

PER UNA TEORIA NEGOZIALE DEL TRUST (OVVERO PERCHÉ NON POSSIAMO FARNE A MENO) (*)

di Francesco Di Ciommo

Spunti comparativi

Risulta esercizio di sicuro interesse verificare se, utilizzando istituti di consolidata tradizione civilistica, in Italia sia possibile realizzare effetti analoghi a quelli di un *trust*. Si proverà, dunque, a capire se nel nostro ordinamento c'era l'effettiva necessità di ratificare la Convenzione dell'Aja o se, al contrario, gli stessi bisogni soddisfatti in *common law* con il *trust* possono, e potevano prima del 1992, in Italia trovare una diversa realizzazione (1).

Che il *trust* somigli ad istituti di solida tradizione civilistica non è certo una novità (2). Le sue origini, del resto, ne tradiscono la natura fiduciaria e, in particolare, romanistica. La stessa *equity*, ambiente nel quale il *trust* nasce e si sviluppa, era inizialmente giurisdizione destinata ad applicare in Inghilterra il diritto canonico, che era alla base dell'allora diritto comune europeo (3). Quest'ultimo, a sua volta, si fondava su quanto restava del diritto romano classico.

Il diritto continentale ed il diritto applicato dal *Chancellor* in Inghilterra, oltre a provenire dalla stessa tradizione - malgrado le dovute differenze - poggiavano su principi comuni. La fiducia era, infatti, concetto conosciuto e strumento operante, sia nel diritto romano prima, che nel diritto canonico poi. L'*injunction*, tipico espediente con il quale il *Chancellor* tutelava i beneficiari, non aveva nulla di originale ed esprimeva quella stessa *jurisdiction in personam* che era già stata attuata dai giudici laici dell'Europa continentale quando essi erano ancora sostenuti da una struttura politica forte. La giurisdizione di equità esercitata

dal *Chancellor*, del resto, trova un suo illustre e puntuale precedente già nell'antico diritto pretorio romano (4).

Chiarite in questi termini le origini "continentali" dell'*equity* e, in qualche modo, anche del *trust*, risulta necessario spostare momentaneamente l'obiettivo della riflessione su istituti tradizionalmente di diritto civile per verificare se è vero che, lì dove il *trust* non ha operato, sono sorti istituti capaci di realizzarne gli stessi effetti.

Incoraggia ad affrontare un tale esercizio di comparazione l'atteggiamento con cui la nostra giurisprudenza, nel corso degli ultimi cento anni, ha trattato l'istituto in esame. I cinque casi nei quali, in tale arco di tempo, essa ha dovuto occuparsi di *trust* dimostrano che l'istituto è diventato via via più familiare agli operatori giuridici italiani, i quali, man mano che ciò è avvenuto, lo hanno paragonato, sempre più consapevolmente, ad istituti di consolidata tradizione civilistica (5). È in questo esercizio di comparazione che ci si cimenterà adesso, nel tentativo di comprendere se in Italia si poteva fare a meno della ratifica della Convenzione e, dunque, dell'introduzione del *trust*.

Note:

(*) La prima parte dell'articolo è stata pubblicata in questa *Rivista*, 1999, 5, 630.

(1) La Convenzione è efficace ed operativa in Italia dal 1° gennaio 1992.

(2) In aggiunta alle riflessioni comparatiste successivamente citate v. P. Piccoli, *Il trust e le figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita not.*, 1998, 785 ss.; A. Palazzo, *Successione, trust e fiducia*, *ivi*, 770 ss.; L. Zitiello, *Il trust e gli istituti corrispondenti nell'ordinamento italiano*, in *Le*

società, 1995, 1019 ss.; D.W.M. Waters, *Institution of the Trust in Civil and Common law*, Londra, 1995; S. Tondo, *Note sul trust: comparazione con una nostra prassi bancaria*, in *Riv. not.*, 1993, 53 ss.; Id., *Donations, testaments et trusts*, in *Régimes matrimoniaux, succession et libéralités - Droit international privé et droit comparé*, Neuchâtel, 1969, 1120 ss.

(3) Sulla storia del sistema giuridico inglese e, in particolare dell'*equity*, v. G.B. Adams e R.L. Shuyler, *Constitutional History of England*, New York, 1934; F.T. Plucknett, *A concise History of the Common Law*, V ed., Boston, 1956; F.W. Maitland, *Equity, a course of lectures*, cit.; M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, cit.

(4) A più riprese sono state evidenziate dalla dottrina le assonanze esistenti tra *equity* e giurisprudenza pretoria romana. La somiglianza tra i due sistemi risulta efficacemente comparando il binomio *common law-equity* con il binomio *ius civile-ius honorarium*. In proposito v. G. Pugliese, *"Ius honorarium" a Roma ed "Equity" nei sistemi di common law*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 1105 ss.; nonché E. Betti, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi Chiovena*, Padova, 1927, 40.

(5) Il primo caso in cui la giurisprudenza italiana si occupò di *trust* è rinvenibile nella sentenza della Corte d'appello di Cagliari del 12 maggio 1898, pubblicata in *Giur. it.*, 1898, 1/1, c. 612, ribaltata dalla Cass. di Roma del 21 febbraio 1899, pubblicata *ivi.*, 1/1, c. 216, e in *Foro it.*, 1900, I, c. 501. Il secondo caso è rappresentato da una sentenza della Cass. di Napoli del 29 marzo 1909, pubblicata in *Giur. it.*, 1909, 1/1, c. 649. Ulteriori occasioni per affrontare l'argomento-*trust* si presentarono alla giurisprudenza nel caso risolto dal Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *Foro it.* 1956, I, c. 1019 ss., e in quello risolto dal Trib. Casale Monferrato 13 aprile 1984, in *Riv. not.*, 1985, 241-242. L'ultimo intervento giurisprudenziale - Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2008, con annotazione di E. Brunetti, *Il testamento dello zio d'America. Il "trust" testamentario*, e *ivi*, I, c. 3391, con annotazione di M. Lupoi, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: "trust" e istituti civilistici* - prende atto della ratifica della Convenzione dell'Aja e dell'operatività del *trust* nel nostro ordinamento.

Trust e mandato senza rappresentanza

La "segregazione", come si è visto, è la caratteristica peculiare, sia del *trust* di *common law* che di quello fatto proprio dalla Convenzione dell'Aja.

La cultura giuridica civilistica ha sempre conosciuto, e tuttora conosce, casi di segregazione; essa dunque non è un'esclusiva della *common law*. Al contrario, è lecito pensare che, come il *trust*, essa abbia origine civilistica. L'art. 1707 c.c. realizza una chiara fattispecie segregativa, in quanto prevede che, sui beni mobili acquistati in nome proprio dal mandatario senza rappresentanza, i creditori di quest'ultimo non possano far valere le loro ragioni, sebbene tali beni siano intestati al mandatario e dunque rientrino nel suo patrimonio (6). Tale segregazione è giustificata dall'esigenza di evitare la confusione del patrimonio gestito dal mandatario, e destinato ad uno scopo specifico, con quello suo personale. La finalità ultima dell'istituto consiste, infatti, nel trasferire il bene (*rectius* il diritto) in oggetto al mandante. Se si permettesse la confusione non si tutelerebbe abbastanza tale finalità.

La caratteristica del mandato senza rappresentanza sta proprio nel fatto di conferire una qualche efficacia reale ad un rapporto obbligatorio (7). Il rapporto contrattuale che lega mandante e mandatario, infatti, finisce per incidere anche sul rapporto che essi hanno con i terzi. Da questo punto di vista, le analogie esistenti tra *trust* e mandato senza rappresentanza sono notevoli, in quanto - come un *trustee* o un fiduciario - il mandatario ha un diritto di proprietà ed un obbligo nei confronti del mandante (8). Gli strumenti di tutela a disposizione del mandante, per l'eventualità che il mandatario non adempia al suo obbligo di trasferimento, sono gli stessi di cui dovrebbero servirsi - come meglio si vedrà - il fiduciante e il beneficiario di un *trust*: esecuzione forzata in forma speci-

fica dell'obbligo di contrarre *ex art.* 2932 c.c.; azione revocatoria, *ex art.* 2901 c.c., quando ne sussistono i presupposti; e, come *extrema ratio*, il risarcimento del danno derivante dall'illecito compiuto dal fiduciario inadempiente.

Una differenza può essere rilevata nel fatto che oggetto del mandato può solo essere un atto giuridico, mentre oggetto del *trust* può anche essere la semplice gestione di affari.

Un'ulteriore, importante, differenza può essere ravvisata nel fatto che, mentre ciò che il mandatario ha acquistato viene - come detto - segregato, ciò che egli ha ricevuto come provvista dal mandante per realizzare l'acquisto non riceve lo stesso trattamento protezionistico. Il *trust*, al contrario, consente la segregazione fin dal principio del rapporto. In ciò, esso risulta più funzionale, in quanto, a rigor di logica, non ha senso segregare un diritto e non il patrimonio necessario affinché tale diritto venga acquistato. Forse, quella del legislatore italiano è stata solo una dimenticanza, visto che anche dal punto di vista pratico non si riesce a cogliere il senso della distinzione. La disciplina positiva del mandato, operante nei termini sopra esposti, risulta dunque in questo senso quanto meno lacunosa. Il *trust*, allora risolve una mancanza e tappa una falla del sistema civile. Attraverso la sua utilizzazione, infatti, il mandante (ora *settlor*) potrà godere immediatamente dell'effetto segregativo, guadagnando così in sicurezza: la provvista che egli avrà trasferito al mandatario (*trustee*), affinché questi la utilizzi al meglio per perseguire lo scopo indicato nel mandato, non sarà aggredibile dai creditori personali di quello. Il *trust*, insomma, anticipa l'effetto segregativo che l'art. 1707 c.c. fa nascere solo in seguito al compimento dell'acquisto.

Trust e fondo patrimoniale

L'effetto segregativo non è, in Italia, prerogativa del solo mandato senza rappresentanza.

Quella che è stata più volte definita la caratteristica più importante del *trust*, e cioè la capacità di segregare patrimoni, è in realtà la funzione tipica svolta nel nostro ordinamento dal fondo patrimoniale (9), spesso

Note:

(6) In proposito, bisogna distinguere tra mandato che abbia ad oggetto l'acquisto di beni mobili e mandato che abbia ad oggetto l'acquisto di immobili. Nel primo caso, il combinato disposto degli artt. 1705, comma 2, 1706, comma 1, e 1707 c.c. ha indotto la dottrina e la giurisprudenza prevalenti a ritenere che il mandante divenga proprietario dei beni acquistati per suo conto, nel momento stesso in cui il mandatario li acquista dal terzo in nome proprio. Il mandante diventa così proprietario di pieno diritto ed *erga omnes*, pur mantenendo l'acquisto occulto ai terzi finché non viene immesso dal mandatario nel possesso dei beni (o non esperisce l'azione giudiziaria contro il mandatario inadempiente all'obbligo di consegna). Per quanto attiene, invece, al caso di acquisto di beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, l'art. 1706 c.c. statuisce che il mandatario è tenuto a trasferirli al mandante dopo l'acquisto e, dunque, dottrina e giurisprudenza convergono nell'attribuire al mandato efficacia soltanto obbligatoria.

(7) Sul mandato senza rappresentanza, per la dottrina più recente, *ex ceteris*, vedi Santagata, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, (artt. 1703-1709), Bologna-Roma, 1985, 349 ss.; Lumino-so, *Mandato, commissione, spedizione*, nel *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, XXXII, Milano, 1984; Id., *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. XII, tomo IV, Torino 1985, 7 ss.

(8) Così Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1966, 36 ss.; Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 201-203; Id., *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, 3 ss.

(9) Hanno scritto sull'istituto, *ex multis*, T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990; F. Carresi, *Del fondo patrimoniale*, in Carraro-Oppo-Trabucchi, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 345 ss.; Id., voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, §2.5; Del Vecchio, *Contributo all'analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. not.*, 1980, III, 316; G. Gabrielli, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 293-309; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, Milano, 1987; Cian-Casarotto, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, III, Torino, 1982, 830 ss.; G. Sanfilippo, *Osservazioni sulla costituzione del fondo patrimoniale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, cc. 405-406.

indicato come principale referente civilistico del *trust* (10).

Le analogie tra i due istituti sono evidenti: il fondo, una volta costituito, renderebbe i beni in esso conferiti inattaccabili (segregati), la famiglia, in tutti i suoi componenti, beneficiaria, e i genitori *trustees* (11). I diritti dei beneficiari del fondo, in particolare, corrispondono a quelli dei beneficiari dei *trusts* discrezionali, in quanto - sebbene sia stato sostenuto che i figli non sono titolari nemmeno di una aspettativa (12) -, in realtà essi hanno diritto verso i genitori *trustees* a che i beni del fondo siano effettivamente destinati ai bisogni della famiglia. I figli stessi, infatti, possono agire contro i *trustees*-genitori per ottenerne la rimozione dall'amministrazione del fondo o ricevere una quota di beni del fondo allo scioglimento del medesimo.

Le affinità si manifestano palesemente se, riassumendo le caratteristiche dei due istituti (13), si considera che, sia in caso di *trust* che di fondo patrimoniale: 1) è possibile distinguere il negozio istitutivo da quello di trasferimento; 2) l'atto è tendenzialmente unilaterale, in quanto non è necessaria alcuna accettazione (14); 3) gli incrementi del fondo (come del patrimonio in *trust*) sono automaticamente segregati; 4) rispetto al negozio istitutivo è indifferente la distinzione tra gratuità, liberalità ed onerosità; 5) oggetto del fondo patrimoniale, come del *trust*, non sono beni, ma diritti e, dunque, anche diritti reali; 6) la segregazione è l'effetto principale voluto e realizzato.

Inoltre, come nel *trust* anglosassone, il disponente (*settlor*) può unilateralmente anche nominarsi amministratore (*trustee*) del fondo: così è quando i coniugi costituiscono un fondo patrimoniale nell'interesse della loro famiglia.

Dunque, chi voglia costituire un patrimonio segregato (e perciò inattaccabile da parte dei creditori personali del disponente, degli amministratori e dei beneficiari) destinato a rea-

lizzare finalità familiari, può scegliere di costituire un *trust* o un fondo patrimoniale. La scarsa utilizzazione che l'istituto ha avuto in Italia rivela, però, un'inattesa avversione dovuta forse ad un equivoco. In virtù di un'interpretazione liberale dell'art. 169 c.c., è stato riconosciuto ai coniugi un diritto ad alienare i beni del fondo troppo ampio. Si è così alimentato il convincimento che «il fondo patrimoniale possa essere fatto e disfatto a piacimento» (15) e dunque i terzi hanno preferito non costituire fondi familiari dei quali i coniugi potessero disporre senza limiti. Comunque sia, l'istituto - malgrado il fondo, per quanto detto, non si dimostri molto stabile - risulta un vero e proprio *trust*, caratterizzato forse da eccessiva tipicità, ma utile per destinare un certo patrimonio a finalità familiari.

Così si è dimostrato che in Italia, anche prima che la Convenzione dell'Aja diventasse operativa, esisteva in campo familiare un istituto capace di realizzare gli stessi effetti del "figlio prediletto dell'*equity*".

Trust e contratto a favore di terzo

Un altro istituto di *civil law* spesso accostato in chiave comparativa al *trust* è il contratto a favore di terzo, disciplinato dal codice del 1942 agli artt. 1411-1413 (16). Prima del 1989 - data della ratifica italiana della Convenzione dell'Aja - la dottrina aveva guardato insistentemente proprio al contratto a favore di terzo nel tentativo di legittimare gli effetti nel nostro ordinamento di *trusts* costituiti all'estero.

Anche tale istituto, come il *trust*, realizza effetti, oltre che tra le parti dirette del rapporto, nei confronti di un soggetto che può, *stricto sensu*, considerarsi terzo: il beneficiario. L'art. 1411 c.c. dispone che «è valida la stipulazione a favore di un terzo» e costituisce, di conseguenza, una deroga al principio tradizionale per cui *res inter alios acta tertio neque nocet ne-*

que prodest (17). L'unico presupposto richiesto espressamente dalla norma in questione, affinché si realizzi la fattispecie, è che «lo stipulante vi abbia interesse» (18). La stessa eccezione è realizzata dal *trust*.

Il terzo (detto beneficiario) non diventa parte, ma acquista il diritto a ricevere quanto previsto a suo favore nel contratto concluso tra lo stipulante (che è colui che vuole procurare il vantaggio al terzo) e il promittente (che è colui che dovrà compiere la prestazione a favore del terzo). Egli potrà tutelare il suo diritto di credito in modo

Note:

(10) Per approfondire il *trust* familiare vedi E. Calò, *Dal probate al family trust*, cit.; M. Casalini, *Trust e tutela del patrimonio familiare: un caso verificatosi*, in *Trust & Trustees*, ed. italiana, dicembre, 1996, 18 ss.

(11) V. soprattutto M. Lupoi, *Trusts*, cit., 514.

(12) Vedi, in tal senso, App. Brescia 13 febbraio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1123; e App. Milano 8 aprile 1986, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 400.

(13) Così come fa M. Lupoi, *Trusts*, cit.

(14) Parte della dottrina che si è occupata di fondo patrimoniale è, però, di diverso avviso; vedi C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 97.

(15) Così letteralmente ancora M. Lupoi, *Trusts*, cit.

(16) Per la dottrina che ha trattato l'istituto, tra gli altri, vedi Nicolò, *Deposito e contratto a favore di terzo*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 533; Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970; Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, Napoli, 1962; Caliceti, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzo*, Padova, 1994.

(17) In proposito, vedi Giovene, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917; e il più recente Visentini, *Effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 1993.

(18) Basta un interesse di carattere morale, ma non basterebbe un mero capriccio. Comunemente la prestazione per il terzo suole essere una modalità di quella principale conclusa nell'interesse dello stipulante: per esempio, si vende la casa e si stabilisce il diritto di abitazione a favore di un parente. Non è raro, però, che si stipuli anche un contratto *ad hoc*, come l'assicurazione sulla vita a vantaggio del coniuge o dei figli, in cui è comunque presente un chiaro interesse morale dello stipulante (v. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XXXV ed., Padova, 1994, 637).

analogo a quanto si è visto a proposito di mandato senza rappresentanza.

Tra una vicenda di *trust* ed una di contratto a favore di terzo vi sono, però, anche alcune differenze. Su di esse conviene soffermarsi. Nel contratto a favore di terzo lo stipulante può revocare la disposizione fino alla dichiarazione del terzo «di volerne profittare» (19), mentre tradizionalmente ad un *settlor* ciò non è consentito. A parziale correzione di quanto appena detto, si segnala che in molte *Trust Laws* oggi è previsto che il *settlor* possa riservarsi anche il potere di revocare l'atto costitutivo e, dunque, la disposizione a favore del beneficiario (20). Così facendo, il costituente creerebbe una situazione nella quale, di fatto, egli rimane l'unico proprietario, mentre il *trustee* non è che un mero possessore, obbligato alla riconsegna di quanto si trova nel *trust fund*.

Altra differenza può ravvisarsi nel fatto che, mentre il beneficiario normalmente non è chiamato a manifestare la sua volontà durante la gestione del *trustee*, il terzo, ai sensi dell'art. 1414 c.c. può esprimere il suo gradimento, in tal modo isolando e consolidando il proprio diritto, fino ad allora concorrente con quello, analogo e non cumulabile, del disponente.

Le analogie esistenti tra i due istituti restano, comunque, molto forti. Basti pensare alla possibilità, riconosciuta al disponente dall'art. 1412 c.c., di rinunciare per iscritto alla facoltà di revocare con testamento la disposizione a favore di terzo condizionata alla sua morte. Tale norma è volta a salvaguardare la libertà del disponente-testatore, ma anche a garantire una qualche certezza al beneficiario, nella parte in cui prevede che il disponente stesso possa rinunciare a tale diritto di revoca. Rinunciando al diritto di revocare la disposizione a favore del terzo, il disponente impedisce a se stesso di influenzare il rapporto tra promittente e beneficiario, così da rendere la propria posizione molto più simile

a quella del *settlor* di quanto non lo sarebbe altrimenti. Questa rinuncia potrebbe far sospettare una violazione del divieto di patti successori, in quanto permette allo stipulante di disporre - attraverso un atto tra vivi - di una parte di quello che potrebbe essere il proprio patrimonio in punto di morte. Poiché tale effetto è, in realtà, previsto e consentito dal legislatore, è opportuno credere che non si tratti di violazione del divieto, bensì di eccezione.

Se ciò è vero per il contratto a favore di terzo, a maggior ragione sarà vero per il *trust*. Che quest'ultimo violi il divieto di patti successori è stato, infatti, sostenuto in relazione a quelle fattispecie in cui il *settlor* dispone che dopo la sua morte il *trustee* trasferisca quanto contenuto nel *trust fund* ai beneficiari. In realtà, il problema non si pone, in quanto, una volta trasferiti al *trustee*, i beni - non essendo più parte del patrimonio del *settlor* - non ricadono nella sua successione. Non è, dunque, corretto parlare di patti successori *stricto sensu*.

Un *trust*, nel quale il *settlor* abbia disposto in modo che il *trustee* debba soddisfare i beneficiari dopo la sua morte, può essere considerato alla stregua di un contratto a favore di terzo, con prestazione da realizzare a favore del beneficiario dopo la morte del disponente e con rinuncia di questo al potere di revoca di cui all'art. 1412 c.c. (21). Unica differenza tra i due istituti rimane che, nel contratto a favore di terzo, perché la disposizione sia concretamente irrevocabile, è necessaria la dichiarazione del terzo. Ciò, chiaramente, non in ossequio al principio, riassunto dal brocardo *res inter alios acta*, bensì al fine di garantire il disponente, il quale, nel caso in cui il terzo non abbia interesse nei confronti del bene o della prestazione in oggetto, potrà rendere beneficiario se stesso.

Che, infatti, nel nostro ordinamento con un atto formalmente unilaterale si possano produrre vantaggi anche a terzi

è reso palese, tra l'altro, dall'art. 1333 c.c.. Tralasciando le tante questioni sollevate dalla dottrina in proposito, qui interessa soltanto sottolineare il principio che consente ad una parte, senza la collaborazione dell'altra, di realizzare atti vantaggiosi per questa seconda. È esattamente lo stesso principio che trova applicazione in tema di *trust*. È chiaro, infatti, che in entrambi i casi il beneficiario, volendo, può rifiutare.

Tirando le fila del discorso, è facile verificare che applicando lo schema generale del contratto a favore di terzo, fin qui descritto in termini comparativi, ad esempio ad un contratto di rendita perpetua (artt. 1861 c.c. e ss.) o di rendita vitalizia (artt. 1872 c.c. e ss.), ovvero ad un contratto di assicurazione (artt. 1882 c.c. e ss.), è possibile realizzare effetti, anche concretamente, molto simili a quelli di una *trust*.

Quanto detto in questo e nei due paragrafi precedenti, dimostra ulteriormente che il *trust* - anche prima che diventasse operativa la Convenzione che lo ha introdotto in Italia - era tutt'altro che estraneo alla tradizione civilistica ed, anzi, era vivacemente presente nel nostro sistema positivo. Inoltre dimostra che, per raggiungere risultati molto vicini a quelli realizzati da un *trust*, è possibile, di volta in volta, fare riferimento anche ad istituti di consolidata vigenza nell'ordinamento italiano quali il mandato senza rappresentanza, il fondo patrimoniale e il negozio a favore di terzo.

Trust ed esecutore testamentario

Il *trustee*, chiamato ad am-

Note:

(19) E, indipendentemente da tale dichiarazione, nel caso prospettato dall'art. 1412, comma 1, c.c.

(20) Così il *Trustee Act* del luglio 1998, cit., che ha modificato il tradizionale *Trustee Act* inglese.

(21) L'assicurazione sulla vita a favore di terzo è un chiaro esempio di *trust* operante nel nostro ordinamento.

ministrare il patrimonio di un *settlor* che con un atto *mortis causa* ha costituito un *trust*, può essere paragonato ad un esecutore testamentario di diritto civile (22). Gli artt. 700-712 c.c. disciplinano quello che è comunemente ritenuto un ufficio di diritto privato. L'esecutore chiamato, come il *trustee*, può accettare o rinunciare a tale ufficio (23). L'esecutore, dunque, in quanto titolare di un ufficio di diritto privato, non è un mandatario, né un rappresentante, e soprattutto non ha propri diritti, né obbligatori, né reali, direttamente connessi ai beni gestiti.

Tali beni, sebbene da lui amministrati, rimangono fuori dal suo patrimonio personale e mai con questo si confondono. Anche in tal caso, dunque, si può ritenere che esista una vicenda segregativa, in quanto i creditori personali dell'esecutore e quelli dei beneficiari non ancora individuati e immessi nel possesso giammai possono aggredirlo.

Sicuramente, l'esecutore può essere considerato alla stregua di un *trustee*, in quanto egli gestisce per un certo periodo un patrimonio, al fine di realizzare quanto voluto dal *de cuius*, e normalmente ha il compito di trasferire a terzi beneficiari (eredi o legatari) i beni facenti parte della massa a lui affidata. Tuttavia, malgrado questa parziale apparente affinità, evidenti sono le differenze tra il *trust* e questa particolare figura gestoria civilistica. Le più importanti riguardano la sfera funzionale. L'esecutore è chiamato a far rispettare la volontà del *de cuius* e non propriamente a concretarla attraverso il compito, più o meno discrezionale, di atti giuridici. Né, tantomeno, egli è un fiduciario che abbia da eseguire le indicazioni date a lui in via privata dal *de cuius*. Inoltre, i beneficiari (eredi o legatari) non hanno un mero diritto di credito di natura obbligatori nei confronti dell'esecutore - alla stregua dei beneficiari di un *trust* -, bensì una posizione resa più forte dai

crismi pubblicistici che rivestono tutta la vicenda. Infine, gli artt. 703 e 709 c.c. - imponendo all'esecutore testamentario, ad esempio, l'autorizzazione giudiziaria per alienare i beni dell'eredità, o il conto di gestione, o l'anno come termine massimo di possesso - lo costringono dentro schemi utili per attuare un controllo attento della sua attività, ma inevitabilmente destinati a sacrificarne la discrezionalità e l'autonomia di gestione.

È chiaro, dunque, che malgrado la *ratio* dei due istituti, in ambito testamentario, sia molto simile, inconciliabili risultano le esigenze proprie del *trust* e la disciplina dell'esecutore testamentario. Dunque, chi vorrà lasciare maggiore discrezionalità a colui che deve gestire il patrimonio al fine di dividerlo tra i beneficiari preferirà costituire un *trust* invece che nominare un esecutore testamentario. In tal modo potrà anche, se vuole, evitare di far conoscere agli altri la situazione esecutoria posta in essere, in quanto il *trustee* non deve comunicare la sua accettazione a nessuno. Viceversa, chi intende sottoporre l'operato dell'amministratore ad uno stretto controllo dell'autorità giudiziaria utilizzerà senza dubbi l'istituto di tradizione civilistica; così facendo, obbligherà l'esecutore che intende accettare a farlo presso la cancelleria della pretura (con l'introduzione del giudice unico, tribunale) competente.

Trust ed usufrutto

L'istituto del *trust* presenta analogie interessanti anche con l'usufrutto, diritto reale previsto e disciplinato dagli artt. 978-1020 c.c. (24). Quando, cioè, un *settlor* costituisce un *trust* avente ad oggetto beni immobili, le posizioni assunte dal *trustee* e dai beneficiari sono paragonabili a quelle dell'usufruttuario e del nudo proprietario. È opportuno, quindi, sviluppare un confronto tra i due istituti, anche alla luce del fatto che nel nostro paese l'usufrut-

to, ed in special modo la donazione con riserva di usufrutto, continua ad essere uno degli strumenti maggiormente utilizzati sia per la pianificazione successoria, che per conseguire vantaggi fiscali (25).

Dalla stessa definizione di usufrutto risulta evidente che la proprietà dei beni rimane separata dal loro godimento, cosicché si possono distinguere due diversi diritti reali: l'usufrutto e la nuda proprietà (26). Si potrebbe, dunque, come detto, pensare di assimilare la figura dell'usufruttuario a quella del *trustee*, in quanto entrambi hanno un rapporto diretto con la cosa e il dovere di amministrarla. Bisogna, però, sottolineare che il *trustee* ha il diritto di proprietà - se pure limitato dall'obbligo di trasferimento a favore del beneficiario -, mentre l'usufruttuario ha soltanto un diritto reale parziario (o di godimento). Di contro, mentre il beneficiario nel *trust* ha un diritto di credito nei confronti del *trustee*, il nudo proprietario ha un diritto reale, anche se temporaneamente svuotato di contenuto. Li accomuna una posizione di attesa nei confronti del diritto reale pieno che sarà restituito loro da

Note:

(22) In proposito vedi Messineo, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova, 1931; Contursi-Lisi, *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, tomo I, Milano, 1983.

(23) Entrambe le sue dichiarazioni devono essere fatte alla cancelleria della pretura competente.

(24) La bibliografia sull'usufrutto è ampia; vedi Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, nel *Trattato dir. priv.* di Vassalli, Torino, 1972; De Martino, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 1978; Bigliazzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1979.

(25) Cfr. C. Corocher-G. Ornella-F. Sforza, *Il trust, strumento di pianificazione per la gestione patrimoniale*, Rimini, 1997, 79-80.

(26) Le fonti romane danno una definizione dell'usufrutto che resta anche oggi efficace nella sua formula sobria e solenne: *usus fructus est ius alienis rebus utendi et fruendi, salva rerum substantia*. Vedi A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 476.

chi, *medio tempore*, è in rapporto diretto con l'immobile e ne ha il godimento.

Da quanto detto risulta che, quando un proprietario vuole trasferire la proprietà di un bene immobile ad un beneficiario, dopo averlo fatto gestire per un certo periodo ad un amministratore, può scegliere di farlo, mediante un *trust*, ovvero attraverso una donazione con riserva di usufrutto. Il donatario resterà, dunque, in attesa di ricevere l'immobile dopo che questo sia stato gestito dall'usufruttuario per un certo periodo.

L'usufruttuario ha dei precisi obblighi di amministrazione del bene, in quanto non può in alcun modo danneggiarlo. Il codice prevede una disciplina precisa anche per il godimento dei frutti, la ripartizione di spese ordinarie e straordinarie tra usufruttuario e nudo proprietario, ed altro ancora.

Un'importante differenza è riscontrabile nel fatto che, mentre il *trustee* amministra nell'interesse del *trust fund* e, indirettamente, dei beneficiari, l'usufruttuario amministra il bene per trarne suo godimento. Ciò è vero fino al punto che, mentre solo teorica appare la possibilità per il *trustee* di cedere il diritto/dovere di amministrare la *trust property* - in quanto, per consolidata giurisprudenza, continua a rispondere nei confronti dei beneficiari di eventuali *breaches of trust* -, accade spesso che l'usufruttuario ceda il suo diritto reale di godimento a terzi. Chi voglia dare in gestione un certo bene, mediante il meccanismo sopra descritto della donazione con riserva di usufrutto a favore di un terzo, deve tenere in debita considerazione quanto detto.

Un'altra differenza importante tra i due istituti risiede nelle norme che regolano la durata massima dei due istituti. L'usufrutto cessa irrimediabilmente alla morte dell'usufruttuario (o dopo trent'anni dalla sua costituzione, nei casi in cui esso sia una persona giuridica). Il *trust* può, invece, avere durata notevolmente maggiore, tale da

consentire una pianificazione successoria che ricopra archi temporali superiori a quello di una sola generazione. In questo modo i diritti dei beneficiari, al loro decesso, possono essere automaticamente trasferiti agli eredi; il trapasso comporta la semplice modifica dei rapporti interni al *trust*, senza alcuna conseguenza rilevante ai fini civilistici o fiscali.

In definitiva, per quanto detto, è oggi possibile, per l'operatore italiano, scegliere tra *trust* e atto costitutivo di usufrutto per realizzare una situazione di sdoppiamento di diritti (sfalsati temporalmente) su beni immobili.

Trust e sostituzione fedecommissaria

La sostituzione fedecommissaria è un istituto, previsto dal codice del 1942 e modificato dalla l. n. 151 del 1975 (28), disciplinato dagli artt. 692-699 c.c. (27). Essa si verifica quando, attraverso una disposizione testamentaria, il testatore impone all'erede o al legatario (c.d. istituito) l'obbligo di conservare i beni, affinché, alla loro morte, tali beni possano automaticamente essere trasferiti ad altra persona (c.d. sostituito) indicata dal testatore medesimo. Oggi, tale istituto è ammesso solo per finalità assistenziali; è, infatti, consentito utilizzarlo soltanto ai genitori, agli ascendenti in linea retta e al coniuge dell'interdetto.

La sostituzione fedecommissaria rappresenta, nel nostro ordinamento, una valida alternativa al *trust* finalizzato all'assistenza di un interdetto (29). Con una sostituzione fedecommissaria il *de cuius* costituisce un diritto di proprietà limitato nel tempo in capo al primo chiamato, proprio come succedrebbe in una vicenda di *trust* in capo al *trustee*. Alla morte del primo chiamato, subentra nella proprietà il secondo chiamato (l'ente di assistenza), figura assimilabile al beneficiario di un *trust*.

Questo meccanismo funziona grazie al sistema della doppia

vocazione, con l'obbligo del primo chiamato di conservare per ritrasferire. Tale limitazione del diritto reale è, in tutto e per tutto, corrispondente a quella che caratterizza la proprietà del *trustee*. È difficile che il primo chiamato, pur con l'ausilio del curatore, compia un atto pregiudizievole del diritto del secondo chiamato, in quanto l'alienazione dei beni che formano oggetto della sostituzione può avvenire solo con l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria; ma, se anche si verificasse questa ipotesi, il sostituito potrebbe sempre proporre azione di risarcimento nei confronti del curatore.

Altra forte analogia tra la sostituzione fedecommissaria e il *trust* si riscontra sul versante segregativo. Ai sensi dell'art. 695 c.c., infatti, sui beni oggetto della sostituzione si forma un vincolo che non consente ai creditori personali dell'istituto di agire su cose diverse dai frutti. La norma mira a tutelare le aspettative del sostituito che potrebbero essere frustrate ove si consentisse ai creditori dell'isti-

Note:

(27) In proposito, vedi Durante, voce *Fedecommissario*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; Terzi, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994; P.M. Putti, *La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la riforma del diritto di famiglia*, in *Nuova giur. comm.*, 1990, II; M. Berardini, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Riv. not.*, 1993, 1081-1110.

(28) La legge di riforma del diritto di famiglia ha ridotto le possibilità di utilizzare l'istituto in Italia. Il divieto è considerato norma a salvaguardia dell'ordine pubblico. La sostituzione è vietata «perché impone vincoli alla proprietà fondiaria, alla libera circolazione dei beni ed alla libertà di alienare e di testare» (Cass. 7 giugno 1954, in *Foro it.*, Mass. 1954, 371).

(29) Per una lucida analisi sui rapporti tra *trust* e fedecommissario, vedi P. Piccoli, *Trust, patti successori, fedecommissario*, in *Riv. not.*, n. 3, 1996; G. Iudica, *Sostituzioni fedecommissarie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *Nuova giur. civ.*, 1995. Sul punto cfr. anche F. Valenza, *Sostituzione fedecommissaria e attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà*, in questa *Rivista*, 1999, 5, 585.

tuito di soddisfare i propri creditori sui beni che costituiscono oggetto del fedecommesso assistenziale (30).

Anche riguardo all'effetto segregativo, dunque, i due istituti si dimostrano molto simili e inducono l'operatore giuridico a chiedersi quale sia preferibile utilizzare in una fattispecie concreta. La scelta, di volta in volta, dipenderà da quanta discrezionalità l'originario proprietario vuole lasciare all'istituto (*trustee*). Se preferisce sottoporlo ad una disciplina più rigorosa costituirà una sostituzione fedecommissaria, altrimenti opererà per un *trust*.

Trust e fondazioni

Come già si è visto negli scorsi paragrafi, il codice civile italiano vigente prevede diverse fattispecie segregative; e, cioè, diversi istituti capaci di blindare un certo patrimonio che, in tal modo, diventa inattuabile per i creditori personali del gestore. Questa è la forza del *trust*, ma - per quanto detto - anche la peculiarità di istituti ben noti al nostro sistema civile. Se così non fosse, del resto, poco senso avrebbe l'art. 2740 c.c., che regola l'esistenza di tali situazioni segregative e ne riserva la previsione alla legge ordinaria.

In quest'ottica è certamente possibile rintracciare forti analogie tra l'atto istitutivo di una fondazione civilistica ed un atto di *trust* (31). Con la fondazione si realizza, infatti, un'ipotesi particolare di associazione, tra interesse (dei beneficiari) e diritto reale (della fondazione stessa), del tutto simile a quella scaturita da un *trust*. Costituendo un *trust fund*, o un fondo da destinare ad una fondazione, si possono, cioè, indirettamente avvantaggiare uno o più beneficiari. E ciò godendo anche dell'effetto segregativo che garantisce il disponente e i beneficiari dalle pretese dei creditori personali di colui che gestisce tale patrimonio (32). Dunque, si può segregare un certo patrimonio, affinché sia gestito in una certa maniera e sia destinato ad un certo

scopo, attraverso un *trust* o mediante una fondazione.

La somiglianza tra i due istituti risulta ancora più evidente se si pensa che, come in seguito all'istituzione di un *trust* tradizionalmente il *settlor* perde ogni diritto sul bene trasferito nel *trust fund*, così anche il fondatore, una volta avviata l'attività della fondazione o ottenuto il riconoscimento, non potrà più influenzare il vincolo di destinazione impresso su quel patrimonio. Inoltre, anche la forma dell'atto istitutivo è simile nei due casi: negozi unilaterali con analogo contenuto, rispetto al quale il disponente (fondatore o *settlor*) può esplicitare ampia autonomia. In entrambi i casi, nell'atto istitutivo il disponente indicherà, infatti, le regole di gestione del patrimonio conferito e definirà lo scopo che gli amministratori, nell'atto nominati, dovranno perseguire. In entrambi i casi, ancora, allo stesso disponente converrà sincerarsi della volontà di accettare l'amministrazione da parte dei suoi nominati. Sotto questo punto di vista, si può ritenere che anche un atto istitutivo di fondazione abbia in un certo qual modo, e parzialmente, basi contrattuali.

La dottrina, che ha studiato i rapporti tra fondazioni e *trust* (33), ha chiarito che gli scopi che noi civilisti raggiungiamo con le prime, in *common law* si realizzano con i *charitable trusts* (34).

Charitable sono i *trusts* aventi finalità caritatevoli. Sono, anche, gli unici a cui è consentito non avere un beneficiario individuato. I *trusts* puramente discrezionali, nei quali l'individuazione dei beneficiari è lasciata alla totale discrezionalità del *trustee*, sono infatti vietati, a meno che non abbiano le finalità caritatevoli contenute in un elenco che, dalla legge inglese, è considerato tassativo (35). Dunque, chi voglia perseguire scopi caritatevoli in Italia può, oggi, scegliere tra la costituzione di un *trust* e quella di una fondazione. La sua scelta si baserà su considerazioni che rive-

lano le differenze esistenti tra le due situazioni.

La prima e più vistosa discrasia (in verità più apparente che reale), in fatto prima che in diritto, si manifesta quando si considera che il *trustee* tradizionalmente è una vera e propria persona fisica, e non una c.d. persona morale, ed ha, dunque, un'identità giuridica diversa. In realtà, oggi si occupano di gestione di *trust property* per lo più società *trustee*; queste hanno una struttura ed una personalità giuridica simile a quella di enti quali le fondazioni.

Motivo sicuro di differenziazione è rintracciabile nei controlli governativi che una fondazione deve sopportare a fronte di un *trust* che, invece, ad essi non soggiace. Tali controlli sono giustificati dall'evidenza pubblicistica che l'ordinamento ha voluto conferire alla gestione di detti enti. A ben vedere, le differenze si stemperano, anche

Note:

(30) In una posizione particolare si trovano i creditori titolari di ipoteca costituita ai sensi dell'art. 694 c.c., i quali possono agire esecutivamente sui beni ipotecati ancorché costituiscano oggetto di un fedecommesso assistenziale.

(31) Sulle fondazioni c'è ampia bibliografia. Vedi, per tutti, F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987; Id., voce *Fondazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.

(32) Sul punto, *ex multis*, vedi M. Crisostomo - F. Macario, *Separazione e individuazione del patrimonio dei fiduciari nelle azioni reipersecutorie contro la società fiduciaria*, nota a Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Foro it.*, 1988, I, 855.

(33) Ci si riferisce in particolar modo ad A. Zoppini, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. it.*, 1987, disp. II, parte IV, relazione presentata al convegno sui *trusts* (Milano, 9-11 maggio 1996), a cui si rimanda per ulteriori riferimenti dottrinali. Vedi anche, per qualche spunto di riflessione, F. Di Ciommo, *Sulle fondazioni non riconosciute*, in *Foro it.*, 1999, I, 348.

(34) J. Escarra, *Les fondations en Angleterre*, Paris, 1909, ritiene che «ciò che il giurista continentale riconosce come fondazioni, nella *common law* inglese sono, in realtà, i *trusts*».

(35) Dove tale elencazione tassativa non ci sia, è possibile realizzare i più fantasiosi *charitable trusts*.

da questo punto di vista, ove si consideri che parte della dottrina ha sostenuto l'operatività nel nostro ordinamento di fondazioni non riconosciute (36) e, soprattutto, che l'art. 17 c.c. - il quale disciplinava le modalità con cui il controllo governativo doveva essere attuato praticamente su ogni atto di straordinaria amministrazione dell'ente - è, di recente, stato abrogato (37). A fronte di tale abrogazione, le fondazioni sono oggi più libere di operare e gli amministratori sono, dunque, più vicini ai *trustees* di *charitable trusts* di quanto lo fossero prima.

Quando un soggetto che abbia volontà di disporre si troverà a scegliere tra la costituzione di un *trust* o di una fondazione, dovrà tener conto di quanto fin qui prospettato ed, inoltre, dovrà decidere se preferisce affidare l'amministrazione ad un ente (la fondazione) nel quale operi il principio maggioritario o ad un altro (presumibilmente la società *trustee*) nel quale tendenzialmente il principio non opera. Ma, anche in tale prospettiva, le differenze tra i due istituti si attenuano ove si consideri che, in realtà, il *settlor* potrà strutturare la gestione del *trust fund* in modo da far operare il principio maggioritario, affidandola a più *trustees* e disponendo che questi decidano sugli atti di straordinaria amministrazione a maggioranza.

Trust, società fiduciarie, SIM e fondi comuni di investimento

Nell'ambito della riflessione che si sta conducendo attorno agli istituti, conosciuti dall'ordinamento italiano, che in qualche modo ineriscono al *trust* e realizzano effetti per lo meno analoghi agli effetti propri di un *trust*, non si possono trascurare vicende quali quelle delle società fiduciarie, delle SIM e dei fondi comuni (38). Le prime sono state introdotte, nel loro corpo essenziale, con la legge 23 novembre 1939, n. 1966 (39), ma sono state oggetto, nel tempo, di una vasta serie di interventi legi-

slativi correttivi (40) e attendono, ancora adesso, un ammodernamento che pare prossimo.

Sono definite fiduciarie, dall'art. 1 della legge citata, le società caratterizzate "dall'amministrazione per conto terzi" (41). Nel silenzio del legislatore, in attesa di un'ormai improrogabile riforma, l'interprete ha dovuto qualificare il rapporto tra tali società e il fiduciante. Parte della dottrina ha parlato, allora, di amministrazione "dinamica" e, altra parte, di amministrazione "statica" (42). In entrambi i casi, tuttavia, è possibile rilevare la scissione tra l'intestazione in capo alla società dei beni fiduciati e la proprietà degli stessi che rimane del fiduciante. La fiduciaria, dunque, potrebbe essere funzionalmente paragonata ad un *trustee* e il fatto che, in realtà, in capo ad essa non venga riconosciuta la piena proprietà potrebbe non rilevare più di tanto.

Infatti, come è stato rilevato in dottrina, esistono due forme di intestazione in capo alla fiduciaria: a scopo di amministrazione (regolata dalla legge del 1939) e a scopo di gestione (propria degli enti di gestione fiduciaria di cui all'art. 45 del d.P.R. 449 del 1959) (43). Con la seconda, la proprietà si trasferisce ed al fiduciante rimane solo un diritto al ricavo netto della gestione. In quest'ottica le affinità tra il *trust* e la società fiduciaria risultano evidenti.

In realtà, anche lì dove il proprietario scelga di trasferire alla

Note:

(36) Sulla complessa problematica delle fondazioni non riconosciute, per un quadro organico circa le varie teorie prospettate in dottrina, vedi F. Di Ciommo, *Sulle fondazioni non riconosciute*, cit.

(37) L'art. 17 c.c. è stato abrogato dalla legge 15 maggio 1997, n. 127, pubblicata su *Le leggi*, 1997, I, 1834. Per un commento critico sulla vigenza dell'art. 17 c.c. prima della riforma, vedi Ponzanelli, *A proposito dell'art. 17 c.c.*, nota a Corte cost. 12 luglio 1996, n. 245, in *Foro it.*, 1996, I, 2, 3293. Per commenti successivi alla novella, vedi Tondo, *Nuovo regime degli acquisti degli enti non-profit*, in *Notariato*, 1997, 305; M.V. De Giorgi, *L'autorizzazione agli acquisti delle persone: in gloriosa fine di un istituto secolare*, in

Studium iuris, 1997, 1010; L. Viola, *L'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche dopo la Bassaninibis*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 541; U. Carnevali, *L'abrogazione dell'art. 17 c.c.*, in *Contratti*, 1997, 229; T. Russo, *Sull'abrogazione dell'art. 17 c.c.*, in *Vita not.*, 1997, 1176; Ponzanelli, *Abrogazione dell'art. 17 c.c., verso una riforma degli enti non profit?*, in questa *Rivista*, 1997, 7, 841.

(38) La c.d. *Securities Industry*, attività di produzione, emissione, negoziazione dei valori mobiliari, nonché l'insieme di tutti i servizi ad essa collegati, è stata negli ultimi anni motivo di riflessione e di intervento per il legislatore italiano. La discussione si sviluppò in seguito all'approvazione in Inghilterra del c.d. *Financial System Act*, avvenuta il 7 novembre 1986.

(39) Sulle società fiduciarie la letteratura è molto ampia. Vedi, tra i lavori più recenti, C. Vinci - M. Gagliardi, *Le società fiduciarie: aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 1987; Jannuzzi, *Le società fiduciarie*, Milano, 1988; M. Bini, *I titoli azionari e le securities industries in Italia*, Milano, 1988. Tra i contributi più recenti vedi Meo, *Tendenze e problemi dell'attività fiduciaria in Giur. comm.*, 1989, I, 98 ss; M. Zaccaro, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991; L. Pauletto, *Profili evolutivi dell'intermediazione fiduciaria*, Torino, 1993; Gambino, *Intermediazione finanziaria e gestioni patrimoniali mobiliari: confini e collegamenti*, Milano, 1994.

(40) D.P.R. 31 marzo 1975, n. 137; art. 1, ultimo comma, R.D. 29 marzo 1942, n. 239, sulla nominatività obbligatoria dei titoli azionari; art. 9, l. 29 dicembre 1962, n. 1745, istitutiva dell'imposta cedolare; l. 7 giugno 1974, n. 216; art. 10, l. 18 febbraio 1992, n. 149 sul controllo societario; sono state, inoltre, novellate alcune disposizioni codicistiche, come gli artt. 2357, 2358, 2359 *bis* e 1360 c.c.

(41) Ai sensi dell'art. 1 della l. n. 1966, «sono società fiduciarie e di revisione ... quelle che, comunque, denominate, si propongono sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza di portatori di azioni e obbligazioni».

(42) Chi parla di amministrazione "dinamica" riconosce l'autonomia gestionale dei valori da parte della società, mentre chi sostiene la teoria dell'amministrazione statica nega qualsiasi potere discrezionale in ordine alla disponibilità di tali valori in capo alla società gerente. In questa seconda prospettiva, insomma, la fiduciaria dovrebbe accordare con il proprietario ogni modalità gestoria. Vedi sul punto A. Jannuzzi, *op. ult. cit.*, 1988, 50; e più in generale P.G. Jaeger, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 187 ss.

(43) Così G. Visentini, *I valori mobiliari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. XVI. Torino, 1985, 670 ss.

società la sola legittimazione ad amministrare, che è la situazione tipica delle società fiduciarie, la scissione tra intestazione e proprietà - in quanto consente ai titolari del diritto reale di restare nell'ombra, *rectius* anonimi - produce effetti analoghi a quelli realizzati da un *trust*. Ciò corrisponde ad alcune specifiche esigenze del mercato, ma non c'è dubbio che crei problemi, in quanto, ad esempio, diventa difficile far emergere posizioni di partecipazione rilevante, di collegamento o di controllo in una o più società. D'altra parte, se si imponesse alle società fiduciarie di comunicare i nomi dei fiduciari, si finirebbe per eliminare praticamente il ricorso all'intestazione fiduciaria, e ciò pare non corrispondere alle intenzioni del nostro legislatore. Quest'ultimo ha dimostrato, infatti, negli ultimi anni di avere particolarmente a cuore le vicende del mercato mobiliare ed, in particolare modo, la gestione dei valori in tutte le sue forme. Il 2 gennaio 1991 è stata, infatti, emanata la legge n. 1 (44) che ha riservato, salvo per quanto concerne le imprese bancarie ed in via transitoria le società fiduciarie e gli agenti di cambio, ad una nuova categoria di soggetti, le costituite SIM (45), l'attività di intermediazione mobiliare. L'art. 8, comma 1, della legge istitutiva consentiva ai soggetti in questione di svolgere attività di gestione di patrimoni mediante operazioni aventi per oggetto valori mobiliari "in nome e per conto terzi". Tale articolo, dunque, qualificava il rapporto tra fiduciante e fiduciario nel senso della rappresentanza diretta e, fin qui, *nulla quaestio* (46).

Senonché, con il più recente d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 è stata modificata la disciplina introdotta dalla legge n. 1 del 1991. In particolare, all'art. 19, si consacra la separazione dei beni dei clienti "a qualunque titolo detenuti" - e dunque anche in proprietà fiduciaria (47) - dai beni dell'intermediario (48). Tali beni restano cosa altrà rispetto al patrimonio dell'intermediario, del depositario e del subde-

positario. L'art. 19 realizza, dunque, una nuova ipotesi legale di patrimonio separato ed una vicenda segregativa molto simile a quella scaturente da un *trust*, in quanto i valori gestiti, "a qualunque titolo detenuti", non sono aggredibili dai creditori della SIM. Sono, però, aggredibili *pro quota* da parte dei creditori dei singoli clienti e ciò si pone come elemento di distinzione rispetto alla segregazione propria del *trust*, dove il patrimonio resta totalmente immune da qualsiasi pretesa che non sia di creditori diretti del *trust fund*. Dunque, nel caso di patrimonio amministrato dalle SIM, è più corretto parlare di separazione piuttosto che di segregazione.

Altro strumento di gestione della ricchezza altrui - introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 77 del 1983 (49) - sono i fondi comuni di investimento (50). Le disposizioni della legge citata trovano un parallelo nell'amministrazione del *trustee*, soprattutto in merito all'obbligo di conservare il fondo gestito (la *trust property*) separato dai propri beni personali o dall'oggetto di altri *trusts* (51). Ciò in quanto, l'art. 4, comma 1, stabilisce che la società che gestisce un fondo comune provvede nell'interesse dei partecipanti alla "amministrazione"; mentre l'art. 3 comma 2, dispone che il patrimonio del fondo è distinto a tutti gli effetti da quello della società, dei partecipanti e di eventuali altri fondi gestiti dalla stessa società. Il fondo è, quindi, insensibile alle azioni dei creditori della società gerente, mentre i creditori dei singoli partecipanti possono rivalersi solo sulle rispettive quote di partecipazione (52), così come accade nelle SIM.

I fondi comuni di investimento - molto utilizzati soprattutto ai fini previdenziali negli USA e in rapido sviluppo anche in Italia - rappresentano, dunque, un'ulteriore fattispecie di patrimonio separato (e non segregato) ammessa nel nostro ordinamento sulla base di una esplicita previsione legislativa, in ossequio a quanto disposto all'art. 2740, comma 2, c.c.

Note:

(44) Per approfondire la legge n. 1 del 2 gennaio 1991, «Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari», si segnala, tra gli altri, Assogestioni (a cura di), *Legge 2 gennaio 1991. Un commento preliminare*, Roma, 1991. Per un commento alla legge cfr. M. Baglioni e U. Fantigrossi, *La nuova disciplina degli intermediari mobiliari*, in questa Rivista, 3, 287ss..

(45) A proposito di Sim, vedi M.Cera, *Le società di intermediazione mobiliare*, G.E. Colombo e B.B. Portale, *Trattato delle società per azioni*, X, 1, Torino, 1993.

(46) In questo caso si ha una tipica fattispecie di mandato e, dunque, nessuna nuova ipotesi di patrimonio separato. Così, per tutti, F. Carbonetti, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, 105.

(47) Parte della dottrina ha ritenuto che l'art. 19 del d.lgs. 415/1996 non sia realmente innovativo, in quanto una corretta interpretazione della legge 1/1991 avrebbe dovuto, già prima del 1996, far ammettere che il patrimonio dei clienti, a qualunque titolo detenuto dalla società gerente, resistesse alle rivendicazioni dei creditori di questa. Così F. D'alessandro, *Dissesto di intermediario finanziario e tutela dei clienti*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 465 ss.

(48) L'art. 19, rubricato "Separazione patrimoniale", recita al suo comma 1: «Nella prestazione dei servizi previsti dal presente decreto, gli strumenti finanziari e il denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o subdepositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi.

(49) Legge in gran parte riformulata attraverso il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 83, attuativo delle direttive C.E.E. n. 85/611 del 20 dicembre 1985 e n. 88/200 del 22 marzo 1988.

(50) La bibliografia sui fondi comuni di investimento è ampia. *Ex ceteris*, vedi F. Devescovi, *Fondi comuni d'investimento: nuove responsabilità per gli amministratori?*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 843; A. Morano, *Le nuove regole sui fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Le società*, 1992, 458; U. Belviso, *Le cause di liquidazione dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. società*, 1992, 1318; P. Schlesinger, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca, borsa ecc.*, 1992, I, 721.

(51) Così E. Corso, *op. cit.*, 503.

(52) Come risulta dal combinato disposto degli artt. 8, comma 6, legge n. 344/1993 e 12, comma 6, legge n. 86/1994.

La riflessione in termini comparativi, riguardante società fiduciarie, SIM, fondi comuni di investimento e *trust*, induce a ritenere che si prospetti più di una possibilità all'operatore italiano che vuole dare in gestione un certo patrimonio al fine di trarne, ad una certa data, per sé o per altri, i vantaggi (53).

Malgrado la situazione di tale patrimonio si atteggi, a seconda dell'istituto utilizzato, diversamente - il fondo sarà separato rispetto a quello del gerente, ovvero segregato -, l'operatore potrà raggiungere il risultato sperato utilizzando, a sua scelta, uno degli strumenti in esame. Le differenze tra l'uno e gli altri rileveranno, soprattutto, sul piano dei controlli sulla gestione, in quanto, ad esempio, l'art. 13 della l. n. 77 permette alla Consob di chiedere comunicazione periodica di dati e notizie, di promuovere ispezioni e domandare chiarimenti ai gestori del fondo patrimoniale limitatamente alle azioni possedute ed amministrate in borsa o negoziate al mercato ristretto. Ciò dipende, in realtà, da esigenze funzionali e cioè dalla necessità di salvaguardare il mercato finanziario dall'introduzione di intermediari non affidabili o di scarse capacità professionali. Anche in Inghilterra, del resto, esiste il *Financial System Act* del 1986, il quale definisce un quadro normativo che - tra l'altro attraverso la previsione di controlli - rappresenta il *framework* all'interno del quale gli investitori professionali e privati devono muoversi. Anche in quell'ordinamento, dunque, quando si opera sul mercato finanziario non si può utilizzare alcuno strumento che consenta di eludere tali controlli.

Il negozio fiduciario come *alter ego* civilistico del *trust*

La rassegna di istituti di tradizione civilistica in qualche modo comparabili con il *trust* ha dimostrato come, nel nostro ordinamento, fosse possibile conseguire determinate finalità e realizzare determinati risultati

anche prima della Convenzione dell'Aja, e dunque anche prima che fosse possibile utilizzare il *trust*. Ciò in quanto, come detto, l'effetto segregativo non era sconosciuto al nostro sistema e la necessità di soddisfare certe esigenze ha portato a sopperire nel tempo alla mancanza di un istituto elastico come il *trust*.

Si è, tuttavia, più volte sottolineato come l'istituto in esame possa, in alcune situazioni, risultare, più di ogni altro, vantaggioso. Ciò per ragioni di volta in volta diverse, ma principalmente riconducibili alla possibilità, riconosciuta ai beneficiari, di agire contro il *trustee* che violi i suoi obblighi e disponga indebitamente del patrimonio segregato. Infatti, quanto ad efficacia dei rimedi giudiziali, il *trust* appare uno strumento particolarmente sicuro per gli eventuali beneficiari. A conferma di ciò, si rinvia a quanto detto nei paragrafi dedicati alla struttura e al funzionamento dell'istituto.

Il negozio fiduciario (54) è l'istituto mediante il quale un soggetto (fiduciante) aliena un diritto per uno scopo ulteriore che l'alienatario (il fiduciario) si obbliga a realizzare, trasferendo il diritto stesso al fiduciario o ad un terzo (55). Per la dottrina che ne ammette l'operatività in Italia (a riguardo la giurisprudenza non manifesta incertezze) (56), il negozio fiduciario realizza due risultati: uno di natura reale, che consente il trasferimento della titolarità del diritto dal fiduciante al fiduciario; l'altro di natura obbligatoria, che impone al fiduciario di destinare il bene allo scopo predeterminato. I due effetti sono inscindibili; non viene, infatti, accolta la tesi di chi (57) vede nella vicenda due negozi funzionalmente collegati, in quanto il trasferimento trova la sua unica causa - come per il *trust* - nella fiducia che sostanzia il rapporto e nella volontà di trarne, per sé o per altri, beneficio futuro.

Già, dunque, dal punto di vista strutturale non si può negare che *trust* e negozio fiduciario si somiglino notevolmente ed, an-

zi, che siano sovrapponibili (58). In entrambi i casi si verifica un trasferimento ad effetti

Note:

(53) Sul punto E. Andreoli, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998; P. Messina, *Il trust nelle operazioni bancarie e societarie*, in *Trust & Trustees*, ed. italiana, 3, 1997; M. Lupoi, *Trust, sollecitazione del pubblico risparmio, prospetto, tutela del risparmiatore-beneficiario*, in questa *Rivista*, 1995, 6, 752 ss.

(54) La bibliografia riguardante il negozio fiduciario è ampia. Tra gli scritti meno remoti, si segnala S. Romano, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980; V.M. Trimarchi, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 32; Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968; Campagna, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1980. Sul tema è particolarmente ricca la dottrina tedesca: vedi, tra gli altri, Coing, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, 1973; Siebert, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marsburg, 1933; e tra i primissimi Kohler, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, JJ (XVI), 1878, 91, e Goltz, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft*, Marburg, 1901.

(55) Su tale definizione, tratta da C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, 672, non ci sono rilevanti contrasti in dottrina.

(56) Contrariamente alla restante dottrina quasi unanime, negano, sulla base di diverse argomentazioni, rilevanza al negozio fiduciario nel nostro ordinamento, tra gli altri, Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Dir. civ. Saggi*, Milano, 1951, 201; Pestalozza, voce *simulazione*, in *Enc. giur. it.*, XV, parte II, sez. II, n. 38; V.M. Trimarchi, *op. ult. cit.*; Santoro-Passarelli, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione adulterina*, in *Foro it.*, 1931, I, cc. 176 ss.; Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.

(57) Soprattutto la giurisprudenza dei primi anni settanta (vedi, ad esempio, *ex ceteris*, Cass. 17 luglio 1971, n. 435, in *Giur. it.*, Mass., 1971, cc. 178 ss.; e, più di recente, Cass. 7 agosto 1982, n. 4438, in *Rep. Foro it.*, 1982, cc. 66 ss.). Nello stesso senso in dottrina Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, cit., 84 ss. Critici nei confronti di tale impostazione Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 278 ss.; Carnevali, *Intestazioni fiduciarie*, in *Dizionari del diritto privato a cura di Irti*, I, *Diritto Civile*, Milano, 1980, 457; Lipari, *op. cit.*, 305; V.M. Trimarchi, *op. cit.*, 43; Santoro-Passarelli, *Dottrine generali*, cit., 179 ss.

(58) In alcuni ordinamenti di diritto civile il *trust* è stato introdotto, direttamente o indirettamente, rivisitando le rispettive normative riguardanti il negozio fiduciario e la proprietà fiduciaria. Vedi, in proposito, I. Beneventi, *Trust e propiedad fiduciaria: la legge argentina*, in *Contratti*, 1996, 87 ss.

reali, e perciò efficace *erga omnes*, e parallelamente sorge un rapporto obbligatorio. In entrambi i rapporti esiste un proprietario disponente, un cessionario proprietario che gestirà per un certo periodo, ed un titolare di diritto di credito (all'acquisto della medesima proprietà) nei confronti del cessionario. I due istituti hanno anche comuni origini storiche, ma su questo ci si è già soffermati (59).

La dottrina che si è occupata delle affinità esistenti tra *trust* e negozio fiduciario ha sottolineato che le differenze tra i due istituti rilevarebbero soprattutto durante la fase patologica del rapporto (60). Si è sostenuto, infatti, che i beneficiari possano sempre opporre il loro diritto ai creditori personali del *trustee*, in forza della segregazione del patrimonio in *trust*, e ai terzi che abbiano acquistato in mala fede, mentre il fiduciante potrebbe soltanto aver ragione nei confronti dei primi (61). Riassumendo, la differenza consisterebbe nel fatto che la tutela accordata al fiduciante non sarebbe pari a quella in favore del beneficiario di un *trust*, in quanto il fiduciante potrebbe soltanto agire in via risarcitoria verso il fiduciario.

Per dimostrare il contrario, va sottolineato che, con l'approvazione del codice del 1942, è stata ammessa nel nostro ordinamento l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di contrarre (art. 2932 c.c.). Tale istituto è stato, senza dubbio, considerato applicabile anche alla fiducia e al mandato (62). In virtù di tale norma, il fiduciante può opporre ai terzi - se agisce tempestivamente ed ottiene la trascrizione della domanda giudiziale (art. 2652, n. 2 c.c.) prima della trascrizione della vendita fiduciario-terzi - gli obblighi di trasferire, o ritrasferire, che nascono dalla fiducia. Sulla base di quanto appena detto, si è sostenuto che, distinguendo tra beni mobili e immobili, - posto che in quest'ultimo caso il fiduciante si avvarrà del meccanismo ora descritto - nel primo il

fiduciante potrà rivendicare i beni dai terzi che non siano in buona fede secondo le disposizioni sul mandato senza rappresentanza (art. 1706, comma 1, c.c.).

A ben vedere, la tutela riconosciuta al fiduciante dall'art. 2932 c.c. non cambia i termini della questione. Se davvero non si ammettesse che questi può utilizzare anche altri strumenti tradizionalmente operanti a difesa dei diritti di credito, le differenze con il beneficiario di un *trust* rimarrebbero evidenti.

Ci sono, tuttavia, segnali che inducono ad approfondire la riflessione. Oggi si riconosce - pur segnalandosi in dottrina qualche voce contraria - che, nel caso in cui il fiduciario fallisca, si applica analogicamente l'art. 1707 c.c. in relazione all'art. 79 l. fall. Si accorda così al fiduciante un diritto alla separazione dei beni, sempre che il *pactum fiduciae* risulti da un atto con data certa (nel caso di immobili rileva la trascrizione) anteriore al decreto di fallimento (63). Inoltre, contro i terzi che abbiano acquistato il bene fiduciato in mala fede inducendo alla vendita il fiduciario, la giurisprudenza ormai costantemente ammette l'esperibilità di un'azione di risarcimento per illecito extracontrattuale, ai sensi degli artt. 2043 e ss. Tale azione potrebbe essere - senza alcun dubbio per chi scrive (64) - anche intesa in forma specifica (art. 2058 c.c.). In tal modo il fiduciante potrebbe ottenere la restituzione del bene fiduciato. Rimarrebbe da provare la mala fede del terzo, ma questo è un problema che si pone anche in caso di *trust* (65).

Ulteriore, e decisivo, elemento di riflessione è rappresentato dalla possibilità (66) - peraltro mai presa nella debita considerazione della dottrina - di ritenere che il fiduciante possa

Note:

(59) Basti pensare al nostro erede fiduciario, il quale, secondo le fonti, gestisce un vero e proprio patrimonio segregato. L'art. 627 c.c. non nega operatività alla fiducia in ambito testa-

mentario, ma impedisce di agire in giudizio per accertare la causa fiduciaria di una disposizione. Ciò significa che, se il fiduciario confessa, il giudice deve riconoscere che egli è debitore e può obbligarlo, ex art. 2932 c.c., a trasferire ai beneficiari indicati dal testatore quanto ha avuto in proprietà fiduciaria.

(60) In proposito, vedi in particolare U. Morello, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1997, 239 ss.; N. Lipari, *Fiducia statica e trusts*, in *Rassegna del diritto civile*, 1996, 483 ss. Sul tema si segnala anche il convegno intitolato "Negozio fiduciario e trust", organizzato dal Comitato regionale Notarile della Sicilia (Taormina, 6-7 marzo 1998).

(61) Sulla questione non c'è concordia in dottrina. C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 675, afferma la possibilità per il fiduciante di agire nei confronti del fiduciario.

(62) In tal senso, Cass. 15 gennaio 1975, n. 156, in *Foro it.*, Rep. 1975, voce *Contratto in genere*, n. 75.

(63) La fiducia, di contro, si ritiene non possa mai essere opposta all'amministrazione finanziaria, in quanto verso di essa prevale sempre la proprietà (formale) del fiduciario. Vedi, però, per una soluzione opposta Sez. Unite 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, 1, 2395 e in questa *Rivista*, 1985, 3, 280 con commento di C. Malinconico. U. Morello, *Negozio fiduciario e trasparenza delle operazioni: problemi fiscali e civili, in Il reddito d'impresa nel nuovo T.U.*, Padova, 1988, 357 ss.; F. Gallo, *Problemi fiscali dell'amministrazione e della gestione fiduciaria di valori mobiliari*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, 42 e ss.; Id., *Prime considerazioni sulla disciplina dei redditi di capitale nel nuovo T.U.*, in *Rass. trib.*, 1988, 39 e ss. .

(64) A favore di tale soluzione G. Gabrielli, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 458; Trabucchi, *La pubblicità immobiliare: un sistema in evoluzione*, in *Riv. dir. ipot.*, 1982, 118; Benacchio, *Alienazione successiva di uno stesso immobile e responsabilità del secondo acquirente*, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, 161; Schlesinger, in *Contratto e impresa*, 1990, 545; contra Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991.

(65) Nel mondo angloamericano, nel caso di *breach of trust*, è il terzo acquirente che deve dimostrare di essere stato in buona fede; probabilmente nel nostro ordinamento le cose non starebbero così, anche se il *settlor*, per regolare il *trust* in questione, scegliesse, ad esempio, la legge inglese.

(66) In proposito v. F. Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, di prossima pubblicazione in *Foro it.*

esperire, a tutela del suo diritto di credito, azione revocatoria (artt. 2901-2904 c.c.) nei confronti dell'atto con cui il fiduciario inadempiente gli abbia arrecato pregiudizio (67). Fondamento dell'azione è la cosciente violazione, da parte del debitore, del divieto di agire a danno del creditore e del conseguente obbligo di mantenere il patrimonio in condizioni tali da garantire la soddisfazione del creditore. Qualora il fiduciario venga meno ai suoi doveri disponendo dei beni che possiede *causa fiduciae* - in tal modo riducendo la garanzia patrimoniale su cui fa conto il fiduciante - si potrebbero, dunque, configurare gli estremi per chiedere al giudice di dichiarare l'inefficacia relativa dell'atto dispositivo. Ammettendo l'esperibilità di tale rimedio, si completa la gamma degli strumenti di tutela riconosciuta in capo al fiduciante e si blinda il diritto scaturente dal *pactum fiduciae*, in quanto delle due l'una: o il fiduciante troverà capiente il patrimonio del fiduciario e riceverà un risarcimento adeguato o, agendo in revocatoria verso il terzo in mala fede, potrà ottenere che venga sottoposto a procedura esecutiva il bene fiduciato.

La possibilità di esperire azione revocatoria dipende dall'accertamento di alcuni elementi della fattispecie: 1) il disponente deve avere un obbligo di natura patrimoniale nei confronti del potenziale attore a cui corrisponde un diritto di credito di quest'ultimo (68); 2) l'atto di disposizione deve essere pregiudizievole per i diritti del creditore, in quanto diminuisce la capienza del patrimonio del debitore (c.d. *eventus damni*); 3) il debitore deve essere consapevole di arrecare danno al creditore con quella vendita o donazione (c.d. *consilium fraudis*); 4) se l'atto di disposizione è a titolo oneroso, il terzo deve essere stato in mala fede.

Nel caso prospettato, di un beneficiario - per ciò solo, titolare di diritto di credito nei confronti del *trustee* - che, in seguito all'atto di disposizione di quest'ul-

timo, non trovi più capiente il patrimonio che dovrebbe garantire il suo credito, in quanto, ad esempio, il bene sia stato venduto sottocosto, pare evidente che i requisiti per esperire revocatoria siano tutti presenti.

Resta da verificare la mala fede di venditore ed acquirente. È impensabile che il debitore-*trustee* ignorasse la pregiudizialità dell'atto e, dunque, nei suoi riguardi non esiste un vero problema probatorio. Per riuscire a dimostrare la mala fede del terzo, invece, è utile che il *settlor* abbia imposto al *trustee* di adempiere ad alcuni oneri formali - quali, ad esempio, quello di trascrivere in nota (69) che egli acquista come *trustee* e non come semplice proprietario - e che, soprattutto, quest'ultimo abbia comunque manifestato il suo ruolo di *trustee*. Il terzo che, riscontrata un'indicazione annotata nel registro tenuto presso la conservatoria immobiliare, avesse accettato il trasferimento a suo favore senza prima avere verificato i poteri del *trustee*, sarebbe agevolmente ritenuto in mala fede. Le difficoltà probatorie, in altre parole, sono identiche a quelle che gravano su chiunque debba esperire un'azione revocatoria. E, del resto, sono simili a quelle che affronta un beneficiario di *trust* inglese, visto che in quel sistema, per aggredire l'acquisto del terzo, è necessario che quest'ultimo non sia in grado di dimostrare la sua buona fede per cui spesso accade che tra beneficiario e terzo si apra una vera e propria controversia.

Attraverso la revocatoria dell'atto, il fiduciante raggiunge il risultato di rendere inefficace nei suoi confronti l'atto impugnato. Si parla di inefficacia relativa (o inopponibilità) nel senso che il bene non rientra nel patrimonio del debitore, ma il creditore potrà soddisfare il proprio diritto (attraverso un'azione esecutiva o conservativa) nei confronti di quel bene che fu venduto con frode. Tale effetto si estende anche nel caso di una seconda alienazione; e, cioè, nell'ipotesi in cui il terzo abbia a

sua volta venduto il bene ad altri (c.d. diritto di sequela). A tal fine, notevole rilevanza ha la trascrizione della domanda giudiziale, poiché solo da quel momento non sono più salvi gli acquisti in buona fede dei terzi, essendo questi ultimi in condizione di venire a conoscenza del giudizio in corso (70).

Note:

(67) Riflessioni sull'azione revocatoria sono state compiute, *ex multis*, da N. Di Staso, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Torino, 1973; C. Punzi, *Presupposti dell'azione revocatoria ed onere della prova*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano, 1974, v. IV, 3983 - 4000; S. D'Ercole, *L'azione revocatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, Torino, v. XX, tomo II, 141 - 166; A. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970; U. Natoli, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974.

(68) Inequivocabilmente, *ex ceteris*, App. Milano 3 luglio 1992, in *Giur. it.*, 1993, 228, riconosce il diritto di credito vantato dal fiduciante nei confronti del fiduciario.

(69) Attenzione merita la questione della trascrivibilità dell'atto di *trust*. Secondo parte della dottrina l'atto costitutivo di *trust* potrebbe essere trascritto insieme all'atto di trasferimento esecutivo. Forse è preferibile pensare che si trasciva quest'ultimo atto e in nota a questo si indichi la proprietà come fiduciaria. Sul punto vedi, tra gli altri, P. Piccoli, *Troppi timori in tema di trascrivibilità del trust in Italia*, in *Notariato*, 1995, 616-619.

In proposito, si segnalano interessanti prospettive dopo la novella al codice civile che ha introdotto l'art. 2645 *bis*, rubricato "Trascrivibilità del preliminare". Secondo parte della dottrina, infatti, il *pactum fiduciae* sarebbe un vero e proprio preliminare. Attraverso la trascrizione, il *pactum* riceve tutela reale nei confronti della vendita del bene, da parte del fiduciario a terzi, trascritta successivamente. Probabilmente una tale possibilità si scontra con l'esigenza di segretezza che il più delle volte caratterizza l'intestazione fiduciaria.

(70) Quando, al contrario, essendo mancata la trascrizione della domanda giudiziale volta ad ottenere la revocatoria, il terzo secondo acquirente è (appare) in buona fede, contro di questi non si potrà vantare alcuna pretesa; tuttavia si potrà agire direttamente, ai sensi dell'art. 2043 c.c., nei confronti del primo acquirente che ha disposto del bene pur sapendo che così rendeva, in tutto o in parte, irrealizzabile il ripristino della garanzia patrimoniale che spettava al creditore del suo avente causa. Così Cass. 13 gennaio 1996, n. 251, in *Vita not.*, 1996, 1235, con commento di A. Musio.

Se, per contraddire la possibilità di esperire la revocatoria nel caso di violazione del *pactum fiduciae*, si volesse sostenere che il beneficiario non abbia un diritto di credito immediatamente esercitabile nei confronti del *trustee* prima che si verifichi la condizione o sopraggiunga il termine a cui la disposizione a suo favore è sottoposta, non si colpirebbe nel segno (71). Ciò in quanto, l'art. 2901, comma 1, n. 1, prevede espressamente la possibilità di agire nei confronti di atti anteriori alla nascita del credito, per impedire che il debitore venda il bene anche prima, proprio per pregiudicare il futuro creditore (72). L'obiezione, a cui si risponde in maniera assorbente nei termini appena prospettati, è censurabile anche perché non tiene in giusta considerazione il funzionamento tipico di un *trust*, visto che finisce per degradare a mera aspettativa il diritto di credito del beneficiario.

Dunque, il negozio fiduciario, trattato come merita, consente di realizzare la stessa identica situazione di un *trust*. Il patrimonio - accertata la possibilità per il fiduciante, o il terzo beneficiario, di agire in revocatoria - subisce un effetto segregativo che diminuisce i rischi di inadempiamento da parte del fiduciario e garantisce la buona riuscita dell'operazione. Tutti i vantaggi realizzabili con il *trust* sono alla portata del negozio fiduciario, che per giunta con il suo più famoso *alter ego* condivide anche l'elasticità e l'adattabilità.

Tutto ciò sembrerebbe autorizzare la conclusione che nel nostro ordinamento non ci fosse bisogno di introdurre il *trust*. Ma una tale considerazione è certamente affrettata, come meglio si vedrà nel prossimo, e conclusivo, paragrafo.

Conclusioni: quali vantaggi dall'utilizzazione del *trust* in Italia?

Non è corretto, come potrebbe apparire ad una analisi superficiale - ammessa la perfetta

equivalenza tra *trust* e negozio fiduciario -, sostenere che sia stata inutile ed ingiustificata la ratifica italiana della Convenzione dell'Aja e l'introduzione dell'istituto di origine anglosassone nel nostro ordinamento.

È certo che diversi istituti di tradizione civilistica - come visto - sopperivano bene all'assenza del *trust* e che, in particolare, si sarebbero potuti perseguire con il negozio fiduciario gli stessi scopi perseguibili con un *trust*; ma è anche vero che, allargando la prospettiva della riflessione e prescindendo da un discorso condotto su scala puramente nazionale, indiscutibili sono i vantaggi derivanti dall'operatività del *trust* nel nostro ordinamento. Tali vantaggi sono apprezzabili solo se viene presa in debita considerazione la riflessione a suo tempo svolta circa le basi contrattuali dell'istituto in esame. Soltanto partendo dalla consapevolezza - acquisita nel corso della prima parte questa dissertazione - che le diverse parti di un *trust* trattano le condizioni ed i termini contenuti nell'atto costitutivo in una fase che si potrebbe definire precontrattuale, si può apprezzare l'utilità pratica che deriva all'operatore dall'utilizzazione del *trust*.

La globalizzazione del mercato permette, e pretende, ampia circolazione degli istituti che meglio si prestano alle esigenze moderne, riassumibili in termini di immediatezza e certezza. La sempre crescente necessità di dialogare con operatori di ordinamenti diversi dal proprio, e di farlo sulla base di certezze giuridiche, ha scatenato la caccia all'istituto più adatto, al modello preferibile. Il *trust*, in questa chiave di lettura, pare senza dubbio lo strumento più idoneo a favorire il dialogo, in quanto, dopo secoli di operatività in *common law*, pur mantenendosi funzionalmente elastico, dimostra di assicurare certezze legislative e giurisprudenziali a chi voglia utilizzarlo. Il negozio fiduciario italiano non sarebbe stato in alcun modo proponibile, vista le perplessità

manifestate in proposito dalla nostra dottrina e l'assenza di sicuri riferimenti di diritto positivo. Esso, infatti, è stato scarsamente utilizzato in Italia proprio per il timore che la giurisprudenza ne disconoscere gli effetti obbligatori.

Per quanto detto, il *trust* era da anni oggetto dei desideri negoziali degli operatori commerciali e finanziari - più che delle famiglie e dei piccoli risparmiatori - anche nei paesi di *civil law* dove non era conosciuto. Non, dunque, l'esigenza di realizzare effetti sconosciuti al sistema continentale ha spinto i legislatori nazionali ad inviare propri delegati presso la conferenza dell'Aja e, in seguito all'ema-

Note:

(71) Di recente la Cassazione - sent. 22 gennaio 1999, n. 591 di prossima pubblicazione in *Foro. it.*, con osservazioni di F. Di Ciommo - ha precisato che l'azione revocatoria presuppone solo l'esistenza del credito e non anche la sua esigibilità «potendo la stessa essere esperita [...] anche per crediti condizionati o non scaduti». Ciò in quanto, per configurarsi un pregiudizio alle ragioni del creditore, «non è necessario che sussista un danno concreto ed effettivo, essendo, invece, sufficiente un pericolo di danno derivante dall'atto di disposizione» (Cass. 29 marzo 1999, n. 2971, in *Guida al diritto*, 1999, 18,59).

(72) In una vicenda analoga (doppio trasferimento di immobile), parte della giurisprudenza ha ammesso che, contro l'atto con cui il dante causa comune ha venduto una seconda volta l'immobile, il primo acquirente, secondo trascrivente, possa agire con azione revocatoria. In tal caso, il credito leso è stato individuato - da Costanza, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente in mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 522 ss., citato in Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 545, nota 237 - nel «diritto al risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento della titolarità della cosa opponibile *erga omnes*, nonché alla restituzione del corrispettivo già eventualmente pagato ed al rimborso delle spese del contratto». Vedi anche Cass. 8 gennaio 1982, n. 76, in *Foro it.*, 1982, I, 393, con nota di Padolesi; Cass. 9 febbraio 1982, n. 759, in *Riv. not.*, 1982, 315 ss.; e in dottrina Danusso, *Responsabilità del secondo acquirente nella doppia vendita immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 681-682; Poletti, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contratto e impresa*, 1987, 131 ss.; e, per una sintesi delle diverse posizioni, Gazzoni, *op. cit.*, 532 ss.

nazione della Convenzione, a ratificarne il risultato rendendo operativo il *trust* anche in ambienti giuridici tradizionalmente *no-trust*. Non tale esigenza, si diceva, bensì una necessità più sottile ed allo stesso tempo più radicata e profonda, quella di dotare su scala globale gli operatori economici e giuridici di un istituto comune, che per la sua duttilità potesse diventare vera e propria pietra angolare degli scambi di natura transfrontaliera.

Attraverso l'introduzione del *trust* in decine di paesi che fino a pochi anni or sono non conoscevano l'istituto, è stato consentito - ad esempio ad un cittadino italiano che voglia avere rapporti commerciali, finanziari, familiari, con uno straniero, persino circa beni ubicati in un paese diverso da quello di provenienza dell'uno o dell'altro - di utilizzare una terminologia tecnica comprensibile a tutti (quella propria di un'operazione di *trust*), che è così diventata un vero linguaggio comune. Con il *trust* è, dunque, dato abbattere i costi transattivi derivanti da estenuanti trattative internazionali, rese più difficoltose da problemi di natura informativa (gli istituti operanti in un sistema sono poco o punto conosciuti dagli operatori dell'altro o, più probabilmente, dal giudice che dovrà pronunciare su di essi). Inoltre, utilizzando l'istituto in esame, per organizzare assetti societari come per pianificare la propria successione, il cittadino italiano può finalmente sentirsi, anche operando fuori dai suoi confini nazionali, finalmente inserito in un contesto che gli è familiare.

Gli operatori di tutti i paesi che oggi conoscono il *trust* sanno che, ad esempio, dalla semplice formula "io nomino Tizio *trustee* del fondo Tuscolano in favore dei gemelli Caio e Sempronio fino al compimento del loro 18° anno di età" - con la quale si costituisce e si disciplina un *trust* in maniera compiuta - nasce un'infinita trama di effetti e rapporti che non è necessario il *settlor* dichiarare espressa-

mente, perché propri della fattispecie realizzata. In altre parole, utilizzando termini quali *trust property*, *protector*, *breach of trust*, *trust for sale*, *injunction*, ecc. le parti della vicenda ridurranno al minimo i costi derivanti dalla necessità di scambiare informazioni e dal rischio di fraintendimenti, nonché i tempi tecnici necessari per raggiungere l'accordo. Partendo da un *background* comune - e, dunque, evitando di creare la tipica situazione precontrattuale in cui un contraente sia in posizione di inferiorità rispetto all'altro che ha maggiore dimestichezza con l'istituto e la legge regolatrice - le parti assumono nei confronti dell'operazione una disponibilità diversa ed un atteggiamento di maggiore fiducia.

Insomma, operare con il *trust* - anche grazie alla possibilità, riconosciuta dalla Convenzione al *settlor*, di scegliere la legge regolatrice che preferisce - contribuisce a conferire sicurezza alle parti e, di conseguenza, agli stessi scambi ed ai rapporti internazionali. Inoltre, riduce i rischi derivanti dalla cattiva percezione che dei rapporti instaurati può avere il giudice competente ed, infine, consente alle parti di raggiungere in un tempo relativamente breve un accordo soddisfacente per tutti.

I vantaggi derivanti dalla recente operatività del *trust* in Italia sono, per quanto detto, gli stessi - probabilmente amplificati dalla bontà dell'istituto in oggetto - realizzati tipicamente da ogni operazione convenzionale che a carattere internazionale contribuisca ad uniformare il diritto. Tale uniformazione (73) - rispetto alla quale il *trust* non è certo un antesignano (74) - consente di evitare le pericolose contraddizioni create dai conflitti di norme nello spazio ed, inoltre, impedisce alla disparità di trattamento dei rapporti di disincentivare gli scambi, distorcere il mercato o disorientare gli operatori (75).

Incidentalmente si rileva che di tali vantaggi l'Italia usufruirà, prevedibilmente, solo dopo un primo periodo di rodaggio, in

quanto, nell'immediato, l'incertezza, che ancora inspiegabilmente parte della dottrina dimostra nei confronti del *trust* renderà in qualche modo complicata, e forse dispendiosa, la redazione di atti di *trusts* pienamente validi ed efficaci nel nostro ordinamento, oltre che imprevedibile la sorte giurisprudenziale (76), soprattutto di *trusts* completamente italiani (c.d. *trusts* tricolore, o interni) (77).

Note:

(73) Sull'uniformità nel diritto si segnala, *ex ceteris*, Coing-Schmitthof-Hellner-Gleichmann, *Methoden der Rechtsverheitung*, Francoforte, 1974; Cappelletti (a cura di), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Firenze, 1978; Sacco, *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo*, in Moccia (a cura di), *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993, 87; Id., *Immaginando il diritto del futuro*, in AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, Padova, 1994.

(74) Già altri istituti, o interi settori, sono stati investiti dall'esigenza di uniformità. Ad esempio, Unidroit ha curato la formulazione di un progetto di codice di commercio internazionale, apparso in lingua inglese nel 1994, a vocazione planetaria. Vedi M.J. Bonnell, *Il progetto dell'Unidroit per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, I, 71; Id., *Un "Codice" Internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995.

(75) Così Gambaro-Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, 38.

(76) In verità, la giurisprudenza, nei rarissimi casi in cui si è pronunciata sull'operatività del *trust* nel nostro ordinamento dopo l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja, ha dimostrato di aver compreso lo spirito e la portata della convenzione. Ci si riferisce, in particolare: 1) all'omologa, ad opera del Tribunale di Genova, di una s.r.l. unipersonale costituita da un *trustee*; 2) all'omologa, da parte del Tribunale di Milano, con decreto del 27 dicembre 1996, di una delibera di s.p.a. che prevedeva l'emissione di obbligazioni garantite da beni costituiti in *trust* (per un commento v. R. Lener-G.B. Bisogni, *Omologa di prestito obbligazionario garantito da un trust*, in *Le società*, 1997, 586 ss.); e soprattutto 3) alla sentenza del Tribunale di Lucca 23 settembre 1997, cit.

(77) Pur ritenendo che, alla luce della Convenzione dell'Aja e della sua ratifica incondizionata, siano oggi pienamente operativi in Italia *trusts* completamente italiani, sul punto non ci si sofferma, se non per rinviare alla dottrina che ha trattato l'argomento.

(segue)

In definitiva, il *trust* è, per quanto detto, un tipico caso di micro-modello che sta circolando tra i vari ordinamenti (78). Esso ha vinto ogni concorrenza, prima in *common law*, dove è presto diventato un cardine del sistema, ed ora anche nel resto del mondo progredito, abbattendo pregiudizi concettuali e dimostrandosi adatto a stemperare le differenze tra ordinamenti di tradizione diversa, sino a candidarsi come provvido ausilio degli scambi internazionali (79).

Note:

(segue nota 77)

Contrari al *trust* interno si sono proclamati M.C. Pagni, *Commento al-*

l'art. 12, in Gambaro - Giardina - Ponzanelli (a cura di), *op. cit.*, 1281, nota 29; A. Gambaro, *ivi*, 1212; G. Ponzanelli, *ivi*, 1226; L. Fumagalli, *ivi*, 1283-1284; M.C. Malaguti, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contratto e impresa*, 1990, 999.

Favorevoli all'operatività del *trust* interno, invece, M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Vita not.*, 1992, 978; Id., *Introduzione ai trusts*, cit., Cap. V; Id., *Trusts*, cit.; Id., *Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country*, in *Vita not.*, 1998, 19; E. Corso, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, 496; A. Busani (a cura di), *Dossier - Trust*, in *Il Sole 24Ore*, 27 ottobre 1997, 13; AA.VV., *Il trust, le finalità, le dinamiche, le responsabilità e gli aspetti fiscali, Guida normativa Il Sole 24Ore, Dossier mensile*, ottobre 1997; R. Capaldo, *Atto pubblico di trust*, in *Notariato*, 1997, 2, 178 ss.; P. Picoli-N. Raiti, *Atto pubblico di trust*, in *Notariato*, 1996, 269; F. Di Ciommo, *La Con-*

venzione dell'Aja del 1° luglio 1985 e il c.d. trust interno, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. priv.*. In modo più problematico, A. Giardina, in Gambaro - Giardina - Ponzanelli (a cura di), *op. cit.*, 1213, nota 6; L. Fumagalli, *La Convenzione dell'Aja sul trust e diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, 558-562.

(78) In proposito vedi R. Lener, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, in *Riv. delle società*, 1989, 1051 ss.

(79) Sulla concorrenza internazionale tra modelli giuridici, vedi, tra gli altri, Bernholz, *Aspetti istituzionali dell'integrazione europea*, in Di Robilant - Radnitzky (a cura di), *Una società libera per l'Europa*, Milano, 1992, 211.

O

OPINIONI

787

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 6/1999

IN VETRINA

IL GIUDICE DI PACE

RIVISTA TRIMESTRALE DI LEGISLAZIONE,
ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINA

Direzione scientifica: Remo Danovi, Giorgio De Nova, Gianfranco Gilardi

Comitato di redazione: Giovanna Di Rosa, Alfredo Frangini, Franco Petrelli,

Alberto M. Rizzi, Amina Simonetti

Abbonamento 1999: L. 93.000

Abbonamento 1999 per gli iscritti all'Associazione Nazionale Giudici di pace:

L. 75.000

Il Giudice di pace è il trimestrale Ipsoa pensato e realizzato per offrire ai giudici di pace e a tutti gli operatori giuridici uno strumento informativo agile e aggiornato che costituisce un luogo di discussione e confronto sui temi più dibattuti.

È articolato in cinque sezioni: *Editoriale*: il punto di vista di un esperto sui problemi di attualità; *Giurisprudenza*: le sentenze del giudice di pace e degli altri organi giurisdizionali pubblicate per esteso ed annotate; *Sintesi di legislazione*: una

sintesi delle norme di settore più importanti; *Orientamenti interpretativi*: contributi dottrinali di taglio pratico e operativo; *Documenti*: leggi, progetti di legge, statistiche, decreti ministeriali, circolari, di interesse per giudice di pace.

Per informazioni rivolgersi all'Ufficio Vendite Dirette (Tel. 02/82476794 - fax 02/82476403) o all'Agente IPSOA di zona o consultare <http://www.ipsoa.it>