero prevede ma

⁷⁴ Obietta che l'astrattezza sarebbe ammessa nel nostro ordinamento in alcune ipotesi come, ad esempio, la girata cambiaria, per inferirne che la ricostruzione confutata sarebbe ammissibile almeno con riguardo alla girata fiduciaria, SEGRÈ, *Sul trasferimento di merci a scopo di garanzia*, cit. p. 832 e ss. *Contra* CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, cit., che rileva come la dottrina in tema di titoli di credito abbia chiarito che la girata non ha funzione di trasferire la proprietà del titolo all'ordine, ma solo la funzione di trasferirne la legittimazione, mentre il trasferimento della proprietà del titolo è effetto del c.d. negozio di trasmissione, al quale è riconosciuta natura causale.

con una disciplina e con effetti meno efficaci di quanto le parti intendono realizzare⁷⁵.

Occorre, peraltro, verificare tale affermazione di principio alla luce delle diverse ricostruzioni che si sono individuate del negozio fiduciario.

Per coloro i quali sostengono che il negozio fiduciario è un negozio unitario, sostenuto da una tipica causa traslativa, solo piegata a scopi fiduciari, è conclusione necessaria quella secondo cui il negozio fiduciario è esso stesso un negozio indiretto, ponendosi in rapporto di *species a genus* rispetto ad esso⁷⁶.

D'altra parte, se cade il presupposto da cui parte questa opinione, la possibilità, cioè, di piegare a fini fiduciari dei negozi causali tipici, non può che cadere anche la conseguente possibilità di includere i negozi fiduciari nel novero dei negozi indiretti.

Chi ricostruisce il negozio fiduciario come negozio causale atipico, non può trovare una collocazione dello stesso nell'ambito dei negozi indiretti ed, anzi, sostiene addirittura che la categoria dei negozi indiretti non esista: *“o sussiste anche empiricamente la causa tipica e allora il negozio produce i suoi effetti ed è valido, ma sono irrilevanti i motivi ulteriori che si*

⁷⁵ Cfr. GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, p. 772.

⁷⁶ In tal senso ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Saggi Giuridici*, Milano, 1949; GRECO, *Le società di comodo*, cit.; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.

*accompagnano a quella causa, onde ne deriva l'irrilevanza dogmatica della categoria; oppure la causa tipica non sussiste e allora è vano parlare di negozio indiretto perché si avrà o un negozio diverso o un negozio atipico*⁷⁷.

Neanche accedendo alla tesi secondo cui il negozio fiduciario sarebbe la risultante di un collegamento tra un negozio traslativo astratto ed un negozio obbligatorio che ne rappresenta la causa si addiuviene alla conclusione che negozio fiduciario e negozio indiretto coincidano: invero, il negozio indiretto postula sempre l'esistenza di un negozio causale, poiché nel negozio astratto manca uno scopo tipico ed è perciò impossibile immaginare una sua utilizzazione a fini indiretti⁷⁸.

Ne deriva che, ad eccezione dei sostenitori della tesi secondo cui il negozio fiduciario è un negozio causale tipico piegato a scopi ulteriori, gli autori che si sono occupati della questione sostanzialmente convergono nel ritenere che un'affinità tra negozio fiduciario e negozio indiretto sia individuabile solo sotto un profilo economico, ma che non sussista alcun punto di contatto tra le due figure sul piano giuridico⁷⁹.

Anche il problema relativo all'individuazione del criterio distintivo tra fiducia e simulazione è ricorrente nelle

⁷⁷ GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 363.

⁷⁸ GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, I, p. 414 e ss.

⁷⁹ E così, tra gli altri, PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, 1938; DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto, negozio simulato*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, I, p. 705 e ss.

elaborazioni dedicate al negozio fiduciario e si può dire, anzi, che esso costituisca il punto di partenza della maggior parte delle decisioni giurisprudenziali in materia⁸⁰.

Per lungo tempo le due figure furono sovrapposte, ritenendosi che il trasferimento del diritto al fiduciario fosse simulato e dissimulasse un mandato (*fiducia cum amico*) oppure un pegno (*fiducia cum creditore*).

È acquisizione successiva, ma entrata ormai nell'opinione comune della giurisprudenza⁸¹ e della massima parte della dottrina, che tra i due istituti esista una differenza piuttosto netta: nel negozio fiduciario, infatti, il trasferimento del diritto è effettivamente voluto dalle parti, anche se su di esso è destinato ad operare – in modo differente secondo quale ricostruzione del negozio fiduciario si preferisce – l'accordo fiduciario, e si pone come mezzo rispetto al fine ultimo divisato, giacchè solo l'investitura reale del fiduciario nel diritto consente a questo di perseguire la realizzazione dello scopo pratico voluto. In questi termini, appare evidente la distinzione tra negozio fiduciario e

⁸⁰ Tra le tante: Cass. 22 giugno 1968, n. 2097, in *Banca Borsa*, 1969, II, p. 181; Cass. 9 maggio 1966, n. 933, *ivi*, 1968, II, p. 197, Cass. 24 luglio 1964, n. 2018, *ivi*, 1965, II, p. 23; Cass. 27 febbraio 1962, n. 378, in *Rep. Foro It.*, 1962, voce “*Frode e simulazione*”, n. 14; Cass. 29 febbraio 1960, n. 361, in *Giur. It. Mass.*, 1960, c. 92 e ss.; Cass. 12 ottobre 1955, n. 3048, *ivi*, 1955, c. 737; Cass. 18 gennaio 1955, n. 1955, *ivi*, 1955, c. 26; cass. 30 dicembre 1954, n. 4638, in *Giur. It.*, I, 1, c. 503 e ss., nonché in *Riv. Dir. Comm.*, 1955, II, p. 337 e ss.; Cass. 11 agosto 1952, n.2646, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1953, I, p. 22 con nota di MIELE, *Distinzioni tra negozio fiduciario e negozio giuridico simulato*, p. 265 e ss.; Cass. 12 gennaio 1952, n. 59, in *Rep. Foro It.*, 1952, voce “*Frode e simulazione*”, nn. 25 e 27; Cass. 29 febbraio 1952, n. 553, *ibidem*, n. 14; Cass. 14 aprile 1950, n. 913, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, II, p. 241 e ss., con nota di CARIOTA FERRARA, *Negozio fiduciario e negozio indiretto*, p. 246 e ss.

⁸¹ Cfr. le pronunce di cui alla nota precedente.

negozio simulato, nel quale l'investitura nel diritto è solo apparente.

Appare superfluo, poi, precisare che il negozio fiduciario, come ogni altro negozio tipico o innominato, può ben essere esso stesso un negozio dissimulato dietro un differente negozio apparente⁸².

L'interferenza tra le due categorie appare particolarmente rilevante relativamente ai negozi fiduciari di carattere non patrimoniale.

L'esperienza storica, infatti, conosce anche figure di negozio fiduciario utilizzato nell'ambito del diritto di famiglia: il riferimento è, in particolare, al matrimonio fiduciario, posto in essere esclusivamente al fine di acquistare una determinata capacità o un nuovo *status*. Per quanto gli antecedenti di questa figura siano risalenti – Gaio e Cicerone parlano di una *coemptio fiduciaria*, cui le donne ricorrevano per sottrarsi alla tutela degli agnati, con la complicità di un marito di comodo, in genere di età avanzata (il c.d. *senex coemptionalis*), il quale si impegnava a non esercitare la *manus* sulla moglie – essa continua ad avere una notevole diffusione anche ai nostri tempi, soprattutto da quando si assiste al triste fenomeno delle nuove migrazioni di massa (si pensi agli esodi continui verso il nostro Paese da parte di cittadini delle coste africane e balcaniche del Mediterraneo).

⁸² Cfr. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit. p. 360; PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, 1938, p. 39.

L'esperienza giuridica moderna, pertanto, annovera numerosi casi di matrimoni celebrati al solo scopo dell'acquisto della cittadinanza da parte di un coniuge o, comunque, al solo scopo di fruire di taluno degli effetti che normalmente derivano dalla celebrazione⁸³: la risposta più comune è quella di ricondurre tali ipotesi ad altrettanti casi di simulazione del matrimonio, salvo discutersi, successivamente, sulla rilevanza o irrilevanza di essa.

L'automatico sillogismo tra matrimonio celebrato al fine di ottenere la cittadinanza (è questa, anche numericamente, l'ipotesi più ricorrente) e simulazione non è, tuttavia, condiviso da tutta la dottrina.

Si è osservato⁸⁴, infatti, che non corrisponderebbe all'intento concreto perseguito dalle parti affermare che esse vogliano solo l'apparenza del vincolo: al contrario, esse intenderebbero realmente contrarre il matrimonio, però come mezzo per il raggiungimento di un fine non altrimenti realizzabile e, comunque, come vincolo soltanto temporaneo. In altri termini, la volontà delle parti rivelerebbe un intento giuridico rivolto, sia pure per particolari scopi, all'acquisto dello stato coniugale, mentre l'intento pratico perseguito dalle medesime parti non sarebbe quello del vincolo, sicchè potrebbe dirsi che, nell'ipotesi in esame, la volontà delle parti sia diretta ad un effetto giuridico

⁸³ Un'ampia casistica in COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, p. 682, nota 1.

⁸⁴ GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, 1951, p. 330 e ss.

(il conseguimento dello *status* di coniuge) che è tipico di un intento empirico che le parti non hanno: esattamente ciò che caratterizza, secondo l'opinione riferita, la figura del negozio fiduciario.

Peraltro, deve rilevarsi che quanto detto innanzi non è condiviso né dalla giurisprudenza né dalla dottrina assolutamente dominante.

In particolare, all'opinione che ritiene che il matrimonio contratto a fini ulteriori sia da inquadrare tra i negozi fiduciari è stato obiettato che questi ultimi non sono ammissibili al di fuori dell'ambito dei negozi patrimoniali, ambito nel quale – e solo nel quale – è destinato ad operare l'art. 1322 c.c.⁸⁵.

2.4 Adempimento ed inadempimento del pactum fiduciae

Nell'intenzione delle parti, l'attribuzione del bene al fiduciario si prospetta come temporanea e strumentale al

⁸⁵ Vedi DEL BONO, *Simulazione del matrimonio civile?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1951, p. 568 e ss. All'obiezione in parola il GRASSETTI oppone, tuttavia, il rilievo che non si tratti di creare un negozio familiare atipico, quanto, piuttosto, di dare rilievo all'intento fiduciario che anima i coniugi, il quale merita di essere apprezzato volta per volta alla luce della situazione di fatto: esso apparirà degno di tutela tutte le volte in cui si concreti nell'eliminazione di una situazione ingiusta o nella realizzazione di un alto fine di solidarietà umana e sociale (così GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit.)

ritrasferimento del bene in favore del fiduciante ovvero di un terzo beneficiario.

La strumentalità della posizione del fiduciario, tuttavia, non ha efficacia reale; non è, cioè, secondo l'opinione tradizionale, opponibile ai terzi.

Sulla scorta di questo rilievo, si è, in tempi risalenti, affermato che l'atto di trasferimento dal fiduciario al terzo beneficiario (ma il ragionamento potrebbe valere anche con riferimento all'atto di ritrasferimento al fiduciante) avrebbe “*natura di vera e propria donazione in quanto il fiduciario stesso, quale effettivo titolare (...) assume la veste del donante*”⁸⁶.

Questa opinione non può assolutamente condividersi. Qualunque sia la tesi che si ritenga di preferire relativamente alla causa ed alla struttura del negozio fiduciario, non è possibile sostenere che il fiduciario non sia parte anche di quella porzione del complessivo accordo che mira a disciplinare il potere di disposizione del bene e resti obbligato – almeno nei rapporti interni – al rispetto dello stesso; con la conseguenza che il trasferimento che il fiduciario operi al fiduciante o al terzo si prospetta sempre come un atto dovuto, e in esso non è dato cogliere lo spirito di liberalità che distingue un atto gratuito da una donazione.

⁸⁶ Trib. Verona, 31 marzo 1959, in *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 2039.

Che, poi, l'atto di trasferimento sia a titolo gratuito o a titolo oneroso, non è questione che possa risolversi semplicemente considerando se l'*accipiens* (che, si ripete, può essere sia il fiduciante, sia un terzo beneficiario indicato dal fiduciante) sia tenuto ad una prestazione corrispettiva al trasferimento; nel caso di specie, infatti, la causa del trasferimento è esterna al negozio con il quale il trasferimento stesso trova attuazione, trovando la propria genesi nel *pactum fiduciae*, rispetto al quale l'atto di trasferimento operato dal fiduciario rappresenta un adempimento. Ne deriva che tale atto dovrà ritenersi – dal punto di vista del fiduciante – oneroso ogni qual volta, per il comportamento del fiduciario, sia previsto un corrispettivo a carico del fiduciante.

In altri termini, la causa che sostiene l'atto di ritrasferimento operato dal fiduciario in esecuzione dell'incarico fiduciario è una *causa solvendi*, non dissimile dalla causa che sostiene l'atto di ritrasferimento che il mandatario (senza rappresentanza) effettua, delle cose acquistate a proprio nome ma per conto del mandante, in favore di quest'ultimo⁸⁷.

Ovviamente, l'atto di trasferimento potrà sempre realizzare una liberalità – indiretta – a carico del fiduciante ed a favore del terzo beneficiario da questo indicato, con applicazione, tra fiduciante e terzo, della relativa disciplina.

⁸⁷ Cfr. sul punto GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano.

Il profilo, tuttavia, più importante del negozio fiduciario è legato all'individuazione delle conseguenze da ricollegarsi all'inadempimento da parte del fiduciario del *pactum fiduciae*.

Sicuramente, nell'ipotesi in cui il fiduciario non adempia all'incarico fiduciario, al fiduciante sarà concesso ricorrere al rimedio del risarcimento del danno: tale rimedio, tuttavia, potrebbe rivelarsi insufficiente, in particolare nei casi in cui il bene oggetto del negozio fiduciario sia infungibile.

La giurisprudenza, anche in considerazione di ciò, ha ritenuto applicabile alla fattispecie in commento il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, ex articolo 2932 c.c., concedendo al fiduciante la possibilità di ottenere una pronuncia costitutiva che realizzi il medesimo effetto giuridico che sarebbe dovuto discendere dall'adempimento puntuale del fiduciario⁸⁸.

L'orientamento dei giudici di legittimità appare condivisibile, oltre che per motivi di giustizia sostanziale, anche per ragioni più squisitamente tecnico giuridiche. Invero, come è stato rilevato⁸⁹, non trova giustificazione la limitazione, pure sostenuta, del ricorso al rimedio di cui all'articolo 2932 c.c. alle sole ipotesi di inadempimento del contratto preliminare. La norma in commento, infatti, deve trovare applicazione, quale

⁸⁸ Cfr. Cass. 15 gennaio 1975, n. 156, in *Foro It. Mass.*, 1975, p. 43; Cass 21 novembre 1975, n. 3911, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, p. 984.

⁸⁹ GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ.*, I, p. 70.

unico efficace rimedio che il nostro sistema appresta in tali ipotesi, in tutti i casi in cui il debitore sia obbligato a trasferire un diritto su una determinata cosa, in considerazione della circostanza che, considerato il principio espresso dall'articolo 1376 c.c., nel nostro sistema il trasferimento del diritto è sempre legato ad una volontà negoziale espressa in tal senso dal trasferente.

La possibilità riconosciuta al fiduciante di ottenere la sentenza costitutiva ex articolo 2932 c.c. ha indotto una parte della dottrina ad affermare che l'introduzione (con il codice del 1942) del meccanismo della sentenza costitutiva che tiene luogo del consenso al trasferimento, avrebbe attenuato notevolmente le differenze tra fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanistico, rendendo possibile anche nella prima il ritorno del bene al fiduciante in caso di inadempimento da parte del fiduciario, seppur tramite la dinamica giudiziale invece che attraverso il meccanismo risolutivo condizionale. Con la conseguenza che il contenuto proprio della fiducia, sintetizzato dalla formula della "potestà di abuso" da parte del fiduciario, sarebbe divenuto addirittura evanescente⁹⁰.

Siffatta considerazione, se coglie l'importanza della norma contenuta nell'articolo 2932 c.c., appare tuttavia eccessiva nelle conclusioni cui giunge. Sicuramente il rimedio della sentenza

⁹⁰ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza*, cit., p. 247.

costitutiva, introdotto dal codice vigente, rappresenta per il fiduciante uno strumento di tutela più efficace del semplice risarcimento del danno. Tuttavia, anch'esso non è idoneo a soddisfare l'interesse del fiduciante tutte le volte in cui il bene sia già uscito dal patrimonio del fiduciario, dal momento che il *pactum fiduciae*, secondo l'opinione tradizionale, non è opponibile al terzo avente causa dal fiduciario, nemmeno se di mala fede. La potestà di abuso del fiduciario, pertanto, non può dirsi eliminata dall'articolo 2932 c.c., ma solo limitata.

A conclusioni differenti potrebbe giungersi solo ove si ammettesse, nel nostro sistema, il ricorso a forme di fiducia di tipo germanistico, caratterizzate cioè, dall'opponibilità del *pactum fiduciae* e dei vincoli al potere di disposizione del fiduciario ai terzi. Di fronte al generale orientamento negativo all'ammissibilità di un *pactum fiduciae* caratterizzato dall'opponibilità ai terzi, la pratica economica, molto sensibile sul punto, si è orientata da tempo verso soluzioni conosciute agli ordinamenti di tradizione anglosassone, fino a quando, nel 1989, non si è aperta una breccia nel nostro sistema interno dalla quale, a poco a poco, è penetrato l'istituto del *trust*.

2.5 *Negozi fiduciario e mandato post mortem*

Accade sovente, in particolare nei contratti di amministrazione stipulati con società fiduciarie, che il fiduciante stabilisca nel *pactum fiduciae* che il bene dovrà essere attribuito, eventualmente dopo la propria morte, a persona da lui designata.

La funzione del fiduciario quale esecutore (in senso ampio ed atecnico) delle ultime volontà del fiduciante è tipica e risalente nella storia del negozio fiduciario, caratterizzando l'istituto anche in altri ordinamenti (si pensi al *trust* anglosassone).

Ci si è chiesti, pertanto, se una clausola di attribuzione dei beni al terzo *post mortem* del fiduciante possa ritenersi legittima nel nostro ordinamento.

Una prima opinione ritiene di poter inferire la nullità di siffatta clausola dalla disciplina del mandato, e precisamente dalla disposizione contenuta nell'articolo 1722 n. 4 c.c., in base al quale la morte del mandante estingue il mandato; nullo il mandato, partendo dal presupposto che tra questo ed il negozio di trasferimento al fiduciario esisterebbe un collegamento funzionale inscindibile, si dovrebbe considerare nulla l'intera operazione posta in essere da fiduciante e fiduciario e trarne la conseguenza che il bene rimanga nel patrimonio del primo⁹¹.

⁹¹ Così Tribunale Milano, 18 aprile 1974, in *Giur. Comm.*, 1975, II, p. 69.

Senonchè l'opinione non appare condivisibile, almeno negli argomenti utilizzati. L'articolo 1722 n. 4 c.c., infatti, non pone affatto un principio inderogabile dalla volontà privata, ma solo una presunzione dell'inerenza dell'affare alla persona del mandante, che trova, tuttavia, un limite nell'interesse oggettivo alla prosecuzione del rapporto, come emerge, d'altra parte, dall'eccezione che la stessa norma prevede allo scioglimento del rapporto.

L'invalidità del mandato *post mortem*, viceversa, deve ricercarsi nei principi che regolano il fenomeno successorio, e specialmente nel principio della tipicità dei negozi giuridici con i quali si può disporre della propria successione e nel principio della revocabilità, *usque ad supremum exitum vitae*, delle disposizioni testamentarie, nonché nel divieto – inderogabile – dai patti successori istitutivi, di cui all'articolo 458 c.c.

Nel nostro sistema successorio, invero, l'unico mezzo concesso al disponente per realizzare le proprie ultime volontà è il testamento, negozio caratterizzato da specifici requisiti formali ma, soprattutto, negozio unilaterale e sempre revocabile: non è, in altri termini, concesso disporre delle proprie sostanze ereditarie mediante un contratto che vincoli il disponente, per

revocare il quale sia indispensabile il concorso della volontà di un altro soggetto (nel nostro caso il mandatario)⁹².

Ne discende che il mandato *post mortem* potrà ritenersi valido solo laddove abbia ad oggetto disposizioni non patrimoniali ovvero, ove abbia ad oggetto disposizioni patrimoniali, nel caso in cui i beni interessati non siano beni ereditari perché, ad esempio, siano già fuoriusciti dal patrimonio del disponente in via definitiva durante la sua vita.

Chiarite le ragioni che stanno alla base della nullità del mandato *post mortem*, sono con ciò stesso poste le premesse per risolvere il quesito sulla validità del *pactum fiduciae* che preveda l'attribuzione dei beni ad un terzo beneficiario dopo la morte del fiduciante.

Se si rimane nel solco della tradizione romanistica, ritenendo che il *pactum fiduciae* abbia natura soltanto obbligatoria e che, pertanto, il trasferimento dal fiduciante al fiduciario sia definitivo ed insensibile alle vicende dell'accordo fiduciario, non può disconoscersi che, al momento della morte del fiduciante, il bene oggetto della fiducia si trovi già fuori del suo patrimonio e che, pertanto, rispetto ad esso, non possa farsi applicazione dei principi che regolano il fenomeno successorio: il terzo beneficiario, infatti, acquista la titolarità del bene

⁹² Per una rassegna delle posizioni della dottrina sul tema si vedano M. V. DE GIORGI voce *Patti successori* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982; M. IEVA *I fenomeni c.d. parasuccessori* e CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*; entrambi in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, 1994.

direttamente dal fiduciario, e non per successione *mortis causa* dal fiduciante. Il principio secondo cui attraverso il mandato *post mortem* non è concesso attribuire beni appartenenti all'asse ereditario resta dunque salvo.

A conclusioni differenti potrebbe giungersi solo ammettendo la possibilità di realizzare gli effetti della fiducia di tipo germanistico nel nostro ordinamento; ove si ritenesse ciò possibile, infatti, il negozio di attribuzione al fiduciario avrebbe ad oggetto non già la titolarità del bene ma – come avviene nel diritto tedesco⁹³ – il trasferimento della sola legittimazione a disporre, con la conseguenza che la titolarità del bene resterebbe nel patrimonio del fiduciante. Ne discenderebbe, per le cose dette, che l'attribuzione effettuata dal fiduciario dopo la morte del fiduciante costituirebbe un'attribuzione *iure successionis* a tutti gli effetti, e sarebbe, come innanzi chiarito, contraria ai principi in tema di successione.

Più di recente, si è, tuttavia, rilevato che, senza necessità di distinguere tra fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanistico, la clausola di attribuzione al terzo beneficiario dopo la morte del fiduciante dovrebbe ritenersi valida in quanto espressamente prevista dal nostro ordinamento.

Più precisamente, se il fiduciante trasferisce un bene al fiduciario e contestualmente conviene con questo un *pactum*

⁹³ Cfr. *supra*, § 1.2.

fiduciae, nel quale è previsto che, in adempimento dell'obbligo di restituzione, il fiduciario attribuisca il bene ad un terzo, il *pactum fiduciae* si strutturerà come un'attribuzione in favore di terzo (nella quale il fiduciante assume la veste di stipulante ed il fiduciario quella di promittente), espressamente disciplinata dall'art. 1411 c.c. Nel caso in cui, poi, si stabilisca che l'attribuzione al terzo dovrà effettuarsi dopo la morte del fiduciante, troverà applicazione la norma contenuta nell'articolo 1412 c.c., che disciplina, appunto, il contratto a favore di terzo con prestazioni da effettuarsi dopo la morte dello stipulante.

Ne discende che la clausola in questione sarà valida indipendentemente dai rilievi svolti circa la contrarietà ai principi che regolano il fenomeno successorio: come è stato, infatti, rilevato, è esercizio meramente scolastico, per l'interprete, verificare se la fattispecie di cui all'articolo 1412 c.c. sia o non sia contraria al divieto di cui all'articolo 458 c.c. perché, essendo espressamente disciplinata, anche ove si giungesse alla conclusione del contrasto, non se ne potrebbe dedurre la nullità della convenzione, e dovrebbe semplicemente concludersi che la stessa è espressamente ammessa dal diritto positivo come eccezione al divieto dei patti successori.

In conclusione, occorre notare che il patto *de quo* non contrasta nemmeno con le norme poste a tutela dei diritti dei legittimari: l'attribuzione al terzo tramite il fiduciario, infatti, si

configura – in assenza di un precedente obbligo del fiduciante verso il terzo, che potrebbe informare l’attribuzione di una differente causa onerosa – come una liberalità indiretta posta in essere dal fiduciante, cui è applicabile, per effetto della norma contenuta nell’articolo 809 c.c., la disciplina in tema di riduzione dettata dalla legge espressamente con riguardo alle donazioni dirette⁹⁴.

2.6 Fiducia cum creditore e divieto del patto commissorio

Una delle applicazioni tipiche del negozio fiduciario è, come si è ricordato, quella di preordinare una efficace garanzia al creditore, trasferendogli un bene con l’intesa fiduciaria che esso sarà restituito al fiduciante-debitore dopo che sia stato adempiuto il debito. In una formulazione alternativa, il fiduciante trasferisce il bene ad un terzo fiduciario il quale lo ritrasferirà, in adempimento del *pactum fiduciae*, al creditore in caso di inadempimento ed al fiduciante in caso di esecuzione della prestazione.

Entrambe le ipotesi delineate devono essere vagliate alla luce del divieto del patto commissorio, al fine di verificare se le

⁹⁴ Cfr. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Rescigno*, 6, Torino, 1982.

stesse si risolvano in una alienazione a scopo di garanzia vietata dal nostro ordinamento⁹⁵.

È noto, infatti, che l'articolo 2744 c.c. prevede la nullità del patto con il quale si conviene che, in caso di inadempimento, la proprietà della cosa data in garanzia passi al creditore.

Per valutare se il negozio fiduciario realizzato a fini di garanzia violi il divieto posto dalla norma in parola, occorre in primo luogo verificare quale sia l'ampiezza dello stesso.

La *ratio* della norma contenuta nell'articolo 2744 c.c. è stata, tradizionalmente, individuata nell'esigenza di tutelare il debitore "bisogno" dai possibili approfittamenti di un creditore senza scrupoli (che si rivelerebbe in una sproporzione – ai limiti dell'usura – tra valore del bene ed ammontare del credito garantito)⁹⁶, o nell'esigenza di garantire la *par condicio creditorum*⁹⁷; oppure, su un diverso piano, nella necessità di salvaguardare il principio della esclusività dello Stato nella funzione esecutiva, per cui il debitore non potrebbe assoggettarsi

⁹⁵ Esistono, nella prassi commerciale, anche numerose altre ipotesi di alienazioni che tendono a realizzare lo scopo di garanzia; tuttavia, esse non necessariamente rientrano nella categoria dei negozi fiduciari, e per questo non se ne tratterà in questa sede. Si pensi, ad esempio, al contratto di *sale and lease back*: la funzione di finanziamento e quella di garanzia, pur evidenti, non si realizzano attraverso un'obbligazione fiduciaria ed interna, giacché l'obbligo di ritrasferimento del bene è esplicitato nel contratto di *leasing* e non è relegato su un piano fiduciario.

⁹⁶ Cfr. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977.

⁹⁷ Il pregiudizio per gli altri creditori risiederebbe, da un lato, nel fatto che il patto commissorio verrebbe a creare una causa di prelazione non prevista dalla legge e, dall'altro, nel fatto che il creditore favorito dal patto si avvantaggerebbe del maggior valore del bene rispetto al credito garantito: cfr. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 192, p. 500 e ss.

convenzionalmente ad un potere di autosoddisfacimento del creditore⁹⁸.

Se questa è la *ratio* del divieto, appare evidente che, delle due ipotesi innanzi prospettate, difficilmente può sfuggire alla sanzione della nullità la seconda, nella quale il fiduciante debitore trasferisce il bene ad un terzo fiduciario con l'intesa che questi provvederà a ritrasferire il bene al creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione da garantire. La circostanza che la proprietà del bene si trasferisca al creditore mediante l'interposizione di un terzo non può, evidentemente, sottrarre la pattuizione in esame dalla declaratoria di illegittimità, eventualmente invocandosi la frode alla legge ai sensi dell'articolo 1344 c.c.

Più complessa appare l'indagine in ordine all'altra forma di alienazione fiduciaria in garanzia, quella in cui il debitore fiduciante trasferisce immediatamente al fiduciario creditore il bene, con l'intesa che il fiduciario glielo retrocederà ad adempimento avvenuto.

I dubbi nascono dalla circostanza che, per lungo tempo, la giurisprudenza aveva ritenuto che il divieto del patto commissorio fosse violato solo ove il momento del trasferimento della proprietà del bene al creditore coincidesse con quello dell'inadempimento e che, viceversa, dovessero ritenersi non

⁹⁸ BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1931, II, p. 680 e ss.

lesive dello stesso le pattuizioni in cui si prevedeva un immediato trasferimento del bene al creditore, con l'intesa che questo avrebbe, poi, ritrasferito il bene al debitore in caso di esatto adempimento⁹⁹.

È chiaro che, seguendo questa impostazione, l'ipotesi di negozio fiduciario in esame si sarebbe dovuta ritenere non lesiva del principio stabilito dall'articolo 2744 c.c. e, pertanto, valida.

L'orientamento in parola, tuttavia, è stato superato dalla più recente giurisprudenza di legittimità: nel 1989, la Corte di Cassazione si è pronunciata per ben due volte, a Sezioni Unite, sull'argomento, ed in entrambi i casi ha ritenuto che il discrimine tra alienazione che violi il patto commissorio e trasferimento lecito, non possa rinvenirsi nel differente momento in cui si attua il trasferimento, dovendosi, invece, avere riguardo a tutte le modalità dell'operazione, che possano rappresentare indizi di un'indebita pressione psicologica del creditore nei confronti del debitore, attuata al fine di approfittare del suo stato di bisogno, lucrando la differenza tra il valore del bene e l'importo del credito garantito¹⁰⁰.

⁹⁹ Cfr, per tutte, Cass. 11 agosto 1952, n. 2646, in *giur. Compl. Cass. Civ.*, 1953,I, p.262; Cass. 20 febbraio 1960, n. 361, in *Foro It. Mass.*, 1960, p. 83; Cass. 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. Civ.*, 1979, p. 462; nello stesso senso, in dottrina: DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, cit. p. 331 e ss.; VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia* Napoli, 1968.

¹⁰⁰ Cass. SS. UU. n. 1611 e n. 907 del 1989. Cfr, più di recente, Cass. 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Giur. It.* 2000, p. 1599, secondo cui "Il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore; anche, quindi, un contratto preliminare di compravendita può dissimulare un mutuo

Alla luce di questo nuovo orientamento, che pare, peraltro, maggiormente rispondente alle tutela delle esigenze sottese al divieto di cui all'articolo 2744 c.c., anche la seconda ipotesi di negozio fiduciario esaminata dovrebbe ritenersi nulla per violazione del divieto in parola.

Nessun dubbio può, comunque, sorgere in ordine alla validità di quelle alienazioni fiduciarie a scopo di garanzia poste in essere con forme tali da evitare le ragioni che rendono illecito il patto commissorio. In tale prospettiva, sfuggono sicuramente all'invalidità le ipotesi in cui alla alienazione si accompagna la clausola che preveda il cosiddetto "patto marciano", che preveda, cioè, che il creditore, pur diventando proprietario del bene nel caso di inadempimento, sia tenuto a restituire al debitore la differenza tra il valore del bene trasferito (secondo la stima di un terzo imparziale) e la minor somma garantita¹⁰¹.

con patto commissorio ancorchè non sia previsto il passaggio immediato dal bene promesso in vendita, qualora la promessa di vendita garantisca la restituzione, entro un certo termine, della somma precedentemente o coevamente mutuata dal promittente compratore, sempre che risulti provato il nesso di strumentalità tra i due negozi".

¹⁰¹ Sulla validità dell'alienazione in garanzia cui si accompagna il patto marciano, assolutamente pacifica in dottrina ed in giurisprudenza, vedi, per ulteriori riferimenti, CARNEVALI, voce *Patto Commissorio*, cit. p. 505.

SEZIONE II
LA FIDUCIA ANGLOSASSONE: IL TRUST

CAPITOLO III – LE ORIGINI STORICHE DEL TRUST

3.1 Le esigenze sottese al tentativo di importare il trust - 3.2 Cenni introduttivi sull'origine e sull'evoluzione dell'istituto - 3.3 Origini storiche dell'istituto e frammentazione del diritto di proprietà nei sistemi di common law - 3.4 L'evoluzione del diritto di proprietà nel diritto inglese e la sua frammentazione

3.1 Le esigenze sottese al tentativo di importare il trust

Le cause che originarono la nascita dell'istituto del *trust* nei paesi di diritto anglosassone furono le stesse che, ora, sollecitano il dibattito circa l'opportunità del suo recepimento anche negli ordinamenti di *civil law* e che sollecitano l'attenzione degli studiosi impegnati nel relativo dibattito.

Anche nei sistemi di *common law*, infatti, in origine la violazione dell'obbligazione fiduciaria non trovava rimedi efficaci ed era sanzionata esclusivamente sul piano obbligatorio, attraverso il generale rimedio del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento.

In questi sistemi, tuttavia, la scissione tra diritto positivo ed applicazione equitativa del medesimo in sede di risoluzione giurisprudenziale dei conflitti permise, attraverso, appunto, il ricorso al giudicato delle Corti ed all'applicazione dei principi dell'*equity*, di estendere la rilevanza dei limiti funzionali connessi al trasferimento fiduciario del diritto anche agli aventi causa del fiduciario.

A tale scopo, il giudice, per sanzionare la disposizione dei beni da parte del fiduciario in spregio degli obblighi fiduciari assunti, poteva costituire tali beni in un *trust* e gravare l'acquirente delle stesse obbligazioni già gravanti sul fiduciario in virtù del *pactum fiduciae*; in questo modo il vincolo di destinazione non era più legato all'elemento soggettivo, ma seguiva i beni perpetuandosi in capo a tutti gli aventi causa del fiduciario inadempiente, garantendosi l'effettiva soddisfazione degli interessi del fiduciante.

Può, dunque, rilevarsi che, nei sistemi di *civil law*, da un lato, emergono le stesse istanze di tutela degli interessi del fiduciante che causarono la nascita dell'istituto del *trust* nei paesi anglosassoni, mentre, dall'altro, manca quella scissione tra legge ed equità che ne permise, in quei paesi, il superamento e, anzi, manca l'abitudine stessa a considerare la proprietà come un diritto suscettibile di essere modulato in modo differente in relazione alla funzione che è chiamato a svolgere; il che spiega

le difficoltà che l'interprete incontra, nel nostro ordinamento, laddove voglia dare adeguata sistemazione alla materia con gli strumenti che ha a disposizione.

Inoltre, le origini dell'istituto confermano, indubitabilmente, l'attinenza dello stesso con la materia della fiducia, riportando in primo piano la necessità di rinvenire, nel nostro ordinamento, indizi circa la legittimità di una fiducia di tipo germanistico, caratterizzata dall'opponibilità del vincolo funzionale ai terzi.

In ultimo, deve osservarsi, che, in origine, il *trust* era un rimedio giurisprudenziale, e che soltanto in un secondo momento divenne uno strumento contrattuale a disposizione dei privati per garantire, sin da subito, l'effettiva realizzazione degli interessi del fiduciante; ancora oggi, peraltro, la natura contrattuale del *trust* è solo un'eventualità.

Come è stato ben osservato, nei sistemi di *common law*, ogni qualvolta una persona è titolare di diritti che deve esercitare a favore di un'altra persona o per il conseguimento di uno scopo particolare, ogni volta, cioè, che i diritti sono caratterizzati da una destinazione funzionale specifica, si è già in presenza di un *trust*, e questo indipendentemente dalla (esistenza della) persona del fiduciante (c.d. *settlor*), che può mancare, potendo i *trusts* derivare anche direttamente da una disposizione di legge o da un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Ciò che caratterizza indefettibilmente il *trust*, pertanto, non è l'accordo fiduciario (assistito dall'opponibilità ai terzi), quanto la destinazione funzionale impressa a(l'investitura di) un diritto. Con il che si introduce il tema dei diritti nell'interesse altrui, che non trova, nei *trust* di diritto inglese, una collocazione univoca: per alcuni, esso andrebbe ricondotto alla contrapposizione tra la *legal ownership* che si creerebbe in capo al *trustee* e della *equitable ownership* che resterebbe in capo al *settlor*; secondo altri, costituirebbe una figura nascente dall'accessorietà di un'obbligazione equitativa a carico del *trustee* connessa ai diritti costituiti in *trust* (*trust property*).

A qualsiasi delle due teorie esposte voglia aderirsi, quel che rileva è che il diritto di proprietà sui beni costituiti in *trust* non è mai, per il *trustee*, lo stesso diritto che egli vanta sui beni del proprio patrimonio; il primo, a differenza del secondo, è un diritto di proprietà non assistito dalla tutela dell'*equity*, che può essere invocata solo dal beneficiario del *trust*, e ciò basta a spiegare l'insensibilità bilaterale corrente tra i beni costituiti in *trust* e i beni, pur di proprietà del *trustee*, di cui questi sia titolare in virtù di ad altro titolo.

3.2 Cenni introduttivi sull'origine e sull'evoluzione dell'istituto

L'istituto del *trust* è di origine anglosassone: esso nacque in Inghilterra e si estese poi nelle colonie in cui fu portato il sistema giuridico inglese.

Il *trust* è caratterizzato da elementi di notevole duttilità funzionale e strutturale che ne consentono l'applicazione a casi e per scopi diversi.

Alcune divergenze in dottrina si incontrano già in sede di definizione: c'è chi parla di rapporto fiduciario¹⁰²; chi di rapporto trilaterale¹⁰³; alcuni lo definiscono un'obbligazione non nascente dallo *ius civile*¹⁰⁴, altri un'obbligazione naturale¹⁰⁵ e per altri ancora si tratterebbe di un trasferimento di proprietà¹⁰⁶.

E' stato notato in dottrina che il problema di adattamento dell'istituto in esame al nostro ordinamento consiste nel fatto che quando si confrontano sistemi giuridici diversi, ci si trova di fronte ad una intraducibilità di concetti. Quindi, quando si analizzano istituti come quello in questione si dovrebbe evitare

¹⁰² PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trust dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Not.* 1995, p.38.

¹⁰³ LICINI, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust)*, in *Riv. Not.*, 1996, p.125.

¹⁰⁴ LUPOLI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita Not.*, 1992, p.973.

¹⁰⁵ AA.VV., *Fondazione, trust ed asset protection trust: prospettive applicative per i soggetti residenti in Italia*, in *Italia oggi, documenti*, parte V, 16 luglio 1993, p.68.

¹⁰⁶ GROSSO, *La Convenzione sulla legge applicabile ai trusts: brevi spunti di riflessione*, in *Riv. Not.*, 1991, p.995.

di utilizzare definizioni astratte, tipicamente civilistiche¹⁰⁷ e tentare di osservare le forme e le manifestazioni del *trust* nel sistema in cui è stato elaborato.

Ciò premesso, è possibile accennare ad una prima definizione dell'istituto: il *trust* consiste in un rapporto fiduciario, in virtù del quale un soggetto chiamato disponente (*settlor*) trasferisce la proprietà di determinati beni ad un fiduciario (*trustee*) per un fine prestabilito.

Il *trustee* è investito di un obbligo di gestione, di amministrazione a vantaggio di un terzo soggetto beneficiario o per uno scopo prestabilito dal costituente¹⁰⁸ secondo quanto stabilito dal *settlor* nell'atto costitutivo del *trust*.

Il vantaggio più evidente dell'istituto analizzato consiste nella separazione che si verifica all'interno della massa patrimoniale del disponente. Il *trust* imprime un vincolo di destinazione al patrimonio conferito, che lo pone al riparo da possibili pretese dei creditori personali e degli eredi.

L'istituto non è tradizionalmente conosciuto nei paesi di *civil law*, nei quali operano ordinamenti che derivano da diritto romano; il motivo di tale estraneità è da ricercarsi nella differenza di contenuti del diritto di proprietà di tradizione romanistica

¹⁰⁷ Lo studioso di diritto continentale, la cui *forma mentis* è improntata a sistemi giuridici decisamente schematici e rigorosi, avverte evidenti difficoltà a classificare e ad analizzare detto istituto. Esso, infatti, affonda le proprie radici e la propria origine negli ordinamenti di *common law*, privi del formalismo e dell'impostazione rigorosa e categorica che caratterizza i sistemi di *civil law*.

¹⁰⁸ PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p.38.

rispetto alle situazioni giuridiche che si determinano nel *trust*, nascendo l'istituto in un contesto giuridico che conosce un assetto della proprietà e dei rimedi giurisdizionali totalmente diverso da quello proprio degli ordinamenti di *civil law*.

Il *trust* introduce nel nostro ordinamento nuove possibilità negoziali idonee a realizzare assetti di interessi che, pur leciti, non trovano soddisfazione con i negozi giuridici noti.

Nei sistemi non *trust* questi scopi vengono raggiunti attraverso diversi strumenti giuridici, come la creazione di nuove persone giuridiche, di associazioni, di fondazioni o mediante la utilizzazione del mandato, tutti strumenti che – essendo utilizzati con adattamenti – determinano una serie di inconvenienti collaterali.

L'Italia è stata il primo paese di *civil law* a sottoscrivere e a ratificare la Convenzione dell'Aja sul riconoscimento degli effetti dei *trusts*: dal primo gennaio 1992, cioè dall'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985, resa esecutiva con la legge numero 364 del 1989, il *trust* può essere validamente riconosciuto in Italia senza incorrere nella sanzione dell'invalidità.

Le problematiche applicative dell'istituto in esame derivano dalla circostanza che l'Italia non ha approvato una normativa nazionale che ne disciplini il regime giuridico, il quale vive, perciò, nei limiti del riconoscimento conseguente alle norme

della convenzione internazionale e in base al rinvio da questa disposta alle normative straniere.

La scelta del legislatore italiano si presenta diversa da quella verso cui si è mosso il legislatore francese, il quale ha recepito il *trust* nel diritto interno di modo che gli operatori nazionali potessero essere competitivi con quelli anglosassoni¹⁰⁹. Con la legge di ratifica della Convenzione non si è inteso introdurre un nuovo istituto nel nostro sistema giuridico e, se ciò è accaduto, lo si deve soprattutto all'enorme sforzo interpretativo e sistematico che la prassi giurisprudenziale e la dottrina hanno profuso nel tentare di ricostruire una disciplina del fenomeno in assenza di norme espressamente dettate a tal fine¹¹⁰.

Ciò posto, l'entrata in vigore della Convenzione ha rappresentato una svolta in quanto ha introdotto nell'ordinamento interno uno strumento di notevole utilità e suscettibile di una molteplicità di applicazioni. L'istituto del *trust*, infatti, è un modello competitivo rispetto ad altre figure negoziali, come ad esempio la società unipersonale, in quanto permette di raggiungere lo stesso risultato a costi meno elevati

¹⁰⁹ GAMBARO, *Il trust in Italia, Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, p.1218.

¹¹⁰ ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, 1998, p.4.; LUPOLI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, p.155. Tale posizione non è condivisa da parte della dottrina, ormai maggioritaria, secondo cui la Convenzione non si limiterebbe alla risoluzione dei conflitti di legge nello spazio, ma finirebbe con il legittimare l'importazione di strumenti giuridici stranieri negli ordinamenti interni pure in assenza di reali elementi di collegamento internazionale-privatistico. Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione de l'Aja*, in *Riv. Not.* 1998 p. 757.

ed in ragione della maggiore tutela offerta al beneficiario¹¹¹ rispetto alla tutela riconosciuta nella fiducia romanistica¹¹².

I beneficiari del *trust*, infatti, godono di una tutela reale, come si chiarirà in seguito.

3.3 Origini storiche dell'istituto e frammentazione del diritto di proprietà nei sistemi di common law

L'origine storica del *trust* si riannoda a due condizioni storiche caratteristiche del sistema giuridico di *common law* che ne hanno favorito la genesi e la diffusione, differentemente da quanto è avvenuto nei sistemi di *civil law*: l'esistenza di una giurisdizione cosiddetta "di equità", sconosciuta al nostro ordinamento, e caratteristica dell'amministrazione della giustizia nell'Inghilterra medioevale¹¹³, e la differente concezione del diritto di proprietà caratteristica del sistema anglosassone e difforme da quella romanistica.

Nel 1300 si venne a sviluppare nel mondo anglosassone, contrapposto al sistema giurisdizionale tradizionale della *common law*, un sistema di rimedi processuali denominato

¹¹¹ BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p.89.

¹¹² O germanistica: come si chiarirà meglio in seguito, infatti, non è ammissibile l'assimilazione *tout court* del *trust* al negozio fiduciario di tipo germanistico.

¹¹³ ANDREOLI, *op.cit.*, p.36 ss.

equità, consistente nell'amministrazione del diritto attraverso la giurisdizione personale di un funzionario reale, il Cancelliere del re.

Il Cancelliere (*Chancellor*), detentore della coscienza del re, con la sua giurisdizione di *equity*, suppliva alle lacune della *common law*: quando sulla base del diritto positivo non era possibile dirimere adeguatamente una questione, il *Chancellor* inoltrava una petizione al Re e, se il comportamento del convenuto era contrario alla coscienza reale, il Cancelliere poteva intervenire in nome del sovrano per evitare tale comportamento scorretto.

Prima dell'affermarsi della giurisdizione di equità, anche nel sistema anglosassone il *trust* rappresentava, come nel diritto continentale e, più specificamente, nel diritto romano, un'istituto di protezione del patrimonio del costituente; e, proprio come accadeva – ed accade tuttora – negli ordinamenti di *civil law*, poichè l'accordo inizialmente si basava solo sulla parola, c'era il rischio che non fosse rispettato l'obbligo di restituzione del bene trasferito. Contro l'affidatario inadempiente, infatti, era prevista unicamente l'azione risarcitoria da parte dell'affidante, il quale quindi non poteva agire per il recupero dei beni¹¹⁴ contro i terzi aventi causa. Per superare questo rischio le parti ricorsero al giudizio di equità della Cancelleria Regia.

¹¹⁴ RAGAZZINI, *Trust "interno" e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv.Not.*, 1999, p.280.

I tribunali di *common law*, non ritenendo che la difesa degli interessi dei beneficiari fosse di loro competenza, indirizzavano, infatti, al *Chancellor* coloro che si lamentavano del comportamento scorretto dei *trustee* che avevano tradito la fiducia loro accordata; il *Chancellor*, a sua volta, esercitava una giurisdizione parallela ma non interferente con la giurisdizione dei tribunali di *common law*.

Questo funzionario reale era in grado di estendere la propria giurisdizione in capo ai successori del convenuto che sapevano o avrebbero dovuto essere a conoscenza del comportamento tenuto dal convenuto e anche nei confronti dei terzi aventi causa che fossero a conoscenza di detto comportamento.

Successivamente, un giudizio che era nato come giurisdizione *ad personam*, finì per diventare una giurisdizione basata sull'oggetto della controversia, dando luogo a quella caratterizzazione dell'istituto che è propria dello stesso anche ai giorni nostri: la Cancelleria Regia si espresse con decreti aventi forza esecutiva e, quello che nacque come un obbligo di natura etica, divenne un obbligo giuridico tipizzato nell'istituto del *trust*.

Con il passare del tempo, poi, la figura del beneficiario acquistò autonomo rilievo rispetto a quello dell'affidante e la tutela venne conferita a lui come beneficiario sia nei confronti

del *trustee* (cioè relativamente al rapporto interno) sia nei confronti dei terzi.

La tutela garantita agli interessi sottesi al *trust* dal giudizio di equità fu possibile anche in funzione della particolare struttura riconosciuta al diritto di proprietà negli ordinamenti di stampo anglosassone, nei quali esso si presenta con caratteristiche notevolmente differenti da quelle che noi conosciamo.

Secondo il diritto inglese¹¹⁵ sia il *trustee* che il *beneficiary* sono proprietari dei beni costituiti in *trust*, ma in modi tra loro differenti e, soprattutto, nessuno dei due riconducibile al diritto di proprietà noto ai sistemi giuridici a base romanistica: il *trustee* è titolare del cosiddetto *legal estate*, ha, cioè, la proprietà formale secondo il diritto comune, ed è tenuto all'amministrazione ed alla custodia dei beni a vantaggio del beneficiario, il quale è titolare dell'*equitable estate*, cioè della proprietà sostanziale, secondo le regole dell'*equity*.

Ciò che si realizza è uno sdoppiamento del diritto di proprietà in capo a due soggetti, inammissibile nel nostro ordinamento. Principio generale degli ordinamenti di *civil law*, infatti, è quello secondo cui su ciascun bene materiale non può

¹¹⁵ GRAZIADEI-RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust dalla RES al FUND*, in *Quadrimestre*, 1992, p.458 ss.; ANDREOLI, *op.cit.*, p. 14.; GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p.93; Cfr. anche FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, p. 138.

esistere più di un diritto di proprietà¹¹⁶: anche quando la proprietà appartiene a più soggetti, ciascuno di essi è contitolare dell'unico diritto di proprietà concepibile rispetto alla *res*, in quota ideale.

Se, come è noto, il diritto di proprietà si configura come un potere di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, la proprietà è un concetto astratto¹¹⁷ che richiede che il proprietario (o i comproprietari) della stessa abbia tutti i diritti ad essa inerenti e quindi quelli di alienare, gestire, godere, in via esclusiva della cosa: vi è un'intima ed inscindibile connessione tra titolarità formale e disponibilità economica.

Il giurista di *civil law*, studiando il diritto inglese, può, invece, riscontrare come il *trust* presupponga un duplice concetto di proprietà: se Tizio è proprietario dei beni del *trust* a vantaggio di Sempronio, allora Tizio è il proprietario legale, mentre Sempronio è il proprietario beneficiario, cioè il *trustee* ed il *beneficiary* sono entrambi proprietari; il diritto di proprietà è, dunque, scisso in due parti, *legal estate* ed *equitable estate*.

Per il diritto inglese, in altri termini, essendo la proprietà – in relazione ad un bene materiale – una somma di diritti (o di facoltà), non è indispensabile che un solo soggetto goda di tutti i diritti in relazione a quel bene materiale, ben potendo

¹¹⁶ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995, pp.416-417.

¹¹⁷ ANDREOLI, *op.cit.*, p.10, nota 12.

ammettersi, al contrario, una ripartizione della proprietà tra più soggetti¹¹⁸.

Nei sistemi di *civil law*, viceversa, il diritto di proprietà ha carattere esclusivo¹¹⁹, e non possono esistere due diritti di proprietà sulla stessa cosa: può solo ammettersi la possibilità che altri soggetti siano titolari di altri diritti reali (parziari) sulla stessa cosa, che comprimono il diritto di proprietà.

Il proprietario ha, infatti, il potere di costituire in capo ad un terzo un diritto parziario: la caratteristica di tale diritto reale, di godimento o di garanzia, è quella, tuttavia, di non poter essere considerato come parte del diritto di proprietà. La coesistenza sopra lo stesso bene della proprietà con altrui diritti reali è possibile perché la proprietà, anche con limiti, non perde la sua natura né la prevalenza qualitativa rispetto al diritto parziario.

Il carattere di pienezza della proprietà riguarda, infatti, solo il contenuto normale del diritto; ma, se talune facoltà che ne formano il contenuto passano ad altri soggetti, non si tratta di una parte della proprietà che viene a staccarsi, quanto della creazione di diritti autonomi che vengono a comprimerne l'estensione.

¹¹⁸ A titolo esemplificativo, per il diritto inglese, Tizio può conferire un bene a Caio per la durata della vita di quest'ultimo e disporre che successivamente alla morte di Caio i beni passino a Mevio; nell'esempio fatto ciascun *accipiens* diviene titolare – da subito – di una parte definita del diritto di proprietà, sebbene non abbiano tutte e due ugual titolo al possesso attuale del bene.

¹¹⁹ Come si insegna già nella manualistica universitaria: cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p.416; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 207.

Viceversa, nel diritto anglosassone è possibile suddividere il diritto di proprietà, nel senso che ciascuno può essere titolare di un proprio autonomo diritto di proprietà sullo stesso bene¹²⁰. Una peculiarità del diritto anglosassone è, infatti, quella di distinguere i diritti reali su beni immobili non in base al loro contenuto, ma in base alla durata dell'interesse sul bene. Su uno stesso bene potranno insistere diritti di proprietà di diverso grado, ripartiti in capo a soggetti diversi, cui corrispondono interessi diversi, in virtù non solo di un *trust* ma di qualsiasi istituto idoneo a costituirli.

Ciò fa sì che il titolare di un diritto reale su cosa altrui, per il periodo durante il quale si protrae la titolarità del diritto, ha piena disponibilità del bene al fine di incrementare la rendita che ne deriva; il che, in un ordinamento di *civil law*, potrebbe apparire inconcepibile, equivalendo a dire che il diritto di alienare un fondo su cui è stato costituito un usufrutto spetti non al nudo proprietario ma all'usufruttuario.

Ma nei sistemi di *common law* ciò è perfettamente lecito, con la precisazione che l'alienante (che si trovi in una posizione equiparabile a quella dell'usufruttuario) non ha il diritto di ritenere il capitale ricavato dalla vendita ma ha l'obbligo di reinvestirlo e di corrispondere agli aventi diritto il reddito e i capitali risultanti dall'investimento: il nudo proprietario non è

¹²⁰ MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. Giur.*, 1995, p.163.

proprietario di un bene, ma di una ricchezza astratta che inizialmente era investita in un immobile ma che è suscettibile in ogni momento di assumere un'altra forma¹²¹.

Può, dunque, affermarsi, in via di prima approssimazione, che nel *trust* si ha uno sdoppiamento del diritto di proprietà tra un soggetto (il *trustee*) che è proprietario dei beni al solo fine della gestione, ed un altro soggetto (il *beneficiary*) che ne è proprietario al fine del godimento¹²²; ciò, in conseguenza della particolare concezione del diritto di proprietà proprio degli ordinamenti di *common law* e dell'evoluzione della giurisdizione della Cancelleria Reale che, nell'elaborare le regole dell'*equity*, permise la frammentazione illimitata della proprietà secondo la libera volontà del disponente del *trust*.

3.4 L'evoluzione del diritto di proprietà nel diritto inglese e la sua frammentazione

Per poter comprendere l'evoluzione del concetto di proprietà nel diritto inglese occorre far riferimento alla “*law of property*”, cioè alla legge sulla proprietà medievale, della quale, ancora oggi, il diritto anglosassone conserva molti termini ed anche

¹²¹ GRAZIADEI-RUDDEN, *op.cit.*, pp.458-479.

¹²² ANDREOLI, *op. cit.*, pp.14, 140.

molti principi, dal momento che il sistema feudale in Inghilterra non andò incontro a quel momento di rottura che nel continente è culminato con la Rivoluzione Francese, che ne sancì il declino.

Secondo la concezione feudale la vera proprietà terriera spettava soltanto alla Corona: di conseguenza la terra poteva essere posseduta solo in qualità di vicario del Re e coloro che la ricevevano direttamente da lui erano chiamati *tenants in chief* o *in capite*. La loro posizione derivava da un atto unilaterale di concessione della terra mediante il quale il Sovrano infeudava i suoi vassalli. A loro volta i *tenants in chief* potevano concedere ad altri la terra, sempre mediante un atto di infeudazione unilaterale ed i beneficiari di questo atto di subconcessione potevano a loro volta infeudare altri soggetti dei quali divenivano *Lords*. Per effetto di questa catena di infeudazioni si veniva a creare una sorta di piramide al cui vertice vi era il Re, alla base vi erano i servi della gleba e nel mezzo tutta una serie di *tenants*.

I titoli attraverso i quali i vari *tenants* possedevano le terre erano detti *estates* dal latino *status*; questi *estates*, nascenti dalla concessione unilaterale del *lord* al *tenant*, non comportavano un trasferimento immobiliare, ma solo l'attribuzione di un ampio potere di usare e godere del fondo, potere denominato *free tenure* o *freehold* o *liberum tenementum*, dove l'aggettivo *free* o

liberum indica la fonte feudale del rapporto stesso, nel senso che la sottoposizione del *tenant* al *lord* è priva di qualunque connotazione servile, fondandosi invece sul rapporto gerarchico nobiliare feudale. Questa sorta di diritto di godimento costituisce il nucleo fondamentale della *real property* nel diritto inglese.

I tipi di *free tenures* erano diversi, ed erano caratterizzati dal fatto di avere una durata limitata nel tempo, benché indefinita, e per questo si distinguevano da un altro tipo di concessione, non feudale, nella quale la terra era attribuita in godimento per un periodo ben determinato (il *leasehold*).

Sotto il profilo della durata si distinguevano: il *fee simple*, in cui il godimento spettava ad un soggetto ed ai suoi eredi (la parola *fee* deriva dal latino “*feudum*”); il *life estate*, in cui il godimento spettava ad un soggetto per la durata della sua vita; il *fee tail*, in cui il godimento spettava ad un soggetto, e, alla sua morte, ad una certa classe di soggetti designati. All’interno del *fee tail* si distingueva tra *general tail o whole tail* (a Tizio ed ai suoi figli), *special tail* (a Tizio ed ai figli che avrà con Caia), *tail male* (a Tizio ed ai suoi figli maschi), *tail female* (a Tizio ed alle sue figlie femmine).

Il punto dolente delle concessioni denominate *free tenure* era il complesso di diritti ed obblighi, gravanti sul *tenant*, individuati con la locuzione *incidents of tenure*, che costituivano

un peso non indifferente sul diritto di godimento, spettante al concessionario del fondo, nei confronti del *Lord*, al quale attribuivano tutta una serie di onerosi diritti supplementari.

A causa dell'onerosità eccessiva della *tenure* per il *tenant* - si pensi che fino allo Statute of Willis del 1540 non fu possibile nemmeno trasferire *mortis causa*, mediante testamento, il proprio *estate* - ci si cominciò a preoccupare dei limiti che il diritto feudale poneva ai proprietari di terre.

Per meglio comprendere la nascita del *trust*, tuttavia, deve ancora rilevarsi che nel sistema feudale esistevano anche dei divieti di possedere proprietà immobiliare per determinati soggetti, quali le persone fisiche appartenenti ad ordini religiosi (per i quali l'impossibilità di esser titolari di beni discendeva soprattutto da ragioni etiche, perché tale titolarità si trovava in contrasto con il voto di povertà): per eludere i pesanti oneri che gravavano sulla *tenure* ed aggirare, al contempo, il suddetto divieto, cominciò a diffondersi nella prassi l'istituto dello *use*, il quale può sicuramente essere definito come l'antenato del *trust*.

I benefattori degli ordini religiosi – per i quali, come detto, ricorreva il divieto di titolarità di beni – ricorsero all'espedito di trasferire la proprietà terriera a privati affinché questi la tenessero e l'amministrassero in favore degli stessi ordini.

In questo modo la proprietà veniva trasferita ad alcuni soggetti *ad opus* dei religiosi. Il termine *opus* si trasformò gradatamente in *oes*, poi in *ues*, ed infine in *use*.

Ben presto, i proprietari terrieri compresero l'utilità di adottare il medesimo espediente e nella prassi avveniva che un soggetto A trasferisse la proprietà, secondo la *common law*, ad un soggetto B per l'uso dello stesso A. Quindi il soggetto A, che veniva chiamato *feoffer*, stabiliva che il soggetto B, denominato *feoffee to use*, dovesse amministrare la proprietà a beneficio dello stesso A o di un altro soggetto da lui designato, che assumeva il nome di "*cestui que use*". Il negozio di trasferimento si chiamava "*feoffment*", parola derivante dal latino "*infeudare*" e che significa trasferimento del *fee simple*.

Di particolare utilità per il *feoffer* era il trasferimento del suo *estate* in favore non di un solo soggetto, ma di una pluralità di *feoffees* in qualità di *joint tenants*.

La *joint tenancy*, infatti, deve essere tenuta distinta dalla *tenancy in common* (grosso modo assimilabile alla nostra comunione), in quanto è congegnata in modo tale che, alla morte di uno dei *tenants*, il suo *estate* non si trasmette agli eredi ma si accresce ai *tenants* superstiti, grazie a quello che viene chiamato *right of survivorship* (lett.: diritto di sopravvivenza).

La pratica della *joint tenancy* comportava una serie di vantaggi per i *feoffers*: dato che gli amministratori erano più di

uno si riduceva il pericolo di arbitrii, da parte loro, nella gestione della proprietà; con questo espediente, inoltre, si riusciva ad evitare l'estinzione della *tenure* alla morte dell'ultimo *feoffee*, essendo sufficiente che i *feoffees* sopravvissuti, via via che veniva a mancare uno di loro, lo sostituissero con un altro, in modo tale da restare almeno in due; infine, questa prassi privava il *Lord* di alcuni degli *incidents* di maggior rilievo, poiché questi vantaggi sarebbero stati fruibili dal *Lord* soltanto nella remota possibilità di decesso collettivo o di *felony* da parte di tutti i *tenants*.

Il corpo di norme di *equity* non si contrapponeva a quello di *Common law*, il quale era considerato già perfetto, ma lo integrava, andando a colmare le sue lacune. Ed è proprio per questo motivo, che, a partire dal quindicesimo secolo, le persone che si trovavano nella posizione di *feoffers*, tradite nella fiducia dai propri *feoffees* (che erano i proprietari legali), non trovando tutela alcuna presso i tribunali di *Common law*, si rivolgevano al Cancelliere. Quest'ultimo accordò subito loro tutela, sulla base di un principio di giustizia divina: il Cancelliere non negò la proprietà legale ai *feoffees*, ma la riconobbe, stabilendo, però, che essa doveva essere amministrata a favore dei soggetti indicati dai *feoffers*, secondo la originaria convenzione.

Nacque, così, la distinzione tra due distinti tipi di proprietà, che generarono la concezione dualistica caratteristica del diritto

di proprietà in Inghilterra. La distinzione era tra proprietà legale e proprietà equitativa (*legal estate* e *equitable estate*): i *feoffees* erano i proprietari legali, in quanto la proprietà era stata loro trasferita attraverso uno dei modi previsti dalla *common law*, mentre il *cestui que use* era il proprietario equitativo, poichè il suo diritto era tutelato solo in *equity*.

Al riguardo, si precisa che l'obbligazione del *feoffee* finì per essere considerata vincolante anche per i suoi eredi e che il vincolo proveniente dallo *use* finì per essere ritenuto opponibile ad ogni eventuale acquirente del bene oggetto di esso, fatta eccezione per l'acquirente a titolo oneroso ed in buona fede, cioè senza conoscenza attuale o presunta dell'esistenza dello *use*.

Anche la pratica degli *uses*, tuttavia, se da un lato creava dei benefici, dall'altro comportava degli inconvenienti.

Grazie ai vantaggi che comportava, la pratica degli *uses* divenne molto popolare, tanto che furono adottati dalla gran parte dei proprietari di terre ma l'espansione di questa prassi non era vista di buon occhio dal Re, il quale, come sovrano feudale di tutto il territorio nazionale, era la persona maggiormente danneggiata, poiché la maggior parte delle sue entrate derivavano dai versamenti fatti dai proprietari di terre (*tenants of land*), i quali, attraverso gli *uses*, riuscivano a sottrarsi a molti di questi versamenti.

Pertanto, il Re, nel 1535, promosse l'emanazione dello *Statute of Uses*, il cui scopo era quello di abolire per sempre gli usi. In base a questo provvedimento, lo *use* diveniva ora *executed*, cioè cessava di essere una *equitable ownership* per essere trasformato *ipso iure* in un *legal estate* e per essere considerato tale a tutti gli effetti.

La legge si riprometteva, in altri termini, di eliminare la figura del *feoffee to use*, considerando il *cestui que use* quale *tenant* della *land* e, quindi, come soggetto gravato da tutti gli *incidents* propri della *tenure* in questione: in pratica, se A avesse trasferito *l'estate* di *tenant* a B, indicandolo come *feoffee to use* to C, in virtù dello *Statute of Uses* il soggetto C sarebbe stato considerato il nuovo *tenant* subentrato ad A. Lo *Statute* incontrò molte resistenze, sia da parte del Cancelliere, sia da parte dei *conveyancers* (giuristi esperti di trasferimenti di *real property*).

Il primo interpretò la legge in modo restrittivo, escludendone l'applicabilità in numerose ipotesi; i secondi escogitarono uno stratagemma per aggirare il divieto posto dallo *Statute*, adottando la formula dello *use upon a use*.

Così, se A voleva trasferire il suo *estate* a B per l'uso di D, veniva creato un doppio uso, trasferendo *l'estate*, invece che a "B to the use of D", a "B to the use of C to the use of D". Di fronte a questo espediente le Corti di *common law* si limitarono a rendere *executed* lo *use* a favore di C, ignorando quello a

favore di D, e questo per due motivi: da un lato, lo *use* a favore di D non era convertibile in *legal estate* per il fatto che si trattava di una sorta di *use* di secondo grado, mentre lo Statute parlava solo di quello di primo grado; dall'altro lato lo *use* a favore di D non poteva ricevere tutela *at law* in quanto, appunto, era solo un *use*.

Per circa un secolo, in numero sempre crescente, furono presentate petizioni al Cancelliere, con le quali i titolari del secondo *use*, sottolineando la inapplicabilità dello *Statute* nei loro confronti, ma anche il fatto che le intenzioni dell'alienante erano state quelle di beneficiare loro, chiedevano tutela, finchè nel 1634, con una decisione destinata a segnare il diritto inglese, (caso *Sambach vs. Dalston*), il Cancelliere stabilì il principio che il titolare dello *use upon a use* meritava tutela in equità, sì che, nell'esempio fatto, avrebbe dovuto ritenersi che C, titolare dello *use* che risultava *executed* in base allo Statute, tenesse il *legal estate* per l'uso di D.

Con il che, la strada verso la diffusione del *trust*, così come lo conosciamo oggi, era definitivamente tracciata.

CAPITOLO IV – ELEMENTI DEL TRUST

4.1 Schema generale del trust - 4.2 I trusts non espressamente istituiti - 4.3 I trusts espressamente istituiti: la fattispecie costitutiva – 4.4 La posizione giuridica del trustee, gli obblighi fiduciari - 4.5 La posizione giuridica del beneficiario - 4.6 Dual ownership: posizione proprietaria del trustee e del beneficiario - 4.7 Conclusioni: definizione di trust

4.1 Schema generale del trust

Nel suo schema generale, il *trust* implica che un soggetto (*settlor* o disponente) trasferisca (con atto tra vivi, revocabile o irrevocabile, o con atto mortis causa) ad un altro soggetto (*trustee*) la titolarità di uno o più diritti, conferendogli l'incarico di utilizzare i medesimi (che costituiscono il patrimonio del *trust*: *trust property*, *trust fund* o *trust estate*) a vantaggio di un terzo soggetto (beneficiario, *beneficiary* o *cestui que trust*) ovvero per il perseguimento di uno scopo.

In primo luogo, è necessaria una precisazione relativamente all'utilizzazione del termine *settlor*: esso viene spesso utilizzato come sinonimo di disponente, ma il significato dei due termini non è perfettamente coincidente, perché il primo si riferisce

esclusivamente ad un particolare tipo di *trust*, il *settlement*, che, di solito, vincola un patrimonio immobiliare, per più generazioni; per tutti gli altri tipi di *trust*, che non sono dei *settlement*, non è corretto parlare di *settlor*, ma è opportuno utilizzare il termine disponente.

La fattispecie costitutiva del *trust* (almeno di quelli espressamente istituiti) si compone di due negozi distinti, ma collegati: un negozio istitutivo (unilaterale), che contiene le regole cui il *trustee* dovrà attenersi nell'amministrazione del *trust fund*, ed un negozio dispositivo, che attua il trasferimento dei beni dal disponente al *trustee*.

In attuazione del negozio istitutivo del *trust* non viene in essere nessun nuovo soggetto di diritto, ma ciò che viene trasferito al *trustee* (il quale sarà titolare della *legal ownership*, cioè del diritto di proprietà tutelato *at law*) diviene oggetto di un patrimonio separato (*rectius*: segregato) dal suo patrimonio personale, conseguentemente inattaccabile dai creditori personali sia del *trustee* stesso, sia del disponente che del o dei beneficiari: questo patrimonio è vincolato al soddisfacimento delle sole obbligazioni contratte dal *trustee* nell'amministrazione di esso.

L'effetto traslativo produce un'ulteriore conseguenza: l'attribuzione al beneficiario di una posizione giuridica

qualificata come *equitable estate* (o *interest* o *ownership*), opponibile, entro certi limiti, anche ai terzi.

Il *trustee* è proprietario dei beni, ma il suo diritto non è pieno: egli potrà utilizzare i beni del *trust fund* solamente nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'atto istitutivo del *trust*, onde attuarne le finalità.

Il disponente, attraverso l'atto dispositivo, perde sia la proprietà dei beni, che il loro controllo.

Prima di poter parlare di uno schema generale del *trust*, appare opportuno risolvere un problema di natura terminologica, consistente nella scelta sull'utilizzo del termine *trust*, al singolare, ovvero *trusts*, al plurale.

La questione può apparire di poco conto ma è, invece, fondamentale per offrire una definizione dell'istituto che sia il più possibile onnicomprensiva.

È assolutamente da condividere quella opinione¹²³ secondo cui il termine corretto da utilizzare sia *trusts*, al plurale, perché non esiste il *trust*, ma esiste una vastissima gamma di tipologie di *trusts*, con la conseguenza che utilizzare il singolare vuol dire ignorare l'effettiva portata dell'istituto.

Il plurale *trusts* serve, in primo luogo, a sottolineare il polimorfismo dell'istituto, spesso utilizzato per finalità lontanissime dalle classiche funzioni di conservazione dei

¹²³ LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001 (2° ediz.)

patrimoni familiari; serve, in secondo luogo, a porre il luce l'inesistenza di una dimensione sistematica all'interno del mondo della *common law*, ove quello che chiameremo il modello di diritto inglese è stato soggetto a varie modificazioni fuori dell'Inghilterra, non accolte nella terra d'origine, o viceversa ha visto sviluppi in Inghilterra che non sempre sono stati recepiti negli altri ordinamenti.

4.2 I trusts non espressamente istituiti

Nel ricostruire la fenomenologia dei *trusts*, una prima distinzione deve essere effettuata tra *trusts* espressamente istituiti, e *trusts* non espressamente istituiti¹²⁴. I primi, infatti, contariamente a quanto sovente si crede, non esauriscono il mondo dei *trusts*, dovendosi tener conto, nella individuazione dei confini complessivi del fenomeno, anche dei secondi, che sorgono in applicazione di principi equitativi a prescindere da una dichiarazione di volontà espressamente indirizzata a tal fine.

Sebbene la Convenzione dell'Aja si applichi quasi soltanto ai *trusts* del primo tipo, il fenomeno del *trust* non può essere compreso da una visuale così ristretta.

¹²⁴ LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 32; ID., *Trusts*, cit., p. 94; ANDREOLI, *op. cit.*, p. 48.

In realtà, la categoria del *trust* volontario è sconosciuta al diritto inglese ed è stata creata, con una scelta linguistica infelice, dai redattori della Convenzione dell’Aja. Nel diritto inglese dei *trusts* troviamo, invece, il *trust* espressamente istituito, cioè il c.d. *express trust*. Esso, però, non deve essere considerato come il *trust* paradigmatico né, storicamente, come la prima forma di *trust*.

La distinzione tra i *trusts* espressamente istituiti e quelli non espressamente istituiti consiste nel fatto che i secondi sono la conseguenza della valutazione legale di un atto o fatto volontario non espressamente o sufficientemente indirizzato alla istituzione di un *trust*.

Questa giustapposizione non deve far pensare che i *trusts* non espressamente istituiti costituiscano, in contrapposizione a quelli espressamente istituiti, una categoria omogenea: si possono, infatti, individuare almeno tre tipologie diverse di *trusts* non espresse istituiti: gli *implied*, i *constructive* ed i *resulting trusts*.

L’*implied trust*, ovvero *trust* implicito, è un *trust* che una regola di *equity* considera sorto in virtù di un comportamento concludente da parte del disponente; si tratta pur sempre, pertanto, di un *trust* avente matrice negoziale, come quello espressamente istituito, con l’unica differenza della diversità della forma rivestita dalla manifestazione della volontà istitutiva

del *trust*¹²⁵. Un esempio di *implied trust* è quello delle mance lasciate dai clienti di un ristorante, quando le somme non vengano direttamente consegnate ai dipendenti del locale, ma lasciate al titolare dello stesso, che sarà considerato *trustee* in favore dei dipendenti.

Il *constructive trust*¹²⁶, cioè *trust* presunto, è quello esente da prescrizioni formali, per il fatto che in esso manca un atto istitutivo posto in essere dal disponente, e che sorge in base ad una regola di equity a prescindere dalla volontà del soggetto che ne risulta *trustee*¹²⁷.

In questi *trusts* manca la figura del disponente: essi sono, infatti, caratterizzati dal fatto che il bene che ne è oggetto appartiene, fino al momento immediatamente precedente a quello in cui interviene la regola di *equity*, al soggetto che detta

¹²⁵ BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001.

¹²⁶ Cfr. LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 12; PESIRI, *L' applicazione del trust in Italia a proposito di un recente convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 457.

¹²⁷ E' possibile, ai fini della chiarificazione di tale forma di *trust*, riportare i casi riconosciuti dalla giurisprudenza: il venditore di un immobile in pendenza di un trasferimento che avviene con la successiva consegna è *trustee* in favore dell'acquirente e, di conseguenza, se il venditore muore prima della consegna, il bene non entra in successione in quanto il compratore vanta un *equitable interest* sul bene e quindi sarà il prezzo del bene a cadere nell'asse ereditario del venditore e la disposizione testamentaria che riguardi quel bene è inefficace; chi svolge funzioni di natura fiduciaria per conto di un soggetto e tragga in conseguenza di questo svolgimento benefici impropri viene considerato *constructive trustee* relativamente ai benefici impropriamente ottenuti; se un soggetto riceve un pagamento indebito tale pagamento non trasferisce la proprietà, ma il destinatario è considerato *trustee* in favore del *solvens*. Sono, inoltre, considerati *constructive trustees* il terzo avente causa dal *trust* nel caso in cui non sia in buona fede, cioè abbia "notice" del *trust*, se il trasferimento sia stato fatto a titolo gratuito, o il coniuge che nell'acquisto della casa coniugale abbia speso il proprio nome quando l'altro coniuge con lui convivente abbia pagato parte del prezzo o abbia contribuito a pagare il mutuo o le spese di manutenzione. Infine, in caso di trasferimento immobiliare, i patti nulli o inefficaci per difetto di forma che riconoscono al venditore il diritto di rimanere nel godimento dell'immobile possono far sorgere il *trust* in suo favore.

regola individua come *constructive trustee*. La mancanza del disponente comporta la conseguenza che il *constructive trustee* può definirsi quale *bare* (oppure *naked, simple* o *passive*) *trustee*, poiché, non essendoci un atto istitutivo di *trust*, non vi sono disposizioni poste dal disponente da rispettare, e l'unico obbligo gravante sul *trustee* è quello di trasferire il diritto, oggetto del *trust*, al beneficiario¹²⁸.

Alcuni sostengono che il *constructive trust* presenti indefettibilmente la caratteristica di essere creato da una regola di *equity* contro la volontà del soggetto che ne risulta *trustee*. Questa opinione non appare condivisibile, poiché in alcuni casi i *constructive trusts* attuano la volontà del soggetto che ne risulta *trustee*, e in questi casi si parla di *common intention constructive trusts*: ciò avviene quando la volontà non è stata manifestata nelle forme necessarie per istituire un *trust* e, tuttavia, l'*equity* ritenga che non per questo essa debba rimanere senza effetto¹²⁹. Diversi sono i casi in cui la costituzione di un *constructive trust* si ponga in contrasto con la volontà del *trustee*, in particolare allo scopo di attuare l'esigenza etica di impedire la c.d. *fraud*, concetto molto simile alla nostra frode: *fraud* è ogni situazione che, caratterizzandosi per l'approfittamento attuato, da parte di un soggetto in posizione fiduciaria, nei confronti del fiduciante,

¹²⁸ In generale, l'espressione *bare trust* designa tutte quelle fattispecie in cui l'attuale beneficiario sia il beneficiario definitivo, nel senso che dopo di lui non sono previsti altri beneficiari, ovvero in cui il potere del *trustee* sia ridotto a compiti di mera amministrazione del bene a lui intestato.

¹²⁹ LUIPOI, *Trusts*, cit.

è tale da potersi ritenere *unconscionable*, cioè del tutto inaccettabile da un punto di vista etico nel suo perdurare¹³⁰.

I *resulting trust*, o *trust* di ritorno o residuali, sono accomunati ai *constructive trusts* dalla libertà delle forme e dall'assenza di un disponente (nel senso che la fonte del *trust* e del vincolo non va ricercata in una volontà diretta alla sua creazione, ma deriva da una valutazione in termini di meritevolezza di tutela, valutazione effettuata da una regola di *equity* e concretizzantesi nell'imposizione sul bene del vincolo proprio del *trust*).

L'aggettivo *resulting* proviene dal latino *resultare*, che in inglese può esser reso anche con il verbo *to spring back* (letteralmente: rimbalzare indietro)¹³¹.

Il *resulting trust* è creato da una regola di *equity* in casi in cui vi è un soggetto che ha disposto di un proprio bene in favore di altro soggetto (tale atto di disposizione si estrinseca o nel contesto di un *trust* espressamente istituito dal primo soggetto ed in cui il secondo è *trustee*, ma che è inidoneo a produrre propri effetti, o nel contesto di un *implied trust* parimenti creato dal primo soggetto e con il secondo quale *trustee*, ovvero in una dazione da parte di un soggetto di una somma di danaro ad un altro soggetto, che acquista un bene e lo intesta a se stesso o lo cointesta a sè ed al soggetto che ha fornito la somma) e le

¹³⁰ BARTOLI, *op. cit.*

¹³¹ CALÒ, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996.

circostanze del caso sono tali che si giustifica, dal punto di vista etico, l'attribuzione al primo soggetto della qualifica di beneficiario di un *trust* in cui *trustee* è *l'accipiens* (in eventuale concorso con altro soggetto coinvolto nella vicenda) ed in cui il *trust fund* è costituito dal bene in origine trasferito (ovvero ciò in cui questo bene si sia economicamente trasformato).¹³²

La tutela equitativa discendente dal *resulting trust* si esplica nel ritorno del bene oggetto del *trust* nel patrimonio del soggetto disponente, ovvero nella costruzione di una fattispecie di *trust* presunta *dall'equity* come desiderata dal medesimo ed avente ad oggetto il bene, o parte di esso, acquistato dall'*accipiens* con il denaro consegnatogli dal disponente¹³³.

In una posizione lievemente diversa si collocano, infine, gli *statutory trusts*, che, al pari delle altre figure di *trusts* non espressamente istituiti, trovano la propria fonte in una norma giuridica ma, a differenza di questi, che discendono da una norma di *equity*, scaturiscono da una norma inserita in una legge scritta (*Statute*)¹³⁴.

Le ipotesi di *statutory trusts* sono molte, tuttavia, in linea di massima, si può dire che, in questi casi, è la legge a stabilire che in determinate situazioni un soggetto assuma la qualifica di

¹³² BARTOLI, *op. cit.*

¹³³ BARTOLI, *op. cit.*

¹³⁴ LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 30.

trustee, disciplinando il fenomeno con riguardo agli interessi che, di volta in volta, essa intende tutelare.

4.3 I trusts espressamente istituiti: la fattispecie costitutiva

Si afferma in dottrina che il *trust* è privo di ogni elemento di contrattualità poiché l'atto istitutivo di un *trust* è un negozio unilaterale¹³⁵: il disponente non contrae con il *trustee* e l'accettazione di questo non è l'accettazione di una proposta contrattuale, ma è anch'essa un atto unilaterale.

L'origine dell'unilateralità dell'atto istitutivo di *trust* va ricercata nel fatto che la sua configurazione classica, assunta nel XVIII secolo, vede il disponente disporre traslativamente dei beni in favore del *trustee*: i connotati contrattuali (che si potevano notare nel primo periodo del *trust*, quello medioevale) sono spariti, perché il trasferimento di un *estate* (in *common law*), è un negozio unilaterale e la costituzione di diritti su di esso in favore di terzi (non importa se in *equity* o in *common law*) è affare del trasferente: l'origine della unilateralità della

¹³⁵ LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 41; SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 87; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p. 40, nota 9.

istituzione del *trust* sta, dunque, nella unilateralità di qualunque atto traslativo di un *estate*¹³⁶.

Deve, però, precisarsi che la struttura classica della fattispecie costitutiva del *trust* si articola in una duplice dichiarazione di natura negoziale¹³⁷: un'atto unilaterale istitutivo di carattere programmatico, assimilabile ad una sorta di investitura, ed un atto di disposizione, essenziale affinché il *trust* venga in essere, attraverso cui si investe il *trustee* della titolarità dei beni che il *settlor* intende costituire in *trust*.

L'atto istitutivo del *trust* può anche non coincidere con il trasferimento dei diritti al *trustee*, poiché può seguirlo o addirittura precederlo.

Occorre, quindi, tenere distinti l'atto istitutivo, che è disciplinato dalla legge scelta dal disponente (o determinata in base all'art. 7 della Convenzione dell'Aja), e l'atto dispositivo, con il quale vengono trasferiti i diritti al *trustee*, che è disciplinato dalla *lex fori*: da un lato, si pone l'atto istitutivo, che è un negozio unilaterale normalmente gratuito, ma che può essere anche a titolo oneroso; dall'altro, ci sono uno o più atti dispositivi, *inter vivos* o *mortis causa*, collegati con il negozio istitutivo, ed aventi causa esterna consistente di attuazione del programma da quello enunciato.

¹³⁶ LUPOI, *Trusts*, cit.

¹³⁷ SICLARI, *op.cit.*, p. 93.

Attraverso il collegamento tra i due negozi i beni sono segregati ed affidati ad un *trustee* per il raggiungimento dello scopo del *trust*.

L'atto istitutivo di *trust*, pertanto, è stato efficacemente definito come un atto la cui causa consiste nell'intento programmatico di segregare posizioni giuridiche per raggiungere uno scopo meritevole di tutela e tale effetto è soddisfatto mediante il trasferimento al *trustee* delle posizioni stesse¹³⁸.

Il negozio istitutivo, secondo la dottrina prevalente, può essere recettizio oppure no, a seconda che il *trustee* e il disponente siano persone diverse oppure no. Si avrà un negozio non recettizio nell'ipotesi in cui il disponente si autodichiari *trustee*, mentre si tratterà di negozio recettizio qualora *trustee* e disponente siano persone distinte. In questo secondo caso sarà necessaria l'accettazione dell'incarico da parte del *trustee*; ma, qualora manchi l'accettazione, oppure vi sia un rifiuto espresso, non si verificherà la caducazione del *trust*, purché l'atto istitutivo sia contestuale ad un negozio dispositivo in favore del *trustee* (sorgerà, in tal caso, la necessità di una nuova nomina fatta nelle forme stabilite dal regolamento del *trust*).

Quindi, l'atto istitutivo esplica i propri effetti anche qualora il *trustee* non accetti la nomina, poiché esso costituisce un programma che se, da un lato, vincola il *trustee* solo nel

¹³⁸ BUTTÀ, *Introduzione ai trusts e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002.

momento in cui questo accetta, dall'altro lato predetermina gli effetti segregativi dei successivi atti di disposizione, indipendentemente dall'accettazione del *trustee*¹³⁹.

Ne deriva che l'atto istitutivo è un atto unilaterale, perché il disponente costituisce un *trust*, dettando un programma che deve essere realizzato dal *trustee* e quest'ultimo può solo accettare o rifiutare l'incarico, ma non può incidere con la propria volontà sul contenuto del negozio. Non essendoci alcun apporto effettuale derivante dalla volontà del *trustee*, è evidente che la ricostruzione dell'atto istitutivo come contratto non trova ragione di essere.

In altri termini, il carattere unilaterale e non contrattuale dell'atto istitutivo di *trust* comporta che la dichiarazione in esso contenuta non può essere considerata una proposta di *trust*, perché, da un lato, la sola volontà del disponente è idonea a far nascere il *trust* e, dall'altro lato, il *trustee* non potrà incidere in alcun modo, con un proprio atto volitivo, sul contenuto dell'atto istitutivo.

La dichiarazione del *trustee* diretta ad accettare oppure no l'incarico offertogli, contestuale o meno alla creazione del *trust*, è sempre a forma libera, potendosi desumere anche da comportamenti concludenti e, perfino, dalla prolungata inerzia del designato, il quale lasci trascorrere un congruo lasso di

¹³⁹ BUTTÀ, *op. cit.*

tempo senza compiere alcun atto. Di solito, nella prassi, il *trustee* che intendesse non accettare l'incarico avrà l'accortezza di esprimere tale volontà attraverso un atto formale (*disclaimer*), e ciò proprio per evitare che possa ritenersi che abbia accettato per fatti concludenti.

Una volta che il *trust* sia validamente sorto, e che il *trustee* abbia accettato l'incarico, si assiste alla degradazione dell'interesse del disponente, il quale perde titolo all'attivazione dei rimedi contro l'infedele amministrazione del *trustee*, essendo questa valutabile soltanto nell'interesse del beneficiario del *trust*.

Una delle caratteristiche del *trust*, infatti, è l'assunzione da parte del *trustee* di obbligazioni che sono strumentali alla realizzazione degli interessi individuati nell'atto istitutivo, nei confronti di soggetti che non sono parte di tale atto, ai quali spetta in via esclusiva la legittimazione a pretenderne l'osservanza.

Ne deriva che l'unico soggetto la cui presenza è essenziale è il *trustee*, dal momento che, da un lato, possono mancare i beneficiari (come accade nei c.d. *trust* di scopo) e, dall'altro, può mancare la figura del disponente nei casi in cui questo costituisca un *trust* nominando se stesso come *trustee*, detenendo così i beni non più nell'originale veste giuridica ma nell'interesse di terzi beneficiari o per altri scopi.

Ne deriva che non può parlarsi, con riferimento alla fattispecie istitutiva del *trust*, di un rapporto necessariamente trilaterale¹⁴⁰, giacchè se il rapporto fra *trustee* e il beneficiario è tendenzialmente durevole (ma può anche mancare del tutto), il rapporto tra disponente e *trustee* si esaurisce, di regola, con l'atto di trasferimento.

Il disponente, nella configurazione classica del *trust*, perde ogni controllo sui beni che ne formano oggetto, e non è titolare di alcun diritto nei confronti del *trustee*: non può chiedere l'esecuzione nè interferire nell'operato del *trustee* tranne che sia egli stesso beneficiario del *trust*¹⁴¹.

Per porre rimedio a ciò e dare risposta alle esigenze del disponente di mantenere un controllo sull'attività del *trustee*, la prassi ha escogitato il rimedio di nominare un c.d. *protector*, il quale è dotato di una serie di poteri che gli permettono un controllo indiretto dell'operato del *trustee*.

Il *protector*, o *guardian* (la cui traduzione migliore in italiano è "guardiano"), è un terzo che ha il potere-dovere di dare istruzioni (che possono essere vincolanti o meno e, nel primo caso, il potere si atteggerà come diritto di veto) al *trustee*, relativamente alle scelte gestionali, quello di rimuovere il *trustee* e di nominarne uno nuovo in sua sostituzione o, ancora,

¹⁴⁰ SICLARI, *op. cit.*, p. 91, nota 12.

¹⁴¹ LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 57; ANDREOLI, *op.cit.*, p.11.

di nominare altri *trustees* in aggiunta a quelli già previsti dall'atto istitutivo, ovvero di variare secondo le circostanze la legge regolatrice del *trust* scelta a suo tempo nell'atto istitutivo del *trust* o, infine, per i *trusts* discrezionali, di integrare la lista dei beneficiari predisposta dal disponente o di indicare, volta per volta, quale dei beneficiari ha diritto all'attribuzione di vantaggi patrimoniali (sotto forma di distribuzione di un reddito o di un bene capitale) che il *trust* discrezionale prevede¹⁴².

Un problema che ci si è posti è se al vincolo sulla proprietà del *trustee*, derivante dalla frequente clausola per la quale alcuni atti dispositivi necessitano della preventiva approvazione del *protector*, debba attribuirsi natura reale ovvero obbligatoria.

Premesso che i poteri del *protector* limitativi della proprietà del *trustee* sono in funzione dello scopo del *trust*, e che ogni azione dei beneficiari posta a tutela di detto scopo, secondo la teoria ormai dominante, ha natura obbligatoria, sembra potersi sostenere che analoga natura dovrà attribuirsi all'azione esperita per ottenere il rispetto dei poteri del *protector* e, quindi, al vincolo della proprietà del *trustee* di cui essa è espressione.

Analogamente a quanto accade per il *trustee*, le obbligazioni del *protector* vedono come soggetto attivo il beneficiario, e non il disponente.

¹⁴² BUTTÀ, *op. cit.*

Ovviamente, il *protector* non potrà mai trasformarsi, in linea di fatto, in un gestore, poiché in tal caso sarà anch'egli considerato un *trustee*, con le relative implicazioni sul piano della responsabilità¹⁴³.

Anche con la cosiddetta *letter of wishes* (letteralmente: lettera di desideri) il disponente può far emergere le proprie volontà rispetto al comportamento che il *trustee* deve tenere; tuttavia, le indicazioni contenute nella lettera non sono vincolanti per il *trustee*, il quale ha l'obbligo di attenersi al solo regolamento del *trust* previsto dall'atto istitutivo.

Se il *trustee* cercherà, ove possibile ed in quanto non in contrasto con la legge o con il contenuto dell'atto istitutivo di *trust*, di adeguarsi ai desideri espressi dal disponente nella lettera, ciò farà non in quanto legalmente obbligato, ma in ossequio al rapporto fiduciario intercorrente con il disponente¹⁴⁴.

Alcuni fanno notare che in presenza di simili disposizioni rimane comunque opportunamente affermata la discrezionalità del *trustee*, senza necessità di obbligo di motivazione delle ragioni che lo guidano nel suo compito. È tuttavia chiaro che

¹⁴³ BUTTÀ, *op. cit.*

¹⁴⁴ In realtà, nella prassi le cose stanno in maniera differente: infatti, normalmente, le lettere vengono seguite scrupolosamente dai *trustees* nello svolgimento del loro ufficio. Ciò avviene perché è chiaro che un *trustee* professionista, o una *trust company*, che si comportassero diversamente da quanto indicato dal disponente nella lettera, si troverebbero senza più clienti. Quindi, la lettera offre la possibilità di dare delle indicazioni al *trustee* nella gestione del *trust*, ma bisogna fare attenzione al fatto che, se venisse provato che la lettera ha lo scopo di vincolare in modo sistematico l'attività del *trustee* e fosse da costui pedissequamente osservata, si potrebbe avere un'ipotesi di *trust* simulato, come tale invalido.

l'auspicio portato dalla *letter of wishes*, che di per sé ha solo un valore morale, può assumere un rilievo in sede di valutazione delle responsabilità del *trustee*¹⁴⁵.

L'atto istitutivo si accompagna, poi, ad uno o più atti di disposizione: di solito, è prevista una dotazione iniziale, così che il *trustee* possa iniziare la realizzazione del programma stabilito dal disponente. I successivi negozi traslativi in favore del *trust fund*, che possono provenire da terzi o dallo stesso disponente, sono volti a realizzare il programma stabilito dal *settlor* nell'atto istitutivo.

La causa dell'atto istitutivo di *trust* può essere rintracciata, allora, “*nel programma di segregazione di una o più posizioni soggettive, o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerate (beni del trust), delle quali il disponente si spogli, o trasferendole ad un terzo (il trustee), o isolandole giuridicamente nel proprio patrimonio, per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela*”¹⁴⁶.

Normalmente lo scopo o gli scopi del *trust* sono specificati dallo stesso disponente nell'atto istitutivo: il contenuto dell'atto istitutivo di *trust* è dato dal regolamento dello stesso, cioè dal complesso di regole cui il *trustee* deve fare riferimento nella gestione del *trust fund*, e può essere il più vario.

¹⁴⁵ CANESSA, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano (con prefazione di M. Lupoi)*, Milano, 2001; PICCOLI-RAITI, *Atto di costituzione in “trust”*, in *Notariato*, 2000, p. 267-270

¹⁴⁶ CANESSA, *I trusts interni*, cit.

Il negozio istitutivo può essere a titolo oneroso ovvero a titolo gratuito, ed in quest'ultimo caso non implicherà necessariamente l'attuazione di una liberalità: può considerarsi a titolo oneroso se effettuato in adempimento di un obbligo. Sarà considerato, invece, a titolo gratuito quando venga posto in essere in virtù di una spontanea determinazione volitiva del disponente; ma in questo caso dovrà effettuarsi una distinzione, a grandi linee corrispondente a quella conosciuta dal nostro ordinamento tra donazioni e atti gratuiti non donativi, fra il *trust liberale* ed il *trust meramente interessato*, a seconda che il disponente abbia inteso produrre oppure no un arricchimento patrimoniale nella sfera giuridica di uno o più terzi beneficiari con animo liberale.

Da quanto fin qui esposto si evince che l'atto dispositivo deve essere tenuto ben distinto da quello istitutivo, almeno da un punto di vista logico.

Attraverso il negozio dispositivo il disponente trasferisce i diritti oggetto del *trust* al *trustee*, affinché questi possa utilizzarli per l'attuazione del programma contenuto nell'atto istitutivo.

Il trasferimento, anzi, meglio, i trasferimenti (perché la dotazione del *trust* può avvenire in più momenti) possono essere contemporanei, antecedenti o successivi al negozio istitutivo di *trust*.

La causa di tali negozi deve essere individuata nell'attuazione del negozio istitutivo in conseguenza del loro collegamento con tale negozio. In virtù di tale collegamento, i negozi dispositivi producono un effetto ulteriore rispetto a quello, tipico, meramente traslativo: l'affidamento dell'oggetto del trasferimento al *trustee*, per il perseguimento dello scopo del *trust* e la sua conseguente segregazione nel patrimonio del *trustee*¹⁴⁷.

Per quanto riguarda la forma del negozio dispositivo, essa segue le regole stabilite, in generale, per i singoli atti traslativi. Quindi, nel nostro ordinamento, affinché l'atto traslativo possa produrre i suoi effetti occorre che, quando si tratti di trasferimento della proprietà o costituzione di diritti reali su beni immobili, sia rispettata la prescrizione in ordine alla forma scritta.

Sotto un profilo causale, è necessario notare che l'atto con il quale il *trust* viene dotato di un patrimonio non è qualificabile né come compravendita, poiché manca il corrispettivo, né come donazione, in quanto manca lo spirito di liberalità.

Secondo l'opinione più accreditata in materia, esso deve invece essere qualificato come adempimento di un'obbligazione

¹⁴⁷ LUPOI, *Trusts*, cit.

assunta dal disponente nei confronti del *trustee* nel momento dell'istituzione del *trust*.¹⁴⁸

4.4 *La posizione giuridica del trustee, gli obblighi fiduciari*

Il *trustee* ha il potere di disporre dei beni e può anche alienarli, ma non ne ha il godimento né può distruggerli o sottrarli al soddisfacimento dello scopo a cui sono destinati¹⁴⁹: egli, infatti, pur essendo titolare della *legal ownership*, incontra stringenti limiti nell'esercizio dei poteri di amministrazione e di disposizione e deve attenersi a quanto previsto dall'atto costitutivo e dalle disposizioni di legge.

Il primo dovere in capo al *trustee* è quello di amministrare la *trust property* e consiste nel prendere possesso dei beni costituiti in *trust*, tutelarne l'integrità e porre in essere tutti gli atti di amministrazione necessari per realizzare la volontà del disponente.

Il *trustee* deve impiegare la dovuta diligenza nel conservare la *trust property* ed è, inoltre, obbligato a tutelare le ragioni del *trust* contro i terzi, a rendicontare ed informare i beneficiari ed a

¹⁴⁸ SCREPANTI, *Trust e tax planning*, p. 9391 ss.; A. BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. Dir. Civ.* 1992, p. 309-357; BUTTÀ, *op cit.*.

¹⁴⁹ LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 56, 57; ANDREOLI, *op. cit.* p. 53-55 ; SICLARI, *op. cit.* p. 92 nota 2; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p. 40.

comportarsi in modo imparziale con i beneficiari nel caso in cui ce ne sia più d'uno.

La natura personale della funzione svolta impone al *trustee* di non delegare ad alcuno il compimento di attività, a meno che tale possibilità non sia stabilita nell'atto costitutivo.

Altro dovere imposto al *trustee* – che costituisce una tutela fondamentale per gli interessi dei beneficiari – è quello di non confondere i propri beni con i beni del *trust*, e quindi di mantenere i primi sempre identificabili e distinti dai secondi. Sul *trustee* grava, inoltre, il dovere di lealtà, che gli impone di operare in modo da escludere la ricerca di ogni vantaggio personale: questo dovere va inteso in senso oggettivo, con la conseguenza che l'eventuale situazione di conflitto di interessi in cui il *trustee* venga a trovarsi rileva in quanto tale, e non hanno importanza, ai fini della sua incidenza, la buona o mala fede del *trustee*.

Nei confronti del beneficiario, il *trustee* ha il diritto ad essere tenuto indenne dalle spese sostenute nel compimento della sua attività; il suo ufficio è, normalmente, gratuito, anche se spesso è lo stesso disponente che prevede un compenso in favore del *trustee*.

Vi possono essere delle sovrapposizioni di ruoli, vale a dire che il *settlor* può istituire se stesso *trustee*¹⁵⁰, ovvero il *trustee* può anche assumere la veste di beneficiario, ma in tale ultimo caso il *trust* deve essere amministrato da più *trustees* e si richiede la presenza di più beneficiari per evitare un conflitto di interessi.

Il *trustee* deve rispondere, in genere, per qualsiasi *breach of trust* (letteralmente: infrazione della fiducia) che determini perdite o danni: la responsabilità è, però, esclusa, nell'ipotesi in cui abbia agito con il consenso di tutti i beneficiari e conformemente alla legge, quando la violazione sia dovuta a forza maggiore o ad errore scusabile, oppure quando essa sia stata autorizzata preventivamente dall'Autorità Giudiziaria ovvero si giustifichi in base alla circostanza che, nel caso concreto, l'adempimento delle disposizioni del *trust* avrebbe comportato una violazione di legge¹⁵¹.

In alcuni casi il *trustee* può essere sostituito. I casi di sostituzione sono indicati nell'atto costitutivo o da disposizioni legislative; la sostituzione può anche essere ordinata dal tribunale quando il *trustee* sia inadempiente a quanto previsto nell'atto costitutivo e non agisca secondo gli scopi del *trust*.

¹⁵⁰ In questo caso il disponente, senza operare alcun trasferimento, limita la pienezza del proprio titolo acquistando la veste giuridica di affidatario di determinati interessi.

¹⁵¹ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 57; LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 59.

La cessazione del *trust* – e, quindi, degli obblighi gravanti sul *trustee* – si ha o per la scadenza del termine previsto, o per il verificarsi di una causa di scioglimento prevista nell'atto istitutivo del *trust* o, infine, per il consenso di tutti i beneficiari. Alla cessazione, i beneficiari diventano titolari della *trust property* e possono ottenere il trasferimento dei beni, in questo modo liberando il *trustee* da obblighi e responsabilità.

4.5 La posizione giuridica del beneficiario

Beneficiario del *trust* è chiunque, secondo l'intento del disponente, sia destinatario di un vantaggio, quando il conseguimento di questo vantaggio sia configurabile come un diritto verso il *trustee*, il quale è obbligato a realizzarlo¹⁵². Pertanto il beneficiario deve necessariamente essere identificato o, almeno, identificabile.

Il vantaggio attribuito al beneficiario non consiste necessariamente nell'attribuzione dei beni dati in *trust* o dei loro frutti ma può consistere in una qualsiasi utilità giuridicamente apprezzabile.

¹⁵² LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 76; ANDREOLI, *op. cit.*, p. 63; SICLARI, *op. cit.*, p. 94, nota 9.

In alcuni casi i beneficiari possono richiedere la risoluzione del *trust* ma, fin quando il *trust* è operativo, essi non hanno il diritto di interferire con l'attività dei *trustees*, i quali dovranno prendere autonomamente le proprie decisioni.

Alla cessazione del *trust*, i beneficiari hanno il diritto di divenire pieni proprietari dei beni del *trust*; fino al suddetto momento non possono gestire i beni ma possono soltanto trasferire *l'equitable interest* (aspettativa del vantaggio) loro spettante.

La forma di tutela assicurata al beneficiario, denominata *tracing* o *following the trust*, si atteggia come un rimedio equitativo reipersecutorio, esperibile soprattutto in caso di atti di disposizione compiuti dal *trustee* in *breach of trust*. In questo caso è consentito al beneficiario di conservare intatti i propri diritti equitativi sui beni costituenti l'oggetto originario del *trust* mediante la condanna del terzo acquirente, purchè in mala fede o avente causa a titolo gratuito, all'osservanza delle obbligazioni originariamente gravanti sul *trustee*¹⁵³.

Qualora tale risultato non sia realizzabile, perché ad esempio il terzo abbia acquistato a titolo oneroso e in buona fede, il *tracing* equitativo, coerentemente con il principio della insensibilità del *trust* rispetto alle modificazioni del suo oggetto, darà luogo ad un fenomeno di surrogazione reale, assumendo i

¹⁵³ SICLARI, *op. cit.*, p. 93.

caratteri di un'azione avente ad oggetto, questa volta, il bene o il diritto in cui il *trustee* (o il terzo *constructive trustee*), mercè l'illegittima alienazione, abbiano convertito l'oggetto originario del *trust*.

4.6 *Dual ownership: posizione proprietaria del trustee e del beneficiario*

Il punto maggiormente controverso nella ricostruzione dell'istituto del *trust* è da sempre rappresentato dall'esatta individuazione della natura dei diritti spettanti al *trustee* ed al beneficiario.

Come si è innanzi anticipato, nel *trust*, secondo parte della dottrina, si ha uno smembramento del diritto di proprietà¹⁵⁴. Da un lato al titolare del diritto, detto *trustee*, spetta il *legal estate*, cioè la proprietà secondo il diritto comune e, dall'altra parte, al beneficiario spetta un *equitable estate*, cioè la proprietà secondo equità¹⁵⁵.

¹⁵⁴ ANDREOLI, *op. cit.*, p.14; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p. 38.

¹⁵⁵ L'opinione in commento affonda le sue radici nella teoria elaborata per la prima volta da FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; L'A. sosteneva che, attraverso l'istituzione del *trust*, si verificasse uno sdoppiamento del diritto di proprietà originario in due nuovi diritti di proprietà, contemporanei, di cui sono investiti soggetti diversi ed aventi il medesimo oggetto. Questo fenomeno si verificava attraverso l'attribuzione a soggetti diversi, il fiduciario (o *trustee*) da un lato, ed il beneficiario dall'altro, di una distinta tutela, riconoscendosi, sulla cosa costituita in *trust*, al primo un signoria legale, al secondo una signoria equitativa. In tal modo sia l'uno che l'altro diritto, in cui si viene a scindere l'originario diritto di proprietà, sono a loro volta veri e propri diritti di proprietà. Di conseguenza, il normale contenuto del diritto

Questa duplicità di situazioni proprietarie comporta che il *trustee* è titolare della piena proprietà secondo le regole di *common law*, ma i beni oggetto della *trust property* sono sottoposti ad un preciso vincolo di destinazione e di separazione, con la conseguenza che i creditori personali del *trustee* non hanno alcuna possibilità di aggredire i beni costituiti in *trust*.

Il prospettato sdoppiamento delle posizioni proprietarie, tuttavia, non pare compatibile con il nostro ordinamento, se non sottoponendo ad una rivisitazione radicale alcuni principi tradizionali, come quello della tipicità dei diritti reali e dell'assolutezza ed esclusività del diritto di proprietà¹⁵⁶.

Secondo altra parte della dottrina, pertanto, al diritto del beneficiario andrebbe riconosciuta natura personale: secondo tale opinione il *trust* è fonte di un diritto di proprietà, che sorge

di proprietà, che contiene le facoltà di disposizione e le facoltà di godimento, viene diviso in due parti, e le facoltà di disposizione vengono attribuite al *trustee*, mentre quelle di godimento al beneficiario.

L'A. basò la sua teoria, da un lato, sulla trasposizione letterale di termini giuridici inglesi in un contesto di *civil law*, senza rendersi conto del diverso significato che essi assumono all'interno del sistema di *common law*, e, dall'altro lato, sulla considerazione che "se è vero che il *trustee* è obbligato ad amministrare la *trust property* a vantaggio del beneficiario, non è men vero che questo suo obbligo ha ben poco di intimo e di fiduciario in senso stretto; questo perché il beneficiario di un *trust* ha un diritto di *following the trust property*, che ricorda molto il diritto di seguito, che, da noi, presidia il diritto reale, e che, nel diritto inglese, si arresta solo davanti ad un terzo acquirente a titolo oneroso ed in buona fede".

In perfetta sintonia con le premesse, l'Autore propone la sua definizione di *trust*: "il *trust* è un rapporto fiduciario, derivante dalla volontà privata o dalla legge, in virtù del quale colui (fiduciario o *trustee*) che ha su determinati beni o diritti la proprietà formale (*trust ownership*, *legal estate*) o la titolarità è tenuto, per effetto della proprietà sostanziale (*beneficiary ownership*, *equitable estate*) che non è in lui, a custodirli e/o ad amministrarli, o comunque a servirsene a vantaggio di uno o più beneficiari, tra i quali può anche essere compreso, o di uno scopo".

¹⁵⁶ In senso contrario alla possibilità di configurare il diritto del beneficiario come un diritto reale, cfr. Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *Foro It.*, 1956, I, p. 1020.

in capo al *trustee*, e di un diritto di natura personale (ma opponibile ai terzi) in capo al beneficiario, che produce un vincolo di destinazione a rilevanza esterna o, meglio, un “*difetto di pienezza equitativa*”¹⁵⁷ che incide sul diritto spettante al *trustee*.

Questa tesi è contraria alla configurazione di un *equitable ownership* in capo al beneficiario per le seguenti ragioni¹⁵⁸.

In primo luogo, il *trust* potrebbe anche non avere ad oggetto un diritto reale, ma una qualunque situazione giuridica soggettiva personale, relativamente alla quale sarebbe inconfigurabile un diritto di proprietà in capo al beneficiario (non esistendo neanche una titolarità del *trustee*).

Inoltre, nel *trust* può anche mancare un beneficiario¹⁵⁹, come accade nei *charitable trust* o nei *trust* discrezionali: dunque, non è possibile pensare che il *trustee* sia semi-proprietario e che l'altra parte della proprietà spetti al beneficiario, in quanto questi può anche mancare.

Inoltre, si rileva, nei casi in cui ai beneficiari spetti soltanto il diritto di percepire le rendite del *trust fund*, ma non il diritto a conseguire, allo scioglimento del *trust*, i beni capitali che,

¹⁵⁷ LUPOI, *Introduzione*, op. cit., p. 76-78; ID., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 975.

¹⁵⁸ Sul carattere personale del diritto del beneficiario: LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 76; ID., *Lettera ad un notaio curioso di trusts*, in *Riv. Not.*, 1996, 343 e ss; ID., *Trusts*, cit., p. 237; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p. 39. La tesi della natura personale del diritto del beneficiario è avallata in sede comunitaria dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 17 maggio 1994 nella causa *Web contro Web*.

¹⁵⁹ LUPOI, *Introduzione*, op. cit., p. 65.

secondo la volontà del disponente, sono destinati ad altri soggetti, sembra difficile poter sostenere l'esistenza di un diritto di proprietà in capo ai beneficiari: essi, infatti, non entreranno mai in contatto diretto con i beni del *trust fund*, che, per definizione, sono destinati ad altri e, quindi, non potrebbero in nessun modo ed a nessun titolo venir utilmente collocati nel contesto proprietario.

Si può ancora rilevare che al beneficiario di un *trust* non necessariamente spetta il diritto di vedersi attribuire delle rendite o dei beni capitali del *trust fund*, ma il suo diritto può consistere anche nel vedere esercitata in modo corretto la discrezionalità attribuita al *trustee* dall'atto istitutivo, ovvero il suo diritto può consistere nel conseguire altri vantaggi patrimoniali giuridicamente apprezzabili. In questi casi si spezza quel nesso tra beneficiario e beni in *trust* - correntemente chiamato *equitable ownership* – che secondo l'opinione avversa avrebbe natura di diritto reale: questa terminologia potrà essere ancora utilizzata quando il diritto del beneficiario verta sui beni del *trust* (o sui loro frutti), ma non per tutti i *trusts*¹⁶⁰.

Il rilievo di maggior importanza, tuttavia, pare essere quello secondo cui non necessariamente l'equazione diritto reale – opponibilità ai terzi deve considerarsi biunivoca. Se è vero,

¹⁶⁰ Cfr. GAMBARO, voce "Trusts" in *Digesto-Discipline Privatistiche, sez. civile*, vol. XIX, pp. 449-469, Milano, secondo il quale è accettabile parlare (con traduzione letterale dall'inglese *equitable ownership*) di *proprietario in equity*, purchè si tenga presente che questa nozione non ha nulla a che fare con quella nostrana.

infatti, da un lato, che, nel nostro sistema, il diritto reale è caratterizzato dalla sua opponibilità *erga omnes*, non per questo si può ritenere, automaticamente, che sia vero anche il reciproco, e cioè che un diritto di natura personale sia necessariamente inopponibile ai terzi. Anzi, questa conclusione pare confutabile sol che si ponga mente alla trascrivibilità immediata (che è il frutto di una scelta legislativa) di negozi come il contratto preliminare, la vendita obbligatoria, la locazione ultranovennale, il conferimento in società di un diritto personale di godimento per un periodo maggiore di nove anni ovvero *sine die* e la *cessio bonorum ordinaria*¹⁶¹.

D'altra parte, la natura personale del diritto del beneficiario sarebbe dimostrata anche dal meccanismo di funzionamento dell'azione posta a sua tutela, il *tracing*, che non ha natura reale: da un lato, perché essa mira non al recupero della cosa oggetto del *trust fund*, ma del suo valore economico, nel senso che tende a riportare nel *trust fund* il bene in cui essa è stata trasformata; dall'altro lato, perché essa non ha lo scopo di riportare la cosa (o il suo valore economico) nel patrimonio personale del beneficiario, ma tende alla reintegrazione del *trust fund*.

In tal senso, il rilievo che l'interesse equitativo sia opponibile ai terzi non significa necessariamente che la proprietà del

¹⁶¹ BARTOLI, *op. cit.*

patrimonio gestito dal *trustee* sia suddivisa tra quest'ultimo ed i beneficiari.¹⁶²

L'opponibilità di un diritto, che è un elemento naturale dei diritti reali, rappresenta più in generale il risultato di una scelta di politica legislativa diretta a valutare il livello di tutela di un determinato interesse; inoltre, nel diritto reale ci si serve dell'utilità che ne è oggetto, mentre nel diritto di credito si deve essere serviti delle proprie spettanze: il beneficiario del *trust*, appunto, non si serve da solo.¹⁶³

La tesi della natura obbligatoria del diritto del beneficiario ha agevolato, in epoca successiva alla Convenzione dell'Aja, il diffondersi del convincimento in ordine alla trascrivibilità dei *trusts* immobiliari ed alla piena compatibilità con il nostro ordinamento non solo dei *trusts* esteri, ma anche di quelli interni: infatti questa tesi fa cadere le obiezioni nei confronti dell'istituto fondate sul dogma dell'unicità ed absolutezza del diritto di proprietà e sul numero chiuso dei diritti reali.¹⁶⁴

Un'importante spinta alla diffusione ed all'accoglimento della tesi secondo cui il beneficiario è titolare solo di un diritto di

¹⁶² CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Rass. Trust e dir. Priv. Com.*, p. 33 e ss, secondo cui "l'interesse equitativo, infatti, non ha natura reale; anzi il suo inserimento all'interno delle categorie dei diritti, rispettivamente assoluti e relativi, proprie del sistema continentale, non pare operazione corretta. Infatti, il tracing equitativo, destinato a proteggere l'aspettativa del beneficiario, non serve a conseguire un vantaggio diretto al suo patrimonio, ma a ricostruire il patrimonio del trust sul quale egli non vanta alcuna pretesa dominicale".

¹⁶³ LICINI, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust)*, in *Riv. Not.*, 1996, p. 125

¹⁶⁴ BARTOLI, *op. cit.*; su questo tema si tornerà più compiutamente nella terza sezione (*infra*, § 6.5).

natura personale si è avuta, poi, da una ormai famosa sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 17 maggio 1994.¹⁶⁵

Il caso sottoposto al giudizio della Corte riguardava un cittadino inglese che aveva fornito al figlio, nel 1971, il danaro occorrente per l'acquisto di una casa per le vacanze ad Antibes (Francia), con l'accordo che sarebbe stata utilizzata sia dal primo soggetto, sia da sua moglie, sia dal figlio.

Venti anni dopo, incrinatisi i rapporti familiari, il padre, che aveva sempre sostenuto le spese di mantenimento della casa, convenne il figlio in giudizio dinnanzi alla *High Court of Justice*, chiedendo che quest'ultimo, previo accertamento della sua qualità di *resulting trustee* del bene, fosse condannato alla intestazione dello stesso all'attore.

Il convenuto excepì in rito il difetto di giurisdizione dei giudici inglesi, ritenendo che avesse giurisdizione la magistratura francese, basandosi sull'articolo 16, comma 1°, lett. a) della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, in virtù del quale “*in materia di diritti reali immobiliari i giudici dello Stato contraente nel quale l'immobile è situato*” hanno esclusiva competenza sulla lite, a prescindere dall'ubicazione (eventualmente anche al di fuori della cerchia degli Stati contraenti) del domicilio del convenuto.

¹⁶⁵ Sentenza n. 294/92 (Webb contro Webb): cfr. LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 78.

Nel merito, il convenuto cercò di offrire la prova contraria, che è richiesta dal diritto inglese, per contrastare la presunzione sulla quale si basa il *resulting trust*, affermando che il padre gli avesse dato quel danaro a titolo di anticipo sulla futura successione *mortis causa*.

I giudici di primo grado diedero ragione all'attore, escludendo che l'azione da lui proposta avesse natura reale, poiché essa non mirava né all'accertamento della qualità di proprietario dell'attore, né alla sua immissione nel possesso del bene, né al mutamento di preesistenti iscrizioni nei registri immobiliari, bensì all'accertamento dell'esistenza del suo diritto a vedersi trasferito il bene dal convenuto; nel merito i giudici ritennero che tale dazione di danaro fosse priva di connotati liberali, poiché l'attore aveva continuato ad utilizzare l'immobile sostenendone le spese di mantenimento.

Il figlio propose appello innanzi alla *Court of Appel*, che propose la questione relativa all'interpretazione del citato art. 16 alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale risolse il problema conformemente ai giudici inglesi di primo grado, statuendo, in via preliminare, che ai fini dell'applicazione della citata norma “*non è sufficiente che l'azione riguardi un diritto reale immobiliare o che abbia un nesso con un immobile, perché occorre che l'azione sia fondata su un diritto reale e non su di un diritto personale*”. Da queste premesse la Corte concluse che

doveva escludersi natura reale dell'azione, perché “*l'azione, che è volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di trustee e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della legal ownership, non è un'azione reale ai sensi dell'art.16 della Convenzione di Bruxelles del 1968, per la ragione che il padre non pretende di essere già fin d'ora titolare di prerogative concernenti direttamente l'immobile ed opponibili erga omnes, ma invoca solo dei diritti nei confronti del figlio*”.

Si può osservare, pertanto, che l'azione proposta dall'attore non mira a toccare il titolo del convenuto, ma tende ad accertare un obbligo da parte di quest'ultimo a trasferirgli il bene, acquistato e mantenuto con il danaro dello stesso attore; è per questo che gli autori che sostengono la natura obbligatoria del diritto del beneficiario invocano tale pronuncia a sostegno della loro tesi¹⁶⁶.

Secondo l'opinione in commento, in altri termini, l'azione del beneficiario non sarebbe un'azione reale, in particolare perché il suo oggetto è fungibile, nel senso che potrà riguardare un oggetto diverso da quello che in origine è stato costituito in *trust* ed inoltre perché il *petitum* di tale azione mira ad ottenere non una statuizione di titolarità, quanto l'accertamento

¹⁶⁶ LUPOI, *Introduzione*, cit., ritiene che la sentenza comunitaria consacri, sotto il profilo processuale, l'estraneità del diritto del beneficiario a qualsiasi problematica proprietaria e l'assenza di diritti reali che egli possa far valere contro il *trustee*.

dell'esistenza di determinati obblighi (fiduciari) a carico del convenuto (fiduciario), e la loro esecuzione¹⁶⁷.

Non è, comunque, mancato chi ha sostenuto che la sopra menzionata sentenza, limitandosi in realtà ad affermare la natura personale dell'azione del beneficiario nei confronti del *trustee* infedele, finalizzata a conseguire da quest'ultimo il trasferimento della proprietà del bene oggetto di *trust*, lascerebbe impregiudicata la questione sulla natura della diversa azione del beneficiario verso il terzo avente causa dal detto *trustee*¹⁶⁸, sostenendo che questa decisione non esclude, ma invero sembra ammettere che, rispetto ad una diversa questione (ad esempio quella del *tracing* del bene immobile nei confronti di un terzo che lo abbia male acquistato da un *trustee* infedele) la soluzione potrebbe essere diversa.¹⁶⁹

4.7 Conclusioni: definizione di trust

Dopo aver analizzato lo schema generale del *trust* è possibile, conformandosi alla dottrina maggioritaria, definire il *trust* come

¹⁶⁷ SICLARI, *op. cit.*, p. 95; LENZI, *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 137. In giurisprudenza, in favore del riconoscimento esclusivo del diritto di proprietà in capo al *trustee*, Tribunale di Casal Monferrato 13 aprile 1984.

¹⁶⁸ BARTOLI, *op. cit.*

¹⁶⁹ CORAPI, *Introduzione* al libro di G. C. Cheshire, *Il concetto del "trust" secondo la Common law inglese* (1933), con traduzione di Grassetti, Torino, 1998.

un'obbligazione non contrattuale, non nascente dallo *ius civile*, che grava sul titolare di un diritto, ha ad oggetto i limiti di disponibilità del diritto stesso, le sue forme di godimento ed il suo finale trasferimento a terzi, è tutelato nell'ambito di un ordinamento distinto dallo *ius civile*, ma ad esso non contrapposto.

Il riferimento, nella definizione data, ad un'obbligazione non contrattuale discende dalla circostanza che, come si è detto, da un lato, i *trusts* espressamente istituiti non nascono da un contratto, bensì da un atto unilaterale e, dall'altro lato, esistono *trusts* non espressamente istituiti (*constructive, resulting e statutory trusts*), che nascono in base ad una disposizione di *equity* o di legge (*statute*).

Per quanto riguarda il riferimento al fatto che l'obbligazione in questione non nasce e non è disciplinata dallo *ius civile*, si intende dire che essa non ha nulla a che fare con la *common law*, *stricto sensu* intesa. Infatti, il *trust* è una creatura dell'*equity*, perché, secondo la *common law*, il *trustee* è il proprietario del diritto in *trust*, e, in base ad essa, non assumono nessun rilievo le obbligazioni assunte al momento di acquisire il diritto.

È l'*equity* che riconosce queste obbligazioni e che, spesso, ne impone delle altre; è l'*equity* che ne sanziona l'inosservanza per mezzo dei propri rimedi giuridici.

Quanto poi alla qualificazione dell'*equity* come ordinamento distinto dalla *common law* (*stricto sensu* intesa), ma ad essa non contrapposto, si suol dire che *the equity follows the law* (letteralmente: l'equità segue la legge), per affermare che essa non contraddice la *common law*, ma la integra: non contesta che il *trustee* sia il titolare del diritto, tuttavia gli impone di comportarsi in modo coerente con le obbligazioni che ha assunto, anche se invalide per la *common law*, e valide soltanto per l'*equity*.

Per quanto riguarda, infine, l'affermazione che il *trust* ha ad oggetto i limiti alla disponibilità di un diritto, i comportamenti da tenere o da non tenere nell'esercizio di quel diritto e l'attribuzione finale dello stesso ad un terzo, è importante notare l'*utilizzo* dell'espressione "diritto", e non "bene", che, da un lato, rispecchia la concezione inglese per la quale i beni immobili appartengono alla Corona, e che su di essi i privati possono vantare soltanto diritti (*estates*), dall'altro, serve a ricordare che possono costituire il *trust fund* non solo i beni (*rectius*: il diritto di proprietà su determinati beni), ma anche altri diritti.

SEZIONE III
IL TRUST IN ITALIA

CAPITOLO V: IL TRUST NELLA CONVENZIONE DELL'AJA

5.1 Finalità della Convenzione - 5.2 Il modello proposto dalla Convenzione: il trust "amorfo" – 5.3 Libertà di scelta della legge regolatrice - 5.4 Il riconoscimento - 5.5 Il sistema dei limiti nella Convenzione: il problema del trust interno

5.1 Finalità della Convenzione

La crescente integrazione economica e sociale ha reso negli ultimi anni più evidente, nei paesi di *civil law*, la mancanza di una disciplina dell'istituto del *trust*.

La magistratura in questi anni si è frequentemente trovata di fronte a casi in cui era necessario dare attuazione a disposizioni contenute in *trust deeds*: la crescente diffusione dei *trusts* operanti su scala internazionale ha posto il problema della loro efficacia in ordinamenti diversi da quello di costituzione¹⁷⁰.

Ad una prima tendenza della giurisprudenza, ad assimilare il *trust* alle categorie di *civil law*, si è contrapposta, negli ultimi anni, una rinnovata volontà di rispettare la reale natura dell'istituto.

¹⁷⁰ CORSO, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, p.449.

Per eliminare ogni incertezza riguardo alla disciplina applicabile nei singoli casi concreti si è giunti all'approvazione di una convenzione di diritto internazionale che disciplina la legge applicabile ed impone il riconoscimento del *trust*, la Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985.

Il nostro Paese, sebbene ancora privo di una disciplina interna dell'istituto in esame, non ha assistito passivamente al processo di internazionalizzazione del *trust*: ha, invece, dimostrato una grande sensibilità internazionale ratificando - primo paese di tradizione giuridica romanistica a farlo - la convenzione con la legge n° 364 del 9 ottobre 1989 entrata in vigore il 1 gennaio 1992¹⁷¹.

La possibilità che il medesimo *trust* risulti contraddittoriamente disciplinato, ed ammesso o vietato a seconda dell'ordinamento alla luce del quale viene esaminato, determina incertezza sull'operatività dell'istituto, la quale si ripercuote negativamente sulla sicurezza dei traffici tra gli Stati e tra i cittadini di Stati diversi. Da qui nasce l'esigenza della Convenzione, che si presenta come strumento internazionalprivatistico necessario proprio per la diffusione del

¹⁷¹ La prima ratifica in ordine di tempo è stata quella del Regno Unito, del 17/11/1989, che è stata effettuata con l'estensione a varie colonie e territori; ad essa è seguito il deposito, in data 21/02/1990, della ratifica dell'Italia, avvenuta con legge 364/1989, e poi quello della ratifica dell'Australia in data 17/10/1991.

In base all'art. 30 co.1° della Convenzione, che stabilisce che "*la Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del terzo mese seguente il deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione o approvazione previsto dall'articolo 27*", essa è entrata in vigore il primo gennaio 1992, cioè successivamente alla terza ratifica, effettuata dall'Australia.

trust di carattere internazionale e che è volto essenzialmente a garantire la certezza dei traffici.¹⁷²

Le finalità della Convenzione che emergono dai lavori preparatori sono fondamentalmente due: garantire l'efficacia transnazionale dei *trusts*, specie nei paesi che li ignorino, fissando criteri univoci per il riconoscimento, e predisporre un sistema di regole di conflitto, in modo da attenuare il rischio di assoggettare il *trust* a discipline contraddittorie e di assicurare al giudice dei riferimenti normativi che risolvano i problemi di qualificazione della fattispecie.

L'impianto sistematico del testo convenzionale rispecchia queste finalità: gli articoli da 1 a 5 definiscono il campo di applicazione della Convenzione, gli articoli da 6 a 10 riguardano l'individuazione della legge applicabile, gli articoli da 11 a 15 l'obbligo del riconoscimento.

5.2 Il modello proposto dalla Convenzione: il trust "amorfo"

La Convenzione delimita il proprio ambito di applicazione in modo espresso enunciando i caratteri essenziali dell'istituto che

¹⁷² LUPOLI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, p. 966 e ss.; ID., *Introduzione*, cit.; ID., *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corriere giuridico*, 1995, p.1205; ID., *The shapeless trust*, in *Vita Not.* 1995, p.51; ID., *Trusts, II, Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani* Roma, 1995; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p.49.

intende regolare.

Pertanto, la facoltà di invocare gli effetti della Convenzione è subordinata alla verifica pregiudiziale circa la possibilità di sussumere la fattispecie concreta in quella tipizzata nel testo della Convenzione.

Il dato positivo da cui muovere è rappresentato dall'articolo 2¹⁷³: il *trust* tipizzato nella Convenzione presenta i seguenti requisiti: 1) un atto *inter vivos* o *mortis causa*, col quale il costituente pone determinati beni sotto il controllo di un *trustee*, nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico; 2) l'intestazione dei beni a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee* stesso; 3) la separazione di tali beni dal residuo patrimonio personale del *trustee*; 4) il potere e l'obbligo del *trustee* di provvedere alla amministrazione, gestione e disposizione dei beni affidatigli, in conformità dell'atto istitutivo e delle norme di legge; 5) l'obbligo di rendiconto del *trustee*.

La medesima disposizione prosegue specificando, agli stessi fini, che non precludono l'applicazione della Convenzione né la

¹⁷³ Art.2 “Ai fini della presente Convenzione, per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa*- qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il *trust* presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; b) i beni del *trust* sono intestati a nome *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*; c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge. Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*.”

clausola che prevede la conservazione in capo al costituente di alcune prerogative, né quella che conceda al *trustee* alcuni diritti in qualità di beneficiario.

Ulteriori caratteristiche sono delineate dagli articoli 11, primo comma, e 12, in virtù dei quali la fattispecie convenzionale importa il riconoscimento al *trustee*, oltre che della legittimazione attiva e passiva, della legittimazione a comparire in tale qualità davanti ad un notaio o ad altro esercente una pubblica funzione ed a compiere, sempre in tale veste, le necessarie formalità pubblicitarie concernenti i beni del *trust*.

L'articolo 2 – dal quale, come detto, emerge la definizione di *trust* assunta dalla Convenzione – non è una disposizione con efficacia prescrittiva¹⁷⁴, quanto piuttosto una enumerazione di alcune caratteristiche del *trust*: la Convenzione non introduce una definizione puntuale e sintetica dell'istituto, e si può dire che i redattori del testo convenzionale abbiano scelto di offrire una descrizione piuttosto che una definizione, antepoendo la struttura rispetto al concetto.

La scelta definitoria recepita nel testo della Convenzione ha creato un *trust* sostanzialmente “amorfo”, ricomprendendo sotto un'unica descrizione concetti giuridici profondamente diversi. In altre parole, la Convenzione estende la nozione di *trust* a istituti giuridici diversi da quello anglosassone, introducendo quindi

¹⁷⁴ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 90; LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 129; ID., *The shapeless trust*, cit., p.55; ID., *Trusts*, cit., p.416.

una figura dai contorni non ben precisati, idonea a ricomprendere accanto al *trust* tradizionale istituti analoghi sul piano strutturale o funzionale.

Numerosi istituti di ordinamenti civilistici possono essere considerati come *trusts* dagli stati aderenti alla Convenzione. Ad esempio, un *trust* amorfo nel diritto italiano potrebbe essere individuato nel rapporto conseguente all'affidamento di gestioni patrimoniali alle S.I.M.¹⁷⁵: la società di intermediazione immobiliare intesta a proprio nome i titoli, ha il diritto-obbligo di amministrarli e disporne secondo il contratto stipulato con il cliente e nell'interesse di questi; i titoli sono posti sotto il suo controllo, ma non formano parte del suo patrimonio.

L'opinione che ritiene che la Convenzione abbia voluto svincolarsi dal concetto di *trust* proprio del sistema inglese, invoca a proprio sostegno alcuni argomenti di tipo letterale: si osserva che nel testo è adottato il concetto di "controllo" il luogo del concetto di trasferimento¹⁷⁶, e ciò costituirebbe un indice della volontà di confinare il profilo traslativo, tipico del *trust* anglosassone, tra i dati meramente eventuali della figura convenzionale; si sottolinea, inoltre, la mancata previsione, tra i requisiti che caratterizzano il *trust* convenzionale, della situazione di distacco giuridico tra il *settlor* e il *trustee*, che pure costituisce un dato qualificante del *trust* anglosassone; anche la

¹⁷⁵ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 90; LUPOI, *Introduzione*, cit., p.130; ID., *Trusts*, cit., p. 416.

¹⁷⁶ LUPOI, *Trusts*, cit. p. 416; BUSATO, *op. cit.*, p. 334.

generica previsione della riconoscibilità del *trust* di scopo, ex art. 2, esprimerebbe un punto di distacco dal *trust* inglese, in quanto nell'ordinamento inglese l'ammissibilità dei *trusts* di scopo è soggetta a varie restrizioni. In tale prospettiva, l'ambiguità terminologica della Convenzione potrebbe essere il frutto di una scelta di compromesso, maturata in sede di elaborazione, tra le esigenze dei paesi di *common law* - interessati alla formazione di un testo che fosse in grado di avere ampi consensi negli altri ordinamenti - e quelle dei paesi di *civil law* - intenzionati a rendere meno traumatico l'ingresso di questo istituto nei propri ordinamenti.

L'opinione in commento non è priva di riflessi pratici: se molti paesi di *civil law* sembrano contemplare modelli riconducibili della figura del *trust* amorfo, si restringe, infatti, il margine applicativo di quelle disposizioni, come gli articoli 5 e 13, che limitano l'operatività della Convenzione sul presupposto della mancanza di previsione dell'istituto dei singoli ordinamenti¹⁷⁷.

Secondo un'altra opinione¹⁷⁸, tuttavia, l'aver omesso di definire il *trust* significa solo che per i redattori della Convenzione la struttura fondamentale rimane quella risultante dalla nozione corrente e consolidata. A sostegno di tale opinione

¹⁷⁷ LUPOI, *The shapless trust*, cit., p. 55.

¹⁷⁸ GAMBARO, *Il trust in Italia*, cit., p. 638; RAGAZZINI, *Trust interno*, cit. p. 279; LENZI, *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. Not.* 1995, p. 1382; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p. 44.

si pone la considerazione funzionale che l'obiettivo della Convenzione consiste nel rendere efficace negli ordinamenti civilistici una figura caratteristica del mondo anglosassone: secondo tale tesi il modello della Convenzione è il risultato di un processo di astrazione dal modello tradizionale anglosassone, il quale, tuttavia, non viene rinnegato. Il permanere di una titolarità puramente formale in capo al *trustee* dimostrerebbe che i redattori della Convenzione hanno tenuto ben presente l'idea della scissione tra titolarità formale e titolarità sostanziale, che è il riflesso dello sdoppiamento del diritto di proprietà.

La Convenzione delimita il proprio ambito di applicazione escludendo - in virtù degli articoli 3 e 20 - oltre ai *trusts* non comprovati per iscritto, quelli non costituiti "volontariamente" e quelli costituiti in base ad una decisione giudiziaria. L'articolo 20, tuttavia, prevede la facoltà degli Stati contraenti di dichiarare, in qualsiasi momento, che le disposizioni della Convenzione siano estese ai *trusts* costituiti in base ad una dichiarazione giudiziaria. Devono, quindi, intendersi certamente inclusi nella Convenzione i *trusts* costituiti espressamente, (*express trusts*), siano essi *inter vivos* o *mortis causa*, indipendentemente dallo scopo cui siano preordinati, mentre rimangono fuori i *trusts* costituiti in forza di legge¹⁷⁹.

¹⁷⁹ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 92; LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 135; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p. 47.

E' incerto, invece, se vi rientrano le tipologie degli *implied*, *resulting* e *constructive trusts*, dal momento che l'articolo 3 usa una terminologia ambigua che non trova riscontro nella tradizione anglosassone, cui è del tutto ignota la categoria dei *trusts* "volontari".

Dai lavori preparatori¹⁸⁰, tuttavia, emerge abbastanza chiaramente la finalità dei redattori di introdurre - con l'uso del termine *trusts* volontari - una categoria più ampia di quella degli *express trusts*, estendendo l'applicazione anche ai *resulting* ed *implied trusts*, in cui comunque c'è una volontà del costituente tacita o presunta.

5.3 Libertà di scelta della legge regolatrice

Nel capitolo II, articoli da 6 a 10, la Convenzione mostra la sua natura internazionalprivatistica, introducendo criteri di determinazione della legge applicabile al *trust* e mostrando la sua finalità di uniformare le regole di conflitto degli Stati contraenti.

¹⁸⁰ LUPOI, *Trust*, cit., p. 427.

Il principio cardine è che il costituente ha libertà di scegliere la legge applicabile al *trust*¹⁸¹. Tuttavia, non esistendo negli ordinamenti di *civil law* una norma di diritto positivo che disciplini l'istituto, pare doversi concludere che la legge applicabile ad un atto di *trust* non possa mai essere quella interna al paese dove si chiederà il riconoscimento (se facente parte del sistema di *civil law*).

Con la conseguenza che un *trust* posto in essere secondo la Convenzione regolato da una legge straniera rispetto all'ordinamento in cui se ne chiede il riconoscimento, dovrà essere riconosciuto come valido e produttivo di effetti nello Stato in cui in concreto dovrà operare, producendosi la contemporanea applicazione della legge dello stato estero richiamata, in qualità di legge applicabile, nonché delle norme inderogabili e dei principi di ordine pubblico dello Stato in cui il *trust* sarà riconosciuto.

La libertà di scelta della legge regolatrice è incondizionata¹⁸²: l'unica espressa limitazione - contenuta nel secondo comma dell'articolo 6 - è che la validità della scelta effettuata è subordinata alla condizione che l'ordinamento designato preveda

¹⁸¹ Art. 6: "Il *trust* è regolato dalla legge scelta dal costituente. La legge deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il *trust* o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso. Qualora la legge scelta in applicazione del precedente paragrafo non preveda l'istituzione del *trust* o la categoria del *trust* in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'articolo 7".

¹⁸² LUPOI, *Introduzione*, cit., p.141; RAGAZZINI, *Trust interno*, cit., p.295; ANDREOLI, *op.cit.*, p.94

l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione. L'unico elemento di estraneità necessario e sufficiente, dal quale discende l'obbligatorietà del riconoscimento, è costituito dalla scelta di una legge regolatrice straniera¹⁸³.

Il disponente ha la massima libertà nella scelta della legge regolatrice senza che sia richiesto alcun legame tra il *trust* e la legge che lo regola.

Qualora la legge scelta dal disponente conduca ad un ordinamento che non prevede l'istituto del *trust* è previsto un criterio sussidiario, di carattere oggettivo, introdotto dall'articolo 7, secondo il quale la legge applicabile sarà quella che in concreto risulti più legata al *trust* in base a dei parametri indicati dallo stesso articolo, che sono: il luogo di amministrazione del *trust*, designato dal costituente; il luogo in cui sono situati i beni; la residenza o la sede degli affari del *trustee*; gli obiettivi del *trust* e i luoghi in cui devono essere realizzati.

Se l'applicazione di questi criteri conduce anch'essa all'individuazione¹⁸⁴ di un ordinamento in cui manca un'espressa disciplina dell'istituto la Convenzione non viene applicata, ai

¹⁸³ LUPOI, *Introduzione*, cit., p.131.

¹⁸⁴ ANDREOLI, *op. cit.*, p.94.

sensi dell'articolo 5¹⁸⁵, e saranno applicati i criteri ordinari di diritto interno per risolvere i conflitti fra leggi.

Lo scopo della Convenzione è quello di assicurare che il *trust* venga sottoposto ad una disciplina uniforme, anche se la Convenzione consente il così detto *depeçage*, cioè la facoltà per il costituente di frazionare la disciplina del *trust*, stabilendo che singoli aspetti dell'istituto, suscettibili di separata trattazione, siano assoggettati ad una legge diversa.

La Convenzione, inoltre, non si applica al negozio avente ad oggetto il trasferimento dei beni al *trustee*¹⁸⁶ ed ai requisiti di capacità del disponente e del beneficiario, mentre la capacità del *trustee* è disciplinata dalla legge scelta dal costituente.

5.4 Il riconoscimento

Il riconoscimento serve ad assicurare il funzionamento dei *trusts* e la legittimazione dei *trustees*, in particolare in paesi che non conoscono l'istituto e risentono degli effetti della convenzione posta in essere.

¹⁸⁵ Art.5: “La convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione”.

¹⁸⁶ PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., p.50; LUPOLI, *Introduzione*, cit., p.141.

L'articolo 11¹⁸⁷ della Convenzione sancisce il principio di obbligatorietà del riconoscimento da parte degli stati contraenti, quando il costituente abbia istituito, in conformità alla legge straniera, un *trust* che sia corrispondente alle caratteristiche enunciate dall'articolo 2 della Convenzione.

Dall'articolo 21, secondo cui, se lo Stato contraente non faccia riserva è tenuto a riconoscere un *trust* anche quando la legge regolatrice del *trust* sia quella di uno stato non contraente, si desume, poi, il carattere universale della Convenzione.¹⁸⁸

L'articolo 11, al 1° comma, stabilisce quali sono gli effetti minimi del riconoscimento ed ha natura di norma di diritto materiale uniforme¹⁸⁹ in quanto innova in modo diretto l'ordinamento degli stati contraenti: in base a tale norma, il *trust* che sia suscettibile di riconoscimento determina sempre la formazione di un patrimonio separato ed il *trustee*,

¹⁸⁷ Art.11: “Un *trust* costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti ad un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica.

Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:

a) che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*;
b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta;
c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*;
d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro”.

¹⁸⁸ SICLARI, *op. cit.*, p.107.

¹⁸⁹ LUPOI, *Introduzione*, cit., p.144; E. ANDREOLI, *op. cit.*, p.96.

indipendentemente dalla legge regolatrice, potrà comparire in tale veste in giudizio come attore o convenuto e davanti a notai o altre autorità pubbliche.

Identica natura ha l'articolo 12, in virtù del quale il *trustee* è legittimato a compiere in tale qualità ogni adempimento pubblicitario richiesto nell'ordinamento in cui il *trust* è destinato a spiegare i suoi effetti.

Il 2° comma dell'articolo 11 stabilisce, inoltre, l'applicazione minima che gli Stati aderenti alla Convenzione devono dare alla legge regolatrice, prevedendo gli effetti che seguono al riconoscimento se la legge straniera prescelta li preveda.

In base lettera d) dell'articolo 11, è prevista, subordinatamente alla previsione nella legge regolatrice, la soggezione del *trustee* alla rivendicazione dei beni del *trust* nel caso in cui li abbia confusi con il proprio patrimonio personale, in violazione del *trust*, o nel caso in cui ne abbia disposto a favore di terzi. La posizione giuridica del terzo possessore non è disciplinata dalla legge regolatrice del *trust* ma rientra nella competenza della legge individuata dalle regole di conflitto del foro¹⁹⁰.

Pertanto, dalla Convenzione emerge una ripartizione di competenze tra la legge del *trust* e la legge del foro: la prima determina i poteri del *trustee* ed i casi in cui il suo

¹⁹⁰ LUPOI, *Trusts*, cit, p.497; ID., *Introduzione*, cit, p.145; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., pp.58-59.

comportamento configura un inadempimento; la seconda disciplina le conseguenze che la condotta illegittima ha determinato in relazione ai rapporti con i terzi¹⁹¹.

Può, infine, rilevarsi che da una serie di articoli della Convenzione emerge un generale *favor* per il riconoscimento: in particolare, dall'articolo 21 - già citato - da cui emerge il carattere universale della Convenzione e dall'articolo 14, in cui è previsto che la Convenzione cede di fronte a norme di Stati contraenti la cui applicazione sia più favorevole al riconoscimento del *trust*; inoltre, dall'articolo 15, dove è detto che anche in caso di radicale incompatibilità del riconoscimento con le norme imperative del foro si fa appello al giudice perché si avvalga di ogni altro mezzo giuridico idoneo a realizzare gli obiettivi del *trust*; infine, dall'articolo 22 nel quale si dichiara l'assoggettamento alla Convenzione anche dei *trusts* costituiti prima della sua entrata in vigore.

5.5 Il sistema dei limiti nella Convenzione: il problema del trust interno

Le disposizioni contenute negli articoli 13, 15, 16 e 18

¹⁹¹ LUPOI, *Trusts*, cit., p.498.

introducono delle limitazioni all'autonomia concessa al costituente nella scelta della legge applicabile.

L'articolo 15 stabilisce che l'applicazione della Convenzione non può portare alla disapplicazione delle norme imperative vigenti nell'ordinamento cui rinviano le regole di conflitto¹⁹².

Questo limite non comporta, in ogni caso, un ostacolo all'applicazione della Convenzione¹⁹³, cioè uno ostacolo assoluto al riconoscimento ma, anzi, presuppone il riconoscimento ed opera nel senso di limitare alcuni effetti che il *trust* sarebbe idoneo a spiegare in conformità alla legge regolatrice¹⁹⁴.

La norma in commento, dunque, non intende portare alla disapplicazione della Convenzione, paralizzando il riconoscimento, quanto consentire all'interprete di limitare l'efficacia solo di quelle disposizioni dell'atto istitutivo che siano incompatibili con le norme imperative.

¹⁹² Articolo 15: “La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:

a) la protezione di minori e di incapaci;

b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio;

c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima;

d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali;

e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità;

f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.

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

¹⁹³ Come si può intendere dalla lettura del secondo comma dell'articolo 15.

¹⁹⁴ Così, LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p.981; ID., *Introduzione*, cit., p. 147; ID., *Trusts*, cit., p.455; ANDREOLI, *op. cit.*, p.98; BUSATO, *op. cit.*, p.338.

Ulteriore limite deriva dall'art. 16¹⁹⁵: la disposizione si riferisce alle norme di applicazione necessaria (cioè di diritto materiale) del foro, che devono essere applicate anche a fattispecie che presentano elementi di estraneità, quindi indipendentemente ed in precedenza rispetto alle norme di conflitto. La norma in esame - a differenza di quella contenuta nell'articolo 15 - previene il richiamo ad un ordinamento straniero e disciplina essa stessa la fattispecie.

L'articolo 18¹⁹⁶ introduce il limite dell'ordine pubblico: si tratta di un limite assoluto che impedisce l'applicazione della Convenzione, a differenza di quanto previsto dall'articolo 15 che impedisce solo la produzione di determinati effetti.

Infine, l'ultima limitazione, la più importante, è prevista dall'articolo 13. Il limite introdotto da questa disposizione funziona come limite di carattere generale cioè come ostacolo al riconoscimento del *trust* e all'applicazione della Convenzione¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Articolo 16: *“La Convenzione non pregiudica le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali, indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi.*

In casi eccezionali, si può altresì dare effetto alle norme della stessa natura di un altro Stato che abbia con l'oggetto della controversia, un rapporto sufficientemente stretto.

Ciascuno Stato contraente potrà, mediante una riserva, dichiarare che non applicherà la disposizione del II paragrafo del presente articolo”.

¹⁹⁶ Articolo 18: *“Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico”.*

¹⁹⁷ Articolo 13: *“Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust, i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione”.*

La stesura della norma in parola è il risultato di un *iter* particolarmente travagliato.

All'origine, essa fu il risultato di una proposta delle delegazioni dei paesi di *civil law* e mirava a vietare il riconoscimento di un *trust* che riguardasse beni posti in uno Stato che non conosce l'istituto, ovvero di un *trust* caratterizzato dalla cittadinanza del disponente e dei beneficiari in detto Stato: il fine era, evidentemente, quello di impedire il riconoscimento di un *trust* diretto a realizzare scopi fraudolenti.

Il divieto di riconoscere un *trust* in tali ipotesi fu mutato in mera facoltà a seguito della mediazione con le esigenze espresse dalle delegazioni dei paesi di *common law* ed all'accoglimento, in via definitiva, della proposta che fu in proposito avanzata dal Presidente della Conferenza.

La norma, nella sua formulazione definitiva, consente al giudice¹⁹⁸ di non riconoscere un *trust* quando alcuni suoi elementi significativi siano più strettamente legati ad ordinamenti che non conoscono il *trust* o la categoria alla quale appartiene il *trust* in questione. Quali siano questi elementi non è specificato ma la Convenzione indica, quali elementi che non devono essere presi in considerazione, la legge scelta del

¹⁹⁸ Si noti che nella norma non si fa menzione del destinatario della prescrizione, per cui il dubbio se esso sia il legislatore nazionale o il giudice è risolto nel secondo senso sulla base di quanto emerge, con maggior chiarezza, dalla relazione esplicativa alla convenzione. La questione, tuttavia, riveste per il nostro Paese una scarsa rilevanza pratica perchè, in assenza di interventi da parte del legislatore, l'unico diretto destinatario è sicuramente il giudice.

disponente, il luogo di amministrazione del *trust* ed il luogo di residenza del *trustee*.

Il fatto che la norma richiami il criterio dello stretto collegamento con un ordinamento in cui il *trust* non è disciplinato non deve indurre a far pensare che questa norma sia una riaffermazione di quanto già disposto dall'articolo 5: le due norme, infatti, hanno presupposti diversi, giacchè l'articolo 5 presuppone che non possa trovare applicazione il criterio oggettivo individuato dall'articolo 7 laddove, viceversa, l'articolo 13 presuppone che vi sia stata una valida scelta della legge applicabile.

Inoltre, l'articolo 5 conduce in ogni caso alla disapplicazione della Convenzione mentre l'articolo 13 prevede che la disapplicazione sia solo facoltativa.

La possibilità che trovi applicazione l'articolo 13 discende dalla valutazione che tutti gli elementi importanti del *trust* siano connessi ad un ordinamento che ignori l'istituto: basta, quindi, che almeno uno di questi elementi sia legato ad un ordinamento che disciplini l'istituto perché l'articolo 13 non possa trovare applicazione. La norma, inoltre, non dispone che il riconoscimento sia automaticamente rifiutato – come emerge dai lavori preparatori, una soluzione di questo genere fu scartata¹⁹⁹ -

¹⁹⁹ LUPOI, *Trusts*, cit., p. 448; ID., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 978; ID., *Introduzione*, cit., cap. V; FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aia sul trust e il diritto internazionale privato*, in *Dir. Comm. Int.*, 1992, pp. 558-562.

ma rimette alla discrezionalità del giudice la scelta di non riconoscere un *trust* regolato da una legge straniera sulla base di quegli elementi.

L'articolo 13 ha costituito il banco di prova della ammissibilità di un *trust* interno, intendendosi, con tale espressione, quel *trust* che sia caratterizzato da elementi tutti riconducibili ad un ordinamento non *trust*, salvo che per la legge applicabile, che il disponente sceglierebbe facendo riferimento ad un ordinamento che preveda il *trust* e lo disciplini espressamente²⁰⁰.

Da una parte della dottrina, quindi, l'articolo 13 viene invocato a riprova della configurabilità della fattispecie del *trust* interno mentre, da altra parte della dottrina, la stessa norma viene indicata quale espressione del divieto di detta figura.

Le diverse posizioni interpretative si fondano, evidentemente, sulla differente portata che viene assegnata alla previsione contenuta nell'articolo in commento.

L'opinione favorevole al *trust* interno, peraltro, pare meglio argomentata e più rispondente al dettato della Convenzione: come è stato osservato²⁰¹, tutte le possibili obiezioni all'ammissibilità dei *trusts* interni, avanzate nel corso dei lavori,

²⁰⁰ Cfr LUIPOI, *Trusts*, cit., p. 546: “Nasce così la nozione di *trust* interno: elementi soggettivi e obiettivi legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto quale *trust* (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione”.

²⁰¹ LUIPOI, *Trusts*, cit., p. 545.

non trovarono accoglimento nel testo definitivo, all'infuori di quanto previsto nell'articolo 13, il quale, prevedendo una mera facoltà di negare il riconoscimento, presuppone che, ove tale facoltà non venga esercitata, il riconoscimento debba di regola avere luogo.

Ne deriva che l'articolo 13 deve considerarsi una norma di chiusura del sistema, cioè un rimedio estremo cui ricorrere quando, nonostante le limitazioni introdotte dagli articoli 15, 16 e 18, il *trust* risulti comunque in contrasto con l'ordinamento in cui espliciti i suoi principali effetti.

Il riconoscimento del *trust* interno, dunque, dipende dalla considerazione che l'operatività del limite di cui all'articolo 13 è rimessa ad una scelta discrezionale del giudice: se i redattori della Convenzione avessero voluto vietare il riconoscimento di *trusts* privi di elementi di estraneità l'avrebbero fatto espressamente, mentre la presenza di tali elementi all'interno dell'ordinamento in cui si chiede il riconoscimento non costituisce un dato che da solo consente di legittimare il diniego del riconoscimento, poiché, a questo fine, è richiesto che l'ordinamento medesimo non regoli il *trust* in questione.

In tale prospettiva, l'abusivo impiego del *trust* dovrà essere oggetto di specifica motivazione, perché si giustifichi il diniego del riconoscimento da parte del giudice nazionale²⁰².

²⁰² CARBONE, *Trust interno e legge straniera*, 2003, p. 333.

Un'altra parte della dottrina²⁰³, argomentando dalla natura internazionalprivatistica della Convenzione, ritiene che la norma in esame individui solo il carattere minimo di internazionalità che un *trust* deve avere al fine del riconoscimento, e non anche che essa legittimi i *trusts* cosiddetti interni, nei quali l'unico elemento di estraneità è costituito dalla legge applicabile.

Tuttavia, deve rilevarsi che l'accoglimento di questa critica, e la conseguente adesione dell'opinione secondo cui non sono ammissibili *trusts* interni, condurrebbe a risultati di dubbia legittimità costituzionale: in specie, si violerebbe il principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione, perché sarebbe obbligatorio riconoscere in Italia *trust* costituiti da stranieri aventi ad oggetto beni situati in Italia e regolati da una legge estera e, al contrario, sarebbe negato il riconoscimento di un *trust* identico ma costituito da un cittadino italiano²⁰⁴.

²⁰³ GAMBARO, *Il trust in Italia, Convenzione relativa alla legge sul trusts e al loro riconoscimento*, cit., p. 1918; sulla esclusione dei *trusts* domestici dalla Convenzione cfr. anche LENZI, *L'operatività del trust in Italia*, cit., p. 1381.

²⁰⁴ LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996, p.490; LUPOI, *Lettera ad un notaio curioso di trust*, in *Riv. Not.*, p.349.

CAPITOLO VI: COMPATIBILITA' DEL TRUST CON I PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

6.1 Premessa - 6.2 I problemi di compatibilità tra i principi di diritto successorio e il trust - 6.3 Il trust ed il divieto del patto commissorio - 6.4 Il trust e il principio dell'illimitata responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c. - 6.5 Il problema della trascrivibilità del trust – 6.6 Trust, assolutezza del diritto di proprietà e tipicità dei diritti reali

6.1 Premessa

Prima dell'entrata in vigore della legge di ratifica della Convenzione dell'Aja, la giurisprudenza aveva in più occasioni negato la riconoscibilità del *trust* internazionale nel nostro ordinamento²⁰⁵, essendo detto istituto sconosciuto al diritto

²⁰⁵ Si vedano, per tutte, le sentenze di Trib.Oristano 15 marzo 1956, in *Foro It.*, 1956, I, p. 1929 ss., nella quale si afferma che “*se si volessero attribuire al trust tutti gli effetti che esso produce nell'ordinamento inglese indubbiamente si violerebbero fondamentali principi di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano*”; e Trib. Casale Monferrato 13 aprile 1984, in *Giur. It.*, 1986, I, p. 574 ss., riguardante il caso di un *trust* testamentario costituito in Gran Bretagna, secondo le norme dell'ordinamento inglese, ed idoneo a produrre effetti anche nell'ordinamento italiano. In particolare, la *de cuius* aveva costituito un *esecutor trust* al fine di incaricare il *trustee* della vendita di beni immobili siti in Italia, e del trasferimento del ricavato della vendita ai figli minori, beneficiari del negozio. Il *trustee* aveva richiesto in sede di volontaria giurisdizione di essere autorizzato alla alienazione dei beni stessi (ai sensi del combinato disposto degli artt.703 c.c. e 747 c.p.c.). Il tribunale, tuttavia, ritenendo i beni in *trust* non più beni ereditari ma beni in piena proprietà del *trustee*, si dichiarò incompetente ad accordare detta autorizzazione.

italiano. Con l'entrata in vigore della Convenzione, tuttavia, lo scenario si è radicalmente modificato.

Ampia parte della dottrina ha qualificato il testo convenzionale come normativa di carattere internazional-privatistico²⁰⁶, ed anche chi ha contribuito alla stesura del testo della Convenzione ha evidenziato che il fine che ha animato l'intero progetto convenzionale è stato quello di permettere che i *trusts* potessero operare in tutti i paesi membri della Conferenza, senza alterare le proprie strutture e conseguendo i medesimi effetti giuridici che avrebbero potuto conseguire in patria.

Pare sostanzialmente pacifico, dunque, che, a seguito della ratifica della Convenzione, anche nel nostro ordinamento possano essere riconosciuti i *trust* internazionali, ossia i *trusts* i cui elementi di fattispecie siano connessi ad ordinamenti in cui il *trust* sia regolato.

Risulta, tuttavia, ancora necessario dar conto di alcune delle tematiche di maggior rilievo inerenti a quelli che parte della dottrina ha identificato quali elementi ostativi alla riconoscibilità del *trust* internazionale nel nostro ordinamento.

Gli ostacoli alla recezione del *trust* negli ordinamenti di *civil law*, infatti, non sono solamente di ordine pratico, quanto di ordine teorico: i principi su cui si basa il *trust*, come risulta da quanto innanzi detto, sono molto dissimili dai principi che

²⁰⁶ LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p.425

reggono ordinamenti di *civil law*, quali il nostro. La problematica relativa alla compatibilità di tale istituto con il nostro ordinamento giuridico risiede, quindi, non tanto nell'individuare un omologo del *trust* nel sistema *civil law* quanto nel valutare la stessa ammissibilità dell'istituto in esso.

6.2 I problemi di compatibilità tra i principi di diritto successorio e il trust

Le peculiari caratteristiche dell'istituto del *trust* ne hanno fatto un valido strumento alternativo alla devoluzione per causa di morte, pur nel rispetto delle norme in materia di successione, salvaguardate espressamente dall'articolo 15 della Convenzione dell'Aja.

Problemi di compatibilità si pongono, tuttavia, in relazione alla previsione normativa di cui all'art. 458 c.c., portante il cosiddetto divieto dei patti successori.

La ricostruzione di una nozione unitaria di “patto successorio” è resa difficile dalla molteplicità delle figure contemplate dall'art. 458 c.c., secondo cui “*è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che*

gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.”

La dottrina unanime, seguendo l'insegnamento della tradizione giuridica romanistica, distingue tre categorie di patti successori: patti istitutivi, dispositivi e rinunziativi.

Si può affermare che il patto successorio istitutivo, cioè l'istituzione contrattuale di erede o legatario, ha una natura profondamente diversa dal patto con cui un soggetto non dispone della propria successione, ma dei diritti che gli possono derivare dalla successione dell'altra parte contraente o di un terzo (patto dispositivo), ovvero rinuncia ad essi (patto rinunciativo).

Nonostante ciò, le tre ipotesi si trovano accomunate nel divieto e nella sanzione di nullità di cui all'art. 458 c.c.

Il fondamento della nullità del patto successorio istitutivo è generalmente rinvenuto nell'esigenza di tutelare ed assicurare la libertà di disporre della propria successione col testamento, cioè con un atto di ultima volontà sempre revocabile; in altri termini, il divieto deve essere letto, alla luce di quanto dispone l'art. 457 c.c., come una sostanziale conferma del fatto che la delazione può aversi solo per legge o per testamento (tipicità della delazione), mai per contratto.

Per i patti dispositivi e rinunciativi, viceversa, non soccorre nessuna ragione tecnica a spiegarne il divieto, trattandosi di atti che non possono neppure qualificarsi *mortis causa*, in quanto

non incidono direttamente sul fenomeno successorio del disponente; le tradizionali giustificazioni – l’esigenza di tutelare i giovani inesperti o prodighi dall’evenienza che dilapidino le proprie sostanze prima ancora di venirne in possesso (per i patti dispositivi), l’esigenza di evitare il c.d. *votum captandae mortis* (per quelli rinunciativi) – appaiono inadeguate anche alla stessa giurisprudenza che, proprio in ragione della risibilità delle pretese esigenze di tutela sottese al divieto, ha cercato di limitare l’ambito di applicazione dell’art. 458 c.c. in maniera crescente²⁰⁷.

In ogni caso, si rileva che l’eterogeneità delle figure incluse nei patti successori non ha impedito alla dottrina ed alla giurisprudenza di elaborare una categoria unitaria definita in funzione di taluni requisiti generali e necessari: che la convenzione sia stipulata prima dell’apertura della successione; che il bene oggetto del patto faccia parte dell’eredità futura; che l’acquisto avvenga *successionis causa* e non ad altro titolo²⁰⁸.

²⁰⁷ Argomenti significativi sono stati avanzati da larga parte della dottrina per provare l’infondatezza del divieto dei patti successori, o, quanto meno, il suo carattere anacronistico che giustificerebbe la sua abrogazione. Cfr. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita Not.*, 1993, p. 1281 e ss.; LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, p. 1209 e ss.

²⁰⁸ In proposito, valga la massima di Cass. 16 febbraio 1995, n. 1683: “Per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all’art. 458 c.c. occorre accertare: 1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbono comunque essere comprese nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi così dello *jus poenitendi*; 4) se l’acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla

Tuttavia, l'ultimo requisito è ritenuto proprio dei soli patti successori istitutivi (vere e proprie istituzioni di erede o legati *ex contractu*), gli unici che possono legittimamente essere definiti come atti *mortis causa*; le convenzioni con le quali si dispone non della propria successione ma dei diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta di un altro soggetto (patti dispositivi), o a quei diritti si rinuncia (patti rinunciativi), infatti, non incidendo direttamente sul fenomeno successorio, devono considerarsi negozi *inter vivos*.

Ciò posto, pare possibile valutare la compatibilità dell'istituto del *trust* con il divieto in esame.

Individuata la *ratio* del divieto nell'esigenza di tutelare la personalità e la revocabilità dell'attribuzione *mortis causa*, deve in via preliminare escludersi che il problema possa risolversi facendo applicazione dell'articolo 4 della Convenzione, il quale dispone che “*la Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee*”: qui non si tratta di escludere dall'ambito di applicazione i profili di legittimità di un atto con riguardo a vizi attinenti alla sua validità ovvero alla capacità delle parti che lo pongono in essere, quanto, piuttosto, di valutare il risultato

successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo mortis causa, cioè a titolo di eredità o di legato”.

Come è agevole rilevare, la semplificazione proposta dalla dottrina non muta sostanzialmente i termini della questione.

prodotto da un *trust* nel nostro ordinamento in relazione ad un divieto posto da norma imperativa (l'articolo 458 c.c.) e, dunque, di fare applicazione dell'articolo 15 della convenzione²⁰⁹.

Orbene, la dottrina ha avuto modo di chiarire che il *trust*, quanto meno nel modello inglese ed internazionale, sfugge al divieto di patti istitutivi, differendo dal contratto successorio perchè non è un contratto, ma un atto unilaterale²¹⁰, perché i beni costituiti in *trust* escono immediatamente dal patrimonio del disponente e non alla sua morte ed, in ultimo, perchè il beneficiario acquista immediatamente l'aspettativa per effetto dell'atto costitutivo del *trust*.

Ne deriva che, ove si tratti della costituzione di un *trust* straniero, in specie di diritto inglese, le sole possibili tipologie di *trust* astrattamente assimilabili ad un patto successorio sarebbero quelle di un *trust* irrevocabile, a titolo gratuito, con il quale il disponente stabilisca che il *trust* cessi alla sua morte ed i beni siano distribuiti ai beneficiari, ovvero che egli goda del reddito dei beni sino alla sua morte e successivamente il godimento passi a beneficiari determinati in modo irrevocabile ed alla scadenza del termine del *trust* i beni siano ripartiti tra gli stessi beneficiari, o siano devoluti a terze persone, anch'esse

²⁰⁹ Ma, secondo alcuni, essendo il divieto dei patti successori un principio di ordine pubblico, la norma applicabile sarebbe l'articolo 18 della Convenzione.

²¹⁰ LUPOI, *Trusts*, cit. p. 665

designate in modo irrevocabile. Ma, anche dandosi tali ipotesi, non si verificherebbe un conflitto con il divieto dei patti successori, perché mancherebbe un accordo tra disponente e beneficiari, ovvero tra disponente e *trustee*²¹¹.

Invero, come è stato osservato²¹², il giudizio di validità dello strumento del *trust* alla luce del divieto dei patti successori non può che dipendere della valutazione degli interessi in concreto perseguiti dal disponente: da un canto, non può, dunque, affermarsi *tout court* che il *trust*, in quanto tale, sia strumento che si pone necessariamente in contrasto con il divieto in parola; dall'altro, può accadere che, con particolari previsioni contrattuali, il disponente, sfruttando l'elasticità connaturata all'istituto, riesca a perseguire il fine di attribuire i propri beni ai beneficiari al tempo ed a causa della propria morte, violando, in tal modo, senza dubbio, la norma contenuta nell'articolo 458 c.c. Si tratterà, tuttavia, di un'indagine da condurre caso per caso, con riferimento agli scopi in concreto realizzati attraverso l'utilizzo contingente che dell'istituto viene fatto, non dissimilmente a quanto si può affermare per il contratto quale categoria giuridica già nota al nostro sistema.

²¹¹ LUPOI, *Trusts*, cit., p. 509

²¹² SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, pp. 123-124.

Analoghe conclusioni sono adottate dalla dottrina²¹³ con riguardo al divieto, esistente nel codice civile, circa la sostituzione fedecommissaria in materia testamentaria.

Nell'unica forma di sostituzione fedecommissaria consentita dal nostro ordinamento, il testatore istituisce un soggetto necessariamente incapace, affinché amministri i beni, a mezzo del tutore, ed alla sua morte li restituisca²¹⁴ ad un altro soggetto, il quale li acquisirà definitivamente: pertanto, il testatore, disponendo il fedecommesso, provvede anche alla successione dell'istituto.

La sostituzione fedecommissaria è caratterizzata da tre elementi strutturali: la duplice delazione, l'ordine successivo e l'obbligo di conservare e restituire. Nel *trust*, invece, non vi è necessariamente un'istituzione successiva negli stessi beni: posto che potrebbero anche esservi categorie successive di beneficiari, i primi potrebbero godere solo dei frutti della gestione, mentre solo l'ultimo beneficiario acquisterebbe la proprietà dei beni. Inoltre, nel fedecommesso l'istituto ha l'amministrazione e il godimento dei beni ma incontra limiti di natura pubblicistica nella disposizione degli stessi, al contrario del *trustee* al quale solitamente è affidata l'amministrazione e il

²¹³ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, II ed., p. 395.

²¹⁴ Pare opportuno precisare che, in realtà, la devoluzione al secondo istituito avviene automaticamente, e l'obbligo riguarda soltanto la consegna dei beni.

potere di disposizione dei beni costituiti in *trust*, con i soli limiti stabiliti dal disponente.

Da quanto detto si deduce che esistono delle differenze sostanziali tra la sostituzione fedecommissaria vietata ed il *trust*: in primo luogo, quest'ultimo è normalmente costituito per atto tra vivi; inoltre, quand'anche esso sia disposto per testamento, nel *trust* il gestore amministra fin dall'inizio nell'interesse del beneficiario, il quale acquista il diritto alla prestazione immediatamente e non alla morte del *trustee*, sul quale, peraltro, non grava alcun obbligo di restituzione dei beni in tale momento.

Sotto altro aspetto, una possibile incompatibilità potrebbe derivare dal contrasto fra la legge applicabile al *trust*²¹⁵ e le norme dettate in tema di legittimari, quando l'Italia sia il Paese in cui viene chiesto il riconoscimento del *trust*.

Tale ipotesi potrà verificarsi qualora al *trust* si dichiari applicabile, ad esempio, la legge inglese, che non conosce l'istituto della riserva.

Ma, ai sensi del citato articolo 15 della Convenzione, il *trust* non può ledere i diritti dei legittimari. In effetti, anche se le norme dettate dal codice civile a tutela dei legittimari non sono di ordine pubblico, il diritto alla riserva è indisponibile ed anche il testamento lesivo non è nullo ma può divenire inefficace su iniziativa del legittimario leso: qualora ciò avvenga attraverso

²¹⁵ Che necessariamente non potrà essere quella italiana che non conosce tale istituto.

l'istituzione di un *trust*, esso sarà soggetto all'azione di riduzione, in quanto atto gratuito, se beneficiario viene istituito un terzo e, anche se beneficiario sia il legittimario, è ipotizzabile l'applicazione dell'art. 549 c. c., che vieta l'imposizione di pesi, o condizioni, sulla quota di riserva, e dell'art. 550 c. c. che disciplina la così detta "cautela sociniana"²¹⁶. Nel primo caso, la disposizione testamentaria che istituisce il *trust* dovrà considerarsi automaticamente nulla, nei limiti della quota di riserva spettante al legittimario, e nel secondo il legittimario-beneficiario, così come il legittimario al quale sia stato assegnato il solo diritto di usufrutto, potrebbe reclamare la propria quota di legittima in piena proprietà.

Anche in questo caso, dunque, come già si è fatto relativamente al divieto dei patti successori ed a quello di sostituzione fedecommissaria, deve rilevarsi che le obiezioni sollevate non sembrano sufficienti a dimostrare l'incompatibilità del *trust* con il nostro ordinamento, perché esiste un modo per dare accoglimento all'istituto senza mettere in crisi i principi fondamentali del nostro sistema.

²¹⁶ Che si realizza quando il testatore lascia ai legittimari la nuda proprietà anche della quota disponibile o di parte di essa e dispone a favore di altri di un usufrutto o di una rendita il cui provento eccede quello della disponibile, o quando, all'incontro, lascia ai legittimari una rendita e dispone della nuda proprietà a favore di altri. In tali ipotesi, i legittimari possono scegliere: o accettano la disposizione del testatore e rinunziano al loro diritto intangibile sulla quota di legittima, oppure esercitano il diritto che loro spetta sulla legittima e abbandonano il resto agli altri chiamati.

6.3 *Il trust ed il divieto del patto commissorio*

L'articolo 15, lettera d), della Convenzione, come innanzi detto, rinvia alle norme imperative dell'ordinamento cui appartiene il giudice adito che concernono il trasferimento della proprietà e le garanzie reali.

Con riferimento, in particolare, a queste ultime, il richiamo immediato è agli articoli 2744 e 1963 c.c., che vietano, come si è già precisato²¹⁷, il patto commissorio e la cui natura di norme imperative è fuori discussione²¹⁸.

Richiamando gli orientamenti già esposti, in merito al tema dell'ampiezza del divieto in commento, in occasione della valutazione delle sue interferenze con le alienazioni fiduciarie a scopo di garanzia, può ritenersi che, laddove si sia in presenza di un *trust* costituito su determinati beni, mobili, immobili o denaro, con incarico al *trustee* di devolvere detti beni al creditore del disponente in caso di inadempimento di questi, la nullità di siffatto *trust* per violazione del divieto del patto commissorio potrà escludersi solo allorquando la prestazione che il *trustee* è tenuto ad effettuare al creditore sia commisurata all'entità del credito (c.d. patto marciano).

²¹⁷ Vedi *supra*, § 2.6.

²¹⁸ Peraltro, il divieto del patto commissorio, al di là delle limitate ipotesi previste dalle norme in questione, assume portata di principio di ordine pubblico in ragione della *ratio* cui risponde per la quale si rimanda al § 2.6.

Non assume rilievo, invece, il fatto che la fuoriuscita del bene dal patrimonio del disponente si attui al momento della costituzione del *trust*, che precede l'eventuale inadempimento, poiché, come si è già chiarito, deve ritenersi che quel che rileva, in conformità con l'opinione più recente della giurisprudenza di legittimità, sia l'intento pratico perseguito dalle parti, a prescindere dalla diversa possibile ricostruzione negoziale della fattispecie. Per la stessa ragione, non assume rilievo il fatto che il trasferimento del bene oggetto della garanzia non avvenga direttamente tra debitore disponente e creditore beneficiario, ma, invece, si attui attraverso l'intervento di un terzo (*trustee*).

Affine al problema della eventuale violazione del divieto del patto commissorio è anche l'altra questione che ci si è posti in dottrina, se, cioè, l'impiego del *trust* in funzione di garanzia possa costituire violazione del principio della *par condicio creditorum*²¹⁹.

Il dubbio riveste particolare importanza perché l'articolo 15 della Convenzione richiama, tra le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento del foro, quelle in materia di protezione dei creditori in caso di insolvibilità.

Posto che, al di fuori delle procedure concorsuali, il debitore è, nel nostro sistema, libero di adempiere nei modi e nei tempi che ritiene preferibili, senza rispettare alcuna gerarchia tra

²¹⁹ SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., p. 128

creditori, appare, difficile sostenere che il *trust* possa, in qualche modo, confliggere con qualche principio inderogabile in materia.

Al più, l'impiego di un *trust* a scopo di garanzia dovrà essere coordinato con la disciplina in tema di azione revocatoria (art. 2901 e ss. c.c.): al riguardo, devono operarsi alcune precisazioni.

Nell'ipotesi di *trust* a scopo di garanzia, il debitore è il disponente mentre il creditore, beneficiario eventuale del *trust*, assume la veste di terzo; un *trust* siffatto deve senza dubbio ritenersi escluso dal novero degli atti soggetti a revocatoria perché, se i beni sono già stati trasferiti dal *trustee* al beneficiario, l'atto dispositivo assume la natura di atto solutorio di un debito scaduto.

Laddove, invece, il debito non sia ancora scaduto, e l'adempimento sia ancora possibile, cosicchè i beni siano ancora nella disponibilità del *trustee*, occorrerà far riferimento alla natura onerosa o gratuita dell'atto di disposizione: se l'atto costitutivo del *trust* avviene contestualmente alla nascita del credito garantito, esso potrà ritenersi a titolo oneroso; viceversa, ove i due momenti della costituzione del *trust* e della nascita del credito non coincidano, dovrà concludersi per la gratuità del *trust*, con tutte le conseguenze che ne derivano ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria.

Dovendosi, tuttavia, distinguere l'atto dispositivo dei beni dall'atto istitutivo del *trust*, occorrerà sempre valutare la natura

del primo avendo riguardo al secondo, al fine di prevenire le difficoltà che potrebbero altrimenti sorgere per l'applicazione del rimedio di cui all'art. 2901 c.c.²²⁰ ed individuare, correttamente, nel beneficiario, e non nel *trustee* (verso il quale produce i suoi effetti l'atto di disposizione) il terzo qualificato a partecipare alla frode.

Se si tiene ben chiaro quanto detto, appare destituita di ogni fondamento l'opinione secondo cui in caso di beneficiari indeterminati, o ignari della esistenza del *trust*, l'azione revocatoria non potrebbe trovare applicazione²²¹: se, infatti, i beneficiari non saranno mai determinati, il *trust* non diverrà mai operativo ed i beni, al termine del *trust*, torneranno al disponente, che è, in definitiva, l'ultimo beneficiario dello stesso. Con la conseguenza che non si porrà alcun problema di prova relativamente alla *participatio fraudis*, insita nello stesso *consilium fraudis* del disponente.

²²⁰ Cfr. LUPOI, *Trusts*, cit., pp. 592 e 593, secondo cui: "... nel sistema della legge il terzo è colui in favore del quale avviene l'atto dispositivo a titolo oneroso (art. 2901 n. 2 c.c.); dunque, ove il creditore si volga solo contro il negozio di trasferimento, il trustee. Questa meccanica applicazione della norma non convincerebbe per ragioni sia letterali che di politica legislativa (...). Assai più produttiva e in sintonia con la funzione dell'azione revocatoria è investire il negozio sottostante; peraltro, non mi nascondo che questa soluzione, piuttosto tranquilla nel contesto della revocatoria fallimentare può sollevare perplessità con riferimento alla revocatoria ordinaria".

²²¹ LUPOI, *Trusts*, cit., p. 594-595, ritiene che "qui ci scontriamo con una particolarità di *trust* che non trova paralleli nel nostro diritto: l'attribuzione irrevocabile di una posizione soggettiva per atto fra vivi in favore di soggetto (il beneficiario) che non manifesta il proprio assenso; questa particolarità rischia di vanificare del tutto il rimedio revocatorio perché non vi sarebbe alcun terzo al quale fare riferimento per i fini di cui all'art. 2901 n. 2 c.c.". A noi sembra, invece, che almeno una figura che possa realizzare il medesimo effetto possa rintracciarsi nel nostro ordinamento: si pensi ad un contratto traslativo gratuito concluso con il meccanismo di cui all'articolo 1333 c.c.

6.4 *Il trust e il principio dell'illimitata responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c.*

Dagli articoli 2 e 11 della Convenzione dell'Aja si ricava che i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*, che essi sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee* e che il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme di legge. Inoltre, il riconoscimento del *trust* comporta che i creditori personali del *trustee* non possano rivalersi sui beni del *trust*, i quali, dunque, costituiscono un patrimonio separato; che i beni in *trust* siano segregati rispetto al patrimonio del *trustee*, in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento; che i beni del *trust* non rientrino nel regime matrimoniale o nella successione del *trustee* e che la rivendicazione dei beni in *trust* sia permessa nella misura in cui il *trustee*, violando le obbligazioni risultanti dal *trust*, abbia confuso i beni in *trust* con i propri o ne abbia disposto.

Tutto ciò, secondo una parte della dottrina, comporterebbe l'assoluta incompatibilità del *trust* con l'ordinamento giuridico italiano, in ragione del fatto che il *trust* violerebbe il principio della responsabilità patrimoniale consacrato nell'art. 2740 c.c.,

attuando una limitazione della responsabilità generica di fonte pattizia, vietata dal secondo comma della norma indicata.

La questione ripropone, in altri termini, il sofferto dibattito ben noto ai giuristi nostrani circa l'ammissibilità della creazione di patrimoni separati, o autonomi, con determinazione convenzionale.

Come è noto, il nostro ordinamento, seguendo il modello del codice civile francese, non offre una disciplina giuridica del patrimonio, limitandosi ad utilizzare tale nozione in una serie di norme sparse nel codice civile e in diverse leggi speciali (si pensi alla disciplina codicistica in materia di associazioni e fondazioni; agli articoli 48, 51 e 56 c.c. in tema di assenza; all'articolo 192 c.c. in tema di comunione legale; alla disciplina in tema di tutela dell'incapace, etc.).

In dottrina ed in giurisprudenza, tuttavia, può dirsi sostanzialmente acquisita la definizione del patrimonio come l'insieme dei beni e dei rapporti giuridici facenti capo ad un soggetto che, per tale ragione, non può che essere uno ed uno solo; l'unica eccezione alla unicità ed universalità del patrimonio si rinviene nella possibilità di creazione di patrimoni separati, sempre che la fonte di creazione dei medesimi sia la legge.

La nozione di patrimonio separato, dunque, indica quel fenomeno in cui si rinviene un nucleo patrimoniale dotato di

piena autonomia ed indipendenza, capace di propri rapporti ed insensibile alle vicende in cui rimane coinvolto il patrimonio con cui esso coesiste, destinato a far fronte alle obbligazioni patrimoniali assunte in coerenza con lo scopo cui esso risulta destinato, e solo ad esse²²².

Esempi di patrimonio separato sono stati rinvenuti, tra l'altro, in giurisprudenza, nella disciplina delle società fiduciarie²²³, delle società di investimento mobiliare, dei fondi speciali di previdenza di cui all'articolo 2117 c.c., in tema di fallimento, di concordato preventivo con cessione di beni ai creditori²²⁴, di sequestro conservativo²²⁵ e, in dottrina, nel fondo patrimoniale²²⁶ e nelle fondazioni.

In alcune delle ipotesi suddette si parla anche di patrimonio di destinazione, per individuare, all'interno del più ampio *genus* dei patrimoni separati, una *species* caratterizzata dal vincolo di destinazione funzionale impresso ai beni costituenti la massa separata che ne causa l'insensibilità alle vicende giuridiche del restante patrimonio del soggetto da cui la massa è amministrata²²⁷.

²²² Cfr. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 1.

²²³ Cass. Civile, Sez. I, 1 maggio 1999, n. 4943, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2635, con nota di SALAFIA, secondo cui "Il mandato conferito dai fiducianti a una società fiduciaria (...) è diretto ed idoneo a dar luogo a patrimoni separati da quello della società fiduciaria, intangibili dai creditori della stessa (...)."

²²⁴ Trib. Roma, 7 gennaio 1999, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 1864.

²²⁵ Cass. Civ., Sez. I, 28 agosto 1997, n. 8146, in *Mass.*, 1997.

²²⁶ Per tutti CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Enc. Dir. Priv.*, 2, p. 446.

²²⁷ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di cui agli articoli 32, 39 e 1707 c.c. Sul concetto di patrimonio di destinazione, cfr. LA PORTA, *Destinazione di beni*, cit., p. 9.

Dal patrimonio separato si distingue, sulla scia della tradizione giuridica tedesca, il patrimonio autonomo, che è caratterizzato anch'esso dall'essere un nucleo patrimoniale separato da quello originario, e destinato ad un determinato scopo, ma che non rimane nella titolarità del disponente, venendo a cadere nella disponibilità di una collettività più o meno organizzata, cui viene autonomamente imputato²²⁸.

L'articolo 2740 c.c., dunque, consentirebbe la creazione di patrimoni destinati solo al legislatore ed, anzi, avrebbe la portata precettiva di impedire ai privati di creare liberamente delle limitazioni convenzionali al regime legale di responsabilità patrimoniale; dal che, deriverebbe l'inammissibilità del *trust* nel nostro sistema, con il quale confliggerebbe insanabilmente l'effetto di segregazione patrimoniale che esso è idoneo a realizzare²²⁹.

²²⁸ Cfr. FERRARA SR, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, p. 876 e ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 85 e ss.; BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982, p. 280 e ss.; La distinzione tra patrimonio autonomo e patrimonio separato non è accolta da parte della dottrina che riconduce le fattispecie tradizionalmente considerate patrimoni autonomi ad una somma di patrimoni separati, e riduce la differenza ad una diversa terminologia da adoperarsi solo a fini di sintesi grammaticale: in tal senso, PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 12 e ss.; POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milano, 1951, p. 90 e ss. La distinzione è, poi, sicuramente ignorata dal legislatore che, all'articolo 4. del D. Lgs. 21 aprile 1993, n. 124, in tema di fondi pensione, consente la formazione di fondi pensione da parte di una società o di un ente pubblico con apposita deliberazione di formazione "di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo".

²²⁹ Cfr. per tutti, GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 13. E' rimasta minoritaria, invece, l'opinione espressa da GRAZIADEI, *Trust nel diritto anglo-americano*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1999, p. 265 secondo cui il principio di cui all'art. 2740 c.c. risulterebbe sostanzialmente neutro ai fini dell'ammissibilità del *trust*. Precisamente, i beni in esso conferiti, essendo *ab origine* destinati a transitare nella sfera giuridica del *trustee*, non arricchirebbero in nessun momento il suo

In realtà, come è stato osservato, le sempre più numerose ipotesi di separazione patrimoniale introdotte dal legislatore, hanno fortemente ridimensionato il principio di indivisibilità del patrimonio²³⁰; secondo una parte della dottrina, anzi, il rapporto tra la regola generale contenuta nell'articolo 2740 c.c. e le ipotesi eccezionali contemplate dal codice e dalle leggi speciali risulterebbe, ormai, addirittura capovolto²³¹.

Il fondamento del moltiplicarsi di ipotesi di limitazione della responsabilità risponde ad un principio di natura economica, che trova nell'isolamento di masse patrimoniali destinate a determinati scopi e costituenti, solo in relazione alle obbligazioni sorte per la realizzazione di tali scopi, garanzia dei relativi creditori, lo strumento di realizzazione del profitto e dell'efficienza. Ma la tutela delle ragioni creditorie non perde il

patrimonio e andrebbero sottratti alla possibile aggressione dei suoi creditori personali. In questa logica l'art. 1707 c. c., in tema di acquisti del mandatario, non costituirebbe una deroga espressa al divieto di cui all'art. 2740 c. c., bensì una norma espressiva di un principio da coordinare con la regola concorrente della responsabilità del debitore in modo da individuare correttamente i beni che ne possono costituire oggetto.

²³⁰ SANTORO, *Il Trust in Italia*, cit., p. 76.

²³¹ MANES, *Trust ed art. 2740 c.c. un problema finalmente risolto*, 2002, p. 581, ed Autori ivi citati. Cfr. anche GAMBARO, *Segregazione ed unità del patrimonio*, 2000, p. 156, secondo cui "(...) una volta asseverato che l'unica guida per l'interprete è costituita dal tessuto delle disposizioni normative; dopo aver rimpiazzato la concezione soggettiva con la concezione oggettiva del patrimonio; dopo aver dimostrato che è la legge stessa a conoscere la figura dei patrimoni separati, ecco l'interprete italiano pervenire alla conclusione che la separazione dei patrimoni è un fenomeno che può trovare la sua base solo in norme di legge. Ciò sulla base dell'argomento di policy, per cui non si potrebbe ammettere che sia lo stesso titolare a manipolare a suo piacimento ed a danno dei creditori il modo ed il quantum della propria esposizione ad azioni esecutive di questi ultimi giacché ciò equivarrebbe a riconoscergli un largo tasso di arbitrio nell'adempimento delle proprie obbligazioni", ed ivi, p. 158, "a fronte di simile panorama normativo, non mi pare che si possa mantenere il dogma della unicità del patrimonio argomentando da scelte di policy; infatti le indicazioni che si traggono dalle scelte di politica del diritto operate dal soggetto legittimato a compierle sono di segno esattamente opposto".

valore di principio fondamentale, valore che può cedere solo per la necessità di realizzare interessi di grado superiore.

D'altra parte, è ormai superata la valutazione del principio della responsabilità patrimoniale alla stregua di un principio di ordine pubblico, pur sostenuta dalla dottrina tradizionale ed avallata dalla giurisprudenza più risalente, in favore di una nuova prospettiva che riconduce l'indicato principio a norme imperative di legge.

Il mutamento di prospettiva, che deve attribuirsi ad una maggiore delimitazione dei contorni dello stesso concetto di ordine pubblico²³², viene attestato dal riconoscimento, a livello giurisprudenziale, di modelli stranieri di limitazione della responsabilità, che viene motivato negando alla regola di illimitata responsabilità del debitore natura di principio di ordine pubblico.

Del fenomeno sono conferma l'introduzione, prima con legge speciale ed ora con organica riforma della materia, delle società unipersonali²³³, e la stessa legge di ratifica della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei *trust* stranieri²³⁴.

È pur vero che la negazione del principio di responsabilità patrimoniale quale principio di ordine pubblico non implica

²³² L'ordine pubblico è, in una nuova accezione, considerato come la sintesi dei valori etici alla base di un ordinamento giuridico; cfr. NUZZO, *Negoziato giuridico*, in *Enc. Giu. Treccani*, Roma, 1990.

²³³ In attuazione della XII Direttiva Comunitaria in materia societaria.

²³⁴ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu – F. Messineo, VIII, Milano, 1995, p. 640.

necessariamente la negazione dell'inderogabilità ad opera dei privati di quel principio, stante l'autonomia dei due piani²³⁵. Infatti, se da un lato si ammette l'evoluzione del sistema verso forme di specializzazione della responsabilità, dall'altro deve riconoscersi che tali forme sono state introdotte nel nostro sistema attraverso leggi speciali.

Pertanto, l'introduzione di nuove ipotesi di limitazione di responsabilità non modifica necessariamente la lettura del secondo comma dell'art. 2740 c.c., che non ne vieta *tout court* l'adozione, ma solo impone una riserva di legge.

Nè pare possibile sostenere che la Convenzione parrebbe idonea ad introdurre un'ipotesi di patrimonio separato ulteriore rispetto a quelle disposte dal codice civile, soddisfacendo al requisito della fonte legale richiesto dall'articolo 2740 c.c., non costituendo essa una normativa di diritto materiale uniforme (destinata ad avere immediata applicazione nel nostro ordinamento)²³⁶.

²³⁵ Come giustamente rilevato da BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 1996, p. 245.

²³⁶ MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita Not.*, 1998, p. 1322; PESIRI, *L'applicazione dei trust in Italia*, cit., p. 455 e ss.. Di contrario avviso GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, 2002, p. 262, secondo cui "Non è esatto che la XV Convenzione dell'Aja per essere applicata necessita di un conflitto tra norme di diversi ordinamenti e non è quindi essa stessa fonte di diritto interno italiano"; si ricordi che l'A. è stato il rappresentante dell'Italia per la stesura della Convenzione.

Per gli stessi motivi non sembra condivisibile l'opinione che ritiene doversi far riferimento alla legge di ratifica per individuare la fonte legale che legittimerebbe la separazione patrimoniale prodotta dal *trust*, come sostenuto da BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 629.

Il punto problematico resta, pertanto, quello dell'ammissibilità di patrimoni separati di fonte convenzionale, in deroga alla regola espressa dal secondo comma dell'art. 2740 c.c., che circoscrive le limitazioni della responsabilità patrimoniale a fonti legali.

Invero, sembra che la soluzione del problema possa rinvenirsi nella causa che giustifica l'attribuzione in favore del *trustee*. È pacifico, infatti, che il disponente non intende, con l'atto istitutivo del *trust*, trasferire i beni al *trustee* perché questi li faccia propri, quanto piuttosto destinare i beni a dati scopi, per il raggiungimento dei quali è necessaria l'attività di collaborazione del *trustee*.

L'equivoco in cui cade la dottrina che afferma l'incompatibilità del *trust* con il principio contenuto nell'articolo 2740 c.c., dunque, dipende dal difetto di analisi della fattispecie del *trust*, il cui effetto tipico viene individuato nella semplice separazione dei beni costituiti in *trust*, e non nel più complesso effetto che consiste, invece, nel trasferimento della proprietà funzionalizzato al raggiungimento degli scopi propri del *trust*.

Se si attribuisce alla causa di destinazione la rilevanza che essa merita, e che le è attribuita anche dal legislatore della ratifica, si giunge a risultati differenti.

La considerazione risolutiva è che la sottrazione dei beni destinati allo scopo alla generica garanzia patrimoniale di cui

all'art. 2740 c.c. costituisce un aspetto secondario rispetto a quello primario costituito dalla destinazione allo scopo dei beni, il quale determina la funzionalizzazione del diritto vantato sui beni sia che l'atto dispositivo importi effetti traslativi, sia che si esaurisca all'interno della sfera giuridica del disponente²³⁷.

L'opinione in commento²³⁸, cui si ritiene di aderire, incentra l'attenzione sull'analisi degli interessi e degli scopi che i privati intendono raggiungere attraverso la determinazione del vincolo reale sui beni ai fini della valutazione della liceità ed in particolare della meritevolezza di tutela di ogni singola fattispecie, per dedurne che una separazione patrimoniale di fonte pattizia è ammissibile ogni qualvolta l'interesse che la destinazione allo scopo mira a conseguire sia degno di tutela.

In tale prospettiva, la eventuale compromissione della garanzia patrimoniale dei creditori potrà costituire solo uno degli elementi di valutazione ai fini della formulazione del giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, da elaborare essenzialmente in riferimento alla natura dello scopo che si intende conseguire²³⁹.

²³⁷ LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit.

²³⁸ Ci si riferisce alla brillante teoria di LA PORTA, *destinazione di beni*, cit., e ID., *Il problema della causa del contratto*, Torino, 2000, cui si rimanda per una puntuale esposizione dell'opinione riferita.

²³⁹ Non parla espressamente di causa di destinazione, ma sembra conforme all'opinione riferita, anche LUPOI, *Lettera ad un notaio curioso di trust*, cit., p. 348, secondo cui, testualmente, "L'articolo 2740 c.c. riguarda i beni che appartengono al debitore ("i suoi beni"), non quelli che gli siano attribuiti senza corrispettivo da terzi precisamente affinché non si confondano con i suoi restanti (questi sì a disposizione dei suoi creditori) e con il divieto, inerente a qualsiasi trust, di trarne alcuna personale utilità"; e, ancora, ID., *Trusts*, cit, p. 576-577: "Dal punto di vista del

Nel caso di specie, non pare revocabile in dubbio che gli scopi da perseguirsi col *trust* – in linea generale – dovranno prevalere sull’esigenza di tutela dei creditori, se non altro in considerazione del fatto che ai creditori sono attribuiti altri strumenti per difendersi ugualmente dai possibili pregiudizi patrimoniali (si pensi, in particolare, all’azione revocatoria), con la conseguenza che il *trust* potrà essere costituito senza necessariamente infrangere il principio di cui all’articolo 2740 c.c.²⁴⁰

trustee, il quale è titolare di posizioni soggettive segregate e quindi non soggette alla regola generale dell’articolo 2740 c.c., credo che la chiave della soluzione sia nella nozione di “beni futuri”, inclusi nell’oggetto della garanzia patrimoniale generica. I beni futuri sono quelli che, in mancanza di un atto di deviazione dei normali effetti giuridici, entrerebbero nel patrimonio di un soggetto; basta questa precisazione per lasciare intendere che i beni in trust non sono mai “beni futuri”, in quanto essi sono trasferibili al trustee precisamente perché siano segregati” e p. 615 “La causa del negozio istitutivo del trust è il programma della segregazione di una o più posizioni soggettive, o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerato (beni in trust), affidati al trustee per la tutela di interessi che l’ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del trust)”.

²⁴⁰ Condivide solo parzialmente l’opinione esposta, ma non compie il salto verso l’ammissione di una funzionalizzazione del diritto in ragione della causa, CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, cit. p. 448, ove, prima, si legge, con riferimento alla posizione del disponente: “Sono convinto anch’io che il trust, in quanto negozio socialmente tipico, benchè ignoto al nostro ordinamento, non contrasta con norme imperative quali l’articolo 2740 c.c., e perciò è in grado di scagionarsi dalla nullità che altrimenti lo coglierebbe ex art. 1418 c.c. (...) In questi termini l’oggettiva sottrazione dei beni oggetto della disposizione alla garanzia patrimoniale generica non è certamente più rilevante di quella che consegue a una donazione. Analogamente, allora, la tutela dei creditori è tutt’altra e deve muoversi, semmai, sul piano dell’azione revocatoria”, salvo poi sostenersi che “Ma è con riguardo alla posizione del trustee che la questione normalmente viene posta per la separazione patrimoniale che caratterizza i beni del trust rispetto al patrimonio del trustee (...). In questo senso l’effetto esterno più tipico del trust, la separazione patrimoniale appunto, non può essere conseguito nel nostro ordinamento da un atto di autonomia privata quale il trust è”.

6.5 Il problema della trascrivibilità del trust

Uno dei punti cardine della recezione del *trust* nei sistemi di *civil law* consiste nella risoluzione del problema della trascrizione del titolo del *trustee* e del *beneficiary*.

Infatti, qualora si negasse la possibilità di trascrivere il *trust*, si vanificherebbero tutte le garanzie previste dall'articolo 11 della Convenzione e si ridurrebbe il *trust* ad un negozio fiduciario di tipo romanistico, ossia assistito da una efficacia meramente obbligatoria.

L'articolo 12 della Convenzione si occupa della trascrizione del *trust*, considerandola facoltativa, ma possibile, sempre che essa non si ponga in contrasto con le norme disciplinanti la trascrizione dello Stato in cui la registrazione avviene²⁴¹.

L'indicata norma ha sollevato un acceso dibattito in dottrina, tra coloro che ammettono senza riserve la possibilità di trascrivere l'atto istitutivo di *trust*, allorchè abbia ad oggetto beni immobili o mobili registrati, e coloro che, invece, negano tale possibilità in ragione del principio di tipicità che caratterizza l'istituto della trascrizione.

Invero, il tenore dell'articolo 12 non consente una soluzione univoca del problema su base letterale perché, se da un lato

²⁴¹ Secondo la lettera dell'articolo in questione “*Il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa*”.

concede al *trustee* di domandare la trascrizione della propria posizione, dall'altro limita tale facoltà richiedendo che ciò non sia vietato o incompatibile con l'ordinamento interno dello Stato in cui il *trust* deve operare. Con il che, deve ritenersi che la norma non sia di alcun aiuto alla soluzione del problema, la quale deve essere ricercata esclusivamente nei principi interni al nostro sistema, come confermato anche dall'articolo 15 della Convenzione, il quale prevede l'applicazione necessaria delle norme imperative dell'ordinamento richiamato dalle regole di conflitto del foro, tra l'altro, in materia di trasferimento di proprietà e di garanzie reali.

Un primo problema, di natura terminologica, appare di agevole soluzione: l'articolo 12, citato, parla di "iscrizione" (*inscription*, in francese), ma, come si può desumere anche dalla circostanza che nel testo inglese il termine è reso con *registration* (lett.: registrazione), esso non vuole evidentemente riferirsi all'iscrizione costitutiva propria del nostro sistema, intendendo, con ogni probabilità, adoperare un termine omnicomprensivo, che risulti indicativo delle formalità pubblicitarie proprie e particolari di ciascun ordinamento degli Stati aderenti. Relativamente al nostro sistema, dunque, può ritenersi che la norma faccia riferimento alla trascrizione, sia essa quella nei Registri Immobiliari o quella in altri pubblici registri (come, ad esempio,

il Pubblico Registro Automobilistico)²⁴².

Più dibattuto è il problema della funzione che assolverebbe – ove la si ammettesse – la trascrizione dell’atto istitutivo di *trust*: ci si domanda, in particolare, se essa svolgerebbe la funzione di semplice pubblicità notizia, ovvero se le si dovrebbe riconoscere valore dichiarativo o, addirittura, costitutivo.

Che la pubblicità di cui all’articolo 12 abbia funzione costitutiva del *trust* pare non rispondente al dettato normativo della Convenzione: l’articolo 3, infatti, prescrive, quale requisito per la valida costituzione del *trust*, la forma scritta, e non anche l’assolvimento di oneri pubblicitari. Né pare potersi accogliere l’osservazione secondo cui gli articoli 3 e 12 della Convenzione non sarebbero suscettibili di interpretazione sistematica, perchè riguarderebbero fattispecie distinte²⁴³: la fattispecie costitutiva del *trust*, cui fa riferimento l’articolo 3 della Convenzione, deve intendersi, salvo contrarie indicazioni, come composta sia dall’atto istitutivo che da quello di disposizione, il quale ultimo, dunque, non è disciplinato in via esclusiva dall’articolo 12.

Neppure, d’altra parte, appare condivisibile l’opinione che riduce la pubblicità di cui all’articolo 12 della Convenzione a mera pubblicità notizia: la collocazione sistematica della norma, in seno alle disposizioni in materia di riconoscimento del *trust*,

²⁴² PICCOLI, *Prassi italiana in materia di pubblicità immobiliare*, in www.il-trust-in-italia.it.

²⁴³ Come sostenuto da LUPOI, *I trusts*, cit., p. 532, ove si legge: “La prescrizione formale dell’articolo 3 (“provati per iscritto”) riguarda il negozio istitutivo del *trust* mentre l’articolo 12 riguarda il negozio di rassetto: tra le due norme non esistono contatti”.

sembra orientare l'interprete nel senso di attribuire alla pubblicità in oggetto la funzione dichiarativa che, come è noto, è assolta dall'istituto della trascrizione²⁴⁴.

L'ambito di riferimento dell'articolo 12 citato concerne, dunque, l'eventuale conflitto tra il *trustee* ed i suoi creditori personali, cui la separazione del patrimonio costituito in *trust* rispetto al patrimonio personale del *trustee* potrà essere opposta sempre che sia pubblicizzata con una trascrizione avente data anteriore: l'articolo 12 non afferma, in tale prospettiva, nulla di nuovo rispetto alla regola generale del nostro ordinamento a presidio della tutela della buona fede dei terzi che, come è noto, implica, nel caso di beni immobili o mobili registrati, l'onere della pubblicità²⁴⁵.

Altra questione è quella relativa all'individuazione del titolo idoneo al fine di ottenere la trascrizione²⁴⁶: la Convenzione, per essere applicata, richiede l'esistenza di un *trust* la cui prova sia fornita per iscritto, laddove la legislazione di molti Stati, tra cui quello italiano, al fine della trascrizione richiede non solo la forma scritta ma anche requisiti particolari ed ulteriori²⁴⁷. Ma, sul

²⁴⁴ CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Notarile*, 1998, p. 1323 e ss.

²⁴⁵ In tal senso, fornisce un'interpretazione "autentica" del dettato normativo convenzionale il rappresentante dell'Italia alla Convenzione, GAMBARO, *Trust e trascrizione*, 2002, p. 347: "Personalmente debbo ricordare che io (...) sono stato tra coloro che hanno più insistito perché fosse precisato che il trustee poteva registrare i propri acquisti immobiliari (...). A rigore ciò non era richiesto perché gli effetti del trust sono già previsti dall'articolo 11".

²⁴⁶ Cfr. PICCOLI, *L'avanprogetto di convenzione sul trust nei lavori della conferenza di diritto internazionale privato de l'Aja e i suoi riflessi di diritto notarile*, in *Riv. Notar.*, 1984, p. 871.

²⁴⁷ In Italia, è necessario che il titolo sulla base del quale si richiede l'esecuzione della formalità sia una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente o un atto pubblico.

punto, può osservarsi che, nonostante la lettera dell'articolo 12 della Convenzione, non sarà comunque possibile la trascrizione senza il rispetto delle formalità previste dall'art. 2657 c. c.: ciò comporterà che un *trust* provato con semplice scrittura privata sarà pienamente riconoscibile in base alla Convenzione e ad esso si applicheranno tutte le norme della legge di recepimento, ma non sarà possibile trascrivere il titolo perché l'eventuale trascrizione violerebbe le nostre norme in materia, se non dopo averne accertato giudizialmente le sottoscrizioni, o dopo avere ripetuto l'atto in forma autentica.

Con ciò, tuttavia, i problemi non sono superati, e resta ancora da rinvenire una norma che consenta la trascrizione dell'atto istitutivo di *trust*, almeno in via di interpretazione, all'interno del nostro sistema.

Come è noto, l'articolo 2643 c.c. elenca quattordici tipologie di atti che “*si devono rendere pubblici con il mezzo della trascrizione*”, e l'articolo 2645 c.c. dispone che “*deve del pari rendersi pubblico, agli effetti previsti dall'articolo precedente – cioè ai fini della pubblicità dichiarativa – ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'articolo 2643, salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi*”.

Dalle norme indicate, la dottrina e la giurisprudenza

tradizionali hanno ritenuto di poter trarre un più generale principio di tipicità degli atti soggetti a trascrizione, con l'effetto di escludere la trascrivibilità di qualsiasi altro atto non compreso tra quelli espressamente elencati dal legislatore.

Una posizione così drastica, a dire il vero, è stata già da tempo abbandonata: una lettura sistematica e storica della normativa in tema di trascrizione – in particolare, l'esame dei lavori preparatori del codice civile e l'analisi comparata della disciplina prevista nel codice del 1865 – hanno spinto ad interpretare il sistema della pubblicità come un sistema aperto; ciò che, tuttavia, è tuttora dibattuto, è la delimitazione dei confini entro i quali l'apertura sia ammessa.

Il dibattito dottrinario è alimentato, infatti, dalla infelice formulazione dell'articolo 2645 c.c., nella parte in cui opera il riferimento ai contratti di cui all'articolo 2643 c.c. L'utilizzazione del termine "contratti" sembrerebbe limitare il richiamo suddetto, escludendo dallo stesso anche gli altri "atti" previsti nell'articolo 2643 c.c.: con la conseguenza, illogica, di escludere dal novero degli atti trascrivibili – ad esempio – la rinuncia ai diritti di cui all'ultima norma citata ove effettuata contrattualmente.

Il dibattito *in subiecta materia* trascende ciò di cui si può dar conto in questa sede; può, tuttavia, affermarsi che la dottrina maggioritaria è, ad oggi, orientata nel senso di ammettere la

atipicità degli atti soggetti a trascrizione, ma nell'ambito dei soli atti che producano i medesimi effetti di quelli espressamente elencati nell'articolo 2643 cit²⁴⁸.

Non manca, tuttavia, chi ritiene che possano trascriversi anche atti relativi a diritti immobiliari assimilabili a diritti reali tipici, in quanto si traducano in un peso sulla proprietà immobiliare²⁴⁹, o chi, addirittura, ammette la trascrivibilità di atti relativi a diritti di natura obbligatoria²⁵⁰.

Orbene, la dottrina che ha discusso la possibilità di trascrivere l'atto istitutivo del *trust*, mostra di condividere l'opinione prevalente, secondo cui la trascrizione, seppure con riguardo ai soli effetti e non già alla struttura dell'atto, rimane subordinata ad una previsione espressa di legge.

Da un lato, si è negata la trascrivibilità dell'atto costitutivo del *trust*, argomentando dall'estraneità dell'effetto proprio di esso rispetto agli effetti previsti dagli articoli 2643 e seguenti c.c.. Rilevato che l'articolo 2645 c.c. ha il compito di legittimare la

²⁴⁸ Cfr. TRIOLA, voce *Trascrizioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992; FERRI L., *Art. 2645 c.c.* in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna – Roma, 1968; GENTILE, voce *Trascrizione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1973, p. 519. Nello stesso senso è anche la giurisprudenza prevalente: cfr. Cass. Civ., 12 novembre 1997, n. 11180, in *Mass.*, 1997.

²⁴⁹ DE LISE, voce *Trascrizione*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1994; in giurisprudenza, tra le altre, cfr. Cass. Civ. 15 gennaio 1986, n. 174, in *Giustizia civile*, 1986, I, p. 1366 ed in *Riv. Not.*, 1986, p. 751.

²⁵⁰ Cfr. STEIDL, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, 2002, p. 350, secondo cui il legislatore ha previsto la trascrizione di diritti “che sarebbe arduo definire reali se osservati dal punto di vista del codice civile”, come, ad esempio, quelli “dell'atto di obbligo edilizio, o quello, recentissimo, di un diritto sicuramente reale ma che altrettanto certamente tipico non è dell'acquisto di immobili, già di enti pubblici, da parte di società di cartolarizzazione c.d. veicolo ai fini della loro dismissione”.

trascrizione di altri atti – di struttura differente dagli atti già previsti nell’articolo 2643 – che producano non effetti analoghi, ma identici a quelli, delle due l’una: o si riconduce la proprietà del *trustee* alla proprietà fiduciaria di tipo romanistico, ed allora nessun problema si porrà in materia di trascrizione; ovvero, si riconosce efficacia esterna ai limiti che il *trustee* incontra nella disponibilità dei beni, ed allora il problema sarà quello di trascrivere il vincolo di destinazione che tali limiti impone. Ma tale vincolo non potrebbe essere trascritto perché nessuno degli atti previsti dall’articolo 2643 c.c. produce i medesimi effetti: non a caso al numero 1 dell’articolo 2643, a differenza di quanto fa nel numero 2 della stessa norma, il legislatore non parla di contratti modificativi del diritto di proprietà, perché essi non sarebbero concepibili nel nostro sistema²⁵¹.

Dall’altra parte, coloro che affermano la trascrivibilità dell’atto di *trust*, venendosi a trovare nella necessità di rinvenire una fonte legislativa di previsione della fattispecie in esame, affermano la natura di norma *self executing* dell’articolo 12 della Convenzione, in dipendenza della legge di ratifica, ed individuano nella stessa la norma di diritto materiale che tipizzerebbe, ai fini della trascrizione, gli effetti prodotti dal *trust*²⁵².

²⁵¹ GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., pp. 17-18.

²⁵² Cfr. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione*, cit. p. 260, dove si afferma che “anche se non si fosse provveduto ad inserire la previsione specifica di cui all’articolo 12, il trustee iscritto come

Dal canto suo, la giurisprudenza, che aveva in passato escluso la trascrivibilità del *trust* facendo leva sul principio della tassatività degli atti soggetti a trascrizione e sulla mancanza di una legge speciale che disponesse la detta formalità pubblicitaria del *trust*, in tempi più recenti ha mutato decisamente orientamento²⁵³ facendo ricorso ad una duplice argomentazione. In primo luogo, ha riconosciuto che il legislatore, in tema di trascrizione, attraverso l'art. 2645 del c.c. ha inteso dare rilevanza non alla natura dell'atto produttivo del mutamento giuridico ma al mutamento giuridico stesso; inoltre, ha osservato che, ai fini della trascrizione, non rileva che il *trust* produca il trasferimento di una proprietà qualificata, in quanto gli effetti dell'atto istitutivo del *trust* sembrano rientrare tra quelli considerati dal legislatore ai sensi degli art. 2643 n. 1 e 2645 del codice civile.

In questo variegato panorama di opinioni, quel che, allo stato,

proprietario ai registri immobiliari avrebbe potuto opporre ai suoi creditori personali la sua qualità di trustee e la conseguente separazione dei beni oggetto di trascrizione dal suo patrimonio, perché questo effetto segregativo è un effetto diretto della Convenzione e della legge di ratifica"; LUPOI, *I trusts*, cit., p. 172, si schiera apertamente per la portata precettiva della Convenzione all'interno del nostro ordinamento. *Contra* GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. Not.*, p. 1112, secondo cui "Se davvero la legge di ratifica posteriore, recependo la Convenzione, avesse integrato il sistema della trascrizione, di certo alcun problema sorgerebbe (...). Dire poi che l'articolo 12 della Convenzione prevede gli adattamenti ed i limiti agli adattamenti, che i sistemi non trust devono introdurre nel proprio ordinamento per dare riconoscimento agli effetti de trusts (...) significa, di nuovo, ragionare su quel che avrebbe potuto e dovuto essere, ma non è stato, perché il nostro legislatore non ha introdotto nell'ordinamento alcun adattamento".

²⁵³ Cfr i decreti di Tribunale di Bologna 28 aprile 2000 e Tribunale di Chieti 10 marzo 2000, secondo cui è ingiustificato il rifiuto della Conservatoria del R.R.I.I., di trascrivere l'atto di compravendita immobiliare nel quale l'acquirente è un soggetto che agisce in qualità di *trustee*.

si può affermare, è che il problema della mancanza di un sistema di pubblicità è l'ostacolo probabilmente più serio all'ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento: tuttavia, è un ostacolo che può, al più, impedire il funzionamento di *trust* aventi ad oggetto beni immobili o mobili registrati, ma dal quale non può, *tout court*, farsi discendere l'inammissibilità concettuale dell'istituto nel nostro sistema, se non altro per il rilievo che il *trust* ben potrebbe avere ad oggetto beni non soggetti a pubblicità, ovvero avere ad oggetto beni soggetti a forme di pubblicità non incompatibili (si pensi all'annotamento dei vincoli sui titoli azionari), per i quali l'obiezione non può essere utilmente sollevata: con il che, resta impregiudicata la questione teorica dell'ammissibilità dell'istituto e del vaglio della stessa alla luce di altri principi del nostro ordinamento.

6.6 Trust, assolutezza del diritto di proprietà e tipicità dei diritti reali

Il diritto che nasce per effetto della costituzione di un *trust* assume, come si è visto, una particolare configurazione, che lo discosta dal tradizionale diritto di proprietà, poichè la posizione di titolarità reale che ne costituisce l'essenza assume un carattere

funzionale e, soprattutto, temporaneo.

Dal riconoscimento del carattere temporale che connota il diritto in capo al *trustee* sui beni in *trust*, consegue l'assimilazione dello stesso ad una specie di proprietà temporanea, la quale si ritiene, per larga parte della dottrina, inammissibile in ragione del contrasto con il principio di assolutezza della proprietà.

Come è stato osservato, infatti, la perpetuità del diritto di proprietà rappresenta l'assolutezza dello stesso sotto un profilo temporale²⁵⁴.

Secondo l'insegnamento tradizionale, l'ammissibilità di una proprietà a termine sarebbe sostenibile solo ricorrendo all'artificio di immaginare che il limite temporale attenga non già al diritto quanto al negozio che lo trasmette: il diritto di proprietà, in altri termini, sarebbe sempre uguale a se stesso, assoluto e perpetuo, solo che limitato nel tempo sarebbe l'effetto del negozio traslativo.

Orbene, a tale ricostruzione potrebbe, in ultima analisi, aderirsi relativamente al trasferimento di una proprietà a termine

²⁵⁴ Affermazione tradizionale e risalente nel nostro diritto: cfr. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, Torino, 1895, in particolare pagg. 637-638, ove si legge: "Abbiamo accennato altra volta come dei caratteri di diritto assoluto ed esclusivo sia necessaria conseguenza che la proprietà sia pure perpetua: (...) la perpetuità è una qualità inerente alla proprietà in se medesima, anziché al solo titolo di trasmissione di essa, ed è una qualità essenziale, perché dipendente come necessaria conseguenza dai caratteri di diritto assoluto ed esclusivo, che sono appunto essi pure essenza della proprietà, e come tali non suscettibili di derogazione (...)". Nello stesso senso, AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960; ROMANO S., *Accordo fiduciario e sua rilevanza*, in *Scritti minori*, vol. III, Milano, 1980.

iniziale, pur con le dovute precisazioni. Occorrerebbe, infatti, spiegare a chi spetti il potere di disporre del bene trasferito sotto un termine iniziale in pendenza del termine stesso: non al cessionario, che proprietario ancora non è, ma neppure al cedente che, se potesse ancora disporre del bene, distruggendolo o mutandone l'essenza – come è in facoltà del proprietario – potrebbe svuotare di ogni contenuto il trasferimento a termine e, di conseguenza, il diritto di proprietà a termine iniziale del cessionario. Si dovrebbe, quindi, aderire all'opinione che ritiene che la facoltà di disporre del bene non è contenuto essenziale e qualificante del diritto di proprietà, per dedurre che, nel caso di specie, tale facoltà resterebbe inibita in pendenza del termine; sempre che, così facendo, non si finisse col ridurre la proprietà temporanea ad un usufrutto, il quale assomiglia molto ad un'ipotetica proprietà svuotata della possibilità di disporre della *res*.

Più difficile sarebbe spiegare il trasferimento a termine finale: a tutte le difficoltà già indicate innanzi dovrebbe aggiungersi anche l'artificiosa ricostruzione della vicenda come somma di due negozi, l'uno traslativo del diritto e l'altro risolutivo del trasferimento e sottoposto a termine iniziale, coincidente con il termine finale del diritto trasferito.

In realtà, se si pone mente alla reale intenzione delle parti in una simile fattispecie, appare davvero arduo sostenere che essa si

diriga verso il trasferimento di un diritto di proprietà qualificato dall'essere perpetuo, ma attraverso un negozio destinato ad avere efficacia limitata nel tempo, e pare, viceversa, molto più rispondente alla realtà immaginare che le parti abbiano voluto limitare il diritto nel tempo. Che tale limitazione, poi, sia in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento è affermazione che sembra essere più il residuo di una tradizionale assimilazione di dogmi storici che non il maturo convincimento di un interprete attento.

Da un lato, anche in tempi più risalenti non è, infatti, mancato chi ha ritenuto compatibile una limitazione temporale con l'essenza del diritto di proprietà²⁵⁵, sempre che il frazionamento della stessa sia effettuato tenendo conto della durata e della produttività del bene, in modo da non svuotare del tutto di contenuto la proprietà presso il proprietario temporaneo²⁵⁶.

Dall'altro, è lo stesso legislatore a mettere sempre più in crisi una ricostruzione della proprietà come essenzialmente perpetua, recependo e disciplinando espressamente l'istituto della multiproprietà, forse con poca consapevolezza della questione

²⁵⁵ Cfr. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, Palermo, p. 83: "Non credo che la limitazione sostanziale, che il diritto di proprietà viene a ricevere per effetto della prefissazione della sua durata, sia di tale entità da pregiudicare l'esistenza stessa del diritto. Non credo, cioè, che l'apposizione del termine intacchi quel minimum positivo indispensabile del contenuto del diritto di proprietà".

²⁵⁶ *Ibidem*, "si deve aver riguardo all'oggetto su cui cade il diritto di proprietà e ritenere che venga meno quest'ultimo allorquando la limitazione di tempo elimina del tutto lo sfruttamento a cui la cosa, per sua natura, è destinata. (...) deve negarsi la proprietà temporanea su cosa consumabile".

che qui si affronta, ma in piena aderenza alle esigenze già da tempo emerse nella prassi e non sfuggite alla dottrina²⁵⁷.

Proprio il fenomeno della multiproprietà, con la sua larga applicazione, conferma la erroneità dell'assunto secondo il quale la proprietà temporanea sarebbe nociva all'economia sociale – perché il titolare non avrebbe interesse ad incrementare la produttività dei beni, si dice, - e dimostra come, viceversa, l'esigenza cui essa risponde sia largamente condivisa dagli operatori economici e risponda ad un più razionale sfruttamento dei patrimoni.

Anche l'asserita perpetuità necessaria del diritto di proprietà, dunque, pare, ad un'analisi più attenta, il portato storico di opinioni maturate in tempi lontani ed in contesti economici tramontati, le quali permangono nella loro forza suggestiva ad orientare il mondo giuridico più per ossequio alla tradizione che per rigore scientifico.

Il discorso, a questo punto, deve necessariamente trascorrere verso una prospettiva più ampia ed investire, oltre al principio dell'assolutezza e della perpetuità del diritto di proprietà, la mai sopita questione della pretesa tipicità dei diritti reali, ed il rapporto tra causa del contratto e principio traslativo nel nostro

²⁵⁷ Sulla multiproprietà immobiliare ed i problemi alla stessa connessi, per il periodo precedente il riconoscimento legislativo, vedi SANGIORGI, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, 1980, Napoli; CASELLI, *La multiproprietà. Problemi giuridici*, 1984 Milano; PETRONE, *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici (Profili sostanziali e criteri di qualificazione giuridica)*, 1985, Milano.

ordinamento.

È ben noto, infatti, che la nostra tradizione giuridica, scontando il peso dell'elaborazione romanistica, ha per lungo tempo ritenuto insindacabile il principio dell'asserita tipicità dei diritti reali: non è dato, all'autonomia privata, creare nuove figure di diritti reali – siano essi di godimento o di garanzia - che limitino il diritto di proprietà secondo schemi e modalità non prestabiliti dal legislatore.

La mancanza di una norma espressa che consacri tale principio, ed il suo tornare ad essere in discussione nell'analisi dei più disparati istituti, come spauracchio agitato dai detrattori degli stessi per negarne l'ammissibilità, hanno fatto della tematica in questione una delle più dibattute del nostro diritto, generando una alternanza di opinioni ed orientamenti che ha pochi equivalenti.

Le radici dell'elaborazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali affondano nell'antico diritto romano, dove la limitazione nacque in periodo postclassico per rispondere ad un'esigenza di certezza dei traffici e di tutela dei terzi, di fronte al proliferare i forme di servitù sempre nuove e dal contenuto più vario, la cui adozione aveva, poco a poco, eroso il tradizionale contenuto del diritto di proprietà.

Ciò, se da un lato conferma che la *ratio* del divieto di creazione di diritti reali atipici ad opera dei privati risponde ad

esigenze di carattere pubblico – in particolare, alla tutela dell'affidamento dei terzi – dall'altro dimostra che non esistono, in un sistema di origine romanistico come il nostro, in astratto, ostacoli di carattere tecnico giuridico all'ammissibilità di diritti reali atipici.

Venendo ai nostri tempi, occorre, in primo luogo, ricordare che la prolematica della tipicità si distingue da quella del *numerus clausus*, perché, come è pacifico, la creazione di nuovi diritti reali al di fuori di quelli tradizionalmente conosciuti è sicuramente ammessa se di fonte legale, mentre all'autonomia privata sarebbe dato solo di incidere, in maniera più o meno ampia, sul contenuto dei tipi di diritti reali predisposti dal legislatore²⁵⁸.

Così opinando, si ritiene di poter salvare il principio di tipicità dei diritti reali di fronte ai suoi detrattori, che fanno leva su una considerazione di opportunità, evidenziando che la chiusura del sistema giuridico è incompatibile con la naturale e necessaria evoluzione del medesimo, come dimostrerebbe il fatto che, quando il legislatore interviene a tipizzare un nuovo diritto reale (si pensi, ancora una volta, alla multiproprietà immobiliare), ciò

²⁵⁸ Cfr. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p.169; ROMANO S., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 74; COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 293, secondo cui "Occorre anzitutto ricordare 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 la seconda alla determinazione del contenuto, cioè del "tipo" della situazione reale che il soggetto può prescegliere".

fa perché esso è già sorto e si è affermato sul piano della tipicità sociale.

Deve anche precisarsi che, anche ammettendo che il dogma della tipicità dei diritti reali debba tuttora rispettarsi, ciò non comporta necessariamente la conclusione che i negozi destinati ad avere effetti reali siano anch'essi un *numerus clausus*, e che ad essi non possa applicarsi la norma di chiusura dell'articolo 1322 c.c., come pure, spesso, si è sostenuto²⁵⁹.

L'opinione a sostegno del principio di tipicità dei diritti reali muove, in massima parte, dalla norma che sancisce la relatività degli effetti del contratto, l'articolo 1372 c.c., il quale stabilisce che il contratto ha forza di legge tra le parti, per desumerne che all'autonomia privata non sarebbe dato creare, con il contratto, situazioni che producano effetti nei confronti dei terzi al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, *id est* diritti reali atipici.

La replica, peraltro elementare, è che l'efficacia riflessa nei confronti dei terzi, che consisterebbe nel dovere di astensione e nel generale rispetto della situazione giuridica reale, non

²⁵⁹ Nel senso del testo, cfr. FERRI L., *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1968, p. 248, secondo cui “Non si possa (in genere e soprattutto nel nostro ordinamento) contrapporre la rigidità degli schemi dei diritti reali alla elasticità degli schemi dei diritti di credito per dedurne una rigidità degli schemi contrattuali nella prima ipotesi ed una elasticità degli stessi nella seconda” e, più di recente, GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Fiducia, trust, mandato e agency*, Milano, 1991, p. 30, per il quale “Dalla tipicità dei diritti reali e dalla necessità giustamente invocata di una tutela dei terzi, segue solo essere necessaria la osservanza di date formalità, non segue, invece, il *numerus clausus* di cause valide”.

differirebbe dall'efficacia riflessa che, nei confronti dei terzi, esplica una convenzione con effetti obbligatori²⁶⁰; senza considerare che l'obbligo di astensione gravante sui terzi non contrasta con l'articolo 1372 c.c., giacchè per i terzi non vi è alcuna differenza tra l'astenersi dal ledere la proprietà di un solo titolare, la nuda proprietà di un titolare e l'usufrutto (o altro diritto reale tipico) di altro titolare, ovvero una molteplicità di diritti reali atipici di più titolari, nei quali la proprietà si sia frazionata²⁶¹.

Si sostiene, altresì, con diversa formulazione, che il principio di tipicità dei diritti reali svolge una generica funzione di tutela dei terzi, i quali, a causa dell'opponibilità dei diritti reali nei loro confronti, possono subire limitazione di proprie facoltà ovvero imposizione di prestazioni obbligatorie senza esplicita manifestazione di consenso né semplice conoscenza²⁶².

Ma come si è già osservato innanzi, l'eventuale costituzione di

²⁶⁰ L'assunto è confermato dagli sviluppi concreti della vicenda del rapporto obbligatorio sotto il profilo della tutela contro le lesioni del credito da parte dei terzi. Cfr. ROMANO S., *Ordinamento sistematico del Diritto Privato*, Napoli, 1970, p. 159; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964; ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 177 e ss.

²⁶¹ Ovvero dai quali la proprietà sia stata compressa: resta impregiudicata – in quanto non muta i termini della questione ai nostri fini – la problematica relativa alla struttura del diritto di proprietà come somma ovvero come sintesi di facoltà.

²⁶² NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, pp. 160 – 162, secondo cui “*La semplice conoscenza o meglio la semplice conoscibilità che deriva dalla pubblicità non è però sufficiente a tutelare il terzo acquirente (...). Il terzo si vedrebbe privato di determinate facoltà in astratto previste dal legislatore, al di fuori della sua volontà. E, nel caso di obbligazioni reali o di oneri reali, potrebbe anche essere costretto a determinate prestazioni positive (...). Per tali motivi riteniamo che la trascrizione di un eventuale diritto atipico, oltre a non essere efficace dal punto di vista del diritto positivo, non sarebbe idonea alla tutela dei terzi*”.

un diritto reale, tipico o atipico che sia, non produce alcun effetto negativo nei confronti dei terzi, i quali sono comunque tenuti ad un dovere di astensione: non vi è differenza tra l'astenersi dal compiere atti lesivi nei confronti di un proprietario ovvero di più titolari di diritti reali minori (i quali non possono mai avere un contenuto più ampio del diritto di proprietà).

Né coglie nel segno l'obiezione che i terzi pregiudicati dalla creazione del diritto reale atipico sarebbero i successivi acquirenti della proprietà, i quali vedrebbero compresso il proprio diritto da una concreta limitazione delle facoltà che ne costituiscono il contenuto, indipendentemente dalla conoscibilità della situazione.

Infatti, delle due, l'una: o l'acquisto della proprietà è avvenuto prima della creazione del diritto reale atipico, ed allora quest'ultimo non sarà di certo opponibile all'acquirente; o il terzo acquista il diritto di proprietà dopo la creazione del diritto reale atipico, ed in questo caso non si vede perché le ordinarie regole di pubblicità – trascrizione per gli immobili ed i mobili registrati, possesso per i mobili – non debbano trovare applicazione, salvaguardando le legittime aspettative dell'acquirente²⁶³.

Si è anche sostenuto che il principio della tipicità dei diritti reali sarebbe desumibile dal sistema complessivo del nostro ordinamento che non prevederebbe, in materia, una norma

²⁶³ La soluzione del problema dipenderà, ancora una volta, dall'opinione che si ritiene preferibile relativamente alla possibilità di trascrivere diritti reali atipici: cfr. *supra*, § 6.4

equivalente a quella prevista, in tema di contratti, dall'articolo 1322 c.c.²⁶⁴.

Lasciando da parte il rilievo critico circa la riconduzione dell'articolo 1322 c.c. al solo contratto e non anche, come invece sembra corretto, al negozio giuridico in generale, l'opinione riferita o comporta una indebita assimilazione tra la nozione di contratto e quella di rapporto obbligatorio o è priva di significato. L'unico modo, infatti, per dare ad essa un senso logico è quella di ritenere che essa ritenga l'articolo 1322 c.c. applicabile ai rapporti obbligatori (assimilabili ai contratti) e non anche a quelli reali; ma, anche a volerla leggere in tal modo, l'argomentazione pare piuttosto debole.

Più seria pare, invece, l'affermazione secondo cui l'articolo 1322 c.c., nella parte in cui limita l'autonomia negoziale entro i "*limiti imposti dalla legge*" andrebbe letto in combinazione con l'articolo 42, secondo comma, della Costituzione, che prevede una riserva di legge in materia di modi di acquisto, godimento e limiti alla proprietà, giacchè costituire diritti reali limitati significa pur sempre limitare il diritto di proprietà sulle cose che ne sono gravate²⁶⁵. L'argomento è sicuramente conferente: tuttavia, a parte il rilievo che la più autorevole dottrina riconosce

²⁶⁴ COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 294 ed ID., voce *Diritti Reali (Diritto civile)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, p. 5.

²⁶⁵ NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 65.

valore relativo alla riserva di legge in parola²⁶⁶ deve rilevarsi che la portata precettiva della norma costituzionale in oggetto esigerebbe delle specifiche o, quanto meno, inequivoche disposizioni normative di attuazione che, al contrario, nel nostro sistema mancano.

Né la riserva di legge può dirsi soddisfatta in base all'interpretazione sistematica del codice civile, nel quale l'elencazione dei diritti reali tipici non sarebbe preceduta da una parte sui diritti reali in generale. In primo luogo, il fatto che il codice nulla dica al riguardo, ben potrebbe significare che trattasi di materia di libera disponibilità per l'autonomia negoziale. Inoltre, se proprio si vuol dar peso all'argomento sistematico, indicazioni ben più consistenti, ma in senso opposto a quello divisato, sembrano potersi trarre dall'esame dei lavori preparatori al codice.

Il progetto del codice civile italiano recava, infatti, due articoli (448 e 449), di cui il secondo, come introduzione generale alla materia, disponeva che *“i diritti che costituiscono le principali modificazioni della proprietà sono l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le servitù prediali”*; tale articolo non fu riprodotto nel testo definitivo del codice, e ciò potrebbe interpretarsi come una implicita negazione del principio della tipicità dei diritti

²⁶⁶ SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. Dir. Priv.*, 1972, p. 473-479; SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Priv.*, 1972, p. 957-959; RODOTA', *Rapporti economici*, II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna - Roma, 1982, sub art. 42, p. 104 e ss.

reali.

Infine, la riserva di legge costituzionale, se letta in relazione alla funzione che il legislatore le assegna, di tutelare la proprietà privata “*allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*” sembra piuttosto dar forza all’idea di una proprietà funzionale, non ferma nelle mani di un solo titolare, ma caratterizzata da dinamismo negli scambi.

A noi sembra che, sebbene sia ben chiaro a tutti, sostenitori e no del principio, che la tipicità dei diritti reali non significa tipicità delle cause traslative, solo pochi autori compiono l’ulteriore passo di rilevare che l’indipendenza tra *numerus clausus* dei diritti reali e *numerus clausus* dei negozi che li costituiscono non può significare irrilevanza del risultato contrattuale rispetto all’attività negoziale scelta e voluta dalle parti.

Il fine cui le parti tendono, la minima unità effettuale propria del contratto, non può non riflettersi nella situazione giuridica costituita con esso. Se così non fosse, non potrebbe spiegarsi la convivenza, nel codice civile, dell’articolo 1325, n. 2, secondo il quale la causa è elemento essenziale del contratto, e dell’articolo 1376, secondo il quale il trasferimento del diritto avviene per effetto del consenso alla conclusione del contratto stesso.

Tutte le principali obiezioni mosse all’ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento, in sostanza, presuppongono una lettura

del nostro sistema che, nel solco della tradizione, riduce le possibilità operative dello strumento negoziale, limitando i suoi effetti alla creazione di uno tra i diritti reali noti al legislatore, e relegando la causa del contratto ad elemento esterno alla produzione dell'effetto.

Si può ritenere, invece, che i tempi siano maturi per una rivisitazione dell'impostazione tradizionale, peraltro già compiuta, con rigore di argomentazioni, da una recente dottrina²⁶⁷.

Se è vero che la causa è uno degli elementi essenziali del contratto; se è vero che l'effetto traslativo si produce in virtù del semplice consenso; se è vero, dunque, che il nostro ordinamento non conosce lo iato tra *titulus* e *modus*, e respinge la possibilità di un atto traslativo astratto; se tutto ciò è vero, ed è ben noto alla dottrina tradizionale, è pur vero che nessuna norma e nessun principio consentono l'automatico restringimento delle cause traslative alla sola alternativa tra causa di scambio e causa donativa.

Le ragioni per le quali l'opinione è radicata sono essenzialmente di ordine storico; dal nostro diritto positivo, invece, sembra potersi trarre il convincimento che qualsiasi causa, meritevole di tutela ex articolo 1322 c.c., è idonea a sostenere un atto traslativo.

²⁶⁷ Ci si riferisce, ancora una volta, a LA PORTA, *destinazione di beni*, cit., e ID., *Il problema della causa del contratto*, Torino, 2000.

Con la conseguenza che l'effetto traslativo non può che informarsi alla causa perseguita dai contraenti, aprendo la strada ad una proprietà funzionalizzata agli scopi la cui ammissibilità coincide, in buona sostanza, con l'ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento.

Le conseguenze dell'adesione a tale opinione, *in subiecta materia*, sono ancora tutte da analizzare.

Probabilmente, l'accoglimento dell'idea che l'atto traslativo produce un effetto conformato dalla causa che lo sostiene, la quale può anche essere diversa dalla causa di scambio o di donazione, comporta un avvicinamento, se non addirittura una sovrapposizione, tra la figura del negozio fiduciario romanistico e la figura del *trust*. Infatti, ammettendo la possibilità di trasferire il diritto in forza di una *causa fiduciae* si darebbe rilevanza esterna agli scopi fiduciari, che diverrebbero così opponibili ai terzi – salvo diversa volontà delle parti, che potrebbero sempre limitare l'impegno fiduciario su un piano meramente obbligatorio - esattamente come accade per il *trust* nel sistema anglosassone in virtù del meccanismo della tutela equitativa.

Con la conseguenza che, chiudendo un immaginario cerchio, l'enorme volume di osservazioni svolto circa l'ammissibilità del *trust* nel nostro sistema, del quale si è tentato di dare conto nella seconda parte di questa nostra indagine, tornerebbe utile alla ricostruzione del fenomeno fiduciario nel suo complesso, così

come delineato da secoli di tradizione giuridica e come fatto proprio dalla dottrina più risalente, dall'esame della quale l'indagine ha preso le mosse.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA.VV., *Fondazione, trust ed asset protection trust: prospettive applicative per i soggetti residenti in Italia*, in *Italia Oggi, Documenti*, parte V, 16 luglio 1993, p.68.
- ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, Palermo.
- ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, 1998.
- ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Saggi Giuridici*, Milano, 1949.
- ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966.
- AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960;
- AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. Priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959,
- BARBERO, *sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962.
- BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001.
- BERTINI, *I negozi fiduciari di preparazione all'adempimento*, Milano, 1940,
- BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1931, II, p. 680 e ss.

- BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 1996, p. 245.
- BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, Torino, 1895,
- BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982.
- BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958.
- BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. Dir. Civ.* 1992.
- BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964;
- BUTTÀ, *Introduzione ai trusts e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002.
- CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, 1994.
- CALÒ, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996.
- CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Rass. Trust e dir. Priv. Com.*, 1998, p. 33 e ss.
- CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962.
- CANESSA, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano (con prefazione di M. Lupoi)*, Milano, 2001;
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1995.

- CARBONE, *Trust interno e legge straniera*, 2003.
- CARIOTA FERRARA, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1937 I, 1, p. 665 e ss.
- CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.
- CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli.
- CARIOTA FERRARA, *Negozio fiduciario e negozio indiretto*, nota a Cass. 14 aprile 1950, n. 913, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, II, p. 241.
- CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Rescigno*, 6, Torino, 1982.
- CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, nota a Tribunale Milano, 18 aprile 1974, in *Giurisprudenza Commentata*, 1975, II, p. 694.
- CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario di Diritto Privato* a cura di IRTI, 1, *Diritto Civile*, Milano, 1980.
- CARNEVALI, voce *Negozio giuridico – III) Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990.
- CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1992.
- CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.

- CASELLI, *La multiproprietà. Problemi giuridici*, 1984, Milano.
- CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Enc. Dir. Priv.*, 1998.
- CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Notarile*, 1998, p. 1323 e ss.
- COMPORTI voce *Diritti Reali (Diritto civile)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989.
- COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977.
- CORAPI, *Introduzione al libro di G. C. Cheshire, Il concetto del “trust” secondo la Common law inglese (1933)*, con traduzione di Grassetti, Torino, 1998.
- CORSO, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 449.
- COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, I, Milano, 1980.
- COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, p. 682 e ss.
- D’AVANZO, *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1950.
- DE GIORGI voce *Patti successori* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982.

- DE LISE, voce *Trascrizione*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1994.
- DE MARTINI, *Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, XXI, I, p. 187.
- DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1946, I, 2, p. 326.
- DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto, negozio simulato*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, I, p. 705 e ss.
- DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano-Messina, 1961.
- DE SEMO, *Istituzioni di diritto privato*, Firenze, 1955.
- DEL BONO, *Simulazione del matrimonio civile?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1951, p. 568.
- FERRARA JR., *La girata nella cambiale*, Roma, 1935.
- FERRARA SR, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921.
- FERRI L., *Art. 2645 c.c.* in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna – Roma, 1968.
- FERRI L., *tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna – Roma, 1968.
- FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*. Padova, 1935.

- FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aia sul trust e il diritto internazionale privato*, in *Dir. Comm. Int.*, 1992, pp. 558-562.
- GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. CICU – F. MESSINEO, VIII, Milano, 1995.
- GAMBARO, *Il trust in Italia, Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, p.1218.
- GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, 2002.
- GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 93.
- GAMBARO, *Segregazione ed unità del patrimonio*, 2000.
- GAMBARO, *Trust e trascrizione*, 2002.
- GAMBARO, voce “Trusts” in *Digesto-Discipline Privatistiche*, sez. civile, vol. XIX, Milano,
- GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. Not.*, 2002, p. 1107.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001.

- GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 11.
- GENTILE, voce *Trascrizione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1973.
- GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ.*, I, 1963, p. 70.
- GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.
- GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano.
- GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936.
- GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1937.
- GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, p. 348.
- GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, 1951.
- GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Fiducia, trust, mandato e agency*, Milano, 1991.
- GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XXIV, 1936.
- GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 552.

- GRAZIADEI, *Trust nel diritto anglo-americano*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1999, p. 265.
- GRAZIADEI-RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust dalla RES al FUND*, in *Quadrimestre*, 1992, p.458.
- GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, I, p. 414.
- GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, p. 772.
- GROSSO, *La Convenzione sulla legge applicabile ai trusts: brevi spunti di riflessione*, in *Riv. Not.*, 1991, p.995.
- IEVA *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, 1994.
- JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giurisprudenza Commentata*, 1979, I, p. 81.
- LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994.
- LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, Torino, 2000.
- LENZI , *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 137.
- LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, p. 1209.

- LICINI, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust)*, in *Riv. Not.*, 1996, p. 125.
- LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996, p. 490.
- LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964,
- LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, II, Padova, 1970.
- LUPOI *The shapeless trust*, in *Vita Not.* 1995, p.51.
- LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aia del 10 luglio 1985* , in *Vita Not.*, 1992, p.966.
- LUPOI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994.
- LUPOI, *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corriere giuridico*, 1995, p.1205.
- LUPOI, *Lettera ad un notaio curioso di trusts*, in *Riv. Not.*, 1996, p. 343.
- LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p.425.
- LUPOI, *Trusts, II, Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1995.
- LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001.

- MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1948.
- MANES, *Trust ed art. 2740 c.c. un problema finalmente risolto*, 2002.
- MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. Giur.*, 1995, p.163.
- MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione de l'Aja*, in *Riv. Not.* 1998.
- MESSINA, *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, città di Castello, 1910, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957.
- MIELE, *Distinzioni tra negozio fiduciario e negozio giuridico simulato*, nota a Cass. 11 agosto 1952, n. 2646, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1953, I, p. 265.
- NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976.
- NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988.
- NUZZO, *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990.
- PESIRI, *L'applicazione del trust in Italia a proposito di un recente convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 457.
- PETRONE, *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici (Profili sostanziali e criteri di qualificazione giuridica)*, 1985, Milano.

- PICCOLI, *L'avanprogetto di convenzione sul trust nei lavori della conferenza di diritto internazionale privato de l'Aja e i suoi riflessi di diritto notarile*, in *Riv. Notar.*, 1984, p. 871.
- PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Not.*, 1995, p.38.
- PICCOLI, *Prassi italiana in materia di pubblicità immobiliare*, in www.il-trust-in-italia.it.
- PICCOLI-RAITI, *Atto di costituzione in "trust"*, in *Notariato*, 2000, p. 267-270.
- PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950.
- POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Trim.Dir. Proc. Civ.*, 1950, p.25.
- PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, ora in *Diritto Civile - Saggi*, Milano, 1951.
- PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, 1938.
- RAGAZZINI, *Trust "interno" e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv.Not.*, 1999, p.280.
- REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1934.
- REGELSBERGER, *Zwei Beitrage zur Lehre von der Cession*, in *Arch. Civ. Pr.*, 1880, LXIII.

- RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977.
- RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita Not.*, 1993, p. 1281.
- RODOTA', *Rapporti economici*, II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 1982, sub art. 42.
- ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967.
- ROMANO S., *Accordo fiduciario e sua rilevanza*, in *Scritti minori*, vol. III, Milano, 1980.
- ROMANO S., *Ordinamento sistematico del Diritto Privato*, Napoli, 1970.
- RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Miano, 1937.
- SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. Dir. Priv.*, 1972, p. 473-479.
- SANGIORGI, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, 1980, Napoli.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottine generali del diritto civile*, Napoli, 1962.
- SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Priv.*, 1972, p. 957-959.
- SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004.

- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961.
- SEGRÈ, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legali*, vol. II-III, a cura di S. GALGANO, Milano, 1929.
- SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 87.
- STEIDL, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, 2002.
- TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1960.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995.
- TRIMARCHI, voce *Negoziario fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978.
- TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992.
- VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968.