DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

*(Continua: **CAPITOLO 3 - LA FIDUCIA**)*

- 2. Gli effetti del negozio fiduciario.....pag. 149
- 3. La giurisprudenza in materia di fiducia.....pag. 151

CAPITOLO 4

IL TRUST

- 1. Il *trust* nel sistema anglosassone.....pag. 162
- 2. La rilevanza del *trust* nell'ordinamento italiano.....pag. 168

(Continua: CAPITOLO 3 – LA FIDUCIA).

2. Gli effetti del negozio fiduciario.

Abbiamo visto nel paragrafo precedente quali sono le caratteristiche specifiche del negozio fiduciario: si ha un'ipotesi di negozio giuridico al quale si accompagna un ulteriore accordo, in forza del quale il fiduciario si impegna ad effettuare attività di carattere ulteriore nei confronti del bene oggetto del contratto. In particolare, due sono le ipotesi: o il fiduciario si impegna a ritrasferire il bene a favore del fiduciante; oppure si impegna ad effettuare un'operazione di trasferimento, del medesimo bene, a vantaggio di un terzo.

Quella appena descritta è l'ipotesi tipica di negozio fiduciario che, però, può avere il contenuto più disparato.

Le ipotesi sopra descritte rientrano nell'ambito della concezione romanistica di fiducia. Esiste anche una concezione germanica di fiducia; essa rafforza la posizione del fiduciante.

Il negozio fiduciario pone una serie di problemi relativi alla valutazione del percorso successivo all'operazione fiduciaria.

*La valutazione
dell'operazione
fiduciaria*

Se, infatti, ci poniamo in una logica valutativa, siamo in presenza di una serie di perplessità in ordine agli effetti che scaturiscono dal negozio fiduciario.

In primo luogo, l'operazione contrattuale di partenza produce effetti conformi al voluto delle parti: se si tratta di un contratto di compravendita il trasferimento si realizza e produce effetti nei confronti di tutti.

Al contratto originario si aggiunge, però, il patto fiduciario e qui nascono i problemi. Se si considera l'operazione in senso unitario (contratto originario più accordi successivi) è evidente che l'aggiunta del patto fiduciario priva il meccanismo effettuale nei confronti di

tutti i terzi della sua sostanza. In altri termini, se si valuta l'operazione fiduciaria in senso unitario non è possibile dar seguito al passaggio della proprietà previsto dal contratto originario.

Nella sostanza, si tratta di scegliere come valutare l'operazione fiduciaria e ciò implica un atteggiamento di libertà valutativa. In altri termini, la scelta di una strada è la conseguenza dell'ottica in cui ci si pone per valutare il fenomeno.

Se si valutano le cose da un punto di vista di schemi giuridici di partenza, quegli effetti che si producono nei confronti di tutti i terzi, prevalgono sul contenuto del patto fiduciario successivo. Pertanto, se non si adempie l'obbligazione contenuta nel patto fiduciario l'unica conseguenza sarà quella del risarcimento del danno.

Se, invece, si valuta l'operazione fiduciaria in una logica diversa, prevale una visione di carattere complessivo e diventa difficile sostenere che il fiduciario ha la libertà d'agire rispetto al bene oggetto del negozio.

Per comprendere meglio il ragionamento fatto sopra, può essere utile ricordare quanto detto nel primo capitolo in ordine alla distinzione fra ordinamento dei privati e ordinamento dello Stato.

Nell'ambito dell'operazione fiduciaria, se si valutano le cose con riferimento alla logica dell'ordinamento dei privati, si deve ragionare facendo riferimento ad un meccanismo giuridico che caratterizza il rapporto fra due parti e che non è destinato a valere nei confronti dei terzi.

Viceversa, se si considera la logica dell'ordinamento dello Stato, il contratto originario intercorso fra fiduciante e fiduciario è causa di effetti traslativi. E, casomai, nel caso di inosservanza del patto fiduciario, si ammette il risarcimento del danno.

Da quanto detto si evince che la fiducia realizza un meccanismo composito e complesso rispetto al quale diventa interessante confrontarsi, come faremo nel paragrafo successivo, con la valutazione giurisprudenziale del fenomeno.

3. La giurisprudenza in materia di fiducia.

Come abbiamo detto in precedenza, la valutazione del procedimento successivo all'operazione fiduciaria può risultare problematica. Ciò emerge, anche, dall'analisi della giurisprudenza in materia di negozio fiduciario.

Per questa ragione ed al fine di comprendere meglio quali sono le caratteristiche della fiducia, di seguito, verranno esaminate tre delle più recenti e significative pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto la valutazione del fenomeno fiduciario.

La prima sentenza di cui proponiamo la lettura è quella della Corte di Cassazione, n. 2071, del 5 febbraio 2015.

Cass. 2071/2015

La vicenda inizia nel 1989 quando un soggetto (fiduciante) intesta fiduciariamente un terreno ad altri due soggetti (fiduciari). Con l'intestazione fiduciaria, il fiduciante trasferisce un diritto ad un altro soggetto (fiduciario) che ha l'obbligo di esercitarlo per il soddisfacimento di determinati interessi.

In tal caso, i fiduciari divengono intestatari del terreno e, come tali, appaiono ed agiscono nei confronti dei terzi. Successivamente, (qualche mese dopo l'atto di intestazione fiduciaria) le parti sottoscrivono una dichiarazione, in cui i fiduciari (intestatari del bene) riconoscono il diritto di proprietà del terreno in capo al fiduciante.

Quella che viene posta in essere è, quindi, un vera e propria operazione fiduciaria: le parti sottoscrivono prima un atto, con il quale il terreno viene intestato ai due fiduciari; successivamente, le stesse parti sottoscrivono una dichiarazione in cui, sostanzialmente, riconoscono che, nonostante l'intestazione, il bene è ancora di proprietà del fiduciante.

Ad un certo punto il fiduciante vuol far valere l'esistenza del negozio fiduciario (vuole, sostanzialmente, che i fiduciari gli reintestino il terreno) e, non ottenendo risposta positiva dai fiduciari, agisce, prima, presso il Tribunale e, successivamente, presso la Corte d'Appello di Brescia, le quali rigettano la domanda proposta dal fiduciante.

I giudici di merito, nello specifico, ritengono che la dichiarazione sottoscritta dalle parti non sia sufficiente a dar vita ad un negozio fiduciario perché non preesistente all'atto notarile di intestazione del bene ai fiduciari. In altre parole, l'atto di intestazione del terreno prevale sulla dichiarazione resa successivamente dalle parti.

In secondo luogo, per i giudici di merito il diritto del fiduciante a riottenere il bene sarebbe, comunque, caduto in prescrizione *ex* articolo 2935 del codice civile.

Entrambe le parti ricorrono per Cassazione.

Il fiduciante sostiene che, diversamente da quanto detto dai giudici di merito, la dichiarazione resa dalle parti costituisce la prova dell'esistenza del negozio fiduciario perché con essa, in pratica, i fiduciari riconoscono il diritto di proprietà del terreno in capo al fiduciante.

La dichiarazione in commento, anche se posteriore all'atto notarile di intestazione del bene ai fiduciari, risulta, secondo il fiduciante, consequenziale rispetto alla stipulazione del negozio fiduciario e

manifesta, in modo inequivoco, la volontà del fiduciante stesso, ossia quella di riottenere la titolarità del bene che lui aveva fatto intestare fiduciariamente agli due soggetti.

Da parte loro, i fiduciari contestano, in sede di ricorso per Cassazione, il momento di decorrenza della prescrizione. I giudici di merito individuano tale momento nell'atto con cui il fiduciante ha fatto valere l'esistenza del negozio fiduciario richiedendo indietro il bene. Viceversa, per i fiduciari, in tale caso, il momento di decorrenza della prescrizione doveva essere riferito al momento di stipula del negozio fiduciario.

Entrambi i ricorsi vengono rigettati perché i giudici della Cassazione ritengono che nessuno di essi sia rispettoso dei criteri previsti per ricorrere al giudice di legittimità

Il ricorso per Cassazione, infatti, richiede, in primo luogo, un'indicazione specifica dei motivi di ricorso, con la specificazione delle ragioni per cui il motivo stesso è proposto e la precisazione analitica delle considerazioni che giustificherebbero la cassazione della sentenza di merito impugnata.

In secondo luogo, il ricorso deve anche offrire un'indicazione chiara e completa dei fatti che hanno portato alla controversia: la Corte deve, infatti, poter conoscere i fatti di causa senza la necessità di attingere ad altre fonti.

Tutti questi elementi, per la Cassazione, non sono stati rispettati dai ricorrenti.

I ricorsi presentati non sono, infatti, supportati da argomentazioni chiare: i ricorrenti fanno delle affermazioni apodittiche senza alcun tipo di dimostrazione.

In questo modo, il ricorso per Cassazione si sostanzia in un'inammissibile domanda di revisione del giudizio di merito. Si

richiede una nuova pronuncia sul fatto che è, però, totalmente estranea al giudizio di legittimità.

La Corte di Cassazione, infatti, non ha, nel nostro ordinamento, il potere di riesaminare nel merito la controversia. Il giudice di legittimità è chiamato a controllare le argomentazioni svolte dal giudice di merito, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale.

Nello specifico, nel caso in esame, il fiduciante si è limitato ad asserire che la dichiarazione resa nel 1989, anche se posteriore rispetto all'atto notarile di trasferimento della proprietà, manifesta in modo inequivoco la volontà del fiduciante stesso, ossia il riottenimento, a sua richiesta, del bene che aveva fatto intestare fiduciariamente ai fiduciari.

Nella sostanza, il fiduciante si è limitato a sostenere quanto sopra detto senza denunciare, in sede di ricorso per Cassazione, la violazione o falsa applicazione dell'articolo 2932 c.c. – che, come sappiamo, prevede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre – che gli avrebbe permesso di ottenere effettivamente la proprietà del bene.

In sede di ricorso per Cassazione, si richiede solo il riconoscimento dell'esistenza del negozio fiduciario, senza chiedere, in maniera specifica, l'ottenimento del bene.

Per queste ragioni, i giudici di legittimità ritengono che le argomentazioni sostenute dai ricorrenti costituiscono, in realtà, l'inammissibile pretesa di una lettura diversa dei fatti di causa rispetto a quella sostenuta dai giudici di merito.

I ricorrenti, visto che i giudici di merito avevano dato ai fatti un significato diverso rispetto a quello da loro voluto, richiedono, nella sostanza, un nuovo giudizio di merito che, però, è inammissibile

perché il giudizio di legittimità non è un giudizio di merito di terzo grado.

La sentenza analizzata è estremamente significativa. Si richiama il meccanismo di cui all'articolo 2932 c.c. – già visto in riferimento al contratto preliminare – che viene utilizzato anche nell'ambito del negozio fiduciario. Nel caso di specie, il meccanismo dell'articolo 2932 c.c. non risulta attivato e, per questo, si ritiene che il fiduciante si sia limitato a chiedere il riconoscimento del diritto di proprietà.

Quella che emerge dalla pronuncia in commento è una valutazione della fiducia in conformità con quella libertà valutativa a cui facevamo prima riferimento.

La seconda sentenza che proponiamo è quella della Corte di Cassazione, n. 11840, del 9 giugno 2015.

*Cass. n.
11840/2015*

Anche in questo caso abbiamo una vicenda interessante sotto il profilo fattuale e limitata nella parte decisoria perché, anche in questo caso, per questioni di carattere processuale, abbiamo l'impossibilità per la Cassazione di ammettere il ricorso e discuterlo nel merito.

L'azione, in primo grado, è promossa da un padre nei confronti del figlio. Siamo di fronte ad una famiglia imprenditoriale titolare di una piccola-media impresa. Tutti i membri della famiglia – i genitori e i vari figli – sono titolari di quote della Calcestruzzi S.p.A. (divenuta poi Calcestruzzi s.r.l.).

Nell'azione suddetta, il padre sostiene che, è vero che gli intestatari dell'impresa erano tutti i membri della famiglia, però le risorse finanziarie, in origine, provenivano tutte da lui.

Pertanto, chiedeva ad uno dei figli la retrocessione delle quote a lui intestate perché, appunto, secondo il padre, il figlio non era pieno e libero proprietario delle stesse, ma era un fiduciario che deteneva

quelle quote in virtù del rapporto di fiducia con il genitore che, in quanto fiduciante, poteva vantare il diritto alla restituzione delle quote medesime.¹

Il padre fonda la sua pretesa su una scrittura privata che tutti i membri della famiglia avevano sottoscritto molti anni prima ed in cui si riconosceva che il denaro proveniva dal padre e che gli altri familiari, essendo meri intestatari fiduciari, si impegnavano a retrocedere le quote a richiesta dell'uomo. L'attore fa, anche, valere il fatto che altri figli (probabilmente più ubbidienti) avevano, a richiesta del padre, restituito le quote.

Si costituiscono in giudizio, anche, gli altri figli (in quanto, come sottoscrittori del medesimo atto, sono litisconsorti necessari) che, con vari atteggiamenti processuali, danno tutti ragione al padre.

La difesa del figlio convenuto si basa, invece, sulla contestazione delle ragioni di fatto addotte dal padre. Quest'ultimo sosteneva che, all'epoca della costituzione della società, il figlio aveva solo ventidue anni, era ancora studente e non aveva risorse economiche proprie, per cui, era evidente che il denaro utilizzato per l'impresa provenisse interamente dal genitore.

Il figlio, da parte sua, sosteneva che aveva già all'epoca risorse proprie e che, comunque, nel corso degli anni aveva ricoperto incarichi di responsabilità all'interno della società e che, quindi, l'intestazione delle quote non era puramente fittizia. Sostiene, anche, di avere investito altro denaro all'interno della società, per cui, chiede, nel caso in cui dovesse retrocedere le quote, che gli vengano restituite le somme investite in occasione degli aumenti di capitale sociale.

¹ Una vicenda, molto nota, simile a quella oggetto della sentenza in commento è quella della famiglia Caprotti titolare della Esselunga. Purtroppo, non è possibile dare contezza della decisione presa in sede di lodo arbitrale, in quanto di difficile reperimento.

Per quanto riguarda la scrittura privata, il figlio non dice che essa è falsa, ma sostiene che il padre l'aveva congegnata e aveva preteso che tutti la firmassero per organizzare, poi, ulteriori operazioni di trasferimento societario tra la Calcestruzzi ed altre società del medesimo gruppo. Pertanto, la scrittura, pur essendo a livello estrinseco vera, non avrebbe, in realtà, un contenuto veritiero. Essa, quindi, non sarebbe valida ed efficace perché si sostanzierebbe in una dichiarazione confessoria falsa.

In primo grado il figlio prevale e l'azione del padre viene rigettata. In secondo grado si ha l'esito opposto e la Corte d'Appello ritiene che, nel complesso, debbano prevalere le prove addotte dal padre.

Si arriva, quindi, al ricorso per Cassazione. Come detto prima, la gran parte della sentenza in commento attiene a profili di carattere processuale, in quanto il figlio tenta, con vari mezzi di impugnazione, di contestare la valutazione della Corte d'Appello. La Cassazione, però, rifiuta di accogliere tali motivi di ricorso perché ritiene che siano tutti dei tentativi per ottenere un nuovo riesame del merito della controversia che, come abbiamo visto nella sentenza precedente, è inammissibile dinanzi al giudice di legittimità.

È, in particolare, interessante un profilo perché una delle contestazioni che il figlio muove attiene alla ritenuta incoerenza e contraddittorietà della motivazione – classico motivo che sta a metà fra il merito e la legittimità. Nello specifico, secondo il figlio, la motivazione della Corte d'Appello sarebbe incoerente perché ha riconosciuto che, in effetti, il figlio aveva messo in atto degli atti di gestione, *iure proprio*, delle quote sociali, però, nonostante ciò lo aveva qualificato come fiduciario.

La Cassazione dà torto al figlio perché fa presente che, in questo caso, non c'è incompatibilità fra qualificare un soggetto come fiduciario e

prendere atto che lo stesso ha, anche, gestito i beni. Ciò perché siamo nell'ambito dell'interposizione reale – e non fittizia – di persona, ovvero siamo, in altri termini, in presenza di fiducia e non di simulazione.

Nel caso dell'interposizione fittizia, cioè simulata, il soggetto intestatario è un mero prestanome che non ha nessun rapporto con il bene in questione.

Viceversa, nel caso dell'interposizione reale di persona, il fiduciario è davvero proprietario, titolare degli specifici diritti oggetto del negozio fiduciario e, quindi, non è anomalo che gli eserciti. Esiste, nella sostanza, nell'ambito dell'operazione fiduciaria, l'obbligo di ritrasferire tali diritti ad un terzo.

La sentenza pone il problema dei rapporti fra fiducia e simulazione. Come abbiamo già detto, tale discorso verrà ripreso successivamente quando parleremo della simulazione. Possiamo, però, fin da ora, dire che quando siamo in presenza della simulazione non siamo in presenza di nulla: essa è, nella sostanza, un giuoco delle parti, le quali fingono di porre in essere una dichiarazione di volontà che, in realtà, non è assolutamente voluta. Sotto il profilo giuridico, il contratto simulato è inesistente.

Al contrario, nell'ambito del negozio fiduciario siamo in presenza di un meccanismo giuridico produttivo di certi effetti. Le parti vogliono instaurare una determinata operazione negoziale che è, giuridicamente, esistente e voluta.

Pertanto, l'esito della sentenza è quello di confermare il giudizio della Corte d'Appello con la conseguenza che il figlio è vincolato, in virtù del negozio fiduciario, alla retrocessione delle quote richiesta dal padre.

L'ultima sentenza che andremo ad analizzare, in materia di fiducia, è quella della Corte di Cassazione, n. 1679, del 29 gennaio 2015.

La vicenda inizia nel 1976, quando una donna acquista alcuni beni immobili e, contemporaneamente, con una dichiarazione (sottoscritta insieme al marito) riconosce che la metà di tali beni appartiene ad un terzo soggetto.

Questo terzo soggetto, visto il rifiuto dei coniugi di adempiere all'obbligo di intestarli la metà dei suddetti beni, agiva in giudizio chiedendo l'accertamento della proprietà degli immobili e lo scioglimento della comunione.

Il Tribunale di Bassano del Grappa rigetta la domanda dell'attore perché ritiene che la dichiarazione era priva di contenuto traslativo e che, comunque, l'attore era intercorso nella prescrizione decennale.

La Corte d'Appello di Venezia, nel 2001, rigetta anch'essa la domanda dell'attore e ribadisce che la dichiarazione in questione risulta priva di efficacia traslativa.

Con un primo intervento, nel 2005, la Corte di Cassazione annulla la sentenza di appello del 2001, ritenendo non corretta la ricostruzione della fattispecie effettuata dal giudice di secondo grado. Per questa ragione, rinvia la causa ai giudici d'appello, i quali, con una sentenza del 2008, respingono nuovamente la domanda attorea.

In particolare, in quest'ultima sentenza la Corte d'Appello ritiene che il negozio fiduciario in questione (essendo un negozio fiduciario statico) non produce alcun effetto traslativo e, quindi, non può essere accolta la domanda di scioglimento della comunione presentata dall'attore. Si aggiunge, anche, che la natura obbligatoria di quel negozio fiduciario permetteva il trasferimento della proprietà del bene al fiduciante solo per il tramite dell'azione di cui all'articolo 2932 c.c., azione tardivamente eccepita dall'attore in sede di rinvio.

Contro tale decisione, il fiduciante presenta nuovamente ricorso per Cassazione. Si arriva, quindi, alla pronuncia in esame.

Innanzitutto, il ricorrente (fiduciante) sostiene che la dichiarazione del 1976 contiene due negozi: uno completo dell'effetto traslativo – rappresentato dalla confessione dei due coniugi dell'altrui comproprietà – l'altro a contenuto obbligatorio – consistente nell'impegno dell'intestataria dei beni a provvedere all'intestazione della metà degli stessi al fiduciante.

In base a questa ricostruzione, quindi, il negozio fiduciario sarebbe stato completo di tutti gli elementi necessari per il prodursi dell'effetto traslativo.

Pertanto, in conseguenza del fatto che, secondo il fiduciante, nella dichiarazione del 1976 erano presenti due negozi (l'uno obbligatorio e l'altro traslativo) si poteva dar seguito, sempre secondo il fiduciante, alla sua domanda di scioglimento della comunione.

La Cassazione, con questa ulteriore sentenza del 2015, rigettano di nuovo il ricorso.

Essa, basandosi sulla diversità fra fiducia statica e fiducia dinamica,² ritiene che il negozio in questione costituisce una particolare forma di fiducia statica, in cui la scrittura del 1976 non comporta il trasferimento della proprietà, ma l'assunzione di impegni fiduciari da parte del titolare.

Pertanto, secondo la Cassazione, per effetto del negozio fiduciario – concluso al momento dell'acquisto dei beni e della firma contestuale della dichiarazione – non si è verificato alcun effetto traslativo. Con il negozio fiduciario, il fiduciario ha, soltanto, assunto l'obbligo di

² A livello dottrinale e giurisprudenziale, si distingue fra fiducia statica e fiducia dinamica. La fiducia dinamica comporta il trasferimento delle proprietà dal fiduciante al fiduciario. Viceversa, la fiducia statica è caratterizzata dal fatto che il fiduciario è già titolare della situazione giuridica che lo stesso si obbliga a modificare nel senso voluto dal fiduciante.

trasferimento del bene al fiduciante, quando questo ne avesse fatto richiesta.

Nella sostanza, siamo di fronte ad una fattispecie negoziale complessa, qualificata come negozio fiduciario statico produttivo di effetti obbligatori.

Pertanto, anche la Cassazione con quest'ultima sentenza nega il prodursi dell'effetto traslativo e, quindi, rigetta la domanda del fiduciante di scioglimento della comunione.

CAPITOLO 4

IL TRUST

1. Il *trust* nel sistema anglosassone.

Il tema di questo capitolo è il *trust*. Il termine *trust* significa letteralmente fiducia. Questo non significa che il *trust* sia esattamente assimilabile al nostro negozio fiduciario perché la vicenda giuridica, la storia dei due meccanismi è diversa.

Nel sistema italiano, attualmente, ci confrontiamo, da un lato, con la fiducia, dall'altro con il *trust* e, dall'altro ancora, con l'atto di destinazione, cosicché dobbiamo, in qualche modo, mettere insieme i diversi caratteri di questi differenti istituti.

Per comprendere appieno i caratteri specifici del *trust*, è opportuno richiamare alcune nozioni di diritto comparato relativamente alle caratteristiche di fondo del diritto inglese. Il diritto inglese si caratterizzava, fino a tempi abbastanza recenti, per una situazione di pluralismo di ordinamenti. In particolare, si contrapponevano la cosiddetta *common law* e l'*equity*. Si trattava di due sistemi amministrati da due diverse corti, ma entrambi vigenti contemporaneamente nel medesimo territorio inglese.

La *common law* indicava quell'insieme di regole, appunto comuni a tutto il Regno d'Inghilterra, elaborate dalle corti di Londra. Il sistema di *common law* era un sistema qualificato, spesso formalistico.

A ciò si contrapponeva il sistema di *equity* che era nato attorno alla corte del Lord Cancelliere. In sostanza, di fronte ad esiti che potessero apparire troppo rigidi e formalistici, era possibile, per dei soggetti, rivolgersi a quest'altro tribunale che, appunto, si costituiva attorno

alla figura del Lord Cancelliere, il quale, quindi, amministrava secondo regole e principi più sostanzialistici.

In questo contesto di duplicità di ordinamenti che contemporaneamente amministravano il diritto, nasce la figura del *trust*. A livello storico, si discute su quale sia la fattispecie che ha fatto scaturire l'idea del *trust*. In sostanza, però, l'idea è quella di avere un soggetto che risulta proprietario di un bene di fronte alla *common law* ed un altro soggetto, al quale vengono riconosciuti diritti su quello stesso bene davanti alla corte del Lord Cancelliere.

Pertanto, la duplicità di ordinamenti tipica del sistema inglese si traduce in una duplicità di diritti di soggetti diversi sul medesimo bene. C'è un soggetto che, secondo la *common law*, ha il *legal right* sul bene; c'è un altro soggetto che ha, sul medesimo bene un interesse a livello equitativo. In questo modo, la proprietà finisce per essere divisa, frantumata fra titolari di diritti diversi: un diritto secondo l'ordinamento di *common law* ed un diritto secondo l'ordinamento di *equity*.

Come detto sopra, non è chiaro quali siano i casi concreti in cui per la prima volta, in assoluto, si ebbe modo di costruire la suddetta situazione. Si hanno delle ipotesi. Secondo alcuni la fattispecie originaria era il cosiddetto *use* (il diritto di uso), ossia una circostanza in cui un sovrano – o comunque un superiore gerarchico – infeudava delle terre ad un vassallo che, di fronte alla *common law*, era proprietario del bene. Il superiore gerarchico, però, conservava, in virtù dell'obbligo di vassallaggio, sul bene alcuni diritti.

Secondo altri, invece, la fattispecie originaria deve essere riferita ad una situazione di doppia vendita: di fronte ad un soggetto che, scorrettamente, vendesse due volte lo stesso bene a due soggetti distinti, in un mondo in cui ancora non era previsto il meccanismo

della trascrizione, si ha una scissione fra il contratto di cessione del bene e la consegna del bene stesso. Pertanto, è possibile che, di fronte alla *common law*, possa anche prevalere il secondo acquirente se per primo ha avuto la consegna del bene. Poteva, però, anche accadere che, di fronte all'*equity*, in casi di palese malafede dei soggetti coinvolti, si riconoscessero dei diritti di carattere equitativo a favore del primo acquirente.

Quale sia delle due ipotesi la prima ad essere nata non è neppure così importante, ciò che è essenziale è capire che, per alcune dinamiche tipiche del mondo medievale inglese, nacque una situazione, per cui, su uno stesso bene, una corte riconosceva il *legal right* ad un soggetto e, contemporaneamente, l'altra corte, riconosceva l'interesse equitativo ad un altro soggetto, scindendo i poteri proprietari.³

Dopo aver detto brevemente qual è stata l'origine storica del *trust*, veniamo a tempi più recenti.

Il trust nel sistema anglosassone attuale

Oggi, in Inghilterra, non c'è la duplicità di corti del passato, vi è un unico sistema unificato.

La struttura per cui su uno stesso bene possono convivere diritti ed interessi che frammentano la proprietà si presenta, nel diritto inglese moderno, secondo una struttura di cui vedremo, in primo luogo, la fattispecie base e, poi, considereremo le diverse varianti.

La fattispecie base di *trust* vede coinvolti tre soggetti: il *settlor*; il *trustee* ed il *beneficiary*.

Il *settlor* (disponente) è colui che trasferisce un bene. Il *trustee* è colui che riceve il bene. Esso, però, non acquista i beni come pieno

³ Tradurre tutto questo dicendo che uno dei due soggetti ha un diritto reale e l'altro ha un diritto di credito, come qualcuno ha fatto per cercare di spiegare questi fenomeni con termini più simili ai nostri, è, quantomeno, una forzatura perché con questi termini noi intendiamo riferirci a diritti, di diversa natura, che lo stesso ordinamento conferisce a soggetti diversi. Nel sistema inglese il problema è diverso: si hanno due ordimenti che riconoscono due diversi diritti sul medesimo bene.

proprietario, ma ha dei poteri limitati perché altri poteri, sul medesimo bene, spettano al *beneficiary* (beneficiario).

Come dicevamo sopra, accanto alla fattispecie base appena descritta, si possono avere tutta una serie di varianti perché non è obbligatorio che siano presenti tutti e tre i soggetti indicati. La cosa essenziale per avere il *trust* è che ci sia il *trustee*.

Non è, però, essenziale che la vicenda sia trilaterale. Infatti, è possibile che un soggetto, senza diventare *settlor*, direttamente metta in *trust* una parte del suo patrimonio (cd. *trust* autodichiarato).

Potrebbe, in altre ipotesi, mancare il *beneficiary*, o meglio, lo stesso potrebbe essere non esattamente determinato. Vi sono, infatti, dei *trust*, nei quali si conferisce al *trustee* un potere discrezionale in ordine alla scelta del *beneficiary* (cd. *trust* discrezionale).

Ancora, si potrebbero avere dei *trust* in cui un *beneficiary* non c'è proprio. È il caso del cosiddetto *trust* di scopo, in cui ciò a beneficio del quale va la destinazione patrimoniale non è un'altra persona ma è, ad esempio, uno scopo benefico (per esempio, un *trust* finalizzato alla ricerca scientifica, alla beneficenza nei confronti di particolari categorie di persone bisognose).⁴

In tutti i casi sopra descritti, ciò che c'è sempre è la cosiddetta *segregation*: all'interno del patrimonio del *trustee* si distingue un patrimonio personale – di cui lui può godere e disporre in maniera libera – ed un patrimonio segregato e separato su cui insiste il *trust* e sul quale esso ha poteri più limitati e ridotti. Questa parte di patrimonio segregato costituisce, quindi, un patrimonio separato, ossia una massa di beni su cui i creditori personali del *trustee* non

⁴ I primi *trust* di scopo furono ammessi, nel cinquecento, da alcune leggi di Elisabetta I. In tale legge, per favorire quello che noi oggi chiameremo *welfare*, si consentiva l'istituzione di *trust* di scopo purché, comunque, non si assumessero funzioni od obbiettivi di carattere politico.

possono agire. Su di esso potrà agire il *beneficiary*, o potranno agire quei creditori che, in qualche modo, sono connessi al *trust*.

Ci possono essere, anche, altre figure che intervengono nel *trust*. Si può aggiungere un quarto soggetto, il cosiddetto *protector* (guardiano) che ha la funzione di vigilare sul *trustee* e fare in modo che esso adempia ai suoi doveri nei confronti dei vari beneficiari.⁵

Un aspetto specifico che deve essere considerato è quello relativo al rapporto fra *trust* e *contract*.

Trust e contract

Secondo gli inglesi il *trust* è qualcosa di diverso dal *contract*. Ciò è comprensibile in base alla definizione inglese di *contract*. Il *contract*, diversamente dal contratto italiano, implica un atto bilaterale che non produca mai effetti nei confronti dei terzi. Inoltre, la definizione inglese di contratto implica la *consideration*, ossia una sorta di corrispettività che rende, sostanzialmente, il contratto sempre oneroso. Al contrario, come abbiamo visto, il *trust* ha una struttura trilaterale e non necessariamente ha carattere oneroso.

Per rendere più concreto questo discorso, si possono segnalare alcuni esempi pratici di utilizzi che, nel passato e nel presente, gli operatori giuridici inglesi hanno fatto del *trust*.

In tempi più antichi, un esempio classico consisteva nell'utilizzazione del *trust* per preservare il patrimonio di una famiglia per più generazioni. Per raggiungere tale obiettivo, il *de cuius* lascia il bene

⁵ Occorre sottolineare che quando, nei testi inglesi, si parla di *protective trust* si intende una cosa diversa rispetto ai *trust* in cui è presente il *protector*. Il *protective trust* è caratterizzato dal fatto che il beneficiario è, in qualche modo, reputato un soggetto debole (perché minore; incapace) e, quindi, non è libero di cedere i suoi diritti. In altri termini, in questi casi, il *trust* ha la funzione di proteggere un soggetto ritenuto debole. Un'altra espressione simile, ma che ha un significato diverso è *asset protection trust*. Si fa riferimento, in questo caso, ad un'altra finalità per la quale un soggetto ha interesse a istituire un *trust*, ossia la protezione di un patrimonio. L'unico scopo del *trust* è, in questi casi, quello di approfittare della segregazione patrimoniale per mettere al riparo il patrimonio rispetto ai creditori. Si tratta di un'ipotesi problematica ed abusiva che rientra nel concetto di *sham trust* (*trust* simulato) che, come tale, è inesistente ed inopponibile ai creditori.

ad un *trustee*, il quale lo gestirà e poi pagherà delle rendite ai vari discendenti dell'originario testatore.⁶

Un altro esempio storico risale all'evoluzione tipico meccanismo inglese del *mortgage* (ipoteca) che, nel diritto inglese antico, si riferiva a quella vicenda con cui il creditore otteneva il possesso del bene e, se il debitore non pagava, ne diventava proprietario. Vista l'iniquità di tale meccanismo, si è poi passati ad un sistema in cui il creditore che ha il *mortgage* fa vendere il bene e sul ricavato prende direttamente per se la somma relativa al suo credito e sul resto il creditore sarà *trustee* in favore del debitore beneficiario.

In altri esempi storici, si può vedere come il *trust* ha svolto, nella realtà anglosassone, alcune funzioni che, in tempi più moderni, hanno svolto il diritto amministrativo ed il diritto commerciale.⁷

A livello contemporaneo, nel mondo anglosassone moderno si hanno tutta una serie di meccanismi in cui a certi soggetti torna utile predisporre una separazione patrimoniale per far sì che certe masse patrimoniali non siano liberamente gestibili o aggredibili.

Per esempio, spesso, nei contratti di appalto inglesi si prevede un pagamento di acconti a stadi di avanzamento dei lavori. Però, siccome in questa fase non è ancora terminata l'opera ed è ancora presente il rischio che la stessa non vada a buon fine, viene messo in moto un meccanismo per cui, rispetto all'acconto, si istituisce un *trust* e di conseguenza chi riceve l'acconto medesimo è *trustee*.

⁶ Questo meccanismo, nel nostro diritto medievale, veniva realizzato con il fedecommesso che era un meccanismo testamentario che serviva a vincolare un patrimonio per più passaggi generazionali.

⁷ Quando ancora non c'erano strutture avanzate di carattere amministrativistico o commercialistico, gli inglesi utilizzavano il *trust* per esprimere certi concetti. Per esempio, per indicare la distinzione fra il fatto che il Re avesse sia un suo patrimonio personale sia la gestione del patrimonio statale, si diceva che, in riguardo ai beni dello Stato, il Re era *trustee of the public*. Una vicenda simile si è avuta ai primordi del diritto commerciale inglese, rispetto al quale il conferimento dei beni in società veniva realizzato e spiegato attraverso l'istituto del *trust*. Di tutto questo è rimasta una traccia importante anche oggi: la parola *antitrust* che individua quelle politiche pubbliche di contrasto nei confronti di intese anticoncorrenziali fra più società.

Si pensi, anche, a tutte quelle vicende in cui dei professionisti si trovano a riscuotere delle somme per conto dei clienti. Anche in questi casi, per separare tali somme dal patrimonio personale del professionista, si istituisce un *trust* e si nomina il professionista *trustee*.

Un altro esempio è quello della cosiddetta multiproprietà. In questo caso, più soggetti sono titolari di uno stesso bene e ne godono a turno. Nel mondo anglosassone, questo meccanismo viene realizzato attraverso il *trust*: si mette il bene in *trust* e si indicano quali beneficiari i diversi proprietari del bene stesso.

Poi ci sono tutta una serie di ipotesi in ambito finanziario. Semplificando, per esempio, se si vuole garantire che i proventi di un certo investimento siano posti a vantaggio di un determinato investitore, si istituisce un *trust* avente ad oggetto i medesimi proventi (cd. *investment trust* tradotto, nel sistema italiano, con l'introduzione del fondo comune di investimento).

Già da quanto detto finora, si può capire che questi molteplici utilizzi del *trust* non sono rimasti limitati al mondo anglosassone. Essi, infatti, hanno avuto e stanno avendo un'importante diffusione internazionale che riguarda, evidentemente, anche l'Italia.

2. La rilevanza del *trust* nell'ordinamento italiano.

Al termine del paragrafo precedente abbiamo detto che la diffusione internazionale del *trust* ha avuto i suoi effetti anche in Italia.

Pertanto, è opportuno riflettere in ordine alla rilevanza generale del fenomeno nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Il dato di fatto da cui partire è che di *trust* in Italia, come nel resto del mondo, se ne fanno tanti. Vi sono, poi, delle situazioni particolari in cui si pratica il cd. *trust* internazionale. Alcuni piccoli Stati, generalmente alcune isole delle Antille, dell'Oceania o del Canale della Manica, hanno introdotto delle regole, per cui loro prevedono il *trust*, ma non come istituto vigente all'interno del loro ordinamento, ma come istituto vigente per gli stranieri. Per attirare capitali dall'estero, questi Stati, offrono agli stranieri, oltre ad un regime fiscale paradisiaco, la possibilità di costituire i loro beni in *trust*.

Ad oggi non esiste, in Italia, una legge sul *trust*; non esistono norme italiane che regolano un ipotetico *trust* italiano.

L'unico riferimento normativo che abbiamo, per valutare le vicende italiane che riguardano beni in *trust*, è rappresentato dalla legge 364 del 1989, con la quale è stata ratificata la Convenzione dell'Aja del 1985.

*La Convenzione
dell'Aja del 1985 e
la legge n. 364/98*

La Convenzione – e, quindi, la legge – non contengono la disciplina del *trust*: sono una classica ipotesi di convenzione internazionale di diritto internazionale privato che servono per stabilire criteri comuni per individuare la legge applicabile e i meccanismi di riconoscimento, rispetto ad istituti esterni.

Per il *trust* è stata fatta, nel 1985, una convenzione che, come abbiamo detto, non contiene una disciplina del *trust*, ma contiene dei meccanismi che servono, agli Stati coinvolti, per capire quale legge si deve applicare ad ogni singolo *trust*, con il quale hanno a che fare.

Nella Convenzione è predisposta una definizione di *trust* che, quantomeno da un punto di vista anglosassone, potrebbe sembrare atecnica. Nello specifico, si dice che si intende per *trust* ogni situazione in cui abbiamo dei beni, di cui un soggetto sia intestatario

ma non proprietario e, quindi, vi sia un meccanismo di separazione patrimoniale.

In virtù della Convenzione, quando c'è un *trust*, tutti gli Stati firmatari si impegnano a riconoscerlo e ad applicarvi la disciplina del paese d'origine. Per effetto della Convenzione, nella sostanza, si stabilisce che a quei rapporti andrà applicato il diritto del paese in cui il *trust* è stato predisposto.

In particolare, ciò si ricava dagli articoli 11, 13 e 15 della Convenzione che, appunto, introducono questo obbligo di riconoscimento e di individuazione della legge applicabile. Si pone, poi, un limite generico, per cui i *trust* devono essere riconosciuti purché non siano del tutto incompatibili con l'ordinamento interno.

Riguardo all'Italia, in effetti, si hanno dei problemi di compatibilità, nel senso che il *trust* pone dei problemi nel suo rapportarsi con regole fondamentali del diritto interno.

Innanzitutto, il *trust* pone dei problemi di compatibilità con la regola fondamentale di cui all'articolo 2740 del c.c., secondo cui il creditore dovrebbe poter aggredire qualunque bene del suo debitore. Tale regola è, evidentemente, negata dalla segregazione patrimoniale tipica del *trust*.

L'altro principio fondamentale che si scontra con l'istituto del *trust* è quello del numero chiuso dei diritti reali. Il *trust*, infatti, potrebbe sembrare un meccanismo con cui è possibile costruire diritti reali nuovi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore.

Infine, alcune ipotesi pratiche di *trust* si pongono in contrasto con specifiche norme del nostro ordinamento. Per esempio, il meccanismo che si fonda sul *mortgage* sarebbe, per noi, un patto commissorio vietato. Ancora, quel meccanismo, per cui un soggetto istituisce un *trust*, garantendo una rendita a favore delle generazioni

future è, nell'ambito del nostro ordinamento, un patto successorio vietato dall'articolo 458 c.c. ed, anche, un fedecommesso non ammesso.

Da ciò si evince che non è una cosa semplice e scontata dire che il *trust* è compatibile con il diritto italiano. A dimostrazione di quanto detto, negli anni ottanta, quando fu fatta la Convenzione dell'Aja, si pensava semplicemente che questa servisse a far produrre effetti, in Italia, a operazioni fatte in Inghilterra. All'epoca, non si poteva neppure ipotizzare che tali operazioni potessero essere fatte in Italia.

In seguito, la dottrina italiana (in particolare, il Professor Lupoi) ha elaborato, sul tema in commento, una serie di considerazioni diverse.

In particolare, tale dottrina ha ritenuto che la Convenzione debba essere valorizzata, non solo come meccanismo internazional-privatistico di indicazione della legge applicabile, ma come un meccanismo che avrebbe, in qualche modo, inciso direttamente sul diritto interno, introducendo, attraverso la legge di ratifica, un'eccezione legale al principio sancito dall'articolo 2740 del codice civile.

In altri termini, il *trust* sarebbe, in forza della Convenzione dell'Aja, un'eccezione al principio della garanzia patrimoniale ed, anche, un nuovo diritto reale introdotto all'interno del nostro ordinamento.

Sulla base di questa impostazione, si arriva ad ammettere la costituzione di quelli che sono stati chiamati *trust* interni. Un *trust* interno è un *trust* in cui i soggetti sono tutti italiani, i beni sono siti in Italia, però, per quanto riguarda la legge applicabile, si fa riferimento alla normativa estera di uno di quei Paesi in cui il *trust* è ammesso e regolato.

Il trust interno

Tale meccanismo dirompente ha avuto un certo successo, non solo perché sostenuta da autorevole dottrina, ma anche perché torna comodo a diversi interessi economici.

Come vedremo nei paragrafi successivi, tale impostazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza. Molte pronunce di merito, infatti, hanno ammesso la rilevanza del cd. *trust* interno.

Un'ultima annotazione deve essere fatta in ordine ai rapporti sussistenti fra *trust*, negozio fiduciario ed atto di destinazione.

*Trust, atto di
destinazione e
negozio fiduciario*

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

In conclusione, l'atto di destinazione *ex* articolo 2645 *ter* c.c. non può essere ricondotto né all'interno del negozio fiduciario né all'interno del *trust*, istituto, quest'ultimo, neppure espressamente previsto e regolato nel nostro ordinamento.

Per quanto riguarda i rapporti tra *trust* e negozio fiduciario, anche qui si possono riscontrare delle differenze. Come abbiamo detto nel capitolo precedente, il negozio fiduciario produce effetti obbligatori, viceversa, il *trust* ha effetti, non obbligatori, ma reali.

Volendo schematizzare il discorso, si può dire che le tre figure hanno degli aspetti in comune ma, in nessun caso, si assiste ad una completa similitudine.