



# Università degli Studi di Palermo

Dipartimento di Diritto Privato

Dottorato di Ricerca in Diritto Comparato

## Il trust nel panorama giuridico interno ed internazionale

Tesi di Dottorato

della Dott.ssa Enza Alcamo

Coordinatore del Dottorato

Ch.mo Prof. Guido Smorto

Tutor

Dott.ssa Domitilla Vanni  
Di San Vincenzo

XXII Ciclo

Anno Accademico 2010/2011

## Sommario

PREMESSA.....	4
CAPITOLO I – SCHEMA GENERALE DELLA FIDUCIA: I MODELLI DEL PASSATO E DEL PRESENTE.....	7
1.1 La fiducia nell’esperienza romana .....	7
1.2 La fiducia nell’età intermedia .....	11
1.3 La fiducia nel diritto positivo: i modelli del presente .....	15
1.4 Il negozio fiduciario.....	16
1.5 Struttura e causa.....	20
1.6 Negozio fiduciario: rapporti con il negozio indiretto e la simulazione.....	25
1.7 Tutela del fiduciante .....	29
1.8 Tutela dei terzi .....	31
CAPITOLO II – LA FIDUCIA ANGLOSASSONE: IL <i>TRUST</i> .....	33
2.1 Il <i>trust</i> : origini storiche .....	33
2.2 Struttura del <i>trust</i> .....	36
2.3 Categorie di <i>trusts</i> : i <i>trust</i> non espressamente istituiti .....	38
2.4 I <i>trusts</i> espressamente istituiti .....	42
2.5 I doveri del <i>trustee</i> .....	49
2.6 La responsabilità del <i>trustee</i> e degli estranei al <i>trust</i> .....	52
2.7 Diritti del beneficiario.....	53
2.8 Riflessioni preliminari .....	55
CAPITOLO III – IL <i>TRUST</i> IN ITALIA.....	59
3.1. Introduzione .....	59
3.2 La convenzione dell’Aja: i soggetti nel <i>trust</i> .....	64
3.3 La libertà di scelta della legge regolatrice .....	67
3.4 Il riconoscimento .....	69
3.5 I limiti del <i>trust</i> : ammissibilità del <i>trust</i> interno .....	71
3.6 Le fonti interne del <i>trust</i> .....	81
3.7 Compatibilità del <i>trust</i> con i principi dell’ordinamento italiano: diritto successorio.....	83
3.8 Il <i>trust</i> ed il divieto del patto commissorio .....	89
3.9 Il rapporto tra il <i>trust</i> e l’art. 2740 c.c.....	93
3.10 La trascrivibilità del negozio dispositivo di <i>trust</i> .....	95
3.11 Art. 2645 <i>ter</i> c.c: ambito di operatività.....	97

3.12 Il <i>trust</i> e figure affini.....	100
CAPITOLO IV – POSSIBILITA’ APPLICATIVE DEL <i>TRUST</i> .....	103
4.1 Introduzione.....	103
4.2 <i>Trust</i> e diritto commerciale.....	104
4.3 <i>Trust</i> e diritto del lavoro .....	108
4.4 Il <i>trust</i> nel settore bancario e finanziario .....	115
4.5 Il <i>trust</i> familiare .....	119
CAPITOLO V – IL <i>TRUST</i> NEL PANORAMA GIURIDICO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE .....	125
5.1. Il <i>trust</i> nell’ordinamento giuridico francese .....	125
5.2 Il <i>trust</i> nell’ ordinamento giuridico spagnolo .....	132
5.3 Il <i>trust</i> nel sistema giuridico belga.....	137
5.4 Il <i>trust</i> nella Repubblica Popolare Cinese.....	141
CONCLUSIONI .....	152
INDICE BIBLIOGRAFICO .....	154

## PREMESSA

Il presente lavoro ha ad oggetto la tematica del *trust*, quale peculiare istituto del diritto inglese sorto durante l'era medievale dalla creativa opera giurisprudenziale delle *Courts of Equity*.

Ad un primo approccio vista la moltitudine di contributi dottrinari pubblicati sull'istituto non si può non constatare la difficoltà di fornire una definizione astratta del *trust*, dal momento che le più forti divergenze si incontrano in sede di definizione.

Il problema, come gli addetti ai lavori hanno osservato, consiste nel fatto che nella comparazione tra diversi sistemi giuridici occorre resistere alla tentazione di utilizzare schemi definitivi astratti, e tentare, per quanto possibile, di osservare le forme e le manifestazioni dell'istituto di cui trattasi nell'ordinamento giuridico in cui è stato elaborato.

Articolata in cinque sezioni, la ricerca ha preso le mosse dallo studio della fiducia nel diritto romano. L'attenzione è stata rivolta all'indagine della struttura del negozio fiduciario e, parallelamente, all'esame dei profili causali dello stesso. I risultati di tale ricostruzione hanno rappresentato l'antecedente necessario per la valutazione comparatistica con il trust nell'ordinamento in cui è stato elaborato.

La seconda sezione della ricerca è stata dedicata alla ricostruzione delle origini storiche dell'istituto nonché al suo successivo sviluppo. L'indagine è rivolta all'analisi del trust sia sotto il profilo strutturale, con riferimento ai rapporti giuridici che legano i soggetti coinvolti, sia sotto un profilo funzionale. Ed invero, precisati gli obblighi derivanti dalla *trusteeship* si è proceduto all'individuazione dei rimedi assicurati ai beneficiari e, specularmente, alle responsabilità gravanti sul *trustee* in caso di *breach of trust*.

Nella terza sezione si è provveduto a svolgere un'indagine relativa alle possibilità di recepimento di questo strumento nell'ordinamento giuridico italiano.

Doveroso è stato il richiamo alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia con la legge n. 364 del 1989. Con tale

ratifica si è creata una situazione singolare dal momento che il nostro Paese, si è impegnato ai sensi dell'art.11 della Convenzione, a dar riconoscimento ai *trusts* che posseggono le caratteristiche di cui all'art. 2 della Convenzione stessa senza, tuttavia, finora introdurre una disciplina specifica della materia.

L'attenzione è stata, successivamente, rivolta all'esame della compatibilità del trust con il nostro ordinamento giuridico. A tal proposito, sono state esaminate le questioni più problematiche nella prospettiva del diritto privato italiano.

Lo studio è stato, inoltre, rivolto alla recente novella dell'art. 2645 *ter* c.c., ed è stata condotta un'indagine circa la portata innovativa della norma *de qua*. Ci si è chiesti se la suddetta norma sia volta soltanto a disciplinare, da un punto di vista meramente pubblicitario, gli effetti dei negozi già tipizzati oppure sia una norma che opera sul piano sostanziale.

Nella quarta sezione, di natura prevalentemente pratica, sono state esaminate le possibilità applicative del *trust*. Ed invero, il tema dell'utilità dell'istituto *de quo* è uno di quegli argomenti in cui la teoria e la pratica devono necessariamente confrontarsi e combinarsi. A tal proposito si è resa necessaria una disamina circa la determinazione della funzione, dell'applicazione concreta e dei benefici.

La quinta sezione, di carattere comparatistico, è dedicata all'esame del ruolo svolto dall'istituto di cui trattasi nel processo di uniformazione dei sistemi giuridici europei dell'area di *civil law* ed in particolare di Francia, Spagna, Belgio. Le informazioni raccolte sono state impiegate per verificare se negli ordinamenti richiamati è possibile scorgere istituti giuridici che, sebbene non corrispondenti sul piano formale al *trust*, manifestano con lo stesso legami sul piano degli effetti.

Infine, la ricerca è dedicata allo studio della normativa cinese in materia di *trust*. A tal proposito è stato interessante notare come l'ordinamento cinese sia in sintonia, almeno da un punto di vista formale, con quanto previsto dalle legislazioni di altri paesi di *civil law*. La ricerca ha costituito l'occasione per avvicinarsi ad un sistema giuridico che, nato poco più di un secolo fa e soggetto a diverse e alterne influenze esterne, sta

per divenire, grazie al crescente ruolo politico ed economico svolto dalla Cina in campo internazionale, un fertile terreno di riflessione per gli studiosi di diritto comparato.

## **CAPITOLO I – SCHEMA GENERALE DELLA FIDUCIA: I MODELLI DEL PASSATO E DEL PRESENTE**

1.1 La fiducia nell'esperienza romana; 1.2 La fiducia nell'età intermedia;  
1.3 La fiducia nel diritto positivo: i modelli del presente; 1.4 Il negozio fiduciario; 1.5 Struttura e causa; 1.6 Negozio fiduciario: rapporti con il negozio indiretto e la simulazione; 1.7 Tutela del fiduciante; 1.8 Tutela dei terzi.

### **1.1 La fiducia nell'esperienza romana**

In ogni ordinamento giuridico l'elemento fiduciario assolve ad una funzione sociale che preme sullo sviluppo stesso del diritto con l'introduzione di nuovi istituti. Nel diritto romano la fiduciarità e le sue esplicazioni risalgono all'età arcaica, sono largamente applicate in età classica, vengono meno in età postclassica e risultano ormai sconosciute al diritto giustiniano. Più precisamente, la ricostruzione storica della fiducia<sup>1</sup>, con riferimento all'esperienza romana, è stata influenzata principalmente dalle notizie che Gaio fornisce nelle Istituzioni, quale istituto che consisteva nel trasferimento di una proprietà compiuto per determinati scopi fiduciari (*fidi fiduciae causa*) e generava un'obbligazione sanzionata con l'*actio fiduciae*. Il negozio fiduciario 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 giacché 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.

---

<sup>1</sup>Cfr. G. Grosso, Enc. Dir. 1968, 17 ss.

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, 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, come già detto, 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*<sup>2</sup>.

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*. Essa consisteva nell'alienazione di un bene, di qualunque tipo, mobile o immobile, *res Mancipi o nec Mancipi*, compiuta dal fiduciante, che di solito coincideva con il debitore, a favore del creditore fiduciario; poteva essere effettuata solo tramite uno degli atti formali e astratti di trasferimento della proprietà (*Mancipatio o in iure cessio*) conosciuti già dall'antico diritto romano ed era funzionale allo scopo di garanzia<sup>3</sup>: il creditore fiduciario assumeva l'obbligo di ritrasferire il bene al debitore-fiduciante, qualora venisse soddisfatto il credito garantito. Quest'istituto, nato da un adattamento a nuove esigenze delle strutture negoziali presenti in età arcaica<sup>4</sup>, doveva

---

<sup>2</sup> Cfr. Enciclopedia del diritto, Giuffrè Editore s.v. Fiducia, 384.

<sup>3</sup> In realtà lo scopo di garanzia cui era finalizzata la proprietà trasferita al fiduciario, poteva essere il più vario; il grande valore della fiducia, come oggi il *trust*, è di essere un istituto estremamente flessibile ed aperto agli impieghi più disparati in tutti i campi, compreso quello successorio e familiare: in tali casi il diritto romano parlava di *fiducia cum amico*.

<sup>4</sup> Per mezzo dell'elemento fiduciario i romani riuscivano a soddisfare adeguatamente le proprie esigenze, malgrado la scarsità di forme negoziali a loro disposizione, e potevano superare la rigida tipicità di effetti propria dell'ordinamento cui appartenevano;



essere molto utilizzato nell'età classica: ci sono pervenuti, infatti, vari documenti della prassi attestanti la sua ampia diffusione ancora nel corso del I secolo d.C.<sup>5</sup>. Purtroppo la ricostruzione della *fiducia cum creditore* è dominata, in ordine ad alcuni punti cruciali, da una notevole incertezza, a causa della scarsità di notizie affidabili: le poche fonti dirette<sup>6</sup> non offrono l'intera disciplina dell'istituto. Malgrado ciò, a partire dagli studi del Lenel<sup>7</sup> è stato possibile ricostruire un certo numero di passi contenuti nel digesto giustiniano.

Più difficoltoso appare ricondurre ad una funzione unitaria l'altra forma di fiducia indicata da Gaio, quella *cum amico*; 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* ebbe origine 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

---

all'autonomia privata era dunque lasciato, già a partire da un'epoca piuttosto remota, un ampio margine di libertà.

<sup>5</sup> Mancipatio Pompeiana, formula Baetica (in FIRA, III, 2 ed., 91s. Migliardi Zingale, in tema di *Fiducia cum creditore*: i documenti della prassi, Labeo, 46, 2000, 451 ss.

<sup>6</sup> Gai 2,60; 2,220 (vd. D. 10,2,28).

<sup>7</sup> Quellenforschungen in den Edictcommentaren. Paragrafo 1: Zur "actio fiduciae", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 3, 1882, 104 ss.

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 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.

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.

Si deve tuttavia riconoscere che la fiducia ha avuto nel corso del tempo, dalle origini all'età classica alla fine della quale l'istituto comincia

a scomparire, una serie di applicazioni più numerose di quelle che risultano da Gai. 2.60.

Esse riflettono una struttura della società non ancora completamente sviluppatasi, nella quale il vincolo antico della solidarietà trova espressione nel rapporto istituzionale della *amicitia* e sanzione nella *fides*<sup>8</sup>, che comprende originariamente un indistinto complesso di valori religiosi, etici, giuridici.

La fiducia, difatti, risulta applicata anche a scopo di *donatio mortis causa*, in tal caso il fiduciante conta nel ritrasferimento della cosa donata per l'ipotesi di sopravvivenza al donatario, o di *donatio* a favore di terzi e di *datio manumissionis* causa ed in tal caso il fiduciante dà incarico a fiduciario di manomettere uno schiavo trasferito a quest'ultimo.

In relazione a questa varietà di impieghi si pone il problema della struttura del negozio fiduciario. Quel che le fonti sicuramente testimoniano è che tale struttura era costituita da un atto traslativo di proprietà e un patto obbligatorio che impegnava l'avente causa ad usare le facoltà trasmesse solo in modo conforme agli interessi dell'alienante. A tale ricostruzione si contesta l'astrattezza causale e quindi la nullità del negozio traslativo corretto della fiducia; ne discende l'efficacia meramente obbligatoria del patto e quindi la possibilità dell'abuso del fiduciario.

## 1.2 La fiducia nell'età intermedia

L'assenza della fiducia nella compilazione giustiniana ha reso difficile la rielaborazione da parte dei giuristi medioevali e moderni. Nella pratica continuavano ad esistere istituti che portavano il nome di fiducia, ma si allontanavano alquanto dal diritto romano; ad esempio nel diritto longobardo veniva chiamata fiducia un negozio più simile al pegno vero<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Sulla *fides* per le origini v. L. Lombardi, *Dalla Fides alla bona fides*, 1961, 209 N. Bellocci, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, 1974, 232.

<sup>9</sup> Cfr. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, IV, 2 ed., Torino 1893, 515; Solmi, *Storia del diritto italiano*, Milano 1930,

Altre volte si utilizzavano strumenti che avevano notevoli assonanze sostanziali con la *fiducia cum creditore*; trattasi di vere e proprie alienazioni a scopo di garanzia: la cosa alienata per assicurare la restituzione di una somma, che non era propriamente dovuta, non era oggetto di un'obbligazione, ma si configurava piuttosto come prezzo dell'alienazione stessa, da restituirsi a titolo di riscatto<sup>10</sup>. Solo verso la fine del 1800 la dottrina tedesca cominciò a studiare la fiducia, per lo più con finalità di desumerne nuove applicazioni attuali, in particolare per evitare l'obiezione di simulazione che spesso veniva opposta alle alienazioni a scopo di garanzia.

A ciò furono tesi gli studi di Josef Kohler<sup>11</sup> il quale contrappose al negozio giuridico simulato quello fiduciario, caratterizzato da una sproporzione tra il fine ed il mezzo utilizzato per perseguirlo. Alla ricostruzione della fiducia romanistica venne opposta la teoria della *Theuhand* germanica. Essa attribuisce al fiduciario la legittimazione ad esercitare il diritto, la proprietà formale, mentre al fiduciante resta la proprietà sostanziale<sup>12</sup>, con la possibilità di una tutela reale anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato il bene dal fiduciario, in quanto il diritto del fiduciario è sottoposto a una condizione risolutiva che si avvera in ogni ipotesi di infedeltà. Secondo alcuni la distinzione tra fiducia romanistica e germanica non va sopravvalutata. Difatti da tempo è stato individuato un unico schema concettuale, facendo consistere la differenza tra i due tipi di negozio nell'essenza e nei limiti del potere giuridico conferito al fiduciario. Emblematiche appaiono le molteplici discussioni relative alla dissociazione tra interesse e titolarità giuridica che costituirebbe il tratto differenziale tra i due schemi. Le predette discussioni

---

381; Campitelli, voce Pegno, in enciclopedia del diritto, vol XXXII, Varese, 1982, 677; Diurni, Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo, Torino 1992, 86 ss.

<sup>10</sup> Vd. Salvioli, Storia del diritto italiano, 8 ed., Torino 1921, 608.

<sup>11</sup> KOHLER, "*Studien über Mentalreservation und Simulation*", Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des burgerlichen Rechts, XVI, 1878, 91 ss.

<sup>12</sup> Per riuscire ad ammettere la dissociazione di poteri sullo stesso bene in capo al fiduciante e al fiduciario si fa leva sul paragrafo 185 del BGB che ammette l'efficacia degli atti di disposizione compiuti su di un bene da chi non sia titolare del diritto quando avvengano con il consenso del titolare.

trovano origine nell'ideologia liberale, dominante tra settecento ed ottocento consacrata poi nelle codificazioni. L'ideologia di cui trattasi, utilizzata per superare la molteplicità di situazioni proprietarie tipica dell'*ancien regime*, aveva imposto un concetto unitario di proprietà come diritto totale ed assoluto su di un bene. Secondo la menzionata impostazione l'elemento differenziale andrebbe ravvisato proprio nella legittimazione: in sostanza, tale modello di negozio prevede una separazione fra la titolarità effettiva del diritto e la legittimazione all'esercizio dello stesso. Titolare del diritto rimane il fiduciante, mentre al fiduciario viene conferita la sola legittimazione ad esercitare il diritto stesso.

E' evidente che in tale contesto, assumendo rilievo centrale la differenza fra proprietà (o titolarità) e legittimazione formale, risulta primaria la necessità di conferire una connotazione precisa al concetto di legittimazione: impresa questa non facile, se non altro per il fatto che in Italia tale concetto, pur presente in alcune aree del diritto, si è radicato principalmente nel settore dei titoli di credito<sup>13</sup>.

Il concetto di "presunzione di titolarità" pare soddisfare in maniera sufficientemente efficace la necessità di definire l'istituto della legittimazione, e ben si presta, quanto meno laddove oggetto del negozio fiduciario siano beni mobili, alla soddisfazione di esigenze concrete: secondo tale principio, il fiduciante che sia tale in virtù di un rapporto di tipo germanistico, e che tale si dichiari, potrà sempre esercitare i diritti spettanti all'effettivo proprietario, senza dovere essere chiamato a fornire

---

<sup>13</sup> Fra le poche fonti rinvenute, si riporta quella che a parere di chi scrive, definisce nel modo più lineare il concetto di legittimazione formale: "...la legittimazione si riduce in realtà a questo: che il possessore del titolo nelle forme di legge può pretendere la prestazione menzionata nel titolo senza che gli possa essere richiesta la prova, o altra prova della titolarità. Ma questo non vuol dire ovviamente che la legge attribuisca il potere di esercitare il diritto anche al non titolare; né tantomeno che sia indifferente rispetto all'effettiva titolarità; ma solo che essa ipotizza, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che al possesso del documento circolante, che attesta il diritto, corrisponde la titolarità. (...).

Alla dissociazione tra proprietà e possesso, possibile anche per la cosa mobile, corrisponde la possibile dissociazione tra titolarità del diritto e legittimazione cartolare. In questo caso si può dire che la legittimazione riposa su una presunzione di titolarità". - A. Gentili, Simulazione e negozio fiduciario, su *Notiziario Giuridico Telematico* ([www.notiziariogiuridico.it](http://www.notiziariogiuridico.it)).

ulteriore prova della propria legittimazione, proprio perché tale legittimazione, per l'appunto, si presume.

Ciò, evidentemente, senza nulla togliere al diritto dell'effettivo proprietario, che resta comunque integro.

Alla luce della brevissima disamina effettuata, si possono dunque apprezzare i tratti distintivi fondamentali fra i due tipi di "fiducia": da una parte vi è un negozio (quello romanistico) caratterizzato dalla perdita di proprietà da parte del fiduciante, e quindi fondamentalmente basato sulla buona fede e sulla coscienza del fiduciario, mentre dall'altra (il negozio germanistico) ben poco spazio viene lasciato alla "fiducia" intesa nel senso classico di cui sopra; in tale secondo rapporto il fiduciante, avendo oltretutto a propria disposizione azioni reali di rivendicazione della proprietà in caso di violazione del *pactum fiduciae* da parte del fiduciario, mantiene il pieno controllo sul bene, mentre il fiduciario nulla possiede e agisce nella sostanza quale semplice mandatario.

E' lecito dunque domandarsi, tornando a quanto accennato *supra* in merito alla natura degli strumenti di protezione patrimoniale, quale tipo di tutela patrimoniale possa offrire un negozio fiduciario la cui attuazione lascia sostanzialmente immutato il patrimonio del fiduciante.

La risposta può essere relativamente agevole laddove, per l'appunto, si consideri la possibilità di conseguire la protezione patrimoniale anche in via indiretta: se non vi è dubbio che attraverso un negozio fiduciario strutturato secondo il modello germanistico non sia possibile conseguire la tutela patrimoniale secondo la "via maestra" rappresentata dalla perdita della proprietà da parte del fiduciante, è altresì vero che tale tutela può essere attuata in via mediata, attraverso un appropriato utilizzo del c.d. segreto fiduciario.

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.

### 1.3 La fiducia nel diritto positivo: i modelli del presente

Se la costruzione del negozio fiduciario nella normativa e nella letteratura giuridica degli ultimi due secoli appare solcata da vistose incertezze dottrinali, la causa forse non ultima risiede nella ricostruzione e nelle analisi storiche della figura, in particolare nel diritto romano.

In effetti, molti degli aspetti problematici sui quali la dottrina romanistica si è a lungo soffermata appaiono alquanto astratti, distanti dalla concreta sensibilità propria dei giuristi romani e, tutto sommato, aridi in un'ottica di ausilio alla comprensione degli istituti nel loro svolgimento storico.

Tra questi spicca la questione della struttura negoziale sulla cui questione si fronteggiano essenzialmente due diverse ricostruzioni ipotetiche.

Da una parte, l'opinione maggioritaria, per la quale vi sarebbero due momenti, uno dispositivo e uno obbligatorio, contestuali e teleologicamente collegati. Dall'altro, vi sono coloro secondo i quali il negozio sarebbe unitario: l'alienazione *fiduciae causa* produrrebbe da sola i due effetti, reale e obbligatorio. L'obbligazione fiduciaria nascerebbe dallo stesso negozio contratto con l'alienazione *fiduciae causa* e il patto concluso sarebbe solo diretto a regolare le modalità dell'obbligo di restituzione già sorto dalla *mancipatio* o in *iure cessio*. Tale scissione all'interno della dottrina romanistica rispecchia le dispute esistenti nella civilistica italiana della prima metà del 900, nella quale si nota un'analogia contrapposizione tra chi affermava non fosse possibile ammettere la fiducia nell'ordinamento italiano in primo luogo perché costituita da una artificiosa connessione tra due distinti negozi, e chi, al contrario, ne sosteneva l'ammissibilità, individuando nel negozio fiduciario un fenomeno unitario, caratterizzato da un'autonoma *causa fiduciae*<sup>14</sup>. Il tema

---

<sup>14</sup> Segrè, Sul trasferimento in proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti in caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio, *Annali di diritto comparato*, 2-3,

di cui trattasi ha attirato una nutrita schiera di studiosi facendo sì che il negozio fiduciario divenisse una delle materie più complesse all'esame della dottrina civilistica più risalente a motivo della molteplicità delle problematiche che il suo studio impone di affrontare. A questo atteggiamento si oppone quello della più recente dottrina civilistica la quale, sulla scia dell'interesse suscitato dalla possibilità di adattare alla funzione esplicata dal negozio fiduciario l'istituto del *trust* degli ordinamenti di *common law*, ha finito per abbandonare quasi del tutto lo studio del negozio appartenente alla nostra, seppure interrotta, tradizione giuridica.

#### **1.4 Il negozio fiduciario**

Il negozio fiduciario per l'atipicità della sua funzione, per la problematicità dei suoi rapporti con il negozio simulato e, secondo alcuni, per la sua appartenenza alla categoria del negozio indiretto, ha sollevato una serie di perplessità. Nel dover elaborare una nozione di negozio fiduciario, è indubbio che gli autori godano di una discrezionalità che non avrebbero nel dovere definire un istituto espressamente disciplinato dalla legge. La nozione adottata quasi completamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza individua il negozio fiduciario in una manifestazione di volontà con la quale un soggetto trasferisce (o costituisce) in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, ed il fiduciario, per la realizzazione di tale risultato, assume l'obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo<sup>15</sup>.

L'attività giuridica che il fiduciario si impegna a svolgere per conto del fiduciante risulta dall'accordo obbligatorio, mentre l'attribuzione

---

1929, 832ss; Cariota Ferrara, I negozi fiduciari, Padova 1933, 103 ss; Carraro, Il mandato ad alienare; Padova 1947, 83ss. Lipari, Il negozio fiduciario, Milano 1964, 278 ss.

<sup>15</sup> Trimarchi, Negozio fiduciario, Enc. Dir. XXVIII, 392.



del diritto al fiduciario costituisce soltanto lo strumento per realizzare tale scopo: il trasferimento del diritto è attuato in funzione dell'adempimento degli obblighi derivanti dal *pactum fiduciae*<sup>16</sup>.

Al fiduciario viene così attribuita una posizione che eccede l'intento delle parti, per la cui realizzazione sorge l'obbligazione del fiduciario verso il fiduciante<sup>17</sup>.

Lo scopo pratico da realizzare è più ridotto rispetto agli effetti tipici del negozio traslativo posto in essere dalle parti, e viene perseguito mediante un accordo che impone al fiduciario un obbligo di cooperazione giuridica nei riguardi del fiduciante e limita l'esercizio del diritto attribuitogli (ed il potere di disposizione derivante dalla titolarità del diritto), riportando gli effetti del negozio entro l'ambito voluto dai contraenti.

Con il negozio fiduciario la titolarità del diritto viene effettivamente attribuita al fiduciario, il quale agisce in nome proprio ma per conto del fiduciante (nell'interesse di quest'ultimo, o dello stesso fiduciario o di terzi), così come avviene nel mandato senza rappresentanza, dove il mandatario agisce in nome proprio per conto del mandante.

Elemento specifico del negozio fiduciario è la *fiducia*, intesa come affidamento del fiduciante sulla lealtà del comportamento del fiduciario.

Il negozio fiduciario si caratterizza per l'eccedenza del mezzo (il negozio traslativo del diritto) sullo scopo pratico perseguito dalle parti, e la sproporzione tra la causa del negozio e gli effetti prodotti: nella *fiducia* viene prescelto dalle parti, per il conseguimento di un dato risultato, un negozio giuridico i cui effetti vanno oltre quello scopo. Altra caratteristica principale si ha nella possibilità di abuso da parte del fiduciario, consistente nell'esercizio del diritto in modo difforme da quanto concordato con il *fiduciante* (ad esempio, trasferimento del diritto a un terzo, invece del previsto ritrasferimento al fiduciante), in quanto il potere

---

<sup>16</sup> Carraro, Il mandato ad alienare, CEDAM, Padova, 1947, 1952.

<sup>17</sup> Santoro Passarelli, Dottrine Generali del Diritto Civile, Jovene, Napoli, 1962, 108.

attribuito al fiduciario è più ampio del dovere che gli deriva dal *pactum fiduciae*.

Nel negozio fiduciario il trasferimento del diritto ha efficacia reale, verso i terzi, mentre il *pactum fiduciae* ha efficacia soltanto obbligatoria, tra le parti: la violazione del patto è inopponibile ai terzi, per cui, in caso di alienazione a terzi, il fiduciante non può rivendicare il bene ed ha diritto soltanto al risarcimento del danno.

Si distingue tradizionalmente tra fiducia dinamica, nella quale il fiduciante trasferisce un diritto con un negozio traslativo che investe il fiduciario di una posizione reale eccedente lo scopo e fiducia statica, ove il fiduciario è già titolare del diritto per averlo acquistato non dal fiduciante, ma da un terzo e si obbliga ad esercitarlo in un determinato modo, trasferendolo poi al fiduciante o a terzi.

Nella fiducia statica sorge un “rapporto fiduciario” che non ha alla propria origine un “negozio fiduciario”.

Ciò avviene, ad esempio, quando un soggetto, titolare di un diritto, dichiara se stesso fiduciario di altri, obbligandosi ad esercitare il diritto medesimo per conto del fiduciante e nell’interesse altrui ossia dello stesso fiduciante o di un terzo beneficiario.

Anche nel caso del mandato ad acquistare immobili, dove il mandatario si obbliga ad acquistare il bene da un terzo ed a ritrasferirlo al mandante, sussiste un rapporto fiduciario dal momento dell’acquisto del bene da parte del mandatario sino al ritrasferimento al mandante<sup>18</sup>.

Un altro caso di rapporto fiduciario non originato da negozio fiduciario si ha quando il ritrasferimento al fiduciante riguardi il diritto derivante al fiduciario dal contratto preliminare di compravendita immobiliare già stipulato con terzi<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> v. art. 1706, 2° comma, c.c.; diverso, invece, è il caso del mandato ad acquistare beni mobili, ove il mandato esplica efficacia reale accanto a quella obbligatoria, nel senso che l’assunzione dell’obbligo di acquistare importa anche il preventivo trasferimento della proprietà dei beni al mandante, che li può rivendicare a norma dell’art. 1706, 1° comma, c.c.: qui il mandato ha efficacia traslativa preventiva, subordinata all’acquisto del bene mobile da parte del mandatario, per cui non si instaura un rapporto fiduciario.

<sup>19</sup> v. Cass. 5.2.2000 n. 1289

Per quanto riguarda le forme di proprietà fiduciaria si distingue tra fiducia romanistica e fiducia di tipo germanico.

Nel primo caso vi è l'effettiva attribuzione al fiduciario della titolarità del diritto, che configura un'interposizione reale di persona, ove l'effetto traslativo è realmente voluto dalle parti a differenza dall'interposizione fittizia, ove il negozio è soltanto apparente e l'effetto traslativo non è voluto bensì simulato. Le forme tipiche attraverso cui si manifesta la fiducia romanistica sono la *fiducia cum amico*, nella quale il fiduciante trasferisce la proprietà al fiduciario per un scopo diverso dall'effetto traslativo, con l'accordo di un successivo ritrasferimento del bene in capo al fiduciante; la *fiducia cum creditore*, nella quale il debitore fiduciante vende un bene al creditore fiduciario con il patto che, all'estinzione del debito, il creditore rivenderà il bene al debitore. Si realizza, pertanto una vendita a scopo di garanzia.

Nella fiducia di tipo germanico si verifica invece una separazione tra titolarità formale del diritto e legittimazione al suo esercizio, con il mantenimento della titolarità in capo al fiduciante ed il conferimento al fiduciario della sola legittimazione ad esercitare il diritto.

Secondo una prima elaborazione, la fiducia germanistica si attua con il trasferimento al fiduciario di un diritto risolutivamente condizionato all'esercizio in conformità allo scopo perseguito, per cui l'abuso attuato dal fiduciario comporta l'operare della condizione e l'immediato ritrasferimento del diritto al fiduciante.

Tale ricostruzione presuppone l'ammissibilità di una proprietà temporanea e risolubile, in contrasto con il principio generale della perpetuità del diritto del proprietario.

Ha tuttavia assunto rilievo una diversa costruzione della fiducia germanistica, caratterizzata dall'attribuzione al fiduciario della mera legittimazione all'esercizio del diritto, di cui il fiduciante rimane titolare e nel cui interesse il diritto viene esercitato<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 14.10.1997 n. 10031, che riconosce i fiduciari proprietari effettivi dei titoli acquistati per loro conto dalla società fiduciaria.

Il legislatore sembra avere recepito nel nostro ordinamento, in via eccezionale, alcune forme di proprietà fiduciaria di tipo germanistico. Un esempio sono le società fiduciarie disciplinate dalla legge n. 1966/1939 che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione di beni per conto di terzi. Ai sensi dell'art. 1, ultimo comma, r.d. n. 239/1942 "le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi titolari dei titoli stessi". Le società cui vengono affidati i titoli in "amministrazione" diventano intestatarie degli stessi senza che l'affidante cessi di essere l'effettivo titolare. Ed ancora le società di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare, disciplinate dal T.U. 58/1998, nelle quali il fiduciante conserva la proprietà sostanziale dei beni.

### 1.5 Struttura e causa

Il classico problema concernente l'ammissibilità del negozio fiduciario nel nostro ordinamento giuridico afferisce all'ulteriore questione circa la possibilità di dare ad esso un fondamento causale idoneo a giustificare la sua stessa esistenza<sup>21</sup>.

Un primo orientamento riconduce il negozio fiduciario ad un negozio caratterizzato da un'autonoma *causa fiduciae* dal momento che le

---

<sup>21</sup> Trimarchi, voce Negozio fiduciario, in Enciclopedia del diritto, XXVIII, Milano, 1978, 392 *ex adverso*, ritiene che per il negozio fiduciario o per la fiducia negoziale non esiste un istituto giuridico e cioè un complesso di norme che disciplini la materia. La fiducia è 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 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."

parti raggiungono un accordo rivolto alla tutela delle esigenze sottese al negozio fiduciario e, quindi, al soddisfacimento dei relativi interessi.

Questa impostazione, che ha avuto largo seguito in dottrina, parte dalla considerazione che il negozio fiduciario mira al conseguimento di un effetto giuridico, consistente “in un dare per avere da riavere”.

La *causa fiduciae* si concretizzerebbe nella funzione di utilizzazione della titolarità di un diritto reale ad un fine più ristretto di ciò che la titolarità medesima comporterebbe, e quindi nel circoscrivere con effetti obbligatori un'attribuzione effettuata senza limiti sul piano reale.

Si tratterebbe quindi di un negozio atipico con efficacia reale ammissibile, in quanto al principio del numero chiuso dei diritti reali non corrisponde anche un numero chiuso dei negozi con efficacia reale, in virtù del principio generale dell'autonomia negoziale privata stabilito dall'art. 1322 c.c. o si ritiene che tutti i negozi patrimoniali ad effetto obbligatorio debbano essere contraddistinti da cause tipiche o da loro combinazioni ed allora, logicamente, anche i negozi traslativi debbono ricondursi a cause tipiche, ed in questo caso pare esatto parlare di *numerus clausus* di cause, ovvero invece, riconoscendo l'esatta interpretazione dell'art. 1323 c.c. si ammette per i soggetti la facoltà di formulare il rapporto obbligatorio con una causa atipica, venendo a mancare in questo caso i motivi di esclusione dei negozi traslativi e costitutivi dei diritti reali. Ciò che è veramente decisivo per affermare la sussumibilità, nell'ambito della privata autonomia, di un dato negozio, è l'interesse economico-sociale che esso nel caso concreto viene a realizzare.<sup>22</sup> Ritenendo i soggetti liberi di dar vita ad un rapporto obbligatorio, ne deriva che esso potrà essere causa dell'attribuzione patrimoniale ove ciò sia indispensabile per il conseguimento dell'intento pratico cui mirano i soggetti. Un negozio può produrre effetti reali ed obbligatori che, data l'unità negoziale, si trovano in rapporto di prestazione e di controprestazione o di interdipendenza. Nella vendita, ad es. il trasferimento di proprietà (effetto reale) è in rapporto di interdipendenza con il pagamento del prezzo (effetto

---

<sup>22</sup> Grassetti, Del negozio fiduciario, in Riv. Dir. Comm., 1936, 348.

obbligatorio). Questo rapporto di interdipendenza, che intercede tra effetto reale ed effetto obbligatorio del negozio unitario, è particolarmente sensibile nel negozio fiduciario, nel quale l'effetto di diritto reale ha come elemento giustificatore l'effetto obbligatorio. Il carattere fondamentale della teoria esposta<sup>23</sup> si ravvisa in questo: dalla tipicità dei diritti reali non consegue necessariamente la tipicità dei negozi ad effetto reale. Sono concetti distinti come distinta è la fonte (negozio) dall'effetto (diritto reale). Tale teoria ha trovato autorevoli oppositori, i quali hanno negato per vie diverse il riconoscimento del negozio fiduciario. Alcuni hanno sostenuto la tesi dell'inammissibilità del negozio *de quo*, sotto il profilo che nel nostro ordinamento vi sarebbe un *numerus clausus* di cause, legislativamente fissate, idonee al trasferimento del dominio e alla costituzione di altri diritti reali<sup>24</sup>, e tra tali cause non vi è la *causa fiduciae*. Se infatti il trasferimento fiduciario fosse ammesso, esso darebbe luogo ad una proprietà temporanea, alla cosiddetta proprietà fiduciaria connessa del resto con la *causa fiduciae* del negozio di trasferimento. Si avrebbe pertanto una nuova figura di diritto reale non riconosciuta nel nostro ordinamento, in palese violazione del *numerus clausus* delle cause. Vi è chi, configurato il negozio fiduciario come un negozio relativamente astratto<sup>25</sup>, ritiene che il problema della ammissibilità di questa figura non avrebbe ragione di essere se nel nostro ordinamento giuridico per il trasferimento di un diritto si potesse ricorrere ad un negozio astratto ed incolore. Nel nostro ordinamento non esistono negozi astratti bensì negozi causali di trasferimento quali la vendita, donazione. Premessa pertanto la natura astratta del negozio fiduciario, devono ritenersi inammissibili i negozi siffatti.

---

<sup>23</sup> Condividono tale teoria: De Martini, Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia (Giur.Ital., 1946, I,2,331); Tamburrino, appunti sulla teoria del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione (Giur. Compl. Cass. Civ., 1946, I, 185).

<sup>24</sup> Cariota Ferrara, I negozi fiduciari, Padova 1933, 10.

<sup>25</sup> Cfr. Cariota Ferrara nota 23.

Per chi, viceversa, ritiene che l'atto di disposizione astratto trovi ancora cittadinanza nel nostro ordinamento<sup>26</sup>, si farà 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 trasferito.

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 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 economica<sup>27</sup>.

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 a contenuto obbligatorio che obbliga il fiduciario al ritrasferimento del bene o del diritto al fiduciante o ad un terzo.

Esaminando analiticamente l'indirizzo giurisprudenziale riferito, si può notare che talvolta ci si è limitati a considerare il negozio fiduciario

---

<sup>26</sup> 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, 1 e ss.; La compravendita e la permuta, in Trattato di Diritto Civile Italiano diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, 16 e ss.) sull'autonomia dell'atto (unilaterale) di disposizione rispetto al (contestuale) contratto traslativo che ne costituisce la causa.

<sup>27</sup> Cfr. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., 304.

un negozio “*accessorio e complementare*”<sup>28</sup> (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 conseguenza che l’eventuale nullità del negozio obbligatorio (*id est*: del *pactum fiduciae*) priverebbe di causa il negozio traslativo determinandone la nullità; altre volte, infine, si è ritenuto che il negozio fiduciario sarebbe un negozio reale tipico corretto da una clausola di natura obbligatoria<sup>29</sup>.

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 negozi<sup>30</sup>. 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 primo<sup>31</sup>.

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 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 secondo cui si deve intendere il fenomeno in esame come un fatto socialmente rilevante e capace in sé, per

---

<sup>28</sup> Cass. 3 aprile 1980, n. 2159.

<sup>29</sup> Cass. 2 settembre 1953, n. 2931, in *Giurisprudenza Italiana*, 1954, I,1, p. 751; Appello Napoli, 5 ottobre 1972, in *Diritto Fallimentare*, 1972, II, 862.

<sup>30</sup> In tal senso ancora Tribunale Milano, 18 aprile 1974.

<sup>31</sup> 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.



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 conseguito<sup>32</sup>.

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

### **1.6 Negozio fiduciario: rapporti con il negozio indiretto e la simulazione**

Secondo parte della dottrina il negozio fiduciario è un negozio indiretto perché i contraenti utilizzano uno schema negoziale espressamente disciplinato dal codice civile per conseguire uno scopo che non è tipicamente pertinente alla fisionomia legale del negozio simulato. Ammesso che, con il negozio fiduciario, le parti perseguono intenti atipici 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

---

<sup>32</sup> La teoria è compiutamente espressa nella monografia Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 101, e successivamente ripresa nell'opera *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, II, Padova, 1970, 54.

appartengono, invece, ad un diverso negozio che l'ordinamento non prevede espressamente e per il quale non appresta, dunque, mezzi diretti, ovvero prevede ma con una disciplina e con effetti meno efficaci di quanto le parti intendono realizzare<sup>33</sup>.

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 agenus* rispetto ad esso<sup>34</sup>.

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 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”*<sup>35</sup>.

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 addivene alla conclusione che negozio fiduciario e negozio indiretto coincidano: invero, il negozio indiretto postula sempre l'esistenza di un negozio causale,

---

<sup>33</sup> Cfr. Greco, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, 772.

<sup>34</sup> In tal senso Ascarelli, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Saggi Giuridici*, Milano, 1949, 270; Greco, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. Dir. Comm.* 1932, I, 772; Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 241.

<sup>35</sup> Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico* in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, 348.

poiché nel negozio astratto manca uno scopo tipico ed è perciò impossibile immaginare una sua utilizzazione a fini indiretti<sup>36</sup>.

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 giuridico.

Anche il problema relativo all'individuazione del criterio distintivo tra fiducia e simulazione è ricorrente nelle elaborazioni dedicate al negozio fiduciario e si può dire, anzi, che esso costituisca il punto di partenza della maggior parte delle decisioni giurisprudenziali in materia<sup>37</sup>. Per lungo tempo le due figure furono sovrapposte, ritenendosi che il trasferimento del diritto al fiduciario fosse simulato e dissimulasse un mandato oppure un pegno.

È acquisizione successiva, ma entrata ormai nell'opinione comune della giurisprudenza 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 l'accordo fiduciario che si pone come mezzo rispetto al fine ultimo divisato, giacché 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 negozio simulato, nel quale l'investitura nel diritto è solo apparente.

---

<sup>36</sup> Graziani, Negozi indiretti e negozi fiduciari, in Riv. Dir. Comm., 1933, I, 414 e ss

<sup>37</sup> Cfr. 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, 337 e ss.; Cass. 11 agosto 1952, n. 2646, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1953, I, 22 con nota di Miele, Distinzioni tra negozio fiduciario e negozio giuridico simulato, 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, 241 e ss., con nota di Cariota Ferrara, Negozio fiduciario e negozio indiretto, 246 e ss.

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 apparente<sup>38</sup>.

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*.

L'esperienza giuridica moderna 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 celebrazione.

La risposta più comune è quella di ricondurre tali ipotesi ad altrettanti casi di simulazione del matrimonio, salvo discuterli, 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 osservato<sup>39</sup>, 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 (il conseguimento

---

<sup>38</sup> Cfr. Pugliese, La simulazione nei negozi giuridici, Padova, 1938, 39.

<sup>39</sup> Grassetti, Il matrimonio fiduciario, in Temi, 1951, 330 e ss.

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..

### **1.7 Tutela del fiduciante**

Il fondamento della *fiducia* consiste nell'affidamento del fiduciante nel comportamento leale del fiduciario.

Ne deriva che uno dei profili più importanti del negozio fiduciario è legato all'individuazione delle conseguenze da ricollegarsi all'inadempimento da parte del fiduciario del *pactum fiduciae*.

Nell'ipotesi in cui il fiduciario non adempia all'incarico fiduciario, al fiduciante sarà concesso ricorrere ai rimedi generali previsti in materia di inadempimento di cui all'art. 1218 c.c. e chiedere il 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 fiduciario.

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 rilevato<sup>40</sup>, 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 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 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 evanescente.

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 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

---

<sup>40</sup> Giorgianni, Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato, in Giust. Civ., I, 70.

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* 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*.

### **1.8 Tutela dei terzi**

Nei confronti dei terzi creditori del fiduciario, il fiduciante può fare valere il suo diritto solo quando lo stesso risulti da atto avente data certa anteriore al pignoramento, ovvero, trattandosi di beni immobili o mobili registrati, quando la domanda giudiziale di ritrasferimento risulti da atto scritto anteriormente al pignoramento. Se il fiduciante pertanto trascrive la domanda giudiziale proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c. la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sugli acquisti trascritti e sulle iscrizioni eseguite contro il fiduciario successivamente alla trascrizione della domanda.

Per paralizzare l'azione dei creditori del fiduciario sul bene entrato nel patrimonio di questi, il fiduciante potrebbe sollevare l'*exceptio doli*, quando il terzo creditore abbia agito intenzionalmente a danno del fiduciante.

Tra gli atti dovuti, eseguiti in adempimento di un debito scaduto, non soggetti a revocatoria ai sensi dell'art. 2901, 3° comma, c.c., vi è il consenso contrattuale al ritrasferimento, prestato in esecuzione di negozio fiduciario <sup>41</sup>.

Il beneficiario il cui diritto di credito venga pregiudicato da un atto di disposizione posto in essere dal fiduciario, potrà esercitare l'azione revocatoria nei confronti del fiduciario e del terzo, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 2901 c.c..

Si può prospettare, infine, l'applicabilità analogica al *pactum fiduciae* della disciplina sulla trascrivibilità del contratto preliminare (art. 2645 *bis* c.c.), con conseguente opponibilità del patto ai terzi che acquistano dal fiduciario.

---

<sup>41</sup> Cfr. Cass. 18.10.1991 n. 11025.



## **CAPITOLO II – LA FIDUCIA ANGLOSASSONE: IL TRUST**

2.1 Il *trust*: origini storiche; 2.2 Struttura del *trust*; 2.3 Categorie di *trusts*: i *trust* non espressamente istituiti; 2.4 I *trusts* espressamente istituiti; 2.5 I doveri del *trustee*; 2.6; La responsabilità del *trustee* e degli estranei al *trust*; 2.7 Diritti del beneficiario; 2.8 Riflessioni preliminari.

### **2.1 Il *trust*: origini storiche**

Le origini del *trust* si collocano in epoca medioevale, sulla scia del concetto romanistico di fiducia. Già a quei tempi si poteva assistere a fenomeni che oggi qualificheremmo come *trust ante litteram*: sovente la terra veniva affidata ad un soggetto detentore che lo lavorava a beneficio di un terzo, allo scopo di raggiungere determinati obiettivi. Con tale meccanismo si intendevano aggirare le pesanti imposte feudali gravanti sulle successioni di immobili, oppure consentire a gruppi ecclesiastici che avevano fatto voto di povertà di detenere, sia pur indirettamente, la proprietà di beni immobili dai quali trarre i conseguenti benefici. Il descritto tipo di trasferimento evitava soprattutto, che l'eventuale passaggio generazionale potesse portare ad uno smembramento del patrimonio, originariamente fondiario, o alla sua restituzione al Re per effetto della scomparsa del vassallo al quale questo era stato concesso in uso. Nell'esperienza giuridica inglese del *common law*, il *trust* sorse, infatti, come mezzo per superare i limiti che il sistema giuridico feudale inglese poneva nei confronti di determinati soggetti o nell'uso di istituti per il trasferimento della proprietà di beni immobili. E' quindi, segnatamente allo scopo di aggirare i suddetti divieti che si diffuse un

primo negozio giuridico denominato “*use*”<sup>42</sup>, che alcuni autori qualificano come un caso di interposizione reale, consistente nel trasferire il proprio diritto di proprietà su beni immobili a favore di un terzo fiduciario che aveva l’obbligo di trasferirne le rendite al primo proprietario e alla morte di quest’ultimo di ritrasferire i beni al soggetto o ai soggetti indicatogli. L’effetto di tale trasferimento era che i terzi diventavano i titolari della proprietà agli occhi della legge, ma mantenevano il loro titolo legittimo sulla proprietà per il beneficiario del trasferente e di qualsiasi altro nominato beneficiario. Ciò significava che, nel caso in cui essi avessero fallito nell’attenersi ai termini dell’uso, né il trasferente né gli altri beneficiari avrebbero avuto alcun rimedio di fronte alle Corti Reali che applicavano il *Common Law*; comunque avrebbero potuto inoltrare una petizione al sovrano, che avrebbe risposto attraverso il *Chancellor*. Poiché questi era di solito un ecclesiastico, si preoccupava della coscienza degli uomini quando rispondeva alle richieste dei sudditi che riguardavano ingiustizie; così era sulla base della coscienza che egli esercitava il potere reale di rimediare agli squilibri, ordinando agli individui di agire con buona coscienza nonostante i loro diritti legittimi. La *court of Chancery* proteggeva abitualmente i beneficiari dell’uso e più tardi i beneficiari dei *trusts*.

Il passaggio dal sistema dello “*use*” *al trust* vero e proprio si ebbe attraverso il cosiddetto “*use upon use*”, istituto giuridico di formazione dottrinale che può sintetizzarsi come la costituzione di uno “*use*” sopra un altro “*use*”<sup>43</sup>. La genesi del *trust*, modernamente inteso, ha perciò origine nel cosiddetto sistema di tutela duale, articolato tra *common law* ed

---

<sup>42</sup> Termine ricavato dall’espressione “*to use of*”. A parere della dottrina continentale l’espressione de qua avrebbe matrice romanistica ritenendo che l’espressione preferita dal testatore dell’epoca “*a moneops*” corrisponda al latino *nad opus meum* (beneficio di). *Ex adverso*, la dottrina d’oltremarina tende ad escludere la radice romanistica, se non come ampia accezione del concetto di fiducia.

<sup>43</sup> Anche l’approntamento di tale istituto fu dettato dall’esigenza di eludere un divieto legislativo: lo *Statute of Uses* del 1535, che qualificando l’“*use*” come esecutivo ne attribuiva ai beneficiari la titolarità eliminando però il fiduciario. Invece con questo istituto lo *Statute* andava a rendere inefficaci le disposizioni del primo “*use*” ma non quelle del secondo “*use*” che rimanevano valide.

*equity*<sup>44</sup>. Quest'ultimo, specificamente, constava di un corpo di stabili precedenti giurisprudenziali sviluppatosi nella Corte del Cancelliere, a far tempo dalla metà del XV secolo a seguire, per dare risposta alle violazioni delle obbligazioni fiduciarie da parte del destinatario di un'attribuzione *fiduciae causae*<sup>45</sup>. In altri termini il cancelliere, adoperando il potere di grazia che il re gli conferiva, interveniva in situazioni non previste dal *Common Law*, per tutelare, situazioni di privati cittadini, in capo ai quali la legge non riconosceva veri e propri diritti. Detta tutela, in via di equità, si risolveva nella costituzione in *trust* dei beni oggetto del primo atto di disposizione sì da evitare che l'inopponibilità ai terzi finisse per frustrare le legittime aspettative dei titolari dei medesimi beni.

Il *trust* può pertanto essere visto come l'imposizione di stringenti obblighi personali in capo al legittimo proprietario per il beneficio di un altro, con il risultato che non può più trattare quella proprietà come se fosse propria. Volendo sintetizzare il *trust* può essere concepito come interferenza dell'*equity* nei diritti di *common law* nel perseguimento della giustizia.

Le radici del *trust* sono perciò da trovarsi nel controllo da parte dell'*equity* della coscienza del *trustee*<sup>46</sup>. Il *trustee* è una persona che tiene una specifica proprietà in *trust* per un beneficiario prescelto e per uno scopo specifico. E' da sottolineare l'importanza del concetto di "coscienza" in relazione al *trust*; ed invero il *trust* è imposto in ogni circostanza nella quale il titolare della proprietà è vincolato dalla buona coscienza a riconoscere che anche altri dovrebbero avere diritti nella proprietà. In quel caso la coscienza del titolare legittimo gli richiede di perseguire gli scopi per i quali la proprietà gli è stata attribuita o che la legge impone su di lui a causa della sua condotta non coscienziosa. E' sulla base di questi precedenti che andò delineandosi la struttura del *trust* moderno consistente in una struttura articolata nella quale operano il

---

<sup>44</sup> Criscuoli, Introduzione allo studio del diritto Inglese, Le Fonti, Milano, 2001, 157 ss.

<sup>45</sup> Cfr. Lupoi, *Trust* e sistema italiano; problemi e prospettive, in AA.VV. Fiducia, *trust*, mandato ed *agency*, quad. 2, Convegni di Studio, Madonna di Campiglio, Milano, 1991, 67.

<sup>46</sup> Hudson, A. *Equity and Trusts*, 4th ed. Cavendish Publishing, London 2005, 35 ss.

soggetto disponente (*settlor*) che trasferisce per scopi diversi un proprio diritto ad una persona di fiducia (*trustee*) il quale ha facoltà di esercitare il diritto in base allo statuto del *trust* e alle eventuali istruzioni ricevute dal *settlor*, con l'obbligo di trasferire nuovamente il diritto entro un certo periodo di tempo prefissato, ad un terzo beneficiario.

## 2.2 Struttura del *trust*

Un *trust* esiste in relazione ad una proprietà identificata. Il proprietario assoluto del *trust fund*, o *settlor*, crea il *trust* nominando un *trustee* per tenere il *trust fund in trust* per il beneficiario prescelto. La creazione del *trust* da parte del *settlor* è detta dichiarazione di *trust*. Il *settlor* deve avere la totalità dei diritti nella proprietà prima della dichiarazione di un *trust*. La dichiarazione di *trust* comporta una divisione nel titolo della proprietà organizzata in *trust*: il titolo legale è trasferito al *trustee*, così che il *trustee* acquista tutti i diritti di *common law* nella proprietà e appare come titolare al mondo esterno, mentre il titolo equitativo è attribuito al beneficiario. Sulla base del diritto dei *trusts* l'interesse equitativo si deve considerare l'interesse definitivo nel *trust fund*; ciò significa che il beneficiario acquista diritti proprietari equitativi nel *trust fund* ed anche un complesso di azioni personali contro il *trustee* per assicurare che il *trustee* persegua i termini del *trust*. Nel suo schema generale, il *trust* implica, pertanto, che un soggetto, *settlor*, 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 a vantaggio di un terzo soggetto beneficiario ovvero per il perseguimento di uno scopo.

La fattispecie costitutiva del *trust* si compone di due negozi distinti, ma collegati: un negozio istitutivo, 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 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*, 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 da condividere quella opinione<sup>47</sup> 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 la multiforme materia ed in secondo luogo, a porre in luce l'inesistenza di una dimensione sistematica all'interno del mondo del *common law*, ove quello che chiameremo il modello di diritto inglese è stato soggetto a varie modificazioni fuori dall'Inghilterra, non accolte nella terra d'origine, o

---

<sup>47</sup> Lupoi, Introduzione ai *Trusts*, Milano, 1994, 26.

viceversa ha visto sviluppi in Inghilterra che non sempre sono stati recepiti negli altri ordinamenti. Sarebbe opportuno, pertanto, non fare gran conto dei problemi definitivi dinanzi ad un istituto che si è svolto storicamente lungo i secoli; oltretutto molti ritengono che la tipologia dei *trusts* non sia interamente riconducibile ad alcuna teoria unificatrice, dato che esistono fattispecie nelle quali non si ravvisa pacificamente un *trust*. Il plurale “*trusts*” serve anche per sottolineare che la molteplicità delle esperienze legislative ha assunto una nuova dimensione quale conseguenza dell’adozione di leggi speciali in ordinamenti civilistici o misti fondati sulla percezione dell’opportunità di introdurre nuovi strumenti negoziali e di supplire a talune limitazioni che bloccavano lo sviluppo di strumenti civilistici tradizionali o, alla persistenza di antiche forme negoziali alle quali, oggi, si attribuiscono nuove funzioni.

### **2.3 Categorie di *trusts*: i *trust* non espressamente istituiti**

Nel ricostruire la fenomenologia dei *trusts* occorre, in primo luogo, operare alcune distinzioni. Quella più semplice è tra *trusts* espressamente istituiti, e *trusts* non espressamente istituiti<sup>48</sup>. Quanto ai primi, essi nascono in virtù di una espressa dichiarazione di volontà da parte del disponente, per mezzo di un atto *inter vivos* o *mortis causa*, che va a regolamentare la disciplina dello stesso *trust*; i secondi, invece, si formano non per espressa previsione del *settlor*, ma in base ad altre fonti, quali la legge (si parla in tal caso di *constructive trusts*) o una regola di *Equity* (*implied trusts e resulting trusts*).

I primi, infatti, contrariamente a quanto sovente si crede, non esauriscono il mondo dei *trusts*, dovendosi tener conto, nella individuazione dei confini complessivi del fenomeno, anche dei secondi,

---

<sup>48</sup> Lupoi, Introduzione ai *Trusts*, Milano, 1994, 26.

che sorgono in applicazione di principi equitativi a prescindere da una dichiarazione di volontà espressamente indirizzata a tal fine.

Rispetto alla categoria dei *trusts* espressamente istituiti quella dei non espressamente istituiti consiste nella 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 espressamente istituiti: gli *implied*, i *constructive* ed i *resulting trusts*.

Con riferimento agli *implied trusts*, istituiti volontariamente ma senza espressa dichiarazione, alcuni autori ritengono che questa categoria non esista; fatto sta che le leggi vi ricorrono costantemente e che numerose leggi moderne prevedono il *trust* istituito per fatti concludenti. Difatti la categoria in esame viene considerata sorta in virtù di un comportamento concludente da parte del disponente; pur trattandosi di un *trust* avente matrice negoziale, come quello espressamente istituito, l'unica differenza è data dalla diversità della forma rivestita dalla manifestazione della volontà istitutiva del *trust*. Costituisce classico esempio di *implied trust* quello delle mance lasciate dai clienti di un ristorante, nelle ipotesi in cui le somme non vengano direttamente consegnate ai dipendenti del locale, ma lasciate al titolare dello stesso, che sarà considerato *trustee* in favore dei dipendenti.

Nella categoria dei *constructive trusts*, che vengono ad esistenza perché corrispondono a fattispecie delineate da regole di *equity*, l'opinione più accreditata vi scorge *trusts* istituiti per legge, in forza cioè di regole di origine giurisprudenziale, contro la volontà del disponente; donde la visione dei *constructive trusts* come l'oggetto di una sentenza di condanna e la loro conseguente riconducibilità alla categoria delle azioni o dei rimedi processuali.

Trattasi<sup>49</sup>, pertanto, di fattispecie che viene ad esistenza in base ad una regola di *equity* a prescindere dalla volontà del soggetto che ne risulta *trustee* ed è, pertanto, esente da prescrizioni formali, per il fatto che in esso manca un atto istitutivo posto in essere dal disponente.

La categoria in esame si caratterizza perché manca la figura del disponente: ne discende che il bene che ne è oggetto appartiene, fino al momento che precede quello in cui interviene la regola di *equity*, al soggetto che detta<sup>50</sup>.

Nonostante alcuni autori ritengano che la categoria coincida con i *trusts* residuali numerose leggi vi ricorrono e altrettanto numerosi sono i casi riscontrati dalla giurisprudenza<sup>51</sup>.

La mancanza del disponente comporta la conseguenza che il *constructive trustee* può definirsi quale *bare* oppure *naked, simple 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 beneficiario.

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

---

<sup>49</sup> A. Busato, la figura del *trust* negli ordinamenti di *common law* e di diritto continentale, in riv. dir. civ., 316.

<sup>50</sup> Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, 84.

<sup>51</sup> Ai fini della spiegazione di tale forma di *trust*, emblematico è l'esempio del venditore di un immobile che 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. Tra gli esempi si può annoverare il caso di chi svolge funzioni di natura fiduciaria per conto di un soggetto e tragga in conseguenza di questo svolgimento benefici impropri; questi viene ritenuto, con riguardo ai benefici impropriamente ricevuti, *constructive trustee*. Ed ancora, significativo è l'esempio di un soggetto che riceve un pagamento indebito; tale pagamento non trasferisce la proprietà, ma il destinatario è considerato *trustee* in favore del *solvens*. Sono, inoltre, sussunti nella categoria di cui trattasi 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 per acquistare la casa coniugale abbia utilizzato 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.



appare condivisibile, poiché in alcuni casi i *constructive trusts* attuano la volontà del soggetto, e cioè quando essa non è stata manifestata nelle forme necessarie per istituire un *trust* e tuttavia l'*equity* ritenga che non per questo debba rimanere senza effetto. In altri casi il *constructive trust* è il mezzo tramite il quale vengono realizzate esigenze di equità, principalmente l'attribuzione di un bene o diritto e la repressione della frode. Frode è il comportamento che nega la fiducia: in questo senso il *constructive trust* è la tutela del rapporto fiduciario, inteso, in senso amplissimo. Detto in altri termini "frode" è ogni situazione che, caratterizzandosi per l'approfittamento attuato da parte di un soggetto in posizione fiduciaria nei confronti del fiduciante, è tale da potersi ritenere inaccettabile da un punto di vista etico nel suo perdurare.

I *resulting trusts*, o *trusts* di ritorno o residuali, costituiscono un mezzo attraverso il quale l'*equity* integra l'ordinario diritto di proprietà; esso risolve i problemi riguardo al titolo nella proprietà dichiarando che l'ultima persona che è stata titolare di quella proprietà dovrebbe continuare ad esserne il titolare.

Un *resulting trust* sorge in due circostanze. Un primo caso riguarda l'ipotesi in cui il *settlor* abbia cercato di trasferire la proprietà o di dichiarare un *trust* ma ha fallito nel rendere chiaro chi dovesse ricevere quei diritti con il risultato che qualsiasi diritto rimasto non assegnato torna in dietro in *resulting trust*. In secondo luogo, quando l'attore ha contribuito al prezzo di acquisto della proprietà, egli acquista un interesse equitativo nella proprietà in *resulting trust* in proporzione alla misura del suo contributo, così che il titolare legittimo manterrà la proprietà in *trust* per i due acquirenti secondo le quote proporzionali. La categoria descritta è accomunata 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*.

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 disponente.

Nonostante alcuni autori invochino nel *genus* dei *trusts* non espressamente istituiti la richiamata classificazione, il confine tra *implied*, *constructive* e *resulting trusts* non sempre è immediatamente percettibile risultando in molti casi evanescente; non raramente un *trust* è inteso quale *constructive* da un autore e come *implied* o *resulting* d un altro<sup>52</sup>; perfino i giudici si contraddicono e diversamente interpretano i precedenti. Sarebbe preferibile pertanto parlare genericamente di *trusts ex lege*<sup>53</sup>, riferendosi naturalmente non alla legge scritta, ma alle regole giurisprudenziali dell'*equity*.

Un ruolo diverso è svolto, infine, dagli *statutory trusts*, che, pur trovando la propria fonte in una norma non scritta, al pari delle altre figure di *trusts* non espressamente istituiti, scaturiscono da una norma inserita in una legge scritta. E' la stessa legge a stabilire che in determinate situazioni un soggetto assuma la qualifica di *trustee*, disciplinando il fenomeno con riguardo agli interessi che, di volta in volta, essa intende tutelare.

#### **2.4 I *trusts* espressamente istituiti**

La categoria in esame rappresenta di gran lunga la fattispecie più frequente. Si caratterizza per avere come fonte una dichiarazione espressa di volontà, emessa dal disponente con atto *inter vivos* o *mortis causa*, la quale contiene la regolamentazione del *trust* stesso ed ha natura di negozio unilaterale.

---

<sup>52</sup> Cfr. Elias, *Explaining Constructive trusts*, Oxford, 1990, 43.

<sup>53</sup> A.J. Oakley, *Constructive Trusts, II ed.*, London, 1987, 79.

Si afferma in dottrina<sup>54</sup> che la categoria de qua è priva pertanto di ogni elemento di contrattualità atteso che l'atto istitutivo è un negozio unilaterale: 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 affonda le radici nel XVIII secolo; ed invero, i connotati contrattuali, che limpidamente emergevano in epoca medioevale sono spariti perché il trasferimento di un *estate*, nel diritto comune, è un negozio unilaterale e la costituzione di diritti su di esso in favore di terzi, a prescindere se in *equity* o in *common law*, è affare del trasferente.

L'origine della unilateralià della istituzione del *trust* va, dunque, ricercata nella unilateralià di qualunque atto traslativo di un *estate*.

Appare opportuno precisare che la struttura classica della fattispecie costitutiva del *trust* contiene al suo interno una duplice dichiarazione di natura negoziale. In primo luogo 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 da un lato l'atto istitutivo che è un negozio unilaterale generalmente 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 di attuazione del programma enunciato.

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

---

<sup>54</sup> Siclari, Il *trust* nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 87.

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 stesse<sup>55</sup>.

Una parte della dottrina ritiene che il negozio istitutivo possa essere recettizio oppure no, a seconda che il *trustee* e il disponente siano o meno persone diverse. Si avrà un negozio non recettizio nell'ipotesi in cui il disponente dichiara se stesso *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*. Si verificherà, piuttosto, 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 momento in cui questo accetta, dall'altro lato predetermina gli effetti segregativi dei successivi atti di disposizione, indipendentemente dall'accettazione del *trustee*.

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

---

<sup>55</sup> Buttà, Introduzione ai *trusts* e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 374.

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 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 trilaterale, giacché 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 né interferire nell'operato del *trustee* tranne che sia egli stesso beneficiario del *trust*.

Al fine di porre rimedio a ciò e di consentire al disponente di mantenere un controllo sull'attività del *trustee*, la prassi è ricorso ad un rimedio: nominare un c.d. *protector*, il quale è dotato di una serie di poteri che gli consentono di controllare l'operato del *trustee*.

Il *protector*, è un terzo che ha non solo il potere ma anche il dovere di impartire istruzioni<sup>56</sup> al *trustee*, di rimuoverlo nominandone uno nuovo in sua sostituzione o, ancora, di nominare altri *trustees* in aggiunta a quelli già previsti dall'atto istitutivo 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 prevede.

Un dubbio è sorto con riguardo alla natura giuridica reale o obbligatoria da attribuirsi ad alcuni atti dispositivi che necessitano della preventiva approvazione del *protector*. 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.

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 responsabilità. 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

---

<sup>56</sup>A.W. Scott e W. F. Fratcher, *The Law of Trusts*, IV ed., Boston, 1989, 234.

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 disponente. 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.<sup>57</sup> È tuttavia chiaro che 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*.

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. 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

---

<sup>57</sup> 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.

riferimento nella gestione del *trust fund*, e può essere il più vario<sup>58</sup>. 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, dal momento che 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*.

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

---

<sup>58</sup> Canessa, I *trusts* interni. Ammissibilità del *trust* e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano (con prefazione di M. Lupoi), Milano, 2001, 3 e ss. e 17 ss.



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 assunta dal disponente nei confronti del *trustee* nel momento dell'istituzione del *trust* il *settlor* è dunque il soggetto sia persona fisica che giuridica che mette a disposizione del *trustee* tutto o parte del suo patrimonio trasferendolo in *trust*. Il termine viene spesso utilizzato come sinonimo di disponente, ma il significato non è perfettamente coincidente. ed invero 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.

## **2.5 I doveri del *trustee***

Il *trustee*, come titolare legittimo della proprietà in *trust*, ha tutti i diritti e i poteri per gestirla come ogni altro legittimo titolare ma egli deve esercitare questi diritti e poteri solamente nell'interesse del beneficiario. Il *trustee* ha, pertanto, il potere di disporre dei beni benché incontri rigorosi limiti nell'esercizio dei poteri di amministrazione e di disposizione; ne discende che il *trustee* dovrà attenersi a quanto previsto dall'atto costitutivo e dalle disposizioni di legge. Nel novero dei doveri ascrivibili a quest'ultimo il primo 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* nello svolgimento dell'attività è tenuto a tutelare le ragioni del *trust* ed è obbligato ad usare la dovuta diligenza nel conservare la *trust property*. Questi è inoltre tenuto a tutelare le ragioni del *trust* contro i terzi, a rendicontare ed informare i beneficiari ed a <sup>59</sup>comportarsi in modo imparziale con i beneficiari nel caso in cui ce ne sia più d'uno. I doveri del *trustee* sono costruiti attorno al concetto di lealtà e buona fede e le modalità attraverso cui dovrà adempiere costituiscono il nucleo del *trust*. 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* è di non permettere conflitti tra obbligazioni fiduciarie ed interessi personali e di mantenere separati i propri beni da quelli in *trust* consentendo ai primi di essere 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*. Espressioni dei doveri di buona fede sono il *self-dealing principle* ed il *fairdealing principle*<sup>60</sup>. Il *self-dealing principle* restringe la legittimazione del *trustee* di gestire la proprietà in *trust* in maniera indipendente ed abilita il beneficiario a cancellare qualsiasi transazione in modo da prevenire un successivo conflitto di interessi. Il *fair-dealing principle* è considerato meno rigido del *self-dealing principle* perché consente al *trustee* di giustificare il proprio operato dimostrando ad esempio che l'attività è stata compiuta in buona fede.

Con riferimento ai doveri di amministrazione, il *trustee* deve assicurare che la proprietà in *trust* è correttamente amministrata e che le decisioni sono adottate in maniera scrupolosa, prudente. Sul punto giova

---

<sup>59</sup> Muritano, *Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme tra teoria e prassi*, in Vita Notarile, 2005, 445.

<sup>60</sup> Hudson, *Equity and trusts*, ed. Cavendish Publishing, London, 2005, 35.

ricordare il *Trust Act 2000*<sup>61</sup> che tra le disposizioni introdotte prevede un dovere legale di diligenza che impone sui *trustee* un “dovere di diligenza e abilità così come è ragionevole nelle circostanze”. Nei confronti del beneficiario, il *trustee* ha il diritto ad essere tenuto indenne dalle pesi 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*. Come una parte della dottrina ha rilevato può esservi una sovrapposizione di ruoli, vale a dire che il *settlor* può istituire se stesso *trustee*. In questo caso il disponente, senza operare alcun trasferimento, limita la pienezza del proprio titolo acquistando la veste giuridica di affidatario di determinati interessi ovvero il *trustee* può anche assumere la veste di beneficiario, ma in tale ultimo caso il *trust* deve essere amministrato da più *trustee* se si richiede la presenza di più beneficiari per evitare un conflitto di interessi. Il *trustee* è tenuto a rispondere, in genere, per qualsiasi *breach of trust* che determini perdite o danni.

E' prevista l'esclusione della responsabilità, nel caso in cui il *trustee* abbia agito conformemente alla legge e con il consenso di tutti i beneficiari. E' altresì esclusa 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 legge.

Sono previsti casi di sostituzione del *trustee* che vengono generalmente 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*.

La cessazione, degli obblighi gravanti sul *trustee* si determina o per la scadenza del termine previsto, o per il consenso di tutti i beneficiari

---

<sup>61</sup> Può essere considerata la Legge più importante del diritto anglosassone in tema di *trust*, in quanto riproduce in formule normative cristallizzate gli strumenti di tutela sviluppate nel corso dei decenni in cui ha trovato applicazione la giustizia equitativa.

o nelle ipotesi in cui si verificano le cause di scioglimento previste nell'atto istitutivo del *trust*.

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.

Le leggi inglesi, che trattano minimamente la materia, enunciano poche norme di applicazione generale al fine di non paralizzare l'attività dei *trustees*, con il conseguente blocco della circolazione dei beni; la produzione normativa si è dunque mossa su due binari: da una parte attribuire ai *trustees* poteri in una serie di situazioni tipiche e dall'altro, prescrivere quali atti di gestione o tipi di investimento rientrino certamente tra i poteri dei *trustees*. A tal riguardo, occorre tenere presente come gli atti istitutivi di un *trust* hanno la tendenza di essere assai complessi proprio nelle parti che riguardano i poteri dei *trustees*

## **2.6 La responsabilità del *trustee* e degli estranei al *trust***

Le regole concernenti la responsabilità del *trustee*, parzialmente codificate nel *Trustee Act* del 1925, sono sempre state estremamente rigide, in primo luogo perché prescindono da qualsiasi requisito soggettivo: la buona fede del *trustee* e le finalità che egli ha perseguito non hanno la minima rilevanza. La responsabilità sorge per il dato obiettivo di avere agito in difformità dalle condizioni regolanti lo specifico *trust* o generalmente le funzioni del *trustee*. L'obbligazione risarcitoria ha sempre contenuto restitutorio: nella nozione di restituzione è incluso il ristoro al *trust* sia dei beni o diritti dei quali il *trust* è stato privato sia delle utilità che il *trust* avrebbe percepito ove l'inadempimento delle obbligazioni del *trustee* non fosse avvenuto; il *trustee* che sia responsabile per la perdita di un bene del *trust*<sup>62</sup> deve versare una somma pari al valore massimo che

---

<sup>62</sup> Per esempio un immobile ipotecato dal *trustee* in violazione delle condizioni del *trust* e successivamente venduto dal mutuante all'asta pubblica: *Jaffray v. Marshall*, 1993.

quel bene avrebbe raggiunto fra la data della violazione delle condizioni regolanti il *trust* e la data della sentenza; ne ha alcuna rilevanza che il danno si sarebbe verificato comunque. Nell'ipotesi in cui i *trustees* siano più di uno ciascuno risponde per il fatto proprio, ma ogni *trustee* è tenuto ad attivarsi appena venga a conoscenza di una violazione commessa da un altro *trustee* e in generale a tenersi al corrente di come gli altri *trustees* svolgono il proprio compito. Qualora più *trustees* concorrano in un'unica violazione, la loro responsabilità verso i beneficiari è solidale; nel rapporto interno, essa viene invece graduata in base ai principi generali.<sup>63</sup> L'unica difesa per il *trustee* è quella offertagli dalla sect. 61 del *TrusteeAct* del 1925: "avere agito onestamente e ragionevolmente". Si tratta evidentemente di un criterio vago, oltretutto applicato assai restrittivamente dalla giurisprudenza, la quale talvolta adotta il criterio della "*diligentiaquam in suis*", altre volte quello dell'uomo che si comporta prudentemente negli affari. La prescrizione non corre mai a vantaggio di un *trustee* quando egli abbia agito fraudolentemente ovvero si sia appropriato un bene del *trust*; diversamente è di sei anni. E' da notare che il diritto inglese non traccia distinzioni, in materia di responsabilità, fra i vari tipi di *trust*; un *constructive trustee* soggiace alle medesime regole dettate per il *trustee* di un *trust* espressamente istituito.

## 2.7 Diritti del beneficiario

Nel ricostruire la figura del beneficiari<sup>64</sup> non giovano le espressioni utilizzate dagli scrittori inglesi i quali frequentemente parlano genericamente di proprietà equitativa. Trattasi di soggetto che, secondo l'intento del disponente, sia destinatario di un vantaggio, quando il

---

<sup>63</sup> Ora codificati nel *Civil LiabilityAct*, 1978.

<sup>64</sup> Cfr. Fratcher, *Trust*, n.109. Le ambiguità del termine "*property*" e dei suoi correlati come "*ownership*", formano oggetto del saggio di A. Gambaro, La proprietà nel *common law* anglo-americano, in A. Candian-A. Gambaro- B.Pozzo, *Property-Proprietè-Eigentum*, Padova, 1992, 76.

conseguimento di questo vantaggio sia configurabile come un diritto verso il *trustee*, il quale è obbligato a realizzarlo. Pertanto il beneficiario deve necessariamente essere identificato o, almeno, identificabile. Questo principio è conosciuto come il “*beneficiary principle*” e costituisce un aspetto fondamentale del *trust*; ove manchi il beneficiario non può esserci un *trust* valido<sup>65</sup>.

La *ratio* del principio menzionato è duplice: in primo luogo la coscienza del *trustee* può essere controllata solamente se c'è un beneficiario legittimato ad eseguire le obbligazioni del *trustee* che, se non adeguatamente adempiute, forniscono alla Corte gli strumenti atti a controllare l'operato dello stesso; il secondo motivo riposa sull'idea che un *trust*, per definizione, necessita di un beneficiario quale soggetto cui è riconosciuto un diritto proprietario in *trust*.

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<sup>66</sup>. 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* loro spettante. Il beneficiario può esercitare il controllo sull'amministrazione del *trustee* al fine di conservare intatti i propri diritti equitativi. La forma di tutela assicurata al beneficiario è denominata *tracing*.

La funzione del diritto di *tracing* è di abilitare il titolare della proprietà a recuperarla nel caso in cui gli sia stata sottratta senza avere acconsentito. Il *tracing* può essere visto letteralmente come un tentativo da

---

<sup>65</sup> Hudson, *Understanding equity and trusts law*, II ed. Cavendish Publishing, London 2004, 34.

<sup>66</sup> Graziadei e Rudden, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle resal fund*, in *Quadrimestre*, 1992, 31.

parte di un attore di avanzare una pretesa proprietaria verso uno specifico bene rintracciando sullo stesso bene un preesistente diritto di proprietà.<sup>67</sup>

Si atteggia come un rimedio equitativo reipersecutorio che l'*equity* ha preso dal *common law*, esperibile in caso di atti di disposizione compiuti dal *trustee* in *breach of trust*. Il bene reclamato appartiene in equità all'attore, il quale non è quindi un creditore come gli altri. Il *tracing* di equità è teoricamente distinto da quello di *common law*, perché esso conduce non alla dichiarazione che un bene appartiene all'attore come avviene in *common law*, ma all'imposizione di una obbligazione, generalmente di fare, a carico del convenuto. Trattasi di azione personale e non reale, nonostante gli autori inglesi parlino di "*proprietary remedy*" o più correttamente di obbligazione equitativa in *rem*.<sup>68</sup> Ad essere vincolata è la coscienza del convenuto da un comportamento in danno ai beneficiari.

Queste considerazioni possono sembrare appropriate qualora si controverta su beni individuati; in realtà la loro più frequente applicazione riguarda il denaro, bene fungibile per eccellenza. L'*equity* ha elaborato complesse regole per rintracciare il danaro e per individuare i beni nei quali esso si sia tramutato. Per mezzo di presunzioni l'*equity* tende a collegare il denaro oggetto di *tracing* con gli investimenti o gli acquisti successivamente compiuti dal *trustee*. Altra conseguenza del *tracing* è che, una volta convertito il bene in un altro quest'ultimo è considerato appartenere all'attore in equità e non ha alcuna rilevanza se esso, al momento in cui viene appreso dall'attore, valga assai più di quello al quale l'attore avrebbe altrimenti avuto diritto. Da tali assunti si trae conferma che l'accoglimento del *tracing* comporta la condanna del convenuto a ritrasferire nel patrimonio del *trust* i beni alienatigli dal *trustee*.

## 2.8 Riflessioni preliminari

---

<sup>67</sup> Cfr. Ferreri, *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*, Milano, 1988, 298.

<sup>68</sup> Cfr. Waters, *The common law trust in the modern world*, in *Forum Internationale*, 1984, 82.

Lo studioso italiano che voglia avvicinarsi allo studio dei *trusts* deve cercare di calarsi in essi più di quanto l'ordinaria esperienza comparatistica richieda ed evitare il raffronto istintivo con il proprio sistema giuridico. Occorre, cioè, che si accosti all'istituto *de quo* dimenticando, o quanto meno, trascurando il proprio background in modo da evitare inevitabili influenze che non consentirebbero la percezione esatta dell'istituto.

Ed invero, la disamina appena compiuta delinea un sistema sconosciuto ai paesi di *civil law* secondo cui sia il *trustee* che il *beneficiary* sono "proprietari" dei beni costituiti in *trust*, ma in modi tra loro differenti. Un attento osservatore noterà come nessuno dei due modi richiamati è astrattamente ascrivibile alle categorie note ai sistemi giuridici a base romanistica. Più precisamente occorre rilevare come 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*.<sup>69</sup> Ciò che si realizza è uno sdoppiamento del diritto di proprietà in capo a due soggetti. Emerge immediatamente come il principio descritto risulti assente nell'ordinamento giuridico italiano ove è dato riscontrare che su ciascun bene materiale non può esistere più di un diritto di proprietà; ove la proprietà di un bene appartenga a più soggetti, ciascuno di essi è contitolare dell'unico diritto di proprietà notoriamente inteso come un potere di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo. Ne discende la esclusività, in *civil law*, del diritto di proprietà<sup>70</sup>: può solo ammettersi la possibilità che altri soggetti siano titolari di altri diritti reali sulla stessa *res*, che comprimono il diritto di proprietà ferme restando la disciplina in tema di possesso e le ipotesi di nuda proprietà.

---

<sup>69</sup> Cfr. Lupoi, *Introduzione ai Trusts*, Giuffrè Editore, 1994, 61, secondo il quale "non è vero che il *trust* sia necessariamente caratterizzato da una scissione fra la proprietà secondo lo stretto diritto e la proprietà secondo l'*equity*.: oggetto di *trust* può ben essere un diritto equitativo, cioè un diritto riconosciuto solo dall'*equity*".

<sup>70</sup> Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995, 534.



Il giurista di *civil law* che si avvicini, pertanto, allo studio del diritto inglese può, invece, riscontrare come il *trust* presupponga un duplice concetto di proprietà: *legal estate* ed *equitable estate*, ben potendo riconoscersi, in tal modo, una ripartizione della proprietà tra più soggetti, nel senso che ciascuno può essere titolare di un proprio autonomo diritto di proprietà sullo stesso bene.

Una caratteristica dei sistemi di 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 spetta non al nudo proprietario ma all'usufruttuario.

Nei sistemi di *common law* l'ipotesi descritta è ammissibile, con la precisazione che l'alienante<sup>71</sup> è tenuto a reinvestire il capitale ricavato dalla vendita e di corrispondere agli aventi diritto il reddito e i capitali risultanti dall'investimento.

Conseguentemente il nudo proprietario non è titolare 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 forma. Può, dunque, affermarsi, 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 godimento; ciò, in conseguenza della particolare concezione del diritto di proprietà proprio degli ordinamenti di *common law* e dell'evoluzione della giurisprudenza della Cancelleria Reale che,

---

<sup>71</sup> che si trovi in una posizione equiparabile a quella dell'usufruttuario.

nell'elaborare le regole dell'*equity*, ha consentito la frammentazione illimitata della proprietà secondo la libera volontà del disponente del *trust*<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Cfr. Lupoi, Introduzione ai *Trusts*, Giuffrè, 1994 : “Non è vero che l'essenza del *trust* sia nella scissione del diritto di proprietà su un bene tra più soggetti. Un soggetto può istituire un *trust* del quale egli stesso sia tanto il *trustee* quanto il beneficiario”. Cfr. Castronovo C. e Mazzamuto S., Manuale di diritto privato europeo, Giuffrè, 2007, 640: “E' da rifiutare una ricostruzione del *trust* incentrata: a) sulla presunta scissione del diritto in una proprietà formale in capo al *trustee* e in una proprietà sostanziale in capo ai beneficiari omissis L'elemento caratterizzante del *trust* è l'attribuzione esclusiva della proprietà al *trustee*, il quale non è né un rappresentante né un mandatario del *settlor*, del beneficiario o del *trust*, come ha confermato anche la Corte europea di Giustizia nel caso *Webbv. Webb* (Ceg 17 maggio 1992 C-294/92)”.

## CAPITOLO III – IL *TRUST* IN ITALIA

3.1 Introduzione; 3.2 La convenzione de L’Aja: i soggetti nel *trust*; 3.3 La libertà di scelta della legge regolatrice; 3.4 Il riconoscimento; 3.5 I limiti del *trust*: ammissibilità del *trust* interno; 3.6 Le fonti interne del *trust*; 3.7 Compatibilità del *trust* con i principi dell’ordinamento italiano: diritto successorio; 3.8 Il *trust* ed il divieto del patto commissorio; 3.9 Il rapporto tra il *trust* e l’art. 2740 c.c.; 3.10 La trascrivibilità del negozio dispositivo di *trust*; 3.11 Art. 2645 ter c.c: ambito di operatività 3.12 *Trust* e figure affini.

### 3.1. Introduzione

Sono ormai trascorsi quasi vent’anni dall’entrata in vigore in Italia, il primo gennaio 1992, della Convenzione relativa alla legge sui “*trusts*” ed al loro riconoscimento, adottata a l’Aja il primo luglio 1985 e ratificata con la legge 16 ottobre 1989<sup>73</sup>. Può affermarsi che si è avuta una concreta diffusione dell’istituto in Italia, ed una piena consapevolezza da parte degli operatori del diritto delle sue potenzialità. In epoca anteriore alla Convenzione la crescente integrazione economica e sociale aveva reso più evidente, nei paesi di *civil law*, la mancanza di una disciplina dell’istituto de quo. La magistratura si era, infatti, frequentemente trovata di fronte a casi in cui era necessario dare attuazione a disposizioni

---

<sup>73</sup> 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.

contenute in *trust deeds* ponendo il problema della loro efficacia in ordinamenti diversi da quello di costituzione.

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. L'inesistenza del *trust* nel diritto materiale aveva naturalmente riflessi anche in diritto internazionale privato, in quanto non esisteva una norma di conflitto che contemplasse il *trust* quale categoria autonoma<sup>74</sup>.

La possibilità che il medesimo *trust* risultasse contraddittoriamente disciplinato, ed ammesso o vietato a seconda dell'ordinamento alla luce del quale veniva esaminato, determinava incertezza sull'operatività dell'istituto, la quale si ripercuoteva 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 necessario proprio per la diffusione<sup>75</sup> del *trust* di carattere internazionale e che è volta essenzialmente a garantire la certezza dei traffici.

Sotto il profilo meramente strutturale la Convenzione si compone di 32 articoli, ed è strutturata in cinque capitoli relativi al campo di applicazione, alla legge applicabile, al riconoscimento, alle disposizioni generali ed infine alle disposizioni finali.

Il primo capitolo delimita le fattispecie alle quali la Convenzione si applica, includendovi, una serie di rapporti giuridici non necessariamente corrispondenti al solo concetto di *trust* nel modello inglese.

Il secondo capitolo enuncia il principio secondo cui il *trust* è retto dalla legge scelta, esplicitamente o implicitamente, dal disponente, oppure,

---

<sup>74</sup> Malatesta, Il *trust* nel diritto internazionale privato e processuale italiano, tratto dagli Atti del convegno "Il *trust*: disciplina giuridica e profili applicativi", Università di castellana, 23 giugno 2003, 81.

<sup>75</sup> Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, 966 e ss..

in mancanza, dalla legge alla quale il *trust* appare più strettamente collegato.

Il terzo capitolo individua un ulteriore principio fondamentale, in base al quale un *trust* istituito in conformità alla legge determinata secondo il capitolo secondo è riconosciuto come *trust*, intendendo per “riconoscimento” l’applicazione nel foro della legge – ovviamente straniera – regolatrice del *trust*.

Il quarto ed il quinto capitolo contengono disposizioni di carattere generale.

Primo passo da fare nell’avvicinarci allo studio della Convenzione di cui trattasi è innanzitutto quello di verificare cosa la convenzione intenda per *trust*. Ai sensi dell’art. 2 Convenzione, per *trust* si intende il rapporto giuridico creato da una persona, disponente, per atto tra vivi o *mortis causa*, allorquando con cui dei beni vengano posti sotto il controllo di un *trustee*, nell’interesse di un beneficiario e per uno scopo determinato. Per effetto della stipulazione del *trust*, a carico del *trustee* sorge un’obbligazione fiduciaria, avente ad oggetto l’amministrazione e la gestione dei beni in *trust* secondo il programma stabilito dal disponente, e l’attribuzione finale ai beneficiari. L’articolo 2 – dal quale, come prima detto, emerge la definizione di *trust* assunta dalla Convenzione – non è una disposizione con efficacia prescrittiva<sup>76</sup>, quanto piuttosto una enumerazione di alcune caratteristiche del *trust*. La Convenzione non introduce pertanto 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. I redattori della Convenzione avevano da superare due difficoltà ignorate dai legislatori nazionali: trovare un minimo comune denominatore ai fini della configurazione del *trust* tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti di *civil law*. La prima difficoltà, da molti prospettata quale sfida intellettuale, era resa più ardua dalla presenza, al tavolo della Convenzione, di Stati appartenenti all’area di *civil law* che

---

<sup>76</sup> Lupoi, Introduzione ai *trust*. Diritto inglese, Convenzione dell’Aia, Diritto italiano, Milano, 1994, 44.

avevano già compiuto lo sforzo di definire legislativamente il *trust* (Israele e Venezuela). Proprio la definizione della legge Israeliana è quella che si colloca più vicino alla definizione convenzionale, contenuta nell'art. 2, e questo dimostra che la Convenzione ha cercato un linguaggio il meno possibile legato alla terminologia dei paesi di provenienza.

La scelta definitoria recepita nel testo della Convenzione ha creato un *trust* sostanzialmente “amorfo”<sup>77</sup>, 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 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.<sup>78</sup>: 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” in luogo del concetto di trasferimento<sup>79</sup>, 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

---

<sup>77</sup> Lupoi, Introduzione ai *trust*. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano, Milano, 1994, 73.

<sup>78</sup> Andreoli, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova 1998, 184.

<sup>79</sup> Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 121.

costituisce un dato qualificante del *trust* anglosassone; anche la 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 alla 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 ordinamenti<sup>80</sup>.

Secondo un'altra opinione<sup>81</sup> l'aver ommesso 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 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

---

<sup>80</sup> Lupoi *The shapeless trust*, in Vita Not. 1995, 51.

<sup>81</sup> Gambaro, *Il trust in Italia*, Convenzione relativa alla legge sui *trusts* e al loro riconoscimento, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, 1218.

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 mortis causa*, indipendentemente dallo scopo cui siano preordinati, mentre rimangono fuori i *trusts* costituiti in forza di legge.

E’ incerto, invece, se vi rientrino le tipologie degli *implied, resulting 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 preparatori, 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.

### **3.2 La convenzione dell’Aja: i soggetti nel *trust***

Ai sensi del summenzionato art. 2 della Convenzione dell’Aja, con il *trust* un soggetto, detto *settlor* trasferisce ad altro soggetto detto *trustee* beni mobili, immobili o mobili registrati affinché il *trustee* li amministri nell’interesse di un terzo beneficiario o per un fine specifico secondo quanto disposto dal *settlor* nell’atto istitutivo, sotto l’eventuale vigilanza di un terzo soggetto, detto *protector*.

Il *settlor* è, dunque, il soggetto sia persona fisica sia giuridica che mette a disposizione del *trustee* tutto o parte del suo patrimonio trasferendolo in *trust*. Il *settlor* può svolgere il ruolo di costituente “puro”,



quando non è titolare del bene ma ha solo la legittimazione a disporne, sia il ruolo di disponente a tutti gli effetti.

Al *settlor* è riconosciuta ampia autonomia nella determinazione delle condizioni che regoleranno la vita del *trust* stesso. Autonomia che si manifesta nella riserva di prerogative da parte del costituente così come prevista dal sopra citato art. 2 della Convenzione. In molti casi, infatti, per statuto, il *settlor* mantiene un potere di revoca esercitabile soltanto con il consenso del guardiano. Il *settlor* conferendo i beni in *trust* può decidere di non sciogliere totalmente il suo rapporto con tali beni dichiarandosi *trustee* dei propri beni, nominandosi come guardiano, prevedendo nell'atto istitutivo che egli possa apportare modifiche al *trust*.

Il *trustee* diviene proprietario in *trust*, ma la disposizione dei beni è vincolata all'impegno a favore e nell'interesse dei beneficiari o di uno scopo predeterminato. In altri termini, il *trustee* detiene la proprietà dei beni del *trust* a proprio nome ma nell'interesse del beneficiario ed ha facoltà di disporre, nei limiti di specifiche disposizioni, dei beni confluiti nel *trust*.

Altro elemento caratterizzante la figura del *trustee* è quello della sua estraneità alla fase genetica del *trust*: egli non è parte, né in senso formale, né in senso sostanziale dell'atto di *trust* a cui non reca alcun contributo volitivo. La nomina ha natura di negozio dichiarativo, vale a dire che essa non può che essere frutto di una volontà non soltanto espressa, ma dichiarata<sup>82</sup>. Anche per quanto concerne la figura del *trustee*, la scelta può ricadere su persone sia fisiche che giuridiche ed è possibile nominarne più di uno. In quest'ultimo caso sarebbe preferibile che la nomina di almeno uno dei *trustee* avvenisse tra i soggetti residenti nello Stato di istituzione del *trust*. Al *trustee* nominato con l'atto istitutivo di *trust* possono succederne altri, in seguito a morte, revoca, sostituzione, o sue dimissioni. La capacità e i poteri del *trustee* sono regolati dall'art. 8 della Convenzione. Relativamente alla capacità, dovrà farsi esclusivo riferimento alla legge scelta dal *settlor*; infatti ai sensi dell'art. 8 sopra

---

<sup>82</sup> La Porta, Il negozio di destinazione di beni allo scopo: la risposta italiana al *trust*, Quaderno 12 - Materiali sul *trust*, allegato n. 3 in Federnotizie, 2001, 31.

citato, “la capacità giuridica di esercitare le mansioni di *trustee*” è regolata dalla legge scelta ai sensi degli artt. 6 e 7 della Convenzione. Possono essere considerati a tal fine requisiti l’età, l’onorabilità, il mancato assoggettamento a procedure concorsuali o l’assenza di condanne per reati contro il patrimonio.

Relativamente ai poteri del *trustee*, si può affermare che incontra limiti particolari in merito all’esercizio degli stessi, così come stabiliti nell’atto istitutivo e di solito inerenti alle prerogative di disposizione ed amministrazione straordinaria dei beni trasferitigli. Il *trustee* è investito del potere e gravato dall’obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, di gestire e di disporre dei beni secondo le regole del *trust* e le norme particolari ad esso imposte dalla legge e, con scadenze periodiche, di trasferire ai beneficiari il patrimonio e i redditi derivanti dalla gestione del *trust*. L’obbligo di rendiconto, in particolare, è fissato dall’art. 2 della Convenzione che lo definisce uno degli elementi essenziali e tipizzanti del *trust*; l’art. 8, poi, ne assoggetta la disciplina alla legge scelta, sicché esso diventa non solo obbligatorio, ma anche regolamentazione legale.

Destinatari del rendiconto sono i soggetti cui spetta una forma di controllo sull’attività del *trustee*, cui compete un’azione di responsabilità nei confronti del *trustee* stesso. In altri termini il rendiconto serve per permettere a tutti coloro i quali ne abbiano diritto di poter controllare e ricostruire le operazioni compiute dal *trustee*.

Il *trustee* avrà l’obbligo di redigere detto rendiconto nel “libro del registro degli eventi” vidimato da notaio al momento della istituzione del *trust*. Infine il *trustee* che non abbia diligentemente adempiuto alla corretta rendicontazione potrà incorrere nelle azioni di responsabilità per mala gestio.

Il *settlor* all’atto di istituzione del *trust* può nominare un guardiano detto anche, negli ordinamenti di *common law*, “*protector*”, che controlli l’operato del *trustee* e che abbia diritti di veto in ordine a determinate decisioni sull’amministrazione del *trust*, normalmente rimesse al *trustee*.

Il guardiano può svolgere il suo ruolo da solo o con altri. La figura del guardiano può coincidere con quella del *settlor*, se questi vuole riservarsi la facoltà di controllare l'operato del *trustee*. Infine si può prevedere che il guardiano resti completamente anonimo, conferendo tale ruolo ad una persona giuridica.

Il guardiano, per meglio tutelare gli interessi del beneficiario può essere facoltizzato alla rimozione del *trustee* dal suo incarico, quando le decisioni di quest'ultimo ledono i diritti dei beneficiario o violano gli obblighi di buona amministrazione a nominarne un altro di proprio gradimento.

I beneficiari, generalmente nominati nell'atto istitutivo, sono i soggetti nel cui interesse viene istituito, gestito ed al termine devoluto il *trust*. I beneficiari possono essere definiti come i soggetti titolari di un diritto o di aspettative nei confronti del *trustee*. I beneficiari non hanno alcun diritto di proprietà nei confronti dei beni oggetto del *trust* che, come già detto, sono in fiducaria proprietà del del *trustee*. Le norme in materia permettono ai beneficiari di agire nei confronti del *trustee* a tutela dei beni in *trust*. Essi, possono, infatti, agire contro il *trustee* che confonde i beni del *trust* con il patrimonio personale o contro terzi che acquistano dal *trustee* in violazione delle disposizioni del *trust*. La pronuncia giudiziaria non mira, tuttavia, a riconoscere la proprietà dei beni in *trust* in capo ai beneficiari, bensì obbligherà il *trustee* al rispetto di quanto disposto nell'atto istitutivo.

### **3.3 La libertà di scelta della legge regolatrice**

Il capitolo II della Convenzione, articoli da 6 a 10, determina la legge applicabile al rapporto in primo luogo secondo la volontà del costituente (art. 6), solo se tale attività manca interviene il criterio del collegamento più stretto.

Il principio cardine è che il costituente ha libertà di scegliere la legge applicabile al *trust*. 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 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 incontra tuttavia una espressa limitazione contenuta nel secondo comma dell'articolo 6 in virtù della quale la validità della scelta effettuata è subordinata alla condizione che l'ordinamento designato preveda 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 straniera.

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'individuazione di un ordinamento in cui manca un'espressa disciplina dell'istituto la Convenzione non viene applicata, ai sensi dell'articolo 5, 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* ed ai requisiti di capacità del disponente e del beneficiario, mentre la capacità del *trustee* è disciplinata dalla legge scelta dal costituente.

### 3.4 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. Se le parti scelgono una legge regolatrice che preveda l'istituto del *trust*, la Convenzione è pacificamente applicabile, con il conseguente obbligo per lo Stato, in cui la Convenzione è in vigore, di riconoscere il *trust* con gli effetti di cui all'art. 11 e seguenti della stessa Convenzione.

L'articolo 11<sup>83</sup> della Convenzione sancisce il principio di obbligatorietà del riconoscimento da parte degli stati contraenti, quando il

---

<sup>83</sup> 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*;

costituente abbia istituito, in conformità alla legge straniera, un *trust* che sia corrispondente alle caratteristiche enunciate dall'articolo 2 della Convenzione.

L'articolo 11, al 1° comma, stabilendo quali sono gli effetti minimi del riconoscimento, ha natura di norma di diritto materiale uniforme 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*, 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 foro.

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 comportamento configura un

---

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”.

inadempimento; la seconda disciplina le conseguenze che la condotta illegittima ha determinato in relazione ai rapporti con i terzi.

Può, infine, rilevarsi che da una serie di articoli della Convenzione emerge un generale *favor* per il riconoscimento: in particolare, dall'articolo 21, 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.

### **3.5 I limiti del *trust*: ammissibilità del *trust* interno**

Con la legge 16 ottobre 1989 n.364 l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Aja. Con tale ratifica si è creata una situazione apparentemente singolare, dal momento che il nostro paese, primo fra i paesi di *civil law*, si è impegnato, ai sensi dell'art.11 della Convenzione, a riconoscere nel proprio ordinamento gli effetti dei *trusts* che posseggono le caratteristiche di cui all'art. 2 della stessa Convenzione, senza però avere una disciplina interna generale della materia. Al pari di altre convenzioni di diritto internazionale privato, la Convenzione contiene una serie di norme di salvaguardia<sup>84</sup> che conducono all'applicazione del diritto richiamato da altre norme di conflitto del foro o diritto del foro.

La questione che ha fatto sorgere negli ultimi anni un vasto e acceso dibattito dottrinale riguarda l'ammissibilità nel nostro ordinamento del c.d. *trust* interno, cioè di un *trust* in cui, secondo la definizione datane da chi ha proposto tale espressione, tutti gli "elementi soggettivi ed

---

<sup>84</sup> Cfr. artt. 13, 15,16, 18 e 19 della Convenzione stessa.

obbiettivi siano legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come trust (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione”<sup>85</sup>.

La fattispecie cui si fa principalmente riferimento è quella di un *trust* istituito in Italia da soggetti ivi residenti, sui beni siti in Italia, a favore di beneficiari ivi residenti, ed in cui eventualmente il *trustee* sia residente in Italia e altresì si svolga in Italia l'amministrazione dei beni del *trust*. Per affrontare la questione relativa alla fattispecie ora considerata è necessario prendere atto che il secondo capitolo della Convenzione determina la legge applicabile al rapporto, in primo luogo, secondo la volontà del costituente (art. 6), solo se tale volontà manca interviene il criterio del collegamento più stretto (art.7).

Un primo orientamento, contrario all'ammissibilità del *trust* interno, ha sostenuto che la Convenzione dell'Aja è una norma di diritto internazionale privato e non è idonea ad introdurre una nuova ipotesi di patrimonio separato: le norme di diritto internazionale privato sono dirette a risolvere potenziali conflitti nello spazio e, pertanto, si applicano alle fattispecie che presentano un collegamento con ordinamenti stranieri.

Quindi la convenzione dell'Aja offre una copertura legislativa solo rispetto al c.d. *trust* internazionale. In tal senso parte della giurisprudenza di merito ha affermato che “il *trust*, i cui elementi significativi, indipendentemente dalla volontà del disponente, sono tutti localizzati in uno stato che non conosce il *trust*, non può trovare riconoscimento in Italia, dovendosi ritenere che la Convenzione dell'Aja non assume il carattere di Convenzione di diritto sostanziale uniforme, non essendo il *trust* compatibile con i principi del nostro ordinamento”<sup>86</sup>. Ed ancora la tesi<sup>87</sup> circa l'inammissibilità del *trust* interno ha sostenuto che il negozio con cui il *settlor* trasferisce il bene al *trustee*, è un negozio astratto e, nel nostro ordinamento, non sono ammissibili contratti di

---

<sup>85</sup> Cfr. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 546.

<sup>86</sup> Trib. Belluno 25 settembre 2002.

<sup>87</sup> Gazzoni, Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del *trust*, in Riv. Not., 2002, 1107.



trasferimento di diritti reali senza causa. Al fine di negare l'ammissibilità del *trust* interno si è altresì fatto leva sulle norme in materia di trascrizione. Si è difatti sostenuto il principio della tassatività degli atti soggetti a trascrizione. In realtà l'universo giuridico del trascrivibile non si esaurisce in atti che rivestono necessariamente efficacia costitutiva o traslativa di diritti reali. Basti pensare alla trascrivibilità delle vendite obbligatorie o all'art. 2645 bis c.c., che prevede la possibilità di trascrizione anche per i contratti preliminari, sebbene gli stessi rivestano efficacia obbligatoria e non reale.

Nella giurisprudenza<sup>88</sup> sembra prevalere l'orientamento secondo cui il *trust*, a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja, trovi piena cittadinanza nell'ordinamento italiano. A sostegno dell'ammissibilità della figura del *trust* interno si pongono le seguenti considerazioni. In primo luogo se l'ordinamento riconoscesse il *trust* internazionale e non quello interno opererebbe una scelta in netto contrasto con il principio di uguaglianza. In secondo luogo il negozio traslativo non è un negozio atipico che persegue un interesse meritevole di tutela. Con riferimento al problema della trascrizione, parte della dottrina ha affermato che il principio della tassatività *ex art. 2643 c.c.* degli atti soggetti a trascrizione deve essere inteso in senso elastico con riferimento agli effetti degli stessi. Ed invero, l'effetto che produce il *trust* è identico a quello prodotto dagli atti di cui all'art. 2643 c.c., cioè quello di un trasferimento della proprietà con condizioni o vincoli<sup>89</sup>. Ed ancora, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione, gli Stati potrebbero introdurre delle norme interne volte ad escludere il riconoscimento del *trust*; quindi fino a quando il legislatore nazionale non introduca una norma che espressamente escluda il *trust* interno, si deve ritenere che esso sia ammissibile in base alla stessa

---

88 Cfr. Trib. di Bologna, Sez. I, sentenza 30 settembre 2003, in Guida al Diritto, 2003, n. 45, 52

89 Trib. Trieste, ufficio del giudice tavolo, decreto 23 settembre 2005 "sono oggetto della pubblicità immobiliare non gli atti ma gli effetti da questi prodotti: sia in forza dell'art.12 della Convenzione, sia per le disposizioni del sistema tavolo che deve disporsi l'intavolazione del diritto trasferito al *trustee* (di impronta non proprietaria ma vincolato al perseguimento di uno scopo, temporalmente e condizionatamente limitato) con l'annotazione delle condizioni e dei termini dell'atto di *trust*, per rendere ostensibili i limiti imposti e la legittimazione attribuita al *trustee*".

Convenzione dell'Aja<sup>90</sup>. La limitazione prevista dall'articolo 13 ha acceso un vivace dibattito in dottrina. La norma in esame, che ebbe un'origine tormentata, consente al giudice 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.

Questa norma fu introdotta nella Convenzione come “clausola di salvaguardia a favore di Stati che non conoscono il *trust*”<sup>91</sup>. Come rileva il rapporto di Von Overbeck, la norma “permette al giudice di uno Stato che non conosce il *trust* di rifiutarne il riconoscimento in quanto egli reputi che si tratti di una situazione interna”. Il limite introdotto da questa disposizione funziona come limite che si indirizza alle situazioni interne.

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

All'origine, essa fu l'effetto 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.

Nella sua formulazione definitiva la norma consente al giudice di non riconoscere un *trust* quando alcuni suoi elementi significativi siano più strettamente legati ad ordinamenti che non conoscono il *trust* o la categoria

---

<sup>90</sup> Cfr. Trib. Trieste, Ufficio del giudice tavolo, decreto 23 settembre 2005: “è superata la tesi della presunta irricognoscibilità del *trust* interno, che è istituto recepito dall'ordinamento giuridico italiano con la ratifica legislativa della Convenzione dell'Aja del 1985 e consente di tutelare in modo pieno e soddisfacente interessi meritevoli di tute perseguiti dalle parti. Gli elementi costitutivi del *trust* devono essere apprezzati dal singolo caso concreto, rispettando il principio di autonomia negoziale e verificando se la legge regolatrice prescelta è in contrasto con l'ordinamento giuridico interno o utilizzata in frode alla legge nazionale”.

<sup>91</sup> Cfr. A.E. Von Overbeck, *Rapport explicatif* 123, in *Actes et documents*, 1984, 97.

alla quale appartiene il *trust* in questione. Si ritiene pertanto che la norma vada interpretata non già come diretta allo Stato in sede di ratifica della Convenzione bensì come diretta al giudice italiano. La dottrina che propende per l'ammissibilità del *trust* interno, ha da subito osservato che l'art. 13 non prevede l'obbligo bensì la facoltà per il giudice di negare il riconoscimento. Il giudice dovrebbe, quindi, avvalersi di tale facoltà non in via arbitraria, bensì solo qualora reputi che, pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia degli articoli 15, 16 e 18 della Convenzione, la situazione sia stata abusivamente sottratta all'applicazione del diritto italiano ed il *trust* rappresenti un abuso di diritto e venga utilizzato in frode alla legge interna, *ex art. 1343 c.c.*<sup>92</sup>.

La disposizione è chiaramente ispirata ad un particolare *favor* nei confronti del *trust*, e obbliga il giudice, in caso di contrasto fra le disposizioni del *trust* e le norme inderogabili dell'ordinamento, a non spazzare via il *trust* vanificandone gli obiettivi, ma a salvare questi ultimi e a realizzarli nei limiti della loro ammissibilità nell'ordinamento con altri mezzi giuridici. Quali siano questi obiettivi non è specificato dalla Convenzione che si limita ad indicare, quali elementi che non devono essere presi in considerazione, la legge scelta del 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, giacché 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.

---

<sup>92</sup> A tal riguardo Lupoi in Lettera a un notaio conoscitore dei *trusts*, in Rivista del notariato, 2001, 343 afferma che il diniego del riconoscimento comporti la nullità del *trust* e, conseguentemente, la nullità degli atti di dotazione per mancanza di causa.

L'eventualità che possa trovare attuazione 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 scartata – 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 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 espressamente. La nostra prassi notarile unitamente ad una parte della dottrina ritiene ammissibile il *trust* interno; tuttavia sostiene che il ricorso a detta figura debba essere frutto di una scelta ponderata effettuata alla luce di una seria analisi degli strumenti alternativi offerti al nostro diritto.

Altra parte della dottrina<sup>93</sup> invoca l'art. 13 quale espressione del divieto del *trust* interno.

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

L'opinione favorevole<sup>94</sup> al *trust* interno, peraltro, pare meglio argomentata e più rispondente al dettato della Convenzione: come è stato osservato, tutte le possibili obiezioni all'ammissibilità dei *trusts* interni, avanzate nel corso dei lavori, 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.

---

93 Gazzoni, Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust, in Riv. Not., 2002, 1107.

94 Lupoi, Trusts, Milano, 2001, 211.

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 nazionale.

Un'altra parte della dottrina<sup>95</sup>, argomentando dalla natura internazional-privatistica 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. E' stato anche obiettato che l'art. 13 appare come una previsione normativa che richiede una apposita disposizione di adattamento ordinario che nel caso dell'Italia non è stata emanata<sup>96</sup>.

L'obiezione riprende la tesi svolta in un pregevole studio, secondo cui l'art.13, avendo il carattere di norma *not self-executing*, necessiterebbe di apposite disposizioni di adattamento ordinario, per essere esecutiva in Italia. In difetto di tali disposizioni, non vi sarebbe in capo al giudice il potere di ammettere il riconoscimento del *trust* interno, poiché lo Stato italiano, a causa degli effetti minimi dell'ordine di esecuzione, non è

---

<sup>95</sup> Gambaro, Il *trust* in Italia, Convenzione relativa alla legge sui *trusts* e al loro riconoscimento, in Le nuove leggi civili commentate, 1993, 1218.

<sup>96</sup> Trib. Belluno, 25 settembre 2002.

tenuto sul piano internazionale a riconoscere il *trust* interno<sup>97</sup>. La conclusione è pregevole quanto al rilievo dell'art. 13 sull'osservanza/inosservanza degli obblighi internazionali, ma è invece erronea là dove afferma che in difetto di disposizioni interne non vi sarebbe il potere del giudice di ammettere il riconoscimento del medesimo *trust*. Vale in contrario il rilievo secondo cui l'art. 13 non riguarda affatto il potere di riconoscere il *trust* retto dalla legge straniera ma, come si evince dal suo testo, quello di non riconoscerlo. Se davvero l'art. 13 fosse una norma *not self-executing*, si dovrebbe concludere che lo Stato italiano non avrebbe modo di sottrarsi all'obbligo di riconoscere che la norma abbia carattere *self-executing*, dovremmo concludere che lo Stato italiano non avrebbe modo di sottrarsi all'obbligo di riconoscere il *trust* che è posto dall'art. 11 della Convenzione<sup>98</sup>. Per evitare tale conclusione si deve riconoscere che la norma abbia carattere *self-executing*, poiché rende lecito il non riconoscimento del *trust*: proprio in quanto facoltizza non richiede ulteriori adattamenti. Tuttavia, appare opportuno sottolineare che l'accoglimento di questa analisi, e la conseguente adesione del convincimento 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 italiano<sup>99</sup>.

Ai fine dell'ammissibilità del *trust* interno nel nostro ordinamento giuridico è opportuno dare conto della riflessione, condotta da illustre

---

<sup>97</sup> Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, 43.

<sup>98</sup> Se infatti, si interpreta l'art. 13 come norma diretta al legislatore, al pari dell'art. 26 della Convenzione stessa, che regola le riserve che possono essere espresse dagli Stati in sede di ratifica, essa risulta non rilevante, dal momento che il legislatore non ha esercitato la facoltà di dettare norme al fine di non riconoscere i *trust* puramente interni.

<sup>99</sup> Lipari, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996, 490.

dottrina<sup>100</sup>, secondo cui gli scopi che si perseguono attraverso il ricorso al *trust* interno, potrebbero trovare realizzazione nel nostro ordinamento mediante l'utilizzo dei soli strumenti propri del diritto interno, senza alcuna necessità di fare riferimento alla Convenzione. Tale tesi, riprendendo alcune ricostruzioni della dottrina più moderna, riguardo la centralità dell'autonomia negoziale privata, la flessibilità delle strutture giuridiche rispetto agli interessi da perseguire e la necessaria corrispondenza fra gli assetti degli interessi come fissati dall'autonomia privata e gli effetti giuridici degli atti, rivendica piena cittadinanza nel nostro ordinamento a tutti gli atti volti ad imprimere vincoli di destinazione a beni, trasferiti in modo puramente strumentale ad un gestore, al fine di farli pervenire a soggetti beneficiari. Più precisamente, ogni volta che, nel nostro ordinamento, un atto attributivo sia accompagnato da uno di destinazione, non sarebbe corretto riconoscere effetti *erga omnes* al solo atto attributivo ed effetti esclusivamente *inter partes* all'atto di destinazione, sulla base dell'assunto che solamente il negozio attributivo possa avere rilevanza esterna e fungere da "indice della circolazione dei diritti", mentre i "negozi destinatori", parimenti ad ogni altro tipo di pattuizione contenuta nell'atto, possano avere solamente rilevanza interna. Secondo tale autore, pertanto, un negozio tipico di destinazione, retto dal diritto italiano sarebbe in grado autonomamente di produrre nel nostro ordinamento effetti segregativi identici a quelli che la Convenzione dell'Aja riconosce ai *trusts* cui essa si applica (cioè quelli che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2 della Convenzione stessa), riducendosi così la questione dell'applicazione della Convenzione dell'Aja al *trust* interno ad uno pseudo-problema.

Questa tesi ha negli ultimi anni trovato riscontro in un provvedimento<sup>101</sup> che, nel negare l'applicabilità della Convenzione dell'Aja al *trust* interno, ha ritenuto ammissibile l'istituzione di un *trust* interno in quanto "negozio atipico degno di tutela in ragione della

---

<sup>100</sup> Lupoi, La sfida dei *trusts* in Italia, in *Corriere Giuridico*, 1995, 1205.

<sup>101</sup> Trib. Velletri ord. 29 giugno 2005 in *Europa e Diritto Privato*, 2005 con commento di S. Mazzamuto, *Trust* interno e negozio di destinazione.

meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli artt. 1322 e 1324 c.c.". Questa tesi sembra avere trovato l'avallo del nostro legislatore con l'art. 2645 *ter* c.c.<sup>102</sup> che nel prevedere la possibilità di trascrivere atti di destinazione diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, sembra riconoscere implicitamente alla nostra autonomia privata la possibilità di creare "rapporti giuridici" rientranti nella definizione di *trust* secondo l'art.2 della Convenzione dell'Aja. Secondo la menzionata tesi, il nostro Stato non è più annoverabile tra quelli che non prevedono l'istituto del *trust* e conseguentemente l'art. 13 della Convenzione dell'Aja non potrebbe più essere invocata per negare riconoscimento ad un *trust* interno.

Oltre al già richiamato art. 13 della Convenzione le disposizioni contenute negli articoli 15, 16 e 18 introducono delle limitazioni all'autonomia concessa al costituente nella scelta della legge applicabile.

L'art. 18 della Convenzione riprende la terminologia già impiegata in altri sedi convenzionali, negando attuazione alle disposizioni della Convenzione che siano manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico. Si tratta di un limite assoluto che impedisce l'applicazione della Convenzione. L'art. 16 riguarda le norme di applicazione necessaria e l'origine è da rinvenirsi nell'art. 7 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle convenzioni contrattuali<sup>103</sup>; la disposizione opera quale limite alle norme convenzionali sull'individuazione della legge del *trust*, facendo prevalere le disposizioni del foro.

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 conflitto<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Art. 39 *novies* del decreto legge n. 273 del 30 dicembre 2005 convertito in legge 23 febbraio 2006, n.51.

<sup>103</sup> Comma : "La presente convenzione non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto".

<sup>104</sup> Articolo15: "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;



Questo limite non comporta, in ogni caso, un ostacolo all'applicazione della Convenzione, 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 regolatrice.

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. L'applicazione giurisprudenziale della norma *de qua* non risulta certamente agevole, sia perché l'individuazione delle norme inderogabili è suscettibile di diverse soluzioni, sia perché il favore verso il riconoscimento, al quale la Convenzione è improntata, potrà trovare difformi manifestazioni nell'interpretazione tanto del primo comma dell'art. 15, ove è un'elencazione non tassativa delle materie, quanto dell'inusuale disposizione posta al secondo comma, secondo la quale il giudice dovrà cercare di realizzare gli obiettivi del *trust* "con altri mezzi giuridici" qualora le norme di cui al primo comma siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*.

### 3.6 Le fonti interne del *trust*

Il nostro legislatore pare avere optato per un'introduzione sartoriale del *trust* nel nostro ordinamento, vale a dire non generalizzata

- 
- 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."

ma ritagliata su misura per specifiche fattispecie e senza mai nominarlo espressamente. Al di là dell'art. 627 c.c., che regola le disposizioni fiduciarie, il nostro diritto vigente conosce un ampio numero di ipotesi che vanno ricondotte alla figura descritta nell'art. 2 della Convenzione. Esse non si identificano *tout court* con i *trusts* noti nei paesi di *common law*, ma abbracciano gli istituti e le concrete fattispecie, comunque note, che corrispondono ai tratti distintivi enunciati nell'art. 2 della stessa Convenzione. In questa sede appare utile una disamina di quelle disposizioni interne nel nostro ordinamento che, indirettamente, sono riferibili anche al *trust* e ci possono aiutare a meglio comprenderne la natura giuridica.

La nostra Costituzione non contempla alcuna disposizione espressa con riferimento all'istituto del *trust*. Sussistono tuttavia precetti di carattere generale che sono indirettamente ad esso riferibili. La dottrina favorevole ai *trust* interni sostiene che non ammetterne la riconoscibilità nel nostro ordinamento comporterebbe una violazione dell'art. 3 Costituzione in quanto vieterebbe ai soggetti di cittadinanza italiana di fare ciò che viene consentito ad uno straniero.

Sul punto si è espressa la giurisprudenza di merito<sup>105</sup> che ha sancito che ritenere la mera nazionalità un elemento di discriminazione di fatto produrrebbe ripercussioni anche sulla legittimità di tale Convenzione rispetto al citato art. 3 della nostra Costituzione sia per la propria intrinseca irragionevolezza sia per l'ingiustificata disparità di trattamento generata.

La stessa giurisprudenza affermava che perseguendo tale strada si sarebbe prodotto, tra l'altro, il perverso effetto di rendere “*tamquam non esset*” la legge di ratifica<sup>106</sup>. Con riguardo all'interpretazione dell'art. 10 Cost. comma 2°, laddove si afferma il principio di parità di trattamento del cittadino italiano rispetto allo straniero, le predette considerazioni vengono confermate.

---

<sup>105</sup> Cfr. Trib. Bologna, giudice del Registro, 16 giugno 1993, in *Trusts* 2003.

<sup>106</sup> Cfr. Tonelli, *Trust: la giurisprudenza italiana fino ad oggi*, 1 febbraio 2004, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com).

Con riferimento alle fonti civilistiche, quanto detto in ordine alla mancanza di norme espresse sul *trust* viene confermato. Ed invero, relativamente al formante dottrinale, una parte della giurisprudenza, come si è già riferito, è favorevole al riconoscimento del *trust* interno mentre altra parte della dottrina ne esclude l'ammissibilità parlando di tentativo dell'impossibile<sup>107</sup>.

Sul fronte giurisprudenziale esistono una serie di pronunce che si sono occupate del problema, talvolta anche in maniera implicita, e quasi tutte hanno ammesso la riconoscibilità del *trust* interno<sup>108</sup>. Dalla lettura dei provvedimenti contrari al *trust* interno emerge un omogeneo sentimento di preoccupazione dell'utilizzazione di tale istituto da parte del disponente al solo fine di eludere alcuni dei principi inderogabili del nostro ordinamento.

### **3.7 Compatibilità del *trust* con i principi dell'ordinamento italiano: diritto successorio**

Il tema dell'ammissibilità del *trust* nell'ordinamento italiano sino alla recente novella dell'art. 2645 *ter* c.c., che ha sancito l'opponibilità della destinazione convenzionale e l'effetto segregativo sui beni destinati nell'ambito del patrimonio del titolare, è stato affrontato soprattutto sul piano dei principi e con riguardo alla compatibilità di tale istituto con il nostro ordinamento giuridico.

Tra i primi argomenti utilizzati dalla dottrina contraria al riconoscimento dei *trusts* interni si annovera la potenziale lesione dei principi fondamentali del diritto successorio italiano da parte dello strumento negoziale del *trust*, quale possibile strumento alternativo alla devoluzione per causa di morte, pur nel rispetto delle norme in materia di

---

<sup>107</sup> Gazzoni, Tentativo dell'impossibile, in Riviste del notariato, 2001, 11.

<sup>108</sup> Tra i provvedimenti che negano espressamente la riconoscibilità del *trust* interno sono un decreto del tribunale di Belluno del 23 settembre 2002 pubblicato in *Trusts*, 2003, un decreto del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 14 luglio 1999 pubblicato in *Trusts* 2000 e da ultimo, un decreto del tribunale di Trieste del 7 aprile 2006.

successione, salvaguardate espressamente dall'articolo 15 della Convenzione dell'Aja.

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

L'art. 458 c.c., dopo la modifica apportata dall'introduzione nell'ordinamento del "Patto di Famiglia", dispone "*Fatto salvo quanto disposto dagli art. 768 bis e seguenti, 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 rinuncia ai medesimi*" La norma costituisce conseguenza logica della previsione dell'art. 457 c.c. in cui si legge che "l'eredità si devolve per legge o per testamento".

Il nostro ordinamento, seguendo l'insegnamento della tradizione giuridica romanistica, non ammette la delazione contrattuale dell'eredità a differenza di molti altri paesi europei che, seguendo la tradizione germanica, hanno sempre ammesso i contratti successori. Dall'analisi letterale dell'art. 458 la dottrina ha individuato e distinto tre tipologie di patti successori: patti istitutivi, dispositivi e rinunziativi.

Si qualifica istitutivo il patto successorio con il quale con contratto si istituisce l'erede o il legatario o ci si obbliga a farlo con successivo testamento, pretendendosi così di creare, a fianco alla vocazione testamentaria e quella legale una sorta di vocazione contrattuale.

E' denominato dispositivo il patto che ha natura di atto *inter vivos*, in quanto con essi si dispone dei beni che potranno provenire da una futura successione, e rinunziativo, anch'esso avente natura di contratto *inter vivos*, con il quale si rinunzia ai diritti che possono spettare su una successione futura. I tre tipi di patti successori oltre ad avere natura differente hanno, secondo quanto sostenuto dalla dottrina, anche fondamento giuridico differente. Mentre il divieto dei patti istitutivi ha sempre trovato la sua ragione logica nella necessità ed opportunità di garantire ad ogni soggetto la massima libertà di disporre invece la *ratio* del divieto dei patti dispositivi e rinunziativi si ritroverebbe nell'esigenza di

tutelare soggetti inesperti che sarebbero portati a disperdere le proprie sostanze. L'individuazione delle fattispecie inquadrabili tra i patti successori non sempre è agevole, perché l'autonomia privata può muoversi in varie direzioni, in via alternativa alla successione, spesso al fine di evitarla. È vietato pertanto qualsiasi accordo che ritrovi nella morte la causa della attribuzione e le tre ipotesi esaminate 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.

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.

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 titolo<sup>109</sup>.

Tuttavia, l'ultimo requisito è ritenuto proprio dei soli patti successori istitutivi, gli unici che possono legittimamente essere definiti come atti *mortis causa*; le convenzioni dispositive o rinunciative devono, *ex adverso*, considerarsi negozi *inter vivos*.

---

<sup>109</sup> 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 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".

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 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 Convenzione.

Ciò posto occorre rilevare come 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 perché non è un contratto, ma un atto unilaterale<sup>110</sup>, perché i beni costituiti in *trust* escono immediatamente dal patrimonio del disponente e non alla sua morte ed, in ultimo, perché 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 designate in modo irrevocabile. Ma, anche dandosi tali ipotesi, non si verificherebbe un conflitto con il

---

<sup>110</sup> Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 54.

divieto dei patti successori, perché mancherebbe un accordo tra disponente e beneficiari, ovvero tra disponente e *trustee*.

Invero, come è stato osservato<sup>111</sup>, il giudizio di validità dello strumento del *trust* alla luce del divieto dei patti successori necessita di essere valutato volta per volta, non potendo 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.

Analoghe conclusioni<sup>112</sup> sono adottate dalla dottrina con riguardo al divieto, esistente nel codice civile, circa la sostituzione fedecommissaria in materia testamentaria. Trattasi di una sostituzione prevista dal *de cuius*, ma non già per il caso in cui l'istituto non voglia o non possa succedere, quanto piuttosto per il momento della morte di costui, dopo quindi che egli ha accettato la delazione.

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 fedecommissato l'istituto ha

---

<sup>111</sup> Santoro, *Il trust in Italia*, GIUFFRÈ, Milano, 2004, 164.

<sup>112</sup> Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, II ed., 395.

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 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* 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 dichiarasse 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 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".

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. A ciò si aggiunga che l'introduzione nel codice civile del già richiamato patto di famiglia ha definitivamente risolto il problema del superamento di tale divieto. Ed invero, tale fattispecie, determinata dalla necessità di tutelare la successione d'impresa, prevede la possibilità per l'imprenditore di assegnare con atto pubblico l'azienda ad uno o più discendenti.

### **3.8 Il *trust* ed il divieto del patto commissorio**

Problemi di compatibilità si sono posti tra il *trust* e il divieto di patto commissorio con il quale debitore e creditore convengono che in mancanza di pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno, anche da un terzo, passi al creditore stesso, immediatamente o a seguito di eventuale esercizio di un'opzione di acquisto prevista in favore del creditore contestualmente al sorgere del credito.

Il divieto di patto commissorio descritto dall'art. 2744 c.c., ha, nel sistema italiano, un raggio di azione molto ampio .

Una letteratura copiosa si è interessata all'argomento, affascinata sia dal *revirement* giurisprudenziale con cui negli anni '80 del XX secolo la nostra giurisprudenza di legittimità ha abbracciato una delle tesi più

estreme che erano diffuse in dottrina<sup>113</sup> sia dalla evidente complessità di un problema che intesse aspetti di rilievo pratico con temi di carattere generale quali la *ratio legis*, sottesa alla norma in oggetto, la causa del contratto e dell'attribuzione, e più in generale la funzione dell'autonomia privata.

Il punto di arrivo cui sono pervenute giurisprudenza e dottrina ormai maggioritarie consiste nel collegare la nullità di cui all'art. 2744 c.c., non alla struttura dell'atto negoziale, ma alla sua funzione economica.

Tralasciando in questa sede le disquisizioni dottrinali che hanno interessato il divieto de quo, appare opportuno condurre l'odierna indagine circa la verifica se un *trust* costituito a scopo di garanzia urti irrimediabilmente contro il divieto di patto commissorio, così come esso è inteso nel diritto vivente italiano. A seguito di un primo esame sommario la risposta alla domanda che si è appena formulata dovrebbe essere immediatamente positiva. Tale conclusione si sposerebbe con il criterio adottato dalla nostra giurisprudenza di legittimità per 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. Sicché è agevole scorgere come qualsiasi *trust* di garanzia rientrerebbe nell'ambito del divieto. Atteso che il predetto divieto ha natura di ordine pubblico, esso verrebbe a colpire sia i *trusts* c.d. di diritto interno, sia i *trusts* esteri ai cui effetti si cerchi di dare esecuzione in Italia in base alla legge 1989/364.

La distinzione, ovviamente necessaria, tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale non varrebbe infatti ad esentare il *trust* estero dal divieto municipale, posto che sia l'art. 15, lettera d), sia l'art. 16 della Convenzione dell'Aia 1° luglio 1985, indicano che gli effetti di un *trust* estero non possano urtare con specifiche norme proibitive di diritto interno dello Stato che ne dispone il riconoscimento.

---

<sup>113</sup> Bigliuzzi Geri, Patrimonio autonomo e separato, in Enc. Dir., XXXII, Milano, 1982, 280.

A tale soluzione, che sembrerebbe largamente obbligata, si sfuggirebbe inserendo nell'atto istitutivo di *trust* un patto marciano<sup>114</sup>. Si è anzi rilevato come lo schema del *trust* consenta di andare ben oltre il mero patto marciano, poiché consente di considerare sia il creditore che il debitore come *beneficiaries* del *trust* imponendo di conseguenza al *trustee* un obbligo di assoluta imparzialità, anzi per meglio dire, imponendo al *trustee* di contemplare, nell'esecuzione dei suoi obblighi, il dovere di protezione sia dell'interesse del creditore che di quello del debitore.

Si tratta però di verificare se nel caleidoscopio delle ragioni giustificatrici del divieto, le cautele sopra riportate siano sufficienti.

Iniziamo quindi con il ricordare che tale cautela non potrebbe essere considerata tale ove si accedesse a quelle impostazioni minoritarie a dire il vero, che spiegano il divieto di patto commissorio in termini di insufficienza causale del negozio in quanto la mera finalità di garanzia non sarebbe sufficiente a sorreggere l'attribuzione in proprietà di un bene qualsiasi. Questa impostazione, che vanta illustri predecessori<sup>115</sup>, non è oscurata da quanto sostenuto nelle massime giurisprudenziali secondo cui il divieto mira a salvaguardare da un lato l'interesse del debitore, sottraendolo alla coazione morale del proprio creditore, dall'altro l'interesse degli altri creditori, i quali verrebbero pregiudicati dalla sottrazione di un bene alla garanzia patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.*, al di fuori delle cause legittime di prelazione di cui all'*art. 2741 c.c.*

Piuttosto è da ricordare come sia stato ben sottolineato in dottrina la contraddittorietà logica tra l'impostazione causalistica e ammissione della liceità della cessione di crediti a scopo di garanzia<sup>116</sup>. Sicché ammessa la seconda deve essere ripudiata la prima. Con qualche variazione la stessa conclusione è ravvisabile in riferimento

---

<sup>114</sup> Il patto marciano è quel patto in cui il creditore diventa proprietario della cosa ricevuta in garanzia quando il debitore non adempie, ma a condizione di versare al debitore l'eventuale differenza tra importo del credito e valore stimato.

<sup>115</sup> Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 25.

<sup>116</sup> Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Giappicchelli, Torino, 2000.

all'ammissibilità della cessione in funzione di garanzia corredata da un patto marciano.

In secondo luogo è da rilevare che se si intende la *ratio* del divieto sul piano della prevenzione dell'ingiustificato arricchimento, con conseguente potere-dovere del giudice di procedere ad un vaglio caso per caso, allora nemmeno la cautela relativa alle obbligazioni di salvaguardia bilaterali del *trustee* può apparire sufficiente.

Infatti, il vaglio giudiziale si dovrebbe portare al terreno della esecuzione dell'obbligo, e non già sulla sola sua esistenza; in ogni caso nessuna cautela preventiva potrebbe impedire il vaglio giudiziale, con la conseguenza che la certezza della validità dell'operazione si potrebbe acquisire solo a vaglio concluso.

In terzo luogo occorre osservare che se la più recente giurisprudenza sembra orientata verso il polo giustificativo per cui la *ratio* del divieto consiste nel prevenire approfittamenti facilitati dallo stato di bisogno del debitore, non è mancata e non manca la voce di chi aggiunge a detta funzione politica anche quella di tutelare gli interessi dei terzi creditori del medesimo debitore. In quest'ultima ottica però qualsiasi *trust* con funzione di garanzia sarebbe vietato.

Pur trascurando di far menzione delle tesi più estreme e marginali, il panorama qui offerto pare rappresentare, in modo oggettivo, i dubbi che possono ancora impedire l'utilizzazione dei *trusts* con funzioni di garanzia. Detto questo si deve da un lato altresì ricordare che i *trust* sono strumenti utili alle prassi commerciali e finanziarie, d'altra parte essi rappresentano anche un modo per ammodernare le nostre prassi riconducendole nell'alveo europeo, il che peraltro è una conseguenza che si trae immediatamente sia da considerazioni specifiche circa lo strumento dei *trust*, sia da considerazioni più generali in materia di garanzie reali del credito. Che si tratti di strumenti i quali hanno bisogno di operare nell'ambito della maggior certezza possibile, va da sé.

L'unica soluzione che a mio avviso può consentire tali risultati consiste nel riflettere sulla natura dei beni economici che sono oggetto del trasferimento e, quindi, che vengono immessi nel *trust fund*.

Se si trattasse di beni che, per il tipo di mercato in cui sono inseriti, fossero facilmente liquidabili, allora qualsiasi trasferimento a scopo di garanzia cesserebbe di essere una fattispecie pericolosa e quindi anche i *trusts* creati a tale scopo potrebbero essere utilizzati nel nostro sistema sia nella forma dei *trusts* esteri, sia in quella dei *trust* interni.

### **3.9 Il rapporto tra il *trust* e l'art. 2740 c.c.**

Un altro punto cruciale da superare per ammettere la legittimità del *trust* nel nostro ordinamento è la compatibilità dello stesso con l'art. 2740 c.c.

Ed invero, il principio secondo cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, nonché il principio in virtù del quale le limitazioni di responsabilità non sono ammesse nel nostro ordinamento tranne nei casi previsti dalla legge, sono stati invocati al fine di negare ingresso al *trust* nell'ordinamento italiano.

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 esse<sup>117</sup>.

Ciò posto, autorevolissima dottrina ha tentato di superare *l'empasse*, sostenendo che occorre tenere distinti gli atti che incidono direttamente sulla responsabilità del soggetto, causandone un ampliamento o una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul solo patrimonio e che solo indirettamente hanno influenza sulla responsabilità: i primi sono nulli per contrasto con l'art 2740 c.c., i secondi sono ammessi dal legislatore, che ha limitato la responsabilità nelle società a responsabilità limitata uni-personale e che ha limitato la responsabilità delle società di capitali, mediante la previsione della costituzione di patrimoni societari destinati ad uno specifico affare<sup>118</sup>; ragionando diversamente, tutti gli atti di disposizione dovrebbero considerarsi limitativi della responsabilità patrimoniale e vietati indirettamente dall'art. 2740 che, come non vieta gli atti di alienazione, non vieta gli atti di separazione, che rappresentano un *minus* rispetto ad essi.

Deve dunque ritenersi che l'atto di destinazione allo scopo, che comporta necessariamente una separazione dei beni oggetto della destinazione del restante patrimonio del destinante non incidendo direttamente sulla responsabilità del soggetto dell'operazione non si pone in contrasto con l'art. 2740 c.c., limitandosi ad esporre l'atto all'azione revocatoria.

---

<sup>117</sup> La Porta, Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, 137.

<sup>118</sup> Art. 2744 *bis* e 2744 *decies* D.lgs 7 gennaio 2003, n. 6.

### 3.10 La trascrivibilità del negozio dispositivo di *trust*

Relativamente alla trascrivibilità dei trasferimenti di diritti reali su beni immobili dal disponente al *trustee*, bisogna tenere in considerazione il dettato normativo dell'art. 12 della Convenzione secondo il quale il *trustee*, che desidera registrare i beni mobili o immobili, avrà facoltà di richiedere l'iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*, a meno che ciò non sia vietato o incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve avere luogo. Questa norma chiave, ritenuta di immediata applicazione nel nostro ordinamento, è stata concepita, in sede di discussione del testo della Convenzione dell'Aja, proprio per rispondere alle esigenze di pubblicità dei paesi di *civil law*, posto che, invece, in alcuni paesi di *common law* vige il principio opposto del divieto di dare pubblicità all'esistenza del *trust* le eventuali controversie si diramano attraverso il principio della buona fede.

In passato si è esclusa la trascrivibilità dei *trust*, in quanto la proprietà del *trustee* rappresenterebbe una nuova forma di proprietà sconosciuta al nostro ordinamento, e ciò violerebbe il *numerus clausus* dei diritti reali<sup>119</sup>.

Infatti, la dottrina<sup>120</sup> ritiene vigente, nell'ordinamento italiano, il principio di tipicità dei diritti reali, in base al quale non è consentito all'autonomia privata di creare nuovi diritti reali, diversi da quelli espressamente previsti dalla legge. Quanto alla pubblicità degli effetti traslativi è stato, però, chiarito che il trasferimento di beni al *trustee* non crea un nuovo e atipico diritto di proprietà, in quanto, a seguito del trasferimento, i beni entrano nella piena proprietà del *trustee*.

---

<sup>119</sup> Gazzoni, Tentativo dell'impossibile, in Rivista del notariato, 2001, I, 11.

<sup>120</sup> Messineo, Trattato di diritto civile e commerciale, milano, 1966, 567-568.

Pertanto, l'atto di trasferimento da disponente a *trustee* sarà, a tutti gli effetti, un atto che trasferisce la proprietà di beni immobili, secondo quanto previsto dagli artt. 2643 e 2645 c.c..

Il sistema della trascrizione delineato nel codice civile è improntato a rigidi criteri di tipicità, connessi alla tipicità dei diritti reali, che non consentono di trascrivere il vincolo che il *trust* imprime sui beni e, più in generale, gli atti che producano effetti diversi da quelli tipici.

Quanto poi alla tassatività degli atti soggetti a trascrizioni, essa va intesa come regola che non trova il proprio fondamento unicamente nelle disposizioni sulla trascrizione contenute nel codice civile, ma anche per il fatto che un numero sempre maggiore di norme contenute in leggi speciali impongono particolari obblighi di trascrizione.

La giurisprudenza di merito<sup>121</sup> ha ritenuto poi di non aderire all'orientamento restrittivo ricorrendo ad una duplice argomentazione: da una parte si è sostenuto che l'art. 2645 c.c. impone di considerare che il legislatore ha attribuito specifica ed esclusiva rilevanza al mutamento giuridico che gli atti producono indipendentemente dalla natura dell'atto dal quale esso deriva; dall'altra parte, si è evidenziato che, pur essendo la proprietà dei beni trasferiti in *trust* una proprietà qualificata, gli effetti dell'atto istitutivo sembrano rientrare tra quelli considerati dal legislatore ai sensi degli artt. 2643 n.1 e 2645<sup>122</sup>.

Di contrario avviso è la giurisprudenza di merito<sup>123</sup> che ritiene che la disposizione convenzionale sia sufficiente a legittimare la trascrizione che riveli l'esistenza del *trust*. Il fatto che il legislatore non abbia provveduto a modificare in sede di ratifica della convenzione, le disposizioni del libro VI del codice civile non significa che tali atti non possano ricevere adeguata pubblicità, poiché nessuna norma del nostro ordinamento lo impedisce.

---

<sup>121</sup> Trib. Bologna, 28 aprile 2000 in *Trusts*, 2000; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 in *Trusts*, 2002.

<sup>122</sup> Capozzi, *Succezioni e donazioni*, Milano, 2002, 29.

<sup>123</sup> Trib. Verona, 8 gennaio 2003 in *Trusts*, 2003, 35.



Qualora, infatti si negasse la trascrivibilità si vanificherebbero tutte le garanzie di cui all'art. 11 della Convenzione, con la conseguenza di ridurre il *trust* ad un negozio fiduciario di tipo romanistico, ossia con efficacia meramente obbligatoria.

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

### **3.11 Art. 2645 *ter* c.c.: ambito di operatività**

La recente novella dell'art. 2645 *ter* c.c., che disciplina la “trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.” necessita di un'indagine circa la portata innovativa della norma de qua. L'art. 2645 *ter* opera su tre piani: sul piano pubblicitario, essendo inserita dal legislatore nel capo concernente gli “atti trascrivibili”; sul piano sostanziale, perché introduce alcune regole che concernono il regime del negozio di destinazione, stabilendo l'interesse da perseguire, la forma che deve avere il negozio e la durata della vigenza del negozio; sul piano della gestione, disposizione e esecuzione del negozio.

Ci si è chiesti se la suddetta norma sia volta soltanto a disciplinare, da un punto di vista meramente pubblicitario, gli effetti dei negozi già tipizzati oppure sia una norma che, operando sul piano sostanziale, ammette i negozi atipici che abbiano un effetto di destinazione, la cui disciplina è dettata dalla norma stessa.

Secondo un primo orientamento <sup>124</sup> l'art. 2645 *ter* c.c. deve interpretarsi come mera norma che consente di rendere opponibile l'atto ai

---

<sup>124</sup> Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645 *ter* c.c., in Giust. Civ., 2006, 165.

terzi, attraverso lo strumento della trascrizione degli effetti accessori di destinazione che si imprimono ai beni immobili o ai mobili registrati.

Secondo questo orientamento siamo in presenza di una norma sulla fattispecie, pur priva di una soddisfacente individuazione sia sul piano strutturale che su quello soggettivo, oggettivo e funzionale. La norma in esame non ha creato una nuova tipologia di atti, ma ha previsto una nuova tipologia di effetti, complementari rispetto a quello traslativo ed obbligatorio, propria delle singole figure negoziali cui accede. A sostegno di questo orientamento si è evidenziato che la norma è stata collocata in una parte del codice civile che non contiene norme riguardanti il diritto sostanziale; sono assenti, nella formulazione letterale dell'art. 2645 *ter*, elementi descrittivi idonei ad individuare con certezza la struttura dell'eventuale negozio e i suoi effetti.

La dottrina dominante<sup>125</sup> ha sostenuto, *ex adverso*, che con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. si sia creata una nuova tipologia di atti ad effetti reali, cosiddetti atti di destinazione: la norma, dunque, non si limita a regolare gli effetti dei negozi già previsti da altre norme, ma introduce una figura generale di negozio atipico con effetto destinatario, sottoponendolo ad una particolare disciplina. Secondo alcuni autori<sup>126</sup> con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* il legislatore avrebbe inteso riconoscere l'istituto del *trust* interno e, pertanto, il nostro ordinamento non può più essere annoverato tra quelli che non prevedono l'istituto del *trust*. La tesi in esame si basa sulle seguenti argomentazioni: la norma in esame ha permesso il riconoscimento, nel nostro ordinamento giuridico, del negozio traslativo atipico; sarebbe sbagliato pensare all'art. 2645 *ter* come ad una norma che si occupa solo di trascrizione trattandosi piuttosto di un mini-statuto dell'atto di destinazione; il termine atto di destinazione utilizzato dal legislatore deve essere inteso come "negozio" unilaterale o bilaterale, secondo un'interpretazione coerente con il significato che il termine atto ha nell'art. 2643 c.c.; se la norma avesse ad oggetto gli effetti

---

<sup>125</sup> Bianca, L'atto di destinazione: problemi applicativi, in Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c., Milano, 19 giugno 2006, 81; Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, in Riv. Dir. Civ., 2006, II, 162.

<sup>126</sup> De Nova, Egesi dell'art. 2645 *ter* cod. civ., in Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.73.

dei negozi tipici, la stessa sarebbe inutile atteso che il legislatore ha già previsti per questi ultimi una disciplina puntuale ed autosufficiente dal punto di vista sostanziale; la norma detta una disciplina sostanziale che afferisce all'atto, e non ai suoi effetti né, tanto meno ai suoi effetti pubblicitari. Secondo questo orientamento dal tenore letterale della norma in esame emerge che l'art. 2645 *ter* c.c. ha dettato prescrizioni di carattere sostanziale, come ad esempio la fissazione di una durata massima del vincolo di destinazione, la previsione di termini di prescrizione, la previsione secondo cui "i beni conferiti e i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti".

Secondo quest'ultimo orientamento non siamo in presenza di una norma che definisce e quindi introduce nel nostro ordinamento una nuova fattispecie negoziale, l'atto di destinazione, bensì di una disposizione che si limita a disciplinare gli effetti della destinazione, mancando qualsiasi riferimento al profilo sostanziale dell'atto<sup>127</sup>.

In giurisprudenza<sup>128</sup>, si afferma che la nuova disposizione introduce nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, conseguente alla destinazione, ma tale effetto resta accessorio rispetto al nucleo effettuale centrale del negozio, tipico o atipico, cui il vincolo di destinazione si accompagna. Nel provvedimento si rileva come la norma non introduce nell'ordinamento un nuovo tipo di atto ad effetti reali né costituisce il riconoscimento e quindi la giustificazione causale di un nuovo negozio, caratterizzato dalla funzione di destinare beni alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Il giudice esclude quindi che con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. sia stata coniata una nuova figura

---

<sup>127</sup> Manes, La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, in *Contratto e Impresa*, 2006, 632.

<sup>128</sup> Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Giust. Civ.*, 2006, II, con nota di Bianca, Il nuovo art. 2645 *ter* c.c. notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste. Il tribunale argomenta che con il 2645 *ter* si sia introdotto nel nostro ordinamento soltanto un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto ad altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi. Essa non essendo una norma sugli atti, non ha introdotto una nuova tipologia di atti ad effetti reali, ma solo una nuova tipologia di effetti, non legittimando alcuna sorta di *trust* atipico o innominato "che diventerebbe il varco per l'ingresso del tanto discusso negozio traslativo atipico".

negoziale, mancando tra l'altro molti elementi necessari a disegnare la fattispecie.

Ed invero gli aspetti di natura sostanziale esplicitati dal legislatore nell'art. 2645 *ter* c.c. (la durata massima, la legittimazione processuale delle parti coinvolte, la menzione del beneficiario) non possono ritenersi sufficienti a superare l'omissione di natura sostanziale. Si può tutt'al più dire che la trascrivibilità dell'atto di destinazione vale a fugare eventuali residui dubbi che qualcuno avesse sulla trascrivibilità del *trust* nel nostro ordinamento<sup>129</sup>.

La portata innovativa della norma de qua è quella di consentire la trascrizione del *trust* straniero che, prima di esso, secondo una parte della dottrina<sup>130</sup>, non sarebbe stata ammissibile. L'art. 2447 *bis* c.c., che, invece, prevede la fattispecie dei patrimoni destinati, introdotta dalle riforma del diritto societario, null'altro è che un *trust* auto dichiarato regolato dal diritto italiano.

### 3.12 Il *trust* e figure affini

Il *trust* si differenzia da alcune fattispecie giuridiche previste dal nostro ordinamento.

Un primo raffronto viene fatto tra il *trust* e il contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c.

Ed invero, il contratto de quo è spesso accostato al *trust* in quanto entrambe le fattispecie realizzano degli effetti, oltre che tra le parti dirette del rapporto, anche nei confronti di un terzo. Le differenze tuttavia si manifestano sotto diversi profili. Nel contratto *ex* art.1411 c.c. il terzo acquista direttamente la titolarità dei beni senza che il promittente assuma la veste di *trustee*; ai sensi dell'art. 1414 c.c. il terzo può esprimere il suo

---

<sup>129</sup> De Nova, Eseggesi dell'art. 2645 *ter* c.c., in dispensa del Convegno: "Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.", Milano 19 giugno 2006, 123.

<sup>130</sup> De Donato, Elementi dell'atto di destinazione, in Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c., 7.

gradimento, mentre normalmente il beneficiario non è chiamato ad esprimere la sua volontà; nel contratto a favore di terzo lo stipulante può revocare la disposizione fino alla dichiarazione del terzo di volerne profittare, mentre, in genere, tale potere non è attribuito al *settlor*.

Con riguardo al rapporto tra *trust* e fondazione occorre rilevare che le finalità che nel nostro ordinamento si perseguono con l'istituto delle fondazioni, negli ordinamenti di *common law* si raggiungono con i *charitable trusts*. Una differenza tra i due istituti era individuata in passato nei controlli governativi che la fondazione, a differenza del *trust*, doveva sopportare *ex art. 17 c.c.* Tale differenza è poi venuta meno perché è stata ammessa l'operatività di fondazioni non riconosciute, a seguito dell'abrogazione dell'art. 17 c.c. da parte della legge 127/97. Altra differenza si può ravvisare nel fatto che i beni che sono destinati al funzionamento della fondazione sono soggetti ad un vincolo di indisponibilità, che si concretizza solo nella impossibilità di distrarre tali beni dalle finalità previste dallo statuto, ma possono essere aggrediti dai creditori della fondazione.

Oggetto di esame da parte della dottrina<sup>131</sup> negli ultimi anni è il rapporto intercorrente tra *trust* e mandato senza rappresentanza. Le analogie fra le due figure emergono quando il mandato è conferito irrevocabilmente e senza l'obbligo di rendiconto. L'art. 1707 c.c. prevede che i creditori del mandatario non possono fare valere le loro ragioni sui beni mobili che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistato in nome proprio, sebbene tali beni rientrino nel patrimonio di quest'ultimo.

Le differenze vanno riscontrate in molteplici aspetti: l'art. 1711 c.c. prevede che il mandatario debba sempre rispettare le istruzioni che gli sono state impartite, mentre il *trustee* ha piena libertà circa la scelta degli atti idonei per il perseguimento degli scopi del *trust*. Ed ancora, l'acquisto del mandatario è privo di un reale significato economico perché il mandante può rivendicare, ai sensi dell'art. 1706 c.c., i beni mobili acquistati per suo conto dal mandatario, oppure esercitare l'azione *ex art.*

---

<sup>131</sup> Falzea, Rappresentanza e fiducia, in AA.VV., a cura di Alcaro e Tommasini, Mandato fiducia e *trust*, Giuffrè, 2003, 156.

2932 c.c. in caso di beni immobili o mobili registrati mentre il *trustee* è proprietario a tutti gli effetti. Infine mentre i creditori del mandante possono aggredire i beni acquistati dal mandatario in esecuzione del suo incarico, ciò non è permesso ai creditori del beneficiario nel caso in cui sia persona diversa dal *settlor*.

Il negozio che più di ogni altro si avvicina al *trust* è il negozio fiduciario<sup>132</sup>.

Nel negozio fiduciario non si realizza una vera segregazione patrimoniale perché il bene trasferito entra nel patrimonio del fiduciario e può essere aggredito dai creditori personali dello stesso. Il rapporto nel negozio fiduciario ha una struttura bilaterale (fiduciante-fiduciario) mentre il *trust* ha di regola una struttura trilaterale. È possibile una coincidenza fra il *settlor* ed il *trustee*. Con riferimento agli strumenti di tutela, il fiduciante, avendo perso il diritto reale, non ha azioni a tutela della proprietà ma solo un diritto al ritrasferimento e può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento ed il risarcimento del danno oppure esercitare l'azione di cui all'art. 2932 c.c.. Il beneficiario, invece, è proprietario sostanziale del bene e, pertanto, può proporre le azioni a tutela della proprietà ed ha il diritto di seguito.

Affinità emergono tra il *trust* e l'usufrutto specie quando un *settlor* costituisce un *trust* avente ad oggetto beni immobili: in tale ipotesi la figura del *trustee* e dei beneficiari è simile a quella dell'usufruttuario e del nudo proprietario. Le differenze vanno ravvisate nel fatto che il *trustee* ha il diritto di proprietà mentre l'usufruttuario ha un diritto reale parziario.

Il nudo proprietario non si spoglia definitivamente del bene infatti è tenuto *ex art. 1005 c.c.* alle riparazioni straordinarie della cosa. Con la morte dell'usufruttuario la piena proprietà del bene si concentra in capo al nudo proprietario.

---

<sup>132</sup> Grasseti, Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento, 1936, 345.

## **CAPITOLO IV – POSSIBILITA’ APPLICATIVE DEL *TRUST***

4.1 Introduzione; 4.2 *Trust* e diritto commerciale; 4.3 *Trust* e diritto del lavoro; 4.4 Il *trust* nel settore bancario e finanziario; 4.5 Il *trust* familiare.

### **4.1 Introduzione**

Il tema delle possibilità applicative del *trust*, affrontato nel presente capitolo, è uno di quegli argomenti in cui la pratica e la teoria devono necessariamente confrontarsi. È necessaria da parte dell’operatore del diritto una disamina teorico-pratica che risponda alla determinazione della funzione, dell’applicazione concreta e dei benefici. Il *trust* è, infatti, uno strumento duttile, flessibile ed idoneo ad essere impiegato nei settori più disparati, quali quello commerciale, familiare, del lavoro. Esso, infatti, costituisce uno strumento di autonomia privata, il quale, in particolare, consente di risolvere una serie di problemi molto sentiti nella moderna economia che richiede di poter costituire patrimoni separati destinati a vari scopi predeterminati o più in generale di fare in modo che un complesso di beni sia amministrato nell’interesse altrui. Il professionista che stia per fare ricorso all’istituto del *trust* domestico deve risolvere alcune questioni preliminari perché abbia un senso l’istituzione del *trust* stesso. Ed invero dovrà verificare se non vi siano altri negozi nell’ordinamento giuridico italiano capaci di raggiungere lo stesso fine; se vi sia un interesse meritevole di tutela; se non vi sia incompatibilità tra il *trust* ed il diritto italiano<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Patti, *I trusts: problematiche connesse alla attività notarile*, in Vita notarile, 2001,

Occorre rilevare tuttavia che se le novità incuriosiscono alcuni è vero il contrario e cioè che spaventano altri, e ciò vale anche per i professionisti. Alcuni, sia per indole che per ruolo, sono più flessibili, attenti ai cambiamenti e disponibili a rivedere il loro *modus operandi*. Altri sono più conservatori e tradizionalisti. Il ceto professionale, nel suo insieme considerato, pur con i necessari distinguo derivanti dalle specifiche funzioni, si è fatto interprete di esigenze avvertite dalla collettività ricercando soluzioni nuove realizzabili nel nostro Paese ma non per questo illecite.

#### **4.2 *Trust* e diritto commerciale**

Il *trust* è un istituto che si presta ad essere una risposta alle istanze provenienti dal mondo imprenditoriale. È uno strumento capace di rispondere efficacemente alle problematiche che le società devono affrontare per stare sul mercato in maniera concorrenziale. Le società possono giovare del *trust* quale strumento per operare piani di *stock option* o per garantire prestiti obbligazionari o per assistere operazioni sul capitale sociale. Ed invero, negli ultimi anni ha riscosso grande interesse negli operatori l'utilizzo del *trust* al fine di stabilizzare gli assetti proprietari e il governo delle società.

Come è noto questa finalità nel nostro paese è stata storicamente perseguita tramite la stipula di sindacati di voto e di blocco<sup>134</sup>. L'esercizio dei diritti sociali nelle società di capitali è spesso influenzato dai c.d. patti parasociali: accordi contrattuali, a latere dello statuto, con i quali tutti o alcuni soci regolamentano tra loro le modalità di esercizio dei diritti connessi allo *status* di socio. Fra i patti parasociali più diffusi sono annoverate le convenzioni di voto, le quali abbracciano una vasta tipologia

---

<sup>134</sup> La letteratura sul tema è vastissima a partire dal primo lavoro di G. Oppo, *Contratti parasociali*, Vallardi, 1942, 2. Da ultimo G. A. Rescio, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in P. Abadessa - G.B. Portale, *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum G. F. Campobasso, 1, Utet, 2006.



di intese programmatiche raggiunte tra gruppi di soci: da quelle di tipo occasionale concluse in vista di una specifica assemblea, a quelle capaci di creare una stabile organizzazione del gruppo di sottoscrittori del patto stesso che più propriamente si qualifica come sindacato di voto.

I sindacati di voto nella prassi societaria, si sono sviluppati in vario modo in quanto sono sempre figli dell'autonomia negoziale ed è quindi opportuno farne una breve rassegna. Possono riguardare tutte o solo alcune delle materie di competenza assembleare; possono prevedere che le decisioni sulle modalità del voto siano assunte dai soci sindacati all'unanimità o maggioranza; possono essere a tempo determinato o indeterminato; possono prevedere che il voto in assemblea sia espresso da un soggetto diverso dai soci, il quale voterà in forza di procura irrevocabile; possono infine prevedere che i soci girino per procura le proprie azioni ad una società fiduciaria, con il mandato irrevocabile a votare in assemblea secondo le direttive del sindacato, oppure che le azioni vengano intestate fiduciariamente ad una fiduciaria che poi eserciterà il voto. Il problema dei sindacati di voto non si presenta più come un problema di validità ma come un problema di opponibilità in quanto la validità è presupposta da recenti dati normativi: gli artt. 122 e 123 del T.U.F. e gli artt. 2341 *bis* e *ter* c.c. che fanno riferimento ai patti parasociali che abbiano per oggetto l'esercizio del diritto di voto e si occupino unicamente di profili attinenti alla pubblicità e alla durata. Quanto sopra affermato non lascia dubbi sulla loro generale validità, interessando unicamente al legislatore assicurarne la trasparenza, nell'interesse del mercato, e una durata congrua nell'interesse dei soci che li hanno sottoscritti<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> Tale problematica è stata affrontata dalla Cassazione, la quale, nella sentenza sopra citata, ha sancito: i patti parasociali sono, nella loro composita tipologia, accordi atipici, volti a disciplinare, in via meramente obbligatoria tra i soci contraenti, il modo in cui dovrà atteggiarsi su vari oggetti, il loro diritto di voto in assemblea. Il vincolo che discende dai patti parasociali opera, pertanto, su di un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale, sicché non è legittimamente predicabile, al riguardo, né la circostanza che al socio stipulante sia impedito di determinarsi autonomamente all'esercizio di voto in assemblea, né quella che il patto stesso ponga in discussione il corretto funzionamento dell'assemblea, poiché al socio non è in alcun modo impedito di optare per il non rispetto del patto di sindacato ogni qualvolta l'interesse ad un certo esito

Detti patti possono avere soltanto efficacia obbligatoria e non possono, invece, essere fatti valere nei confronti della società. Da tutto ciò ne deriva che le conseguenze dell'inadempimento da parte di uno o più soci sindacati si riducono al risarcimento del danno. Il voto, qualora, espresso in violazione del patto di sindacato resta, a tutti gli effetti, un voto valido così come è e resta valida la delibera assembleare, ancorché detto voto fosse stato determinante per la sua adozione.

Il *trust*, o meglio il c.d. *voting trust*, è per sua natura lo strumento ideale per risolvere il problema dell'opponibilità ai terzi del patto di sindacato. Esso, infatti, si caratterizza per la presenza di un accordo sottostante tra alcuni soci (c.d. *voting trust agreement*) che prevede il formale trasferimento delle azioni a un *trustee*, allo scopo di attribuire a questo l'esercizio del diritto di voto in assemblea, in ottemperanza alle condizioni concordate dai soci stessi. Il *trustee*, quale intestatario dei titoli azionari regolarmente iscritto nel libro dei soci, acquista, a tutti gli effetti, la qualifica di socio, e, come tale, è pienamente legittimato nei confronti della società all'esercizio del diritto di voto in assemblea nonché all'esercizio degli altri diritti sociali. Presupposto indefettibile di tutto questo è che il trasferimento delle partecipazioni sociali al *trustee* vi sia effettivamente e avvenga nel pieno rispetto delle norme in tema di circolazione: sia che si tratti di azioni sia che si tratti di quote di s.r.l., onde poter ottenere l'iscrizione nel libro dei soci, *condicio sine qua non* dell'opponibilità del trasferimento nei confronti della società. Può pertanto dirsi che, la qualifica del socio spetta esclusivamente al *trustee*. Posizione in alcun modo paragonabile al soggetto che interviene in assemblea in forza di delega rilasciata dal socio *ex art. 2372 c.c.*. Si può riassumere che elemento essenziale del *voting trust* è la perdita della titolarità delle azioni/quote da parte dei soggetti che istituiscono il *trust* nonché l'investitura formale del *trustee* nella titolarità delle azioni medesime. Ciò ha una importanza straordinaria in quanto consente di rendere coercibile quello che altrimenti resterebbe soltanto un patto interno tra i soci. Il sopra

---

della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento del patto”.

citato *voting agreement* acquista così efficacia reale, avendo il *trustee* il potere di dare piena attuazione alle pattuizioni parasociali, privando i firmatari dell'accordo dalla possibilità di condizionarne l'esercizio di voto.

I vantaggi apportati dalla scelta della istituzione di un *trust* in luogo della garanzia immobiliare tipica, ex artt. 2412 e 2414-bis c.c. per una società italiana che intenda emettere un prestito obbligazionario, sono di immediata evidenza.

Di regola la società dovrebbe iscrivere ipoteca su beni immobili di sua proprietà per garantire l'emissione del prestito obbligazionario, mentre il *trust* risulta preferibile sia a causa delle lungaggini e dei costi tipici dell'esecuzione immobiliare sia, sempre in una tale eventualità, perché si potrebbe giungere alla vendita forzata dell'intero immobile e non solo delle sole unità immobiliari sufficienti<sup>136</sup>.

Gli obbligazionisti con il *trust* ottengono, poi, una garanzia specifica: la perdita del complesso immobiliare da parte della società emittente è, infatti, effettiva, ed allo stesso tempo temporanea, cioè destinata a rientrare a seguito del rimborso del prestito agli obbligazionisti. Inoltre all'emittente è consentita un'agilità di manovra non conseguibile utilizzando i tradizionali istituti. Il *trustee* potrebbe adottare le misure più idonee al perseguimento dello scopo del *trust*, come il reinvestimento dei canoni di locazione degli immobili per incrementare la garanzia stessa, mentre laddove si fosse costituita un'ipoteca gli immobili sarebbero rimasti improduttivi ai fini della tutela dei creditori. Infine, in caso di mancata soddisfazione dei diritti degli obbligazionisti, il *trustee* potrebbe procedere ad una vendita stragiudiziale della parte del complesso immobiliare necessaria allo scopo, in tempi relativamente brevi, percependo un ricavato superiore a quello ottenibile per via giudiziale<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> D'Orio, Un *trust* a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui *trusts*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, 235.

<sup>137</sup> Piccoli, I *trusts* e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze, in *Vita Notarile*, 2, 1998, 785-799.

### 4.3 *Trust* e diritto del lavoro

Configurare il *trust* nei rapporti di lavoro rappresenta una novità nel panorama delle molteplici configurazioni e realizzazioni dell'istituto.

La sua applicabilità conferma, se ancora ve ne fosse bisogno, come possa essere utile l'istituto che trova in interessi meritevoli di tutela prima e nel frenetico arricchimento di nuove fattispecie negoziali poi, esemplare dimostrazione di duttilità e flessibilità nella risoluzione di problematiche altrimenti non adeguatamente fronteggiabili con aggravii procedurali e appesantimento del sistema economico e normativo. Fermi restando i principi e gli elementi essenziali che caratterizzano la formazione della figura del *trust*, possono ravvedersi alcune fattispecie anche nel mondo del lavoro. Ad esempio lo strumento di cui trattasi potrebbe essere utilizzato in materia di distribuzione di azioni ai dipendenti "stock option", in materia di fondi pensione, quale strumento di garanzia delle transazioni presso la Direzione provinciale del lavoro ed ancora in materia di appalto e somministrazione del lavoro.

Con riguardo alla distribuzione di azioni ai dipendenti, nella prassi il piano di azionariato è uno strumento di retribuzione integrativa il cui scopo è quello di fidelizzare ad ogni livello i dipendenti all'impresa societaria presso cui lavorano, interessandoli alla sorte della società, dato che costoro vengono coinvolti nella redditività del capitale. L'istituto è disciplinato nell'ordinamento italiano sia dall'art. 2349 c.c. il quale annovera le azioni a favore del prestatore di lavoro tra le speciali categorie di azioni, prevedendo un'assegnazione straordinaria di utili a favore di costoro, sia dall'art. 2442 c.c. il quale, invece permette alla maggioranza azionaria, in caso di aumento e pagamento del capitale, mediante emissione di nuove azioni ordinarie, di limitare o escludere il diritto di opzione ai vecchi azionisti, se le azioni di nuova emissione sono offerte in sottoscrizione ai dipendenti della società<sup>138</sup>. L'assegnazione ai sensi dell'art. 2349 c.c. avviene previa imputazione a capitale degli utili *ex art.*

---

<sup>138</sup> Varlese, Applicazioni pratiche, Materiali sul *Trust*. Quaderno n. 12, all. n.-3 in Federnotizie, 2001.

2442 c.c. mentre ai dipendenti vengono assegnate azioni diverse da quelle ordinarie sia per la forma sia per il modo di trasferimento sia per i diritti spettanti agli azionisti. Non vi sono per buona parte della dottrina, limiti all'utilizzo del *trust* come strumento di gestione di un piano di *stock option*. Occorre, infatti, osservare che la lettera del codice civile, secondo cui destinatari di tali azioni sono dipendenti, non è di ostacolo all'utilizzo del *trust* come strumento di gestione di un piano di *stock option*. Per quanto riguarda i vantaggi, essi sono ravvisabili e nel fatto che le azioni oggetto di *trust* non potranno essere espropriate dai creditori dei dipendenti e nel fatto che la presenza di un *trustee*, in questo caso un professionista, dà ampie garanzie di oculatezza e responsabilità nella gestione. Venendo al punto di come dovrebbe strutturarsi l'operazione di istituzione di un piano di *stock option*, possiamo dire che essa potrebbe articolarsi nelle seguenti fasi: la società oltre a deliberare il piano di *stock option* ai sensi degli artt. 2349 e 2441 c.c., istituisce un *trust*, nel cui atto istitutivo dovranno essere indicati i poteri del *trustee*, l'individuazione dei dipendenti coinvolti nel piano di azionariato e che assumeranno la veste di beneficiari, i diritti di quest'ultimi, in particolare la disciplina dell'esercizio dei diritti spettanti. Sono trasferite al *trustee* le azioni destinate ai dipendenti assegnatari a titolo gratuito o agli azionisti nell'ambito di un'operazione di aumento del capitale, con conseguente prodursi dell'effetto segregativo proprio del *trust*.

A tutela della pluralità di interessi coinvolti, sarà bene prevedere uno o più guardiani, a tutela dei dipendenti-beneficiari.

Con riguardo alla materia pensionistica, norme tese ad incentivare forme pensionistiche private attraverso la concessione di particolari agevolazioni, ivi compresi significativi sgravi fiscali a favore dei datori di lavoro e dei lavoratori disposti ad optare per queste soluzioni alternative.

Simili forme di impiego potrebbero rivelarsi molto utili in Italia per risolvere le croniche difficoltà che affliggono il sistema previdenziale italiano.

In questa direzione sembrava indirizzarsi il decreto legislativo del 21 aprile 1993, n. 124<sup>139</sup>, che ha reso possibile anche in Italia la costituzione dei fondi pensione.

Tuttavia tale possibilità non è stata sfruttata nella pratica, soprattutto per la mancata previsione di significative agevolazioni fiscali a favore di queste forme alternative.

Gli orientamenti più recenti del legislatore italiano sembrano tesi a cambiare tale situazione attraverso una più accurata regolamentazione e ulteriori incentivi fiscali che hanno suscitato l'interesse di numerose associazioni di categoria, aziende e operatori finanziari.

Tuttavia, nonostante il *trust* rappresenti un ottimo strumento per gestire tali fondi, ad oggi non si hanno ancora sufficienti elementi per valutare la possibilità in Italia di ricorrere all'istituto in questo genere di operazioni.

Al contrario l'esperienza anglosassone ed americana mostra come l'utilizzo dell'istituto del *trust* in tale campo sia notevole. In particolare in tali paesi i fondi pensione sono alimentati da versamenti obbligatori e volontari da parte dei datori di lavoro stessi, come d'altra parte prevede la recente normativa italiana, ma con la differenza che nel mondo anglosassone ciascuna azienda ha il proprio Fondo pensione il quale è esente da imposizione fiscale. Al fine di proteggere i dipendenti da *mala gestio* i *trustees* dei fondi pensione raramente gestiscono personalmente il fondo. Quando lo fanno devono avere come obiettivo il massimo rendimento, anche se ciò comporta la necessità di investire in una società concorrente. Il sistema inglese prevedeva notevoli limitazioni alla libertà di agire dei *trustees* dei fondi pensione, limitazioni rimosse dall'emanazione del *Pension Act* 1995.

Esistono quindi molteplici strutture di *trust* per creare un fondo pensione alternativo per i lavoratori. Questi *trust* nati proprio intorno agli anni 30 in America avevano inizialmente il vantaggio della presenza tra i

---

<sup>139</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 27 aprile 1993, n. 97, Supplemento Ordinario n. 40.

*trustee* dei rappresentanti dei lavoratori che controllavano e indirizzavano gli investimenti. Ultimamente, essendo i patrimoni di importi rilevanti, si è visto il progressivo allontanamento e uscita dei sindacati dei lavoratori dalle stanze di comando. Tale allontanamento è stato giustificato dalla necessaria competenza che tali decisioni comportavano, ma il contraltare di siffatta conclusione creava di fatto una situazione di totale incontrollabilità da parte dei lavoratori stessi. Quando invece la gestione non è svolta direttamente dal *trustee*, essa è di regola unificata in grandi organismi di investimento o in società assicurative.

Con riferimento all'utilizzo dell'istituto del *trust* in relazione alle conciliazioni che si svolgono presso la Direzione Provinciale del lavoro, occorre in primo luogo ricordare come i momenti di componimento<sup>140</sup> delle vertenze relative ai rapporti di lavoro trovano elemento unificante in una proposta di corresponsione di retribuzione arretrata e corrente da parte del datore di lavoro o il pagamento di una somma a titolo risarcitorio che può essere o meno accettata dal dipendente. Il problema sorge quando gli importi sono di entità notevole che richiedono una rateazione per la corresponsione. Nella generalità dei casi il lavoratore non accetta la transazione senza avere la certezza della corresponsione dell'intera somma. È quindi necessario che il datore di lavoro abbia dei beni che intenda trasferire a garanzia del puntuale adempimento rateale della somma stabilita. A tal fine potrà istituire un *trust* e trasferire in esso valori mobiliari o immobiliari stabilendo nell'atto istitutivo che il mancato adempimento da parte sua anche di una sola rata autorizza il *trustee* a liquidare il fondo in *trust* o parte di esso e con la somma ricavata pagare direttamente il dipendente. L'utilizzo di un *trust* potrebbe essere quindi utile in quanto garantirebbe ad ogni modo al lavoratore il percepimento, tramite un *trustee*, delle somme a suo tempo destinate. Ciò gioverebbe altresì al sistema economico e giudiziario in quanto si eviterebbero inutili

---

<sup>140</sup> Tra i momenti di componimento appare opportuno ricordare: il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore privato, quale risulta dalla formulazione degli artt. 409 e ss. C.p.c. susseguenti al d.lgs. 80/98; la conciliazione monocratica prevista dall'art.11 del d.lgs. 124/2004; la conciliazione avanti alla commissione di certificazione dei rapporti di lavoro prevista dall'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

controversie che spesso non possono essere risolte, non tanto per la mancanza di volontà delle parti, quanto per la mancanza di un numerario disponibile nell'immediato.

Possibili applicazioni del *trust* nella materia del diritto del lavoro sono configurabili con riferimento all'appalto disciplinato dalla legge n.30/2003 che ha recepito le attuali esigenze del mercato del lavoro. Ai fini della presente analisi, ciò che interessa è l'intervento di modifica del regime di solidarietà passiva operante tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori. In tale settore il legislatore è intervenuto con la 276/2003<sup>141</sup>, determinando il riassetto della materia *de qua*.

Riflettendo sulla possibile applicazione del *trust* nella materia di cui trattasi ne discendono le seguenti riflessioni.

L'istituzione di un *trust* consentirebbe al sistema economico generale di creare una buona prassi non solo per quanto attiene la certezza dell'avvenuto pagamento di contribuzioni e retribuzioni, ma anche e soprattutto per la certezza del corretto e puntuale adempimento delle più ampie obbligazioni contrattuali nascenti da un contratto di appalto sia pubblico che privato. Preliminarmente appaltante ed appaltatore possono, in sede di redazione e stipula del contratto di appalto, prevedere l'istituzione di un *trust*. Funzionale a tutto ciò sarà la preventiva cessione del credito derivante dall'appaltatore al *trustee*, mediante atto notificato e accettato dal debitore appaltante. A notifica avvenuta il committente provvederà a versare quanto concordato. Si potrebbe ipotizzare che ad ogni stato di avanzamento lavori sussista l'obbligo da parte del committente a versare in *trust* una somma che tenga conto delle retribuzioni, contribuzioni e ritenute, nonché delle somme a garanzia di un quid per l'appaltatore. Di comune accordo tra appaltante e appaltatore si potrebbe istituire un *trust* per mezzo di scrittura privata autenticata.

Potendo scegliere tra una struttura con beneficiari ed un *trust* di scopo, può essere preferibile scegliere un *trust* di scopo, prediligendo una

---

<sup>141</sup> Art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 ai sensi del quale :”in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi dovuti”.



legge che lo disciplini. Sarebbe opportuno la nomina di un guardiano che garantisca un ulteriore controllo sull'operato del *trustee*. All'atto dell'istituzione del *trust* l'appaltante versa nel *trust* un importo pari alla prima tranche dello stato avanzamento lavori che sia capiente delle retribuzioni, dei contributi e della quota da versare all'appaltatore. Tale somma costituisce il fondo in *trust*. Al di là dell'inegabile certezza che il *trust* offre nel sistema degli appalti consentendo protezione in maniera più efficace rispetto ad altri attuali sistemi, occorre valutare ulteriori effetti di non secondaria importanza. Si pensi ad esempio alla eventualità che un appaltatore possa avere diversi appalti, A, B, C, D, E, ma il committente dell'appalto C desideri che le somme versate all'appaltatore vengano impiegate per assolvere al pagamento dei debiti solo di quell'appalto. Il *trust* permetterà di gestire il flusso di cassa segregando le somme e rendendole insensibili alle vicende personali del committente e dell'appaltatore ma soprattutto proteggendole dalle aggressioni di altri soggetti. Il *trust* permette ai lavoratori e agli enti creditori di avere una garanzia ulteriore in quanto non solo appaltatore e committente non vengono liberati ma viene ad aggiungersi la responsabilità personale del *trustee*. Il *trust* permette una gestione economica più performante. Si pensi ad una società che ha sede a Roma ed abbia un appalto a Gorizia. Avere un *trust* in loco che gestisce flussi di pagamento provvedendo personalmente a controllare e garantire l'avvenuto pagamento è sicuramente più vantaggioso. A ciò si aggiunga la possibilità da parte del committente di un ulteriore controllo sull'intera operazione, inserendo un guardiano che verifichi l'esatto adempimento del *trustee*. Considerato infine che l'art. 29 del citato d.lgs. n. 276/2003 prevede l'esonero da responsabilità dei committenti privati, il *trust* garantisce i lavoratori anche da vicende personali afferenti i privati verso i quali questi non potrebbero attivarsi.

Con riguardo al rapporto tra *trust* e somministrazione occorre, seppur succintamente, richiamare la normativa disciplinante la nuova tipologia contrattuale. Trattasi di un rapporto trilaterale grazie al quale un'impresa, denominata utilizzatrice, potrà rivolgersi ad un'altra impresa, denominata agenzia di somministrazione al fine di chiedere la fornitura di

manodopera. Sono abilitati alla stipulazione di contratti di somministrazione le agenzie autorizzate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Il contratto può essere stipulato a tempo determinato o indeterminato; in tal senso i lavoratori sono assegnati all'utilizzatore per un periodo di tempo illimitato. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è ammessa solamente per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e per lo svolgimento di alcune tipologie lavorative individuate dal legislatore.

Il contratto deve riportare l'impegno delle parti a dare attuazione alle eventuali ulteriori indicazioni contenute nei contratti collettivi. Il somministratore deve comunicare per iscritto al lavoratore i contenuti del contratto, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore. Nell'intervallo non operativo, tra un'assegnazione e l'altra, il somministratore è tenuto a corrispondere al lavoratore, con contratto di somministrazione a tempo indeterminato, un'indennità mensile di disponibilità. Deve pertanto essere garantito al lavoratore il trattamento economico spettantigli. Si ipotizzi che l'utilizzatore non versi per qualsivoglia motivo al somministratore quanto pattuito contrattualmente e cioè non solo il trattamento economico ma anche i relativi contributi, non per questo il somministratore sarà esonerato dal versare il trattamento economico del dipendente nonché la relativa contribuzione. Ne discende la necessità di porre in essere una forma di salvaguardia e garanzia da parte dei soggetti somministratori nel caso in cui siano comunque obbligati a pagare pur non percependo dall'utilizzatore quanto previsto contrattualmente. Il ricorso al *trust* potrebbe risolvere il problema. Ed invero, il soggetto utilizzatore verserà in *trust* le somme previste contrattualmente. Il *trustee* provvederà a pagare direttamente le retribuzioni, i contributi e le somme all'erario, versando la differenza al somministratore. Questi garantirà il somministratore dalle eventuali inadempienze del soggetto utilizzatore, ma garantirà anche che le somme siano effettivamente versate. Anche i lavoratori beneficeranno di tale istituto in quanto avranno garantite non solo le retribuzioni ma anche gli accantonamenti per i ratei di TFR, che come talvolta accade, non

vengono erogati in quanto i soggetti utilizzatori o non vogliono o non possono più pagare a causa di perdite di commesse o a causa di passaggi da un committente ad un altro.

#### 4.4 Il *trust* nel settore bancario e finanziario

Le applicazioni del *trust* nel campo bancario e finanziario sono molteplici. La particolare idoneità dell'istituto a realizzare, assistere o facilitare transazioni finanziarie, talvolta all'interno di schemi articolati e complessi, è dovuta essenzialmente a due sue caratteristiche fondamentali: la segregazione patrimoniale e l'affidamento di posizioni giuridiche al *trustee*<sup>142</sup>.

I due aspetti sono strettamente connessi. Ad esempio, la possibilità di segregare somme di denaro od altri attivi, affidandone il controllo ad un soggetto terzo, consente di realizzare agevolmente diverse forme di garanzia. Per le stesse ragioni un *trust* può assicurare la destinazione di un finanziamento alla specifica finalità per la quale è stato erogato, come nel caso di mutui di scopo od operazioni di *project financing* o di *private equity*. La segregazione di un patrimonio mobiliare affidato ad un soggetto gestore è alla base degli organismi di investimento collettivo del mondo anglosassone, normalmente organizzati sotto forma di *unit trust* in ragione dell'emissione di certificati di beneficio rappresentativi delle quote, o *units*, di ciascun beneficiario. Tali schemi sono meno frequentemente adottati nel contesto dei paesi di *civil law* in ragione di istituti fiduciari funzionalmente equivalenti ovvero di soluzioni legislative che realizzano effetti analoghi a quelli del *trust* proprio dal punto di vista delle caratteristiche in parola<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Waters, *The institution of the trust in Civil and Common law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 67.

<sup>143</sup> Graziadei – Mattei - Smith (a cura di), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, 2005, 23 e ss..

Nell'ambito delle attività rientranti nell'ambito finanziario un cenno merita l'apertura di conti a soggetti *trustee*. Il deposito di attivi presso una banca o altro intermediario finanziario da parte di un soggetto che operi in qualità di *trustee*, e la relativa accensione di un conto, pone alcuni problemi che sono stati diversamente affrontati e risolti dagli ordinamenti di *civil law* che non conoscono il *trust* come istituto di diritto interno. Le questioni principali in ordine all'apertura di un conto ad un soggetto *trustee*, attengono in primo luogo all'intestatario del conto. Una volta definito questo aspetto, l'istituzione finanziaria coinvolta nell'operazione deve assolvere agli obblighi previsti dalla normativa antiriciclaggio in ordine all'identificazione dei "beneficiari economici" di qualunque costruzione fiduciaria. Quest'ultimo aspetto è almeno in parte superato dalla prassi di *trust* informali dell'esperienza statunitense.

Problemi si sono posti circa l'individuazione dell'intestatario del conto se cioè debba essere il *trust* o il *trustee*. Una prima articolata riflessione in ordine a questo tema è stata compiuta dall'Associazione Bancaria Italiana<sup>144</sup> che ha proposto due modalità di apertura di rapporti bancari a soggetti che operassero in qualità di *trustee*, ovvero: "XY, *trustee*, per conto del *trust Z*" ed in alternativa "*trust Z*, rappresentato dal *trustee XY*". La prima soluzione prevede l'intestazione della posizione a nome del *trustee*, con la precisazione della sua qualità in ragione allo specifico rapporto di *trust*. Questa prassi riflette la posizione giuridica del *trustee*, il suo "title" di proprietario degli attivi affidatigli, realizzando allo stesso tempo la pubblicità contemplata dall'art. 12 della convenzione de l'Aja, in forza della quale si rendono opponibili ai terzi il vincolo di *trust* e la conseguente segregazione del fondo in *trust*. La soluzione alternativa parte invece dal dato di base del fondo in *trust* come patrimonio segregato e postula, almeno al fine dell'intestazione del rapporto bancario, una sua entificazione. Il conto è dunque intrattenuto a nome del *trust* ed il *trustee* risulta censito come legale rappresentante o soggetto abilitato. Con

---

<sup>144</sup> I risultati degli studi condotti dall'Associazione bancaria sono stati pubblicati nel volume *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Bancaria Editrice, 1998, 67.

riferimento alle modalità di apertura dei conti bancari occorre analizzare le possibili conseguenze operative.

L'apertura di conti bancari a nome del *trustee*, con la precisazione della sua natura e l'individuazione dello specifico *trust* soddisfa senza dubbio un'esigenza di piena corrispondenza tra la prassi bancaria e le relazioni giuridiche ad essa sottese. Questo *modus operandi* può presentare dei vantaggi operativi nel caso di *trust* di diritto inglese, riguardo ai quali è meno forte la tendenza, tipica del modello internazionale delle piazze finanziarie offshore<sup>145</sup>, di limitare la responsabilità del *trustee* al fondo in *trust*. Come è noto, nel modello tradizionale inglese il *trustee* risponde in prima persona per le obbligazioni assunte nell'esercizio del suo ufficio, con diritto di rivalsa sul fondo in *trust*<sup>146</sup>. Il creditore le cui ragioni nascono da transazioni poste in essere dal *trustee* nell'esercizio delle sue funzioni può esperire misure cautelari su posizioni bancarie intestate allo stesso *trustee* nella sua qualità. Nell'ipotesi di sostituzione del *trustee*, le stesse opzioni non potrebbero più essere esperite nei confronti di una posizione bancaria aperta ad un nuovo soggetto ma dovrebbero bensì proseguire in quanto azione personale nei confronti del *trustee* uscente.

In tal caso il nuovo *trustee* non si vedrebbe privato della capacità di gestire il fondo in *trust* con possibile pregiudizio per i beneficiari, in attesa della definizione delle pretese del creditore nei confronti del suo predecessore.

Fatto salvo il caso in parola, l'intestazione dei rapporti bancari al *trustee* anziché al *trust* non è tuttavia priva di controindicazioni pratiche proprio in ipotesi di sostituzione del *trustee*. Nel caso di un conto bancario intestato a nome del *trust*, la sostituzione del *trustee*, debitamente notificata alla banca, è trattata alla stregua della sostituzione di un amministratore di società. La banca registra la variazione ai fini

---

<sup>145</sup> Un esempio eloquente in questo senso è la versione dell'articolo 32 della *Trusts Jersey Law 1984* modificato dalla *Trusts (Amendment No. 2) Jersey Law 2006*.

<sup>146</sup> Il principio risale ad un precedente scozzese, *Lumsdem v Buchanan* (1965) 8 LT (NS). Per una succinta trattazione del tema della responsabilità del *trustee* verso i terzi si veda J. Schindler, *Trustee liability to Third Parties*, in *Trusts e attività fiduciarie* 1, 2006.

dell'abilitazione ad operare sul conto senza soluzione di continuità in ordine all'operatività in essere sullo stesso.

Si può inoltre affermare come l'intestazione del conto bancario al *trustee*, pur nella sua correttezza formale, possa dar luogo ad ulteriori difficoltà in sede di sostituzione del *trustee* qualora il *trustee* uscente sia riluttante ad abbandonare l'incarico. Questa circostanza è tutt'altro che peregrina, ancorché talora sia motivata da una legittima pretesa di garanzia da parte del *trustee* uscente, come dimostra la giurisprudenza recente dei principali centri finanziari internazionali<sup>147</sup>.

L'identificazione dell'intestatario del conto nella persona del *trustee*, ovvero del *trust* in quanto ente, non esaurisce le obbligazioni di un'istituzione finanziaria che abbia a che fare con un soggetto *trustee*. La normativa bancaria e finanziaria, completata dalle relative regolamentazioni, e più in generale la normativa in materia di lotta al riciclaggio di denaro ed al finanziamento del terrorismo, impongono infatti l'accertamento dei beneficiari economici di situazioni fiduciarie.

L'espressione beneficiari economici è mutuata dall'inglese "*beneficial owners*", locuzione utilizzata nel modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni e ripresa nella normativa e nelle regolamentazioni antiriciclaggio. In relazione ai *trust* si tratta di una nozione non sempre immediatamente riconducibile alle posizioni giuridiche effettivamente create dall'atto istitutivo.

O meglio, nel caso di un "*bare trust*", ovvero di un *trust* con posizioni beneficiarie definitivamente acquisite tanto in ordine al capitale quanto al reddito, è pacifico concludere che i soggetti designati quali beneficiari sono i "*beneficial owners*". Diverso è il caso di un *trust* discrezionale, quale che sia il livello e l'ambito di discrezionalità del *trustee* nell'attribuzione delle posizioni beneficiarie, ovvero quello di un *trust* con posizioni beneficiarie "*contingent*", ossia subordinate al verificarsi di certe condizioni. In tali casi i soggetti designati quali beneficiari hanno una mera aspettativa in ordine al fondo in *trust* od ai suoi

---

<sup>147</sup> ATC (Cayman) *Limited v Rothschild Trust Cayman Limited*, 9 ITEL 36 e *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, 1.

redditi e non può essere attribuita loro una titolarità effettiva degli stessi al di là del dato fiduciario.<sup>148</sup>

#### 4.5 Il *trust* familiare

È una forma di *trust* discrezionale che assolve a finalità di amministrazione, accumulazione, mantenimento e protezione del patrimonio familiare, dei beni conferiti ai futuri sposi, dalle rivendicazioni alimentari e caratterizzato dal fatto che è rimessa al *trustee* ogni decisione relativa alla scelta dei beneficiari o alla gestione del patrimonio affidatogli. La discrezionalità può essere integrata o limitata ad alcune decisioni e può essere esercitata con le più svariate modalità durante la vigenza del *trust*.

Dei rapporti tra *trust* e diritto di famiglia si può parlare con riferimento alla dote, alle convenzioni matrimoniali, al regime patrimoniale, alla famiglia di fatto.

Come alternativa alla dote, si possono prevedere apporti patrimoniali di provenienza di un solo coniuge o della famiglia d'origine, nella veste di costituente, con vincolo di utilizzo e destinazione al sostenimento dei bisogni della nuova famiglia, con divieto di alienazione dei beni vincolati ed obbligo di restituzione per il caso di separazione legale e scioglimento del vincolo matrimoniale. Qualora però, all'altro coniuge, in qualità di *trustee*, sia conferito il potere esclusivo di amministrazione, si porrebbero in essere attribuzioni patrimoniali caratterizzate dalla compresenza di tutti i connotati tipici della dote *ex art. 177* ante riforma Legge 19 maggio 1975 n. 151. In quest'ultima fattispecie, tuttavia, appare difficile contestare l'operatività dell'art. 166 bis c.c., a causa del rinvio operato dall'art. 15 Conv., lettera b, alle disposizioni inderogabili relative agli effetti patrimoniali e personali del matrimonio, tra le quali si fa rientrare, appunto, l'art. 166 bis c.c.. In altri termini, si

---

<sup>148</sup> Lupoi, I *Trusts* nel diritto civile, 2, I Diritti Reali, in Trattato di Diritto civile, diretto da Sacco, Utet 2004, 54.

realizzerebbero gli effetti vietati della dote tutte le volte in cui si stipulassero convenzioni che attribuissero ad un coniuge una posizione di supremazia rispetto all'altro, conferendogli il potere di amministrare e gestire i beni nei confronti dei quali egli non vanta un diritto reale. È stato però considerato valido l'atto di *trust* costituito con funzione mista di dote e mantenimento ed avente ad oggetto strumenti finanziari, che il *trustee* deve affidare in gestione a strutture specializzate accumulando reddito fino al matrimonio del beneficiario o con il compimento del trentesimo anno di età. Lo stesso atto prevedeva la facoltà di impiegare i beni in *trust* per acquistare un immobile da adibire ad abitazione del beneficiario e, cessato il periodo della accumulazione, l'onere a carico del *trustee* di versare al beneficiario una somma predeterminata<sup>149</sup>.

Un altro istituto che ha la funzione di costituire un patrimonio separato da destinarsi ai bisogni della famiglia è il fondo patrimoniale *ex artt.* 167-176 c.c., convenzione matrimoniale con la quale i coniugi possono vincolare determinati beni ai bisogni della famiglia legittima. Sotto il profilo soggettivo, i coniugi non sono considerati quali soggetti fiduciari, per cui in essi può essere confusa la posizione gestoria con quella di proprietà. Infatti, nel fondo, è prevista ai sensi dell'art. 168 c.c. con titolarità dei diritti che lo costituiscono e la parità di quote da parte dei coniugi, con applicabilità delle norme sull'amministrazione della comunione legale. I figli sono invece considerati solo portatori di un interesse giuridicamente tutelato al godimento dei frutti dei beni e non sono legittimati ad agire nei confronti dei genitori che dovessero destinare i frutti dei beni costituiti a finalità non coincidenti con i bisogni della famiglia, potere che hanno invece i beneficiari di un *trust*.

Sotto il profilo oggettivo, nel fondo non possono essere conferiti, diversamente dal *trust*, titoli di credito non nominativi né beni mobili registrati. Inoltre per gli atti di straordinaria amministrazione, in presenza di figli minori, occorre l'autorizzazione giudiziale. Il fondo patrimoniale termina *ex lege* al raggiungimento della maggiore età dell'ultimo figlio,

---

<sup>149</sup> Finocchiaro, Diritto di famiglia, III, Milano, 1984, 85.



mentre il *trust* può durare ben oltre, fino a che è opportuno. Il *trust*, poi, può essere costituito anche da una coppia di genitori non uniti in matrimonio, laddove il fondo patrimoniale può essere costituito solo da persone coniugate. Il *trust* in mancanza di specifiche clausole che regolamentino cosa succede quando viene meno il vincolo coniugale rimane slegato nel suo periodo di durata dalle vicende coniugali; con la possibilità, peraltro, che il relativo atto istitutivo possa regolamentare l'ipotesi del venire meno della famiglia per le cui esigenze era stato creato, a questo punto individuando i beneficiari finali<sup>150</sup>. È preferibile ritenere che il fondo patrimoniale sia incompatibile con la famiglia di fatto<sup>151</sup>.

Sebbene infatti, in alcune accezioni, la famiglia di fatto e la famiglia nascente da matrimonio siano assimilate, è impossibile l'applicazione analogica della disciplina del fondo che comporti il suo allargamento alla famiglia di fatto, poiché la sua efficacia è subordinata alla successiva celebrazione del matrimonio stesso.

Il *trust* potrebbe sostituire le donazioni e i legati modali, ma, con il vantaggio che le relative disposizioni non rischierebbero di essere inefficaci se la condizione non venisse osservata o se il legatario premorisse.

Il *trust*<sup>152</sup>, potrebbe anche sostituire il fedecommesso sia per le fattispecie vietate, sia per l'unica fattispecie ammessa a favore dei disabili. I poteri riconosciuti all'istituto fedecommissorio sono inoltre del tutto simili a quelli propri del *trustee*. Nel fedecommesso l'istituto ha l'amministrazione e il godimento dei beni ma incontra limiti di natura pubblicistica nella disposizione degli stessi (art. 694 c.c.), al contrario del *trustee* al quale solitamente è affidata l'amministrazione e il potere di disposizione dei beni costituiti in *trust*, con i limiti disposti dal disponente. Rispetto, invece, all'istituto del fedecommesso de residuo, il *trustee* non può disporre liberamente dei beni attribuitigli, ma ha un obbligo di

---

<sup>150</sup> Luongo, Fondo patrimoniale e *trust*, in [www.associazioneavvocati.it](http://www.associazioneavvocati.it).

<sup>151</sup> Auletta, Il fondo patrimoniale, in Commentario Schlesinger, Lilano, 1992, 21 Contra, Galasso, Del fondo patrimoniale, in Comm. Del Cod. Civ. Scialoja Branca, a cura di Galgano.

<sup>152</sup> Corte di Appello di Firenze, 9 agosto 2001 in *Trusts*, 2002.

amministrazione e di reinvestimento, nel rispetto di determinati standard di diligenza e delle finalità imposte dal disponente al *trust*<sup>153</sup>.

Può poi rilevarsi, un'eventuale analogia tra *trust* e usufrutto successivo, vietato dall'art. 698 c.c..

Si ha, come è noto, usufrutto successivo quando il contribuente attribuisce il diritto di usufrutto ad una determinata persona e, successivamente, alla morte di questa, ad altre persone e così via. Il divieto è posto a tutela del nudo proprietario, al fine di evitare che rimanga per troppo tempo privo del godimento del suo diritto. Ma, nel caso del *trust*, non esiste una distinzione tra nuda proprietà e usufrutto, essendo il *trustee* unico proprietario dei beni costituiti in *trust*.

Il *trust* può essere utilizzato come negozio compositivo degli assetti patrimoniali nelle crisi coniugali. L'utilizzo può costituire un utile strumento di composizione degli interessi contrapposti tra coniugi sia nel momento antecedente l'inizio del procedimento di separazione o divorzio, sia successivamente, una volta che la volontà delle parti o la determinazione del giudice abbiano imposto un contributo di mantenimento o un assegno a carico di un coniuge. In particolare, da una parte si riscontra il comprensibile interesse del coniuge creditore a conseguire certezza che l'obbligo di mantenimento sia adempiuto alle scadenze stabilite, senza dovere ricorrere ai tempi e ai costi delle azioni esecutive; dall'altra parte vi è, invece, l'altrettanto comprensibile interesse del coniuge debitore a vedere coinvolte nell'adempimento le sole risorse necessarie, scongiurando il pericolo che per il tramite di azioni cautelari o esecutive, il coniuge creditore estenda un vincolo di indisponibilità sulle altre sue risorse patrimoniali<sup>154</sup>.

La stipulazione di un *trust* in questi casi potrebbe giovare, tra l'altro, del favorevole trattamento fiscale, trattandosi di atto che ricadrebbe comunque, ove relativo ad un procedimento di separazione o di divorzio,

---

<sup>153</sup> Capozzi, Successioni donazioni, Milano, 1995, 49.

<sup>154</sup> Tonelli, Potere del giudice nelle procedure di separazione e divorzio di istituire un *trust* al fine di garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte dai coniugi, dagli Atti del Convegno: "I *Trust* nei procedimenti giudiziari e non di separazione e divorzio", Bologna, 22 ottobre 2004, 39.

sotto il disposto dell'art. 19 legge n.898 del 1970, esteso dalla Corte Costituzionale alla separazione personale il quale prevede espressamente che “tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi o cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la previsione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, registro e da ogni altra tassa”.

Con riferimento alle ulteriori applicazioni dell'istituto, giova rilevare come il *trust* possa essere utilizzato nella famiglia di fatto. Oggigiorno il concetto di famiglia si sta allargando verso nuovi orizzonti. Si pensino a quelle forme di unioni che hanno la loro fonte in situazioni ancora pressoché ignorate dal legislatore e già parzialmente riconosciute dalla giurisprudenza quali ad esempio le convivenze more uxorio di persone che non intendono sposarsi o non possono sposarsi perché vincolate da un precedente matrimonio. In tali casi si può raggiungere attraverso il *trust* una tutela di interessi patrimoniali vicina a quella del matrimonio, ovvero del fondo patrimoniale, attualmente non applicabili.

L'impiego del *trust* nella famiglia di fatto è posto sicuramente nell'interesse di un beneficiario e non è *trust* di scopo in quanto l'appartenenza dei beneficiari ad una determinata categoria o l'indicazione nominativa degli stessi, sgombera il campo da ogni dubbio. Ad essi compete agire per vedere rispettato lo scopo del *trust* e quindi la realizzazione del loro interesse specifico.

Taluna dottrina<sup>155</sup>, osserva poi che la posizione del beneficiario - ove dallo scopo del *trust* traspaia la volontà di destinare i beni in funzione della appartenenza alla famiglia di fatto - non possa essere oggetto di atto dispositivo. Detta posizione del beneficiario va infatti configurata nella categoria dell'aspettativa di diritto. Pertanto nel caso in cui l'individuazione del beneficiario da parte del costituente si identifichi con l'essenza stessa dello scopo del *trust*, si potrebbe concludere che la

---

<sup>155</sup> Varlese, Applicazioni Pratiche: *Trust* a tutela di particolari categorie di soggetti in ambito familiare, in *Materiali sul trust-* Quaderno n. 12, all. n. 3 in *Federnotizie*, 2001, 26.

trasferibilità della posizione del beneficiario sia limitata ai soli casi in cui il soggetto acquirente abbia i requisiti considerati dal costituente come presupposto dell'attribuzione.

Qualora con detta forma di *trust* si provveda anche in ordine all'eventuale scioglimento della famiglia di fatto, si dovrebbero inserire apposite clausole volte a disciplinare la sorte dei cespiti patrimoniali, magari prevedendo una qualche forma di ultrattività del *trust* a tutela della parte debole e della prole. In ogni caso sarebbe opportuno individuare in maniera esplicita, e certa, le situazioni nelle quali la convivenza si dovrebbe considerare come venuta meno.

## **CAPITOLO V – IL TRUST NEL PANORAMA GIURIDICO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE**

5.1 Il *trust* nell'ordinamento giuridico francese; 5.2 Il *trust* nell'ordinamento giuridico spagnolo 5.3 Il *trust* nel sistema giuridico belga; 5.4 Il *trust* nella Repubblica Popolare Cinese.

### **5.1. Il *trust* nell'ordinamento giuridico francese**

Con la legge n. 211 del 19 febbraio 2007 la Francia ha introdotto nel proprio ordinamento l'istituto della *fiduciae*.

La normativa deriva da un progetto presentato nel 2005, che prevedeva la modifica del *code civil*, attraverso l'introduzione di un contratto speciale, con cui il *constituant* trasferiva tutti o parte dei suoi beni al *fiduciario*, il quale conservando detti beni in un patrimonio separato, avrebbe agito a vantaggio di uno o più beneficiari, conformemente alle disposizioni contrattuali<sup>156</sup>.

Nell'*exposè des motifs* di tale progetto si legge che la necessità di introdurre nel sistema francese il meccanismo fiduciario deriverebbe dall'assenza nell'ordinamento di uno strumento assimilabile al *trust* di matrice anglosassone, ormai presente, sia pure in forme differenti, in vari Paesi. Detta lacuna rischierebbe di penalizzare la Francia, soprattutto con riguardo agli investitori stranieri, che si vedrebbero sprovvisti di un istituto ampiamente utilizzato, e con successo, in molti altri sistemi. Tenendo conto di questa esigenza e della contestuale necessità di ritrovare dei meccanismi compatibili con i principi interni, veniva proposto un

---

<sup>156</sup> Neri, La via francese al recepimento del *trust*: un nuovo progetto di legge sulla fiducie, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 108.

contratto, rispondente ad uno schema trilaterale, con trasferimento dei beni dal disponente al fiduciario, nell'interesse di uno o più beneficiari.

Nessuna limitazione soggettiva era prevista dal progetto: il fiduciario poteva essere, pertanto, una persona fisica o giuridica, così come il costituente. Dal punto di vista oggettivo, le finalità potevano essere varie, escludendo tuttavia che il contratto fiduciario potesse avere come obiettivo la mera creazione di un vincolo di alienazione sui beni oggetto del medesimo, ovvero la realizzazione di scopi di liberalità<sup>157</sup>.

Su questa base, attraverso un dibattito durato due anni, il legislatore francese è giunto all'approvazione della legge sopra menzionata. Il testo normativo affronta diversi aspetti sia di natura civile che fiscale. La fiducia viene definita come l'operazione attraverso la quale uno o più disponenti trasferiscono dei beni, dei diritti o delle garanzie, presenti o future, a uno o più fiduciari, che li conserveranno in un patrimonio separato dal loro, agendo per il perseguimento di un determinato scopo ovvero a vantaggio di uno o più beneficiari. È stata quindi, ripresa la definizione prevista dal progetto di legge, sia pure con il ricorso al termine "operazione" in luogo di "contratto", dal momento che il successivo articolo 2012 precisa che la fiducia può avere la propria origine nella legge o nel contratto. È evidente, comunque, la collocazione del meccanismo all'interno del diritto delle obbligazioni, così da superare tutte le possibili obiezioni tradizionalmente connesse all'istituto del *trust*<sup>158</sup>.

Il fulcro della nozione risiede peraltro nella separazione patrimoniale, quale strumento irrinunciabile per raggiungere, nei sistemi di *civil law*, risultati assimilabili a quelli tipici del *trust*.

---

<sup>157</sup> Nell'*exposè des motifs* si osservava che, in tal modo i privati avrebbero potuto disporre di una nuova forma di proprietà a titolo di garanzia non necessariamente accessoria al credito garantito. Il disponente, avrebbe, infatti, potuto trasferire determinati beni con finalità di garanzia, che non si sarebbe estinta automaticamente con il credito iniziale. La medesima garanzia avrebbe potuto essere utilizzata per un creditore futuro, senza necessariamente ricorrere alla stipulazione di un ulteriore contratto fiduciario.

<sup>158</sup> Nel dibattito di accompagnamento all'approvazione della legge, il Guardasigilli, Pascal Clement, precisa che proprio questo aspetto è una "*nouvelle preuve de son enracinement dans notre tradition juridique*".

L'idea è pertanto, quella di realizzare una figura giuridica flessibile, destinata ad essere utilizzata in modi diversi, anzitutto, ma non esclusivamente, per la gestione o la garanzia<sup>159</sup>.

L'unico limite al ricorso al contratto fiduciario è costituito dal divieto di una fiducia-liberalità, che potrebbe costituire un abuso delle norme in materia di successione e di riserva ereditaria; l'eventuale violazione di detta disposizione è sanzionata con una nullità definita di ordine pubblico. Sembrerebbe quindi che i beneficiari del contratto fiduciario debbano fornire una contropartita, giustificando in maniera oggettiva la trasmissione del capitale o dei frutti a loro vantaggio<sup>160</sup>.

La più rilevante novità dell'intervento legislativo, nonché il punto che suscita maggiori perplessità, è la scelta di riservare la fiducia unicamente ad alcuni tipi di persone giuridiche. Si prevede infatti che il disponente sia una persona giuridica sottoposta all'imposta sulle società e il fiduciario un istituto di credito, ovvero un ente appartenente ad istituzioni quali le Poste, la "*Caisse des depots et consignations*", le imprese che effettuano investimenti a titolo professionale, le assicurazioni.

La legge prevede altresì la possibilità di nominare un terzo incaricato di assicurare gli interessi del disponente nella fase di esecuzione del contratto. Su questa figura il legislatore non ha posto alcun limite, pertanto potrà senza dubbio svolgere questo ruolo anche una persona fisica, quale un avvocato o un notaio. I limiti soggettivi sarebbero dettati dal fatto che, mentre per le imprese risulta evidente l'esigenza di poter ricorrere ad uno strumento fiduciario, altrettanto non potrebbe dirsi per le persone fisiche. Un'eventuale estensione in tal senso rischierebbe, anzi, di compromettere alcuni principi del sistema di garanzie, nonché di favorire

---

<sup>159</sup> Blaunluet, *Porquoi introduire la fiducie en France?* Consultabile sul sito Internet di "LesEchos" all'indirizzo <http://www.lesechos.fr/info/metiers/4538742>. Htm, il quale definisce la fiducia "*une enveloppe sans contenu, un cadre entourant une toile blanche*"

<sup>160</sup> Dupichot, *Operation fiducie sur le sol francais*, *Semaine juridique*, 2007, n. 5,6, il quale osserva che la riforma del diritto successorio, intervenuta con la legge n.728 del 23 giugno 2006, avrebbe reso meno rilevante un eventuale strumento fiduciario in questo ambito, in particolare per l'ammissione in alcune circostanze del fedecommesso, che già costituiscono alternative al testamento. Per quanto riguarda la presenza di una contropartita, l'autore osserva che non è necessario che ci sia una perfetta equivalenza, ma la stessa non dovrà comunque essere irrisoria.

frodi in materia successoria, o con riferimento alla legislazione sugli incapaci. Il sistema delle garanzie, infatti, profondamente riformato da un intervento legislativo del marzo 2006, offrirebbe alle persone fisiche una serie di strumenti diversificati per facilitare l'accesso al credito, quali, tra gli altri, l'abolizione del divieto di patto commissorio. Al fine, poi, di trovare un ragionevole equilibrio in favore dei soggetti più deboli la legge prevede alcune cautele, quali l'esclusione del patto commissorio in materia di credito al consumo, o la forte limitazione della garanzia autonoma nell'ambito delle locazioni abitative. L'estensione della fiducia alle persone fisiche potrebbe, in tale contesto, minacciare il bilanciamento di interessi raggiunto dalla riforma, con conseguente compromissione della coerenza del sistema.

Sotto altro profilo, qualora la proibizione della fiducia-liberalità fosse accompagnata da un'estensione della fiducia in favore delle persone fisiche, si potrebbero facilmente verificare violazioni delle disposizioni di ordine pubblico in materia successoria. Infine, lo strumento fiduciario potrebbe rilevarsi incompatibile con le esigenze di tutela degli incapaci, affidate nel diritto francese ad un regime basato sull'intervento del giudice tutelare, rendendo più difficile detta forma di controllo. Al fine, quindi di introdurre una fiducia sicura è stato ritenuto preferibile evitare un ampliamento eccessivo della medesima. Tesi di segno opposto sottolineano, tuttavia, che le limitazioni previste dalla legge consentono un uso esclusivamente finanziario della fiducia, che diventerebbe pertanto un'ulteriore forma di garanzia, escludendo ingiustificatamente ogni finalità di tipo familiare o, come viene osservato, "umano". Quel che ostacolerebbe la possibile utilizzazione della fiducia da parte delle persone fisiche sarebbero in realtà unicamente i pregiudizi contro tale strumento, visto come meccanismo finalizzato prevalentemente alla realizzazione di frodi, piuttosto che effettive ragioni di incompatibilità con l'ordinamento.

Si rileva, infatti, che, una volta individuato il fondamento della fiducia nella separazione patrimoniale, non vi sarebbero motivi per impedire alle persone fisiche, titolari, ad esempio, di patrimoni immobiliari importanti, di destinare parte dei loro beni a scopi determinati, ovvero di



provvedere ad una gestione dei medesimi in favore di altri soggetti. La separazione patrimoniale sarebbe in sé una figura neutra rispetto ai principi dell'ordinamento, dovendosi accertare l'eventuale illiceità caso per caso.

A ben vedere, il timore che sembra emergere dal dibattito parlamentare è, prima ancora delle possibili violazioni di principi fondamentali dell'ordinamento, quello di non riuscire ad addivenire all'approvazione di un testo finale, come già accaduto in passato, e quindi privare completamente il sistema francese dello strumento fiduciario. Questa eventualità sarebbe pregiudizievole dal punto di vista della competitività economica dell'ordinamento, visto che già molte imprese francesi ricorrono alla istituzione di *trust* in paesi che lo riconoscono, per realizzare le loro programmazioni patrimoniali o di finanziamento. Al fine, pertanto di evitare ulteriori obiezioni di fiducia, con conseguente abbandono del relativo progetto di legge, il legislatore francese ha preferito adottare una soluzione compromissoria, che potesse essere accettata anche dai più reticenti nei confronti dell'istituto.

La legge francese è stata dunque accolta con favore per avere compiuto un passo rilevante nell'introduzione di questo strumento su cui da tempo il dibattito è aperto, e avere fornito la possibilità di procedere alla ratificazione della Convenzione de L'Aja. La fiducia è, quindi, ora un istituto presente ed operante nel sistema, con il vantaggio di evitare percorsi tortuosi per raggiungere determinate finalità, ovvero interpretazioni giurisprudenziali che negano ogni rilevanza all'intento fiduciario delle parti, con totale sacrificio dell'autonomia privata.

La normativa presentava tuttavia una serie di profili atteso che riservava il contratto fiduciario alle sole persone giuridiche.

Il legislatore francese con la legge n.776 del 4 agosto 2008 ha apportato sostanziali modifiche all'istituto. La nozione di *fiducie* rimane la medesima un'operazione con cui si costituisce un patrimonio separato, trasferendo beni, diritti o garanzie a uno o più fiduciari, che agiranno per il raggiungimento di un determinato scopo, ovvero nell'interesse di uno o

più beneficiari, tuttavia le recenti novità ne modificano notevolmente la struttura originaria<sup>161</sup>.

Passando in rassegna le norme si rileva anzitutto l'abrogazione dell'art.2014 *Code civil*, il quale riservava soltanto alle persone giuridiche soggette all'imposta sulla società la possibilità di trasferire dei beni ad un fiduciario. Una volta abolita questa restrizione, altri mutamenti sono conseguiti per ragioni di coerenza (anche se non è del tutto chiaro il motivo per cui non vi sia un'uniformità di date di entrata in vigore delle differenti disposizioni).

Contestualmente all'abrogazione suindicata, è stata, pertanto, disposta quella dell'art. 2031 *code civil*, il quale prevedeva che, in caso di liquidazione del disponente, ove gli aventi diritto non fossero delle persone giuridiche sottoposte all'imposta sulle società, il patrimonio fiduciario non avrebbe potuto essere loro attribuito prima del termine del contratto di fiducie. Detta disposizione risulterebbe, infatti, ormai priva di giustificazione.

La riforma ha, quindi, abbandonato la rigida preclusione prevista dal legislatore del 2007 con riferimento alla possibilità di avvalersi dello strumento fiduciario. La scelta restrittiva allora adottata si allontanava dalla logica del progetto di legge del 2005, riducendo sensibilmente le potenzialità delle fiducie. Nel progetto originario il contratto fiduciario avrebbe dovuto rispondere all'esigenza di introdurre nel sistema un meccanismo dotato di una flessibilità assimilabile a quella del *trust* nei sistemi di *common law*, per evitare che la Francia potesse essere penalizzata da questa carenza, soprattutto rispetto agli investitori stranieri. Il legislatore del 2007 ha ripreso il progetto, trasformando, tuttavia la fiducia in uno strumento meramente commerciale. Il nuovo testo di legge, parte di una riforma legislativa più ampia volta ad introdurre meccanismi di modernizzazione al sistema economico, sembra accogliere, almeno

---

<sup>161</sup> Un primo commento della legge è di L. Dargent, *Rèforme de la fiducie par la LME*, *Recueil Dalloz*, 2008, 82.

parzialmente, le critiche che erano state effettuate<sup>162</sup>. Il contesto in cui si inserisce è quello di un potenziamento della figura dell'imprenditore individuale, attraverso una serie di misure volte a favorire e proteggere tale status<sup>163</sup>.

L'opportunità, pertanto, anche per le persone fisiche di disporre dello strumento fiduciario deve essere letta in questa prospettiva<sup>164</sup>.

L'intervento del legislatore francese ha fatto sì che la *fiducie* divenisse una figura generale di diritto civile<sup>165</sup> e non un istituto ascrivibile all'ambito commerciale.

In questo contesto rimangono alcune perplessità circa i limiti che circondano lo strumento fiduciario quali il divieto di istituire la fiducia con scopo di liberalità<sup>166</sup>, all'introduzione dell'art. 408-1 *Code Civil*, per cui i beni o diritti di un minore non potranno essere trasferiti in un patrimonio fiduciario e ancora al divieto del fiduciario nominato con il contratto di *fiducie* di avere anche un incarico di tutore o curatore nei confronti del disponente.

Il legislatore, ammesso l'utilizzo dell'istituto fiduciario anche da parte delle persone fisiche, ha introdotto una serie di disposizioni a tutela di interessi considerati di ordine pubblico, quali le norme in materia successoria, o la legislazione in materia di minori ed incapaci. Tuttavia le

---

<sup>162</sup> Gli atti preparatori della legge sono consultabili sul sito internet dell'Assemblea nazionale e sul sito del Senato, rispettivamente agli indirizzi <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/modernisation-economie.asp> e <http://senat.fr/dossierleg/pj107-398.html>.

<sup>163</sup> Nel discorso di presentazione della legge il ministro dell'Economia, Industria e Impiego Christine Lagarde precisa che tra gli obiettivi della legge vi è quello di potenziare la creazione di piccole imprese. A tal fine si stabilisce lo statuto dell'imprenditore individuale che avrà una riduzione degli obblighi burocratici rispetto ad una società e una serie di facilitazioni fiscali.

<sup>164</sup> Questa scelta ha anche sollevato delle critiche. Nel rapporto relativo ad dibattito al Senato (consultabile sul sito internet del Senato all'indirizzo <http://www.senat.fr/seances/s200807/s20080701/s20080701019.html#section2646>) la senatrice Odette Terrade contesta anzitutto lo strumento con cui viene adottata la riforma, vale a dire l'intervento governativo anziché parlamentare. Rileva poi che questa estensione del meccanismo fiduciario andrà a vantaggio fundamentalmente dei gestori di patrimoni anziché degli imprenditori i quali comunque per l'esercizio della loro attività preferiranno costituire una società di capitali.

<sup>165</sup> Dargent, *Réforme de la fiducie par la LME*, in Recueil Dalloz, 2008.

<sup>166</sup> Art. 2013 Code Civil.

disposizioni menzionate rischiano di ridimensionare notevolmente l'idea della *fiducie* come istituto di diritto comune. In effetti, nel quadro delle relazioni familiari, ad esempio, tali divieti limitano le possibilità di ricorrere alla *fiducie* proprio in quelle situazioni ove la stessa potrebbe rivelarsi uno strumento particolarmente utile, più di altri meccanismi privatistici. La circostanza di inserire tra i soggetti che possono svolgere il ruolo di fiduciario gli avvocati si presenta ugualmente come una novità di rilievo e particolarmente utile in una prospettiva di ampliamento dell'ambito di applicazione dello strumento. In effetti riservare il ruolo di fiduciario ad enti appositamente costituiti poteva rivelarsi oneroso qualora il disponente fosse una persona fisica quella appena descritta è una apertura parziale dal momento che altre figure professionali, quali commercialisti e notai, rimangono escluse.

Le norme da ultimo inserite dal legislatore francese hanno il vantaggio di eliminare quei difetti che erano stati contestati sulla *fiducie*. Infatti l'obiettivo della riforma è quello di abbandonare i limiti introdotti dal legislatore nel 2007.

Senza dubbio la novità più rilevante è quella di attribuire alle persone fisiche la possibilità di concludere contratti fiduciari benché la filosofia di fondo della riforma rimane, tuttavia, quella della fiducia quale strumento riservato ad un più efficace esercizio dell'attività d'impresa, sia pure individuale. Se quindi l'intervento va colto con favore, va sottolineato come rimane la sensazione di una occasione perduta quella cioè di regolamentazione di un istituto di diritto comune senza alcuna preclusione quanto all'ambito di applicazione.

## **5.2 Il *trust* nell'ordinamento giuridico spagnolo**

Il paragrafo prende in esame la questione circa l'opportunità di introdurre in Spagna l'istituto del *trust*, con particolare attenzione alla

Catalogna, una delle province spagnole dotate di un proprio sistema di diritto civile.

La Spagna rientra nel novero degli Stati europei a non avere sottoscritto la Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento<sup>167</sup>.

L'ordinamento giuridico spagnolo si caratterizza per non avere un diritto civile omogeneo ed uniforme. Ed invero, insieme alla competenza propria dello Stato in materia di diritto civile, la Costituzione riconosce la competenza di alcune Comunità autonome e, tra esse, della Catalogna, al fine di sviluppare un "diritto civile proprio" (art. 149.1.8 CE). Nell'ambito interno e sulla scorta del principio dell'autonomia della volontà, la dottrina e la giurisprudenza spagnole ammettono, in termini generali, lo schema contrattuale del negozio fiduciario, istituto che benché non disciplinato, al pari del negozio fiduciario italiano, nel codice civile, trova la sua fonte nell'autonomia privata.

Il *negocio* fiduciario è quello in virtù del quale una persona (fiduciante) trasmette "la proprietà" di un bene ad un'altra (fiduciario), con la finalità di garantirgli l'adempimento di un obbligo, o con il fine che gli amministri o conservi il bene che gli trasmette - o che questa persona acquista col suo denaro -, con l'obbligo da parte del fiduciario di restituire quanto acquisito in un momento successivo (*pactum fiduciae*)<sup>168</sup>.

Nei negozi fiduciari è essenziale l'esistenza di un doppio patto: uno attraverso il quale si trasmette la proprietà e un altro che rimane occulto e che determina l'efficacia del negozio che si conclude.

A tal proposito si parla di doppia titolarità: titolarità formale del fiduciario e titolarità materiale del fiduciante.

Il Governo catalano ha promosso alcuni tentativi di regolamentazione dei patrimoni fiduciari, il cui regime giuridico può in linea di principio essere assimilato al *trust* anglosassone. Tuttavia, né in Spagna né in Catalogna esiste ancora una regolamentazione o un

---

<sup>167</sup> Brunetta d'Usseaux, *El trust en elderechocivil, Trusts e attività fiduciarie*, Maggio 2008, 26.

<sup>168</sup> Castronovo, Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè Editore, 2007, 640.

riconoscimento formale dell'istituto, per quanto nella pratica commerciale alcune figure funzionino in maniera simile ad un *trust*<sup>169</sup>.

Gli studiosi spagnoli non sono indifferenti all'interesse che hanno suscitato i *trusts* in altri Stati Europei, alcuni dei quali si sono lanciati a regolamentare una figura con cui competere con l'istituto di *common law*. Ed invero nel 2002 iniziavano i primi lavori per la regolamentazione della fiducia o *trust* in Catalogna. Si redigeva un progetto che avrebbe dovuto essere incorporato nella sezione corrispondente al Libro V del *Codi Civil de Catalunya* sui diritti reali. In realtà, il Libro V veniva approvato senza includere nessuna disciplina sui patrimoni fiduciari, e successivamente non si approvava neppure il progetto di legge. A distanza di circa quattro anni veniva ripresa l'iniziativa, con la redazione di una nuova bozza sui patrimoni fiduciari (che chiameremo BPLPF). La particolarità del progetto catalano sta nel fatto che il *trust* è stato “civilised” attraverso il riconoscimento dei patrimoni fiduciari senza proprietario.

Il BPLPF incentra la regolamentazione sull'idea di “patrimonio fiduciario”. Questo è un patrimonio destinato ad una finalità, che può consistere nel beneficio di persone determinate o determinabili (art. 1.1 e 2 BPLPF), senza personalità giuridica (art. 2.1 BPLPF), fondato su una gestione autonoma, differente rispetto a quella che il fiduciario possa avere sul suo patrimonio personale.

Il riconoscimento di patrimoni autonomi, senza titolare, destinati ad un fine non è pacifico: vi è chi lo reputa una *fictio iuris*, chi invece lo assimila alle *res nullius* o lo considera alieno al sistema.

In realtà, l'estensione dei poteri del fiduciario sui beni mantiene la coesione del patrimonio ed impedisce di parlare di abbandono. L'unità si mantiene grazie alla sua destinazione ad uno scopo determinato.

Il patrimonio vincolato si caratterizza per le seguenti caratteristiche: in primo luogo la surrogazione reale, che implica sostituzione degli elementi che escono dal patrimonio per altri che li rimpiazzano (art. 14.1 BPLF). È un principio inerente all'amministrazione

---

<sup>169</sup> Graziadei - Mattei - Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005, 23.

di patrimoni, del quale si trovano numerose manifestazioni nel Diritto civile catalano (artt. 216.2 CF; artt. 69.3, 148.3, 213, 220.2, 221, 236, 245.2, 387, 389 CS); in secondo luogo i meccanismi di indennizzo e le compensazioni di valore. Effettivamente, come conseguenza dell'esistenza di patrimoni separati, se il fiduciario, in adempimento dei suoi obblighi verso il patrimonio fiduciario, pregiudica beni propri, deve avere il diritto al rimborso, a carico dei beni di questo ultimo (*ex art. 1358; art. 1346, 1364 CC.*). Ed ancora, l'autofinanziamento, di modo che le spese che genera l'amministrazione si sovvenzionano a carico dei beni che integrano il patrimonio vincolato. È un principio che deriva dalla previa legittimazione del fiduciario di concludere negozi di amministrazione (art. 12.1 BPLPF).

Dato che i beni sono soggetti ad un regime di responsabilità speciale e rispondono solo per i debiti che sorgano dalla loro amministrazione, i creditori personali del costituente o del fiduciario o del beneficiario, non potrebbero aggredire i beni della fiducia (art. 2.2 BPLPF). All'inverso, i creditori del patrimonio fiduciario non hanno altra garanzia che quest'ultimo.

Sono ammessi, inoltre, patrimoni retti da regimi speciali all'interno del patrimonio fiduciario (art. 14.3 BPLPF).

I beneficiari non sono parte del negozio giuridico di costituzione anche se possono proteggere l'effettività del loro diritto dal momento stesso in cui il fiduciario abbia accettato l'incarico di amministrare (art. 13.3 BPLPF) o, da quello stesso momento, possono rinunciare ai vantaggi che offre loro il costituente (art. 13.5, 18.1 a BPLPF) o estinguere il vincolo, se questa è una facoltà che quest'ultimo ha concesso loro espressamente (art. 6.3 M BPLPF).

I beneficiari hanno un "diritto di credito" a percepire i redditi o il capitale (art. 13.1 e 3 BPLPF). Non sono proprietari né titolari di un diritto reale. In ciò si segue il criterio già stabilito per i fondi di investimento. Effettivamente, benché la legge affermi che i patrimoni "appartengono ad una pluralità di investitori" (art. 1.1 L. 35/2003; art. 2.1 RD 1309/2005), in realtà ciò significa che quella pluralità di investitori ha diritto a percepire i

benefici che derivano dai loro apporti al fondo. Non può esistere una quota sui beni che lo integrano perché, generalmente, i beneficiari non hanno diritto ad un bene concreto, bensì ad una quota del patrimonio, la quale ha una consistenza variabile ed è retta dal principio di surrogazione reale (art. 14.1 BPLPF). Col risultato che è preferibile includere il diritto dei beneficiari nella cornice del Diritto delle obbligazioni.

Il loro credito, in caso di concorso con creditori del patrimonio fiduciario (art. 13.4 BPLPF), rimane subordinato alla soddisfazione di questi ultimi perché, logicamente, il beneficio può apprezzarsi solo quando i debiti vengono pagati; ma i beneficiari escludono il resto dei creditori del costituente o del fiduciario. Non perché esista una regola sulla prelazione, ma perché lo esige l'assoluta autonomia del patrimonio fiduciario.

Per proteggere l'integrità del loro diritto, hanno facoltà di controllo sull'attività del fiduciario (essi stessi o attraverso un curatore, se si tratta di non concepiti, art. 13.1, III BPLPF). Sono quelle previste nell'art. 3.6 BPLPF, che includono la possibilità di impugnare gli atti realizzati in frode al loro diritto e/o contravvenendo alle regole che sovrintendono l'amministrazione del patrimonio. Essenzialmente, il controllo consiste nel sollecitare informazioni sull'amministrazione del fiduciario, impugnare l'interpretazione che faccia il fiduciario della volontà del costituente, a meno che questi non l'abbia proibito, esigere la responsabilità del fiduciario, caso nel quale potrebbe essere obbligato a riparare personalmente le perdite che dovesse subire il patrimonio vincolato e ad apportare personalmente a quest'ultimo ogni beneficio che l'inadempimento delle sue obbligazioni avesse impedito.

In casi di *breach of trust*, il diritto civile catalano facilita sia la surrogazione reale del prezzo, sia l'esercizio di azioni rescissorie di ricostituzione del patrimonio vincolato, senza pregiudizio a che, in questo caso, possa diventare effettiva la responsabilità del fiduciario e/o dell'acquirente che si sia arricchito ingiustamente.

Alla luce della disamina appena compiuta è possibile trarre le seguenti conclusioni.



L'interesse esistente nella Catalogna per la regolamentazione di un istituto con cui raggiungere risultati simili ai *trusts* non è fortuito. Nel diritto catalano ed in quello di altre comunità autonome che hanno conservato il loro diritto civile storico, esistono fiducie testamentarie che assomigliano alle applicazioni del *trust* come strumento di diritto successorio. Il recepimento del *trust* in Spagna è pertanto possibile. La Catalogna ha già compiuto un primo passo.

Il BPLPF mette l'accento sul patrimonio di destinazione senza proprietario, considerando che la titolarità non conforma il potere di disposizione, che può essere indipendente. Orbene, nell'ipotesi in cui la soluzione si considerasse troppo stravagante, non vi sarebbe alcun problema nell'ammettere che il fiduciario fosse proprietario, purché i beni vincolati si mantenessero separati dal suo patrimonio personale (mediante un'apertura di conto corrente separata; o mediante l'iscrizione nei registri pubblici delle titolarità fiduciarie). Questo è un cammino che la giurisprudenza spagnola ancora non ha intrapreso nella moltitudine di casi in cui ha avuto l'opportunità di pronunciarsi su validità ed effetti del negozio fiduciario. Orbene, se è lecito che i privati si servano di questa tecnica non espressamente regolata dalla legge, il riconoscimento legale espresso dei patrimoni di destinazione dovrebbe porre meno ostacoli; di questo si tratta, in definitiva, di tecniche di gestione privata della responsabilità patrimoniale, che nulla hanno a che vedere con l'espedito tecnico della personalità giuridica.

### **5.3 Il *trust* nel sistema giuridico belga**

A far data dal nuovo codice civile di diritto internazionale privato belga entrato in vigore l'1 ottobre 2004, il *trust* non costituisce più un istituto completamente ignorato dal sistema *de qua*. Ed invero, nonostante il Belgio non abbia ratificato la Convenzione de l'Aja del 1985, ha dedicato un apposito capitolo del nuovo codice alla figura del *trust*.

L'introduzione di un apposito capitolo all'interno del nuovo codice di diritto internazionale privato consente di affermare che tale istituto non è più ignorato.

In base a tali disposizioni il Belgio ha riconosciuto che il *trust*, validamente istituito sulla base del diritto straniero, possa produrre effetti nel sistema giuridico belga nei limiti del rispetto delle norme imperative interne. Molte incertezze si sono poste nel fornire una definizione di *trust*.<sup>170</sup>

La dottrina belga propende per un rapporto triangolare basata sulla figura del “disponente”, quale soggetto che istituisce il *trust* stabilendo che determinati beni siano amministrati da un “*trustee*”, nell'interesse di uno o più “beneficiari”.

Il capitolo XII dedicato al *trust* è composto da quattro articoli, dal 122 al 125, ed è così strutturato; in primo luogo si preoccupa di fornire una definizione del *trust* e di individuarne gli elementi caratterizzanti. Poi affronta la problematica della competenza in materia di *trust* e della legge ad esso applicabile, per concludere con un'analisi dell'ambito di applicazione della legge individuata.

L'art.122 del codice, prendendo spunto dalla Convenzione de l'Aja, definisce e determina i tipi di *trust* dallo stesso regolati. Dispone, infatti, l'articolo in questione: “ai sensi della precedente legge, con il termine *trust* si intende una relazione giuridica istituita tramite un atto del costituente o tramite una decisione giudiziaria, in base alla quale dei beni sono sottoposti sotto il controllo di un *trustee* al fine di amministrarli nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo specifico”. Il codice dunque regola, a differenza della Convenzione, sia il *trust* volontario sia quello giudiziario.

Il codice Belga si presenta innovativo rispetto alla Convenzione anche perché disciplina la competenza in materia di *trust*. A tal proposito l'art.123 dispone “il giudice belga è competente a statuire in merito a tutte le domande relative alle relazioni tra il costituente, il *trustee* o il

---

<sup>170</sup> De Pover, *Trust, fiducie, administratiekantoor, fondation du Lichtenstein*, Bruxelles, 2001, 32.

beneficiario di un *trust*, oltre che nei casi previsti dalle disposizioni generali della presente legge se: il *trust* è amministrato in Belgio o se la domanda concerne dei beni situati in Belgio al momento della sua introduzione.

Il riferimento alle disposizioni generali della presente legge rimanda alle previsioni dell'art. 5 del codice in base al quale "il giudice Belga è competente se il convenuto è domiciliato o ha la sua residenza abituale in Belgio al momento dell'introduzione della domanda". Il collegamento, invece, al luogo di amministrazione del *trust* rinvia a livello pratico al centro di attività principale del *trustee*, il quale è l'effettivo amministratore del *trust*; nel caso di beni situati in Belgio trova applicazione il criterio della *lex rei sitae*. Infine il Codice lascia spazio all'autonomia delle parti disponendo: "allorquando l'atto costitutivo di un *trust* attribuisce la competenza al giudice belga o al giudice di uno stato straniero, o a uno di loro, gli articoli 6 e 7 sono applicabili per analogia". Il codice consente l'inserimento nell'atto istitutivo di un *trust*, di una clausola attributiva di competenza, valida anche nel caso in cui si tratti di dichiarazione unilaterale, purché la stessa sia conforme alle prescrizioni generali applicabili alle proroghe volontarie di giurisdizione.

Affinché un *trust* validamente istituito all'estero possa produrre effetti nel sistema interno belga occorre individuare la legge allo stesso applicabile.

L'art. 124 attribuisce primariamente valore alla scelta effettuata dal disponente del *trust*, la quale può avvenire unilateralmente o in accordo con altre parti coinvolte, può dedursi dal contenuto dell'atto istitutivo o risultare dalle circostanze della causa, può concernere tutti i beni del *trust* o una parte di essi.

La portata dell'autonomia della volontà, però, incontra diversi limiti. Infatti la scelta della legge è priva di effetto, secondo il II comma dell'articolo in questione, "allorquando tutti gli elementi significativi del *trust*, ad eccezione della scelta della legge applicabile, sono localizzati in uno stato il cui diritto non riconosce l'istituto del *trust*". È pertanto proibita

l'effettuazione di una scelta artificiale in quanto in tale caso si configura un'ipotesi di frode alla legge.

L'art. 124 prevede un ulteriore limite all'autonomia delle parti, per cui la legge da quest'ultima scelta non si applica quando la stessa "non rende valido il *trust*"<sup>171</sup>. Il codice misura dunque all'utilità della legge scelta e detta una norma ispirata al buon senso. Infatti indipendentemente dal fatto che l'atto istitutivo di un *trust* sia stabilito in Belgio o all'estero, i suoi autori dovranno necessariamente appoggiarsi ad una legge straniera che conosce e regola questo tipo di atto giuridico, in quanto risulterebbe chiaramente priva di senso la scelta della legge belga<sup>172</sup>.

Nell'eventualità in cui la scelta effettuata non sia avvenuta conformemente alle prescrizioni della legge o risulti priva di effetto, il codice, a differenza della Convenzione de l'Aja del 1985, ha preferito stabilire un criterio oggettivo al quale riferirsi, volto a garantire l'obiettivo di sicurezza giuridica. Pertanto il II paragrafo dell'art.124 statuisce che: "allorquando il diritto applicabile al *trust* non è stato scelto conformemente al I paragrafo o il diritto scelto non rende valido il *trust*, il *trust* è retto dal diritto dello Stato sul territorio del quale il *trustee* ha la sua residenza abituale al momento della sua costituzione". Il codice non ha, dunque, ritenuto opportuno ispirarsi alle disposizioni della Convenzione che collegano la legge applicabile a quella con il quale il *trust* presenta i legami più stretti ed enumerano i fattori da tener presente per effettuare tale individuazione. Una volta determinata la legge applicabile al *trust* risulta indispensabile definire anche l'estensione dell'ambito di applicazione della stessa. È proprio questo lo scopo che si prefigge l'art.125 del codice che enumera succintamente le questioni che possono essere risolte con l'utilizzo della legge stabilita. Il primo paragrafo

---

<sup>171</sup> La Convenzione de l'Aja ritiene, invece, priva di effetto la scelta effettuata se la legge selezionata "*ne connait pas l'institution du trust*"; se ne deduce quindi che la Convenzione, a differenza del codice belga, si accontenta di esigere che il diritto scelto conosca l'istituzione del *trust*, pur senza considerarlo valido.

<sup>172</sup> Wautelet, *Le nouveaudroit International privé belge*, Droit bancaire et financier, 2005, 89.

dell'articolo de quo dispone, infatti: "Il diritto applicabile al *trust* determina in particolare:

- La costituzione e le modalità del *trust*;
- L'interpretazione del *trust*;
- L'amministrazione del *trust*, così come i diritti e le obbligazioni che ne conseguono;
- Gli effetti del *trust*;
- La cessazione del *trust*.

Tale elenco non è da considerarsi tassativo ed anzi è suscettibile di un'interpretazione estensiva per analogia con le disposizioni in merito dettate dall'art. 8 della Convenzione de l'Aja

In conclusione, la scelta del Belgio di stabilire espressamente le norme in materia di *trust* e di inserirle nel quadro del nuovo codice di diritto internazionale privato ha offerto l'occasione di interrogarsi su alcuni dei tratti che caratterizzano l'istituto del *trust* e costituisce una dimostrazione della crescente consapevolezza da parte dei paesi di *civil law* dell'importanza e del ruolo che il *trust* riveste ormai non solo più nei paesi di *common law*.

#### **5.4 Il *trust* nella Repubblica Popolare Cinese**

Scopo della presente analisi è quello di evidenziare quali siano le caratteristiche salienti della legge cinese sul *trust* e valutare quali potranno essere le prospettive di crescita e di sviluppo in un ordinamento che sul piano formale dichiara di porsi in continuità con gli ordinamenti di *civil law*.

Prima di passare in rassegna la legge *de qua* appare necessario procedere ad una ricognizione del sistema giuridico cinese. Ed invero quest'ultimo possiede caratteristiche peculiari che ancora lo distinguono, sia sotto un profilo teorico che pratico, dai sistemi appartenenti alla *western legal tradition*. Nonostante il processo di uniformazione agli

standard internazionali avvenuto nell'ultimo decennio, esso continua a presentarsi quale ordinamento *sui generis* nel quale la norma morale mantiene un ruolo determinante e il principio del primato della legge rispetto alla regola politica non è completamente affermato.

Occorre tuttavia rilevare come, alla luce della notevole crescita economica cinese che ha investito negli ultimi anni i settori dell'economia più disparati la ricezione di uno strumento di autonomia privata versatile come il *trust* si presta ad intervenire in operazioni raffinate ed economiche.

L'ingresso della Repubblica Popolare Cinese nell'Organizzazione Mondiale del Commercio, formalizzato ufficialmente nel 2001, ha contrassegnato un'ulteriore tappa del costante progresso compiuto dal Paese sin dai tempi della svolta politico-economica degli anni ottanta, allorché il processo di rinnovamento si tradusse in realtà nell'apertura politica internazionale e, dal 1984, nella riduzione del controllo burocratico in campo economico con la legittimazione dell'iniziativa privata come supplemento dell'economia socialista. La legge sul *trust* svolge il compito di regolamentare ogni attività di *trust* nella Repubblica Popolare Cinese posta in essere da persone fisiche, imprese ed istituzioni pubbliche colmando da un lato una lacuna nell'ordinamento cinese, dall'altro sostenendo con precise indicazioni una attività praticata in maniera confusa<sup>173</sup>.

Pertanto, lo scorso 28 aprile 2001 il comitato esecutivo del congresso cinese ha adattato la prima *trust law* della repubblica popolare cinese. Entrata in vigore in data 1 ottobre 2001, la legge cinese sul *trust* vede la luce dopo quasi otto anni di lavori preparatori. Completa nell'impianto normativo, seppur a volte eccessivamente sintetica nella formulazione dei singoli articoli, la *trust law* cinese disciplina i diritti e i doveri dei vari soggetti coinvolti in un *trust* istituito per finalità private, per affari o per scopi di pubblica utilità. Si tratta di un atto normativo e innovativo sia sul piano teorico sia su quello pratico, la cui adozione, al di là di ogni valutazione critica di cui l'atto stesso o la sua futura

---

<sup>173</sup> Cavalieri, La legge sui *trust* della Repubblica Popolare Cinese, in *Trusts* e attività fiduciarie, aprile 2002, 21.

applicazione potranno essere oggetto, dimostra la ferma volontà del governo cinese di proseguire nella modernizzazione dell'ordinamento giuridico nazionale per mezzo dell'importazione di istituti dai paesi capitalistici più avanzati.

Il testo definitivo è suddiviso in sette capitoli, in cui sono disciplinati gli aspetti fondamentali dell'istituto secondo la seguente ripartizione:

- Disposizioni generali (cap. I, art. 1-5);
- Costituzione del *trust* (cap. II, art. 6-13);
- Beni che formano oggetto del *trust* (cap. III, art. 14-18);
- Parti del *trust* (cap. IV, art. 19-49);
- Modificazione ed estinzione del *trust* (cap. V, art. 50-58);
- *Trust* per pubblica utilità (cap. VI, 59-73);
- Disposizioni supplementari (cap. VII, 74).

Ai cinque articoli del cap. I si direbbe assegnata la funzione di carta di identità di tutta la normativa, una sorta di sintesi delle peculiarità e modalità dei principi informatori della stessa. Tra le finalità, *in primis*, quello di frenare un sviluppo incontrollato delle attività al fine di promuovere il sano sviluppo nella tutela dei legittimi diritti ed interessi delle parti del *trust*<sup>174</sup>.

L'art.2 definisce la nozione dell'istituto nonché i fini per cui si è creata la legge onde sgomberare il campo da equivoci e malintesi<sup>175</sup>. La definizione del *trust* nella legge cinese, a ben vedere, si presenta ambigua sotto un duplice profilo: in primo luogo essa qualifica il *trust* come un atto e non come un rapporto. In secondo luogo la legge cinese non specifica quali siano i diritti sul fondo del *trust* riconosciuti ai beneficiari e gli effetti dell'affidamento della *trust property* al *trustee*. Se da un lato però la legge non qualifica il *trustee* come proprietario del fondo *trust*, dall'altro è

---

<sup>174</sup> Art.1 “Questa legge è formulata per regolare il rapporto di *trust*, disciplinare i comportamenti relativi al *trust*, proteggere i legittimi diritti ed interessi delle parti del *trust*, promuovere il sano sviluppo dell'attività del *trust*”.

<sup>175</sup> Art.2 “In questa legge per *trust* si indica il rapporto che sorge dall'atto con cui il costituente sulla base della fiducia del *trustee* affida i suoi beni a quest'ultimo che, in nome proprio, li amministra oppure ne dispone secondo la volontà del costituente, nell'interesse del beneficiario per uno scopo determinato”.

chiaro che il *trustee* non è un mero mandatario e può disporre discrezionalmente ed in piena autonomia della *trust property* che gli sia stata affidata<sup>176</sup>. In realtà la determinazione dei diritti del *trustee* e dei beneficiari sul fondo del *trust* solleva nel diritto cinese minori problemi rispetto a quelli che potrebbe sollevare in *civil law*. Contrariamente a quanto afferma la gran parte della dottrina cinese il diritto sinico presenta forti tratti che tuttora lo distinguono dalla tradizione di *civil law*. Le più rilevanti di questa peculiarità si registrano proprio nel campo dei diritti reali. In primo luogo, nel diritto cinese il concetto di proprietà, già a livello costituzionale, è soggetto a rilevanti limitazioni<sup>177</sup>. La stessa definizione di diritto di proprietà contenuta nei principi generali del diritto cinese, poi, è lontana da quel carattere di tipicità ed absolutezza che la contraddistinguono nella esperienza giuridica di *civil law* ed è molto più prossima alla concezione di *common law* di “*bundle of rights*”. Ai sensi dell’art.71 dei “principi generali del diritto civile”, infatti, il concetto di *property ownership* è suddiviso in quattro fondamentali “poteri e funzioni”.

Il diritto di proprietà è il diritto di “possedere (*zhanyou*), utilizzare (*shiyong*), beneficiare (*shouyiquan*) e disporre (*chufen*) di una proprietà nei limiti di quanto previsto dall’ordinamento”. La combinazione di questi quattro fondamentali “poteri e funzioni” non è distribuita in modo tassativo all’interno di predefinite fattispecie. Nel diritto cinese le quattro prerogative del diritto di proprietà possono essere liberamente miscelate per cercare nuovi diritti e nuove forme di proprietà. Pur nel silenzio di una chiara definizione è allora facile scorgere nella legge cinese sui *trust* un nuovo modello di godimento della proprietà, che vede il conferimento al *trustee* della facoltà di possedere (*zhanyou*), di disporre (*chufen*), ed utilizzare (*shiyong*) i beni del fondo del *trust*, ed il conferimento ai beneficiari del diritto di godere (*shouyiquan*) di essi.

---

<sup>176</sup> Qiang Guo, *Fiduciary Ownership: Does China’s Trust law Bring It Home?*, *Perspectives*, vol.3, no.2, Sharon, 2001.

<sup>177</sup> Constitution of the People’s Republic of China, art.6 come emendato il 15 marzo 1999.



Una interpretazione, questa, la cui correttezza è confermata dall'art.14 della stessa legge sul *trust* cinese secondo la quale il *trustee* che accetta il suo incarico acquista la titolarità del fondo del *trust*.

Nel prosieguo delle disposizioni generali, l'art.3 stabilisce la competenza. Mentre la prima bozza della legge si limitava a sancire che essa si sarebbe applicata a tutte le attività fiduciarie poste in essere all'interno dei territori cinesi, la nuova versione dell'art. 3 stabilisce che la legge cinese sul *trust* si applica a tutte le attività fiduciarie "poste in essere da disponenti, *trustee* e beneficiario all'interno dei territori della PRC". Se da un lato è chiaro che la legge sui *trust* cinese non sarà estesa alle province soggette a legislazione speciale (Taiwan, Hong Kong e Macao) e che la sua vigenza sarà inizialmente limitata alla sola "Mainland China", appare tuttavia evidente come con la nuova formulazione dell'art.3 il legislatore cinese abbia voluto espandere al massimo l'ambito di applicazione della legge *de qua*. Quest'ultima si presenta tuttavia lacunosa sotto il profilo del diritto internazionale privato: essa non prevede alcuna norma per dirimere un eventuale conflitto di leggi, ben possibile quando una delle parti non sia cinese, né chiarisce la sua eventuale derogabilità a favore di una legge straniera. Non avendo la Cina aderito alla Convenzione de l'Aja relativa alla legge applicabile ai *trust* e al loro riconoscimento, sopperiscono a questa lacuna i "principi generali di diritto civile cinese" che, nel capitolo VII, chiariscono quale sia il diritto applicabile nelle questioni civili che coinvolgano una parte straniera. In linea di principio, quando vi siano elementi di estraneità, il diritto cinese ammette la libera scelta delle parti e la propria derogabilità a favore della legge straniera.

Anche la legge sui *trust* della RPC, non contenendo alcuna norma che espressamente escluda una simile facoltà delle parti, potrà da loro essere derogata a favore di una legge straniera. Tale facoltà di deroga non è comunque incondizionata ma è soggetta a varie limitazioni, tra le quali incide in modo rilevante la riserva di giurisdizione dell'ordinamento cinese su tutte le questioni che riguardino il godimento dei diritti reali<sup>178</sup>. Questa

---

<sup>178</sup> *General Principles of the Civil law of the People's Republic of China.*

limitazione, prevista per evitare che il ricorso ad una legge straniera possa aggirare il concetto di proprietà collettiva dei mezzi di produzione tuttora previsto a livello costituzionale, per l'ampiezza della sua formulazione può, all'atto pratico, vanificare in molti casi il richiamo di una legge straniera per disciplinare un *trust* che coinvolga elementi di estraneità.

La concreta possibilità del ricorso ad una legge straniera, pur se generalmente ritenuta ammissibile, non è pertanto astrattamente ipotizzabile a priori ma richiede una specifica analisi degli interessi che di volta in volta sono coinvolti nella intestazione fiduciaria. Neppure scervi da critiche sono gli artt. 4 e 5. Si qualificano norme in bianco che, operando un rimando ad altre indefinite fonti, potranno consentire all'organo esecutivo di ridefinire la portata applicativa dell'intera legge o di modificarne in modo sensibile la disciplina senza alcun controllo del potere legislativo. Ciò è soprattutto evidente nell'art.5 dove, nel contesto di un rinvio ai generalissimi concetti della buona fede e di un richiamo alla inderogabilità dei limiti dell'interesse dello Stato (*guojialiyi*) e dell'interesse pubblico (*shehui gong gongliyi*) viene sancito in modo generico che le parti di un *trust* devono rispettare "le leggi ed i regolamenti amministrativi pertinenti". L'art. 4 è stato inserito a seguito dello stralcio del progetto di legge della disciplina relativa alle *trust* compagnie. Esso autorizza le *trust corporations* a rivestire l'ufficio del *trustee* e delega al Consiglio di Stato l'incarico di disciplinare con un apposito regolamento l'organizzazione e amministrazione di tali enti. Particolare importanza riveste l'art. 5 della legge, allorché si invitano le parti a "rispettare le leggi e i regolamenti amministrativi"<sup>179</sup>, con preciso, non causale riferimento anche ai principi generali del diritto civile che, si ricorda, rappresentano il primo testo codificato di disposizioni generali di diritto civile della Repubblica popolare cinese<sup>180</sup>. Si intende evidentemente ribadire che lo Stato intende continuare ad essere una repubblica popolare.

---

<sup>179</sup> Art. 5: "Nell'esercizio dell'attività di *trust*, le parti devono rispettare le leggi e i regolamenti amministrativi, osservare i principi di volontà, di equità e di buona fede e non devono danneggiare l'interesse dello Stato né il pubblico interesse".

<sup>180</sup> I principi generali di diritto civile sono stati adottati il 12 aprile 1986 nella sesta sessione della sesta Assemblea popolare nazionale, ed entrati in vigore il 1° gennaio 1987.

Similmente a quanto avviene in *common law*, anche il diritto cinese in materia di *trust* riconosce il negozio dispositivo ed il negozio istitutivo in senso stretto. Quanto a quest'ultimo, un *trust* può essere istituito, *inter vivos o mortis causa*, per mezzo di un contratto, a seguito di disposizione testamentaria od in forza di ogni altro negozio concluso in conformità di "leggi o regolamenti". Requisito essenziale per la validità del negozio istitutivo è che esso sia redatto in forma scritta (articolo 8), in un atto che indichi tassativamente i seguenti caratteri (art.9): lo scopo del *trust*, le generalità del disponente e dei *trustee*, il beneficiario o la classe dei beneficiari, la descrizione della *trust property*, la definizione delle modalità con cui i beneficiari possono godere dei diritti loro attribuiti dal disponente. Accanto ai predetti elementi, l'art.9 indica poi una nutrita schiera di elementi accidentali, tra i quali hanno particolare importanza pratica la durata dei *trust*<sup>181</sup>), le modalità di amministrazione della *trust property*, la remunerazione e la nomina dei *trustee*.

Il negozio istitutivo è, infine, un atto recettizio: se effettuata mediante un contratto, l'istituzione del *trust* si perfeziona quando questo è concluso; tutte le altre ipotesi il *trust* si considera istituito quando il *trustee* abbia dichiarato di accettare il suo incarico.

Per quanto attiene al negozio dispositivo, la legge cinese prevede che la costituzione del suo fondo sia condizione necessaria per la valida istituzione di un *trust*<sup>182</sup>: il disponente, pertanto, deve far seguire al negozio istitutivo la devoluzione al *trustee* di alcuni diritti di proprietà da lui legittimamente posseduti (art.7). La legge cinese è attenta a scongiurare la possibilità che l'istituzione di un *trust* diventi uno strumento attraverso il quale il disponente possa riuscire a ridurre la propria responsabilità patrimoniale in frode ai suoi creditori. Stabilisce l'art.12 che se i creditori particolari del disponente vedono un pregiudizio nella devoluzione in un

---

<sup>181</sup>La legge sinica non prevede un termine di durata per l'istituzione di un *trust*. Secondo la legge cinese pertanto esso può essere anche perpetuo, a dispetto di una radicata tradizione che, in *common law*, fissa ben precisi limiti temporali alle istituzioni in *trust*. In Inghilterra, secondo il *Perpetuities and Accumulations Act 1964*, ogni istituzione in *trust* che non sia di tipo *charitable* non può durare più di ottanta anni. Le leggi di altri paesi prevedono un limite temporale più lungo, generalmente cento anni

<sup>182</sup>Ai sensi dell'art.11, n. 2 un *trust* è nullo se la *trust property* non può essere determinata

fondo del *trust* di determinati *property rights* fatta dal loro debitore, essi possono ricorrere all'autorità giudiziaria affinché sia dichiarata la nullità del *trust*. Nullità comunque parziale in quanto essa non travolge i diritti già acquisiti dal beneficiario in buona fede (art.12, II comma).

L'azione di nullità, tuttavia, può essere validamente esperita dai creditori del disponente solo entro un anno da quando questi sono venuti a conoscenza, o lo sarebbero dovuti divenire, delle cause di annullamento e quindi della avvenuta istituzione del *trust* (tale termine annuale di decadenza è oltretutto più breve di quello biennale generalmente previsto nell'ordinamento cinese dall'art. 135 del *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China*).

Nullità comunque parziale in quanto essa non travolge i diritti già acquisiti dal beneficiario in buona fede (art.12,II comma).

L'azione di nullità, tuttavia, può essere validamente esperita dai creditori del disponente solo entro un anno da quando questi sono venuti a conoscenza della avvenuta istituzione del *trust*. Ciononostante, il creditore del disponente che prima della istituzione del *trust* abbia maturato un privilegio su determinati beni poi devoluti nel fondo del *trust*, può comunque sottoporli ad esecuzione forzata (art.17, n.1).

Il fondo del *trust* è costituito da tutte quelle utilità che il *trustee*, una volta accettato il suo incarico fiduciario, riceve dal disponente e da tutte quelle ulteriori utilità che il *trustee* consegua a seguito della loro amministrazione o vendita (art.14).

Per potere definire quali diritti il disponente possa validamente devolvere in *trust* occorrerà richiamare il principi generali del diritto civile cinese ed in particolare la sezione prima rubricata del diritto di proprietà e dei diritti connessi.

In diritto cinese per definire proprietà si usa il vocabolo “*caichan*”. Sotto un primo profilo, il termine *de quo* ricomprende tutto ciò che può formare oggetto di diritti, siano essi beni materiali o non. Il concetto di “*caichan*” non insiste come i nostro art.810 c.c. sulla fisicità dei beni ma è piuttosto un rapporto avente ad oggetto beni o diritti

monetizzabili che ricomprende anche tutti quei diritti immateriali da noi classificati come “proprietà intellettuale”.

Secondo una diversa prospettiva, invece, la proprietà può essere distinta in base alla sua appartenenza in proprietà dello Stato, proprietà delle organizzazioni collettive e beni personali del cittadino. ciascun attore economico può disporre solo di quei beni che la costituzione ed i principi generali del diritto civile ammettono che egli possa possedere.

La possibilità che il *trustee* possa disporre della “*caichan*” e, ancora più a monte, la possibilità stessa che la *caichan* possa essere devoluta in *trust* dipenderanno pertanto dallo status del disponente e, conseguentemente, dalla legge speciale applicabile.

L’art.14 della *trust law* cinese, non ha il solo scopo di rimarcare il rispetto dei limiti imposti alla circolazione dei beni. Esso svolge anche una funzione di filtro preventivo nel campo degli investimenti internazionali. Come è noto il diritto cinese prevede forti limitazioni agli investimenti stranieri. Da un lato esso vieta agli investitori esteri di acquisire partecipazioni in determinate compagnie societarie. In secondo luogo l’ordinamento cinese proibisce o limita gli investimenti stranieri in determinati settori economici, ritenuti strategici o contrari all’ordine pubblico. Letto in prospettiva con l’art.11, n.1, che commina la nullità di tutti i *trust* le cui finalità violino leggi o regolamenti amministrativi oppure siano contrarie all’ordine pubblico, l’art.14 rappresenta un primo sbarramento per evitare che, tramite un *trustee* cinese, gli investitori esteri possano intervenire in settori economici a loro banditi.

Nella sua quarta sezione la legge di cui trattasi regola i rapporti tra i vari soggetti del *trust*: disponente, *trustee* e beneficiario.

La figura del *protector* non viene disciplinata in questa sezione. Tuttavia, il fatto che di un revisore si parli con riferimento ai *trust* caritatevoli ci permette di ritenere che la sua previsione in un *trust* non sia comunque compatibile con la legge cinese.

In linea con gli sviluppi più recenti dell’istituto la legge sui *trust* ammette che i diversi ruoli possano essere assunti dal medesimo soggetto: sia il disponente che il *trustee* possono essere anche beneficiari e

non vi è alcuna disposizione che vieti al disponente di rivestire l'ufficio di *trustee*. Per quanto attiene al *trustee*, l'art.35 prevede che il suo *munus* sia essenzialmente gratuito. Solo in presenza di un'espressa clausola di remunerazione egli avrà diritto di percepire una retribuzione per l'attività prestata.

La legge *de qua* non ancora la diligenza del *trustee* ad una ben definita *prudent man rule* ma si limita in modo generico a prevedere che egli debba scrupolosamente adempiere al suo incarico ed amministrare il *trust* con onestà, fedeltà ed efficienza (art.25).

In linea con i consolidati principi sviluppati dalla giurisprudenza di *common law*, poi la legge sul *trust* cinese prevede che il *trustee* non possa appropriarsi della *trust property* (art.27) né trarre da essa alcun profitto personale (art.26). Egli non potrà neppure compiere contratti con se stesso coinvolgendo il suo patrimonio personale ed il fondo del *trust*, se a ciò non sia stato espressamente autorizzato dall'atto istitutivo oppure dal disponente e dal beneficiario (art.28).

Il *trustee* deve dare contezza della sua amministrazione. Di converso, il disponente ed il beneficiario sono titolari di pregnanti poteri di controllo e di intervento sull'operato del *trustee*. Non solo essi hanno diritto di essere costantemente aggiornati dal *trustee* sull'amministrazione del *trust* e sull'utilizzo della *trust property*: il disponente ed il beneficiario hanno anche il diritto di consultare ogni documento che attenga all'amministrazione del *trust* e ne possono trarre copia.

Se per la sopravvenienza di eventi non previsti al momento della sua istituzione gli scopi del *trust* diventano difficilmente perseguibili o contrari all'interesse del beneficiari, quest'ultimo ed il disponente possono chiedere al *trustee* di cambiare le modalità di amministrazione della *trust property* (art.21). Il disponente ed il beneficiario hanno diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria per ottenere la rimozione del *trustee* che non abbia rispettato le finalità del *trust* o si sia rivelato negligente nello svolgimento del suo incarico (art.23).

Il *trustee* rimane comunque responsabile dell'amministrazione del *trust* sino all'intervenuta nomina di un nuovo fiduciario e non può

rinunciare al proprio incarico se non dopo avere ottenuto l'approvazione del beneficiario e del disponente (art.38).

Va tuttavia notato come la legge cinese sui *trusts*, pur conferendo al disponente e al beneficiario rilevanti poteri di intervento nella amministrazione del *trust*, non preveda espressamente che costoro possano ottenere dalle competenti autorità giudiziarie una *injunction* per obbligare il *trustee* a fare qualcosa che gli è imposto dall'atto istitutivo o di astenersi dal fare qualche cosa che contrasti con i loro diritti. Il codice di procedura civile cinese ammette tuttavia in linea di massima che le *people's courts*, su richiesta degli interessati, possano emettere provvedimenti cautelari quando vi siano speciali circostanze che richiedano l'adozione di straordinarie misure provvisorie<sup>183</sup>.

Da questa breve disamina appare evidente come dai rapporti intercorrenti tra i vari soggetti del *trust* vi sia uno sfasamento tra le competenze generalmente riconosciute in capo al beneficiario.

Nella tradizione anglosassone il disponente svolge un ruolo marginale.

*Ex adverso* gli ordinamenti civilistici ammettono un ruolo più attivo del disponente. Anche dopo l'istituzione del *trust* egli può continuare ad influire sull'operato del *trustee* e sull'amministrazione del *trust*. La legge cinese si pone in continuità con questi ordinamenti e ammette che il disponente si possa ingerire nell'amministrazione del *trust*, grazie soprattutto agli ampi poteri di intervento che gli sono riconosciuti dalla legge.

In conclusione, nonostante le imperfezioni che sono presente nella legge cinese sui *trust*, essa si presenta interessante sotto diversi profili.

Ed invero introduce un istituto che costituisce un valido supporto per la crescita economica e per lo sviluppo del benessere sociale della repubblica popolare cinese.

---

<sup>183</sup> *Civil procedure Law of the People's Republic of China*, artt. 92-99.

## CONCLUSIONI

Gli studi compiuti hanno voluto proporre una ricostruzione obiettiva dell'istituto del *trust* che tanto ha appassionato e continua ad appassionare gli operatori del diritto, fornendo spunti di riflessione su una materia che ha suscitato allo stesso tempo interesse e perplessità negli ultimi anni.

Con riferimento all'ordinamento italiano, malgrado un iniziale disinteresse caratterizzato da resistenze concettuali, l'attenzione verso l'istituto ha nell'ultimo ventennio del secolo scorso iniziato a prendere quota per poi esplodere in questi primi anni del nuovo millennio in un numero copioso di contributi dottrinari caratterizzati da adesioni o bocciature nette, con l'ovvio e immancabile corollario di una dicotomia tra fautori ed oppositori.

Nell'attesa che le antinomie si compongano, si è cercato di ricongiungere le diverse esperienze in un momento di sintesi attraverso la configurabilità di un *trust* italiano che non risulti in contrasto con i principi fondamentali sui quali si regge il nostro sistema.

L'approccio all'istituto che si è voluto, pertanto, offrire – come ogni approccio comparatistico - sfugge ad ogni definizione, è mutevole d'assetto, è teleologicamente versatile.

Ed invero, per un verso è sembrato riduttivo individuare un concetto unitario di *trust*, o forzare il suo inquadramento nelle figure negoziali tradizionali, con acrobatici collegamenti tra istituti o delicate operazioni di genetica giuridica.

Per altro verso è sembrato eccessivamente entusiastico dire che l'istituto non sia più atipico, stante il suo riconoscimento da parte della legge 16 ottobre 1989 n. 364 e che, essendo riconosciuta *ex lege* la meritevolezza degli strumenti richiamati, non occorrerebbe neppure richiamare il *dictum* di cui all'art. 1322 c.c.



Stante l'attuale assenza di una legge interna che espressamente riconosca e disciplini il funzionamento del *trust* in Italia, si auspica che si apre la strada a un' incisiva attività interpretativa dei giudici al fine dell'assolvimento di una funzione assimilabile a quella svolta dalle antiche *Courts of Chancery* inglesi, quando attingevano alle risorse del creativo diritto equitativo nella ricerca di efficaci strumenti di tutela in favore dei beneficiari.

Si ritiene che il tasso di estraneità del *trust* dal nostro ordinamento imponga che di esso non si debba fare uso qualora il programma negoziale possa essere realizzato nello stesso modo e con pari efficacia grazie ai negozi tipici. Nelle diverse ipotesi in cui lo strumento *de quo* è idoneo a tutelare in modo pieno e soddisfacente interessi ed obiettivi non raggiungibili con gli strumenti tradizionali ossia per soddisfare interessi meritevoli di tutela non si può che dire *welcome* al *trust*.

## 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.

ALLARA, La proprietà temporanea, in *Il circolo giuridico*, 1930, Palermo.

ANDREOLI, Il *trust* nella prassi bancaria e finanziaria, CEDAM, Padova, 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.

BELLOCCI, La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana, 1974.

BERTINI, I negozi fiduciari di preparazione all'adempimento, Milano, 1940.

BETTI, Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e modificazione dell'obbligazione, in *Riv. Dir. Comm.*, 1931, II, p. 680 e ss. 207.

BIANCA M., Vincoli di destinazione e patrimoni separati, 1996.

BIANCHI, Corso di codice civile italiano, Torino, 1895.

BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982.

BLAUNLUET, *Porquo introduire la fiducie en France?* Consultabile sul sito internet di “*LesEchos*” all’indirizzo <http://www.lesechos.fr/info/metiers/4538742.htm>.

BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958.

BRUNETTA D’USSEAUX, *El trust en el derecho civil*, *Trusts e attività fiduciarie*, Maggio 2008.

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.

BUSSANI, Il problema del patto commissorio, GIAPPICHELLI, Torino 2000.

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.

CAMPAGNA, Il problema dell’interposizione di persona, Milano, 1962.

CAMPITELLI, voce *Pegno*, in *enciclopedia del diritto*, vol XXXII, Varese, 1982.

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.

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.

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.

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*, CEDAM, 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.
- CASTRONOVO E MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007.
- CAVALIERI, *La legge sui trust della Repubblica Popolare cinese*, in *trusts e attività fiduciarie*, aprile 2002.
- COMPORZI voce Diritti Reali (Diritto civile), in *Enciclopedia Giuridica* Treccani, Roma, 1989.
- COMPORZI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977.
- CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001.
- 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.
- 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.
- CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Le fonti, Milano, 2001.
- DARGENT, *Reforme de la fiducie par la LME*, Recueil Dalloz, 2008.
- D'AVANZO, *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1950.
- D'ORIO, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *Giur. Comm.*, 1998.

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.

DE MARTINI, Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia, in Giurisprudenza Italiana, 1946.

DE MARTINI, Negozio fiduciario, negozio indiretto, negozio simulato, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1946.

DE NOVA, Esegesi dell'art.2645 ter c.c., in dispensa del Convegno: "Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c." Milano, 19 giugno 2006.

DE POVER, *Trust, fiducie, administratiekantoor, fondation du Lichtenstein*, Bruxelles, 2001.

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.

DIURNI, Fiducia, tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo, Torino, 1992.

DUPICHOT, *Peration fiduciesur le sol francais, Semaine juridique*, 2007.

ELIAS, *Explaining Constructive trusts*, Oxford, 1990.

- FALZEA, rappresentanza e fiducia, in AA.VV., a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, *Mandato fiducia e trust*, Giuffrè, 2003.
- FERRARA JR., *La girata nella cambiale*, Roma, 1935.
- FERRARA SR, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921.
- FERRERI, *Le azioni ripercussorie in diritto comparato*, Milano, 1988.
- 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.
- GALASSO, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. Del Cod. Civ. Scialoja Branca*, a cura di Galgano.
- 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.
- 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.
- 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.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001.

GAZZONI, Osservazioni sull’art. 2645 *ter* c.c., in *Giust. Civ.*, 2006.

GAZZONI, Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su *trust* e trascrizione), in *Riv. Not.*, 2001.

GENTILI, Simulazione e negozio fiduciario, su *Notiziario Giuridico Telematico*, [www.notiziariogiuridico.it](http://www.notiziariogiuridico.it).

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.

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.

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.

GRAZIADEI, *Trust* nel diritto anglo-americano, in Dig. Disc. Priv., 1999.

GRAZIADEI-MATTEI-SMITH (a cura di), *commercial Trusts in European Private law*, Cambridge University Press, 2005.

GRAZIADEI-MATTEI-SMITH, *Lionel, Commerical Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005.

GRAZIADEI-RUDDEN, Il diritto inglese dei beni e il *trust* dalla RES al FUND, in Quadrimestre, 1992.

GRAZIANI, Negozi indiretti e negozi fiduciari, in Riv. Dir. Comm., 1933, I.

GRECO, Le società di comodo e il negozio indiretto, in Riv. Dir. Comm., 1932, I.

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

GROSSO, Enc. Dir. 1968.

HUDSON, *Understanding equity and trusts law, II ed. Cavendish Publishing*, London 2004.

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.

LA PORTA, Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

LA PORTA, Il negozio di beni allo scopo: la risposta italiana al *trust*, Quaderno 12-Materiali sul *trust*, allegato n. 3 in Federnotizie, 2001.

LA PORTA, Il problema della causa del contratto, Torino, 2000.

LENZI, Operatività del trust in Italia, in Riv. Not., 1995.

LENZI, Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma, in Riv. Not..

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

LIPARI, Fiducia statica e *trusts*, in Rass. Dir. Civ., 1996.

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.

LOMBARDI, Dalla *Fides* alla *bona fides*, 1961.

LUONGO, Fondo patrimoniale e trust, in [www.associazioneavvocati.it](http://www.associazioneavvocati.it).

LUPOI *The shapeless trust*, in Vita Not. 1995.

LUPOI, Il *trust* nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aia del 10 luglio 1985, in Vita Not., 1992.

LUPOI, Introduzione ai *trust*. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano, Milano, 1994.

LUPOI, La sfida dei *trusts* in Italia, in Corriere giuridico, 1995.

LUPOI, Lettera ad un notaio curioso di *trusts*, in Riv. Not., 1996.

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

LUPOI, *The shapeless trust*, in Vita Not. 1995.

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.

MALATESTA, Il *trust* nel diritto internazionale privato e processuale italiano, tratto dagli Atti del convegno "Il *trust*: disciplina giuridica e profili applicativi", Università di Castellana, 23 giugno 2003.

MANES, La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, in *Contratto e Impresa*, 2006.

MANES, *Trust* ed art. 2740 c.c. un problema finalmente risolto, 2002.

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

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.

MURITANO, Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme tra teoria e prassi, in *Vita notarile*, 2005.

NATOLI, La proprietà. Appunti delle lezioni, Milano, 1976.

NATUCCI, La tipicità dei diritti reali, Padova, 1988.

NERI, La via francese al recepimento del *trust*: un nuovo progetto di legge sulla fiducie, in *trusts* e attività fiduciarie, 2006.

NUZZO, Negozio giuridico, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1990.

OAKLEY A.J., *Constructive Trusts*, II ed., London, 1987.

PATTI, I *trusts*: problematiche connesse alla attività notarile, in Vita Notarile, 2001.

PERTILE, Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione, IV, 2 ed., Torino 1893.

PESIRI, L'applicazione del *trust* in Italia a proposito di un recente convegno, in Rass. dir. civ., 1997.

PETRONE, Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici (Profili sostanziali e criteri di qualificazione giuridica), 1985, Milano.

PICCOLI, I *trusts* e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze, in Vita notarile, 2, 1998.

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.

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

PICCOLI, Prassi italiana in materia di pubblicità immobiliare, in [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it).

PICCOLI-RAITI, Atto di costituzione in "*trust*", in Notariato, 2000.

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.

PUGLIATTI, Fiducia e rappresentanza indiretta, ora in Diritto Civile - Saggi, Milano, 1951.

PUGLIESE, La simulazione nei negozi giuridici, Padova, 1938.

QIANG GUO, *Fiduciary Ownership: Does China's Trust law Bring it home* in Perspectives, vol.3, no.2, Sharon, 2001.

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

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.

RESCIO, I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci, in Abadessa-Portale, Il nuovo diritto delle società. Liber amico Campobasso, Utet, 2006.

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, Milano, 1937.

- SALVIOLI, Storia del diritto Italiano, 8 ed., Torino 1921.
- SANDULLI, Profili costituzionali della proprietà privata, in Riv. Trim. Dir. Priv., 1972.
- SANGIORGI, Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto, 1980, Napoli.
- SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, JOVENE, Napoli, 1962.
- SANTORO PASSARELLI, Proprietà privata e Costituzione, in Riv. Trim. Dir. Priv., 1972.
- SANTORO, Il *trust* in Italia, GIUFFRÈ, Milano, 2004.
- SEGRE', sul trasferimento di proprietà a scopo di garanzia e sui suoi effetti in caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio, Annali di diritto comparato, 2-3, 1929.
- SERIO, *Trust, contract e consideration*, Riv. Dir. Civ., 1998, II.
- SICLARI, Il *trust* nella Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale, in Rass. Dir. Civ., 2000.
- SCHINDLER, *Trustee liability to third parties*, in *Trusts* e attività fiduciarie, I, 2006.
- SCOGNAMIGLIO, Contratti in generale, in Trattato di diritto civile diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961.
- SCOTT E FRATCHER, *The law of trusts*, IV ed., Boston, 1989.
- 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.

STEIDL, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al *trustee*, 2002.

TAMBURRINO, Appunti sulla teoria del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione, *Giurisprudenza Cassazione civile*, 1946, I.

TONELLI, Potere del giudice nelle procedure di separazione e divorzio di istituire un *trust* al fine di garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte dai coniugi, dagli Atti del Convegno: "I *trust* nei procedimenti giudiziari e non di separazione e divorzio", Bologna, 22 ottobre 2004.

TONELLI, *Trust: la giurisprudenza italiana fino ad oggi*, 1 febbraio 2004, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com).

TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1960.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995.

TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978.

TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992.

VARLESE, Applicazioni pratiche: *Trust* a tutela di particolari categorie di soggetti in ambito familiare, in *Materiali sul trust- Quaderno n. 12*, all. n. 3 in *Federnotizie*, 2001.

VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968.

WATERS, *The institution of the trust in Civil Law and Common Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

WATERS, *The common law in the modern world*, in *Forum Internationale*, 1984.

WAUTELET, *Le nouveau droit International privé belge*, *Droit bancaire et financier*, 2005.