

## Abbreviazioni e sigle

### Abbreviazioni

art. : articolo  
artt. : articoli  
c.c. : codice civile  
cit. : citato  
co. : company  
col. : colonna  
d.lgs. : decreto legislativo  
l. : legge  
ltd. : limited  
Minn. : Minnesota  
n. : numero  
nat. : national  
no. : number  
plc. : public limited company  
r.d. : regio decreto  
rly. : railway  
s. : seguente  
s.r.l. : società a responsabilità limitata  
ss. : seguenti  
S. T. : Settlement Trusts  
v. : versus  
vol. : volume

### Sigle

ABI : Associazione Bancaria Italiana  
AG : Attorney General  
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch  
IRC : Inland Revenue Commissioners  
LBC : London Borough Council  
TUB : Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia  
TUF : Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria

## Introduzione

La seguente indagine si propone di ricostruire gli aspetti salienti del negozio fiduciario e del *trust*, al fine di evidenziarne, in una prospettiva comparatistica, le analogie, nonché le differenze.

È subito evidente che i due suddetti istituti sono affini, nella misura in cui costituiscono entrambi manifestazione del fenomeno fiduciario; è altrettanto evidente che gli stessi presentano caratteristiche differenti, a causa della loro diversa origine: precisamente, mentre il negozio fiduciario è il portato della tradizione giuridica romano-germanica o di *civil law*, il *trust* costituisce il prodotto della tradizione giuridica anglosassone o di *common law*. Infatti, è proprio la profonda differenza riscontrabile tra queste due tradizioni a dar ragione delle differenze ravvisabili tra negozio fiduciario e *trust*; per tale ragione sarà necessario, ai fini del buon esito della seguente indagine, ripercorrere l'origine e l'evoluzione storica dei due suddetti istituti, avendo particolare riguardo alle esperienze giuridiche di rispettiva provenienza.

In particolare, il metodo d'indagine adottato conterà di due momenti, distinti e consequenziali: dapprima avrà luogo l'analisi, separatamente e isolatamente condotta, riguardante ciascuno dei due istituti, analisi che, come sopra detto, comprenderà anche un'indagine storica; successivamente, poste in tal modo le premesse per una comparazione tra negozio fiduciario e *trust*, si tenterà di enucleare le differenze, nonché le analogie, ravvisabili tra i due suddetti istituti.

Per primo sarà preso in considerazione il negozio fiduciario. Coerentemente al metodo d'indagine sopra esposto, sarà ripercorsa l'evoluzione storica dell'istituto, e quindi le molteplici configurazioni che esso ha assunto nel corso della storia, con particolare riferimento all'universo giuridico romano e agli ordinamenti giuridici dei popoli germanici. Tale indagine storica costituisce evidentemente un passaggio logico fondamentale: essa permetterà infatti di ricostruire la struttura del negozio fiduciario e, in tal modo, di risolvere la questione relativa all'ammissibilità del negozio fiduciario nel nostro ordinamento.

Poste tali premesse, sarà possibile esaminare le classificazioni dottrinali di cui il negozio fiduciario è stato oggetto, sia sotto il profilo strutturale che sotto il profilo funzionale. Tale esame, condotto in senso critico, sarà teso a dimostrare che non esiste un solo modello di negozio fiduciario, bensì una pluralità di modelli, e che il negozio fiduciario, pur retto da un'unitaria e autonoma *causa fiduciae*, può concretamente

assolvere un'amplissima gamma di funzioni, anche nel campo della famiglia e delle successioni.

Ricostruiti i tratti tipici e caratteristici del negozio fiduciario, sarà assunto ad oggetto di indagine il *trust* anglosassone, manifestazione del fenomeno fiduciario tipica degli ordinamenti dei Paesi appartenenti all'area di *common law*. Anche per il *trust*, coerentemente al metodo d'indagine adottato in tale sede, sarà necessaria un'esauriente ricerca storica relativa alle sue origini: tale indagine è indispensabile all'esatta comprensione della sua struttura, che, anche nella regolamentazione attuale, non può adeguatamente spiegarsi ove si prescinda dalle peculiarità proprie dell'esperienza giuridica anglosassone, e in particolare dal dualismo, tipico della predetta esperienza, tra le fonti normative della *common law* e dell'*equity*, entrambe di creazione giurisprudenziale. Per tale ragione, in via preliminare all'esame dell'attuale disciplina dell'istituto, occorrerà dar ragione del summenzionato dualismo e del ruolo originariamente svolto, entro l'ordinamento anglosassone, dalla giurisdizione della *Court of Chancery*, al cui operato sono strettamente legate le origini del *trust*.

Poste tali premesse, sarà possibile descrivere la struttura che il *trust* assume nell'attuale ordinamento anglosassone, nonché i vari tipi di *trust* noti allo stesso ordinamento. Inoltre, per meglio comprendere la natura e l'essenza dell'istituto, quest'ultimo verrà comparato con altre figure giuridiche, sempre appartenenti all'ordinamento anglosassone.

A tal punto, avendo esaurientemente analizzato sia il *trust* che il negozio fiduciario, sarà possibile comparare i due istituti, avendo particolare riguardo alla posizione dei soggetti coinvolti nel rapporto. In particolare, la comparazione avrà ad oggetto, in primo luogo, la tutela accordata all'affidante, cioè al beneficiario del *trust* e al fiduciante del negozio fiduciario e, in secondo luogo, la situazione giuridica di cui è titolare l'affidatario, cioè il *trustee* del *trust* e il fiduciario del negozio fiduciario.

Qualificata come "proprietà fiduciaria" la situazione giuridica spettante al *trustee*, si indagherà se e in quali ipotesi la predetta situazione possa configurarsi anche all'interno dell'ordinamento italiano.

Si porranno in tal modo le premesse per una riflessione conclusiva idonea a rendere ragione, oltre che degli aspetti salienti e dei tratti tipici del negozio fiduciario e del *trust*, anche delle differenze e delle affinità riscontrabili tra i due suddetti istituti

# CAPITOLO 1: L'EVOLUZIONE DEL NEGOZIO FIDUCIARIO

## 1. 1. La fiducia nel diritto romano

La fiducia, quale fenomeno giuridicamente rilevante, investiva molteplici aspetti della vita sociale romana: assolveva dunque ad un'ampia gamma di funzioni, ciascuna avente una propria individualità economica. Tale variegato fenomeno aveva quale struttura essenziale il trasferimento della proprietà di una cosa, il quale a sua volta generava in capo all'acquirente un obbligo di restituzione della cosa medesima.

Proprio tale struttura, in quanto duttile ed unitaria, poteva facilmente essere adattata a diversi scopi: ciò spiega la larga diffusione della fiducia in un ordinamento giuridico, quale quello romano, informato dal rigoroso principio della tipicità contrattuale, secondo cui assumono valore giuridico esclusivamente le operazioni negoziali rientranti in uno dei tipi tassativamente previsti dall'ordinamento.

Il diritto romano differisce così dagli attuali ordinamenti giuridici della famiglia romano-germanica nel senso che esso non conosce il contratto in generale, ma solo singoli contratti<sup>1</sup>. In altre parole le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, potevano scegliere soltanto tra i tipi negoziali posti a loro disposizione dall'ordinamento, non sussistendo una possibilità analoga a quella prevista dall'art. 1322 dell'attuale codice civile italiano<sup>2</sup>.

Entro un simile contesto giuridico i *cives*, per far fronte alle sempre nuove esigenze scaturenti dall'evoluzione della realtà socio-economica, solevano perseguire attraverso la consolidata e rigida struttura dei negozi tipici nuove finalità, adattando così tali negozi a funzioni diverse da quelle alle quali erano preordinati<sup>3</sup>.

Un autorevole corrente dottrinale<sup>4</sup> individua nell'ambito del fenomeno simulatorio la genesi dei negozi fiduciari: infatti, prima che il negozio fiduciario fosse riconosciuto dall'ordinamento romano, la limitazione *inter partes* dei poteri connessi alla proprietà fiduciariamente trasferita era frutto di simulazione e rappresentava una mera aspirazione delle parti, la realizzazione della quale poteva contare soltanto sulla loro *fides*. Con il riconoscimento giuridico e quindi con la previsione di un'*actio*

---

<sup>1</sup> VOLTERRA Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Edizioni Ricerche, Roma, 1961, 454.

<sup>2</sup> TALAMANCA Mario, *Conventio e stipulatio* in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* a cura di Nicola Bellocci, Jovene, Napoli, 1991, 163.

<sup>3</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia e negozio fiduciario(storia)* in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, UTET, Torino, 1992, 289.

<sup>4</sup> BETTI Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, CEDAM, Padova, 1947, 134 ss.

*fiduciae* a tutela del rapporto fiduciario, venne assicurato l'effetto vincolante del negozio fiduciario. Attraverso la fiducia i privati perseguivano così nuove finalità rispetto alle quali i tipi negoziali legalmente riconosciuti si erano rivelati inadeguati: ogniqualvolta queste fossero state lecite, il diritto romano accordava tutela alla causa fiduciaria del negozio<sup>5</sup>.

Per via della frammentarietà e della scarsità delle fonti di cognizione in materia di fiducia<sup>6</sup>, in dottrina sono controversi i caratteri che tale figura assumeva in diritto romano: un ampio dibattito investe proprio la struttura del negozio fiduciario.

Secondo un primo orientamento<sup>7</sup>, si tratterebbe di una fattispecie complessa, che si compone di un negozio a effetti reali, il quale attribuisce al fiduciario la piena titolarità della cosa, e di un negozio a effetti obbligatori, il c.d. *pactum fiduciae*, che pone a carico del fiduciario l'obbligo di restituire la cosa.

Secondo una differente ed opposta ricostruzione<sup>8</sup>, il negozio fiduciario sarebbe una figura unitaria, la quale “si realizza in unico contesto”<sup>9</sup> per mezzo della *mancipatio* o *in iure cessio fidi fiduciae causa*, di per sé sufficiente a generare, oltre l'effetto reale, anche l'obbligazione restitutoria.

Intimamente connessa a tale questione è quella riguardante il fondamento dell'obbligo restitutorio e il ruolo svolto dal *pactum fiduciae* nell'ambito del negozio fiduciario. Se infatti aderissimo alla prima tesi dovremmo infatti concludere che l'obbligazione fiduciaria nasce dal *pactum fiduciae*, essenziale al concretarsi del negozio fiduciario; mentre la seconda teoria ha per corollario che il *pactum fiduciae* è meramente accessorio al negozio traslativo e diretto semplicemente a specificare l'obbligazione restitutoria.

Possiamo sciogliere tale “nodo gordiano” sceverando quanto appartiene propriamente al diritto romano storico da quanto la dottrina ha successivamente costruito su di esso.

---

<sup>5</sup> TREGGIARI Ferdinando, *Negozi fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte* in *Diritto privato, studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. II, UTET, Torino, 2009, 888.

<sup>6</sup> GROSSO Giuseppe, *Fiducia (diritto romano)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 385.

<sup>7</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Giuffrè, Milano, 1933, 42 ss.; TALAMANCA Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 552; GUARINO Antonio, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1997, 883.

<sup>8</sup> GROSSO Giuseppe, *Fiducia (diritto romano)*, cit., 387; BURDESE Alberto, *Fiducia (diritto romano)* in *Novissimo Digesto Italiano* diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, UTET, Torino, 1957, 295; BISCARDI Arnaldo, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1976, 43.

<sup>9</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 291.

È anzitutto significativo che nelle fonti romane non compaia il sintagma *pactum fiduciae*: nessuna di esse attesta l'esistenza di un *pactum fiduciae* nella *fiducia cum amico*, mentre, relativamente alla *fiducia cum creditore*, disponiamo di due fonti, ovverosia la *Formula Baetica* e le Tavole Pompeiane, ove si parla non di *pactum fiduciae*, bensì di *pactum conventum*<sup>10</sup>.

Proprio le due fonti predette ci offrono un altro dato linguistico rilevante ai fini della nostra ricostruzione: in esse ricorre il sintagma *fidi fiduciae causa*, ove *fidi* è un arcaismo per *fidei*. Tali due termini, *fides* e *fiducia*, non sono semplicemente giustapposti a formare un'endiadi, bensì rivestono significati differenti: *fiducia* esprime ciò che l'alienante-fiduciante pone nelle mani dell'acquirente-fiduciario e di cui quest'ultimo dispone, mentre *fides* indica il credito, la buona fama, la stima di cui il fiduciario gode presso il fiduciante<sup>11</sup>. Dato e considerato l'ordine nel quale le due parole si seguono, tra *fides* e *fiducia* sussisterebbe una stretta correlazione: l'alienante dà la *fiducia* in quanto può contare sulla *fides* dell'accipiente<sup>12</sup>.

Un'attendibile dottrina<sup>13</sup> sostiene, a completamento della nostra ricostruzione, che il termine *fides* esprima l'impegno del fiduciario e quindi, in ultima analisi, sia il fondamento dell'obbligazione restitutoria gravante su costui. Né vale obiettare che Gaio adoperi nelle sue *Istituzioni* la semplificata clausola *fiduciae causa*: egli scrive nel II sec. d.C., quando s'era ormai consolidata la tutela giudiziaria costituita dall'*actio fiduciae* e quindi non s'avvertiva più la necessità di porre *fidi* di fronte a *fiducia*. La *Formula Baetica* e le *Tavole Pompeiane* risalgono invece al I sec. d.C. e provengono da territori lontani da Roma, dove è più probabile che si conservasse memoria degli usi del passato<sup>14</sup>.

Premesse tali opportune considerazioni, è possibile descrivere la struttura che il negozio fiduciario assume nel diritto romano: esso “consiste nella trasmissione della piena titolarità di una cosa ad un soggetto, il quale si obbliga contestualmente a ritrasmetterla”<sup>15</sup>. La sostanza del negozio fiduciario, cioè la trasmissione della proprietà di una cosa in vista della successiva restituzione della medesima, è espressa con

---

<sup>10</sup> PEPPE Leo, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione in Le situazioni affidanti*, a cura di Maurizio Lupoi, Giappichelli, Torino, 2006, 21.

<sup>11</sup> ZURLI Lorianò, *Sulla formula del negozio fiduciario in Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del convegno internazionale di studi, Lecce 5-6 dicembre 1994*, 2000, 185 ss.

<sup>12</sup> PEPPE Leo, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano*, cit., 42.

<sup>13</sup> DUNAND Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2000, 116.

<sup>14</sup> PEPPE Leo, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano*, cit., 42 s.

<sup>15</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 291.

chiarezza da Boezio, nel commento ai *Topica* di Cicerone: “*Fiduciam accipit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet*”.

Mezzo inderogabile per porre in essere tale regolamento d’interessi è l’atto solenne e formale della *mancipatio* o dell’*in iure cessio*. L’obbligo di restituzione, con la conseguente responsabilità fiduciaria, nasce dallo stesso atto solenne di alienazione, in quanto compiuto *fidi fiduciae causa*. Esso è correlato all’affidamento risposto dal fiduciante nel fiduciario e si configura come obbligo di comportarsi bene, come usa fra persone per bene, e senza frode, secondo un criterio normativo di onestà e correttezza contenuto nella formula dell’*actio fiduciae*: “*ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*”<sup>16</sup>.

Si noti bene che la *causa fiduciae* non vale ad incidere sulla posizione del fiduciante nei rapporti *erga omnes*: la proprietà che egli si vede attribuita è piena e illimitata; pertanto l’atto con il quale il fiduciante aliena la cosa a terzi resta fermo, pur se sanzionabile con l’*actio fiduciae*.

Dalle nostre argomentazioni segue che sia l’effetto reale, sia l’effetto obbligatorio scaturiscono dalla *mancipatio* (o *in iure cessio*) *fidi fiduciae causa*, di per sé sufficiente a realizzare la funzione fiduciaria.

Entro tale cornice il ruolo del *pactum conventum*, impropriamente rinominato dai romanisti *pactum fiduciae*, diviene secondario: esso non è essenziale al negozio fiduciario, bensì semplicemente accessorio. Precisamente il *pactum conventum* ha la funzione di regolare più specificamente l’obbligo di restituzione, al fine di adattarlo allo scopo pratico avuto di mira dalle parti. Esso può, ad esempio, subordinare l’obbligo di restituzione al verificarsi di certe circostanze ovvero in certe ipotesi escludere completamente tale obbligo ovvero limitare la responsabilità del fiduciario.

Il *pactum fiduciae* in ultima analisi non incide sulla sostanza del negozio fiduciario, ma ne specifica gli effetti. Inoltre ogni comportamento in contrasto con la destinazione della cosa convenuta nel *pactum fiduciae* è illecito e pertanto sanzionabile in virtù dell’*actio fiduciae*.

Da tale ricostruzione possiamo dedurre che la *fiducia cum amico* abbia rappresentato storicamente la prima forma di fiducia, in quanto la sua struttura corrisponde perfettamente al nucleo essenziale del negozio fiduciario: alienazione (*fidi*) *fiduciae causa* generante un obbligo restitutorio; altre forme di fiducia, quali la *fiducia*

---

<sup>16</sup> GROSSO Giuseppe, *Fiducia (diritto romano)*, cit., 387.

*manumissionis causa* e la *fiducia cum creditore*, ne rappresenterebbero un adattamento, in quanto all'alienazione fiduciaria si sarebbe aggiunto un *pactum fiduciae* diretto a limitare o a escludere la responsabilità del fiduciario<sup>17</sup>.

Come detto sopra, la fiducia si lega agli atti formali e solenni di trasferimento della proprietà quiritaria: la *mancipatio*, valevole per le sole *res Mancipi*, e *l'in iure cessio*, efficace anche in ordine alle *res nec Mancipi*. Di qui la configurazione della fiducia quale negozio *iuris civilis*, accessibile ai soli cittadini romani, e la possibilità di applicare il negozio fiduciario indistintamente per le *res Mancipi* e per le *res nec Mancipi*.

Ciò nonostante molti autori ritengono che la fiducia potesse riguardare esclusivamente le *res Mancipi*, sulla base del fatto che le fonti pervenuteci non recano alcun esempio di fiducia di *res nec Mancipi*. Una tale conclusione ci pare però affrettata, in quanto il materiale di cognizione a nostra disposizione è piuttosto frammentario. Inoltre un caso di fiducia di *res nec Mancipi* sarebbe attestato da un frammento del Digesto ascrivibile a Papiniano: seppure il testo nella redazione giustiniana si riferisca al pegno è verosimile che il pegno sia stato interpolato al posto della fiducia<sup>18</sup>, secondo un *modus operandi* proprio dei compilatori giustiniani.

Il legame della fiducia con la *mancipatio* e *l'in iure cessio* non è casuale, ma necessitato da ragioni giuridiche. Tali due atti formali e solenni, essendo astratti, realizzano lo spostamento della ricchezza a prescindere dall'esistenza di una causa giustificativa. In quanto capaci di operare come modo generale di trasferimento della proprietà, possono essere adattati ad una funzione fiduciaria, la quale implica che il trasferimento della proprietà sia tendenzialmente temporaneo o transitorio per destinazione.

Si noti bene che la *causa fiduciae* non è capace di creare una proprietà temporanea, la quale si risolve con il raggiungimento dello scopo: tale figura giuridica è estranea al diritto romano, il quale non tollera un trasferimento di proprietà con termine finale o soggetto a condizione risolutiva. *Mancipatio* e *in iure cessio* producono pur sempre, per necessità giuridica, l'effetto loro proprio, cioè una traslazione della proprietà definitiva ed irreversibile, ma, in quanto astratti, ben possono connettersi con la *causa fiduciae* o intesa fiduciaria, palesata dal sintagma *fidi fiduciae causa*, la quale

---

<sup>17</sup> GROSSO Giuseppe, *Fiducia (diritto romano)*, cit., 387; BURDESE Alberto, *Fiducia (diritto romano)*, cit., 295.

<sup>18</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, cit., 57 s.

rivela come l'intenzione delle parti escluda il conferimento di una proprietà permanente<sup>19</sup>.

La *traditio* al contrario non avrebbe consentito, per la sua intrinseca struttura, di realizzare una funzione fiduciaria; essa era infatti un negozio traslativo causale, necessariamente sorretto da una delle quattro *iustae causae* abili al trasferimento del dominio: permuta, vendita, donazione o *solutio*. Tali *iustae causae*, poiché postulavano una traslazione definitiva ed irreversibile, erano incompatibili con una funzione fiduciaria.

Il legame alla *mancipatio* e all'*in iure cessio* è prova della risalenza della fiducia all'età arcaica. Proprio tale legame creerà un parallelo tra le sorti della fiducia e quelle di *mancipatio* e *in iure cessio*: al declino di tali atti formali e solenni di alienazione seguirà quello della fiducia, secondo un processo che inizia in epoca postclassica e si conclude in età giustiniana.

Nell'età classica invece la fiducia raggiunge il suo massimo fulgore: dalla sua struttura essenziale, alquanto versatile, si sviluppano molteplici utilizzazioni, che investono ambiti anche piuttosto eterogenei del diritto civile<sup>20</sup>.

La fiducia è fenomeno di applicazione tanto vasta e larga che vari autori tendono a semplificarne la portata.

È pertanto incompleta la ricostruzione di coloro i quali hanno *sic et simpliciter* sussunto le concrete finalità economico-giuridiche perseguite tramite la fiducia nella bipartizione *fiducia cum amico-fiducia cum creditore* attestata nelle Istituzioni di Gaio: in tal modo non si terrebbe conto delle rilevanti applicazioni dell'istituto nella sfera del diritto di famiglia e successorio.

È evidente che la testimonianza di Gaio non possa assurgere ad esauriente esplicitazione del fenomeno fiduciario; egli infatti parla dell'istituto incidentalmente, senza trarre, contrariamente a quanto sostiene qualche autore<sup>21</sup>, "occasione per un'impostazione sistematica".

Oggetto specifico della trattazione di Gaio è infatti l'*usureceptio*, tipologia particolare di usucapione riservata al fiduciante, la quale consente di acquistare mediante possesso prolungato per un anno la proprietà di un bene, pur essendo *sciens*

---

<sup>19</sup> FREZZA Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, II Le garanzie reali*, CEDAM, Padova, 1963, 10.

<sup>20</sup> PEPPE Leo, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano*, cit., 24.

<sup>21</sup> GROSSO Giuseppe, *Fiducia(diritto romano)*, cit., 385.

*rem alienam esse*. In tale contesto egli presenta la fiducia come il negozio che si può contrarre con il creditore o con l'amico: "*Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint*".

La *fiducia cum creditore (pignoris iure)* rappresentava una forma di garanzia reale, assolvendo così lo scopo di garantire un debito. In tale ipotesi al negozio fiduciario accedeva un *pactum conventum*, il quale subordinava l'obbligo restitutorio all'effettivo pagamento del debito: qualora il debitore-fiduciante soddisfacesse il creditore-fiduciario, quest'ultimo era tenuto a ritrasferire la proprietà del bene al primo.

Poiché presupposto della *fiducia cum creditore* è un credito che il fiduciario vanta verso il fiduciante, essa ha carattere accessorio: pertanto nel caso in cui l'obbligazione garantita si fosse rivelata insussistente o invalida, il fiduciante avrebbe potuto pretendere l'immediata restituzione della cosa, usufruendo, in caso di resistenza da parte del fiduciario, dell'*actio fiduciae bonae fidei*<sup>22</sup>.

È dato riscontrare forme di garanzia analoghe alla *fiducia cum creditore* anche nei diritti primitivi, dove si riscontra un contegno duro e sospettoso da parte dei creditori verso i debitori. A Roma la genesi e la diffusione di tale forma di garanzia possono spiegarsi anche considerando che il diritto romano arcaico non conosceva altri diritti reali all'infuori della proprietà e delle servitù<sup>23</sup>.

Prima del riconoscimento del pegno e dell'ipoteca, la *fiducia cum creditore* è tipico esempio di come il negozio fiduciario fosse utilizzato per soddisfare esigenze sociali non riconducibili agli schemi tipici legislativamente prefissati e, nello specifico, per sopperire alle carenze di un sistema di garanzie reali poco soddisfacente. Dopo il riconoscimento delle forme più miti e moderne di garanzia reale costituite da pegno ed ipoteca, si continuò comunque per tutta l'età classica a far ricorso alla *fiducia cum creditore* in quanto più vantaggiosa per il creditore, il quale diviene addirittura proprietario della cosa concessa in garanzia, non avendo così a temere né il concorso di altri creditori sulla cosa medesima, né che il debitore vanificasse la sua garanzia mediante alienazioni fraudolente.

In una prima fase il *pactum fiduciae* escludeva l'obbligo di restituzione della cosa fiduciata in caso di mancato pagamento del debito, integrando così una vera e propria *lex commissoria*: il fiduciario tratteneva la cosa avuta a fiducia a titolo di

---

<sup>22</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, cit., 68 s.

<sup>23</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, cit., 69 s.

soddisfacimento del credito. Ben presto nella prassi alla *lex commissoria* si affiancò il *pactum vendendi*, che nella tarda età classica divenne il regime normale: il creditore non soddisfatto poteva vendere e soddisfarsi sul solo ammontare del credito, dovendo restituire il superfluo.

Quale prova di tale mutamento possiamo addurre le Tavole Pompeiane, documenti della prassi relativi alla *fiducia cum creditore* e risalenti al I sec. d.C.: in essi manca qualsiasi riferimento alla *lex commissoria*. Quest'ultima era comunque praticabile dai privati, finché non fu vietata da Costantino; se poi il fiduciario non riusciva a vendere la cosa poteva, mediante l'*impetratio possessionis*, chiedere ed ottenere dall'imperatore di trattenerla a titolo di soddisfacimento del credito.

Per quanto riguarda la *fiducia cum amico*, si tratta, secondo il Diurni, di una fiducia pura o altruistica, in contrapposizione alla *fiducia cum creditore*, impura o egoistica. Essa è infatti stipulata al fine precipuo di tutelare gli interessi patrimoniali del fiduciante e comporta a carico del fiduciario oneri superiori rispetto ai vantaggi, essendo gli "eventuali benefici, scaturenti dall'utilizzazione della cosa, marginali rispetto allo scopo principale delle parti"<sup>24</sup>.

Vari autori hanno visto nella *fiducia cum amico* un precedente e parallelo del deposito, in quanto utilizzata per mettere al sicuro e salvaguardare al meglio le proprie cose affidandole a terzi, ma in realtà la *fiducia cum amico* non può essere *sic et simpliciter* accostata al deposito, in quanto in essa si realizza il passaggio di proprietà della cosa<sup>25</sup>: ciò consentirebbe la difesa giuridica della proprietà, che lo stesso sintagma *tutius esse* reca in sé implicita, oltrepassando così lo scopo di mera custodia materiale proprio del deposito. Boezio, nel commento ai *Topica* di Cicerone, allude alla *fiducia cum amico* quando parla di colui il quale "*tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet ut ei, cum tempus quod suspectum erit praeterierit, reddat*", così evidenziando come essa potesse essere volta a scopi fiduciari diversi dal deposito, magari per mettere in salvo i propri beni da confische, da persecuzioni o dal pericolo di guerre civili.

Come la *fiducia cum creditore* realizza una garanzia più ampia del pegno e dell'ipoteca, così la *fiducia cum amico* realizza un fine più ampio del deposito.

---

<sup>24</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia e negozio fiduciario(storia)*, cit., 291.

<sup>25</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia e negozio fiduciario(storia)*, cit., 291 s.

Per quanto riguarda il comodato, la cui causa consiste nell'utilizzazione della cosa altrui a proprio vantaggio da parte del comodatario, si discute se la fiducia permettesse di attuare lo scopo economico di tale negozio: secondo alcuni autori<sup>26</sup> non v'erano ostacoli a che il fiduciante consentisse al fiduciario di usare della cosa a proprio vantaggio.

Nondimeno dobbiamo ritenere che nella pratica fossero piuttosto rari, se non inesistenti, i casi di *fiducia cum amico* a scopo di comodato, dei quali non v'è traccia nelle fonti: in tal senso è significativo che Gaio, trattando dell'*usureceptio*, abbia taciuto della fiducia a scopo di comodato, poiché in relazione a quest'ultima tale istituto avrebbe certamente potuto operare<sup>27</sup>. È inoltre evidente come allo scopo di concedere l'uso gratuito di una cosa sia di per sé sufficiente il contratto di comodato: un trasferimento di proprietà non avrebbe ragion d'essere, risultando antieconomico e gravido di rischi.

Abbiamo detto come il fenomeno fiduciario non si esaurisca nelle due manifestazioni della *fiducia cum amico* e della *fiducia cum creditore*, sottolineando il ruolo da esso ricoperto nell'ambito dei rapporti familiari e in quello delle successioni.

Quanto al primo, ricordiamo la *coemptio fiduciaria*, che la donna compieva *testamenti faciendi gratia* o allo scopo di cambiare tutore, e la tutela fiduciaria<sup>28</sup>, spettante a colui il quale, in veste di fiduciario, manometteva un individuo libero a lui mancipato, al fine di far conseguire a costui la condizione di persona *alieni iuris*.

Relativamente al diritto successorio, in un frammento del Digesto in materia di fedecommesso troviamo l'attributo *fiduciarius* riferito sia all'*heres* sia all'*hereditas*: l'erede fiduciario è un mero intermediario, il quale non potrà trattenere definitivamente la proprietà. Tale testimonianza, essendo isolata, non vale a dimostrare che il fedecommesso fosse riguardato dai Romani come un istituto fiduciario, ma è sufficiente a provare che esso fosse comunque un fenomeno fiduciario, in quanto animato dalla stretta rispondenza tra *fides* e *fiducia*<sup>29</sup>.

La fiducia rivestiva un ruolo importante anche ai fini della manomissione degli schiavi. Si parla a tal proposito di *fiducia manumissionis causa*, la quale consisteva in un'*imaginaria emptio*, cioè in un acquisto immaginario: il servo si faceva comprare da

---

<sup>26</sup> GROSSO Giuseppe, *Fiducia(diritto romano)*, cit., 386.

<sup>27</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, cit., 151 s.

<sup>28</sup> PEPPE Leo, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano*, cit., 31.

<sup>29</sup> PEPPE Leo, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano*, cit., 29 s.

un uomo libero, cui forniva il denaro necessario, per essere poi da lui manomesso. Un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero dichiarò efficace tale accordo fiduciario intercorso tra schiavo e libero<sup>30</sup>.

È ragionevole che Gaio non ricordi tali ulteriori manifestazioni del fenomeno fiduciario, in quanto in esse l'*usureceptio* non aveva ragione o possibilità di intervenire. Ciò è evidente. La fiducia, quando è utilizzata nell'ambito dei rapporti familiari o per manomettere uno schiavo, non riguarda le *res*, bensì le persone, cosicché viene a mancare l'oggetto stesso dell'*usureceptio*; mentre nel fedecommesso l'erede fiduciario diviene titolare dell'asse ereditario solo alla morte del testatore fiduciante: manca pertanto il soggetto attivo dell'*usureceptio*. Se comunque per esigenze sistematiche volessimo classificare tali applicazioni della fiducia alla luce della distinzione gaiana, dovremmo sussumerle nella categoria *cum amico*.

A conferma della vastità del fenomeno fiduciario possiamo addurre un altro argomento: nonostante il negozio fiduciario, qualora utilizzato nell'ambito dei rapporti patrimoniali, costituisca un contratto reale, Gaio, nella sistematica contrattuale delle Istituzioni, non inserisce la fiducia tra i contratti reali. Tale omissione, a nostro avviso, non può essere casuale: costituisce piuttosto chiaro indizio del fatto che lo stesso autore romano era consapevole della vastità del fenomeno fiduciario, il quale travalicava l'ambito dei rapporti patrimoniali e non poteva quindi esaurirsi nella bipartizione *fiducia cum amico-fiducia cum creditore*.

Ai fini della completezza della nostra indagine, dobbiamo infine ricordare che la fiducia poteva anche essere utilizzata per realizzare una *donatio mortis causa*, cioè una donazione destinata a risolversi in caso di premorienza del donatario al donante, ovvero una donazione attraverso interposta persona: in tale ultima ipotesi l'obbligazione assunta dal fiduciario non consisteva nella retrocessione della cosa, ma piuttosto nello spogliarsi di essa in favore di un terzo indicato dal fiduciante<sup>31</sup>. Anche tali applicazioni della fiducia, se volessimo classificarle alla luce della distinzione gaiana, dovrebbero essere considerate quali manifestazioni della *fiducia cum amico*.

La fiducia riceve per tutta l'età classica del diritto romano larga applicazione, tanto da essere regolata nell'editto pretorio e trattata nelle opere dei giureconsulti classici. In epoca postclassica, come detto sopra, la fiducia entra pian piano in

---

<sup>30</sup> MARRONE Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1994, 210.

<sup>31</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, cit., 153, 157 s.

desuetudine: dagli inizi del V secolo in poi viene praticata nel solo Impero d'Occidente, non rilevandosi traccia di un suo utilizzo nell'Impero d'Oriente. Pertanto nella compilazione giustiniana, la quale si pone tra i suoi fini la certezza, completezza ed organicità del diritto, l'istituto della fiducia scompare.

Eppure è vero anche il contrario, cioè che nella compilazione giustiniana la fiducia ebbe una sua parte. Infatti la commissione giustiniana, servendosi delle opere dei giureconsulti classici per la redazione del Digesto, si avvale anche di testi riguardanti la fiducia, sostituendo però a tale parola il sintagma *depositum vel commodatum* o il termine *pignus*.

Tale interpolazione rispondeva a ragioni di pratica legislativa: i frammenti attinenti alla fiducia ben potevano essere utilizzati quale regolamento dei contratti di deposito, comodato e pegno, in quanto sia la prima, qualora utilizzata nell'ambito dei rapporti patrimoniali, che i secondi erano contratti reali<sup>32</sup>. Tale *modus operandi* dei compilatori giustiniani non assume quindi rilievo ai fini di ricostruire la storia e l'evoluzione del diritto romano e non vale tra l'altro a dimostrare che la fiducia fosse realmente utilizzata a scopo di comodato<sup>33</sup>, pur se è innegabile che essa ha storicamente preceduto i contratti di pegno, deposito e comodato, perseguendo, perlomeno relativamente ai primi due e con tutti i limiti visti sopra, le finalità pratiche in vista delle quali questi furono poi creati<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, cit., 152 s.

<sup>33</sup> LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, cit., 152 s.

<sup>34</sup> BURDESE Alberto, *Fiducia*, cit., 296.

## 1. 2. La fiducia nel diritto germanico

Al fine di completare sotto il profilo storico la nostra indagine, passiamo ora ad esaminare le manifestazioni del fenomeno fiduciario tipiche del diritto germanico, ovverosia degli ordinamenti giuridici, tra loro molto simili sebbene distinti, propri di quei popoli che si stabilirono in Europa dopo la caduta dell'Impero romano d'Occidente.

Solitamente si afferma la continuità del diritto di tali popoli con il diritto romano-giustiniano, alla luce del fatto che nelle fonti normative e negoziali rinvenute in Europa e risalenti all'epoca intermedia si riscontrano termini e formule provenienti dal diritto romano-giustiniano o comunque ad esso riferibili. Tale continuità riguarderebbe anche il fenomeno fiduciario, ricorrendo infatti frequentemente nelle fonti medioevali il termine *fiducia*<sup>35</sup>.

Ma la tesi della persistenza nel mondo germanico della fiducia romana, precipitosamente dedotta dal summenzionato dato letterale e priva di qualsiasi fondamento storico, deve essere rigettata<sup>36</sup>. In senso più ampio si deve escludere qualsiasi rapporto di filiazione tra fiducia romana e fiducia germanica: a conferma di quest'ultimo assunto, alcuni autori<sup>37</sup> hanno evidenziato che l'assenza nella compilazione giustiniana di una disciplina dedicata all'istituto della fiducia costituirebbe una condizione ostativa alla rielaborazione dello stesso istituto ad opera dei giuristi medioevali.

Pertanto, seppur le carte medioevali e le leggi dei diversi ordinamenti germanici utilizzino frequentemente la terminologia romana, in realtà quest'ultima non si riferisce necessariamente ad istituti riconducibili alla tradizione giuridica romana, bensì sottintende quasi sempre istituti appartenenti ad una diversa tradizione giuridica<sup>38</sup>.

Ciò comunque non toglie che nell'universo giuridico germanico sia dato riscontrare, come emergerà dall'esame delle fonti medioevali, istituti fiduciari i quali presentano similitudini più o meno marcate con la fiducia romana. Tale somiglianza non è dovuta però ad una presunta circolazione dei modelli, ma deve spiegarsi considerando

---

<sup>35</sup> DIURNI Giovanni, voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)* in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, UTET, Torino, 1992, 292.

<sup>36</sup> MESSINA Giuseppe, *I negozi fiduciari. Introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910, 181.

<sup>37</sup> LAMBRINI Paola, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore* in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica* a cura di Letizia Vacca, Giappichelli, Torino, 2003, 260.

<sup>38</sup> CAMPITELLI Adriana, voce *Pegno (dir. interm.)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, 1982, 677.

che il fenomeno fiduciario, sebbene si configuri variamente a seconda della tradizione e dei principi fondamentali dell'ordinamento che lo recepisce, conserva pur sempre caratteri universali e quindi immodificabili.

Riteniamo dunque, non diversamente da quanto rilevato con riguardo al diritto romano, che la fiducia si atteggi negli ordinamenti germanici quale fenomeno autonomo e indipendente, non derivato o recepito da altri ordinamenti, prodotto spontaneamente dai privati al fine di ovviare alle lacune dell'ordinamento giuridico, cioè di soddisfare nuove esigenze rispetto alle quali gli schemi negoziali tipici si sono rivelati inadeguati, o al fine di aggirare le rigide forme previste per il compimento di un determinato negozio.

Assumendo a principio della nostra analisi le fonti del diritto longobardo, nel capitolo 174 dell'editto di Rotari la fiducia, esplicitamente menzionata, viene richiamata in relazione ad un'obbligazione da eseguire o da ricevere, mentre il capitolo 58 di Liutprando fa riferimento ad una non meglio definita *infiduciatio*. Esiste dunque nel diritto longobardo un istituto noto con il nome di *infiduciatio*, avente funzione fiduciaria, diffuso nella prassi e regolato dalla consuetudine: indi per cui la legge scritta si limitava a richiamarlo in via incidentale<sup>39</sup>.

Tale istituto costituisce una forma particolare di pegno, in quanto realizza, a fini di garanzia, la trasmissione in favore del creditore del possesso di un bene immobile appartenente al debitore. Pertanto l'*infiduciatio*, sebbene consista in un atto dispositivo di un bene, non coincide con la vendita.

Eppure larga parte della dottrina<sup>40</sup> ha riscontrato una certa analogia tra la romana *fiducia cum creditore pignoris iure*, che si traduce in una vendita con patto di retrovendita, e la longobarda *infiduciatio*, riguardata come una vendita sottoposta alla condizione risolutiva del soddisfacimento del credito. In aderenza a tale ultima definizione, si dovrebbe ritenere che il debitore sia titolare di una mera aspettativa al riacquisto del bene, suscettibile di essere frustrata ogniqualvolta il creditore, pieno proprietario, dispone del bene in favore di terzi.

L'indebito accostamento tra i due istituti trae forse origine dalla circostanza che per la redazione delle *chartae infiduciationis* erano utilizzati formulari di area romana<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> DIURNI Giovanni, voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 292.

<sup>40</sup> SCHULTZE, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau, 1895, 104.

<sup>41</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 293.

Dal canto nostro possiamo far notare come l'*infiduciatio* non importi mai una traslazione della proprietà, ma realizzi al più un pegno commissorio ogniqualvolta venga stabilito che il bene passi in proprietà del creditore in caso di mancato pagamento del debito. In tale prospettiva il creditore, in quanto mero possessore, non ha alcun potere di disposizione sui beni affiduciati e quindi qualunque suo atto dispositivo sarà privo di efficacia, ben diversamente da quanto avviene nella romana *fiducia cum creditore*<sup>42</sup>.

Pertanto nella fattispecie longobarda il termine fiducia assolve un ruolo meramente formale, a fronte di una disciplina sostanziale concretamente riferibile al pegno<sup>43</sup>; in altre parole<sup>44</sup>, l'uso dell'antico termine fiducia per indicare il pegno è solamente un residuo formale. Del resto le stesse *chartae infiduciationis* possono confermare la nostra tesi, in quanto non offrono alcun elemento per ritenere che all'*infiduciatio* corrispondano i contenuti della fiducia romana: esse infatti si riferiscono di norma alla disciplina longobarda del pegno e svolgono la funzione precipua di certificare gli obblighi di garanzia contratti dal debitore a salvaguardia delle ragioni patrimoniali del creditore<sup>45</sup>.

In definitiva l'*infiduciatio* longobarda è ben più vicina al pegno di quanto lo sia alla *fiducia cum creditore*<sup>46</sup>.

Quanto agli altri caratteri specifici dell'*infiduciatio*, ricordiamo il requisito della forma scritta *ad substantiam* e la possibilità per il creditore di percepire i frutti del bene di cui ha conseguito la materiale disponibilità.

Sempre nell'ordinamento longobardo è dato rinvenire un istituto che, seppur non coincidente con la romana *fiducia cum creditore*, può più verosimilmente dell'*infiduciatio* essere accostato ad essa. Tale istituto, corrispondente ad una vendita con scopo di garanzia, è attestato dalla formula 9 del *Cartularium* longobardo, la quale riproduce un modello di carta intitolata *traditio promissionis pro debito*<sup>47</sup>.

Lo schema negoziale in essa documentato trova il suo perno nel meccanismo, ignoto al diritto romano, della *traditio chartae*, in virtù del quale il debitore,

---

<sup>42</sup> SANTORO Laura, *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, Torino, 2002, 24.

<sup>43</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 292.

<sup>44</sup> LEICHT Pier Silverio, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato, II. Diritti reali e di successione*, Giuffrè, Milano, 1960, 177 ss.

<sup>45</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'Alto Medioevo*, Giappichelli, Torino, 1992, 127 ss.

<sup>46</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 180 s.

<sup>47</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 293.

consegnando al creditore la *charta venditionis*, gli conferisce per ciò stesso la piena proprietà della cosa. Così, in corrispondenza all'adempimento dell'obbligazione, la *charta venditionis* viene *capsata et taliata*, cioè distrutta, e conseguentemente la proprietà del creditore cessa di esistere.

Comunque non possiamo qualificare tale operazione quale vendita con patto di riscatto, bensì solo come vendita con patto di retrovendita<sup>48</sup>, in quanto la restituzione e conseguente distruzione della *charta venditionis* non è effetto automatico dell'adempimento, bensì oggetto di una promessa scritta<sup>49</sup> e dunque di un rapporto obbligatorio. Nell'ambito di tale istituto viene pertanto a realizzarsi, in analogia alla romana *fiducia cum creditore*, una vendita perfetta, esente dalla condizione sospensiva caratterizzante il pegno commissorio, tanto che viene predisposta in favore del debitore la tutela risarcitoria avverso il creditore, il quale, una volta soddisfatto, non gli ritrasferisca il bene<sup>50</sup>.

Lo stesso meccanismo della *traditio chartae* regola un altro istituto fiduciario, molto diffuso tra il IX e l'XI secolo, tanto da essere attestato dalle formule 10 e 11 del Cartolario Longobardo.

In tale fattispecie un soggetto trasferiva, per mezzo di una *charta venditionis*, la proprietà dei suoi beni ad un intermediario, al quale contestualmente indicava, in un'apposita *charta ordinationis*, le operazioni da compiere in ordine a quei beni e i soggetti ai quali ritrasferirli. Alla *charta venditionis* non era apposta condizione alcuna e quindi essa era idonea a trasmettere all'intermediario la piena proprietà della cosa; però, immediatamente dopo l'acquisto, l'intermediario ritrasferiva la cosa in favore dei soggetti indicati, spesso costituendo in favore del donante un usufrutto su di essa<sup>51</sup>.

Tale istituto consentiva di effettuare, allo scopo di aggirare i limiti di disposizione stabiliti a favore degli eredi legittimi dal diritto successorio longobardo, donazioni sotto forma di vendita<sup>52</sup>.

L'esecuzione della volontà del disponente era rimessa esclusivamente alla *fides* del compratore, pieno proprietario, essendo assente qualsivoglia tutela legale. Tale istituto può dunque essere qualificato come fiduciario nel senso più autentico del

---

<sup>48</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 293.

<sup>49</sup> GUZZI Rodolfo, voce *Fiducia e fiduciario* in *Enciclopedia Forense*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1958, 754.

<sup>50</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 293.

<sup>51</sup> MESSINA Giuseppe, *I negozi fiduciari*, cit., 187; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 25.

<sup>52</sup> MESSINA Giuseppe, *I negozi fiduciari*, cit., 187-188.

termine, in quanto si fonda esclusivamente sull'affidamento riposto nella *fides*, cioè nella fedeltà e nell'onestà, dell'intermediario.

Proprio l'assenza di una qualsivoglia tutela legale induceva il disponente a scegliere l'intermediario tra persone che maggiormente ispiravano fiducia, quali i chierici. Il carattere meramente fiduciario della disposizione e la qualifica ecclesiastica dell'acquirente-intermediario davano poi adeguata ragione della destinazione dei beni a scopi pii e caritatevoli<sup>53</sup>.

Occorre comunque tener conto della divergente opinione di un autorevole autore<sup>54</sup>, il quale, facendo leva sulla circostanza che la donazione al destinatario definitivo era eseguita nello stesso giorno in cui il fiduciario acquistava la proprietà dei beni, ha ricondotto tale istituto, negandogli natura fiduciaria, nell'alveo della simulazione relativa, per cui si avrebbe come simulata una vendita, alla quale si accompagna un'interposizione anch'essa apparente, e come dissimulata una donazione.

Dobbiamo ora considerare il *manufidelis*, figura tipica del diritto longobardo e nota anche con i termini *erogator*, *dispensator* o *distributor*, la quale rappresenta l'antecedente storico dell'esecutore testamentario<sup>55</sup>.

A tale figura le fonti del diritto longobardo si riferiscono con la locuzione *in manum ponere* o *per manum tradere*<sup>56</sup>: al *manusfidelis* viene infatti trasmessa la piena proprietà dei beni, seppur con l'intesa fiduciaria di utilizzarli per uno scopo ben determinato.

Così il *manusfidelis* può essere pienamente equiparato al fiduciario romano. Più specificamente la figura del *manusfidelis* presenta caratteri analoghi all'*heres fiduciarius* del fedecommesso romano, tanto che nelle fonti medioevali ricorre il termine *fideicommissarius* per indicare l'esecutore testamentario e il termine *fideicommissum* per indicare il titolo in virtù del quale l'esecutore testamentario agisce<sup>57</sup>.

Su tale base terminologica, secondo un criterio deduttivo dapprima criticato, parte della dottrina ha indebitamente sostenuto l'esistenza di un legame di derivazione del *manusfidelis* longobardo dal *fideicommissarius* romano.

---

<sup>53</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 25.

<sup>54</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 189.

<sup>55</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 26.

<sup>56</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 295.

<sup>57</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 26, nota 15.

Al *manusfidelis* si ricorreva precipuamente nelle vicende *mortis causa*: costui infatti interveniva dopo la morte del *dominus* al fine di adempiere una serie di obblighi. Il *manusfidelis* appare intorno all’VIII secolo, quale figura di diritto consuetudinario avente la funzione quasi esclusiva di eseguire *donationes pro anima*, cioè atti dispositivi di carattere gratuito a scopo caritatevole; solo verso il XII secolo, parallelamente alla rinascita del testamento in senso romano, quale atto unilaterale e revocabile, il *manusfidelis* verrà deputato anche all’esecuzione di atti aventi carattere *lato sensu* profano e, in virtù della sua crescente rilevanza sociale, sarà disciplinato legislativamente al fine di apprestare adeguati mezzi di tutela delle ragioni dei beneficiari<sup>58</sup>.

A conferma della nostra ricostruzione, possiamo rilevare che, a fronte di un gran numero di documenti comprovanti che l’esecuzione delle disposizioni testamentarie fosse rimessa alla *bona voluntas* del *manusfidelis*, disponiamo di pochissimi documenti attestanti che costui fosse giudizialmente costretto ad adempiere<sup>59</sup>.

La figura del *manusfidelis* non è però esclusiva del diritto longobardo, in quanto è dato rinvenirla, sebbene sotto una diversa nomenclatura, negli altri ordinamenti germanici, ove infatti si parla di *Salmann* o *Treuhander* e, corrispondentemente, dell’istituto della *Treuhand*.

Il *Salmann*, sebbene sia un istituto germanico, viene recepito anche dalle popolazioni barbariche stanziate nelle regioni settentrionali d’Italia: qui troverà però un’applicazione limitata nel tempo, in quanto sarà soppiantato dalla più agile figura del fedecommissario<sup>60</sup>.

Peculiarità del *Treuhander* è il suo ampio ambito applicativo, involgente anche le vicende *inter vivos*, probabilmente giustificato dalla mancanza nel diritto germanico, per un lungo periodo di tempo, dell’istituto della rappresentanza<sup>61</sup>. Così la dottrina ha qualificato il *Treuhander* come figura generale di intermediario nella trasmissione di un diritto dal dante causa all’avente causa. Come il *manusfidelis*, anche il *Treuhander* riceve dal fiduciante la piena disponibilità giuridica e materiale della cosa, assumendo contestualmente l’obbligo di realizzare la volontà di costui.

---

<sup>58</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 26.

<sup>59</sup> AMBROSINI Antonio, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto germanico, canonico e comune*, Athenaeum, Roma, 1917, 163 s.

<sup>60</sup> FREZZA Paolo, *L’influsso del diritto romano-giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano, Giuffrè, 1974, 75.

<sup>61</sup> LEICHT Pier Silverio, *Il diritto privato preirneriano*, Zanichelli, Bologna, 1933, 311 ss.

Nel corso del tempo si affiancherà a tale modello paradigmatico un'altra figura di *Treuhander*, il quale, pur essendo investito nel suo ruolo dal fiduciante, riceve i poteri di disposizione sul bene dal soggetto che ne è titolare<sup>62</sup>: in altre parole il fiduciante incarica il fiduciario di diventare titolare di un certo bene al fine di ritrasferirglielo.

Quanto alle concrete finalità perseguite attraverso il *Salmann* o *Treuhander*, ad esso si ricorreva per beneficiare enti religiosi, per conservare e gestire il patrimonio del disponente qualora questi si fosse assentato per lunghi periodi, per tutelare quei soggetti ai quali era per legge precluso l'acquisto di beni immobili<sup>63</sup>, per compiere un atto di liberalità, altrimenti impossibile, a favore di un terzo soggetto non appartenente alla cerchia familiare<sup>64</sup>.

Alla luce dell'esame di tutte queste consimili figure di intermediari-proprietari fiduciari, quali il *Salmann*, il *Treuhander* e il *manusfidelis*, possiamo concludere che, pur essendo insussistente qualsiasi nesso di derivazione o filiazione, i popoli germanici praticavano anche la fiducia romana, nella misura in cui il disponente attribuiva al fiduciario non la mera legittimazione a disporre, bensì la piena disponibilità giuridica e di fatto dei beni da ritrasferire ai beneficiari. Quale avallo della nostra conclusione, le carte notarili italiane dei secoli IX-XI definiscono gli atti di trasmissione dai fiduciari ai beneficiari come *donationes*<sup>65</sup>.

È invece attributivo della sola legittimazione a disporre l'istituto della *commendatio*, in virtù del quale il disponente affida la propria eredità ad un fiduciario, detto *dispensator*, il quale provvederà, con atti solo formalmente autonomi, alla distribuzione del patrimonio tra i beneficiari. Nella *commendatio*, praticata nelle regioni dell'Italia settentrionale, confluiscono aspetti del romano fedecomesso e della germanica *Treuhand*, come attestato dalla ricorrenza nelle fonti del termine *fideicommissarius* o *fidecommissarius* per indicare l'erede fiduciario e della locuzione *in manum committere*, nella quale la germanica *manus* sostituisce la romanistica *fides*, per richiamare più generalmente tale istituto.

Peculiarità della *commendatio* risiede nel fatto che i *dispensatores* sono esenti dalla responsabilità per le garanzie normalmente connesse con gli atti di alienazione compiuti in esecuzione della volontà del disponente: ciò si desume dalla circostanza che

---

<sup>62</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 295.

<sup>63</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 28.

<sup>64</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 295.

<sup>65</sup> TREGGIARI Ferdinando, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trasmorte*, cit., 893.

gli atti provenienti dai fiduciari recano la clausola “*sine defensione et absque restauratione*”<sup>66</sup>.

Comunque, in tale sede e ai fini dei nostri studi, interessa rilevare come la *commendatio* sia inidonea a costituire un diritto di garanzia o di godimento sul bene, ma valga semplicemente a conferire al fiduciario la legittimazione a disporre dei beni, subordinata al rispetto delle disposizioni fiduciarie impartite. Si può parlare di un diritto del fiduciario su cosa altrui solo ove il profilo strutturale della proprietà formale venga messo in secondo piano rispetto al profilo funzionale per cui la realizzazione dell’interesse del disponente è vincolata all’autonomia negoziale del fiduciario<sup>67</sup>.

Dobbiamo ora considerare l’*affatomia*, istituto di diritto franco regolato dalla *Lex Salica*, in virtù del quale chi non aveva figli o eredi legittimi poteva sceglierne uno per adozione. In pratica il *de cuius* trasferiva l’intero suo patrimonio ad un *Salmann*, con l’intesa fiduciaria che costui lo avrebbe ritrasferito a un determinato destinatario. Possiamo dunque notare come tale istituto sia in larga parte coincidente con l’*adoptio in hereditatem* del diritto romano.

L’*affatomia* si articolava in tre fasi, tutte caratterizzate da forme rigide e solenni. Dapprima il disponente, avvalendosi di una *festuca*, trasferiva la proprietà dei suoi beni al *Salmann*, contestualmente indicandogli il destinatario ultimo in favore del quale ritrasferirli. In secondo luogo il *Salmann* si insediava nell’abitazione del disponente, al fine di manifestare ai terzi la volontà di acquistare la *Gewere*<sup>68</sup> sui beni trasferitigli da costui. Infine il *Salmann* ritrasferiva tali beni al beneficiario, sempre per mezzo della *festuca*<sup>69</sup>.

Dobbiamo infine considerare la *fides facta*, istituto fiduciario regolato anch’esso, come l’*affatomia*, dalla *Lex Salica*. La *fides facta* assolve a fini di garanzia e si

---

<sup>66</sup> FREZZA Paolo, *L’influsso del diritto romano giustiniano*, cit., 73-74.

<sup>67</sup> FREZZA, *L’influsso del diritto romano giustiniano*, cit., 97-98, il quale testimonia come la *commendatio* fosse praticata anche in ambito ecclesiastico: il pellegrino in partenza affidava ad una chiesa, come garanzia della somma di danaro ricevuta per il pellegrinaggio, dei beni, verosimilmente di valore superiore al valore della somma mutuatagli. I beni sarebbero tornati al pellegrino in caso di ritorno e di restituzione del mutuo, altrimenti la chiesa li avrebbe lucrati a titolo di *donatio pro remedio animae*.

<sup>68</sup> Per *Gewere* si intende il rapporto esteriore e materiale con la cosa, riconosciuto dall’ordinamento giuridico come manifestazione di un diritto di signoria sulla stessa (v. CENINI Marta, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 2009, 79).

<sup>69</sup> AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto germanico, canonico e comune*, cit., 122 ss.

perfeziona mediante forme solenni e precisamente con l'utilizzo della *festuca* e con la pronuncia di battute predeterminate, quali “*fidei tuae erit? – fidei meae erit*”<sup>70</sup>.

Alla luce di tale analisi sistematica, possiamo concludere che il fenomeno fiduciario nel mondo germanico medioevale si articola lungo due direttrici fondamentali, cioè la garanzia e la solidarietà<sup>71</sup>, in sostanza corrispondenti rispettivamente alla *fiducia cum creditore* e alla *fiducia cum amico* del mondo romano, e che non è dato riscontrare nel diritto germanico un negozio fiduciario generalmente inteso, ma soltanto istituti fiduciari tipici<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 293.

<sup>71</sup> DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., 293; CAPRIOLI Severino, *Leggendo un libro sulle fiducie* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. I, 1995, 691.

<sup>72</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 178, nota 1.

### 1. 3. La fiducia secondo la dottrina moderna

Alla luce delle considerazioni precedentemente svolte, possiamo ricostruire la fiducia romanistica quale negozio unitario, per via del ruolo secondario svolto dall'accessorio *pactum fiduciae*, propriamente detto *pactum conventum*. Eppure tale impostazione, aderente alla realtà negoziale dell'antica Roma, fu inficiata, verso la fine del XIX secolo, dalle ricostruzioni degli esponenti della Pandettistica tedesca, che progressivamente ripensarono, in termini diversi, l'unitarietà del negozio fiduciario.

Per primo Bocking<sup>73</sup> sostenne che l'obbligo della remancipazione scaturisce non dal negozio ad effetti reali, bensì dal patto fiduciario, aprendo così il varco ad una concezione dualistica del negozio fiduciario. Dernburg<sup>74</sup> sviluppò infatti tale tesi, concependo esplicitamente la fiducia quale negozio duplice, costituito da due momenti entrambi essenziali alla realizzazione dell'assetto di interessi voluto dalle parti: l'atto di alienazione e il patto fiduciario.

Tale concezione dualistica propiziò la teorizzazione del Regelsberger, il quale, partendo dal raffronto tra tali due momenti essenziali, elaborò una definizione onnicomprensiva dei negozi fiduciari (*fiduziarische Geschaefte*), ravvisandone la caratteristica fondamentale nel “*Missverhaeltnis zwischen Zweck und Mittel*”, cioè nella sproporzione o inomogeneità del mezzo giuridico impiegato rispetto allo scopo pratico perseguito dalle parti. Regelsberger<sup>75</sup> sostiene che nel caso del negozio fiduciario le parti si servono di un mezzo giuridico che offre di più di quello che è necessario per il raggiungimento dello scopo pratico avuto di mira: in sostanza nella fiducia viene prescelta per il conseguimento di un certo risultato (*Erfolg*) una forma giuridica (*Rechtsform*) che assicura più di quanto occorre per il conseguimento di quel risultato. Egli configura quindi tale sproporzione in termini quantitativi, quale eccedenza.

Si distacca da tale impostazione, che ben presto diviene dominante, Rudolph von Jhering<sup>76</sup>, massimo rappresentante della giurisprudenza degli interessi, corrente contrapposta alla Pandettistica: egli ammette che la *mancipatio*, l'*in iure cessio* e anche

---

<sup>73</sup> BOCKING, *Institutionen des romischen Civilrechts*, Bonn, 1862, 112 s.

<sup>74</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen romischen Rechts*, I, Leipzig, 1860, 24 s.

<sup>75</sup> REGELSBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession* in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1880, 173.

<sup>76</sup> JHERING, *Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, Leipzig, 1906, 530.

la *coemptio* possano essere effettuate *fiduciae causa*, presupponendo così l'unitarietà del negozio fiduciario. Ma la sua è una voce isolata.

È chiaro come le tesi del Bocking e del Dernburg siano prodromiche alla teorizzazione del Regelsberger: scindere il negozio fiduciario in due momenti, l'uno ad effetti reali e l'altro ad effetti obbligatori, implica, per necessità di coerenza e di completezza dogmatica, un'indagine approfondita sul nesso intercorrente tra tali due momenti, dalla quale Regelsberger ha ricavato il concetto generale di eccedenza del mezzo giuridico impiegato, cioè generalmente dell'atto di alienazione, sullo scopo avuto di mira dalle parti, espresso nel negozio obbligatorio.

La civilistica italiana seguirà lo stesso percorso logico, ma all'inverso: partendo dal concetto di inomogeneità del mezzo rispetto allo scopo enucleerà la distinzione tra lato reale e lato obbligatorio del negozio fiduciario.

Fanno da eco a Regelsberger il Crome<sup>77</sup> e il Kohler<sup>78</sup>. Il primo fa notare come nel negozio fiduciario sia conferita fin da principio all'accipiente una posizione che travalica l'intenzione del fiduciante. Il secondo traduce l'inomogeneità tra mezzo e scopo di Regelsberger in incongruenza tra lato giuridico e lato economico del negozio: le parti vogliono realizzare per mezzo del negozio fiduciario scopi economici incongrui con le conseguenze del negozio stesso.

A completamento della tesi del Regelsberger, von Tuhr<sup>79</sup> pose le basi di quella che sarà la seconda caratteristica comunemente attribuita ai negozi fiduciari: ovverosia la potestà di abuso, dipendente o comunque strettamente connessa all'eccedenza del mezzo sullo scopo. Egli sostiene che la posizione del fiduciario oltrepassa lo scopo economico del negozio, in quanto il potere giuridico trasmessogli è più ampio del dovere giuridico impostogli. Corollario di tale assunto è che il fiduciario è in grado di abusare della sua posizione, utilizzandola per perseguire finalità diverse da quelle concordate con il fiduciante.

I civilisti italiani recepirono, talvolta acriticamente, talaltra variamente reinterpretandolo, il concetto di sproporzione del mezzo sullo scopo.

---

<sup>77</sup> CROME, *System des deutschen burgerlichen Rechts*, vol. I, 1900, 76.

<sup>78</sup> KOHLER, *Studien uber Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbucher fur die Dogmatik des burgerlichen Rechts*, vol. XVI, 1878, 141.

<sup>79</sup> VON TUHR, *Der allgemeine Theil des deutschen burgerlichen Rechts*, II, Leipzig, 1910, 185 ss.

Per primo Ferrara<sup>80</sup> si occupò del negozio fiduciario, concependolo come fattispecie complessa, risultante dalla combinazione di due negozi i quali si pongono in reciproca antitesi alla stessa stregua di due cariche opposte, l'una positiva e l'altra negativa. Il suddetto autore designa infatti come positivo il contratto ad effetti reali, consistente nel trasferimento perfetto ed irrevocabile della titolarità di un diritto, e negativo il contratto obbligatorio, autonoma fonte dell'obbligazione fiduciaria di fare un determinato uso del diritto acquistato per poi restituirlo al fiduciante o trasferirlo a terzi.

La sola connessione tra di essi sarebbe data dalla circostanza che il negozio obbligatorio esercita una costrizione a non abusare dell'efficacia reale dell'atto di alienazione. Infatti in forza del primo il fiduciante si garantisce un'influenza sul diritto trasmesso, vincolando l'accipiente-fiduciario ad usarne solo allo scopo ristretto voluto dalle parti.

Però tale vincolo non è capace di intaccare l'efficacia reale del trasferimento e quindi di indebolire la posizione del fiduciario, il quale risulta legittimo proprietario del bene fiduciato sia dinanzi a terzi che di fronte al fiduciante stesso, in virtù dell'atto di alienazione di per sé sempre produttivo di effetti *erga omnes*. Pertanto il negozio obbligatorio, essendo al contrario produttivo di effetti relativi, vincolanti esclusivamente le parti, è capace di esercitare un'influenza solo indiretta sulla traslazione della proprietà, cercando di porvi rimedio mediante l'obbligo personale gravante sul fiduciario; in altre parole l'efficacia obbligatoria che scaturisce dal patto fiduciario esercita un "condizionamento riduttivo"<sup>81</sup> sull'efficacia reale del negozio traslativo.

In ultima analisi lo scopo per cui il negozio fiduciario si compie non limita giuridicamente la traslazione, in quanto esso si esprime soltanto nel rapporto obbligatorio. Ne deriva che l'accipiente-fiduciario, titolare del diritto *erga omnes*, può farne l'uso che crede e che quando lo scopo economico avuto di mira dalle parti è adempiuto la proprietà o il credito non ritorna automaticamente, *ipso iure*, al fiduciante, il quale può solo costringere il fiduciario alla retrocessione, eventualmente agendo in giudizio.

Se l'accipiente-fiduciario utilizza la cosa o ne dispone in contrasto con lo scopo economico avuto di mira dalle parti abusa certamente della posizione di fiduciario,

---

<sup>80</sup> FERRARA Francesco, *I negozi fiduciari* in *Studi in onore di V. Scialoja*, vol. II, Hoepli, Milano, 1905, 746 s., 750, 754 ss.

<sup>81</sup> CRISCUOLI Giovanni, *Fiducia e fiducie nel diritto privato* in *Rivista di diritto commerciale*, vol. I, 1983, 139.

violando quindi il *pactum fiduciae*, ma esercita comunque legittimamente il diritto. Resta pertanto ferma l'alienazione della cosa che il fiduciario effettua a terzi, anche se costoro sappiano della sua qualità; in tal caso egli sarà responsabile di risarcimento: questa è l'unica difesa del fiduciante, che non dispone di rimedi reali per il caso in cui il fiduciario tradisca la sua aspettativa.

Coerentemente a tale ricostruzione, l'essenza del negozio fiduciario consisterebbe nella "contraddizione"<sup>82</sup> o sproporzione tra mezzo e scopo: il negozio fiduciario "va oltre lo scopo delle parti, supera l'intento pratico"<sup>83</sup>, in tal modo prestando conseguenze giuridiche pletoriche rispetto a quelle necessarie per raggiungere quel determinato risultato, determinando un effetto giuridico più ampio per conseguire uno scopo economico più ristretto; sono tipici esempi la vendita a scopo di garanzia e la cessione di credito a scopo di esazione.

Le parti, al fine di raggiungere il loro intento, si affidano ad un mezzo giuridico pericoloso e gravido di rischi, consistenti nella possibilità che il fiduciario abusi della sua posizione, volgendola a proprio profitto o comunque contro l'interesse del fiduciante: in tale prospettiva gioca un ruolo centrale la fiducia riposta dal fiduciante nell'onorabilità e nell'impegno del fiduciario.

Poiché nel negozio fiduciario il trasferimento della proprietà è legato ad un determinato impiego che deve farsi dei beni trasmessi, il fiduciario, pur avendo veste giuridica di pieno titolare del diritto, deve fungere, secondo l'intento economico delle parti, da mandatario o da organo di trasmissione dei beni ricevuti, in ultima analisi da mero esecutore. Tale discrasia, riguardante il ruolo del fiduciario, è chiaro indice dell'incongruenza tra natura giuridica e funzione economica del negozio.

Il concetto di sproporzione tra mezzo e scopo verrà poi consacrato quale tratto peculiare del negozio fiduciario dalla dottrina successiva, secondo la quale soltanto l'affidamento risposto dall'alienante-fiduciante nell'accipiente-fiduciario vale a correggere tale disomogeneità<sup>84</sup>.

Tale orientamento interpretativo ha dunque configurato la sproporzione tra mezzo e scopo come eccedenza: tra tali due termini si ravvisa una differenza quantitativa in termini di estensione.

---

<sup>82</sup> FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 747.

<sup>83</sup> FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 747.

<sup>84</sup> MESSINA Giuseppe, *Negozi fiduciari. Introduzione e parte prima*, 1910, 1.

Vari autori hanno nondimeno profilato tale sproporzione in termini di differenza, seppur sempre quantitativa, di intensità, anziché di estensione. Costoro sostengono infatti che nel negozio fiduciario viene attribuita all'accipiente-fiduciario una posizione giuridica più forte per raggiungere uno scopo più debole<sup>85</sup>, in quanto le parti si avvalgono di una forma giuridica più forte di quella che avrebbero potuto scegliere per il conseguimento di quello scopo.

Altri autori<sup>86</sup>, nel ricostruire il negozio fiduciario, hanno frammisto alla sproporzione quantitativa la disomogeneità qualitativa, descrivendo il lato reale del negozio come produttivo di effetti non solo “esuberanti”, ma anche “diversi”. In tale prospettiva il patto fiduciario non esercita una mera influenza elidente ed indiretta, ma svolge una più ampia funzione equilibratrice rispetto al lato reale del negozio, riguardato come troppo esteso, secondo un criterio quantitativo, e troppo generico, secondo un criterio qualitativo.

Infine secondo un'altra impostazione<sup>87</sup> tale sproporzione si configurerebbe, relativamente all'ambito della *fiducia cum amico*, in termini qualitativi, rimanendo invece fermo il criterio della sproporzione quantitativa esclusivamente per i casi di *fiducia cum creditore*. La *fiducia cum amico* sarebbe caratterizzata soltanto da una disomogeneità qualitativa, nel senso che le parti vogliono uno scopo diverso da quelli che sono i fini del negozio di cui si servono.

È però evidente che nel negozio fiduciario le parti perseguono un intento pratico diverso da quello tipico contenuto nel negozio traslativo adottato: se non vi fosse alcuna differenza tra quegli intenti, il negozio sarebbe tipico e non fiduciario. Non vediamo perciò come tale caratteristica possa assurgere a segno distintivo del negozio fiduciario, essendo essa comune anche alla categoria dei negozi indiretti. Ci pare inoltre arbitrario tradurre l'indubbia diversità degli intenti, pratico e tipico, nella disomogeneità qualitativa tra mezzo e scopo, e inoltre, anche se deponessimo per la veridicità di una tale induzione, dovremmo, in virtù della proprietà transitiva, estendere tale carattere anche ai negozi indiretti, così perdendo nuovamente di vista lo specifico dei negozi fiduciari.

---

<sup>85</sup> FERRARA Francesco jr., *La girata della cambiale*, SEFI, Roma, 1935, 509.

<sup>86</sup> FRANCESCHELLI Remo, *Il “trust” nel diritto anglosassone*, CEDAM, Padova, 1935, 16, 18.

<sup>87</sup> TAMBURRINO Giuseppe, *Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giurisprudenza completa della Corte Cassazione - Sez. civili*, vol. I, 1946, 187.

Quanto alle altre ricostruzioni dottrinali sopra esposte, possiamo innanzitutto rilevare come il concetto di sproporzione o disomogeneità formulato da Regelsberger sia ambiguo, e così pure il termine eccedenza, atto ad esprimere l'idea di un rapporto quantitativo intercorrente tra il mezzo e lo scopo, o meglio, data l'eterogeneità dei termini, tra il mezzo adoperato e quello che di norma si sarebbe dovuto adoperare per il conseguimento dello scopo prefisso, pone altre difficoltà: come misurare l'estensione dei vari mezzi giuridici e in che modo operare un raffronto tra di essi sotto tale profilo? Quindi anche il concetto dell'eccedenza, il di più del mezzo rispetto al fine rimane oscuro.

È possibile svolgere analoga considerazione relativamente alla tesi di coloro che hanno qualificato la differenza quantitativa tra mezzo e scopo in termini di intensità, anziché di estensione: non è chiaro in base a quale criterio si possa determinare il grado di forza di una posizione giuridica<sup>88</sup>.

Prima di passare ad esporre più completamente le nostre obiezioni al criterio della sproporzione, dobbiamo tener conto di un'impostazione alternativa<sup>89</sup>, dalla quale possiamo trarre importanti spunti per le nostre considerazioni critiche. Essa rovescia i termini dell'eccedenza del mezzo sullo scopo, sostenendo che l'atto traslativo, considerato in relazione allo scopo perseguito dalle parti, non produce un plus di effetti, bensì un *minus*, in quanto realizza esclusivamente la traslazione del diritto e non lo scopo ulteriore per il conseguimento del quale il trasferimento è stato effettuato.

Considerando poi l'atto traslativo in relazione agli effetti che di norma produce, cioè l'acquisto pieno e definitivo del diritto, esso sembrerebbe, secondo tale ricostruzione, produrre un *minus* di effetti, in quanto l'acquisto del diritto, di per sé irrevocabile e a tempo indeterminato, diviene transitorio e la pienezza della titolarità è limitata dalle condizioni imposte dalle parti all'esercizio del diritto. Ciò perché l'acquisto della titolarità non è fine a se stesso, ma ha una destinazione ulteriore: entro lo schema della fiducia è degradato da momento finale e definitivo, quale è di norma, a momento strumentale e transitorio. In questo senso si può parlare di un'efficacia ridotta del mezzo prescelto rispetto a quella di cui sarebbe normalmente capace.

Da parte nostra dobbiamo obiettare che il patto fiduciario non può impedire all'atto traslativo di esplicare i suoi effetti in tutta la loro pienezza e pertanto non può

---

<sup>88</sup> PUGLIATTI Salvatore, *Fiducia e rappresentanza indiretta* in *Diritto civile. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, 250 ss.

<sup>89</sup> PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 253 s.

menomare la posizione giuridica del fiduciario, il quale non potrà dirsi né proprietario *ad tempus* né meno proprietario di fronte al fiduciante di quanto lo sia al cospetto di terzi.

Tale impostazione può invece essere accolta nella misura in cui sostiene che il negozio traslativo non riesce a produrre tutti gli effetti sufficienti al raggiungimento dello scopo. Da ciò possiamo dedurre che, per raggiungere lo scopo perseguito, è necessario che gli effetti reali si combinino e si integrino reciprocamente con gli effetti obbligatori.

Pertanto il lato reale e il lato obbligatorio del negozio fiduciario non possono essere concepiti come paralleli o antagonisti, in quanto, al contrario, essi sono teleologicamente collegati in vista del raggiungimento dello scopo avuto di mira dalle parti. Ne segue che il mezzo non consiste del solo negozio traslativo, ma anche del contratto obbligatorio, essendo sia l'uno che l'altro essenziali ed indispensabili per il conseguimento del detto scopo. È possibile così tenere ferma l'unitarietà del negozio fiduciario, se non sotto il profilo strutturale, quantomeno dal punto vista funzionale.

A tal punto, escluso che la sproporzione tra mezzo e scopo costituisca il logico risultato del confronto tra lato reale e lato obbligatorio del negozio, dobbiamo servirci, al fine di convalidare o meno il criterio della sproporzione, di un differente metodo di indagine: verificare se il negozio concretamente posto in essere sia il solo mezzo possibile per raggiungere lo scopo che le parti hanno di mira oppure se l'ordinamento preveda già un mezzo idoneo al raggiungimento di quello scopo.

Qualora riuscissimo a dimostrare che le parti non potrebbero raggiungere il loro intento se non mediante il negozio fiduciario concretamente posto in essere, infirmeremmo completamente il criterio della sproporzione. Si può infatti parlare di sproporzione tra mezzo impiegato e scopo perseguito quando l'ordinamento abbia appositamente predisposto, per quello stesso scopo, un mezzo idoneo; se però l'ordinamento non abbia provveduto in tal senso e quindi il fine sia atipico, il negozio fiduciario concretamente posto in essere dalle parti si deve ritenere proporzionato, essendo l'unico possibile per raggiungere quel fine<sup>90</sup>.

Si prendano in considerazione le seguenti ipotesi<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> BOLOGNA Italo, *Considerazioni sui negozi fiduciari in Rivista di diritto civile*, 1955, 265 s.

<sup>91</sup> GRASSETTI Cesare, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. I, 1936, 349 s.; GALGANO Francesco, *Trattato di diritto civile*, vol. II, CEDAM, Padova, 2010, 469; TREGGIARI

Il “cittadino italiano di razza ebraica”, a cui l’art.10 del r.d.l. 17 novembre 1938 vietava di essere proprietario di aziende, terreni e fabbricati urbani, trasferiva i suoi immobili all’amico “cittadino italiano di razza ariana”, capace di esserne titolare, con l’intesa fiduciaria di riaverli quando il divieto fosse venuto meno.

Tizio, a causa della sua prodigalità, ha il patrimonio oberato di debiti, eppure sufficiente, se saggiamente amministrato, a soddisfare i creditori. Allora trasferisce il proprio patrimonio immobiliare a Caio, con l’intesa che quest’ultimo, dopo aver assestato la situazione patrimoniale, gli restituirà l’eccedenza attiva.

Tizio, azionista di una s.p.a., non intende, per ragioni di convenienza sociale, dare personalmente voto di sfiducia agli amministratori. Pertanto incarica di ciò Caio al quale cede le proprie azioni, con l’intesa che questi le restituirà dopo la votazione.

Consideriamo poi l’eredità fiduciaria, applicazione della fiducia ricorrente nell’età comune del diritto europeo: il genitore, per mantenere intatta la eredità, destinata ai propri discendenti temporaneamente incapaci o per diverse ragioni inaffidabili, trasferisce il suo patrimonio ad un soggetto capace di amministrarlo medio tempore, con l’intesa che costui lo trasferirà ai propri discendenti quando verranno meno le ragioni dell’impedimento.

Poniamo ora attenzione all’instestazione fiduciaria dei beni, istituto molto frequente attualmente: Tizio, proprietario di determinati valori mobiliari, vuole non solo affidarli in amministrazione a terzi, ma anche occultare la titolarità degli stessi. Pertanto trasferisce la proprietà di tali valori ad una società fiduciaria, la quale ne risulta formalmente titolare.

Infine consideriamo l’ipotesi in cui Tizio incarica il proprio fattorino di incassare un assegno e, invece di girare per procura, gira in pieno o addirittura in bianco.

Nella prima ipotesi al “cittadino italiano di razza ebraica” non basterebbe un contratto di deposito, in forza del quale rimarrebbe titolare dei suoi beni e per ciò stesso costantemente esposto al rischio di confisca. Pertanto egli non ha altro mezzo a disposizione per evitare la confisca che quello di privarsi spontaneamente dei suoi beni<sup>92</sup>; in definitiva la cessione spontanea dei beni, sebbene produca effetti equivalenti alla confisca, è compiuta con la speranza di metterli al sicuro e riottenerli in futuro<sup>93</sup>.

---

Ferdinando, *Negoziario fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte* in *Diritto privato, studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. II, UTET, Torino, 2009, 886.

<sup>92</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 352.

<sup>93</sup> TREGGIARI, *Negoziario fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, cit., 886.

La sproporzione in tale ipotesi potrebbe ricorrere nel senso che si produce un passaggio di proprietà definitivo, mentre sarebbe più congruo all'intento economico perseguito dalle parti che, cessato il pericolo, il bene ritorni automaticamente, *ipso iure*, in proprietà del fiduciante. Ma la dottrina tradizionale parla di eccedenza del mezzo sullo scopo nel senso che il trasferimento della proprietà che si realizza nel negozio fiduciario non sarebbe richiesto dagli intenti pratici, suscettibili di trovare soddisfazione anche per mezzo di un mandato, riducendo in tal modo al criterio della eccedenza anche la costruzione c.d. germanistica della fiducia elaborata da Schulze, nella quale il diritto del fiduciario è condizionato risolutivamente, così da adeguarsi perfettamente allo scopo<sup>94</sup>.

Nel secondo esempio un mandato sarebbe insufficiente allo scopo, in quanto se Tizio conservasse la titolarità dei beni potrebbe ancora trovar credito e contrarre altri disastrosi impegni<sup>95</sup>.

Allo stesso modo nella terza ipotesi un mandato si rivelerebbe insufficiente allo scopo, in quanto Caio, per poter partecipare all'assemblea, deve risultare titolare di un certo numero di azioni<sup>96</sup>.

Così nell'età del diritto comune il padre di famiglia che avesse voluto preservare l'eredità per i propri discendenti temporaneamente incapaci non aveva altra strada se non ricorrere ad una successione indiretta<sup>97</sup>.

Nell'ipotesi dell'intestazione fiduciaria dei beni, è ben chiaro che un mandato ad amministrare produrrebbe un *minus* di effetti rispetto allo scopo delle parti, che non può realizzarsi se non investendo il fiduciario della formale proprietà del bene<sup>98</sup>.

È quindi evidente come in tutte e cinque tali ipotesi non sarebbe stato possibile raggiungere il risultato voluto dalle parti se non tramite il negozio fiduciario concretamente posto in essere.

Riguardo all'ultimo degli esempi sopra riportati si potrebbe tuttavia obiettare che l'eccedenza del mezzo sullo scopo sussista, in quanto a Tizio, per il conseguimento dello scopo avuto di mira, sarebbe bastato ricorrere a un mandato per incasso, girando l'assegno per procura; viceversa, girando l'assegno in pieno, ha attribuito al fiduciario un potere giuridico più ampio di quello necessario.

---

<sup>94</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 352.

<sup>95</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 349 s.

<sup>96</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 350.

<sup>97</sup> TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., 886.

<sup>98</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 469.

Ma, a ben vedere, la divergenza che qui si riscontra non può essere assunta a segno distintivo del negozio fiduciario: infatti, come può darsi che Tizio, fidando nell'onestà e lealtà di Caio, abbia girato a lui in pieno per ragioni di riguardo alla sua personalità, ponendo perciò in essere un negozio fiduciario, così è altrettanto possibile che Tizio abbia girato in pieno a Caio per incuria, in quanto non ha pensato, nel momento in cui firmava, all'utilità di aggiungere la clausola "per procura". In quest'ultima ipotesi il negozio non ha titolo alla qualifica di fiduciario, in quanto manca quella ragione giustificatrice rappresentata dall'affidamento in un leale comportamento del fiduciario, affinché questi non abusi della posizione giuridica conferitagli<sup>99</sup>.

Inoltre, sulla base di una più attenta analisi, potremmo escludere la sproporzione tra mezzo e scopo anche in tale fattispecie di negozio fiduciario: se Tizio ha girato in pieno affinché a Caio non potessero essere opposte le eccezioni personali opponibili al girante, la sola sproporzione che è possibile rilevare è quella tra il mezzo giuridico impiegato e lo scopo economico tipico, in tal caso quello del mandato per incasso, più vicino allo scopo economico perseguito dalle parti<sup>100</sup>.

L'area della *fiducia cum amico*, alla quale è possibile ricondurre gli esempi sopra riportati, si mostra pertanto irriducibile al criterio dell'eccedenza del mezzo sullo scopo, il quale è il derivato di una valutazione incompleta del fenomeno fiduciario, ristretta alla sola *fiducia cum creditore*.

Quanto a quest'ultima, sembrerebbe senz'altro riconducibile al criterio dell'eccedenza del mezzo sullo scopo, in quanto la traslazione del diritto reale che in essa si realizza assolve lo scopo di garanzia, già perseguibile efficacemente attraverso il pegno e l'ipoteca.

Eppure alcuni autori<sup>101</sup> sostengono che anche per tale ambito della fiducia sarebbe da escludere la sproporzione tra mezzo e scopo, in quanto la vendita a scopo di garanzia, sebbene chiaramente sproporzionata alla garanzia ipotecaria o pignoratizia, non è diretta a perseguire tale scopo tipico. Tale vendita risponderebbe infatti all'intento delle parti di costituire un rapporto di garanzia più ampio e stringente e comunque diverso dall'ipoteca o dal pegno, intento rispetto al quale essa risulta perfettamente proporzionata, proprio perché si tratta un intento atipico, in relazione al quale l'ordinamento non ha predisposto alcun mezzo apposito. Alla luce di ciò la sola

---

<sup>99</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 350 s.

<sup>100</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 351 s.

<sup>101</sup> BOLOGNA, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, cit., 626.

sproporzione ravvisabile nella *fiducia cum creditore* è quella tra il negozio adottato e l'intento tipico più vicino all'intento fiduciario, omologa quindi alla sproporzione rilevata con riguardo alla girata in pieno dell'assegno *fiduciae causa*.

Altra caratteristica comunemente attribuita ai negozi fiduciari è la “potestà di abuso”, riguardata dalla dottrina tradizionale come corollario del criterio generale della sproporzione tra mezzo e scopo, del quale costituirebbe la traduzione in termini soggettivi<sup>102</sup>.

La formula “potestà d'abuso” ben esprime l'alea, il pericolo, il rischio insito in ogni negozio fiduciario e connesso al comportamento del fiduciario, dal quale il fiduciante spera la realizzazione delle sue aspettative. La “potestà di abuso”, intesa come possibilità per il fiduciario di fare un uso del potere giuridico trasmessogli contrastante con le finalità economiche per le quali tale trasmissione ha avuto luogo<sup>103</sup>, si concretizza in virtù della cesura tra i poteri e i doveri del fiduciario, in base alla quale i primi sono più ampi dei secondi.

È evidente come i caratteri tradizionalmente attribuiti ai negozi fiduciari siano frutto della concezione binaria degli stessi. La sproporzione tra mezzo e scopo rappresenta infatti il risultato del confronto tra due negozi: l'attribuzione patrimoniale, opponibile *erga omnes*, ed il patto tra fiduciante e fiduciario, valido solo *inter partes* e volto a limitare la portata del primo negozio. Da tale primo carattere consegue la “potestà d'abuso”, la quale altro non sarebbe che la stessa sproporzione prospettata dall'angolo visuale del fiduciario<sup>104</sup>.

Tra l'altro la dottrina tradizionale, mediante il carattere dell'eccedenza, intesa come “anomalia”, e dell'abuso, inteso come “patologia”, ha veicolato un'immagine pregiudizialmente negativa del negozio fiduciario, come se fosse incompatibile con l'ordinario svolgimento dei traffici giuridici<sup>105</sup>.

Volendo enunciare una formula onnicomprensiva che tenga conto di entrambi tali caratteri e sia rispondente alla visione della dottrina tradizionale, possiamo definire fiduciario il negozio nel quale un soggetto, il fiduciante, per conseguire un dato scopo, investe un altro soggetto, il fiduciario, di una posizione giuridica più ampia di quella che sarebbe sufficiente al raggiungimento di quel dato scopo, essendo disposto ad

---

<sup>102</sup> OPPO Giorgio, *Contratti parasociali*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1942, 65.

<sup>103</sup> TRIMARCHI Vincenzo Michele, *Negozi fiduciario in Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 37.

<sup>104</sup> BOLOGNA, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, cit., 620.

<sup>105</sup> TREGGIARI, *Negozi fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, cit., 887.

accettare l'ineluttabile rischio che il fiduciario converta quella posizione a proprio vantaggio, poiché fa fede sull'onorabilità e sull'impegno di costui.

Dal canto nostro possiamo, senza necessità di rievocare il criterio della sproporzione, convalidare la caratteristica della "potestà d'abuso", considerandola come coesistente a ogni trasferimento di ricchezza connesso ad una funzione fiduciaria.

Infatti porre le proprie sostanze in mano di qualcuno con la speranza che questi ce le retroceda o le trasferisca a terzi significa inevitabilmente esporsi al rischio che costui possa disporre del diritto oltre l'accordo. L'attribuzione patrimoniale piena ed irrevocabile che si realizza in ogni negozio fiduciario implica che l'accipiente ha la possibilità di servirsi nel proprio interesse e nell'ampiezza del proprio diritto dell'utilità economica di quest'ultimo, possibilità sopra definita come "potestà d'abuso", cioè potestà di volgere all'interesse proprio una titolarità di diritto concessa nell'interesse altrui<sup>106</sup>.

La "potestà d'abuso" è tra l'altro strettamente correlata alla fiducia riposta dall'alienante nell'accipiente che questi non farà un uso del potere giuridico trasmessogli contrastante con le finalità per le quali tale trasmissione è avvenuta. Del resto che senso avrebbe parlare di fiducia se l'atteggiamento del fiduciante non fosse quello di affidarsi al corretto agire del fiduciario, nonostante costui possa disporre del diritto trasmessogli anche oltre e contro l'accordo<sup>107</sup>? Fidarsi equivale quindi ad attribuire al fiduciario un potere sul fiduciante, perciò, quando il potere del fiduciante e la soggezione del fiduciario manchino, il fenomeno fiduciario deve escludersi<sup>108</sup>.

È doveroso tenere conto di un'altra impostazione<sup>109</sup> che asserisce l'inconsistenza del concetto di "potestà di abuso", in quanto essa si identificherebbe, a ben vedere, con l'inadempimento proprio di tutti i negozi giuridici. Si sostiene infatti che è impossibile concepire l'abuso quale abuso dei poteri del fiduciario, perché questi corrispondono ai poteri del proprietario e quindi ricomprendono l'uso della cosa. Ponendo invece l'abuso in relazione con il patto fiduciario, è evidente che esso viene in essere in quanto si realizza un'inadempienza al patto stesso: pertanto secondo tale ricostruzione l'abuso consisterebbe in un mero inadempimento del patto fiduciario. Affermazione in sé e per

---

<sup>106</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 354 s.

<sup>107</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'Alto Medioevo*, Giappichelli, Torino, 1992, 24.

<sup>108</sup> TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, cit., 886 s.

<sup>109</sup> BOLOGNA, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, cit., 626 s.

sé non inesatta, ma troppo semplicistica e riduttiva della complessità del fenomeno fiduciario.

Proprio perché nel negozio fiduciario gioca un ruolo fondamentale l'affidamento riposto dal fiduciante nell'accipiente, un negozio ha titolo alla qualifica di "fiduciario" quando l'ordinamento giuridico non tuteli *erga omnes* la posizione del fiduciante, ma dal leale comportamento del fiduciario, e non dai rigorosi mezzi di coazione legale, si attenda la perfetta realizzazione dello scopo perseguito dalle parti: quindi la fiducia legale, cioè tutelata in modo assoluto dalla legge e pertanto preclusiva della potestà di abuso, non è più fiducia in senso tecnico<sup>110</sup>. Ciò non significa però che la fiducia, per rimanere tale, debba essere refrattaria a qualsivoglia disciplina giuridica, altrimenti essa verrebbe confinata nel metagiuridico: basti pensare al diritto romano e al diritto comune europeo dell'età medievale e moderna, che hanno offerto alla fiducia congrua tutela<sup>111</sup>.

Quanto al negozio fiduciario complessivamente considerato, esso sarebbe contrassegnato dalla connessione funzionale tra la tipicità del mezzo giuridico e l'atipicità del fine empirico<sup>112</sup>.

Si potrebbe obiettare che tale definizione sia, sebbene precisa, poco specifica, in quanto comporta il venir meno di ogni linea distintiva tra negozi fiduciari e negozi indiretti: infatti in entrambe le ipotesi le parti, per raggiungere un certo scopo pratico, si servono di un negozio preordinato dalla legge al perseguimento di scopi diversi. È però possibile, senza togliere validità al criterio della connessione funzionale, distinguere ulteriormente tra negozi indiretti e negozi fiduciari.

Infatti nei primi il raggiungimento dello scopo pratico è conseguenza diretta dello stesso effetto tipico del negozio, senza la necessità di un patto che adegui tale effetto all'intento delle parti.

Si ponga mente al caso di un mandato irrevocabile all'incasso senza obbligo di rendiconto, il quale assolva lo scopo di una cessione di credito. In tal caso gli effetti scaturenti dal mandato sono sufficienti a realizzare l'assetto di interessi voluto dalle parti, non essendo bisognosi di essere compensati o integrati per mezzo degli effetti scaturenti da un altro negozio: al mandatario è infatti attribuita una posizione giuridica da sola sufficiente al raggiungimento dello scopo avuto di mira dalle parti.

---

<sup>110</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario* in *Rivista di diritto commerciale*, vol. I, 1936, 552.

<sup>111</sup> TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, cit., 887.

<sup>112</sup> TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, cit., 888.

Al contrario nel negozio fiduciario lo scopo avuto di mira dalle parti è realizzabile solo in forza di separato patto che volga alla funzione voluta dalle parti gli effetti tipici del negozio prescelto<sup>113</sup>.

Volendo infine riassumere il negozio fiduciario in una formula onnicomprensiva alla luce delle considerazioni critiche sopra svolte, possiamo definire fiduciario quel negozio in cui un soggetto, detto fiduciante, pur di raggiungere un determinato risultato, è disposto a spogliarsi di una posizione giuridica attiva e a trasmetterla ad un altro soggetto, detto fiduciario, dal quale auspica la realizzazione di quel determinato risultato e sul quale fa quindi affidamento, nonostante la possibilità che questi converta il diritto in suo favore.

---

<sup>113</sup> DI PAOLO Massimo, *Negozio indiretto* in *Digesto delle discipline privatistiche sez. civ.*, UTET, Torino, 1995, 125 s.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 470.

## 1. 4. Il dibattito sull'ammissibilità del negozio fiduciario in Italia nella prima metà del XX secolo

Questione ampiamente dibattuta dalla dottrina italiana già nella prima metà del ventesimo secolo è quella relativa al fondamento causale del negozio fiduciario, la quale si pone come pregiudiziale al dibattito sull'ammissibilità di tale istituto nel nostro ordinamento giuridico.

La dottrina più risalente<sup>114</sup>, escludendo l'idoneità della *causa fiduciae* ad operare la traslazione dei diritti reali, indica nel negozio astratto il solo mezzo atto a realizzare il trasferimento fiduciario. Di qui l'inammissibilità del negozio fiduciario nell'ordinamento giuridico italiano, che non riconosce l'esistenza dei negozi astratti.

Analizzando più attentamente tale ricostruzione dottrinale, in base ad essa sarebbe incompatibile con il nostro ordinamento una *causa fiduciae* quale causa atta al passaggio della proprietà, in quanto le cause ad effetti reali costituiscono un *numerus clausus* e di conseguenza i soli contratti capaci di produrre effetti reali sono quelli a tal fine appositamente creati dalla legge. Il principio del *numerus clausus* dei negozi ad effetti reali viene precipitosamente dedotto dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali, sulla base dell'asserita esigenza di disciplinare uniformemente la fonte, cioè il negozio, e l'effetto, cioè il diritto<sup>115</sup>.

Il Cariota Ferrara, principale esponente di tale corrente dottrinale, scrive avendo quale punto di riferimento il codice civile italiano del 1865 e ritiene di poter rinvenire proprio in quest'ultimo argomenti decisivi a favore della sua tesi. Egli rileva in primo luogo che il legislatore ha trasformato determinati contratti, come ad esempio la vendita, da reali in obbligatori e in secondo luogo che non è stata predisposta una disciplina generale appositamente dedicata ai contratti ad effetti reali.

Tali due dati costituirebbero indizi univoci ed evidenti dell'esistenza di una riserva di legge in materia di negozi ad effetti reali, in virtù della quale la creazione di nuovi negozi ad effetti reali è prerogativa del legislatore. Indi per cui i soli negozi ad

---

<sup>114</sup> CARIOTA FERRARA Luigi, *I negozi fiduciari*, CEDAM, Padova, 1933, 103 ss.; id., *Azioni sociali e negozio fiduciario* in *Giurisprudenza italiana*, I, 1937, col. 657 ss.; SEGRÈ Gino, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio* in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. II-III, 1929, 834 ss.; ALLORIO Enrico, *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1935, 426.

<sup>115</sup> CARIOTA FERRARA Luigi, *I negozi fiduciari*, cit., 124 ss.; id., *Azioni sociali e negozio fiduciario*, cit., col. 663, 665.

effetti reali ammessi sono quelli riconosciuti dalla legge e all'autonomia privata non è concesso di crearne altri<sup>116</sup>.

Eppure l'articolo 1103 del codice civile italiano del 1865, foriero della disposizione di cui al 2° comma dell'articolo 1322 dell'attuale codice civile, recita: "I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali le quali formano l'oggetto di questo titolo", aprendo così un varco per la costituzione, ad opera dell'autonomia privata, di contratti atipici o innominati. Ma il Cariota Ferrara oppone che la portata di tale disposizione può essere riferita esclusivamente ai contratti obbligatori, esulando quindi dal suo spazio applicativo i contratti ad effetti reali, che sarebbero soltanto quelli ammessi dalla legge<sup>117</sup>.

Da tali considerazioni deriva l'inammissibilità nel nostro ordinamento di un trasferimento di proprietà effettuato *causa fiduciae*, cioè in base ad una causa diversa da quelle tipiche legislativamente previste, e quindi di un negozio fiduciario causale. Di qui la necessità, al fine di porre in essere un regolamento d'interessi fiduciario, di avvalersi di un negozio traslativo astratto<sup>118</sup>.

Ma su questo punto tale orientamento dottrinale si divide: mentre per il Segrè lo scopo fiduciario non può giustificare mai la traslazione della proprietà, nemmeno nei negozi astratti, il Cariota Ferrara ritiene invece che, con riguardo a tale particolare categoria di negozi, la *causa fiduciae* possa dirsi idonea al trasferimento del dominio.

Per tale primo autore il trasferimento di proprietà si realizza esclusivamente in virtù dell'astrattezza del negozio traslativo, la quale rende irrilevante lo scopo fiduciario. Però, se riteniamo la *causa fiduciae* assolutamente inidonea a giustificare il trasferimento del dominio, dobbiamo poi concludere che i negozi fiduciari possano essere, appena stipulati, immediatamente invalidati.

Il Cariota Ferrara fa infatti notare come nei negozi astratti la causa non venga meno, bensì semplicemente assuma una configurazione più ampia ed elastica rispetto a quella assunta con riferimento ai negozi causali: essa si generalizza, fino a coincidere con qualunque scopo economico lecito e perseguibile. In altre parole la causa viene, nei negozi astratti, declassata da elemento determinante del negozio a ragione giustificatrice del permanere degli effetti dallo stesso liberamente prodotti.

---

<sup>116</sup> CARIOTA FERRARA Luigi, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, cit., col.665.

<sup>117</sup> CARIOTA FERRARA Luigi, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, cit., col.665.

<sup>118</sup> CARIOTA FERRARA, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, cit., col. 663; id., *I negozi fiduciari*, cit., 127 s.; ALLORIO, *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria*, cit., 426; SEGRÈ, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia*, cit., 834.

Pertanto i negozi astratti possono dirsi tali solo relativamente, in quanto in essi la causa mantiene un certo rilievo: come la sua esistenza conferisce stabilità agli effetti prodotti dal negozio, così la sua mancanza rende caducabile *ab initio* l'assetto di interessi realizzato dal negozio attraverso l'azione di ingiustificato arricchimento. In ultima analisi la causa nel negozio astratto, ponendosi quale ragione giustificatrice del permanere degli effetti da esso liberamente prodotti, svolge sostanzialmente una funzione negativa, preclusiva dell'esperibilità di un'azione di ingiustificato arricchimento.

E in tale prospettiva la *causa fiduciae* ben vale ad escludere un ingiustificato arricchimento: essa consiste infatti, come vedremo meglio di seguito, nella costituzione di un diritto di credito alla restituzione ovvero all'ulteriore trasmissione del bene trasferito, in modo tale che l'accipiente non possa tenere definitivamente presso di sé i beni e non possa perciò conseguire alcun arricchimento, altrimenti ingiustificato<sup>119</sup>.

Quanto ai caratteri propri della causa del negozio fiduciario astratto, il Cariota Ferrara<sup>120</sup> fa anzitutto notare che essa risiede nel contratto obbligatorio. Configurando il contratto traslativo astratto quale contratto di prestazione, egli osserva che ogni prestazione postula, al fine di poter conseguire effetti stabili e definitivi, una causa, conformemente al disposto di cui all'articolo 812 del codice civile del 1865, il quale recita: "Se alcuno ha conseguito per la prestazione di un altro alcunché senza causa è obbligato alla restituzione". E sarebbe proprio il negozio obbligatorio, con il quale le parti determinano lo scopo avuto di mira, a contenere la causa della prestazione patrimoniale, ovverosia del passaggio della proprietà.

Il suddetto autore<sup>121</sup> ricomprende poi la *causa fiduciae* nella più ampia categoria della *causa acquirendi*, la quale ricorre ogniqualvolta il trasferente debba acquisire, a fronte del suo sacrificio patrimoniale, un diritto o comunque un altro vantaggio a titolo di equivalente e pertanto comprende tutti quei negozi giuridici in cui correlativamente a una prestazione si produce l'acquisto di un vantaggio.

Tale ampia categoria è nettamente contrapposta alle altre due cause nelle quali non spetta alcun vantaggio a chi presta, in quanto la prestazione è animata esclusivamente da liberalità, ossia dalla volontà di arricchire la controparte (*causa*

---

<sup>119</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 114; id., *Azioni sociali e negozio fiduciario*, cit., col. 665.

<sup>120</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 108 s.

<sup>121</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 116 s.

*donandi*), oppure perché essa è soddisfatta di un'obbligazione preesistente (*causa solvendi*).

La *causa acquirendi*, ai fini della nostra indagine, può essere suddivisa in tre distinte zone: in primo luogo abbiamo i negozi le cui parti realizzano uno scambio di prestazione e controprestazione, quali la vendita; in secondo luogo troviamo quei negozi che comportano per entrambe le parti la permuta di diritti o di altri valori, quali la permuta; infine abbiamo quei negozi in cui il trasferente acquista un diritto di credito alla restituzione di quanto trasferito, quali il mutuo e il negozio fiduciario.

Si registra una differenza di rilievo tra i negozi rientranti nella prima e nella seconda zona da un lato e i negozi appartenenti alla terza dall'altro, poiché in tali ultimi negozi non si registra alcun sacrificio a carico del patrimonio dell'accipiente, il quale infatti non è tenuto a eseguire una controprestazione o a permutare un valore, ma solo a retrocedere quanto ricevuto dal patrimonio del *dans*. In virtù dell'obbligo restitutorio, tali negozi sembrerebbero *prima facie* capaci di giustificare esclusivamente un acquisto provvisorio<sup>122</sup>.

Eppure nel mutuo la *causa credendi* si mostra idonea a produrre il trasferimento della proprietà, per una serie di ragioni giuridiche concordanti. Avendo ad oggetto il mutuo cose fungibili, insuscettibili di individuazione e determinabili solo in base al *genus* di appartenenza, è gioco forza che esse si confondano nel patrimonio di chi le riceve, il quale ne diviene quindi proprietario. Inoltre, configurandosi il mutuo come un prestito di consumo, è necessario che in esso si realizzi il passaggio della proprietà, affinché il mutuatario, quale proprietario, possa liberamente disporre delle cose mutate.

Al contrario la *causa fiduciae* sarebbe inidonea a produrre il passaggio della proprietà e capace soltanto di giustificare un acquisto interinale, in quanto oggetto del negozio fiduciario è una cosa certa e determinata, che deve essere restituita *in individuo*<sup>123</sup>.

Possiamo quindi rilevare come già la dottrina più risalente aveva evidenziato una certa analogia fra la *causa fiduciae* e la *causa credendi*<sup>124</sup>: entrambe consistono infatti nella costituzione in capo al trasferente di un diritto di credito alla restituzione di quanto trasferito. Esse differiscono però sotto il profilo dell'oggetto della restituzione: nel caso

---

<sup>122</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 113 s.

<sup>123</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 118 s.

<sup>124</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 112.

del negozio fiduciario si tratta dello stesso bene trasferito, nel caso del mutuo del *tantundem eiusdem generis*. E tale differenza, *prima facie* non essenziale, rivelerebbe invece una profonda diversità di natura tra questi rapporti<sup>125</sup>, in virtù della quale, come sopra detto, solo il mutuo è idoneo a trasferire la proprietà.

La dottrina più risalente, pur negando alla *causa fiduciae* idoneità a produrre a effetti reali, sulla base del dogma del *numerus clausus* dei negozi ad effetti reali, ha però svolto una minuziosa indagine diretta a ricostruirne la concreta configurazione.

Gli esiti di tale indagine saranno in gran parte fatti propri, ma con opposte conclusioni, da coloro<sup>126</sup> i quali ritengono realizzabile, entro l'ordinamento giuridico italiano, un negozio traslativo retto da un'autonoma *causa fiduciae*. Per costoro la *causa fiduciae* sarebbe dunque idonea a giustificare il trasferimento del dominio e, più in generale, sarebbero ammissibili negozi ad effetti reali atipici, in quanto sarebbe arbitrario derivare il *numerus clausus* dei negozi ad effetti reali dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali<sup>127</sup>.

Si obietta innanzitutto che in tal modo si confonderebbe la fonte, cioè il negozio, con l'effetto, cioè il diritto. In secondo luogo, a voler deporre per la tipicità dei negozi ad effetti reali, si dovrebbe coerentemente estendere tale conclusione ai negozi ad effetti obbligatori, in quanto è estranea al nostro diritto civile una distinzione tra i contratti *quoad effectum*<sup>128</sup>; anzi i contratti ad effetti obbligatori e ad effetti reali costituirebbero due categorie intercomunicanti in quanto accomunate dalla realizzazione di un'"attribuzione patrimoniale"<sup>129</sup>, concetto che alcuni autori<sup>130</sup> hanno bollato come incerto.

Tale dottrina non revoca però in dubbio la tipicità dei diritti reali, sulla quale si fonda la costruzione fiduciaria romanistica; se infatti si ammettesse che la *causa fiduciae* sia costitutiva non di una titolarità piena, bensì di una titolarità limitata sia nel tempo che nei poteri spettanti all'accipiente, verrebbe a mancare la potestà d'abuso, da noi in precedenza indicata come la sola vera caratteristica del negozio fiduciario. Dalla asserita tipicità dei diritti reali, prevista in ragione della loro rilevanza sociale, può

---

<sup>125</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 118.

<sup>126</sup> GRASSETTI Cesare, *Del negozio fiduciario e della su ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1936, 345 ss.

<sup>127</sup> GRASSETTI Cesare, *Del negozio fiduciario*, cit., 367.

<sup>128</sup> GRASSETTI Cesare, *Del negozio fiduciario*, cit., 370.

<sup>129</sup> GRASSETTI Cesare, *Del negozio fiduciario*, cit., 369.

<sup>130</sup> CARIOTA FERRARA, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, cit., col. 665.

soltanto dedursi la necessità di osservare determinate forme di pubblicità, imposte dal legislatore a salvaguardia dei terzi<sup>131</sup>.

Tale dottrina, formatasi anch'essa sotto la vigenza del codice civile del 1865, ritiene che l'efficacia dell'articolo 1103 non sia circoscritta ai soli contratti ad effetti obbligatori e che, se pure si riuscisse a dimostrare il contrario, sarebbe possibile dare a tale disposizione un'interpretazione estensiva, come tale lecita in ambito civile<sup>132</sup>. Pertanto, assegnando all'articolo 1103 la sua esatta portata, dobbiamo riconoscere ai privati la più ampia libertà di costituire rapporti contrattuali fondati su cause atipiche, purché diretti a realizzare intenti economico-sociali rispondenti ad interessi degni di tutela<sup>133</sup>.

Tale scuola di pensiero, analogamente alla divergente impostazione dottrinale dapprima esaminata, pone nel rapporto obbligatorio la causa dell'attribuzione patrimoniale, ma non perché tale rapporto, sancendo un obbligo restitutorio, vale ad escludere un ingiustificato arricchimento, bensì in quanto l'attribuzione patrimoniale si pone come mezzo indispensabile “per realizzare l'intento pratico che attraverso il rapporto obbligatorio stesso le parti mirano a conseguire”<sup>134</sup>.

Poiché l'effetto obbligatorio giustifica l'effetto reale, possiamo deporre, conformemente a quanto affermato nel precedente paragrafo, per l'unitarietà, quanto meno sotto il profilo funzionale, del negozio fiduciario e configurare quindi un'unitaria ed autonoma *causa fiduciae*. Infatti nel negozio fiduciario l'effetto reale e l'effetto obbligatorio, nonostante scaturiscano da contratti distinti, si trovano in quel rapporto di reciproca interdipendenza che è caratteristica propria di ogni negozio unitario e che non deve necessariamente tradursi in un rapporto di controprestazione<sup>135</sup>.

Il principio *simul stabunt simul cadent*, valevole per tutti i negozi unitari, trova applicazione anche con riguardo ai negozi fiduciari: pertanto, se viene meno l'effetto reale viene meno anche l'effetto obbligatorio, e viceversa; infatti, senza l'effetto obbligatorio quello reale rimane privo di causa, mentre senza l'effetto reale quello

---

<sup>131</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 366 ss.

<sup>132</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 370.

<sup>133</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 367.

<sup>134</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 367 s.; in tal senso anche Cass., 30 agosto 1947, n.1554, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVI, 1947, 409, secondo cui il negozio obbligatorio conterrebbe la vera causa del negozio traslativo, con la conseguenza che l'eventualità nullità del primo si propagherebbe al trasferimento della proprietà, il quale rimarrebbe privo di causa.

<sup>135</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 368.

obbligatorio non ha più alcun interesse per le parti, in quanto, seppur espressivo dello scopo, non ha alcuna attitudine satisfattiva in relazione allo stesso.

Come in ogni altro negozio caratterizzato dalla *causa acquirendi*, anche nel negozio fiduciario il sacrificio patrimoniale del trasferente trova un corrispettivo nell'assunzione di un obbligo da parte dell'accipiente: però in tale fattispecie l'effetto reale costituisce non il corrispettivo in senso economico dell'effetto obbligatorio, bensì il mezzo per rendere possibile all'accipiente l'esecuzione dell'obbligo assunto<sup>136</sup>; sulla base di tale peculiarità è stata coniata, per i negozi fiduciari, l'espressione "corrispettività funzionale"<sup>137</sup>, in contrapposizione alla corrispettività genetica propria di tutti gli altri negozi caratterizzati dalla *causa acquirendi*.

Quanto alla configurazione propria della *causa fiduciae*, l'orientamento dottrinale da noi condiviso specifica il concetto enucleato dal Cariota Ferrara secondo cui essa consisterebbe nel costituire un diritto di credito alla restituzione di quanto trasferito. Tale ultima definizione è infatti precisa, ma incompleta, poiché non coglie l'essenza della *causa fiduciae*, la quale, a nostro parere, consiste effettivamente "nel dare per aver da riavere o per far avere ad altri"<sup>138</sup>, in quanto in certe situazioni della vita concreta è più vantaggioso aver da avere, cioè essere titolari di un diritto di credito, piuttosto che avere.

Tale descrizione della *causa fiduciae* è perfettamente calzante per la *fiducia cum amico*, detta anche altruistica o pura, dove il trasferimento risponde prevalentemente all'interesse del dante causa, mentre si rivela incongrua rispetto alla *fiducia cum creditore*, detta anche impura o egoistica, da noi però riguardata quale forma anomala della fiducia; per quest'ultima possiamo pertanto tener ferma la definizione secondo la quale la *causa fiduciae* consiste nella costituzione di un diritto di credito alla restituzione dello stesso bene trasferito<sup>139</sup>, diritto la cui esigibilità è subordinata al verificarsi di determinate circostanze, coincidenti con l'esaurimento dello scopo di garanzia.

Configurata in tali termini la *causa fiduciae*, essa sarà, quale autonoma causa atipica ad effetti reali, idonea a fungere da causa dell'attribuzione patrimoniale ogniqualvolta il rapporto obbligatorio, che con detta causa coincide, esprima un intento

---

<sup>136</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 369.

<sup>137</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 369, nota 5.

<sup>138</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 378.

<sup>139</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 114.

pratico “sussumibile nel concetto di privata autonomia” e perciò rispondente a un interesse meritevole di tutela<sup>140</sup>. In base a tale scuola di pensiero, che noi abbracciamo, vi sarebbe dunque spazio per la configurabilità, nell’ordinamento giuridico italiano, di un negozio fiduciario causale, retto da un’autonoma ed atipica *causa fiduciae* capace di produrre effetti reali.

La tesi da noi sostenuta verrà accolta anche da altri successivi autori<sup>141</sup>, a parere dei quali è necessario, per poter ammettere nel nostro ordinamento il negozio fiduciario, addivenire alla configurazione di un’autonoma *causa fiduciae*, in quanto la causa, essendo anima ed elemento determinante del negozio, si pone quale criterio di identificazione dello stesso. Tali autori rinvergono adeguato suffragio alla nostra tesi nell’attuale codice civile, che riconosce ai privati la facoltà di costituire contratti diversi da quelli legislativamente contemplati e quindi fondati su una causa atipica. Infatti il 2° comma dell’art.1322 dell’attuale codice civile, con ampia formulazione, dispone che “le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela”, senza stabilire eccezione alcuna per i contratti ad effetti reali, indi per cui non si rinviene alcun motivo di limitare la portata di tale norma ai soli contratti ad effetti obbligatori.

Per avallare ulteriormente la nostra tesi, possiamo addurre un altro argomento di diritto positivo: nell’articolo 1376 del codice civile, che si occupa specificamente dei contratti ad effetti reali, si parla genericamente di “contratti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà”, espressione ampia, che non può essere limitata ai soli contratti tipizzati *ex lege* e sottintende quindi la configurabilità di negozi causali atipici ad effetti reali<sup>142</sup>.

Riteniamo però di non poter condividere tale dottrina nel momento in cui asserisce che la *causa fiduciae* consiste “nella funzione di utilizzazione della titolarità di un diritto reale ad un fine più ristretto di ciò che la titolarità medesima comporterebbe, e quindi nel circoscrivere con effetti obbligatori un’attribuzione effettuata senza limiti sul piano reale con la conseguente possibilità di abusi”<sup>143</sup>. Tale definizione infatti, piuttosto che individuare la *causa fiduciae*, cioè la funzione socio-economica assolta dal negozio

---

<sup>140</sup> GRASSETTI, Del negozio fiduciario, cit., 369.

<sup>141</sup> DE MARTINI Angelo, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia in Giurisprudenza italiana*, I, 1946, col. 321 ss.

<sup>142</sup> DE MARTINI Angelo, *Il concetto di negozio fiduciario*, cit., col. 326

<sup>143</sup> DE MARTINI Angelo, *Il concetto di negozio fiduciario*, cit., col. 326

fiduciario, vale semplicemente a dar conto del carattere unitario della funzione fiduciaria, conseguito grazie alla combinazione dell'effetto obbligatorio e dell'effetto reale.

Quella risalente scuola di pensiero che rigetta l'ammissibilità di un negozio traslativo fondato sulla *causa fiduciae* revoca in dubbio da sé stessa le fondamenta della propria tesi nel momento in cui, identificando la *causa fiduciae* con lo scopo di garanzia o di mandato, reputa possibile perseguire tali finalità indirettamente, servendosi di negozi traslativi causali tipici; e in tal senso parla di negozi traslativi causali adattati a scopi minori e diversi dei loro scopi tipici, i quali rappresenterebbero una fattispecie negoziale complessa, risultante dal collegamento tra un contratto tipico ad effetti reali e un contratto obbligatorio avente ad oggetto la conclusione dello stesso contratto ad effetti reali. Tale collegamento consentirebbe di realizzare una funzione ulteriore, che si sovrappone a quella tipica del contratto traslativo<sup>144</sup>.

Tale ricostruzione è avallata da coloro<sup>145</sup> i quali ritengono che la causa propria di ogni negozio abbia per l'ordinamento giuridico una rilevanza soltanto formale e pertanto possa dirsi sussistente anche quando essa rivesta un'importanza economica minima nell'intento delle parti, in realtà dominato dal perseguimento di uno scopo ulteriore, il quale rimane però giuridicamente confinato nella sfera dei motivi psicologici delle parti.

Secondo tale ricostruzione i negozi traslativi causali adattati ad altri scopi differiscono profondamente dai negozi fiduciari ed esulano quindi dall'ambito della fiducia vera e propria, in quanto si fondano sulla causa propria del negozio traslativo di cui constano e non sulla *causa fiduciae*<sup>146</sup>, ma in verità sembra il contrario.

Precisamente sembra che tale ricostruzione permetta ai negozi fiduciari, scacciati dalla porta principale, di rientrare da quella secondaria, in quanto, se si riconosce la possibilità di adattare determinati negozi causali a scopi diversi e minori dei loro scopi tipici, la *causa fiduciae*, pur formalmente sconosciuta, funge lo stesso, almeno in senso materiale, quale fondamento del negozio traslativo. In altre parole, sebbene venga negata alla *causa fiduciae* idoneità a giustificare l'attribuzione patrimoniale, l'intento socio-economico ad essa corrispondente, e quindi la stessa *causa*

---

<sup>144</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 131, 137

<sup>145</sup> ASCARELLI Tullio, *Il negozio indiretto* in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 165 s.

<sup>146</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 137 s.

*fiduciae* in senso materiale, varrebbe comunque, purché dissimulata sotto uno schema causale tipico, ad operare il trasferimento della proprietà<sup>147</sup>.

La teoria dei negozi traslativi causali adattati a scopi diversi avvicina il fenomeno fiduciario in parte alla simulazione relativa, in parte al negozio indiretto.

La somiglianza con il fenomeno simulatorio, e più precisamente della simulazione relativa, sarebbe rappresentata dalla circostanza che si richiede, quale condizione di operatività della *causa fiduciae*, che detta causa sia dissimulata sotto uno schema causale tipico. Possiamo evidenziare come talvolta la giurisprudenza, prendendo spunto da tale teoria, abbia ricondotto il fenomeno fiduciario nell'alveo della simulazione relativa, configurando un negozio causale tipico simulato e un negozio fiduciario dissimulato<sup>148</sup>.

Quanto al negozio indiretto, è evidente che, costruendo il negozio fiduciario come negozio dotato di una causa oggettiva tipica, alla quale si sovrappone, nei motivi psicologici delle parti, uno scopo ulteriore, si riconduce implicitamente il fenomeno fiduciario nell'alveo del negozio indiretto. E in precedenza abbiamo già fatto notare come tale immedesimazione sia fallace, in quanto nel fenomeno fiduciario lo scopo avuto di mira dalle parti viene espresso dal contratto obbligatorio e non può quindi essere riguardato come un motivo, a differenza di quanto avviene nel negozio indiretto, ove lo scopo non è espresso da alcuna clausola o patto aggiunto.

In ultimo luogo possono registrarsi dissensi alla teoria dei negozi traslativi causali adattati ad altri scopi anche nell'ambito della stessa corrente dottrinale che nega l'ammissibilità di un negozio fiduciario causale.

Alcuni esponenti di tale corrente<sup>149</sup> hanno infatti avanzato seri dubbi sulla possibilità di adattare un negozio causale tipico a uno scopo fiduciario, rilevando che la causa di questo, cioè la funzione alla quale esso adempie, è incompatibile con la funzione fiduciaria: in altre parole un negozio non può essere retto allo stesso momento da due distinte cause, quali quella sua tipica, ad esempio vendita o donazione, e quella

---

<sup>147</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 374.

<sup>148</sup> In tal senso Cass. 21 giugno 1946, n.732 in *Giurisprudenza italiana* 1947, vol. I, col. 32 ss., che parla di vendita simulata allo scopo di costituire una garanzia reale. È però singolare l'incertezza della motivazione, nella quale la Corte, pur ritenendo che il contratto faccia riferimento solo fittiziamente alla vendita di immobili e qualificandolo quindi come apparentemente traslativo, addiuvine alla conclusione che non si possa dichiarare l'inesistenza del trasferimento di proprietà e coerentemente riconosce il diritto contrattuale per il debitore alienante di ottenere la retrocessione formale del bene dal creditore garantito, una volta esaurito lo scopo della garanzia.

<sup>149</sup> CARRARO Luigi, *Il mandato ad alienare*, CEDAM, Padova, 1947, 79.

corrispondente allo scopo fiduciario, ad esempio mandato. In tale prospettiva è stato affermato che lo scopo fiduciario realizzerebbe “un’arbitraria e non consentita astrazione parziale della causa”<sup>150</sup> del negozio tipico utilizzato.

Dobbiamo infine tenere conto di un’altra dottrina<sup>151</sup>, la quale, con argomentazioni non manifestamente infondate, revoca in dubbio la configurabilità nel nostro ordinamento di un negozio traslativo fondato su un’autonoma *causa fiduciae*, adducendo a sostegno della propria obiezione non il principio del *numerus clausus* delle cause ad effetti reali, bensì l’inidoneità della *causa fiduciae* a giustificare un effetto tanto ampio quanto il trasferimento della proprietà. Detta causa potrebbe infatti, per sua natura, produrre esclusivamente un trasferimento limitato sia nel tempo che nei poteri spettanti all’accipiente e quindi non sarebbe idonea alla traslazione di un diritto perpetuo ed illimitato quale la proprietà.

Tale ricostruzione si fonda sull’asserito principio della necessaria congruenza tra la causa e gli effetti del negozio, in virtù del quale una causa, a realizzare la quale sono sufficienti effetti limitati, non può giustificare effetti più ampi. In tale prospettiva è stato affermato che una causa vale a giustificare un determinato effetto giuridico in quanto essa non possa realizzarsi altrimenti che verificandosi quell’effetto<sup>152</sup>. Pertanto, a voler ammettere un trasferimento fondato sulla *causa fiduciae*, si dovrebbe conseguentemente riconoscere la costituzione di un diritto limitato dalla funzione fiduciaria e comunque difforme dalla proprietà o da altro diritto reale di godimento legislativamente previsto, urtando così contro il pacifico principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

Dal canto nostro possiamo obiettare che il principio della necessaria congruenza tra la causa e gli effetti del negozio, in base al quale una determinata causa non può giustificare effetti più ampi di quelli che sarebbero sufficienti a realizzarla, sebbene risponda a criteri logici e razionali, non trovi nel nostro ordinamento alcuna base normativa e sia pertanto opinabile.

Tale dottrina revoca poi in dubbio lo stesso concetto di *causa fiduciae*<sup>153</sup>, constatando che alla pluralità delle funzioni concretamente assolte dal negozio

---

<sup>150</sup> SANTORO PASSARELLI Francesco, *Istituzioni di diritto civile: dottrine generali*, Jovene, Napoli, 1946, 123.

<sup>151</sup> CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., 83 s. e nota 37.

<sup>152</sup> PUGLIESE Giovanni, *La simulazione nei negozi giuridici (studio di diritto romano)*, CEDAM, Padova, 1938, 36, nota 2.

<sup>153</sup> CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., 84 s.

fiduciario, ovverosia lo scopo di garanzia nella *fiducia cum creditore* e lo scopo di mandato nella *fiducia cum amico*, non può corrispondere un'unitaria *causa fiduciae*.

Infatti, poiché la causa va riferita al negozio nel suo complesso e quindi identificata nella funzione socio-economica che il medesimo, complessivamente inteso, è diretto a realizzare, la *causa fiduciae* dovrebbe risolversi nella funzione cui, a seconda delle ipotesi, adempie il negozio fiduciario: causa di garanzia nella *fiducia cum creditore*, causa di mandato nella *fiducia cum amico*. Né si potrebbe deporre per l'unitarietà del negozio fiduciario argomentando dalla circostanza che le due fattispecie fiduciarie hanno una comune struttura, consistente nel trasferimento di un diritto a scopo limitato, poiché in tal modo si pretenderebbe di comprendere e spiegare il negozio fiduciario sulla base di un solo elemento della sua fattispecie, prescindendo dalla funzione concretamente perseguita.

Dal canto nostro possiamo replicare che ridurre il fenomeno fiduciario all'insanabile dicotomia tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* non vale a rendere adeguata ragione della complessità e vastità del fenomeno stesso, al quale i privati ricorrono per fini che non si esauriscono ma anzi oltrepassano quelli di garanzia e di mandato. D'altronde, che il fenomeno fiduciario sia concretamente piegato ad un'ampia gamma di funzioni costituisce un dato storico, oltre che giuridico, incontrovertibile, dal quale però non riteniamo possibile desumere la mancanza di unitarietà del negozio fiduciario e quindi l'insussistenza di un'autonoma *causa fiduciae*.

Pertanto, come per il diritto romano, ad onta delle molteplici utilizzazioni del negozio fiduciario, abbiamo potuto far salvo il carattere unitario di tale negozio, ravvisandone l'essenza nella trasmissione della proprietà di una cosa in vista della successiva restituzione della medesima, così per il nostro diritto, nonostante le molteplici finalità assolve dal negozio fiduciario, riteniamo di poter deporre per l'unitarietà di tale negozio, in quanto fondato su un'autonoma *causa fiduciae* consistente “nel dare per aver da riavere o per far avere ad altri”<sup>154</sup>, e ciò malgrado tale formula appaia incongrua rispetto alla *fiducia cum creditore*, da noi però considerata come manifestazione anomala del fenomeno fiduciario.

---

<sup>154</sup> GRASSETTI, Del negozio fiduciario, cit., 378.

## 1. 5. Il dibattito sull'ammissibilità del negozio fiduciario in Italia nella seconda metà del XX secolo

Il dibattito sulla configurabilità di un'autonoma *causa fiduciae* e sulla conseguente ammissibilità di un negozio fiduciario causale si perpetua vivo per tutta la seconda metà del XX secolo fino ai giorni nostri.

È però idea ormai condivisa da larga parte della dottrina<sup>155</sup> che la disposizione di cui al comma 2° dell'art.1322 del codice civile, sancendo il principio dell'autonomia e della libertà negoziale, riconosca ai privati ampia facoltà di costituire rapporti contrattuali, con effetti sia obbligatori che reali, diversi da quelli tipizzati dalla legge e quindi, per tale via, che possano stipularsi negozi fiduciari, cioè contraddistinti da un'atipica *causa fiduciae*, dotati di efficacia reale<sup>156</sup>. Tali negozi devono reputarsi giuridicamente ammissibili tutte le volte in cui siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela; un'indagine in tal senso andrà condotta caso per caso avendo riguardo al rapporto obbligatorio, il quale si pone come causa dell'attribuzione patrimoniale, a sua volta mezzo indispensabile per permettere alle parti di raggiungere l'intento pratico espresso nello stesso contratto obbligatorio.

Eppure a fianco di tale impostazione si pone la ricostruzione di coloro<sup>157</sup> i quali, pur non negando l'ammissibilità del negozio fiduciario, configurano il negozio fiduciario quale fattispecie complessa, risultante dal collegamento funzionale di due negozi, dei quali uno ha carattere esterno, cioè rilevanza *erga omnes*, ed effetti reali, mentre l'altro ha carattere interno, cioè rilevanza esclusivamente *inter partes*, ed effetti obbligatori<sup>158</sup>. Nonostante tali due negozi siano connessi da "un'unica finalità economica"<sup>159</sup>, essi devono essere considerati come distinti e separati, di guisa che ne

---

<sup>155</sup> TRIMARCHI Vincenzo Michele, voce *Negozio fiduciario* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 41; MESSINEO Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1952, 561; CARNEVALI Ugo, voce *Negozio giuridico. III)Negozio fiduciario* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990, 4.

<sup>156</sup> In tal senso Cass., 19 maggio 1960, n.1261, in *Giustizia civile*, I, 1960, 2131-2135, che definisce il negozio fiduciario quale negozio causale, unico ed inscindibile, diretto verso un determinato scopo unitario. Conformemente a quanto sostenuto nel precedente paragrafo, la Corte non nega che tale negozio sia composto da due lati, ma rileva come questi si integrino vicendevolmente in una fattispecie unitaria permeata dalla *causa fiduciae* e quindi concorrano a costituire un negozio unico.

<sup>157</sup> LIPARI Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964, 304 s.; BETTI Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Torino, 1960, 324 ss.

<sup>158</sup> In tal senso Trib. Milano, 18 aprile 1974, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1975, II, 694, secondo cui nel negozio fiduciario sono configurabili due negozi strumentalmente collegati, uno con effetti reali e l'altro con effetti obbligatori.

<sup>159</sup> LIPARI Nicolò, *Il negozio fiduciario*, cit., 304.

segue la qualificazione del fenomeno fiduciario in termini di combinazione di negozi<sup>160</sup>; si avrebbe più precisamente l'“interferenza”<sup>161</sup> di un negozio traslativo astratto e di un negozio obbligatorio causale, atto e diretto a giustificare il primo.

In definitiva tale impostazione identifica la *causa fiduciae* nel nesso teleologico intercorrente tra contratto ad effetti reali e contratto obbligatorio, così svilendone la figura e la portata<sup>162</sup>.

Si deve però ritenere che, se si afferma la sussistenza di un'unica finalità o funzione economica, non si possa poi ignorare che il collegamento tra i due negozi, anziché risolversi *sic et simpliciter* nell'incidenza effettuale dell'uno sull'altro, si realizza più ampiamente sul terreno causale<sup>163</sup>. In altre parole dall'unica finalità o funzione economica discende, quale conseguenza necessaria, l'unitarietà della causa, proprio perché tali due concetti si identificano, consistendo la causa nella funzione socio-economica assolta dal negozio.

A scapito di tale ricostruzione dualistica, dobbiamo considerare che essa incorre nel rischio di condurre all'inammissibilità del negozio fiduciario nel nostro ordinamento, poiché, configurando il negozio traslativo quale negozio astratto, incappa nelle difficoltà relative alla configurabilità di quel negozio nel nostro ordinamento.

Si deve però tener conto di un consolidato orientamento giurisprudenziale, il quale, pur ravvisando nel negozio fiduciario il collegamento funzionale di due negozi, ne riconosce l'ammissibilità nel nostro ordinamento, assicurandogli conseguentemente adeguata tutela<sup>164</sup>. Non dobbiamo comunque tralasciare che tale corrente giurisprudenziale ha talvolta ridotto il ruolo del negozio obbligatorio a quello di negozio

---

<sup>160</sup> LIPARI Nicolò, *Il negozio fiduciario*, cit., 304.

<sup>161</sup> BETTI Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 324.

<sup>162</sup> DIURNI Giovanni, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'Alto Medioevo*, Giappichelli, Torino, 1992, 21.

<sup>163</sup> TRIMARCHI Vincenzo Michele, *Negozio fiduciario*, cit., 40, nota 84.

<sup>164</sup> In tal senso Cass., 24 gennaio 1967, n.215, in *Giurisprudenza italiana*, 1967, I, 1258 e Cass., 7 agosto 1982, n.4438, in *Massimario del foro italiano*, 1982, 926, che ravvisano nel negozio fiduciario il collegamento di due negozi, l'uno di carattere esterno, avente piena efficacia di fronte ai terzi e l'altro avente carattere interno e natura obbligatoria, diretto a modificare il risultato finale del negozio esterno; Cass., 2 settembre 1953, n.2931, in *Giurisprudenza italiana*, 1954, I, 751, secondo cui il risultato di natura reale, e quindi la traslazione della proprietà, opera in collegamento con intese di natura obbligatoria; Cass., 18 aprile 1957, n.1331, in *Giustizia civile: massimario annotato della Cassazione*, 1957, 524 s., secondo cui nel rapporto fiduciario concorrono due negozi, l'uno dispositivo e l'altro obbligatorio, i quali, sebbene collegati, non sono fusi unitariamente, ma distinti; cfr. nello stesso senso Cass., 11 agosto 1952, n.2646, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, III, 529; Cass., 19 febbraio 1971, n.435, in *Massimario del foro italiano*, 1971, 137; Cass., 23 luglio 1962, n.2035, in *Massimario del foro italiano*, 1962, 609; Cass., 27 febbraio 1962, n.378, in *Massimario del foro italiano*, 1962, 110.

accessorio e complementare, con funzione limitativa degli effetti del negozio traslativo, aderendo così a un'impostazione dottrinale da noi precedentemente criticata<sup>165</sup>.

Tra coloro che aderiscono alla tradizionale ricostruzione dualistica, non possiamo non menzionare chi<sup>166</sup>, al fine di invalidare qualsiasi condizione ostativa al riconoscimento nel nostro ordinamento del negozio fiduciario, reputa che il negozio traslativo non sia astratto e per ciò stesso inammissibile, bensì mantenga la causa tipica che gli è propria, di per sé capace di trasferire una proprietà piena.

Nell'ambito della complessa fattispecie fiduciaria tale proprietà, contestualmente al suo trasferimento, verrà gravata di oneri in virtù del contratto obbligatorio, rilevante esclusivamente *inter partes*. Indi per cui tra le parti opererà in concreto la causa del mandato e solo in astratto la causa della vendita: tra l'altro ciò spiegherebbe perché non possa essere preteso il prezzo della cosa. La causa della vendita opererà invece in concreto verso terzi, cosicché il fiduciario sarà, a tutti gli effetti, proprietario, con la conseguenza che nulla potrà impedire ai suoi creditori di soddisfarsi sul bene fiduciato.

Dal canto nostro possiamo anzitutto rilevare come tale impostazione contraddica il comune insegnamento, precedentemente accolto, in base al quale il fiduciario non è meno proprietario di fronte al fiduciante di quanto lo sia dinanzi a terzi. Se infatti si sostiene che nei rapporti tra fiduciario e fiduciante operi la causa del mandato e invece nei rapporti tra fiduciario e terzi operi la causa della vendita, si deve conseguentemente ritenere che la situazione reale di cui è investito il fiduciario si atteggi diversamente a seconda che sia posta in relazione ai terzi o al fiduciante: più precisamente al cospetto di terzi la proprietà del fiduciario rimarrebbe piena e perpetua, mentre al cospetto del fiduciante essa diverrebbe limitata ed interinale. Riteniamo pertanto di non poter accogliere tale ricostruzione.

In ultimo luogo riteniamo che la ricostruzione dualistica del fenomeno fiduciario, ovverosia in termini di fattispecie complessa o di combinazione di negozi, esuli dall'ambito della fiducia in senso proprio, in quanto il negozio fiduciario, per potersi veramente dire tale, postula una fattispecie semplice, animata da un'unitaria *causa fiduciae*<sup>167</sup>. Quest'ultima è, a nostro parere, meritevole di tutela e in quanto tale

---

<sup>165</sup> In tal senso Cass., 3 aprile 1980, n.2159, in *Massimario del foro italiano*, 1980, 426; App. Napoli, 5 ottobre 1972, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1972, II, 862, secondo cui il negozio base, produttivo dell'effetto di natura reale, viene dalle parti corretto con una clausola di natura obbligatoria, l'adempimento della quale è affidato alla fiducia in chi si è reso titolare del diritto.

<sup>166</sup> GALGANO Francesco, *Trattato di diritto civile*, vol. II, CEDAM, Padova, 2010, 472.

<sup>167</sup> TRIMARCHI Vincenzo Michele, *Negozio fiduciario*, cit., 43.

sufficiente a giustificare l'effetto traslativo, considerando che per il prodursi di tale effetto l'ordinamento pone due semplici condizioni: in primo luogo che nel negozio traslativo sia indicato l'assetto di interessi che il negozio stesso è diretto a realizzare e in secondo luogo che tali interessi siano meritevoli di tutela<sup>168</sup>.

Alla nostra posizione si contrappone quella di autorevole dottrina<sup>169</sup> la quale, conformemente alla più risalente dottrina confutata nel paragrafo precedente, nega l'ammissibilità di un'atipica *causa fiduciae* con efficacia reale, in ossequio al dogma del *numerus clausus* delle cause ad effetti reali. In tal modo il principio della libertà contrattuale, sebbene ampiamente riconosciuto dall'articolo 1322, comma 2°, verrebbe circoscritto all'ambito dei negozi obbligatori. L'autonomia privata sarebbe infatti soggetta ai limiti posti dall'articolo 31 delle preleggi, cioè derivanti dall'ordine pubblico e dal buon costume, fra cui figura il *numerus clausus* dei diritti reali, al quale corrisponde necessariamente il *numerus clausus* dei negozi ad effetti reali. Ma tali argomentazioni sono state già smentite in precedenza.

Comunque, sempre secondo tale dottrina, un'atipica *causa fiduciae* sarebbe inammissibile nel nostro ordinamento in considerazione del risultato che essa produce, consistente in un diritto reale nuovo, diverso da quelli legislativamente contemplati, e perciò inammissibile alla luce del principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

Infatti la *causa fiduciae* imporrebbe al destinatario della situazione reale una serie di norme comportamentali, quali l'obbligo di utilizzare la cosa trasferita in vista di uno scopo ben determinato e di ritrasferirla una volta esaurito quello scopo, non riconducibili allo schema della proprietà, in tal modo creando una proprietà limitata, in quanto sprovvista della facoltà di disposizione, e temporanea, in quanto priva di perpetuità. In altre parole alla *causa fiduciae* corrisponderebbe necessariamente, quale effetto, la costituzione di una proprietà fiduciaria, ovvero di una proprietà formale, estranea al nostro ordinamento, il quale consentirebbe di apporre dei limiti al diritto di proprietà soltanto in funzione dell'interesse pubblico e non in ragione di un vantaggio privato<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> CAMPAGNA Lorenzo, *Il problema dell'interposizione di persona*, Giuffrè, Milano, 1962, 134.

<sup>169</sup> PUGLIATTI Salvatore, *Fiducia e rappresentanza indiretta* in *Diritto civile. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, 269 ss.

<sup>170</sup> PUGLIATTI Salvatore, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, 16 ss.

In senso contrario s'è replicato<sup>171</sup> che il nostro ordinamento non è allergico a fattispecie di proprietà formale o comunque limitata, in quanto, in nome del principio generale della libertà contrattuale, i privati possono graduare in base ai propri interessi le situazioni reali che rappresentano il prodotto dell'autonomia negoziale, incidendo sulla distribuzione degli obblighi e delle facoltà inerenti a tali situazioni, come è dimostrato dalle alienazioni *sub modo* di un determinato utilizzo del bene o dai divieti negoziali di alienazione. In definitiva sarebbe possibile porre dei limiti alla proprietà non solo in ragione dell'utilità pubblica o collettiva, ma anche in nome dell'interesse individuale.

Si ponga mente, quale chiaro esempio di proprietà formale, alla titolarità del mandatario senza rappresentanza<sup>172</sup> che abbia acquistato beni immobili in nome proprio ma per conto del mandante: tali beni sono sottratti, purché siano osservate le forme di pubblicità stabilite dall'articolo 1707 del codice civile, all'azione esecutiva dei creditori del mandatario, in quanto il diritto di quest'ultimo mira a soddisfare un interesse del mandante, in capo al quale saranno infatti riversati gli effetti dell'intera operazione economica. L'articolo 1707 del codice civile dimostrerebbe come la rilevanza della proprietà formale non sia limitata *inter partes*, bensì si espliciti *erga omnes*, purché siano osservate le regole sulla pubblicità, poste a salvaguardia dei terzi.

Anche la vendita con patto di riscatto o alienazione dei beni in garanzia, in sostanza coincidente con la *fiducia cum creditore*, darebbe luogo a una "proprietà vincolata all'interesse del venditore"<sup>173</sup>, in quanto il debitore-fiduciante può riottenere il bene alienato. Occorre inoltre considerare che spesso nella prassi tale vendita si configura come trasferimento della titolarità senza possesso, al fine di soddisfare ad un tempo sia l'esigenza di garanzia del credito propria dell'acquirente-creditore che l'esigenza di continuare ad utilizzare il bene alienato propria del debitore-alienante.

Ricorrerebbe poi una proprietà provvisoria ogniqualvolta il proprietario di un certo bene abbia stipulato un contratto preliminare di vendita avente ad oggetto lo stesso. Egli ha infatti l'obbligo, alla data convenuta nel contratto preliminare, di vendere il bene al promissario acquirente, che, in caso di inadempimento, può ottenere una

---

<sup>171</sup> CARNEVALI Ugo, voce *Negozio giuridico. III)Negozio fiduciario* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990, 4; COSTANZA Maria, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale* in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1980, 433 ss.

<sup>172</sup> COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 435, 437; CARNEVALI, *Negozio giuridico. III)Negozio fiduciario*, cit., 4.

<sup>173</sup> COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 435.

sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso e gli attribuisca dunque la titolarità del bene. Anche tale fattispecie di proprietà formale non ha una rilevanza confinata ai rapporti *inter partes*, ma è opponibile nei confronti dei terzi, alla sola condizione che siano osservate determinate forme di pubblicità e cioè, in concreto, che sia trascritto il contratto preliminare avente ad oggetto diritti reali immobiliari.

Da tali considerazioni segue che la privata autonomia può variamente configurare i diritti reali, al fine di adattarne la fisionomia alle proprie esigenze e ai propri interessi, purché meritevoli di tutela<sup>174</sup>. Tale opinione è suffragata da chi<sup>175</sup> ritiene che, anche a voler deporre per la tassatività dei diritti reali, non è dimostrabile che tali diritti siano dotati di una struttura assolutamente rigida e pertanto imm modificabile da parte dei privati. In altre parole, se anche fosse esclusa la configurabilità di diritti reali nuovi, sarebbe comunque fatta salva la possibilità di modificare la struttura, i contenuti e quindi la disciplina dei diritti reali oggetto dell'attività negoziale.

In tale prospettiva, tale corrente dottrinale accredita presso il nostro ordinamento un'atipica *causa fiduciae*, ravvisandone la peculiarità nella produzione di una proprietà fiduciaria, cioè di una proprietà formale come tale ammissibile nel nostro ordinamento, vincolata nell'interesse di un soggetto privato e rilevante verso terzi nei limiti in cui è opponibile a costoro il titolo di acquisto.

Dal canto nostro, pur aderendo in linea di principio a tale corrente dottrinale, in quanto riconosciamo l'ammissibilità nel nostro ordinamento di ipotesi di proprietà formale, riteniamo di non poter estendere le conclusioni cui essa perviene alla *causa fiduciae*, sulla base delle seguenti considerazioni. Se infatti configurassimo la *causa fiduciae* come produttiva di una proprietà fiduciaria, cioè limitata nel tempo e nei poteri spettanti all'accipiente, verremmo a perdere di vista la potestà d'abuso, da noi riguardata come la sola vera caratteristica del negozio fiduciario, in quanto, come fatto notare da un autorevole autore<sup>176</sup>, l'abuso si può configurare solo in relazione a situazioni giuridiche soggettive che non nascono già limitate.

Pertanto, al fine di confutare la tesi che nega l'ammissibilità della *causa fiduciae* in quanto produttiva di una proprietà formale estranea al nostro ordinamento, non ci viene in aiuto dimostrare che tale tipologia di proprietà non sia ignota al nostro

---

<sup>174</sup> COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 436.

<sup>175</sup> VITUCCI Paolo, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Giuffrè, Milano, 1974, 38 s.

<sup>176</sup> LIPARI Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 155.

ordinamento, ma possiamo utilmente ribadire quanto affermato nel paragrafo precedente, e cioè che tale tesi trae la propria ragion d'essere da un principio il quale, sebbene non illogico *ictu oculi*, è sprovvisto di base normativa nel nostro ordinamento. Questo è il principio della necessaria congruenza tra la causa e gli effetti del negozio, in base al quale una causa non può giustificare effetti più ampi di quelli che sarebbero sufficienti a realizzarla e pertanto, più specificamente, la *causa fiduciae* non può giustificare la traslazione di una proprietà piena, ma solo di una proprietà limitata. In definitiva che la *causa fiduciae* debba necessariamente produrre una proprietà formale è supposizione della dottrina e non regola precettiva ricavabile dall'ordinamento.

Dobbiamo adesso esaminare l'opinione di chi<sup>177</sup>, pur ponendo quale premessa dei suoi ragionamenti la costruzione binaria, ritiene che l'intento fiduciario, cioè in sostanza la *causa fiduciae*, non risieda nel rapporto obbligatorio, ma sia il risultato della costruzione binaria stessa e pertanto consista formalmente in una "pluralità di intenti tra loro collegati" e sostanzialmente in un fine che non si esaurisce nella causa tipica del negozio traslativo.

Tale opinione fraintende evidentemente l'insegnamento, precedentemente accolto, secondo cui è il patto obbligatorio a esprimere lo scopo avuto di mira dalle parti e a contenere quindi la *causa fiduciae*, interpretandolo indebitamente nel senso che il negozio obbligatorio è "tale da realizzare effettivamente l'intento fiduciario". Alla luce di tale distorta interpretazione, essa obietta che l'intento fiduciario deve invece essere riferito alla costruzione binaria nel suo complesso, che altrimenti non avrebbe ragion d'essere.

Dal canto nostro riteniamo sia opportuno tener ferma la *causa fiduciae* nel negozio obbligatorio, poiché quest'ultimo soltanto è espressivo dello scopo avuto di mira dalle parti e quindi della causa in senso materiale. Quanto all'attribuzione patrimoniale, essa rimane comunque necessaria in quanto mezzo indispensabile per realizzare l'intento perseguito, in relazione al quale possiede quell'attitudine satisfattiva che non riscontriamo nel negozio obbligatorio.

Alla luce delle nostre considerazioni, è quindi evidente come il lato reale, provvisto di attitudine satisfattiva in relazione allo scopo avuto di mira, e il lato obbligatorio, espressivo dello scopo avuto di mira, si integrino reciprocamente nel negozio fiduciario, essendo l'uno manchevole del *proprium* dell'altro e viceversa, e

---

<sup>177</sup> BOLOGNA Italo, *Considerazioni sui negozi fiduciari* in *Rivista di diritto civile*, 1955, I, 631 s.

concorrano quindi a costituire un'unità funzionale, la quale consente di configurare un'autonoma *causa fiduciae*.

Quanto alle posizioni più recenti, alcuni autori<sup>178</sup> hanno ravvisato nel negozio fiduciario la combinazione di più cause tipiche, precisamente di vendita e di mandato, riconducendolo così tra i contratti collegati. Infatti il negozio traslativo e quello obbligatorio non sono semplicemente giustapposti, bensì, sebbene sussumibili entro distinti schemi causali, sono funzionalmente collegati al fine di realizzare un fine pratico unitario. Il collegamento funzionale spiega d'altronde la ragione per cui il fiduciario non deve pagare il prezzo, senza essere per ciò stesso considerato inadempiente.

Il negozio fiduciario costituirebbe invece un contratto con causa mista, e più in particolare vendita mista a mandato, qualora la regolamentazione dell'intero rapporto sia dettata da un solo contratto. Si adduce quale esempio di tale ultima fattispecie l'intestazione di titoli azionari alla società fiduciaria, finalizzata alla gestione degli stessi.

Tale impostazione, che si prefigge di negare la configurabilità di un'autonoma *causa fiduciae*, è in realtà atta esclusivamente a dissimularla. Anche in tal caso, come già in relazione alla teoria dei negozi traslativi causali tipici adattati ad altri scopi, possiamo obiettare che il negozio fiduciario, scacciato dalla porta, rientra dalla finestra.

Infatti, con riguardo all'identificazione del negozio fiduciario con i contratti collegati, è facile rilevare come il fine pratico unitario perseguito attraverso l'insieme dei contratti coincida con la *causa fiduciae*, rediviva perlomeno dal punto di vista materiale.

Quanto al contratto con causa mista, è noto che in tale particolare categoria negoziale, ferma restando l'unitarietà del contratto, può realizzarsi la fusione o la concorrenza delle cause, a seconda che queste siano rispettivamente compatibili o incompatibili tra loro. Nella prima ipotesi le cause si compenetrano vicendevolmente concorrendo a "realizzare un interesse unitario sul piano pratico-economico"<sup>179</sup>, mentre nella seconda ipotesi, che si concreta ad esempio nella vendita mista a donazione, il contratto si giustifica in parte in una causa e in parte nell'altra.

---

<sup>178</sup> FRANZONI Massimo, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto* in *Diritto civile* diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, 837 s.

<sup>179</sup> BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile*, vol. III *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, 479.

Pertanto, se si arrivasse ad affermare che nel negozio fiduciario si realizza semplicemente una concorrenza di cause, si dovrebbe coerentemente negare la configurabilità di un'unitaria *causa fiduciae*. Riteniamo però di poter deporre nel senso della compatibilità tra la causa di mandato e la causa di vendita e quindi per la loro fusione, trovando avallo a tale conclusione anche in giurisprudenza<sup>180</sup>. È poi evidente, a nostro parere, che la fusione di tali due cause sortirà quale effetto naturale la creazione della *causa fiduciae*.

Sempre di recente, ma da un differente angolo visuale, è stato sferrato un altro attacco avverso la *causa fiduciae*, asserendo<sup>181</sup> che essa costituisce semplicemente il motivo del trasferimento fiduciario, il quale verrebbe a realizzarsi in virtù della causa propria del negozio traslativo tipico utilizzato. Il contratto obbligatorio, ridotto al ruolo di "clausola fiduciaria", avrebbe esclusivamente la funzione di correggere gli effetti del negozio traslativo, piegandolo ad un fine ulteriore, e così esprimerebbe nient'altro che il motivo per il quale il trasferimento viene effettuato.

Tale impostazione revoca in dubbio il comune insegnamento, da noi accolto, secondo cui la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale è rappresentata dall'effetto obbligatorio. Essa ricalca sostanzialmente quella dottrina che ammetteva la possibilità di adattare i negozi traslativi causali a scopi diversi e minori dei loro scopi tipici, cosicché possiamo valerci dello stesso ordine di obiezioni precedentemente sollevate, in base alle quali la *causa fiduciae*, sebbene formalmente relegata nell'ambito dei motivi, vale materialmente a giustificare la traslazione della proprietà, operata in virtù dell'intento socio-economico a detta causa corrispondente.

Tale tesi rivela inoltre un'intima contraddittorietà nel momento in cui afferma che il motivo fiduciario, contenuto nel patto obbligatorio, fa del trasferimento un mezzo per raggiungere un fine ulteriore, espresso anch'esso nella clausola obbligatoria. È infatti evidente che, se si riduce il trasferimento a mero mezzo per perseguire un fine ulteriore, non si può poi sostenere che esso sia animato dalla causa tipica del negozio traslativo utilizzato; al contrario il trasferimento dovrà ritenersi giustificato da quel fine

---

<sup>180</sup> In tal senso Cass., 26 settembre 1979, n.4961, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, I, 1545, che qualifica l'accordo col quale una società si obbliga a svolgere un'attività promozionale per la diffusione di un prodotto ottenendo l'esclusiva della vendita del prodotto stesso quale contratto sinallagmatico misto ove si realizza la commistione di vendita e mandato, seppur con prevalenza della prima.

<sup>181</sup> LISERRE Antonio, BARBERO Domenico, FLORIDIA Giorgio, *Il sistema del diritto privato*, UTET, Torino, 2001, 259 s.

ulteriore alla cui realizzazione è necessario: fine ulteriore riposto nel patto obbligatorio e coincidente con la *causa fiduciae*.

Dobbiamo in ultimo luogo esaminare l'impostazione alternativa<sup>182</sup> secondo cui la *causa fiduciae* è inidonea ad esprimere la concreta ragione giustificativa del trasferimento fiduciario e vale piuttosto a descrivere quel combinarsi di effetti reali e obbligatori tipico del contratto fiduciario, la causa del quale dovrebbe rinvenirsi fuori del meccanismo fiduciario. Sostenere infatti che il contratto fiduciario sia fondato sulla *causa fiduciae* è "tautologico e autoreferenziale" quanto sostenere che la causa della procura consista nel conferire poteri rappresentativi.

Più specificamente ricorrerebbe una causa di scambio nell'ipotesi di intestazione di titoli azionari a una società fiduciaria: scambio tra il servizio reso da tale società e il corrispettivo con cui l'azionista-fiduciante lo remunera. Sussisterebbe poi una causa di garanzia in caso di *fiducia cum creditore*. In ultimo luogo si avrebbe una causa di scambio in senso concreto ogniqualvolta l'attivazione del meccanismo fiduciario non risponda all'esclusivo interesse del fiduciante, ma si fondi anche su qualche percepibile vantaggio o utilità del fiduciario. Viceversa il negozio fiduciario sarebbe nullo per mancanza di causa ove l'impegno venga assunto da un fiduciario completamente disinteressato, il quale non tragga alcun vantaggio dall'operazione economica.

È evidente come l'adesione a tale impostazione conduca a conseguenze inaccettabili, quali la nullità, per mancanza di causa, di tutte le esplicazioni della *fiducia cum amico*, anche detta fiducia pura o altruistica, dai noi riguardata come forma originaria di fiducia.

Dal canto nostro possiamo replicare che la *causa fiduciae* non costituisce una formula vuota e generica, ma è capace di dar conto dell'assetto di interessi realizzato dalle parti.

Quanto alla *fiducia cum amico*, abbiamo rilevato in precedenza che la *causa fiduciae* consiste nel dare per aver da riavere: tale formula ben rende l'idea dell'assetto di interessi realizzato dalle parti, rispondente all'esclusiva o prevalente utilità del fiduciante, il quale si trova in una situazione per cui gli è più vantaggioso vantare un credito alla restituzione di un determinato bene che mantenere la proprietà di quel bene.

Quanto alla *fiducia cum creditore*, abbiamo in precedenza rilevato come la *causa fiduciae* consista nella costituzione di un diritto di credito alla restituzione dello

---

<sup>182</sup> ROPPO Vincenzo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 683 s.

stesso bene trasferito, diritto la cui esigibilità è subordinata all'esaurimento dello scopo di garanzia: formula ben idonea ad esprimere l'assetto di interessi realizzato dalle parti, corrispondente all'esigenza di garantire il credito dell'acquirente e quindi alla funzione di garanzia.

## CAPITOLO 2: STRUTTURA DEL NEGOZIO FIDUCIARIO E CLASSIFICAZIONI

### 2. 1. Fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanico: critica

La dottrina, animata da intenti chiarificatori e mossa da fini didattici, è stata spesso incline a fornire spiegazioni univoche e immediate del fenomeno fiduciario, ad onta della sua singolare complessità e a scapito della fedeltà all'evoluzione storica di tale istituto e dell'aderenza ai dati normativi e negoziali.

Come s'è tentato di esaurire nella bipartizione *fiducia cum amico* - *fiducia cum creditore* il caleidoscopio di finalità concretamente perseguite dai privati attraverso il fenomeno fiduciario, così, a fronte dei diversi modelli di negozio fiduciario riscontrabili nel corso della storia in differenti tradizioni giuridiche, tali modelli sono stati ipostatizzati nella schematizzazione dualistica fiducia di tipo germanico - fiducia di tipo romanistico, concepita dalla Pandettistica tedesca nella seconda metà del diciannovesimo secolo.

All'interno di questa grande scuola di pensiero possiamo infatti riscontrare due correnti ad un tempo opposte e complementari. La prima, più antica, ha elaborato, traendola dal diritto romano, la costruzione romanistica della fiducia, connotata dall'attribuzione di un diritto incondizionato, mentre la seconda ha ideato, desumendola dal diritto germanico, la costruzione germanistica della fiducia, contraddistinta al contrario dall'attribuzione di un diritto risolutivamente condizionato. L'antitesi tra tali due costruzioni costituirebbe così una dicotomia onnicomprensiva dei possibili modelli di negozio fiduciario.

La distinzione tra la fiducia romanistica, caratterizzata da un'attribuzione piena e illimitata, circoscritta solo *inter partes* con effetti obbligatori, e la fiducia germanistica, che riserva al fiduciante un'incidenza di carattere reale sul diritto trasmesso, il quale risulta così perfettamente commisurato allo scopo perseguito, fu ideata per primo da Alfred Schultze<sup>1</sup>, il quale la dedusse da una fondamentale differenza che aveva riscontrato tra la romana *mancipatio fidi fiduciae causa* e la germanica *Treuhand*. Precisamente nella prima la pienezza della proprietà acquistata dal fiduciario sul bene

---

<sup>1</sup> SCHULTZE Alfred, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, cit., 95 ss.; Id., *Treuhaender im geltenden buergerlichen Recht in Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts*, 1901, 6 ss.

fiduciato e la natura soltanto obbligatoria dell'intesa fiduciaria precludeva al fiduciante di recuperare il bene che il fiduciario avesse illegittimamente alienato ad un terzo, mentre nella seconda, poiché la situazione giuridica reale del fiduciario era correlata a una condizione risolutiva, il fiduciante conservava il diritto di rivendicare dal terzo il bene che il fiduciario gli avesse illegittimamente alienato. L'apposizione della condizione risolutiva limita, secondo Schultze, il potere del fiduciario, il quale non sarebbe più proprietario, ma semplice titolare di un diritto reale su cosa altrui<sup>2</sup>.

In tale prospettiva dualistica la fiducia di tipo romanistico deriverebbe dalla romana *mancipatio fidi fiduciae causa* e sarebbe quindi tipica degli ordinamenti romanistici e in senso più ampio della tradizione giuridica romana, mentre dalla germanica *Treuhand* discenderebbe la fiducia di tipo germanico, modello fiduciario proprio degli ordinamenti germanici e in senso più ampio della tradizione giuridica germanica. Pertanto il fenomeno fiduciario, pur svolgendo la medesima funzione e rispondendo alla medesima *ratio* in tali due distinte tradizioni giuridiche, assume nell'una e nell'altra struttura e configurazione differenti, di guisa che dovrebbero configurarsi due modelli paradigmatici di fiducia, i quali, sebbene appartengano allo stesso ceppo e siano quindi sussumibili entro un unico schema concettuale, devono tenersi distinti.

Precisamente la linea distintiva tra la fiducia romanistica e la fiducia germanistica sarebbe rappresentata, in base alla ricostruzione di Schultze<sup>3</sup> e secondo la formulazione di un autorevole autore italiano, "dall'essenza e dai limiti del potere giuridico conferito al fiduciario"<sup>4</sup>.

Nella fiducia romana al fiduciario viene attribuita una situazione giuridica reale piena e incondizionata, non limitata né gravata dallo scopo dell'attribuzione, il quale opera "solo indirettamente per la via del rapporto obbligatorio"<sup>5</sup> tra fiduciante e fiduciario. Al carattere obbligatorio del rapporto tra fiduciante e fiduciario corrisponde coerentemente il carattere obbligatorio della tutela accordata al fiduciante: la violazione di tale rapporto, coincidente con l'utilizzo arbitrario o la disposizione illegittima del bene fiduciato da parte del fiduciario, dà luogo esclusivamente alla tutela risarcitoria.

---

<sup>2</sup> SCHULTZE, *Treuhaender im geltenden buergerlichen Recht*, cit., 12.

<sup>3</sup> SCHULTZE, *Treuhaender im geltenden buergerlichen Recht*, cit., 6 ss.

<sup>4</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 10.

<sup>5</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 10.

Secondo la formulazione di un autorevole autore, “la determinazione dello scopo non opera realmente, né contro il fiduciario, né contro i terzi”<sup>6</sup>, cioè il rapporto obbligatorio, espressivo dello scopo, non è in alcun modo idoneo a rimuovere con effetto reale l’abuso del fiduciario<sup>7</sup>. Se quindi il fiduciario aliena il diritto ad un terzo contro l’intesa col fiduciante, quest’ultimo perde irrimediabilmente il diritto. Nella fiducia romanistica è caratteristica della posizione del fiduciario, in quanto investito pienamente del diritto di fronte a terzi, compreso lo stesso fiduciante, la potestà d’abuso<sup>8</sup>.

Al contrario nella fiducia germanica i limiti apposti alla proprietà in vista della sua destinazione a un determinato scopo non ricadono nel lato interno del negozio, cioè nel rapporto obbligatorio tra fiduciante e fiduciario, ma ne interessano il lato esterno, incidendo con efficacia reale sul diritto del fiduciario<sup>9</sup>.

Nel diritto germanico la determinazione dello scopo assume dunque un ruolo più consistente: non si limita ad esercitare un’ influenza indiretta, per il tramite del rapporto obbligatorio, ma influisce direttamente, in virtù dell’apposizione di una condizione risolutiva al trasferimento della proprietà, sulla sfera del potere giuridico attribuito al fiduciario. Poiché il fiduciario acquista un diritto di proprietà limitato da una condizione risolutiva, la quale è dotata di efficacia reale, qualunque uso di tale diritto contrario allo scopo convenuto dalle parti è sanzionato dalla condizione risolutiva con la perdita del diritto stesso. Si rende in tal modo “realmente inefficace ogni uso contrario allo scopo, il quale provoca un ritorno del bene al fiduciante o agli eredi, anche a danno del terzo acquirente”<sup>10</sup>.

Non può dunque dirsi che sia caratteristica della fiducia germanica la potestà d’abuso: nel momento in cui l’abuso stesse per compiersi, verrebbe meno per ciò stesso il potere conferito al fiduciario e quindi l’atto di abuso non riuscirebbe a ledere le aspettative e ad intaccare i diritti del fiduciante<sup>11</sup>.

Quanto alla condizione risolutiva, essa può assumere fisionomia diversa a seconda dello scopo concretamente perseguito. Si deve però ritenere che alcune

---

<sup>6</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 10.

<sup>7</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 24.

<sup>8</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 25.

<sup>9</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 25 s.

<sup>10</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 10.

<sup>11</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 26.

condizioni ricorrano inderogabilmente<sup>12</sup>: la morte o il fallimento del fiduciario; l'atto abusivo del fiduciario, che si concreta ogniqualvolta il fiduciario, contravvenendo ai suoi obblighi, utilizza o dispone del diritto a proprio vantaggio e comunque per scopi difformi dallo scopo stabilito; l'esaurimento la sopravvenuta impossibilità dello scopo<sup>13</sup>.

In definitiva sarebbe differenza fondamentale tra la fiducia germanistica e la fiducia romanistica che nella prima il potere è correlato alla condizione risolutiva, mentre nella seconda il potere è senza controllo, non essendo stabilito alcun limite in ordine alla disponibilità della cosa<sup>14</sup>.

Come ha rilevato un autorevole autore italiano<sup>15</sup>, la differenza tra fiducia romana e fiducia germanica non è limitata al solo profilo strutturale, ma involge più ampiamente l'indole e la natura di questi due modelli. Infatti nella fiducia germanica lo scopo espresso nel rapporto obbligatorio, riverberandosi sulla situazione giuridica reale, la condiziona risolutivamente e così rende impossibile un abuso della stessa, la quale, per tal motivo, non può essere considerata autenticamente fiduciaria.

Dal canto nostro, riteniamo di dover concordare con tale autore, sulla base del comune insegnamento, da noi precedentemente accolto, secondo cui la vera caratteristica del negozio fiduciario è la potestà d'abuso. Quest'ultima non si riscontra nella fiducia germanica, poiché, in tale modello, secondo un principio asserito da alcuni autori<sup>16</sup>, il diritto trasferito in capo al fiduciario è perfettamente proporzionato allo scopo avuto di mira dalle parti. Riteniamo di poter condividere tale principio in quanto, individuando il *proprium* del modello germanico nella proporzione tra diritto e scopo, non vale a negare il comune insegnamento secondo il quale ogni negozio fiduciario, anche di stampo romanistico quindi, risulta caratterizzato dalla congruenza tra il mezzo e lo scopo avuto di mira dalle parti.

La bipartizione fiducia germanica - fiducia romanistica è destinata a sollevare una gran questione relativamente all'individuazione della costruzione fiduciaria cui ricorrere in linea di massima. In altre parole da tale dicotomia discende inevitabilmente

---

<sup>12</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 11 s.

<sup>13</sup> CARNEVALI Ugo, *Negozi giuridico. III)Negozio fiduciario* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XX, 1990, 1 s.

<sup>14</sup> DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'Alto Medioevo*, cit., 26.

<sup>15</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 12, nota 3.

<sup>16</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 199; TREGGIARI, *Negozi fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., 891.

l'interrogativo circa quale configurazione debbano assumere, nella normalità dei casi, i negozi fiduciari.

Schultze, con riguardo al diritto tedesco, scioglie tale nodo in favore della costruzione germanistica. Egli fonda la sua soluzione sulla tradizione storico-giuridica e precisamente sulla continuità della fiducia dell'attuale diritto tedesco con la fiducia propria del diritto germanico.

Secondo Schultze, la differente configurazione assunta dal fenomeno fiduciario nell'ordinamento romano e in quello germanico può spiegarsi considerando la differente attuazione che il principio di pubblicità delle situazioni giuridiche reali ebbe in questi due ordinamenti.

Infatti nel diritto romano, caratterizzato dalla mancanza di un sistema di pubblicità, tutti i diritti reali erano intrinsecamente opponibili *erga omnes*, a prescindere dalla loro riconoscibilità. Indi per cui, al fine di preservare la sicurezza del traffico giuridico, si esclude la possibilità di limitare con efficacia reale le situazioni giuridiche reali e di conseguenza la configurabilità di un negozio traslativo condizionato risolutivamente, proprio in quanto limitato con efficacia reale.

Invece nel diritto germanico, poiché vigeva il principio per cui i terzi non potevano essere lesi dalle limitazioni non rese pubbliche, sebbene aventi efficacia reale *inter partes*, non v'era alcun ostacolo ad ammettere con riguardo a qualsivoglia negozio traslativo, ivi compreso quello fiduciario, una limitazione di carattere reale, quale la condizione risolutiva<sup>17</sup>. Poiché nell'ambito della tradizione giuridica germanica i principi circa la pubblicità sono rimasti immutati, secondo Schultze deve tenersi ferma per tale tradizione, e di conseguenza per l'attuale diritto tedesco, la costruzione fiduciaria corrispondente.

La costruzione germanistica, assunta così a schema fiduciario di riferimento per la tradizione giuridica germanica, trova però un grave ostacolo proprio nell'ordinamento tedesco e precisamente nel paragrafo 925 del BGB, che vieta l'apposizione di qualunque condizione al trasferimento della proprietà dei fondi.

Secondo Schultze<sup>18</sup> tale ostacolo può superarsi per mezzo dell'istituto della prenotazione (*Vormerkung*) di cui al paragrafo 883 del BGB, in base al quale chiunque sia titolare di un diritto di credito, avente ad oggetto il trasferimento o la costituzione di

---

<sup>17</sup> SCHULTZE, *Treuhaender im geltenden buergerlichen Recht*, cit., 15 ss.

<sup>18</sup> SCHULTZE, *Treuhaender im geltenden buergerlichen Recht*, cit., 19 ss.

un diritto reale immobiliare, può, iscrivendo una prenotazione relativa all'immobile in questione, tutelare in via reale il proprio credito<sup>19</sup>. Quindi il fiduciante può, iscrivendo la prenotazione nei registri immobiliari, assicurare alla propria pretesa giuridica, di natura obbligatoria, ma relativa al ritrasferimento del bene e quindi a una modificazione giuridica di carattere reale, una tutela di carattere reale, così limitando immediatamente la proprietà del fiduciario sul fondo. Il fiduciante, in base ai paragrafi 883-888 del BGB, prevarrà su tutti i terzi, anche in buona fede, che acquistino diritti sul fondo mediante un atto dispositivo del fiduciario successivo all'iscrizione della prenotazione e in contrasto con lo scopo convenuto dalle parti.

Schultze infine sostiene apoditticamente l'esistenza di una presunzione a favore della fiducia germanica, la quale deve guidare l'interprete nel ricostruire la volontà delle parti<sup>20</sup>.

Si può opporre allo Schultze un'obiezione decisiva, fondata sulle seguenti osservazioni<sup>21</sup>.

Innanzitutto la fiducia di tipo germanico ricorre solo quando è dimostrato che le parti hanno voluto apporre al trasferimento fiduciario una condizione risolutiva. Poiché le condizioni possono essere apposte anche tacitamente, è possibile, qualora ne ricorrano gli estremi, dimostrare che i contraenti un determinato negozio hanno voluto apporvi una condizione, sebbene non l'abbiano esplicitata. Ma non è lecito, dal momento che l'apposizione della condizione postula una conforme volontà delle parti in tal senso, stabilire a priori che un'intera categoria di negozi giuridici sia intrinsecamente sottoposta a condizione.

Infine non si può avallare, quale criterio interpretativo della volontà negoziale, la presunzione a favore della fiducia germanica, in quanto sprovvista di qualsivoglia base normativa nell'ordinamento tedesco così come nel nostro. Tale presunzione non può ammettersi nemmeno nei casi dubbi, in quanto non si può, al fine di sciogliere un nodo interpretativo, limitare in maniera tanto rilevante la volontà delle parti<sup>22</sup>. Occorre inoltre rilevare che la presunzione a favore della fiducia germanica, in quanto fondata soprattutto sulla tradizione storico-giuridica, a maggior ragione non potrebbe valere

---

<sup>19</sup> CHIANALE Angelo, voce *Pubblicità immobiliare* in *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*, vol. XVI, 1997, 129.

<sup>20</sup> SCHULTZE, *Treuhaender im geltenden buergerlichen Recht*, cit., 103.

<sup>21</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 15.

<sup>22</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 16.

negli ordinamenti giuridici latini, in cui, a voler ammettere una presunzione basata sui precedenti storico-giuridici, si dovrebbe sostenere la presunzione contraria<sup>23</sup>.

Lo Schoeny<sup>24</sup> aderisce alla tesi dello Schultze adducendo quale argomento la norma interpretativa in virtù della quale i contratti devono essere interpretati secondo buona fede (paragrafo 157 BGB, articolo 1366 codice civile italiano).

Si può replicare allo Schoeny che la buona fede, intesa quale linea-guida interpretativa, non può importare che una determinata categoria di negozi giuridici debba ritenersi in linea di principio sottoposta a condizione; la nostra obiezione vale a maggior ragione per i negozi fiduciari, ove l'elemento fiduciario, cioè l'affidamento riposto da una parte nella *fides* dell'altra, mal sopporta la previsione di strumenti di tutela dell'una avverso l'altra, quali l'apposizione della condizione risolutiva<sup>25</sup>.

Come sopra detto, la fiducia di tipo germanico trova un serio ostacolo alla sua ammissibilità proprio nell'ordinamento tedesco, in virtù di quella norma precitata che vieta l'apposizione di qualunque condizione al trasferimento di fondi. A nulla vale l'obiezione dello Schultze, che individua un rimedio nell'istituto della prenotazione, in primo luogo perché il ricorso a tale istituto richiede una diligenza al di sopra della media e deve quindi ritenersi insolito per le parti e soprattutto perché la prenotazione non farebbe salva la costruzione germanistica della fiducia, la quale postula una condizione risolutiva.

La prenotazione non può infatti essere equiparata ad una condizione risolutiva, dalla quale differisce profondamente, in primo luogo dal punto di vista ontologico, in quanto la prenotazione è uno strumento di pubblicità dichiarativa, mentre la condizione è un elemento accidentale del contratto, e in secondo luogo dal punto di vista effettuale, poiché la prenotazione, pur garantendo, anche di fronte a terzi, il fiduciante da atti dispositivi infedeli, non determina *ipso iure* il ritorno dei beni al fiduciante al pari dell'avverarsi di una condizione risolutiva<sup>26</sup>. Infatti il fiduciante tutelato dalla prenotazione, a fronte di un atto dispositivo lesivo del suo diritto di credito, può soltanto ingiungere al fiduciario inadempiente di compiere nei suoi confronti *l'Auflassung*, dichiarazione di natura astratta idonea, purché iscritta nei registri immobiliari, alla

---

<sup>23</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 17.

<sup>24</sup> SCHOENY, *Treuhandgeschaefte* in *Archiv fuer Buergerliches Recht*, XXXV, 1910, 306.

<sup>25</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 15 s.

<sup>26</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 16.

traslazione del diritto reale immobiliare. Se il fiduciario non ottempera, la dichiarazione può essere sostituita da una sentenza di esecuzione forzata<sup>27</sup>.

La prenotazione quindi non determina, al contrario della condizione risolutiva, alcun meccanismo automatico di restituzione del bene.

Quanto alla validità della schematizzazione sopra esaminata, riteniamo anzitutto che la sigla “di tipo romanistico” o “di tipo germanico” sia fuorviante, in quanto questi due modelli fiduciari rappresentano non tanto il portato di due differenti tradizioni giuridiche quanto il risultato di un’elaborazione dottrinale che, sebbene non aprioristica, costringe entro rigide gabbie concettuali un’esperienza negoziale e normativa poliedrica e millenaria. Pertanto sembra più opportuno parlare di una costruzione fiduciaria romanistica e di una costruzione fiduciaria germanica.

In secondo luogo è stata revocata in dubbio la riconducibilità della fiducia romanistica e della fiducia germanica alla tradizione giuridica cui rispettivamente si richiamano, ravvisandosi in tali due modelli il risultato di una tipizzazione dottrinale astratta da qualsivoglia evoluzione storica<sup>28</sup>. Essi sarebbero quindi degli schemi negoziali derivati da istituti antichi, dei quali però non riproducono la fisionomia<sup>29</sup>. Tali conclusioni, seppur eccessive, possono essere in larga parte accolte.

È legittimo infatti ritenere che l’antitesi fiducia romana - fiducia germanica sia troppo semplicistica e immediata per poter rappresentare fedelmente ed esaurientemente un’esperienza giuridica complessa e articolata quale quella fiduciaria<sup>30</sup>. Tali due modelli fiduciari, in quanto costituiscono categorie statiche, non possono rendere ragione del percorso dinamico tracciato durante i secoli dalla fiducia nello spazio giuridico europeo e quindi non possono rappresentare l’esatto risultato di una ricostruzione storica fedele e veridica. Questa semplificazione manichea del fenomeno fiduciario, sebbene abbia una qualche efficacia descrittiva, non può essere assolutizzata, in quanto evocativa di una netta contrapposizione tra due visioni della fiducia, ciascuna propria di una distinta tradizione giuridica, che non si riscontra né nella storia, né nel presente<sup>31</sup>.

Si può infatti facilmente rilevare come ciascuno di questi modelli non sia esclusivo della tradizione giuridica alla quale la sigla “di tipo germanico” o “di tipo

---

<sup>27</sup> CHIANALE Angelo, voce *Pubblicità immobiliare*, cit., 129.

<sup>28</sup> LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., 78.

<sup>29</sup> PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 243.

<sup>30</sup> DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell’Alto Medioevo*, cit., 28.

<sup>31</sup> TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., 892.

romanistico” vorrebbe riferirlo, ma sia o sia stato praticato anche in aree giuridiche differenti.

Nel diritto germanico, come si è precedentemente osservato, erano praticati anche trasferimenti fiduciari incondizionati e quindi forme di fiducia riconducibili al modello romanistico.

Con riguardo all’ordinamento romano, sebbene sia vero che la fiducia di tipo germanico non fosse e non potesse essere praticata, in quanto era estranea a tale ordinamento la condizione risolutiva, spesso la dottrina trascura che è prodotto di matrice romana il mandato, modello paradigmatico della legittimazione a compiere atti in nome altrui, il quale rappresenta il precursore di tutti quei negozi fiduciari, indebitamente ignorati dalla bipartizione in tale sede esaminata, ove si realizza la scissione tra la proprietà formale spettante al fiduciario e la proprietà sostanziale che rimane in capo al fiduciante, quali l’italica *commendatio* e l’attuale *Ermaechtigungstreuhand*. Quest’ultima, la quale consiste nella legittimazione ad esercitare in nome proprio un diritto la cui titolarità rimane in capo al fiduciante, è configurabile non solo nel diritto tedesco in virtù del paragrafo 185 del BGB, ma anche nel diritto italiano in relazione all’intestazione fiduciaria di titoli azionari: siamo evidentemente di fronte ad un fenomeno di circolazione dei modelli.

Quale controprova, l’attuale ordinamento tedesco conosce e disciplina, accanto all’*Ermaechtigungstreuhand*, la *fiduziarische Treuhand*, la quale si pone come perfettamente corrispondente al modello fiduciario romanistico, in quanto importa il trasferimento al fiduciario di tutte le facoltà inerenti al diritto di proprietà sul bene fiduciato, con il solo limite del patto obbligatorio<sup>32</sup>.

Quanto alla questione relativa all’ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico di una fattispecie fiduciaria corrispondente alla fiducia germanistica, riteniamo, nonostante la contraria opinione di un autorevole autore<sup>33</sup>, di poter deporre per la soluzione positiva, sulla base delle seguenti considerazioni.

In primo luogo ci sembra decisivo che il nostro ordinamento contempli la condizione risolutiva e non ne vieti l’apposizione con riguardo ai negozi ad effetti reali. Riteniamo inoltre che la contemporanea presenza nel nostro ordinamento di entrambe le costruzioni fiduciarie non ingenererebbe confusioni, in quanto l’adozione dell’una o

---

<sup>32</sup> TREGGIARI, *Negozi fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., 892.

<sup>33</sup> PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 249.

dell'altra dipende dall'apposizione o meno dell'elemento accidentale della condizione e quindi dalla volontà delle parti.

A coloro i quali obiettano che l'adozione del modello fiduciario germanico importerebbe la creazione di una proprietà temporanea e risolubile, in quanto tale inammissibile nel nostro ordinamento, possiamo efficacemente replicare che, come rilevato in precedenza, non sono estranee al nostro diritto fattispecie di proprietà limitata.

A fronte di tale caleidoscopica realtà, l'antitesi fiducia di tipo romanistico – fiducia di tipo germanico vale soltanto a descrivere due possibili modelli di negozio fiduciario, ciascuno dei quali costituisce il portato di una differente tradizione giuridica; è vero infatti che la fiducia romana equivale a piena e illimitata titolarità del diritto trasmesso al fiduciario, così come è vero che il diritto germanico, pur avendo recepito il modello fiduciario romano, ha concepito un proprio modello fiduciario, caratterizzato dall'apposizione di una condizione risolutiva, per mezzo della quale il fiduciante si riserva un'incidenza di carattere reale sul diritto trasferito al fiduciario<sup>34</sup>.

Non possiamo però ritenere, come tale bipartizione ci induce a credere, che ciascuno di questi due modelli sia esclusivo della tradizione giuridica alla quale si riferisce, perché questa conclusione presupporrebbe, per la sua validità, che la tradizione giuridica romana e la tradizione giuridica germanica siano rigidamente separate. È invece noto che queste due tradizioni giuridiche sono in realtà intercomunicanti e pertanto interessate da un fenomeno di circolazione dei modelli, involgente anche la fiducia, tanto che recentemente gli studiosi di diritto comparato le hanno ricomprese entrambe nella famiglia giuridica romano-germanica.

Quanto alla distanza tra fiducia romanistica e fiducia germanistica, è stato rilevato come essa, vigente l'attuale codice civile, si sia ridotta sotto il profilo della tutela del fiduciante.

Infatti, sotto la vigenza del codice civile del 1865, il fiduciante, il quale avesse adoperato il modello romanistico, non avrebbe potuto usufruire, in caso di abuso da parte del fiduciario, di alcun mezzo di tutela reale, al fine di riottenere il bene fiduciato, ma sarebbe potuto ricorrere esclusivamente alla tutela risarcitoria. Al contrario sotto la vigenza dell'attuale codice civile, predisposto dall'art. 2932 il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, il fiduciante può ottenere una

---

<sup>34</sup> TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., 894.

sentenza costitutiva dell'effetto reale, il quale dovrebbe di norma scaturire dal contratto traslativo del bene fiduciato che il fiduciario è obbligato a concludere in favore del fiduciante o del terzo da questi indicato.

Quindi la differenza tra i due modelli fiduciari si sarebbe ridotta alla circostanza che, in caso di abuso, nella fiducia germanistica il bene torna automaticamente in proprietà del fiduciario, mentre nella fiducia romanistica il ritorno del bene può ottenersi azionando il meccanismo processuale<sup>35</sup>.

Dobbiamo però rilevare come lo strumento di tutela delle ragioni del fiduciante offerto dall'articolo 2932 c.c. non valga per tutte le ipotesi di abuso e precisamente per tutte le volte in cui il fiduciario abbia alienato a terzi il bene fiduciato, in quanto, essendo il fiduciario pieno titolare del bene, l'atto di alienazione che egli compie in relazione allo stesso resta valido ed efficace; in tali ultime ipotesi il fiduciante non può chiedere altro se non il risarcimento dei danni *ex* articolo 1218 del codice civile. Se invece il fiduciario viola l'intesa fiduciaria senza per ciò stesso compiere atti dispositivi sul bene fiduciato, magari perché semplicemente si rifiuta di ritrasferirlo al fiduciario o di trasferirlo al terzo da costui indicato, il fiduciante può agire in giudizio *ex* articolo 2932 c.c. ed ottenere una sentenza costitutiva che esegua in forma specifica l'obbligazione del fiduciario<sup>36</sup>, ovverosia l'obbligazione di ritrasferire al fiduciante o di trasferire al terzo da questi indicato, per mezzo di apposito contratto traslativo, il bene fiduciato.

La possibilità di riottenere il bene in determinate ipotesi di abuso, riconosciuta al fiduciante dall'art. 2932 c.c., determina una lieve attenuazione, nel modello fiduciario romanistico, dell'elemento fiduciario che si ravvisava nelle concrete configurazioni assunte dalla fiducia nel mondo romano<sup>37</sup>.

Secondo un autorevole autore, l'elemento fiduciario può dirsi ben presente ogniqualvolta, in caso di violazione dell'obbligo da parte del fiduciario, il fiduciante non disponga di rimedi giuridici tali da ripristinare in forma specifica la sua preesistente posizione giuridica e da ricondurre dentro i precisi limiti del suo intento gli effetti dell'investitura del fiduciario<sup>38</sup>. Occorre notare come tale formulazione sia

---

<sup>35</sup> PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 246.

<sup>36</sup> NITTI Roccangelo, voce *Negoziario fiduciario* in *Novissimo Digesto Italiano* diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, UTET, Torino, 1957, 204.

<sup>37</sup> PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 246.

<sup>38</sup> PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 246 s.

complementare al comune insegnamento<sup>39</sup>, precedentemente accolto, secondo il quale può parlarsi di fiducia in senso tecnico ogniqualvolta il fiduciante attenda la realizzazione dello scopo perseguito non dai rigorosi mezzi di coazione legale, ma dal comportamento onesto e leale del fiduciario.

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, possiamo concludere che l'elemento fiduciario risulta nella fiducia romanistica più marcato di quanto lo sia nella fiducia germanica, in quanto nella prima, se l'intesa fiduciaria viene violata, mancano in linea di principio rimedi giuridici tali da ripristinare in forma specifica la precedente posizione del fiduciante e da "ricondere dentro i precisi limiti dell'intento voluto dalle parti gli effetti dell'investitura del fiduciario"<sup>40</sup>. In altre parole nella fiducia romanistica il fiduciante auspica dal comportamento di buona fede del fiduciario e da esso soltanto il retto uso del potere giuridico conferitogli<sup>41</sup> e, per tale via, il raggiungimento dello scopo avuto di mira. Pertanto può dirsi caratteristica del modello fiduciario romanistico la tutela debole o obbligatoria del fiduciante.

Fiducia e tutela sono due termini inversamente proporzionali, tali che la presenza dell'uno, se non esclude, quanto meno riduce considerevolmente la presenza dell'altro, e viceversa. Soltanto laddove ricorra la tutela obbligatoria o debole del fiduciante potrà parlarsi di fiducia in senso tecnico. Laddove si realizzi invece la tutela reale o assoluta del fiduciante non potrà parlarsi di fiducia in senso tecnico, ma solo di fiducia debole o affievolita.

A tali considerazioni segue inevitabilmente un interrogativo stringente: è giustificato parlare di fiducia in senso tecnico per la costruzione germanica? Pare opportuno propendere per la soluzione negativa, in quanto, se un negozio ha veramente titolo alla qualifica di fiduciario solo quando il fiduciante sia sprovvisto di tutela *erga omnes* e attenda quindi la realizzazione dello scopo avuto di mira non dai rigorosi mezzi di coazione legale ma solo dal leale comportamento del fiduciario, ne deriva che la costruzione germanica, per la quale l'ordinamento appresta una tutela reale o assoluta, preclusiva della potestà d'abuso, non costituisce una fiducia in senso tecnico<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità*, cit., 353; Id., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 552.

<sup>40</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 24 s.

<sup>41</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 25 s.

<sup>42</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 552; Id., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., 353.

Relativamente a tale modello fiduciario possiamo parlare soltanto di fiducia debole o affievolita.

## 2. 2. Il modello della legittimazione fiduciaria

Avevamo accennato nel precedente paragrafo ad una categoria, o meglio ad un terzo modello, di negozi fiduciari, indebitamente ignorati dalla schematizzazione tra fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanico e contraddistinti dalla scissione tra la proprietà formale, spettante al fiduciario, e la proprietà sostanziale, che rimane in capo al fiduciante. Dobbiamo ora renderne conto più ampiamente.

Anche tale modello fiduciario, che chiameremo della legittimazione fiduciaria, è stato concepito, al pari degli altri due, dalla Pandettistica tedesca ed in particolare dal Dernburg. Secondo l'insegnamento di tale autore<sup>43</sup>, il fiduciario esternamente, cioè nei rapporti con i terzi, risulta pieno proprietario del bene fiduciato, ma internamente, cioè nel rapporto con il fiduciante, deve essere considerato un semplice mandatario. Per puntualizzare tale teoria, si ricorra ad esempio. Se Tizio cede un credito a Caio con l'intesa fiduciaria che costui lo riscuota e gliene consegni l'importo, Caio assumerà la veste giuridica di creditore davanti al debitore ceduto, ma nei confronti di Tizio non sarà più di un semplice mandatario, obbligato a consegnargli quanto avrà ricavato dall'esazione del credito.

Un autorevole autore italiano<sup>44</sup> ha acutamente osservato che entro tale schema negoziale il fiduciario può essere paragonato ad un sorta di "erma bifronte", coesistendo nella sua figura la posizione giuridica del proprietario e il ruolo del mandatario.

Dal canto nostro, possiamo osservare a luce meridiana come la teoria del Dernburg contraddica il comune insegnamento, da noi precedentemente accolto, secondo cui il fiduciario non è meno proprietario di fronte al fiduciante di quanto lo sia dinanzi a terzi. Infatti il modello ideato dal Dernburg presuppone che il fiduciante, pieno proprietario al cospetto di terzi, non sia tale nei confronti del fiduciante e venga pertanto investito di una mera proprietà formale, funzionale all'interesse perseguito dal fiduciante; di qui la problematica relativa alla configurabilità di una proprietà formale nel diritto moderno.

I seguaci di Dernburg adducono, quale argomento a sostegno della soluzione positiva, il graduale affievolimento del carattere dell'indivisibilità dei poteri contenuti nella proprietà: se infatti nel tardo diritto romano si ammise, in virtù del riconoscimento dell'usufrutto, un diritto di proprietà senza facoltà di godimento e nel diritto moderno si

---

<sup>43</sup> DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin, 1900, 231 ss.

<sup>44</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 27.

concepì un uguale diritto senza potere di disposizione, sarebbe possibile cumulare tali aspetti e per tale via ammettere una proprietà priva sia del potere di disposizione che della facoltà di godimento, quindi una proprietà formale.

Quanto alla correlativa proprietà sostanziale riservata al fiduciante, i fautori della teoria del Dernburg, pur riconoscendo che il trasferimento fiduciario sia pienamente efficace e quindi attribuisca al fiduciario la piena proprietà del bene fiduciato, negano che tale bene, dall'angolo visuale del fiduciante, possa dirsi appartenente al patrimonio del fiduciario, in quanto l'appartenenza, propriamente intesa, postula l'inerenza non solo giuridica, ma anche economica, di un determinato bene a un dato patrimonio. A tale stregua, considerando la vicenda fiduciaria dall'angolo visuale del fiduciante, non si può sostenere che il bene fiduciato sia economicamente inerente al patrimonio del fiduciario, in quanto nella generalità dei casi gli viene trasmesso per soddisfare in via esclusiva o quantomeno prevalente un interesse del fiduciante.

Da ciò seguirebbe non solo che il fiduciario è titolare esclusivamente della proprietà formale dei beni, ma anche che il vincolo che lega costui al fiduciario non è semplicemente di natura obbligatoria; poiché il bene fiduciato può dirsi pertinente, sotto il profilo economico, al patrimonio del fiduciante, costui può vantare su tale bene, in caso di abuso da parte del fiduciario, una pretesa di carattere assoluto e reale.

È stato correttamente rilevato da un autorevole autore<sup>45</sup> che tale costruzione non è avallata dai suoi sostenitori con alcun richiamo storico, ma ciò non significa che nel corso della millenaria esperienza giuridica europea non possano riscontrarsi concrete fattispecie fiduciarie ad essa corrispondenti, quali per esempio l'italica *commendatio*, attributiva della sola legittimazione a disporre dell'altrui patrimonio.

Abbiamo denominato tale modello legittimazione fiduciaria, in quanto, come acutamente osservato<sup>46</sup>, esso trova il suo perno nell'istituto della legittimazione. Infatti la proprietà formale che il fiduciante trasferisce al fiduciario consiste sostanzialmente nella legittimazione a disporre dei beni fiduciati in conformità allo scopo convenuto dalle parti. Il fiduciario potrà disporre dei beni solo nei limiti in cui risulti legittimato dal fiduciante, il quale ne conserverà la proprietà sostanziale. Pertanto il rapporto *inter partes* è ben paragonabile ad un mandato e conseguentemente il fiduciario riveste un ruolo assai vicino a quello del mandatario.

---

<sup>45</sup> MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 29.

<sup>46</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 200.

In definitiva il *quid novi* di tale costruzione fiduciaria si ravvisa nella sostituzione dell'effetto traslativo della proprietà, comune sia al modello germanico che a quello romanistico, con l'attribuzione della legittimazione ad agire in nome proprio sul patrimonio altrui.

Secondo alcuni autori<sup>47</sup>, l'accoglimento di tale modello nel nostro ordinamento dipenderebbe dal giudizio in merito all'ammissibilità della scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale.

Dal canto nostro, conformemente al comune insegnamento secondo cui non sono ignote al nostro diritto fattispecie di proprietà formale, riteniamo di dover sciogliere tale nodo in senso positivo e di poter concludere nel senso che la costituzione di una proprietà formale non costituisce ostacolo all'ammissibilità nel nostro diritto del modello della legittimazione fiduciaria. Con ciò non riteniamo però di poter deporre senza indugi per l'accoglimento di tale modello, in quanto, sulla base di una più attenta considerazione dei suoi effetti, riteniamo che altri ostacoli si frappongano alla sua configurabilità nel nostro diritto.

Si deve anzitutto osservare che la vera caratteristica di tale schema fiduciario non risiede nella scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale e quindi nella creazione di una proprietà formale o comunque limitata: abbiamo infatti riscontrato una proprietà di tal genere anche nel modello fiduciario germanico, ove la condizione risolutiva, sebbene non sia tale da rendere formale la proprietà trasferita, la limita considerevolmente. Il tratto distintivo di tale costruzione fiduciaria deve rinvenirsi, al contrario, nella costituzione in capo al fiduciante del potere giuridico di disporre o della legittimazione ad agire, in nome proprio ma nell'interesse del fiduciante, sul patrimonio di costui.

Tale costruzione fiduciaria verrebbe così a costituire al contempo una figura di autorizzazione costitutiva, proprio in quanto fonte di una legittimazione ad agire sul patrimonio altrui. Di conseguenza l'accoglimento nel nostro diritto del modello della legittimazione fiduciaria viene a dipendere dalla questione relativa ai limiti entro cui è ammissibile la figura dell'autorizzazione costitutiva.

Prima di esaminare da vicino l'atteggiamento assunto dal nostro ordinamento con riguardo all'autorizzazione costitutiva, riteniamo opportuno, ai fini della

---

<sup>47</sup> SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 200 s.

completezza della nostra indagine e delle nostre argomentazioni, esaminare in quali termini la medesima questione si pone nell'ordinamento tedesco.

In tale ordinamento la figura dell'autorizzazione costitutiva è riconosciuta in termini generali dal paragrafo 185 del BGB, il quale prevede che l'atto dispositivo di un determinato bene posto in essere dal non legittimato è efficace se compiuto con il consenso dell'avente diritto<sup>48</sup>. È infatti evidente che tale norma, dato e considerato il tenore della sua formulazione, non si limita a descrivere o a disciplinare una particolare figura di negozio autorizzativo, ma riconosce il principio avente portata generale secondo cui l'avente diritto può legittimare un terzo a disporre del proprio patrimonio.

Facendo leva su tale disposizione, la dottrina tedesca è riuscita a legittimare nel proprio ordinamento la figura dell'*Ermaechtigungstreuhand*, la quale rappresenta la concretizzazione dell'astratto modello della legittimazione fiduciaria, ricomprendendo in sé l'elemento della legittimazione (*Ermaechtigung*) e della fiducia (*Treuhand*), e consiste nella legittimazione ad esercitare in nome proprio un diritto la cui titolarità rimane in capo al fiduciante. L'*Ermaechtigungstreuhand* determina in altre parole lo sdoppiamento della proprietà tra il fiduciario, cui viene trasferita la proprietà formale, o meglio la legittimazione, e il fiduciante, il quale mantiene la proprietà sostanziale, o meglio la titolarità, del bene.

Tornando all'ordinamento italiano, è stato correttamente rilevato come qui non esista una norma analoga al paragrafo 185 del BGB<sup>49</sup>. Nel diritto italiano è dato al contrario riscontrare specifiche figure negoziali, quali il mandato e il contratto estimatorio, il cui effetto consiste nell'attribuzione della legittimazione a disporre del patrimonio altrui.

Secondo un autorevole autore<sup>50</sup>, da tale constatazione non si può però dedurre un principio generale come quello di cui al paragrafo 185 del BGB, ma al contrario si deve ricavare che i negozi autorizzativi sono soltanto quelli previsti dalla legge e quindi costituiscono un *numerus clausus*. Non sarebbero quindi ammessi negozi autorizzativi al di fuori di un'espressa previsione legislativa, salvo dimostrare che, alla stregua dei principi generali del nostro ordinamento, un atto di autonomia privata possa attribuire a

---

<sup>48</sup> *Codice civile tedesco*, traduzione e presentazione a cura di Salvatore Patti, Giuffrè, Milano, 2005, 91.

<sup>49</sup> AURICCHIO, voce *Autorizzazione (Dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, cit., 506.

<sup>50</sup> AURICCHIO, voce *Autorizzazione (Dir. priv.)*, cit., 506.

un certo soggetto il potere giuridico di disporre o la legittimazione ad agire sul patrimonio altrui.

Quindi, come la configurabilità della fiducia romanistica nel nostro ordinamento dipende dall'ammissibilità di un negozio ad effetti reali atipico, così la configurabilità nel nostro diritto del modello della legittimazione fiduciaria dipende dall'ammissibilità di un negozio autorizzativo atipico. Eppure in tale circostanza, in senso contrario all'orientamento concessivo assunto con riguardo ai negozi ad effetti reali atipici, riteniamo di dover risolvere la questione pregiudiziale in senso restrittivo e dunque negativo. Molteplici ostacoli si frappongono infatti al riconoscimento di un negozio atipico diretto a costituire in capo a una persona diversa dal titolare del diritto il potere di disporre.

Alcuni autori<sup>51</sup> hanno rilevato come sia impossibile considerare il potere di disposizione quale situazione giuridica autonoma, in quanto tale suscettibile di poter essere attribuita negozialmente ad un altro soggetto. In secondo luogo l'attribuzione della legittimazione ad agire sul patrimonio altrui comporterebbe un'alterazione del naturale collegamento posto dalla legge tra il potere di agire e la titolarità del diritto: un risultato del genere non potrebbe essere raggiunto attraverso un atto che non è stato appositamente predisposto dalla legge a tal fine<sup>52</sup>. Infatti l'ampio riconoscimento contenuto nell'articolo 1322 c.c. non varrebbe a conferire al negozio autorizzativo atipico quella rilevanza *erga omnes* che gli può essere conferita solo dal legislatore, mediante una specifica disciplina regolatrice che, in quanto tale, lo tipizzerebbe.

Questo non significa che il negozio autorizzativo atipico concluso dalle parti sia nullo, in quanto i privati, purché non violino norme imperative, sono liberi di regolare nel modo più ampio i rapporti interni, ma semplicemente che quello stesso negozio sarà irrilevante verso tutti i soggetti diversi dai contraenti.

In definitiva, in mancanza di una norma analoga al paragrafo 185 del BGB, non si può avallare il riconoscimento nel nostro ordinamento di un negozio autorizzativo atipico o, più precisamente, di un negozio autorizzativo atipico dotato di rilevanza esterna, cioè opponibile anche verso i soggetti diversi dai contraenti.

Da tali considerazioni segue che il modello della legittimazione fiduciaria può essere accolto nel nostro ordinamento solo in virtù di un'espressa disposizione

---

<sup>51</sup> CARRARO, *Contributo alla teoria della autorizzazione* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, 302 ss.

<sup>52</sup> AURICCHIO, voce *Autorizzazione (Dir. priv.)*, cit., 506 s.

legislativa e non per la via del principio della autonomia e libertà negoziale di cui all'articolo 1322 c. c..

La recezione legislativa di tale modello s'è verificata nel settore dei titoli azionari, in quanto per i titoli di credito, fra i quali sono unanimemente ricompresi i titoli azionari, è tradizionalmente ammessa la distinzione tra la titolarità del diritto incorporato nel documento e la legittimazione ad esercitare il diritto stesso<sup>53</sup> e quindi, in senso più ampio, la distinzione tra proprietà formale e proprietà sostanziale. Infatti, mentre la titolarità del diritto incorporato nel documento spetta al proprietario del documento stesso, la legittimazione ad esercitare il diritto contenuto nel documento deriva da determinati presupposti, che variano in ragione del tipo di titolo di credito preso in considerazione e che per i titoli azionari, in quanto titoli nominativi, consistono nella girata seguita dall'iscrizione nel registro dell'emittente unitamente al possesso. È quindi giuridicamente possibile che il fiduciante trasferisca al fiduciario la mera legittimazione ad esercitare i diritti incorporati nel titolo azionario, quindi inerenti alla qualità di socio, e trattenga per sé la proprietà delle azioni, conservando in tal modo la qualità di socio<sup>54</sup>.

Prima di esaminare la normativa italiana relativa alla legittimazione fiduciaria, dobbiamo premettere, per fini di chiarezza espositiva, che qualunque attribuzione di titoli azionari *causa fiduciae* prende il nome, a prescindere dal tipo di modello fiduciario concretamente adottato dalle parti, di intestazione fiduciaria, in quanto la titolarità delle azioni risulta da un'intestazione in determinati registri<sup>55</sup>.

Il modello della legittimazione fiduciaria viene assunto dalla legge, e precisamente dall'art.1, ultimo comma, R.D. 29 marzo 1942, n.239, a schema negoziale paradigmatico dell'intestazione fiduciaria effettuata in favore di società fiduciarie, cioè di quelle società che, “comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione di beni per conto di terzi” (art.1, legge 23 novembre 1939, n.1966). Tale norma dispone che “le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi titolari dei titoli stessi”. La stessa formula ricorre nell'art.9, legge 29 dicembre 1962, n.1745. Da tale norma deduciamo che il fiduciante rimane “effettivo titolare” e

---

<sup>53</sup> CARNEVALI, *Negoziato giuridico. III)Negoziato fiduciario*, cit., 2; ASQUINI Alberto, *Titoli di credito*, CEDAM, Padova, 1966, 42, 58, 65.

<sup>54</sup> CARNEVALI, *Negoziato giuridico. III)Negoziato fiduciario*, cit., 2; id., voce *Intestazione fiduciaria* in *Dizionari del diritto privato a cura di Natalino Irti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980, 459.

<sup>55</sup> CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria*, cit., 455.

quindi proprietario dei titoli azionari, mentre la società fiduciaria, la quale li amministra, ne diventa meramente “intestataria al proprio nome”, cioè riceve esclusivamente la legittimazione ad esercitare i diritti incorporati nei titoli stessi<sup>56</sup>.

L'intestazione *causa fiduciae* di titoli azionari a società fiduciarie viene così a configurarsi quale contratto autorizzativo tipico, come tale disciplinato espressamente dalla legge e per ciò stesso ammissibile nel nostro ordinamento.

In virtù della disciplina legislativa che le regola, le società fiduciarie non sono proprietarie, nemmeno nei confronti dei terzi, dei titoli azionari loro affidati in gestione; dal momento che i titoli azionari non entrano a far parte del patrimonio della società fiduciaria, tanto da non essere aggredibili da parte dei creditori della medesima, la loro proprietà non può che appartenere esclusivamente al fiduciante. Così alla società fiduciaria spetta soltanto la legittimazione ad esercitare i diritti connessi alla partecipazione societaria<sup>57</sup>.

Si consideri inoltre che il fiduciante può rivendicare i propri titoli azionari presso i terzi aventi causa dalla società fiduciaria, salvo che questa abbia ricevuto mandato ad alienarli<sup>58</sup>: egli gode dunque di una tutela assoluta o reale, per cui il modello della legittimazione fiduciaria può essere qualificato come una forma di fiducia affievolita, alla stregua del parametro, precedentemente elaborato, secondo cui fiducia e tutela sono due termini inversamente proporzionali.

Dalla normativa relativa alle società fiduciarie sopra esaminata non sembra possibile dedurre che la legittimazione fiduciaria sia l'unico schema negoziale ammissibile al fine di realizzare un'intestazione fiduciaria<sup>59</sup>; il fiduciante è quindi libero di ricorrere al modello fiduciario romanistico, attribuendo alla società fiduciaria la piena titolarità del diritto cartolare.

Comunque si deve ritenere che le parti abbiano voluto concretamente adottare il modello della legittimazione fiduciaria ogniqualvolta il contratto di amministrazione fiduciaria contenga una clausola del seguente tenore: “i suddetti titoli, sebbene intestati a nome di Tizio, sono di piena ed esclusiva proprietà del fiduciante” oppure “i titoli di mia proprietà, in amministrazione fiduciaria presso di voi...”<sup>60</sup>. Qualora non sia dato

---

<sup>56</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 466.

<sup>57</sup> In tal senso Cass., 23 settembre 1997, n. 9355 in *Giustizia civile, Massimario*, 1997, 1756.

<sup>58</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 467.

<sup>59</sup> CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, cit., 462.

<sup>60</sup> CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, cit., 465.

riscontrare una clausola del genere, sarà molto arduo ricostruire la volontà delle parti, per cui si dovrà ricorrere ad un criterio presuntivo.

Precisamente nelle intestazioni fiduciarie *cum creditore*, a fini di garanzia, deve presumersi l'adozione della costruzione fiduciaria romanistica, in quanto la funzione di garanzia è attuata in modo più sicuro ed efficace e quindi più vantaggioso per il creditore se il bene fiduciato esce dal patrimonio del debitore-fiduciante, poiché in tal modo è sottratto alle pretese degli altri creditori e ad atti dispositivi del fiduciante stesso capaci di frustrare le ragioni creditorie del fiduciario.

Al contrario nell'intestazione fiduciaria *cum amico*, a scopo di gestione e amministrazione, deve presumersi adottato, nel dubbio, il modello della legittimazione fiduciaria, in quanto qui è sufficiente al fiduciante, per raggiungere il suo scopo, attribuire al fiduciario la legittimazione ad esercitare in nome proprio i diritti sociali<sup>61</sup>; con un'eccezione però: se il fiduciario s'è impegnato a restituire al fiduciante non gli stessi titoli ricevuti in amministrazione, ma il *tantundem eiusdem generis*, cioè un'uguale quantità di titoli della stessa specie, il primo diviene pieno proprietario dei titoli stessi e per ciò stesso si configura il modello fiduciario romanistico<sup>62</sup>.

Una concessiva corrente dottrinale<sup>63</sup> ha sostenuto la possibilità giuridica di ricorrere al modello della legittimazione fiduciaria per attribuire *causa fiduciae* qualsiasi tipologia di titolo di credito, e quindi anche titoli all'ordine o al portatore. In entrambe tali ipotesi non potrà parlarsi in senso proprio di intestazione fiduciaria, in quanto non si realizza alcuna iscrizione in un determinato registro. Infatti, agli effetti di attribuire la legittimazione all'esercizio del diritto, con riguardo ai titoli all'ordine sarà sufficiente la consegna del documento unita alla girata e per i titoli al portatore basterà addirittura la sola consegna del documento.

La medesima corrente dottrinale<sup>64</sup> solleva invece forti dubbi sull'utilizzabilità del modello della legittimazione fiduciaria con riferimento alle quote di società a responsabilità limitata, in quanto, dal momento che esse non risultano incorporate in un titolo di credito, non si ravvisano i presupposti per operare una scissione tra la titolarità del diritto e la legittimazione all'esercizio dello stesso. Indi per cui chi diventa

---

<sup>61</sup> CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, cit., 465-466; CARNEVALI, *Negozio giuridico. III)Negozio fiduciario*, cit., 2.

<sup>62</sup> CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, cit., 466.

<sup>63</sup> CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, cit., 459, 460 s.

<sup>64</sup> CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, cit., 461.

intestataro in via fiduciaria di una quota di s.r.l. diventa per ciò stesso titolare della partecipazione sociale.

Eppure altri autori<sup>65</sup> giungono ad opposta conclusione, facendo leva sull'art. 2479 c.c., il quale prevede la formalità l'iscrizione nel libro soci ai fini dell'opponibilità alla società del trasferimento della quota. Sarebbe pertanto possibile, iscrivendo nel libro soci le generalità dell'intestataro, attribuire a quest'ultimo la sola legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.

Si deve però negare che la privata autonomia, in mancanza di un'espressa disciplina legislativa, goda di una tale facoltà, sia in relazione ai titoli all'ordine o al portatore, che in relazione alle quote di s.r.l., in quanto, come sopra detto, il modello della legittimazione fiduciaria integra un negozio autorizzativo, di norma incapace di spiegare effetti verso terzi, salvo che sia regolamentato e quindi tipizzato dalla legge.

Larga parte della dottrina e della giurisprudenza italiana<sup>66</sup>, muovendo dalla premessa che tutte le concrete costruzioni fiduciarie possano essere ricondotte alla bipartizione tra fiducia di tipo germanico e fiducia di tipo romanistico, ha confuso la fiducia germanistica con il modello della legittimazione fiduciaria, assimilando la prima al secondo. Così è stata impropriamente qualificata come fiducia germanistica l'intestazione fiduciaria, attributiva della sola legittimazione all'esercizio del diritto cartolare, ed è stata fraintesa la costruzione germanistica di Schultze, ritenendola fonte della scissione tra legittimazione e proprietà sostanziale.

Dal canto nostro riteniamo, conformemente all'opinione di altri autori<sup>67</sup>, che il modello della legittimazione fiduciaria debba essere riguardato come una terza ed autonoma costruzione fiduciaria, in quanto contrassegnato da un *proprium*, ovverosia l'attribuzione della legittimazione a disporre in nome proprio del patrimonio altrui, che non si ravvisa negli altri modelli fiduciarie. Il suddetto modello può comunque essere accostato al modello fiduciario germanico, nella misura in cui entrambi accordano al fiduciante una tutela reale. Per tale ragione, il modello della legittimazione rappresenta, parimenti alla fiducia germanica, una forma di fiducia debole o affievolita.

---

<sup>65</sup> JAEGER Pier Giusto, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata* in *Giurisprudenza commerciale*, vol. I, 1979, 181 ss.

<sup>66</sup> LAMBRINI Paola, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore*, cit., 261; STINGONE Carmine, *Intestazione fiduciaria di titoli azionari, interposizione reale e mandato ad amministrare* (nota a commento di Cass., 14 ottobre 1995, n.10768) in *Corriere giuridico*, 1996, 670; Cass., 23 settembre 1997, n. 9355 in *Giustizia civile, Massimario*, 1997, 1756.

<sup>67</sup> MESSINA, *I negozi fiduciarie*, cit., 27; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., 199 s.

Da tali considerazioni segue che la bipartizione tra fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanico sia non soltanto, come rilevato in precedenza, statica e troppo semplicistica, ma anche parziale e incompleta, poiché tralascia indebitamente un autonomo schema fiduciario, e pertanto non possa rendere esaurientemente ragione delle concrete configurazioni assunte dal fenomeno fiduciario.

### 2. 3. *Fiducia cum amico e fiducia cum creditore: critica*

Confutata la schematizzazione dualistica fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanico, dobbiamo ora occuparci di un'altra bipartizione, impropriamente desunta dalle fonti classiche, la quale ha la pretesa di rendere esaurientemente ragione delle finalità concretamente perseguite dai privati attraverso il fenomeno fiduciario. Tale è la dicotomia *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, in virtù della quale nella prima il trasferimento della proprietà del bene fiduciato è funzionale alla custodia e/o alla amministrazione del bene stesso, mentre nella seconda il trasferimento della proprietà del bene fiduciato risponde all'esigenza di garantire le ragioni patrimoniali del creditore-fiduciario.

La dottrina tradizionale, e precisamente la Pandettistica, ha assunto quale base fondante tale bipartizione il passo 2,60 delle Istituzioni di Gaio<sup>68</sup>, ravvisandovi un elenco esauriente e completo delle fattispecie fiduciarie praticate nel mondo giuridico romano<sup>69</sup>. In effetti il ritrovamento delle Istituzioni gaiane, risalente al 1816, influì in maniera rilevante sulla nozione di fiducia sviluppata dalla dottrina ottocentesca, la quale concepì il fenomeno fiduciario nelle sole forme della *fiducia cum amico* e della *fiducia cum creditore*, ben diversamente dalla letteratura giuridica settecentesca, la quale aveva accolto una nozione di fiducia assai ampia, ricomprendente anche il settore delle successioni e della famiglia<sup>70</sup>.

Dal canto nostro riteniamo che la bipartizione *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* sia stata arbitrariamente estrapolata dal summenzionato passo gaiano, che in realtà si riferisce al fenomeno fiduciario in via meramente incidentale, senza la pretesa di enumerare esaurientemente le varie fattispecie in cui esso possa manifestarsi: è in tal senso decisivo che Gaio faccia cenno della *fiducia cum amico* e della *fiducia cum creditore* nel contesto descrittivo dell'*usureceptio*, forma di usucapione spettante a chi ha effettuato un'alienazione fiduciaria.

Invero la complessa esperienza giuridica romana, e lo stesso dicasi per il diritto comune europeo, conosceva ben più di due fattispecie fiduciarie: lo conferma lo stesso

---

<sup>68</sup> Gai. 2,60: *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint.*

<sup>69</sup> BERTOLDI Federica, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica* in *Le situazioni affidanti* a cura di M. Lupoi, Giappichelli, Torino, 2006, 103 s.

<sup>70</sup> BERTOLDI Federica, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, cit., 101.

Gaio, laddove, sempre all'interno delle sue Istituzioni, tratta degli impieghi dello schema fiduciario nel campo della famiglia e delle successioni<sup>71</sup>.

Putcha fu il primo ad adottare, nelle sue Istituzioni<sup>72</sup>, la casistica gaiana, circoscrivendo così il fenomeno fiduciario alla *fiducia cum amico* e alla *fiducia cum creditore*, ma non senza contraddizioni: egli infatti, in altri luoghi della medesima opera, trattò della *coemptio fiduciae causa*<sup>73</sup> e impiegò il termine *fiduciarus*<sup>74</sup> per indicare l'onerato del fedecommesso. La sua impostazione fu comunque recepita unanimemente da tutta la letteratura Pandettistica successiva.

Dal canto nostro riteniamo di dover condividere l'orientamento di una corrente dottrinale alternativa, la quale, sebbene formatasi dopo la scoperta delle Istituzioni di Gaio, continuò a proporre una nozione di fiducia assai ampia, slegata dalla rigida bipartizione *cum amico* e *cum creditore*<sup>75</sup>. Difatti a parer nostro il fenomeno fiduciario si manifesta in un'ampia gamma di situazioni<sup>76</sup>, insuscettibili di essere esaurite *sic et simpliciter* nella bipartizione *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*. È innegabile che il fenomeno fiduciario abbia assolto nel corso della storia e assolva tutt'oggi finalità di custodia e/o amministrazione o di garanzia, ma, sulla base di una più attenta analisi delle sue concrete configurazioni, è dato riscontrare anche altre esigenze ad esso sottostanti.

A titolo esemplificativo, il fenomeno fiduciario si manifesta nella cessione del credito a scopo di riscossione<sup>77</sup>: Tizio, titolare di un credito nei confronti di Caio, è trattenuto dall'esigerlo per ragioni personali. Egli cede allora il credito a Sempronio, con l'intesa che costui lo esiga e gli versi la somma riscossa.

È negozio autenticamente fiduciario anche la cessione di azione sociale a scopo di voto<sup>78</sup>: Tizio, azionista di una società per azioni, non intende, per ragioni di convenienza sociale, votare personalmente la sfiducia agli amministratori. Allora

---

<sup>71</sup> TREGGIARI, *Negoziario fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., 895.

<sup>72</sup> PUTCHA, *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig, 1842, 698.

<sup>73</sup> PUTCHA, *Cursus der Institutionen*, III, Leipzig, 1847, 158.

<sup>74</sup> PUTCHA, *Cursus der Institutionen*, III, cit., 300.

<sup>75</sup> CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, 442; BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen, 1876, 284 s.; BASSEWITZ, *De Romanorum fiducia eiusque vestigiis in libris iuris civilis addita Germanorum iuris pignoratitii adumbratione*, Halle, 1858, 18 ss.; ZACHARIAE, *Commentatio de fiducia*, Gotha, 1830, 11 ss.

<sup>76</sup> BERTOLDI Federica, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, cit., 116.

<sup>77</sup> NITTI, voce *Negoziario fiduciario*, cit., 204 s.; TRIMARCHI, voce *Negoziario fiduciario*, cit., 38.

<sup>78</sup> NITTI, voce *Negoziario fiduciario*, cit., 205.

incarica di ciò Caio, esperto avvocato, al quale cede la proprietà delle sue azioni, con l'intesa che costui glielo restituirà dopo la votazione<sup>79</sup>.

Si pensi ancora a tutte quelle ipotesi in cui il fenomeno fiduciario realizza un'interposizione reale: qui il fiduciante ha interesse a che il trasferimento di un suo diritto non abbia luogo direttamente in favore del destinatario, ma si realizzi indirettamente attraverso l'interposizione del fiduciario, il quale, divenuto provvisoriamente titolare del diritto, è incaricato di ritrasferirlo successivamente al vero ed unico acquirente<sup>80</sup>. Tralasciamo in tale sede le rilevanti applicazioni della fiducia nel diritto di famiglia e delle successioni, di cui diremo meglio in seguito.

Alla luce dei numerosissimi scopi cui la fiducia può in concreto servire, riteniamo che la bipartizione *fiducia cum amico* - *fiducia cum creditore* sia inidonea a rendere compiutamente ed esaurientemente ragione delle funzioni concretamente assolte dal fenomeno fiduciario.

Riteniamo però di poterci servire di essa ad altri fini, e precisamente allo scopo di distinguere i negozi fiduciari “in base alla direzione dell'interesse”<sup>81</sup>, cioè a seconda che siano stipulati nell'interesse del fiduciante o del fiduciario. Infatti i negozi fiduciari *cum amico* sono conclusi precipuamente per servire un interesse proprio del fiduciante, mentre i negozi fiduciari *cum creditore* sono conclusi in vista del soddisfacimento di un interesse proprio del fiduciario e precisamente al fine di garantire un suo credito<sup>82</sup>.

Nei primi il potere giuridico conferito al fiduciario è interamente dedicato ad un interesse altrui<sup>83</sup>: in altre parole in essi si realizza l'attribuzione di una “titolarità nell'interesse altrui”<sup>84</sup>; indi per cui i negozi fiduciari *cum amico* possono dirsi anche altruistici o puri.

Al contrario i negozi fiduciari *cum creditore* sono stipulati al fine di garantire le ragioni patrimoniali del creditore-fiduciario e pertanto rispondono all'interesse proprio di costui: per via di tale caratteristica possono chiamarsi anche egoistici o impuri.

A ben vedere la contrapposizione *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* non si limita a riflettere la destinazione delle utilità derivanti dal negozio fiduciario, ma inerisce più profondamente all'anima e all'essenza del negozio stesso. Infatti nei negozi

---

<sup>79</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 350.

<sup>80</sup> TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, cit., 38.

<sup>81</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 8.

<sup>82</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit., 681; FRANZONI, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, cit., 835 s.

<sup>83</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 8.

<sup>84</sup> TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., 887.

fiduciari *cum creditore* non si riscontra, contrariamente ai negozi fiduciari *cum amico*, quella “caratteristica situazione psichica che determina uno dei soggetti ad affidare all’altro un proprio interesse economico-giuridico perché ne abbia cura”<sup>85</sup>, situazione la quale si traduce nell’affidamento del trasferente all’accipiente<sup>86</sup>.

Da tale premessa segue che la *fiducia cum amico* rappresenta la forma caratteristica e più schietta di fiducia<sup>87</sup>, mentre la *fiducia cum creditore* rappresenta, come avevamo anticipato, una forma fiduciaria anomala<sup>88</sup>, in quanto è animata non tanto dalla fiducia *ex parte debitoris* quanto dalla sfiducia che il creditore nutre nei riguardi del debitore e che induce il primo a non accontentarsi di una garanzia più blanda<sup>89</sup>.

Si deve comunque ritenere che la *fiducia cum creditore*, sebbene anomala, costituisca una fattispecie fiduciaria autentica, in quanto caratterizzata dalla fiducia in senso tecnico. Anche qui si realizza l’attribuzione di una titolarità piena e illimitata sul piano reale e si configura per ciò stesso il pericolo che il fiduciario disponga, con piena validità ed efficacia, del bene fiduciato in senso contrario allo scopo.

Proprio il pericolo di una disposizione contraria allo scopo, precedentemente qualificato come potestà d’abuso, rappresenta un termine strettamente correlato alla fiducia in senso tecnico, di guisa che, in base a una massima valevole per il fenomeno fiduciario generalmente inteso, possiamo dire che laddove c’è potestà d’abuso, c’è anche fiducia in senso tecnico, e viceversa. Da tali considerazioni segue inequivocabilmente che la *fiducia cum creditore* costituisce una fattispecie fiduciaria autentica, seppur anomala.

Fatta salva l’appartenenza della *fiducia cum creditore* al *genus* della fiducia, si frappongono seri ostacoli all’accoglimento di tale schema fiduciario nel nostro ordinamento e in ogni altro ordinamento il quale preveda strumenti di garanzia reale più miti, quali il pegno e l’ipoteca.

---

<sup>85</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 2.

<sup>86</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 364.

<sup>87</sup> PUGLIATTI Salvatore, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, 340.

<sup>88</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 364.

<sup>89</sup> DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, cit., col. 330.

Alcuni autori hanno autorevolmente sostenuto che il negozio fiduciario *cum creditore* sia inammissibile nel nostro ordinamento, in quanto contrastante con il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. e quindi fondato su una causa illecita<sup>90</sup>.

Tuttavia la questione relativa all'ammissibilità della *fiducia cum creditore* è particolarmente complessa e non può essere risolta in senso negativo con tanta immediatezza e senza sforzo interpretativo alcuno.

Il "nodo gordiano" sarebbe dato proprio dall'art. 2744 c.c., il quale, riguardato nella sua formulazione letterale, sanziona il patto commissorio non in quanto autonomamente e singolarmente considerato, ma in quanto accessorio alla costituzione di un pegno o di un'ipoteca. L'art. 2744 c.c. stabilisce infatti che "è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore". Dal tenore letterale della norma deriva che il negozio fiduciario *cum creditore* è nullo solo se avente per oggetto un bene già gravato da pegno o ipoteca; di conseguenza lo stesso negozio sarebbe pienamente valido se relativo ad un bene non vincolato da garanzia reale tipica.

È dato riscontrare analoga tecnica legislativa nell'art. 1963 c.c., il quale sanziona il patto commissorio annesso ad un contratto di anticresi, stabilendo la nullità di qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto di anticresi, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito.

Dunque *nulla quaestio* sull'inammissibilità nel nostro diritto della *fiducia cum creditore* accessoria, mentre, con riguardo al negozio fiduciario *cum creditore* autonomo, a rigore si dovrebbe concludere per la sua validità, non ravvisandosi alcun esplicito divieto legislativo al riguardo.

Occorre dunque dimostrare, al fine di negare alla *fiducia cum creditore* qualsiasi validità nel nostro ordinamento, che la norma di cui all'art. 2744 c.c. sia suscettibile di interpretazione estensiva e precisamente che la sua portata applicativa ricomprenda anche i patti commissori autonomi, cioè aventi ad oggetto un bene non vincolato da garanzia reale tipica. In altre parole, qualora si riuscisse a dimostrare, come ci si propone in questa sede, che il legislatore non si sia limitato a colpire le pattuizioni commissorie accessorie alle garanzie reali tipiche, ma abbia inteso, per mezzo dell'art. 2744 c.c., sancire in linea generale l'illiceità della causa commissoria, qualsiasi negozio,

---

<sup>90</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit., 684.

come per l'appunto la *fiducia cum creditore*, il quale faccia dipendere il trasferimento della proprietà di un bene del debitore dal mancato pagamento del debito, sarebbe nullo per violazione del divieto del patto commissorio.

L'*iter* per addivenire a tale dimostrazione è impervio e trova un grave ostacolo nella formulazione letterale della norma summenzionata, che si riferisce inequivocabilmente al solo patto commissorio accessorio, cioè relativo ad un bene già gravato da pegno o ipoteca.

Dal canto nostro riteniamo però che tale ostacolo non sia assoluto, in quanto l'ambito di operatività del divieto del patto commissorio non può desumersi *sic et simpliciter* dalla *littera legis*, ma deve essere ricostruito alla luce della *ratio legis*, cui è strettamente connesso<sup>91</sup>. Pertanto, solo individuando la *ratio* normativa sottesa all'art. 2744 c.c. è possibile ricostruire con esattezza la portata applicativa del divieto del patto commissorio e conseguentemente accertare se essa ricomprende o meno il patto commissorio, e dunque il negozio fiduciario *cum creditore*, autonomo, cioè avente ad oggetto un bene non vincolato da pegno o ipoteca.

A nostro parere<sup>92</sup>, l'art. 2744 c.c. risponde all'esigenza di tutelare il debitore e precisamente allo scopo di sottrarre lo stesso all'eccessiva coazione del creditore, la quale verrebbe a configurarsi ogniqualvolta le parti riconnettano al mancato adempimento del debito il trasferimento della proprietà di un bene appartenente al debitore. In tale prospettiva l'art. 2744 c.c. ha riguardo al patto commissorio sotto il profilo finalistico o causale e pertanto è diretto a colpire il fenomeno commissorio nel suo risultato piuttosto che nelle sue forme.

In definitiva la stessa causa commissoria è sempre illecita e pertanto l'ambito applicativo del divieto di cui all'art. 2744 c.c. ricomprende il patto commissorio generalmente inteso, a prescindere dal suo carattere autonomo o accessorio: indi per cui il negozio fiduciario *cum creditore*, anche se autonomo, è inammissibile nel nostro ordinamento.

---

<sup>91</sup> PUTORTÌ Anna Chiara, sub *art. 2744* in *Commentario al codice civile* a cura di Paolo Cendon, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 2009, 109.

<sup>92</sup> PUTORTÌ Anna Chiara, sub *art. 2744*, cit., 110.

Dobbiamo però tener conto di una divergente corrente dottrinale<sup>93</sup> la quale, muovendo da un'interpretazione restrittiva del divieto del patto commissorio, reputa ammissibili i negozi fiduciari *cum creditore* autonomi, cioè slegati da garanzie tipiche.

Secondo tale impostazione, la *ratio* dell'art. 2744 c.c. non può essere individuata nell'esigenza di tutelare il debitore dall'eccessiva coazione del creditore, in quanto tale presunta *ratio* richiederebbe una formulazione della norma più ampia e quindi non tollererebbe che il divieto della pattuizione commissoria sia riferito unicamente alle garanzie tipiche. La *ratio* dell'art. 2744 c.c. dovrebbe al contrario essere individuata in esigenze di carattere pratico e precisamente nell'opportunità di evitare che su uno stesso bene il patto commissorio si cumuli al pegno o all'ipoteca<sup>94</sup>.

Il patto commissorio sarebbe infatti inconciliabile con la garanzia reale tipica, per ragioni da individuarsi nella diversità degli effetti derivanti dall'uno e dall'altra: mentre il diritto di garanzia ipotecaria o pignorizia si limita ad attribuire al creditore il diritto di soddisfarsi, attraverso l'esecuzione forzata, sul ricavato della vendita del bene pignorato o ipotecato, il patto commissorio produce automaticamente, sin dal momento dell'inadempimento, il trasferimento della proprietà del bene del debitore.

Pertanto il patto commissorio, ricollegando all'inadempimento l'immediata produzione dell'effetto reale del trasferimento del bene, sarebbe tale da escludere in radice il funzionamento della garanzia reale tipica, la quale, rilevando solo in sede esecutiva, verrebbe ad operare in un momento necessariamente successivo all'inadempimento, quando s'è già verificato il passaggio della proprietà del bene, e si rivelerebbe quindi inutile. È infatti evidente che, se il bene pignorato o ipotecato passa in proprietà del creditore, per effetto del patto commissorio, già al momento dell'inadempimento, la garanzia ipotecaria o pignorizia, la quale dispiega la sua efficacia solo a seguito dell'inadempimento, rimane priva d'oggetto e perciò perde la propria ragion d'essere.

In definitiva, poiché la *ratio* del divieto del patto commissorio risiederebbe nell'esigenza di assicurare la sopravvivenza e salvaguardare l'operatività delle garanzie reali tipiche, tale divieto dovrebbe riguardare esclusivamente il patto commissorio tipico, cioè relativo al bene oggetto di pegno o ipoteca.

---

<sup>93</sup> GIGLIOTTI Fulvio, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, 111.

<sup>94</sup> GIGLIOTTI Fulvio, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, Milano, 1999, 134 ss.

Tale corrente dottrinale soggiunge poi che la *ratio* sottesa all'art. 2744 c.c. non può essere individuata, come sostenuto in questa sede, nella tutela del debitore dall'eccessiva coazione del creditore, in quanto tale esigenza è solitamente soddisfatta attraverso la predisposizione di sanzioni quali l'annullabilità o la rescindibilità, più miti e comunque diverse dalla nullità di cui alla norma summenzionata. Una sanzione tanto grave quale la nullità dovrebbe spiegarsi considerando la necessità di salvaguardare le garanzie tipiche, posto che il patto commissorio è tale, se annesso ad alcuna di esse, da travolgerne la ragion d'essere.

Pertanto, secondo tale ricostruzione, il legislatore ha voluto evitare semplicemente il cumulo delle due figure<sup>95</sup>. La garanzia reale tipica da un lato e il patto commissorio o negozio fiduciario *cum creditore* dall'altro costituirebbero due forme di garanzia distinte e necessariamente alternative, essendo così rimessa la concreta adozione dell'una o dell'altra alla libera scelta del creditore, che dovrà ponderare gli specifici rischi e vantaggi connessi a ciascuna delle due.

Non è affatto vero, secondo tale impostazione, che il creditore che s'è garantito con un patto commissorio autonomo goda di una posizione migliore rispetto al creditore pignoratizio o ipotecario: sarebbe anzi vero il contrario.

Infatti il primo sopporta maggiori rischi, compreso il perimento del bene, a differenza del creditore pignoratizio o ipotecario che, per tale eventualità, può chiedere ai sensi dell'art. 2743 c.c. che gli sia ricostituita la garanzia su altri beni e, in mancanza, l'immediato pagamento del debito. Anche in sede di esecuzione forzata il creditore privilegiato, cioè assistito da pegno o ipoteca, sarebbe avvantaggiato rispetto al creditore tutelato con un patto commissorio autonomo, in quanto il primo, sebbene vincolato ad agire in via prioritaria sui beni oggetto di garanzia, potrà, se il suo credito risulta insoddisfatto, assoggettare ad esecuzione anche altri beni del debitore, mentre il secondo potrà far valere le sue ragioni patrimoniali solo sul bene oggetto del patto<sup>96</sup>.

Dal canto nostro riteniamo comunque di dover tenere ferma la tesi dell'applicabilità del divieto del patto commissorio alla *fiducia cum creditore* autonoma, rinvenendo nella sistemica del codice civile un argomento decisivo ad essa favorevole. Tale è la collocazione dell'art. 2744 c.c., il quale è sito non nello specifico capo relativo al singolo istituto del pegno o dell'ipoteca, ma nel capo relativo alle

---

<sup>95</sup> GIGLIOTTI Fulvio, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 141

<sup>96</sup> GIGLIOTTI Fulvio, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 142 ss.

disposizioni generali in materia di responsabilità patrimoniale, a sancire un principio generale valevole per l'intero settore. La collocazione dell'art. 2744 c.c. nell'alveo delle disposizioni generali in materia di responsabilità patrimoniale vale quindi ad eliminare ogni dubbio sulla liceità dell'interpretazione estensiva della norma sancita nell'articolo summenzionato e conseguentemente sull'applicabilità del divieto del patto commissorio alla *fiducia cum creditore* autonoma.

In senso favorevole alla tesi sostenuta in questa sede, la giurisprudenza più recente è solita dichiarare la nullità del patto commissorio indipendentemente dal suo carattere accessorio o autonomo ed esclusivamente in considerazione della sua funzione pratica: è pertanto nulla qualsivoglia convenzione tesa a costituire una garanzia la quale riconnetta all'inadempimento del debitore il trasferimento della proprietà di un bene appartenente a quest'ultimo. In tale prospettiva l'indagine relativa al fine concretamente perseguito dalle parti diventa determinante per accertare la sussistenza di un patto commissorio: qualsiasi negozio, anche se astrattamente lecito, è nullo per frode alla legge quando le parti hanno voluto con esso perseguire finalità analoghe a quelle proprie del patto commissorio<sup>97</sup>.

La giurisprudenza ha pertanto escluso il carattere eccezionale del divieto di cui all'art. 2744 c.c., estendendolo così a qualsiasi negozio venga concretamente impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, di riconnettere alla mancata estinzione di un debito il trasferimento della proprietà di un bene appartenente al debitore, esercitando in tal modo un'illecita coercizione su costui<sup>98</sup>.

Altri autori<sup>99</sup>, pur riconoscendo che la norma di cui all'art. 2744 c.c. sanziona il fenomeno del patto commissorio nel suo risultato piuttosto che nelle sue forme, negano che il divieto derivante dalla norma summenzionata operi con riguardo al negozio fiduciario *cum creditore*, in quanto quest'ultimo non può essere assimilato al patto commissorio. Infatti nel patto commissorio il passaggio della proprietà del bene si verifica solo nel momento dell'inadempimento, mentre nel negozio fiduciario *cum creditore* il bene passa in proprietà del creditore subito, fin dal momento della stipulazione del negozio stesso, per il principio del consenso traslativo.

---

<sup>97</sup> In tal senso Cass., 4 marzo 1996, n.1657 in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, II, 656.

<sup>98</sup> In tal senso Cass., 2 febbraio 2006, n.2285 in *Repertorio del Foro italiano*, 2006, 1758.

<sup>99</sup> PUGLIESE Giovanni, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto* in *Giurisprudenza completa della Corte Cassazione - Sez. civili*, I, 1945, 157.

Da tale differenza strutturale deriverebbe l'impossibilità di estendere alla *fiducia cum creditore* il divieto riguardante il patto commissorio.

Dal canto nostro dobbiamo riconoscere che tra il negozio fiduciario *cum creditore* e il patto commissorio intercorre tale linea distintiva, ma si tratta di una linea distintiva davvero molto sottile: nel primo la proprietà si trasferisce senz'altro al compratore, mentre nel secondo le parti hanno concordato che il compratore-creditore diverrà proprietario del bene solo nel caso in cui il debitore risulterà inadempiente alla scadenza del termine convenuto<sup>100</sup>.

In altre parole nel patto commissorio il trasferimento della proprietà è differito ed eventuale, essendo sottoposto alla condizione sospensiva del mancato adempimento del debito nel termine stabilito, mentre nella *fiducia cum creditore* si realizza un trasferimento immediato della proprietà, il quale, se è stato adottato il modello germanistico e quindi lo schema negoziale della vendita con patto di riscatto, è sottoposto a condizione risolutiva potestativa, in virtù della quale il venditore può riottenere *ipso iure* il bene semplicemente mediante l'adempimento del debito; viceversa, laddove sia stato adoperato il modello romanistico e quindi lo schema negoziale della vendita con patto di retrovendita, l'immediato trasferimento della proprietà è accompagnato da un patto di retrovendita, fonte di effetti obbligatori nel caso in cui il debito sia tempestivamente adempiuto.

Non sembra però che tale sottile differenza sia decisiva al fine di sottrarre al divieto del patto commissorio la *fiducia cum creditore*, in quanto il passaggio immediato della proprietà che in quest'ultima si realizza non vale ad escludere l'indebita coazione all'adempimento esercitata sul creditore. Pertanto, poiché la *ratio* del divieto del patto commissorio risiede proprio nell'esigenza di evitare tale indebita coazione, riteniamo che tale divieto possa legittimamente estendersi al negozio fiduciario *cum creditore*.

In senso favorevole alla tesi sostenuta in questa sede, di recente numerose decisioni giurisprudenziali hanno ritenuto di poter legittimamente estendere l'applicazione della norma di cui all'art.2744 c.c. a fattispecie di vendita con patto di retrovendita o con patto di riscatto, inquadrabili nello schema negoziale della *fiducia*

---

<sup>100</sup> CAPO Luigi, sub art. 1963 in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina* diretta da Cesare Ruperto, IV, Giuffrè, Milano, 2012, 183.

*cum creditore*, allorquando esse dissimolino un patto commissorio o, in senso più ampio, siano volte a perseguire uno scopo di garanzia<sup>101</sup>.

Invero la giurisprudenza di legittimità meno recente, muovendo dal presupposto che il divieto di cui all'art. 2744 c.c. non assumesse carattere generale, escludeva che la vendita con patto di retrovendita o con patto di riscatto, pur quando avesse assolto uno scopo di garanzia, potesse essere ricondotta entro l'alveo della norma summenzionata<sup>102</sup>.

La Suprema Corte affermava che il divieto di cui all'art. 2744 c.c. fosse esclusivamente riferito all'ipotesi in cui le parti miravano a costituire una situazione giuridica sospensivamente condizionata al mancato adempimento tempestivo del debito e che pertanto il negozio fiduciario *cum creditore* fosse pienamente valido, in quanto importava un trasferimento della proprietà immediato ed effettivo<sup>103</sup>.

La giurisprudenza aveva così individuato nel momento traslativo il discrimine tra la vendita a scopo di garanzia lecita e quella illecita: un trasferimento attuale ed effettivo, quale si realizza nella *fiducia cum creditore*, sarebbe lecito, in quanto non esercita sul debitore alcuna coazione all'adempimento. Al contrario, qualora il trasferimento sia eventuale e differito, in quanto subordinato all'inadempimento del debitore, come nell'ipotesi di vendita sospensivamente condizionata, il negozio è nullo, poiché esercita sul debitore quell'indebita coazione all'adempimento derivante dal pericolo di perdere il bene dato in garanzia<sup>104</sup>.

La Suprema Corte mutò tale orientamento con una decisione innovativa<sup>105</sup> secondo la quale anche la vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita incorre nella sanzione di nullità di cui all'art. 2744 c.c., ove risulti l'intento precipuo delle parti di costituire con il bene una garanzia, tale per cui il trasferimento diverrà irrevocabile solo al momento dell'inadempimento del venditore-debitore. In tale fattispecie negoziale a nulla rileva l'immediatezza ed effettività del trasferimento della proprietà, in quanto si ravvisa un'illecita causa commissoria, nettamente divergente

---

<sup>101</sup> FRASCA Raffaele, sub art. 2744 in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina* diretta da Cesare Ruperto, VI, Giuffrè, Milano, 2012, 37.

<sup>102</sup> In tal senso Cass., 26 giugno 1946, n.740 in *Foro italiano*, 1947, I, 607.

<sup>103</sup> In tal senso Cass., 29 ottobre 1963, n. 2880 in *Giustizia civile*, 1963, 1356.

<sup>104</sup> FRASCA Raffaele, sub art. 2744, cit., 39 s.

<sup>105</sup> Cass., 3 giugno 1983, n. 3800 in *Massimario del foro italiano*, 1983, 794.

dalla causa tipica della vendita, consistente in una funzione di scambio a parità di condizioni<sup>106</sup>.

Non appena tale ricostruzione innovativa cominciò a consolidarsi<sup>107</sup>, si scontrò con altre pronunce<sup>108</sup> le quali si conformavano all'orientamento tradizionale, precisando che la vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita stipulata per motivi di garanzia costituisce una posizione giuridica non solo formalmente, ma anche sostanzialmente differente da quella determinata dal patto commissorio, il quale, in danno del debitore, fa dipendere l'effetto traslativo dal mancato adempimento.

Tale contrasto intestino alla Suprema Corte fu risolto dalle Sezioni unite in senso conforme all'orientamento innovativo. Le Sezioni unite<sup>109</sup> stabilirono infatti che la vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita, stipulata tra il creditore ed il debitore allo scopo di garanzia e precisamente allo scopo di far dipendere l'irrevocabile attribuzione del bene al creditore dall'inadempimento del debitore, è nulla, atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio previsto e vietato dall'art.2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere l'applicazione di tale norma imperativa e pertanto esprime una causa illecita, sanzionabile *ex art.1344 c.c.* Effettivamente la *fiducia cum creditore* coincide perfettamente con il patto commissorio, se non dal punto di vista strutturale quantomeno sotto il profilo finalistico.

In particolare è stata sancita la nullità della vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita ogniqualvolta il versamento del denaro costituisca non pagamento del prezzo bensì esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene sia strumentale alla costituzione in favore del mutuante di una posizione di garanzia provvisoria, destinata a venir meno con effetti diversi a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire la somma mutuata. Sebbene siffatta vendita non integri direttamente un patto commissorio, costituisce un mezzo per eludere l'applicazione della norma imperativa di

---

<sup>106</sup> In tal senso Cass., 16 aprile 1987, n. 3784 in *Massimario del foro italiano*, 1987, 642.

<sup>107</sup> In tal senso anche Cass., 11 gennaio 1988, n.46 in *Giustizia civile*, 1988, I, 1767, secondo cui il divieto del patto commissorio opera ogniqualvolta la compravendita e il mutuo siano stati posti in rapporto di reciproca interdipendenza, tale da rendere manifesto l'intento delle parti di costituire attraverso la vendita una garanzia reale per il mutuante nel senso che la mancata restituzione entro un certo termine della somma mutuata determini il trapasso definitivo ed irrevocabile del bene al creditore.

<sup>108</sup> Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385 in *Foro italiano*, 1987, I, c. 799.

<sup>109</sup> Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611 in *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 104.

cui all'art. 2744 ed esprime pertanto una causa illecita, che ne determina la nullità ai sensi dell'art. 1344 c.c.<sup>110</sup>.

In definitiva la giurisprudenza adopera un criterio funzionale: qualora un contratto di compravendita venga concluso allo scopo di costituire una garanzia, esso è nullo in quanto stipulato in frode alla legge e precisamente all'art. 2744 c.c. Pertanto la vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita, la quale è stipulata a soli fini di garanzia e precisamente allo scopo di attribuire il bene al creditore in caso di inadempimento del debitore, è, ai sensi dell'art. 1344 c.c., affetta da nullità per causa illecita, in quanto elude il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c.<sup>111</sup>.

In conclusione il negozio fiduciario *cum creditore*, sia accessorio alla costituzione di una garanzia reale tipica che autonomo, è totalmente inammissibile nel nostro ordinamento.

Tali limiti di validità non si riscontrano invece con riguardo ai negozi fiduciari riconducibili alla categoria *cum amico*, i quali, in linea di principio, devono ritenersi sempre leciti, purché non siano diretti ad eludere l'applicazione di una norma imperativa, incorrendo così nella sanzione della nullità per frode alla legge.

È stato più volte dichiarato nullo dalla giurisprudenza il contratto fiduciario attraverso il quale l'unico socio della società di capitali trasferisce fiduciariamente una frazione minima del capitale sociale ad un compiacente intestatario, al fine di eludere l'applicazione di quella normativa che, ricorrendo determinate condizioni, lo assoggetta, in quanto unico socio della società di capitali, alla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali<sup>112</sup>. In tali casi la prova della frode alla legge può essere data anche per presunzioni, come nell'ipotesi in cui il secondo socio fiduciario sia intestatario di una percentuale irrisoria del capitale sociale<sup>113</sup>. Dichiarata la nullità del contratto ai sensi dell'art.1344 e cioè in quanto in frode alla legge, il fiduciante si trova ad essere unico socio e quindi, ricorrendo determinate condizioni, illimitatamente responsabile delle obbligazioni sociali.

---

<sup>110</sup> In tal senso Cass., 4 marzo 1996, n. 1657 in *Notariato*, 1996, n. 409, con nota di E. Stella Richter; Cass., 20 luglio 2001, n. 9900 in *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 2001; Cass., 8 febbraio 2007, n. 2725 in *Massimario della Giurisprudenza Civile*, 2007.

<sup>111</sup> In tal senso Cass., 11 giugno 2007, n.13621 in *Giustizia civile*, 2007, I, 2716.

<sup>112</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 473; INZITARI Bruno, *La vulnerabile persona giuridica in Contratto e impresa*, 1985, 695 ss.

<sup>113</sup> In tal senso Cass., 29 novembre 1983, n.7152 in *Giurisprudenza commerciale*, 1984, II, 694; Cass., 9 dicembre 1982, n.6712, in *Giurisprudenza commerciale*, 1983, II, 683.

A parte questa ed altre marginali ipotesi, come quella in cui si vogliono far pervenire i beni fiduciati ad una persona incapace di riceverli, non si frappongono altri ostacoli al recepimento nel nostro ordinamento dei negozi fiduciari *cum amico*, anche detti puri o altruistici, in quanto in essi il potere giuridico conferito al fiduciario è completamente diretto a realizzare un interesse proprio del fiduciante.

In conclusione, non si deve ritenere, come qualche autore<sup>114</sup> ha sostenuto, che alle molteplici funzioni concretamente assolte attraverso la fiducia corrispondano altrettante e distinte cause del fenomeno fiduciario. Infatti è comunque possibile tenere ferma l'unitarietà della *causa fiduciae*, la quale consiste, con riguardo alle ipotesi di fiducia *cum amico*, nel dare per aver da riavere<sup>115</sup> e, con riguardo alle fattispecie fiduciarie *cum creditore*, nella costituzione di un diritto di credito alla restituzione dello stesso bene trasferito, diritto la cui esigibilità è subordinata all'esaurimento dello scopo di garanzia<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 559.

<sup>115</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 378.

<sup>116</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 113 s.

## 2. 4. La fiducia del testatore e dei nubenti

Avevamo fatto cenno, nel paragrafo precedente, delle rilevanti applicazioni della fiducia nel campo delle successioni e della famiglia. In tale sede ne daremo conto più ampiamente.

Nel settore delle successioni la fiducia assume la forma concreta della disposizione fiduciaria testamentaria, la quale, disciplinata all'art. 627 c.c., consiste nell'affidare i beni rientranti nell'asse ereditario alla persona dichiarata nel testamento, con l'intesa fiduciaria che costei, erede o legatario che sia, li ritrasferisca ad altra persona indicata in segreto dal testatore<sup>117</sup>. In altre parole attraverso la disposizione fiduciaria il testatore attribuisce l'asse ereditario, in tutto o in parte, ad un determinato soggetto, essendosi previamente e segretamente accordato con costui che i beni stessi dovranno essere consegnati ad una terza persona.

Così la disposizione fiduciaria favorisce solo apparentemente la persona indicata nel testamento, in quanto il testatore ha in realtà inteso disporre a favore di un'altra persona e a tal fine s'è accordato con la prima affinché questa porti a compimento il suo programma<sup>118</sup>. Ne deriva che colui che è stato nominato erede o legatario è tale solo formalmente, poiché in sostanza assume il ruolo di fiduciario, essendo tenuto, in virtù dell'accordo con il testatore e secondo la di lui volontà, a consegnare i beni al vero erede o legatario<sup>119</sup>.

La pratica delle disposizioni fiduciarie testamentarie, sorta nel mondo romano e proseguita entro l'universo giuridico medioevale, raggiunse il suo apice ai tempi del diritto comune, ma cominciò gradatamente a declinare con il progressivo affermarsi, a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, del principio della forma scritta della volontà testamentaria<sup>120</sup>.

Tale principio importava l'inefficacia di qualunque manifestazione di volontà non risultante dalla scheda testamentaria e conseguentemente anche della segreta intesa fiduciaria intercorsa tra il testatore e l'erede o legatario apparente. Ne derivava che il fiduciario potesse legittimamente rifiutarsi di eseguire la volontà manifestatagli dal

---

<sup>117</sup> AZZARITI Francesco Saverio, MARTINEZ Giovanni, AZZARITI Giuseppe, *Successioni per causa di morte e donazioni*, CEDAM, Padova, 1979, 443.

<sup>118</sup> DI MARZIO Mauro, sub art. 627 in *Commentario al codice civile* a cura di Paolo Cendon, Giuffrè, Milano, 2009, 1187.

<sup>119</sup> AZZARITI Francesco Saverio, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 443.

<sup>120</sup> AZZARITI Francesco Saverio, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 444.

testatore. La posizione dell'erede o legatario apparente era dunque caratterizzata dalla più ampia potestà d'abuso, in quanto costui aveva facoltà di rifiutarsi di ritrasferire i beni o di ritrasferirli a persona diversa da quella voluta dal testatore, senza per ciò stesso incorrere in sanzioni.

Poiché nessuna tutela giuridica era predisposta per assicurare che l'erede o il legatario apparente assolvesse effettivamente l'incarico conferitogli, la realizzazione del risultato avuto di mira dal testatore era rimesso *in toto* alla *fides*, cioè all'onestà e alla fedeltà, di costui<sup>121</sup>.

Tali caratteristiche contrassegnano tutt'oggi la disposizione fiduciaria testamentaria e valgono ad iscriverla nell'alveo della fiducia in senso tecnico, poiché, secondo una massima precedentemente accolta, soltanto laddove viene in essere la potestà d'abuso si configura la fiducia in senso tecnico<sup>122</sup>.

La disposizione fiduciaria testamentaria, rimettendo in via esclusiva all'arbitrio dell'erede o legatario fiduciario l'esecuzione della reale volontà del testatore, viene a configurarsi quale *extrema ratio*, alla quale si ricorre quasi sempre per perseguire finalità non consentite dalla legge, come ad esempio<sup>123</sup> favorire un incapace, celare un motivo illecito della disposizione o far realizzare un risparmio di tassa di successione<sup>124</sup>.

Non ricorre una disposizione fiduciaria testamentaria qualora il testatore abbia incaricato l'erede di provvedere a soddisfare i legati, indicati in una lettera inserita nella stessa busta in cui era stato posto il testamento, poiché in tale ipotesi le due disposizioni devono intendersi collegate e quindi l'incarico all'erede non ha natura di disposizione fiduciaria<sup>125</sup>.

D'altro canto è stato ritenuto valido come legato fiduciario e non nullo quale mandato *post mortem* o lascito a persona incerto l'incarico attribuito dal testatore all'esecutore testamentario di incassare il reddito dei beni ereditari, con facoltà di

---

<sup>121</sup> CARAMAZZA Giovanni, sub *articolo 627* in *Commentario teorico-pratico al codice civile* diretto da Vittorio de Martino, Edizioni PEM, Novara, 1973, 225.

<sup>122</sup> A conferma di tale ricostruzione, la giurisprudenza ha affermato che attraverso la disposizione fiduciaria il testatore fa affidamento, in via di puro obbligo di coscienza, sull'erede istituito, affinché costui trasmetta a terzi i beni ereditari (in tal senso v. Cass., 15 marzo 1943, n.606 in *Repertorio del Foro italiano*, 1943-45, Successione, n. 28).

<sup>123</sup> AZZARITI Francesco Saverio, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 444.

<sup>124</sup> È stata esclusa la ricorrenza di una disposizione fiduciaria nell'ipotesi in cui il testatore, pur avendo indicato espressamente ed inequivocabilmente il beneficiario del patrimonio ereditario, abbia conferito ad altra persona un incarico fiduciario volto non ad una diversa destinazione di quello stesso patrimonio, bensì a favorire maggiormente la persona indicata quale erede, per mezzo dell'esclusione dell'imposta di successione (in tal senso v. Cass., 12 marzo 1980, n.1672 in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1336).

<sup>125</sup> In tal senso App. Firenze, 22 settembre 1965, in *Foro padano*, 1966, I, c. 1045 ss.

disporre a propria discrezione in opere di bene, secondo le disposizioni verbali di volontà segretamente comunicategli dallo stesso testatore<sup>126</sup>.

L'ordinamento italiano ha mostrato fin dai suoi primordi un atteggiamento ostile nei riguardi della disposizione fiduciaria testamentaria: già il codice civile del 1865 vietava, all'art. 829, qualsiasi prova diretta a dimostrare che il destinatario di una disposizione testamentaria era stato istituito soltanto in base ad un rapporto di fiducia, in virtù del quale i beni dovevano essere attribuiti a terzi.

Facendo leva sull'ambiguità della formulazione normativa, che si riferiva esclusivamente alla prova, si era sostenuta l'ammissibilità di un'azione giudiziaria diretta ad accertare il rapporto di fiducia, purché fondata sulla confessione del convenuto<sup>127</sup>. In altre parole si sosteneva che qualora l'erede o il legatario apparente avesse confessato l'esistenza della fiducia, il vero erede o legatario avrebbe potuto legittimamente intentare un'azione di accertamento della fiducia, la quale, poiché fondata su un elemento diverso dalla prova, non incappava nel divieto di legge.

Sebbene già sulla base dell'art. 829 del cod. civ. del 1865 potesse dubitarsi dell'esattezza di tale interpretazione restrittiva<sup>128</sup>, odiernamente, sotto la vigenza dell'attuale codice civile, tale controversia è implicitamente risolta dal 1° comma dell'art. 627 c.c., il quale, facendo riferimento non più alla prova ma in senso più ampio all'azione, nega in radice la possibilità di dimostrare in giudizio l'esistenza di una disposizione fiduciaria testamentaria, disponendo che “non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratti di persona interposta”.

L'ordinamento italiano, con l'art.627 c.c., pur riconoscendo l'esistenza delle disposizioni fiduciarie, nega l'azione per rivelarle<sup>129</sup>. Infatti, anche quando le stesse espressioni usate dal testatore nella redazione dell'atto *mortis causa* potessero far presumere o addirittura indicare che il destinatario della disposizione è tale solo in

---

<sup>126</sup> In tal senso Cass., 9 settembre 1970, n. 1369 in *Giustizia civile*, 1971, I, 332.

<sup>127</sup> CARAMAZZA, sub *articolo 627*, cit., 226.

<sup>128</sup> GIANNATTASIO Carlo, *Delle successioni: successioni testamentarie: artt. 587-712*, UTET, Torino, 1978, 181.

<sup>129</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 179.

apparenza, con nessun mezzo giuridico si potrebbe ottenere da costui che i beni assegnatigli in via fiduciaria vengano trasferiti all'effettivo beneficiario<sup>130</sup>.

Se il fiduciario si astiene dall'eseguire spontaneamente la fiducia, magari pur avendola confessata, all'effettivo destinatario dei beni è preclusa ogni azione giudiziaria e si produce così l'assurdo logico di rendere erede o legatario il fiduciario, cioè una persona che il testatore non ha mai pensato di voler beneficiare, e di attribuire rilevanza giuridica ad una manifestazione di volontà che può dirsi esistente solo formalmente nei termini della dichiarazione contenuta nel testamento<sup>131</sup>.

L'art. 627 c.c., negando al vero destinatario dell'eredità o del legato qualsiasi tutela giuridica, vuole in tal modo scoraggiare e disincentivare il testatore a fare simili disposizioni. Ma se il testatore decide comunque, nonostante lo *sfavor iuris*, di fare una disposizione fiduciaria e la persona nominata non la esegue, trattenendo per sé i beni o trasferendoli a persona diversa da quella segretamente indicata, la legge, col vietare l'accertamento della fiducia, non soltanto dà attuazione ad una volontà sostanzialmente inesistente, ma convalida anche, contro ogni considerazione morale e giuridica, l'illecito comportamento del fiduciario<sup>132</sup>.

L'art. 627 c.c. non vale a negare, come sostengono<sup>133</sup> alcuni autori, l'ammissibilità nel nostro ordinamento della disposizione fiduciaria testamentaria. Infatti tale disposizione, non essendo sanzionata con la nullità, non può ritenersi illecita: quindi il testatore può lecitamente, in base alla legge, affidarsi al fiduciario, ma senza la certezza che questi eseguirà il *pactum fiduciae*.

In definitiva la fiducia testamentaria deve ritenersi ammessa nel nostro ordinamento, ma il suo adempimento è rimesso unicamente all'obbligo morale e di coscienza del fiduciario<sup>134</sup>.

L'ordinamento, pur riconoscendo come lecita la disposizione fiduciaria testamentaria, guarda ad essa con sfavore, indi per cui assume nei suoi riguardi un atteggiamento astensionistico: non la bolla come invalida, né interviene per il caso in cui il fiduciario violi gli obblighi assunti e non esegua quel desiderio che il testatore gli ha rivelato sul letto di morte.

---

<sup>130</sup> CARAMAZZA, sub articolo 627, cit., 226.

<sup>131</sup> AZZARITI Francesco Saverio, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 445.

<sup>132</sup> AZZARITI Francesco Saverio, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 444 s.

<sup>133</sup> AZZARITI Francesco Saverio, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 444.

<sup>134</sup> CARAMAZZA, sub articolo 627, cit., 226.

Secondo molti autori, il divieto di un'azione giudiziale di accertamento della disposizione fiduciaria sarebbe da ricondurre all'esigenza che la disposizione testamentaria abbia forma scritta<sup>135</sup>.

Secondo una diversa impostazione<sup>136</sup>, il divieto dell'azione giudiziale discenderebbe al contrario dall'opportunità di evitare le innumerevoli controversie suscettibili di insorgere tra il preteso beneficiario effettivo e la persona indicata nel testamento come erede o legatario.

Dal canto nostro riteniamo di dover aderire a quest'ultima posizione, in quanto, se veramente l'art. 627 c.c. fosse diretto a soddisfare l'esigenza della forma scritta delle disposizioni testamentarie, avrebbe dovuto, a tal presunto fine, disconoscere qualsiasi volontà del testatore manifestata al di fuori del documento testamentario e conseguentemente sanzionare con la nullità la disposizione fiduciaria testamentaria, o meglio, il *pactum fiduciae* intercorso tra testatore ed erede apparente. In altre parole la legge, se avesse voluto tutelare il principio secondo cui non è dato manifestare validamente la propria volontà al di fuori della scheda testamentaria, avrebbe dovuto, invece che negare qualsiasi azione giudiziaria, predisporre un'*actio* diretta ad accertare e ad invalidare la disposizione fiduciaria testamentaria, in quanto ad essa è sottesa una volontà, quale quella di beneficiare una persona diversa dall'erede o legatario formale, manifestata al di fuori del testamento.

È stata da più parti avanzata l'incompatibilità di tale norma di legge, e per essa della fiducia testamentaria, con l'art. 628 c.c., che sancisce la nullità della disposizione a favore di persona incerta, e con l'art. 631 c.c., che stabilisce la nullità delle disposizioni testamentarie con le quali si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario. Ciò perché le disposizioni fiduciarie testamentarie comporterebbero che il vero erede o il vero legatario siano incerti e che la loro nomina sarebbe rimessa all'arbitrio del fiduciario e cioè del terzo.

Si può agevolmente opporre<sup>137</sup> che la disposizione fiduciaria *mortis causa* non importa incertezza dell'erede, in quanto il fiduciario, di fronte alla legge, è il vero erede e che non ricorre nemmeno l'ipotesi della nomina dell'erede o del legatario affidata ad un terzo, perché, come sopra detto, il fiduciario non può essere obbligato né dalla legge né da altri a nominare il vero erede o legatario.

---

<sup>135</sup> DI MARZIO Mauro, sub *art. 627*, cit., 1189.

<sup>136</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 180.

<sup>137</sup> GIANNATTASIO Carlo, *Delle successioni*, cit., 180.

L'atteggiamento sfavorevole assunto dall'ordinamento nel 1° comma dell'art.627 c.c. con riguardo alla disposizione testamentaria fiduciaria viene mitigato dal 2° comma dello stesso articolo, il quale dispone che “la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace”.

Per effetto di tale 2° comma la persona indicata nel testamento, se ha rispettato l'affidamento fatto su di lui dal testatore e ha quindi trasferito, con un distinto atto *inter vivos*, i beni ricevuti alla persona voluta da costui, non può poi agire per la ripetizione, adducendo, ad esempio, di essere l'erede o il legatario effettivo o di aver adempiuto alla disposizione nell'erronea convinzione di esservi giuridicamente obbligato<sup>138</sup>.

Però in virtù della clausola di salvezza contenuta nello stesso 2° comma, l'atto attraverso il quale viene eseguita la disposizione fiduciaria è annullabile se colui che lo ha posto in essere era, in quel momento, in stato transitorio o permanente di incapacità di intendere o di volere: in tal caso trova applicazione l'art. 428 c.c.<sup>139</sup>.

A differenza di ogni altro negozio fiduciario, la disposizione fiduciaria testamentaria non è fonte di un obbligo legale, bensì esclusivamente di un'obbligazione naturale. Di conseguenza l'esecuzione volontaria di tale disposizione produce, al pari dell'adempimento di ogni altra obbligazione naturale, gli effetti della *soluti retentio*<sup>140</sup>, cioè comporta in altre parole l'irripetibilità di quanto spontaneamente prestato.

Come precisato dalla giurisprudenza<sup>141</sup>, affinché si producano gli effetti della *soluti retentio* è necessaria la sussistenza di due condizioni fondamentali: in primo luogo che il *de cuius* abbia in vita manifestato inequivocabilmente e chiaramente la propria volontà segreta all'erede chiamato nel testamento, ed in secondo luogo che quest'ultimo, destinatario di tale volontà, ne conosca l'esistenza e la esegua spontaneamente ed intenzionalmente<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> CARAMAZZA, sub *articolo 627*, cit., 227.

<sup>139</sup> CARAMAZZA, sub *articolo 627*, cit., 226.

<sup>140</sup> In tal senso Cass., 5 maggio 1962, n. 888 in *Foro italiano*, 1962, I, 902, secondo cui l'esecuzione volontaria della disposizione fiduciaria testamentaria produce gli effetti della *soluti retentio*, perché tale disposizione costituisce un'ipotesi di obbligazione naturale.

<sup>141</sup> In tal senso Cass., 5 maggio 1962, n. 888, cit.

<sup>142</sup> Comunque gli effetti della *soluti retentio* si producono non soltanto quando l'esecuzione sia stata personalmente effettuata dalla persona dichiarata nel testamento, ma anche quando essa sia stata posta in essere da un terzo al quale l'erede abbia preventivamente conferito un apposito mandato o il cui operato l'erede stesso abbia successivamente ratificato (in tal senso v. Cass., 12 giugno 1950, n.1480 in *Foro italiano*, 1950, I, 1150).

Sotto la vigenza del codice civile del 1865, molti autori<sup>143</sup>, muovendo dal pregiudizio della nullità o addirittura della illiceità della fiducia, le negavano qualunque efficacia giuridica e coerentemente escludevano che l'esecuzione volontaria della disposizione testamentaria fiduciaria fosse efficace. In tale prospettiva il fiduciario, al fine di trasmettere validamente i beni ereditari, avrebbe dovuto avvalersi di un regolare atto di donazione, altrimenti la trasmissione sarebbe risultata *sine causa* si sarebbe così configurata la possibilità di ripetere i beni.

Odiernamente, in virtù della disposizione innovativa di cui al 2° comma dell'art. 627, la disposizione testamentaria fiduciaria costituisce un'obbligazione naturale, per cui l'adempimento di essa è, come l'adempimento di ogni altra obbligazione naturale, irretrattabile<sup>144</sup>. Infatti secondo un principio generale l'esecuzione spontanea dell'obbligazione naturale produce gli effetti della *soluti retentio*, cioè esclude la possibilità di ripetere quanto prestato.

Eppure anche sotto il vigente codice civile è stata contestata la possibilità di riconoscere nell'esecuzione spontanea della fiducia testamentaria l'adempimento di un'obbligazione naturale.

È possibile replicare, conformemente all'opinione di altri autori<sup>145</sup>, che, se in base al 1° comma dell'art. 2034 c.c. costituisce obbligazione naturale qualsiasi dovere morale e sociale, è indubbio che la fiducia testamentaria, in quanto fonte di un dovere morale, rappresenta una vera e propria obbligazione naturale. Il 2° comma tronca poi ogni dubbio, equiparando ai doveri morali e sociali di cui al 1° comma, e quindi alle obbligazioni naturali, ogni altro dovere, come quello nascente da una disposizione fiduciaria, per cui la legge non accorda azione, ma esclude la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato<sup>146</sup>. In tale prospettiva ci sembra che gli effetti della *soluti retentio* non possano ricondursi ad altra causa giuridica che non sia quella dell'adempimento di una vera e propria obbligazione naturale<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> FERRARA Francesco, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1914, 23 ss.; DE RUGGIERO Roberto, *L' illiceità della fiducia testamentaria*, Società Editrice Libreria, Milano, 1913, 468 ss.

<sup>144</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 181.

<sup>145</sup> AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 446.

<sup>146</sup> AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 446 s.

<sup>147</sup> STOLFI Giuseppe, *In tema di adempimento spontaneo della fiducia testamentaria* in *Giurisprudenza italiana*, 1950, I, 545.

Come autorevolmente sostenuto<sup>148</sup>, il 2° comma dell'art. 627 c.c. risponderebbe all'esigenza di rispettare la volontà del testatore, il quale s'è affidato all'onestà e alla lealtà di una persona di sua fiducia, ritenendola incapace di violare l'intesa fiduciaria. Secondo alcuni autori<sup>149</sup>, tale norma costituirebbe l'unica tutela predisposta dall'ordinamento in favore della disposizione fiduciaria testamentaria: questo è vero, ma si tratta di una tutela invero molto debole, incapace di esercitare sul fiduciario una seppur minima coazione all'adempimento dell'intesa fiduciaria e idonea esclusivamente ad attribuire stabilità e definitività all'esecuzione della volontà del *de cuius*.

Comunque, nonostante il temperamento di cui al 2° comma, l'art. 627 c.c. nel suo complesso è chiaramente indirizzato a scoraggiare le disposizioni fiduciarie a favore di persona diversa da quella dichiarata nel testamento, in quanto non disconosce la validità e l'efficacia delle disposizioni testamentarie volute solo apparentemente dal *de cuius*. Infatti, ove l'erede fiduciario o il legatario fiduciario trattenga per sé i beni, violando l'intesa fiduciaria, tiene una condotta sulla base dell'ordinamento vigente perfettamente lecita, proprio perché la disposizione fiduciaria testamentaria opera come disposizione reale e non apparente in suo favore<sup>150</sup>.

Il legislatore ha infine posto una deroga al divieto di accertamento giudiziale della disposizione fiduciaria testamentaria per l'ipotesi in cui il testatore ricorra a tale disposizione allo scopo di conseguire indirettamente un risultato vietato dalla legge e quindi di aggirare disposizioni imperative. Precisamente, secondo il disposto di cui al 3° comma dell'art. 627 c.c., il divieto di cui al 1° comma non si applica "al caso in cui l'istituzione di erede o il legato vengano impugnati in quanto fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere", tra i quali devono ricomprendersi anche gli enti di fatto non riconoscibili<sup>151</sup>.

In altre parole il 3° comma dell'art. 627 c.c., sancendo un'eccezione al divieto generale, ammette l'azione in giudizio per accertare l'esistenza della disposizione fiduciaria testamentaria qualora questa venga impiegata allo scopo di attribuire i beni a persone incapaci di ricevere.

Tale norma costituisce evidentemente l'applicazione specifica del principio generale di cui all'art. 599 c.c., secondo il quale le disposizioni testamentarie a

---

<sup>148</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 180.

<sup>149</sup> CARAMAZZA, *sub articolo 627*, cit., 227.

<sup>150</sup> DI MARZIO, *sub 627*, cit., 1187.

<sup>151</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 183.

vantaggio delle persone incapaci di ricevere indicate dagli artt. 592, 593, 596, 597 e 598 c.c. sono nulle anche se fatte per interposta persona. In tale ipotesi la disposizione fiduciaria testamentaria sarebbe nulla per frode alla legge e di conseguenza sarebbe possibile provarla con ogni mezzo, anche per mezzo di presunzioni. Se però la persona formalmente chiamata all'eredità non è una di quelle che, a mente del 2° comma dell'art. 599, si presumono interposte, occorrerà dare la prova dell'interposizione, onde ottenere la declaratoria di nullità della disposizione.

Da ciò possiamo desumere che il legislatore ha ritenuto sostanzialmente illecita la disposizione fiduciaria soltanto qualora, attraverso la stessa, si vogliano far pervenire i beni ad una persona incapace di ricevere<sup>152</sup>: in tale prospettiva il 3° comma risponde alla *ratio* di impedire che il testatore possa servirsi della fiducia come di un paravento per aggirare le norme imperative riguardanti l'incapacità a succedere<sup>153</sup>.

In ultimo luogo non deve essere trascurata la circostanza che la persona chiamata nel testamento, la quale esegua la disposizione fiduciaria, non perde per ciò stesso la qualità di erede o legatario e pertanto, se erede, non si libera dalla responsabilità per il pagamento dei debiti ereditari<sup>154</sup>. Infatti ogni eventuale accollo di essi da parte dell'effettivo beneficiario non opera verso terzi, a meno che non intervenga una novazione soggettiva<sup>155</sup>. Tutto ciò non incentiva certamente l'erede fiduciario al rispetto dell'intesa fiduciaria e quindi all'esecuzione della volontà segretamente comunicatagli dal testatore.

Quanto all'ambito familiare, tratteremo in tale sede del matrimonio fiduciario, la cui principale caratteristica risiede nell'essere contratto "all'unico fine di acquistare una determinata capacità o condizione giuridica"<sup>156</sup>.

Tale fattispecie deve ritenersi risalente al diritto romano: infatti già Gaio parla di *coemptio fiduciaria testamenti faciendi gratia o tutelae evitandae causa*. A tal ultimo proposito sappiamo per certo che verso la fine della Repubblica romana le donne, al fine di sottrarsi alla tutela degli agnati, contraevano un formale matrimonio *cum manu* con una persona di loro fiducia, generalmente un vecchio. Costui, pur avendo

---

<sup>152</sup> CARAMAZZA, sub articolo 627, cit., 229.

<sup>153</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 180.

<sup>154</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 182; CARAMAZZA, sub articolo 627, cit., 226 ss.

<sup>155</sup> AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 448.

<sup>156</sup> GRASSETTI Cesare, *Il matrimonio fiduciario* in *Temì*, Giuffrè, Milano, 1951, 333.

giuridicamente la *manus* sulla moglie, non la esercitava, sulla base dell'intesa fiduciaria<sup>157</sup>.

In epoca moderna la pratica del matrimonio fiduciario, caratteristica di situazioni nazionali ed internazionali perturbate ed incerte, venne alla ribalta delle cronache giudiziarie del secondo dopoguerra. Si ponga mente alle seguenti fattispecie<sup>158</sup>.

La cittadina tedesca che contrae matrimonio civile con il cittadino italiano al solo scopo, predeterminato da entrambi i nubenti, di sottrarsi, per mezzo dell'acquisto della cittadinanza italiana, alle leggi sul servizio obbligatorio del lavoro in Germania<sup>159</sup>; l'ex prigioniero italiano e la cittadina tedesca che, nel settore sovietico di Berlino, contraggono matrimonio civile: lo sposo per evitare il pericolo di un nuovo internamento e la donna per evitare quello di violenze da parte delle truppe occupanti<sup>160</sup>; la donna apolide "non ariana" che, al fine di scampare dalla deportazione in Polonia, contrae matrimonio con l'anziano cittadino belga ricoverato in ospizio<sup>161</sup>; ancora la profuga tedesca che sulla strada del rimpatrio contrae matrimonio con il prigioniero francese, al solo fine di poter accedere in zona alleata e concludere così la sua fuga verso occidente<sup>162</sup>; infine la cittadina cecoslovacca che sposa per procura un cittadino italiano al fine di sottrarsi, con l'espatrio, alle persecuzioni politiche, salvo successivamente ricongiungersi all'estero con il precedente marito, anch'egli profugo, senza avere nel frattempo né visto né conosciuto lo sposo italiano<sup>163</sup>.

Tale fenomeno, davvero imponente nel secondo dopoguerra, può considerarsi caratteristico non tanto di un determinato frangente storico quanto, più in generale, del "tempus dubium" ricordato nel noto passo, precedentemente citato, di Boezio<sup>164</sup>: *tempus dubium* per fronteggiare il quale i privati ricorrono al fenomeno fiduciario, massima espressione negoziale dei valori della solidarietà e della fratellanza.

Costituiscono infatti altrettante fattispecie di matrimonio fiduciario i matrimoni contratti da perseguitati politici o razziali con cittadine nord-americane al solo scopo, comune alle parti, di ottenere visti di immigrazione oltre l'Atlantico e i matrimoni

---

<sup>157</sup> PACCHIONI Giovanni, *Lezioni di storia e di istituzioni di diritto romano*, La Litotipo, Padova, 1926, 422.

<sup>158</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 325 s.

<sup>159</sup> Trib. Genova, 29 maggio 1946, Pres. ed Est. Valerio in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 360.

<sup>160</sup> Trib. Mondovì, 7 luglio 1949, Pres. Enrico, Est. Brunetti in *Foro padano*, 1949, I, 995.

<sup>161</sup> Trib. Bruxelles, 7 aprile 1945, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1947, 31.

<sup>162</sup> Trib. della Senna, 7 gennaio 1948 in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1948, 461 ss.

<sup>163</sup> Trib. Firenze, 17 aprile 1950, Pres. Bonelli, Est. Bianchi d'Espinosa in *Foro padano*, 1950, I, 814.

<sup>164</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 327 s.

contratti, d'accordo con l'altro sposo, all'unico fine di ottenere lo stato di coniugato, richiesto per l'esenzione dal servizio militare<sup>165</sup>.

La dottrina<sup>166</sup> e la giurisprudenza<sup>167</sup> prevalenti considerano però tali matrimoni nulli per difetto assoluto di consenso e precisamente per simulazione, dal momento che la volontà dei nubenti non sarebbe diretta alla creazione del vincolo coniugale<sup>168</sup>.

Dal canto nostro riteniamo che l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale appena esposto non colga neanche minimamente l'essenza di tale fattispecie e debba quindi essere completamente rigettato, poiché ai nostri occhi pare innegabile che la volontà delle parti sia realmente diretta alla creazione del vincolo coniugale.

In effetti, in tutti i casi giudiziari succitati i nubenti vogliono realmente contrarre il vincolo coniugale, sebbene quale mezzo per ottenere un risultato altrimenti non realizzabile<sup>169</sup>. In altre parole l'acquisto dello stato di coniuge, realmente voluto da entrambi i nubenti, è strumentale al conseguimento di una determinata capacità giuridica, che non si saprebbe o si potrebbe diversamente acquistare.

I nubenti si accordano infatti per eliminare tutti gli effetti principali del vincolo matrimoniale, in particolare quelli relativi alla coabitazione, alla fedeltà e all'assistenza<sup>170</sup>, e convengono che ciascuno di loro userà delle facoltà e dei diritti annessi allo *status* coniugale conformemente allo scopo per cui ha acquisito, col consenso dell'altro, tale *status*.

È quindi evidente che tra i coniugi intercorre un rapporto fiduciario mutuo e reciproco, di guisa che ciascuno di loro può dirsi al tempo stesso fiduciante e fiduciario dell'altro. Ciascuno dei nubenti auspica dal leale comportamento dell'altro e soltanto da esso il raggiungimento dello scopo avuto di mira: in tal senso può dirsi ben presente in tale fattispecie la potestà d'abuso.

Le parti avranno interesse al mantenimento del vincolo matrimoniale fintantoché perduri il *tempus dubium*: esse insorgerebbero contro chi *medio tempore* pretendesse dimostrare in giudizio che il loro matrimonio non è stato realmente voluto. Soltanto una

---

<sup>165</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 326, nota 7.

<sup>166</sup> DEL BONO Fabrizio, *Simulazione del matrimonio civile ? in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1951, 563 ss.

<sup>167</sup> Trib. Firenze, 17 aprile 1950, cit.

<sup>168</sup> In senso contrario a tale orientamento solo Trib. Roma, 6 febbraio 1951, Pres. Frangipane, Est. Prioso in *Giurisprudenza italiana*, 1951, I, 231, il quale escluse la simulazione assoluta e di conseguenza ritenne valido un matrimonio celebrato tra una polacca e un italiano residente in Varsavia al solo scopo, comune alle parti, di ottenere l'espatrio della donna e sottrarla così alle violenze minacciatele dalla polizia locale.

<sup>169</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 330.

<sup>170</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 327.

volta cessato il pericolo, le parti vorranno disfarsi del mezzo adoperato, il cui mantenimento risulterebbe loro gravoso e superfluo. Ciò è chiaramente indice del fatto che le parti vogliono contrarre il vincolo non solo come mezzo a un fine altrimenti non realizzabile, ma anche, al contempo, come vincolo temporaneo<sup>171</sup>.

A conferma della nostra tesi, un'autorevole autrice<sup>172</sup> ha correttamente rilevato che in tutti i matrimoni contratti come mezzo a fine, tra i quali deve farsi rientrare anche il matrimonio fiduciario, i due nubenti non pongono in essere di fronte all'ufficiale di stato civile alcuna simulazione, in quanto non ne avrebbero affatto interesse; ad essi preme al contrario di ottenere proprio gli effetti che la legge ricollega all'atto, anche se per utilizzarli ad uno scopo atipico e quindi difforme dallo scopo tipico per cui l'ordinamento li attribuisce.

In definitiva i nubenti vogliono realmente il matrimonio, in quanto intendono acquistare la qualifica giuridica, cioè lo *status* di coniuge, che esso comporta. Se infatti, come detto sopra, gli sposi mirano ad ottenere almeno un effetto del loro atto e precisamente ad acquisire una determinata capacità giuridica, ne deriva necessariamente che essi intendono conseguire lo *status* coniugale che di quella medesima capacità costituisce il presupposto<sup>173</sup>.

Altro dato caratterizzante il matrimonio fiduciario e desumibile dalle considerazioni sopra svolte consiste in ciò: che la volontà delle parti è diretta ad un effetto giuridico, per l'appunto il conseguimento dello stato di coniuge, tipico di un intento empirico, cioè la creazione di una famiglia legittima, che le parti non hanno. Poiché la volontà delle parti è comunque diretta all'effetto giuridico proprio del matrimonio, traducendosi per ciò stesso in uno specifico intento giuridico, non sembra davvero possibile ricondurre il matrimonio fiduciario nell'alveo della simulazione, la quale esclude una tale direzione della volontà<sup>174</sup>.

In conclusione, dal momento che i nubenti intendono realmente contrarre il vincolo matrimoniale, sebbene a fini limitati, il matrimonio fiduciario non rappresenta un caso di simulazione. Al fine di inficiare ulteriormente la tesi secondo cui il

---

<sup>171</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 330.

<sup>172</sup> COSTANZA Maria, *Sulla simulazione matrimoniale in Rivista di diritto civile*, II, 1976, 686.

<sup>173</sup> COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, cit., 686 s.

<sup>174</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 330 ss.

matrimonio fiduciario costituisce una fattispecie simulatoria, è possibile dimostrare che la simulazione è a priori incompatibile con il matrimonio<sup>175</sup>.

Per addivenire a tale risultato, è necessario previamente individuare e ricostruire la natura giuridica del matrimonio, onde verificare se essa possa accordarsi con il fenomeno simulatorio. Dallo svolgimento di tale indagine risulterà che il matrimonio costituisce una figura *sui generis*, la quale presenta caratteristiche tali per cui non può essere ricondotta né allo schema del contratto, né a quello del negozio giuridico, né ancora a quello dell'atto giuridico in senso stretto.

È infatti evidente che il matrimonio non possa essere riguardato quale un contratto, poiché l'art. 1321 c.c. si riferisce con tale termine agli accordi aventi carattere patrimoniale, connotato quest'ultimo estraneo al matrimonio.

Quanto al negozio giuridico, va premesso che con tale termine si intende qualunque atto di autonomia privata diretto a porre in essere un regolamento precettivo. Poiché alla luce di tale definizione i due momenti costitutivi del negozio giuridico devono essere individuati nell'autonomia privata e nella regola di comportamento conseguente alla spendita di essa, l'essenza dello stesso consisterebbe nella facoltà di autoregolamentazione concessa ai privati. E non pare che tale facoltà possa ravvisarsi nel matrimonio, per il quale la legge ha predisposto uno schema rigido ed inderogabile, che non tollera manifestazioni di privata autonomia. Da ciò segue che il matrimonio non costituisce un'ipotesi di negozio giuridico.

In ultimo luogo non pare che il matrimonio possa essere riguardato come un atto giuridico in senso stretto, poiché nel primo, a differenza del secondo, assumono rilievo gli atteggiamenti patologici della volontà dei nubenti, quali la violenza, l'errore e l'incapacità di intendere o di volere.

Il matrimonio, irriducibile agli schemi paradigmatici della teoria generale del diritto, può essere definito come "atto-condizione"<sup>176</sup>: atto perché anche nel matrimonio si riscontra una manifestazione di volontà dei privati avente rilevanza giuridica, condizione perché la celebrazione è presupposto necessario ed indefettibile per il conseguimento dello *status* di coniuge e per l'applicazione della normativa relativa al rapporto coniugale.

---

<sup>175</sup> COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, cit., 683 ss.

<sup>176</sup> COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, cit., 685.

Quanto alla simulazione, attraverso essa, o meglio attraverso l'accordo simulatorio, i contraenti pongono in essere un regolamento di interessi difforme da quello risultante dalle loro esteriori dichiarazioni negoziali e, più precisamente, un regolamento puramente negativo nel caso di simulazione assoluta oppure semplicemente diverso nel caso di simulazione relativa. Pertanto il fenomeno simulatorio può attecchire soltanto laddove, come nel negozio giuridico, le parti godano della facoltà di autoregolamentazione dei propri interessi.

Da tali considerazioni deriva che il matrimonio è incompatibile con il fenomeno simulatorio: non si vede infatti come i privati possano porre in essere una simulazione nell'ambito di un istituto, quale il matrimonio, destinato a realizzare un assetto di interessi rigidamente predeterminato dall'ordinamento ed immodificabile ad opera degli agenti, i quali sono liberi unicamente di esprimere o meno l'intento di voler celebrare il matrimonio. Parlare di una celebrazione soltanto apparente è, oltretutto improprio, privo di rilievo sul piano giuridico, in quanto, una volta che l'ufficiale dello stato civile ha fatto la sua dichiarazione, gli effetti si producono in ogni caso, eccettuate le ipotesi di vizio di volontà degli sposi.

Non ci sembra nemmeno che il matrimonio fiduciario possa essere riguardato come un'ipotesi di matrimonio in cui il consenso è viziato da violenza o come un'ipotesi di matrimonio contratto in stato di pericolo.

Quanto alla prima ipotesi, manca, sia da parte dei coniugi che di qualunque terzo, la violenza diretta ad estorcere il consenso al matrimonio<sup>177</sup>.

Quanto alla seconda ipotesi, lo stato di pericolo, riguardato dall'art. 1447 c.c. come vizio del consenso e motivo di annullabilità, non può legittimamente essere utilizzato quale strumento per impugnare il matrimonio, in quanto l'articolo summenzionato lo considera soltanto come causa di rescissione dei contratti a prestazioni corrispettive conclusi a condizioni inique<sup>178</sup>.

Il matrimonio fiduciario non deve essere però confuso con il matrimonio di convenienza, a contrarre il quale le parti possono essere indotte da una serie innumerevole di motivi, comuni o meno, i quali, sebbene talvolta contrastino con le proprietà essenziali del vincolo, restano irrilevanti. Infatti nel matrimonio di convenienza difetta il *pactum fiduciae* e precisamente l'accordo tra i nubenti di usare

---

<sup>177</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 331.

<sup>178</sup> DEL BONO, *Simulazione del matrimonio civile ?*, cit., 568.

dello *status* acquisito in congruenza al fine perseguito e di mantenere in essere il vincolo giuridico matrimoniale fintantoché perduri il *tempus dubium* <sup>179</sup>.

Ricostruita la fattispecie del matrimonio fiduciario, occorre ora vagliare se ed entro quali limiti tale figura possa essere accolta nel nostro ordinamento giuridico.

In primo luogo non pare possibile desumere l' idoneità della *causa fiduciae* a fondare un valido matrimonio dall' idoneità della medesima *causa fiduciae* a giustificare la produzione di effetti reali. Quest' ultima soluzione si fonda infatti sulla premessa, adeguatamente dimostrata in precedenza, dell' inesistenza di un *numerus clausus* dei negozi ad effetti reali.

Analoga premessa non si riscontra invece nel diritto di famiglia, informato dal principio del *numerus clausus* dei tipi negoziali, i quali sono fra l' altro caratterizzati da una struttura rigorosamente rigida, tale da comprimere entro ristretti limiti la privata autonomia. Quest' ultima in ambito familiare si riduce di norma alla scelta tra il porre o il non porre in essere il negozio così come predisposto dall' ordinamento. Pertanto le ragioni che militano a favore dell' ammissibilità della *causa fiduciae* nell' ambito dei negozi patrimoniali non ci vengono in aiuto per sostenere l' ammissibilità della stessa nell' ambito dei negozi familiari ed in particolare con riguardo al matrimonio <sup>180</sup>.

Riteniamo dunque che l' idoneità o meno della *causa fiduciae* a costituire un valido vincolo matrimoniale venga a dipendere da un apprezzamento concreto, effettuato caso per caso, della stessa *causa fiduciae*.

A tale stregua lo scopo del matrimonio fiduciario sarà vietato all' autonomia privata solo in quanto, sulla base di una valutazione sociale del rapporto e con riguardo ai principi informatori del nostro sistema, ad esso corrisponda un interesse non meritevole di tutela secondo l' ordinamento giuridico. Al contrario, qualora l' intento perseguito dalle parti miri a eliminare situazioni di ingiustizia o a realizzare un alto fine di solidarietà umana o sociale, esso sarà degno di tutela giuridica.

In conclusione, al fine di affermare o negare la validità nel nostro ordinamento del matrimonio fiduciario, occorrerà indagare volta per volta, alla luce della situazione di fatto, sull' intento perseguito dalle parti, onde verificare se esso sia o meno meritevole di tutela. L' opposta soluzione, la quale neghi una tale indagine e propenda a priori per l' inammissibilità del matrimonio fiduciario, deve ritenersi ispirata ad un eccessivo

---

<sup>179</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 332.

<sup>180</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 334.

formalismo, il quale prescinde da ogni valutazione umana e sociale del rapporto matrimoniale<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, cit., 335 ss.

## CAPITOLO 3: RILIEVO E VALENZA DELLA FIDUCIA NEL *COMMON LAW*

### 3. 1. Dallo *use* al *trust* attraverso lo *use upon a use*

#### 3. 1. 1. L'ordinamento inglese e la formazione dello *use*

Nell'intraprendere lo studio del *trust*, occorre rilevare preliminarmente che tale istituto è tipico dei sistemi giuridici di *common law*<sup>1</sup>, a differenza del negozio fiduciario, il quale, come chiaramente risulta dalle considerazioni svolte nei due capitoli precedenti, è tipico dei sistemi giuridici di *civil law*<sup>2</sup>.

Il *trust* è infatti il prodotto dell'esperienza giuridica inglese<sup>3</sup> e probabilmente costituisce il contributo più originale ed importante che tale esperienza ha apportato alla scienza giuridica<sup>4</sup>. Più precisamente il *trust* rappresenta la creazione più significativa dell'*equity*, peculiare fonte del diritto inglese, la quale è ignota agli ordinamenti giuridici continentali<sup>5</sup> ed era originariamente amministrata dalla *Court of Chancery*, cioè dalla Corte del Cancelliere.

Nell'ordinamento anglosassone, come noto, le fonti principali del diritto sono la *common law*, l'*equity* e la *statute law*.

---

<sup>1</sup> MALAGUTI Maria Chiara, *Il trust in Atlante di diritto privato comparato* a cura di Francesco Galgano, Zanichelli, Bologna, 2006, 193; la famiglia dei Paesi di *common law* ricomprende tutti quegli ordinamenti che trovano il loro modello nel sistema giuridico anglosassone, sviluppatosi in Inghilterra a partire dal 1066 grazie alla giurisprudenza delle corti ivi istituite dai re normanni e dai loro successori e diffusosi nel mondo parallelamente all'espansione coloniale inglese. In forza di quest'ultimo processo, attualmente appartengono alla famiglia di *common law*, oltre al Regno Unito, gli Stati Uniti d'America, dove il sistema di *common law* inglese fu trapiantato da coloni provenienti dall'Inghilterra, e quei Paesi facenti parte dell'antico Impero britannico, dove il sistema giuridico inglese fu recepito e, in misura più o meno ampia, conservato, quali il Canada, l'India, l'Australia, la Nuova Zelanda e, in Africa, il Kenia ed il Sud Africa (v. FRANCESCHELLI Vincenzo, *Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 33 s.; GAMBARO Antonio, SACCO Rodolfo, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2009, 31 s.).

<sup>2</sup> La famiglia dei Paesi di *civil law* ricomprende gli ordinamenti dell'Europa continentale, accomunati dal fatto che la scienza giuridica è stata elaborata sulla base del diritto romano e la legge scritta svolge una funzione centrale nel quadro delle fonti del diritto (v. MELI Marisa, *Il diritto comparato e il progetto di costruzione di una identità europea in Tra diritto e società. Studi in memoria di Paolo Berretta* a cura di M. R. Maueri e R. Palidda, Giuffrè, Milano, 2008, 197; GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 31 s.).

<sup>3</sup> GAMBARO Antonio, voce *Trust* in *Digesto delle Discipline Privatistiche: Sezione Civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, 450.

<sup>4</sup> CRISCUOLI Giovanni, *Fiducia e fidejussio in diritto privato* in *Rivista di diritto civile*, I, 1983, 150.

<sup>5</sup> SALVATORE Vincenzo, *Il trust: profili di diritto internazionale e comparato*, CEDAM, Padova, 1996, 3 s.

Quest'ultima rappresenta una fonte di diritto scritto, la quale tuttavia assolve nel quadro delle fonti del diritto un ruolo ben più marginale rispetto a quello svolto dalla legge negli ordinamenti dell'Europa continentale.

Quanto alla *common law* e all'*equity*, esse, pur individuando entrambe un diritto di formazione giurisprudenziale, costituiscono due entità distinte, le quali si coordinano in base a ben precisi criteri, espressi nelle due massime *equity follows the law* e *equity will not suffer a wrong to be without a remedy*. Secondo la prima massima l'*equity* non si pone in antitesi con la *common law*, ma la rispetta, modellando le proprie regole su quelle della *common law*; in base alla seconda l'*equity* appresterà idonea tutela al titolare di un diritto per la violazione del quale la *common law* non prevede un adeguato rimedio.

Ne segue che l'*equity* non è una fonte autosufficiente, ma presuppone l'esistenza della *common law*, nei confronti della quale esercita una funzione correttiva e suppletoria, intervenendo a mitigarne il rigore, qualora la sua applicazione conduca a risultati ingiusti, e a colmarne i vuoti di tutela. In definitiva l'*equity* è una fonte di diritto complementare, alla quale ricorrere in tutti i casi in cui la *common law* risulti inadeguata o lacunosa<sup>6</sup>.

L'*equity* e la *common law* erano originariamente amministrata da due tribunali interamente distinti: la prima dalla *Court of Chancery* e la seconda dalle corti centrali di Westminster<sup>7</sup>. Tale stato di cose mutò con l'approvazione dei *Judicature Acts* del 1873-1875, che fusero le Corti di *common law* e le Corti di *equity* in un'unica *Supreme Court of Judicature*, suddivisa in una Corte di primo grado, la *High Court of Justice*, e in una Corte d'appello, la *Court of Appeal*, che applicano indifferentemente tanto le norme di *common law* quanto le norme di *equity*. Comunque la *common law* e l'*equity* continuano tuttora a costituire fonti di diritto autonome e separate, per cui i *Judicature*

---

<sup>6</sup> ACQUARONE Lorenza, *Sistemi giuridici nel mondo*, Giappichelli, Torino, 2012, 138; FERRANTE Mario, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2008, 6 s.; MAITLAND Frederic William, *Equity, Also the Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*, Cambridge, 1932, 18 s.; LUPOI Maurizio, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001, 73; SALVATORE Vincenzo, *Il trust: profili di diritto internazionale e comparato*, CEDAM, Padova, 1996, 4, nota 2.

<sup>7</sup> Allo sdoppiamento della funzione giurisdizionale in due ramificazioni separate corrispose uno sdoppiamento dei diritti in due categorie separate. Un *right*, cioè un diritto, era *legal* se riconosciuto dalla *common law*, mentre era *equitable* se riconosciuto dall'*equity*. I *legal rights* davano luogo ad un'azione esperibile esclusivamente di fronte alle Corti di *common law*, anche dette Corti di diritto comune, mentre gli *equitable rights* erano tutelabili soltanto presso la Corte di Cancelleria (v. JENKS Edward, *A short history of English law*, London, 1928, 98; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 42).

*Acts* non le hanno fuse insieme, ma hanno soltanto attribuito a ciascun tribunale la competenza per applicare sia l'una che l'altra<sup>8</sup>.

Quanto alla *Court of Chancery*, questa nasce come giurisdizione di coscienza, preposta all'applicazione dei principi di giustizia naturale volti a ripristinare una condizione di equità tra gli interessi delle parti in causa<sup>9</sup>, e pertanto è particolarmente attenta alla repressione delle frodi, della mala fede e degli abusi<sup>10</sup>.

Il Cancelliere cominciò ad avere una parte attiva nell'amministrazione della giustizia a partire dal XIV secolo, in conseguenza dell'ingente mole delle petizioni rivolte al Re dai privati, i quali non riuscivano ad ottenere giustizia presso le Corti di Common Law, a causa della rigidità della procedura ivi adottata<sup>11</sup>. Il Re, non potendo occuparsi di tutti questi reclami, ne demandò la decisione al Cancelliere, il quale originariamente era un ecclesiastico e perciò conosceva bene i principi di giustizia naturale: egli era più precisamente *the keeper of the King's conscience*, cioè il custode della coscienza del re e, quindi, il suo confessore.

Questi intraprese così la sua lunga attività giudiziaria presso la Corte di Cancelleria, sviluppando a poco a poco l'*equity*, definibile come un corpo di norme giuridiche scaturenti dagli imperativi della coscienza<sup>12</sup>.

Tale giurisdizione prestò il suo intervento equitativo anche in materia di rapporti fiduciari e precisamente in tema di *use*, pratica diffusasi in Inghilterra a partire dal XIII secolo, la quale è unanimemente riguardata come la forma originaria, oltre che come l'antecedente storico, del *trust*, di modo che tra questi due istituti non sussiste soltanto un rapporto di derivazione, ma anche una linea di continuità<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> FRANCESCHELLI Remo, *Il "trust" nel diritto inglese*, CEDAM, Padova, 1935, 44 s.; ACQUARONE, *Sistemi giuridici nel mondo*, cit., 139 s.; CHESHIRE Geoffrey Chevalier, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, Giappichelli, Torino, 1998, 10.

<sup>9</sup> BARLA DE GUGLIELMI Elisa, PANICO Paolo, PIGHI Francesco, *La legge di Jersey sul trust*, IPSOA, Milano, 2007, 48.

<sup>10</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 453.

<sup>11</sup> Non si poteva intentare un'azione se non esisteva un *writ* corrispondente alla pretesa. Rimanevano così privi di tutela, per una ragione meramente formale, diritti i quali avrebbero meritato di essere protetti (v. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 39; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 7, secondo il quale in quei tempi la massima era *ubi remedium ibi ius* e non *ubi ius ibi remedium*).

<sup>12</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 42.

<sup>13</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 39; GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 548; MALAGUTI, *Il trust*, cit., 193; STANCHI Barbara, *Il trust convenzionale in Lezioni di diritto privato europeo* raccolte da G. Alpa e G. Capilli, CEDAM, Padova, 2007, 369; SANTORO Laura, *Trust e fiducia in Contratto e impresa*, 1995, 984, nota 14; SALVATORE, *Il trust: profili di diritto internazionale e comparato*, cit., 7; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 11.

Le ragioni che hanno determinato l'origine e lo sviluppo dello *use* sono strettamente connesse alla rigida struttura feudale della società inglese di quei tempi, sulla quale è dunque opportuno soffermarsi.

Il regime feudale fu introdotto in Inghilterra da Guglielmo il Conquistatore, il quale lo importò dalle regioni francesi di provenienza. Egli, per diritto di conquista, confiscò ai vinti tutte le terre inglesi e, quale Re d'Inghilterra, se ne riservò la proprietà esclusiva ed assoluta, concentrando così nelle sue mani la titolarità di tutte le *realties* presenti nel Paese.

Per *realties* devono intendersi i beni reali: nella *summa divisio rerum* del diritto inglese tali beni, noti anche come *real properties* o *real estates*, sono contrapposti ai beni personali, conosciuti come *personalities*, *personal properties*, *personal estates* o *chattels*. Tale distinzione, risalente al XII secolo, affonda le sue radici nel diritto processuale di quel periodo: la *real property* era tutelabile con un'*actio in rem*, esperibile *erga omnes* e idonea a recuperare la cosa da chiunque la detenesse, mentre la *personal property* era presidiata da un'*actio in personam*, esperibile solo contro l'autore dell'illecito e diretta esclusivamente al risarcimento del danno<sup>14</sup>.

Occorre inoltre considerare che, in quanto è tuttora vigente il principio secondo cui la Corona è l'esclusiva titolare di tutte le terre d'Inghilterra, i *common lawyers* sostengono che l'*ultimate ownership* delle *realties* spetta alla Corona o allo Stato. Malgrado assuma raramente rilevanza pratica, l'*ultimate ownership* della Corona o dello Stato impedisce a qualunque altro soggetto di avere la piena ed effettiva proprietà di qualsiasi bene classificabile come *realty*, per cui un tale soggetto può vantare su un bene

---

<sup>14</sup> La *ratio* di tale tutela differenziata risiedeva nel diverso rilievo sociale assunto dai beni reali e dai beni personali. I primi rappresentavano infatti un elemento fondamentale del sistema feudale, in quanto coincidevano con la dotazione dei vassalli; essi più precisamente erano: i feudi, costituiti in concreto dalla terra e da tutto quanto, come gli edifici, fosse ad essa incorporato, gli *heirlooms*, cioè le pertinenze di particolare pregio proprie dei feudi, e i *title deeds*, ovverosia i documenti che attestavano i diritti alla proprietà feudale. In via residuale, erano personali tutti quei beni non ricompresi nel novero dei beni reali, inclusi i *leaseholds*, cioè i diritti che, pur insistendo su un fondo, non derivavano da un'investitura feudale, bensì da un contratto di *lease*. Da tali considerazioni emerge chiaramente che la distinzione tra *real property* e *personal property* non corrisponde esattamente a quella tipicamente continentale tra diritti immobiliari e diritti mobiliari. Infine, poiché in prosieguo di tempo le corti di *equity* predisposero in ordine a determinati beni personali, come i summenzionati *leaseholds*, un'*actio in rem* esperibile *erga omnes*, in omaggio alla nuova tutela la categoria dei beni personali è stata ulteriormente suddivisa in *chattels real*, fra cui appunto i *leaseholds*, e *chattels personal* (v. CASTRONOVO Carlo, MAZZAMUTO Salvatore, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2007, 32 s.; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 3, nota 3; PUGLIESE Giovanni, voce *Property* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990, 2 s.).

di questo genere esclusivamente un possesso fondato su un titolo, che lo legittima e ne determina la durata<sup>15</sup>.

Il Re Guglielmo il Conquistatore, per meglio organizzare l'amministrazione del nuovo regno, distribuì le terre tra i suoi seguaci con un *grant*<sup>16</sup> che li rese titolari della *seisin*<sup>17</sup> sulla terra e al contempo suoi vassalli. Al di sotto del Re si formò così un corpo di concessionari, i quali furono detti *tenants*, in quanto tenevano la terra in nome del Re; di conseguenza fu detto *tenement* il fondo concesso e *tenure* il rapporto giuridico instauratosi tra Re e *tenant* per effetto della concessione.

Questi primi *tenants*, detti *chief tenants* in quanto direttamente investiti dal Re, furono autorizzati a ridistribuire in tutto o in parte i fondi loro concessi ad altri *tenants*, assumendo perciò la qualità di *lord*, cioè di signore, rispetto a costoro. Questi ultimi si avvalsero a loro volta della stessa facoltà di redistribuzione e venne così a crearsi una catena di *tenures* e di signorie, il cui primo anello era costituito dal Re, che, in qualità di *lord paramount*, cioè supremo, non era sottoposto alla signoria di altri.

In tal modo i diritti suscettibili di avere ad oggetto le *realties* vennero a formare una sorta di gerarchia, al cui vertice v'era il Re, esclusivo proprietario assoluto di tali beni, e alla cui base si trovavano i *tenants*, titolari di situazioni giuridiche attive note come *estates*, che derivavano direttamente o indirettamente dal diritto di proprietà facente capo al Re ed erano qualitativamente e quantitativamente inferiori rispetto a tale diritto<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Con il termine *estate* si indica proprio il più forte titolo di possesso o il più ampio diritto che in un Paese di *common law* possa spettare, in materia di *realty*, ad un soggetto diverso dalla Corona o dallo Stato. Dunque in materia di *realty* può configurarsi l'*ownership* di soggetti diversi dalla Corona o dallo Stato, ma con riferimento non ai beni, bensì ai diritti su di essi, in particolare agli *estates* (v. CONTI Roberto, *La proprietà e i diritti reali minori*, Giuffrè, Milano, 2009, 144; PUGLIESE, voce *Property*, cit., 4).

<sup>16</sup> Termine traducibile come concessione (v. SCALFATI Giovanni, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Casa editrice "Orione", Roma, 1945, 81): attraverso tale concessione il *lord* trasferisce al *tenant* non il fondo, bensì, più precisamente, il godimento del fondo (v. LUPOI Maurizio, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1971, 8).

<sup>17</sup> La *seisin* è la forma di possesso feudale delle *realties* (v. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 52, nota 3).

<sup>18</sup> Ciascun *tenant* è dunque titolare di un *estate*, che ha ad oggetto il godimento del fondo concessogli. L'*estate*, essendo concepito dai *common lawyers* come una porzione temporale del diritto pieno all'uso e al godimento della terra, esprime il *quantum* temporale di godimento spettante al *tenant*. La concessione feudale di godimento poteva essere infatti variamente limitata sotto l'aspetto temporale, di modo che si evidenziarono specie di *estates*, distinte in base alla durata: il *life estate*, vitalizio e quindi destinato ad estinguersi con la morte del titolare, il *fee simple*, trasmissibile agli eredi, che poteva praticamente durare in eterno in quanto si estingueva con la morte senza eredi dell'ultimo erede del titolare originario, ed il *fee tail*, caratterizzato dalla predeterminazione dei soggetti che potevano succedere all'originario titolare (v. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, CEDAM, Padova, 1935, 24 ss.; LUPOI Maurizio, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano,

Quanto alla *tenure*, essa consisteva di un complesso di diritti ed obblighi reciproci, noti come *incidents of tenure*, in quanto effetti naturali della concessione. Sebbene esistessero più tipologie di *tenure*, a ciascuna delle quali corrispondeva un distinto insieme di *incidents*, è possibile individuare un nucleo di *incidents* comune a qualunque *tenure*; essi sono: *escheat, homage, fealty, aids, relief, wardship e marriage*.

In base all'*escheat* il *lord* ha il diritto di recuperare il fondo concesso qualora il *tenant* fosse morto senza lasciare eredi o si fosse macchiato di delitti di particolare gravità.

L'*homage* consiste nell'obbligazione del *tenant* di riconoscere la supremazia del *lord* e la *fealty* nell'obbligazione, sempre gravante sul *tenant*, di giurare fedeltà al *lord*.

Gli *aids* sono speciali contributi economici che il *lord* poteva pretendere dal *tenant* in particolari circostanze, come quando suo figlio veniva armato come cavaliere o sua figlia doveva essere dotata in vista del matrimonio.

In forza del *relief*, alla morte del *tenant* l'erede maggiorenne che gli subentra nell'*estate* deve pagare al *lord* una somma di denaro pari alla rendita annuo del fondo.

In forza del *wardship*, se il *tenant* muore lasciando come suo erede un minore, il *lord* diventa *guardian*, cioè tutore legale, dell'erede e, fino a quando costui non raggiunga la maggiore età, ha il diritto di godere della terra senza obbligo di rendiconto e quindi di far propri i redditi da essa provenienti.

In virtù del *marriage*, se il *tenant* muore lasciando un erede non sposato, il *lord* ha il potere di scegliere per lui la sposa o lo sposo: se l'erede rifiuta tale designazione, il *lord* ha diritto di ottenere, a titolo di indennizzo, una somma pari al valore del mancato matrimonio<sup>19</sup>.

Questi *incidents* si traducevano evidentemente in una serie di obblighi attivi e passivi particolarmente pesanti ed oppressivi per i *tenants*. Dal regime feudale scaturivano così numerosi inconvenienti a carico di costoro, tra i quali era forte l'esigenza di creare una forma di godimento della *real property* che permettesse di sottrarsi ai gravosi oneri connessi alla *tenure*<sup>20</sup>.

---

1971, 5, 13 s.; PUGLIESE Giovanni, voce *Property* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990, 3 s.).

<sup>19</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 54 s.; LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property*, cit., 7 s.

<sup>20</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 54.

Venne in soccorso dei *tenants* uno stratagemma adottato dai monaci degli ordini religiosi di S. Francesco e di S. Domenico, i quali svolsero un ruolo di primo piano nella creazione dello *use*.

Questi missionari, giunti in Inghilterra verso il 1230, pur avendo bisogno di beni per le loro scuole, i loro ospedali e le loro chiese, non potevano esserne in alcun modo proprietari, sia per i loro voti di povertà, sia per le rigide disposizioni vigenti contro la manomorta. Per ovviare a tale stato di cose, verso la fine del XIII secolo i loro benefattori decisero di affidare le *realties* di cui tali monaci necessitavano a soggetti capaci di esserne titolari, affinché costoro le tenessero ed amministrassero per il beneficio degli stessi monaci.

A tali soggetti era attribuita, nelle forme richieste dalla *Common Law*<sup>21</sup>, la piena titolarità dell'*estate* sulle *realties*, delle quali diventavano così *legal tenants*, ma soltanto in via strumentale al conseguimento di un ben preciso scopo determinato dall'alienante, in quanto contestualmente al trasferimento costoro si obbligavano<sup>22</sup> a tenere ed amministrare i beni *ad opus*<sup>23</sup> dei monaci<sup>24</sup>.

Gradatamente il termine *opus* si trasformò in *oes*, poi in *ues*, e finalmente in *use*, da cui tale pratica prese il nome, di modo che secondo il linguaggio tecnico-giuridico le *realties* erano amministrate *to the use* dei frati<sup>25</sup>.

La pratica dello *use* trovò ben presto degli imitatori presso i *tenants*, i quali la ritennero idonea allo scopo di eludere gli onerosi *incidents of tenure*: divenne così usuale che Tizio, *tenant* di un certo fondo, trasferisse il *legal estate* su quel fondo a Caio, persona di propria fiducia, *ad opus*, cioè per il beneficio, di se stesso o di un terzo, di norma il suo legittimo erede<sup>26</sup>. In tal modo Tizio riusciva a sottrarsi agli obblighi connessi alla *tenure*, che andavano così a gravare sul *legal owner*<sup>27</sup>, cioè su Caio, il quale assumeva nell'ambito del rapporto fiduciario la posizione di *feoffee to use*<sup>28</sup>.

---

<sup>21</sup> Di solito mediante *feoffment with livery of seisin*, atto di trasferimento formale e solenne delle *realties* (v. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 52, nota 3, secondo cui tale atto sta al diritto inglese come la *mancipatio* sta al diritto romano).

<sup>22</sup> Mediante un *oath*, cioè un giuramento o una promessa solenne, o mediante un impegno assunto in un *deed*, cioè in un atto scritto, come precisa il FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 53 s.

<sup>23</sup> Letteralmente per l'uso e in senso concreto "a vantaggio", "per il beneficio", "a favore".

<sup>24</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 52 ss.; CHESHIRE Geoffrey Chevalier, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, Giappichelli, Torino, 1998, 11 s.

<sup>25</sup> CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 12.

<sup>26</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 453.

<sup>27</sup> Con tale locuzione si intende il titolare dell'*estate* secondo la *common law*.

<sup>28</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 56; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 12.

Il *tenant* che intendesse costituire in *use* il proprio fondo soleva creare più di un solo *feoffee to use*, generalmente tre, instaurando tra costoro un rapporto di *joint tenancy*<sup>29</sup>, forma di contitolarità la cui principale caratteristica giuridica risiede nel *right of survivorship*, in virtù del quale, se un *joint tenant* muore, non si apre la successione intestata sulla sua parte e nemmeno ha efficacia una disposizione testamentaria relativa alla stessa, ma si verifica accrescimento a favore dei *joint tenants* superstiti<sup>30</sup>.

Alla morte di uno dei *feoffees to use* si usava sostituirci subito un altro, di modo che non accadeva praticamente mai che rimanesse un solo *feoffee to use* in veste di *tenant* del fondo. L'originario *tenant* era fortemente interessato ad evitare il verificarsi di una tale circostanza, poiché, se l'unico *feoffee to use* fosse morto, il *lord* avrebbe potuto esercitare i proficui diritti feudali di *escheat*<sup>31</sup>, *wardship*<sup>32</sup>, *marriage*<sup>33</sup> e *relief*<sup>34</sup>, i quali diventavano esigibili proprio alla morte del *tenant*, nel momento in cui si apriva la successione ereditaria sul suo *estate*.

Per converso, la costante presenza di una pluralità di *feoffees to use* quali *joint tenants* del fondo, fatta salva la remota ipotesi della commorienza di tutti costoro, impediva al *lord* di avvalersi degli *incidents* a lui più vantaggiosi<sup>35</sup>.

Perciò, costituendo in *use* il proprio fondo, l'originario *tenant* poteva sottrarlo alla successione ereditaria e farlo comunque pervenire, per il tramite dei *feoffees to use*, al suo legittimo erede, evadendo così i più invisibili e gravosi oneri connessi alla *tenure*, esigibili soltanto in caso di successione ereditaria.

Lo *use*, per via della sua struttura duttile e versatile, si prestava assai facilmente ad essere adattato ad altre svariate finalità: alcune perfettamente lecite, mentre altre in frode alla legge.

A titolo esemplificativo si serviva dello *use* il soggetto il quale, poiché era in partenza per le crociate e quindi temporaneamente impossibilitato a provvedere alla

---

<sup>29</sup> La *joint tenancy* consiste in una contitolarità solidale senza quote, in virtù della quale ciascun *joint tenant* è potenzialmente titolare dell'intero *estate*: dunque non è possibile distinguere rispetto al bene le posizioni individuali, che perdono di autonoma consistenza e confluiscono in un'unica ed indivisibile posizione soggettiva, esercitabile solo congiuntamente ed intrasmissibile (v. CONTI Roberto, *La proprietà e i diritti reali minori*, Giuffrè, Milano, 2009, 148; PUGLIESE, voce *Property*, cit., 11).

<sup>30</sup> PUGLIESE Giovanni, voce *Property*, cit., 11

<sup>31</sup> Esercitabile nel caso in cui l'unico *feoffee to use* fosse morto senza eredi.

<sup>32</sup> Esercitabile nel caso in cui l'unico *feoffee to use* fosse morto lasciando quale erede un minore.

<sup>33</sup> Esercitabile nel caso in cui l'unico *feoffee to use* fosse morto lasciando quale erede un soggetto non sposato.

<sup>34</sup> Esercitabile nel caso in cui l'unico *feoffee to use* fosse morto lasciando quale erede un maggiorenne.

<sup>35</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 56; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 15; LUPOI Maurizio, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1971, 48 s.

gestione dei propri beni, li affidava a un *feoffee to use*, dando disposizioni per il caso in cui non avesse fatto ritorno<sup>36</sup>.

Ancora ricorreva allo *use* il debitore il quale alienava i propri beni, al fine di sottrarli alle pretese di soddisfacimento dei creditori<sup>37</sup>.

Da ultimo lo *use* permetteva di eludere il divieto di disporre per testamento delle *realties*. A tal fine era sufficiente che il *tenant* trasmettesse *inter vivos* le *realties*, di cui voleva disporre per il tempo dopo la sua morte, ad un *feoffe to use*, indicandogli i soggetti *to the use* dei quali tali beni dovevano essere tenuti e cioè, in concreto, quei soggetti ai quali gli stessi beni dovevano essere trasferiti dopo la sua morte<sup>38</sup>. In questa funzione testamentaria lo *use* palesa una certa somiglianza con il *salmann* del diritto germanico, che fu ideato proprio perché tale diritto non contemplava l'istituto testamentario. Comunque tale somiglianza, puramente casuale, non è in alcun modo indicativa di un rapporto di derivazione dell'*use* dal *salmann*<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 7; STANCHI Barbara, *Il trust convenzionale in Lezioni di diritto privato europeo* raccolte da G. Alpa e G. Capilli, CEDAM, Padova, 2007, 370.

<sup>37</sup> STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 370; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 54; LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property*, cit., 49, il quale rileva come in tal caso lo *use* fosse costituito a favore dello stesso alienante.

<sup>38</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 57; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 14 s.

<sup>39</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 57 s.; v. contra CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 14.

### 3. 1. 2. La tutela del beneficiario e la derivazione del *trust* dallo *use upon a use*

Quanto allo schema dell'*use*, esso era il seguente: Tizio, *feoffor*<sup>40</sup>, trasferiva, nelle forme previste dalla *common law*, un fondo a Caio, *feoffee to use*<sup>41</sup>, con l'accordo fiduciario che costui lo amministrasse *to the use*, cioè a beneficio, di Sempronio, *cestuy que use*<sup>42</sup>.

In forza di tale schema, mentre a Caio era riconosciuta la titolarità del *legal estate* sul fondo e pertanto era accordata piena tutela presso le Corti di diritto comune, a Sempronio la *common law* non riconosceva alcun diritto, cosicché costui non avrebbe potuto ottenere rimedio di sorta in una Corte di diritto comune qualora Caio, abusando della fiducia in lui riposta da Tizio, si fosse servito del fondo a proprio vantaggio. Infatti, nonostante vi fosse un accordo tra Tizio e Caio nel senso che quest'ultimo avrebbe amministrato il fondo a favore di Sempronio, presso le corti di *common law* non esisteva alcuna azione a tutela di un tale accordo<sup>43</sup>.

Agli effetti della *common law* assumeva rilievo esclusivamente l'atto traslativo, idoneo ad attribuire la piena e incondizionata titolarità dell'*estate* al *feoffee to use*, cosicché quest'ultimo poteva liberamente e legittimamente esercitare tutte le facoltà connesse a tale situazione di appartenenza<sup>44</sup>.

Ne segue che il *feoffee to use* non era soggetto ad alcuna obbligazione secondo la *common law*, per cui l'obbligo che egli assumeva verso il *feoffor* in favore del *cestuy que use* non era altro che un obbligo morale, di coscienza<sup>45</sup>.

Verso il 1400 quei beneficiari, le cui aspettative venivano frustrate dagli abusi dei *feoffees to use*, decisero di ricorrere al Cancelliere, il quale, sia come ecclesiastico, sia come difensore dei principi di giustizia naturale, era stimato particolarmente adatto a risolvere questioni di moralità e di coscienza e a reprimere le violazioni della buona

---

<sup>40</sup> Figura corrispondente al fiduciante del negozio fiduciario e anche nota come *grantor*, *creator*, *settlor*.

<sup>41</sup> Figura corrispondente al fiduciario del negozio fiduciario.

<sup>42</sup> Figura corrispondente al beneficiario del negozio fiduciario.

<sup>43</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 40, 60; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 12.

<sup>44</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 453.

<sup>45</sup> LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property*, cit., 51 s.; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 40.

fede<sup>46</sup>. Fin da principio il Cancelliere accordò tutela a tali soggetti, in forza della seguente procedura<sup>47</sup>.

In primo luogo il Cancelliere, a seguito del reclamo avanzato dal beneficiario, emanava un *writ of sub poena*, con il quale ordinava a colui contro il quale era diretta la doglianza, dunque in concreto al *feoffee to use*, di comparire innanzi a sé, sotto pena di un'ammenda assai onerosa, pari a cento sterline<sup>48</sup>.

Una volta comparso, il *feoffee to use* convenuto dapprima doveva respingere con un giuramento l'accusa mossa contro di lui, dopodiché era sottoposto ad un serrato interrogatorio. Il Cancelliere, se si convinceva delle ragioni del beneficiario, emanava un'*injunction*, mediante la quale ordinava al *feoffee to use* convenuto di tener fede al suo impegno di agire come fiduciario<sup>49</sup>.

Il Cancelliere chiudeva dunque il processo emettendo non una sentenza, bensì un *decree*, cioè un ordine, e l'*injunction* era precisamente l'ordine rivolto dal Cancelliere al convenuto di compiere una certa azione ovvero di astenersi da essa<sup>50</sup>.

Se il *feoffee to use* disobbediva, si rendeva colpevole di *contempt of court*, cioè di oltraggio alla Corte, e il Cancelliere lo puniva “*by putting him in prison*”, cioè imprigionandolo. Occorre anche considerare che chi si fosse macchiato di *contempt of court* veniva rinchiuso in galera finché non si fosse deciso ad ubbidire all'ordine del Cancelliere: per tal motivo si diceva che il condannato per *contempt* stava in carcere con le chiavi in tasca<sup>51</sup>.

L'esecuzione dell'*injunction* era quindi garantita da una pena molto severa. Proprio attraverso la reclusione e comunque già attraverso la minaccia di una siffatta

---

<sup>46</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 61; CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese*, cit., 13.

<sup>47</sup> Caratteristica principale della procedura seguita dal Cancelliere era che egli, secondo la massima *equity acts in personam*, agiva direttamente e personalmente contro il convenuto, impartendogli ordini ed ingiunzioni la cui eventuale inottemperanza poteva essere sanzionata con l'ammenda e soprattutto con l'arresto per *contempt of court*, cioè per oltraggio alla corte (v. CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese*, cit., 7 s.).

<sup>48</sup> Il *writ of sub poena* si risolveva in un mandato di comparizione immotivato, in quanto non metteva il convenuto al corrente della causa dell'azione. Esso dunque non conteneva quella in linguaggio romanistico chiameremmo *edictio actionis* (v. FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 41).

<sup>49</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 453.

<sup>50</sup> FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle piè volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, cit., 96.

<sup>51</sup> MATTEI Ugo, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2010, 228.

pena, il Cancelliere riusciva in concreto a costringere il *feoffee to use* ad amministrare i beni trasmessigli a favore del *cestuy que use*<sup>52</sup>.

Tuttavia il Cancelliere, dal momento che nell'esercizio della sua giurisdizione non poteva derogare alle norme di *common law*, non interferì con l'*estate* spettante al *feoffee to use* secondo la *common law*. Egli pertanto non negò che il *feoffee to use* fosse *legal owner* del fondo costituito in *use*, al contrario lo riconobbe, ma al contempo ordinò a costui di servirsi dell'*estate* che la *common law* gli riconosceva a vantaggio del *cestuy que use*, conformemente all'originario accordo fiduciario<sup>53</sup>.

Se il *feoffee to use* avesse contravvenuto all'ordine del Cancelliere, volgendo a proprio vantaggio l'utilizzo del bene costituito in *use*, il Cancelliere lo avrebbe sanzionato “*by putting him in prison*”, cioè imprigionandolo.

A tal punto l'obbligo del *feoffee to use*, in quanto viene sanzionato in caso di inadempimento, si trasforma da morale in giuridico<sup>54</sup> e correlativamente l'aspettativa del beneficiario diventa una pretesa azionabile e realizzabile coattivamente, per mezzo della reclusione del *feoffee to use* inadempiente<sup>55</sup>.

Il beneficiario viene pertanto a vantare sul bene costituito in *use* un vero e proprio diritto, il quale consiste della facoltà di godimento che il Cancelliere, mediante l'*injunction*, sottrae al *feoffee to use*<sup>56</sup>. Tale diritto, detto *equitable estate* perché era riconosciuto soltanto dalla Corte di Cancelleria, che creava ed applicava quella parte del diritto inglese chiamata *equity*, si contrapponeva al diritto di cui era investito il *feoffee to use*, detto *legal estate* in quanto gli era stato trasferito mediante una *conveyance*<sup>57</sup> valida secondo la *common law*<sup>58</sup>.

Il beneficiario, in quanto titolare dell'*equitable estate*, assumeva la qualità di *equitable owner* del bene costituito in *use* ed era tutelato dalle Corti di equity, mentre il *feoffee to use*, in quanto titolare del *legal estate*, assumeva la qualità di *legal owner* dello stesso bene ed era tutelato dalle Corti di *common law*<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 40 s., 61; CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese*, cit., 7 s.

<sup>53</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 41; CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese*, cit., 13.

<sup>54</sup> MALAGUTI, *Il trust*, cit., 196; PUGLIESE, voce *Property*, cit., 5.

<sup>55</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 41 s.

<sup>56</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 43.

<sup>57</sup> Con tale termine si intende l'atto di trasferimento.

<sup>58</sup> CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese*, cit., 13 s.

<sup>59</sup> STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 370.

Si realizzò in tal modo la compresenza di due diritti, cioè l'*equitable estate* e il *legal estate*, sullo stesso bene costituito in *use*<sup>60</sup> ed ebbe allora origine quel concetto dualistico di proprietà, che è tipico del diritto inglese e si concreta nella distinzione tra *equitable ownership* e *legal ownership*, cioè tra proprietà equitativa e proprietà legale<sup>61</sup>.

La distinzione tra *legal estate* ed *equitable estate*, che autorevole dottrina ha indicato come “sdoppiamento”<sup>62</sup>, nasce dal fatto che al primo è accordata tutela dalla *common law* e al secondo dall'*equity* e perciò è strettamente connessa all'antagonismo tra queste due fonti del diritto<sup>63</sup>. Tale dicotomia delle fonti rimarrà per sempre tipica dello *use* e, in prosieguo di tempo, del *trust*, per cui tuttora mentre il *legal estate* del fiduciario deriva dalla *common law*, l'*equitable estate* del beneficiario deriva dall'*equity*<sup>64</sup>.

La pratica dello *use*, rapidamente diffusasi tra la maggior parte dei *tenants*, incontrò lo sfavore dei signori feudali, in quanto danneggiava gravemente i loro interessi economici. Attraverso tale istituto infatti i *tenants* aggiravano le pesanti imposte feudali gravanti sulle successioni di immobili, privando così i *lords* di una buona parte delle loro entrate, proveniente proprio dai versamenti dovuti in caso di successione ereditaria<sup>65</sup>. Questa, pur essendo la colpa principale attribuita agli *uses*, non era la sola: essi infatti arrecavano molti altri inconvenienti all'ordinamento feudale.

Innanzitutto gli *uses* servivano a rendere praticamente possibile la disposizione *mortis causa* delle *realties*, vietata dal diritto feudale<sup>66</sup>.

In secondo luogo essi rendevano incerte le vendite delle *realties*, poiché non erano soggetti ad alcuna pubblicità<sup>67</sup>.

Infine gli *uses*, qualora costituiti a favore di ordini religiosi, permettevano di evadere le leggi contro la manomorta<sup>68</sup>.

Per ovviare a tale stato di cose nel 1535 il Re Enrico VIII promosse l'emanazione dello *Statute of Uses*, che, in quanto diretto precipuamente a impedire che

---

<sup>60</sup> SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., 984, nota 14.

<sup>61</sup> CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese*, cit., 13.

<sup>62</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 33 s., 46.

<sup>63</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 46.

<sup>64</sup> MALAGUTI, *Il trust*, cit., 196.

<sup>65</sup> SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., 984, nota 14; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 370; CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese*, cit., 15.

<sup>66</sup> Il divieto di disporre per testamento delle *realties* cadde con lo *Statute of Wills* del 1540.

<sup>67</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 62 s.

<sup>68</sup> LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property*, cit., 49.

a causa dello *use* si verificasse un depauperamento degli introiti erariali, può ritenersi uno dei primi provvedimenti della storia contro la frode e l'evasione fiscale<sup>69</sup>.

Lo *Statute of Uses* stabilì che l'atto traslativo stipulato tra il *feoffor* e il *feoffee to use* dovesse in realtà considerarsi concluso ad ogni effetto tra il *feoffor* e il *cestuy que use*<sup>70</sup>. Pertanto il *feoffee to use*, privato di qualsiasi rilievo giuridico, scompariva dalla scena<sup>71</sup>, mentre il *cestuy que use* conseguiva la titolarità del *legal estate* sul bene costituito in *use*, divenendone così il *legal owner*<sup>72</sup>.

In pratica, per effetto dello *Statute of Uses*, la *conveyance* di un bene a Caio *to the use* di Tizio avrebbe attribuito il *legal estate* non a Caio, bensì a Tizio<sup>73</sup>: in altre parole, costituire un bene in *use* a favore di Tizio avrebbe significato trasferire a Tizio il *legal estate* su quello stesso bene<sup>74</sup>.

Così lo *Statute of Uses* privò di qualsiasi utilità pratica la costituzione di beni in *use*, ripristinando l'operatività degli *incidents of tenure*, che andavano a gravare su colui il quale, nelle intenzioni del *settlor*, avrebbe dovuto essere il beneficiario.

Riunendo nel beneficiario, in forza di legge, il *legal estate* e l'*equitable estate*, costui sarebbe stato necessariamente proprietario dei beni a tutti gli effetti, sia *at law*, cioè secondo la *common law*, che *in equity*<sup>75</sup>: scomparve così per parecchi decenni la distinzione tra *legal ownership* ed *equitable ownership*<sup>76</sup>.

Poiché lo *Statute of Uses*, nella misura in cui attribuiva al *cestuy que use* la proprietà piena e completa dei beni, dava piena esecuzione, sia pure in senso meramente formale, alla volontà finale del *settlor*, la dottrina anglosassone sostiene che lo *Statute of Uses executed the use*<sup>77</sup>. Tale massima è certamente condivisibile, purché la si riferisca esclusivamente al lato formale e al momento finale dell'*use*<sup>78</sup>.

---

<sup>69</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 8, nota 11.

<sup>70</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 8.

<sup>71</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 63.

<sup>72</sup> MALAGUTI, *Il trust*, cit., 196.

<sup>73</sup> CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 15 s.

<sup>74</sup> SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., 984, nota 14.

<sup>75</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 63.

<sup>76</sup> PUGLIESE, voce *Property*, cit., 5.

<sup>77</sup> EDWARDS Richard, STOCKWELL Nigel, *Trusts and Equity*, Pearson Education, Harlow, Essex, 2007, 7; GETZLER Joshua, *Duty of Care in Breach of Trust* edited by Peter BIRKS and Arianna PRETTO, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2002, 43 s.; JENKS, *A short history of English law*, cit., 99, il quale designò lo *Statute* come *an Act for the Transmutation of Uses into Possession*.

<sup>78</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 63 s.

In definitiva lo *Statute of Uses executed the use*, nel senso che trasformò il beneficiario dello *use* in acquirente diretto del *legal estate*, rendendo impossibile il tramite dei *feoffes to use*<sup>79</sup>.

I *tenants*, ai quali lo *Statute of Uses* inflisse una gravissima perdita, escogitarono, d'accordo con i *conveyancers*<sup>80</sup>, uno stratagemma atto ripristinare l'antico stato di cose: lo *use upon a use*, anche detto *double use*<sup>81</sup> o *use dello use*<sup>82</sup>.

Esso consisteva nel costituire due *uses* in catena sullo stesso bene e quindi, in pratica, nel trasferire un bene a Caio *to the use* di Tizio *to the use* di Sempronio<sup>83</sup>. In tal modo soltanto il primo *use* sarebbe stato *executed* dallo *Statute*, mentre il secondo *use*, in quanto non cadeva sotto la previsione dello *Statute*, avrebbe potuto liberamente esplicare i suoi effetti<sup>84</sup>.

In effetti lo *Statute of Uses* non disponeva nulla riguardo allo *use upon a use*, cioè al secondo *use*, presumibilmente perché, già anteriormente al 1535, la *Court of Chancery* aveva stabilito che lo *use upon a use* fosse nullo<sup>85</sup>.

Anche successivamente all'entrata in vigore dello *Statute of Uses*, la *Court of Chancery* confermò il summenzionato orientamento<sup>86</sup> e quindi, a fronte del trasferimento di un bene a Caio *to the use* di Tizio *to the use* di Sempronio, dichiarò il primo *use executed* dallo *Statute* e il secondo *use* nullo, cosicché Tizio diveniva titolare del *legal estate*, mentre Sempronio non sortiva alcun diritto<sup>87</sup>.

Tra la fine del XVI secolo e l'inizio del XVII secolo, la *Court of Chancery* mutò il proprio orientamento in tema di *use upon a use* e riconobbe quindi la validità del secondo *use*<sup>88</sup>.

---

<sup>79</sup> GOO S. H., *Sourcebook on Land Law*, Cavendish Publishing Ltd, London, 2002, 126; GETZLER, *Duty of Care*, cit., 43 s.; PUGLIESE, voce *Property*, cit., 5; LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property*, cit., 50, il quale precisa che il *cestuy que use* diviene titolare di un *estate* corrispondente all'interesse beneficiario attribuitogli dall'alienante. Se, ad esempio, il fondo è trasmesso a Caio per l'uso di Tizio finché questi vivrà, Tizio acquista un *life estate*.

<sup>80</sup> Cioè i giuristi specializzati nei trasferimenti di *real property* (v. LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, cit., 52).

<sup>81</sup> EDWARDS, STOCKWELL, *Trusts and Equity*, cit., 7.

<sup>82</sup> LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, cit., 52.

<sup>83</sup> CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 16.

<sup>84</sup> SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., 984, nota 14; LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, cit., 52.

<sup>85</sup> GOO, *Sourcebook on Land Law*, cit., 126.

<sup>86</sup> *Tyrrell's case* (1557).

<sup>87</sup> MOFFAT Graham, *Trusts Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 2005, 41; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 16.

<sup>88</sup> *Sambach v. Dalston* (1634).

Pertanto, nel caso di trasferimento di un bene a Caio *to the use* di Tizio *to the use* di Sempronio, Tizio, in virtù dell'*execution* del primo *use*, diventava *legal owner* di quel bene, ma doveva, in forza del secondo *use*, tenerlo ed amministrarlo a beneficio di Sempronio, il quale veniva così a vantare su quello stesso bene un *equitable estate*. Fu quindi praticamente ripristinata la reale possibilità di costituire in *use* i propri beni e di conseguenza rinacque la distinzione tra *legal ownership* ed *equitable ownership*, cioè tra proprietà legale e proprietà equitativa<sup>89</sup>.

Mentre il primo *use* veniva *executed* dallo *Statute*, il secondo poteva esplicare liberamente i suoi effetti, perciò, al fine di porre nel nulla lo *Statute of Uses*, era sufficiente trasferire i beni a Tizio *to the use* di Caio *to the use* di Sempronio: un tale procedimento sarebbe stato idoneo ad attribuire a Sempronio un *equitable estate* su quei beni. In concreto, invece di redigere l'atto di trasferimento con la formula "*to Tizio to the use of Caio*", cioè "a Tizio per l'uso di Caio", bastava redigerlo con la formula "*to Tizio to the use of Caio to the use of Sempronio*", cioè "a Tizio per l'uso di Caio per l'uso di Sempronio"<sup>90</sup>. A quest'ultima formula fu giudicata equivalente la più snella formula "*unto and to the use of Caio to the use of Sempronio*", cioè "a e per l'uso di Caio per l'uso di Sempronio".

Al fine di distinguere dallo *use* che veniva *executed* dallo *Statute* il secondo *use*, nella pratica quest'ultimo venne chiamato *trust*<sup>91</sup>, senza che si possa quindi rilevare alcuna discontinuità tra queste due figure<sup>92</sup>.

Così lo *use*, adesso chiamato *trust*, poteva essere costituito con la stessa facilità con cui era possibile costituire lo *use* anteriormente allo *Statute*<sup>93</sup>. In definitiva l'antico *use* rinacque sotto il moderno nome di *trust*.

Di conseguenza il *cestuy que use* venne chiamato *cestuy que trust*, il *feoffee to use* fu detto *trustee* e la formula costitutiva del *trust* divenne "*unto and to the use of Caio in trust for Sempronio*". In prosieguo di tempo la terminologia è stata ancor più

---

<sup>89</sup> CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 17; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 65.

<sup>90</sup> CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 17; JENKS, *A short history of English law*, cit., 101, il quale acutamente osserva che lo *Statute of Uses* non ebbe altro effetto che quello di fare introdurre nelle *conveyances* tre parole di più.

<sup>91</sup> SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., 984, nota 14; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 65; GOO, *Sourcebook on Land Law*, cit., 127.

<sup>92</sup> Secondo l'autorevole opinione di Lord Mansfield in *Burgess v. Wheate* (1759), lo *use* e il *trust* possono considerarsi due termini diversi per descrivere lo stesso fenomeno.

<sup>93</sup> Lo *Statute of Uses* rimase formalmente in vigore per essere infine abrogato dal Law of Property Act 1925.

perfezionata e attualmente, al fine di costituire un bene in *trust*, è sufficiente trasferire quel bene “to Tizio on trust for Sempronio”, cioè “a Tizio su un *trust* per Sempronio”<sup>94</sup>.

Resta infine da analizzare la fondamentale questione se il *trust* attribuisce al beneficiario un diritto *in personam* o un diritto *in rem* e se quindi il beneficiario può far valere l'*equitable estate* soltanto contro i *trustees* ovvero *erga omnes*.

In origine, l'*equitable estate* del beneficiario si configura come un semplice *ius in personam*, opponibile solo verso i fiduciari. Pertanto, qualora il *trustee* avesse alienato il *legal estate* sui beni oggetto del *trust*, il terzo acquirente non sarebbe stato vincolato dalle obbligazioni *equitable*<sup>95</sup> precedentemente gravanti sul *trustee* e di conseguenza il beneficiario non poteva vantare nei suoi confronti pretesa alcuna<sup>96</sup>.

In prosieguo di tempo il Cancelliere, in deroga al principio secondo cui le obbligazioni derivanti da contratto non possono vincolare i terzi, sancì l'operatività delle obbligazioni nascenti dal *trust* nei confronti di un numero sempre più ampio di persone, cosicché il beneficiario divenne titolare di un diritto protetto tanto largamente da potersi difficilmente distinguere da un diritto *in rem*. Infatti, tra il 1465 e il 1660 il Cancelliere, per mezzo dell'*injunction*, assoggettò agli obblighi inerenti alla posizione di *trustee* le seguenti persone: i creditori del fiduciario che fossero entrati in possesso delle terre tenute in *trust*; i successori del fiduciario, sia legittimi che testamentari; le persone alle quali il fiduciario avesse trasferito la terra a titolo gratuito, anche qualora tali persone non fossero a conoscenza dell'esistenza di un *trust*; infine i terzi acquirenti per una *valuable consideration*<sup>97</sup>, ma solo nel caso in cui costoro avessero la *notice*, cioè la conoscenza, dell'esistenza del *trust*<sup>98</sup>.

In definitiva era giuridicamente obbligato a tenere i beni in *trust* per il beneficiario qualsiasi avente causa dal *trustee*, eccettuato il terzo acquirente a titolo oneroso e senza *notice* dell'esistenza del *trust*.

Così il diritto del beneficiario, essendo valevole nei confronti di un amplissimo numero di persone, si differenzia nettamente da un diritto *in personam*, ma non può considerarsi nemmeno un diritto *in rem*, a cui pure si avvicina, in quanto, non potendo

---

<sup>94</sup> GOO, *Sourcebook on Land Law*, cit., 127; EDWARDS, STOCKWELL, *Trusts and Equity*, cit., 7.

<sup>95</sup> *Equitable* poiché riconosciute dall'*equity*.

<sup>96</sup> LUPOI, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, cit., 54; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 18.

<sup>97</sup> L'acquirente per una *valuable consideration* è colui il quale corrisponde una controprestazione adeguata (v. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 31).

<sup>98</sup> CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 19 s.

essere fatto valere verso l'acquirente a titolo oneroso e senza *notice*, non è opponibile *erga omnes*<sup>99</sup>.

È importante precisare che la semplice circostanza di ignorare l'effettiva esistenza del trust non esentava dagli obblighi di *trustee* il terzo acquirente, il quale doveva, a tal fine, dimostrare di essere stato oggettivamente impossibilitato ad avere notizia dell'esistenza del trust.

Infatti in virtù della dottrina, elaborata dalle Corti di *equity*, della *constructive notice*, cioè della conoscenza presunta, si presumeva che il terzo, quale acquirente di ordinaria diligenza, avesse conoscenza dell'esistenza del trust. Tale presunzione, essendo *iuris tantum*, ammetteva la prova contraria, che tuttavia era molto difficile da fornire. In concreto l'acquirente riusciva a vincere tale presunzione soltanto nel caso in cui il *trustee* lo avesse deliberatamente ingannato, occultando fraudolentemente i documenti accertanti la costituzione del *trust*<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 33, nota 1; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 22.

<sup>100</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 553; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 21 s.

### 3. 2. *Express trusts*

#### 3. 2. 1. I requisiti di validità dell'*express private trust: the certainty of words, the certainty of subject matter, the certainty of objects*

Un *trust* può essere creato espressamente, come nel caso in cui Caio trasferisce un bene a Tizio, *trustee*, su un *trust* per Sempronio. In tal caso si parla di *express trust*<sup>101</sup>.

In altre circostanze un *trust* può venire ad esistenza non quale effetto dell'espressa intenzione di un soggetto, ma quale effetto di quella che la *law*<sup>102</sup> presume sia l'intenzione di un soggetto: un *trust* che sorge in questa maniera è detto *implied trust*. A titolo esemplificativo, supponiamo che Tizio stia vendendo una *land*<sup>103</sup> di sua proprietà. Caio acquista la *land* e consegna il denaro per l'acquisto a Tizio, ma gli comunica che il *deed of conveyance*<sup>104</sup> deve trasferire il fondo a Sempronio. In conformità a tale istruzione, Tizio trasferisce il fondo a Sempronio. In tal caso la *law* presume sia intenzione di Caio che Sempronio tenga il *legal title*<sup>105</sup> non per il proprio beneficio, ma come *trustee* su un *trust* per lo stesso Caio. Così Sempronio terrà la *land* su un *implied trust* per Caio. Dunque un *implied trust* sorge laddove si presume che un soggetto debba tenere un bene su un *trust* per un altro; tuttavia tale presunzione ammette prova contraria. Per esempio, se Sempronio riesce a dimostrare che Caio intendeva donargli la *land*, non verrà in essere alcun *trust* e Sempronio terrà la *land* per il proprio beneficio<sup>106</sup>.

Al ricorrere di determinati presupposti, malgrado non sussista alcuna intenzione, espressa o implicita, di creare un *trust*, la *law* nondimeno lo impone, vale a dire esige che il proprietario di un certo bene debba tenere lo stesso non per il proprio beneficio, ma su un *trust* per uno o più beneficiari. In tal caso si parla di *constructive trust*, in

---

<sup>101</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, Butterworths, London, Dublin & Edinburgh, 1992, 15.

<sup>102</sup> Per *law* si intende il diritto oggettivo e quindi l'ordinamento giuridico.

<sup>103</sup> Con tale termine si indicano negli ordinamenti di *common law* gli immobili e quindi i beni costituenti *real property*.

<sup>104</sup> Cioè l'atto, distinto dal contratto, con il quale ha luogo il trasferimento di una *realty* (v. DE FRANCHIS Francesco, *Dizionario Giuridico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984, 565).

<sup>105</sup> Cioè il diritto che gli riconosce la *common law*.

<sup>106</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 15.

quanto la *law constructs*<sup>107</sup> un *trust*. Per esempio, supponiamo che Tizio e Caio, i quali tengono un bene su un *trust* per Sempronio, vendano, in *breach of trust*, cioè in violazione del *trust*, quel bene a Manlio. Se Manlio non riesce a dimostrare di essere un *bona fide purchaser*, cioè un acquirente di buona fede, *for value*<sup>108</sup> del *legal estate without notice*<sup>109</sup> dell'*interest*<sup>110</sup> di Sempronio, egli terrà il bene gravato dall'*interest* di Sempronio, cioè lo terrà su un *trust* per Sempronio. È la *law* a imporre il *trust* su Manlio, il quale perciò tiene il bene su un *constructive trust* per Sempronio<sup>111</sup>.

Anche uno *statute*<sup>112</sup> può prevedere che, al ricorrere di determinati presupposti, verrà ad esistenza un *trust*. A titolo esemplificativo, se Tizio trasferisce una *land* a Caio, Sempronio e Manlio senza divisione delle quote, di modo che tra costoro si instaura un rapporto di *joint tenancy*, per effetto della *section 34* del *Law of Property Act 1925*, come emendato dal *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, Caio, Sempronio e Manlio terranno la *land* come *trustees* su uno *statutory trust* per essi stessi, beneficiari ai sensi del *trust*. Dunque un *trust* che viene in essere per effetto della disposizione di uno *statute* è detto *statutory trust*<sup>113</sup>.

Infine, ogniqualvolta si appalesi l'esigenza di tutelare le ragioni patrimoniali del soggetto che ha disposto di un proprio bene, la *law* obbliga l'avente causa a tenere quel bene su un *trust* a beneficio del disponente. Tale *trust* è detto *resulting trust*. A titolo esemplificativo, laddove Caio trasferisca un bene a Tizio a titolo gratuito, Tizio diviene *trustee* di tale bene su un *resulting trust* per Caio, salva la prova della volontà di quest'ultimo di arricchire il destinatario dell'attribuzione. Ancora, se il *trust* che Caio intendeva costituire risulta, per qualunque ragione, improduttivo di effetti, i *trustees* terranno i beni loro trasferiti su un *resulting trust* per il *settlor*, cioè per Caio<sup>114</sup>.

---

<sup>107</sup> Letteralmente costruisce e quindi in concreto crea, costituisce.

<sup>108</sup> L'acquirente può definirsi *for value* qualora fornisca una *valuable consideration* e cioè una controprestazione adeguata.

<sup>109</sup> Che cioè non abbia né la conoscenza effettiva e attuale, né la conoscenza presunta e potenziale, detta *constructive notice*, dell'esistenza di un preesistente *trust* a favore di terzi sul bene.

<sup>110</sup> *Interest* è il termine più ampio possibile per indicare un diritto su un bene, sia esso una *realty* o una *personalty*. L'*interest* spettante al beneficiario di un *trust* è detto *equitable*, in quanto trova fonte nell'*equity*. Il beneficiario di un *trust* vanta quindi sui beni oggetto del *trust*, cioè sulla *trust property*, un *equitable* o *beneficial interest*, nel senso che ne è proprietario beneficiario secondo le regole dell'*equity* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 857).

<sup>111</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 15.

<sup>112</sup> Per *statute* si intende la legge scritta.

<sup>113</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 15.

<sup>114</sup> GRAZIADEI Michele, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Università degli studi di Trento, 1995, 229 s.

In definitiva i *trusts* possono essere distinti, a seconda della fonte che ne prevede la costituzione, in *express trusts* e *trusts implied by law*<sup>115</sup>, i quali ultimi a loro volta si dividono in *implied trusts*, *constructive trusts*, *statutory trusts* e *resulting trusts*.

La partizione tra *express trusts* e *trusts implied by law* è assai risalente: si fonda infatti su un *dictum* di Lord Nottingham<sup>116</sup> e sulla *section 8* dello *Statute of Frauds* del 1677<sup>117</sup>. La ragion d'essere di tale partizione deve rinvenirsi nella circostanza che i *trusts implied by law* conseguono a un atto o fatto volontario non espressamente o sufficientemente diretto ovvero non intrinsecamente idoneo alla costituzione di un *trust*, al quale nondimeno l'ordinamento giuridico attribuisce l'efficacia costitutiva di un *trust*<sup>118</sup>.

I *trusts* possono inoltre essere classificati, come vedremo meglio in seguito, in base a un criterio funzionale o teleologico, e cioè a seconda che il loro scopo consista nel beneficiare una o più persone, fisiche o giuridiche, ovvero nel promuovere determinate finalità pubbliche. Nel primo caso si parla di *private trusts* e nel secondo di *public trusts*, i quali ultimi coincidono con i *charitable trusts*. Dal momento che un *public* o *charitable trust* può sorgere soltanto per effetto dell'espressa intenzione del *settlor*<sup>119</sup>, la distinzione tra *private* e *public trusts* interessa esclusivamente gli *express trusts* e può quindi essere considerata come una sottoclassificazione di questi ultimi. Di conseguenza *implied*, *constructive*, *resulting* e *statutory trusts* esistono soltanto come *private trusts*<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> OAKLEY A. J., *Constructive trusts*, Sweet & Maxwell, London, 1987, 1, il quale adotta la categoria dei *trusts implied by law*, comprendente *implied*, *constructive*, *resulting* e *statutory trusts*.

<sup>116</sup> *Cook v. Fountain* (1672): "All trusts are either, first, express trusts, which are raised and created by an act of the parties, or implied trusts, which are raised and created by act or construction of law". Si deve notare che gli *implied trusts* cui la massima si riferisce sono gli odierni *constructive* e *resulting trusts*. Quanto agli *express trusts* cui la stessa si riferisce, essi ricomprendono anche gli odierni *implied trusts*, poiché scaturiscono da un *act* delle parti, intendendosi con *act* non solo una dichiarazione espressa o orale idonea a manifestare in modo immediato la volontà di costituire un *trust*, ma anche un comportamento che, seppure meno univoco, può essere interpretato alla stessa stregua. La distinzione tra *express* e *implied trusts* fu enucleata successivamente in *Sands v. Thompson* (1883), laddove la nozione di *express trust* fu ristretta al *trust* "which has been expressed, either in writing or by word of mouth", escludendo il *trust* "which arises from the acts of the parties" (v. LUPOI Maurizio, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001, 24; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 227 s.).

<sup>117</sup> Tale disposizione esonera dalle prescrizioni in tema di forma i casi in cui un *trust* "shall or may arise or result by the implication or construction of law".

<sup>118</sup> LUPOI Maurizio, *Trusts*, cit., 24.

<sup>119</sup> Tale termine indica in concreto colui il quale costituisce un *trust* e in linea generale il disponente o costituente di un *settlement*. Attraverso quest'ultimo istituto, privo di equivalenza nei Paesi di *Civil Law*, il *settlor* può disporre *by deed* or *by will*, cioè per atto tra vivi o *mortis causa*, in tutto o in parte dei propri beni, mobili o immobili, destinandoli al godimento successivo di una determinata categoria di persone o di più persone da egli stesso indicate (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 667, 1350 ss.).

<sup>120</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 16.

Quanto all'*express trust*, o trust espressamente costituito, esso rappresenta un atto dispositivo tipico del diritto inglese e non va confuso con il trust volontariamente costituito, figura giuridica estranea a tale diritto e ideata dai redattori della Convenzione dell'Aja del 1985, di cui ci occuperemo in seguito. Gli *express trusts* possono comunque considerarsi *trusts* volontari nella misura in cui la volontà del *settlor* sia diretta alla produzione degli effetti tipici del *trust*<sup>121</sup>.

Occorre premettere che gli *express trusts*, se *private*, possono essere suddivisi in *discretionary* e *fixed*.

A titolo esemplificativo supponiamo che un testatore lasci una certa *property*<sup>122</sup> ai *trustees* su un *trust* ai sensi del quale la stessa deve essere divisa in parti uguali tra i suoi tre figli. In tal caso ai *trustees* non è conferito alcun potere discrezionale, né al fine di scegliere quale o quali beneficiari debbano ricevere la *property*, né al fine di stabilire quale quota ciascuno di essi debba ricevere: ognuno dei beneficiari ha infatti diritto a un terzo della *property* costituita in *trust*. Un trust del genere, ove il *settlor* predetermina i beneficiari aventi diritto e le relative quote, è detto *fixed trust*.

D'altra parte, se Tizio costituisce una *property* in *trust* per il beneficio dei suoi tre figli, attribuendo ai *trustees* il potere discrezionale di individuare quale o quali beneficiari debbano ricevere tale *property* e di determinare l'entità della quota spettante a ciascun beneficiario così individuato, il *trust* in tal modo costituito è detto *discretionary*. Nei *discretionary trusts* viene quindi rimessa alla discrezione dei *trustees* la designazione dei beneficiari e la determinazione della quota spettante a ciascuno di essi, cosicché si può legittimamente affermare che nei *trusts* di tal genere nessun beneficiario ha un effettivo diritto alla *property* costituita in *trust*, tranne che ciò sia deciso dai *trustees*<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 23 s.

<sup>122</sup> In tal caso per *property* deve intendersi il bene sul quale si esercita il diritto di proprietà. Il termine *property* assume infatti un'ampia gamma di significati, per cui non è possibile proporre una traduzione univoca. Esso può indicare, oltre al bene oggetto del diritto di proprietà, anche il diritto di proprietà stesso e inoltre, a seconda dei casi: l'attivo del patrimonio di una persona nel suo insieme, anche se si usano di preferenza i termini *assets* e *estate*; la proprietà in senso stretto, ma in tal caso si parla più spesso di *ownership*; i beni o diritti suscettibili di valutazione patrimoniale, ragion per cui si dice che i diritti di brevetto e i diritti derivanti da contratto costituiscono *property* del creditore; un *beneficial right*, cioè il diritto del beneficiario di un *trust*; infine, nell'uso corrente, un bene o diritto suscettibile di proprietà o possesso. Occorre inoltre considerare che nei Paesi di *Common Law*, a differenza dei Paesi di *Civil Law*, l'oggetto della proprietà non è limitato ai beni mobili e immobili, ma comprende anche i diritti, come quelli di credito. Si registra infine la tendenza tra i *common lawyers* a fondere insieme il significato di diritto e quello di bene, di modo che con *property* si intende il diritto e al contempo ciò che ne è oggetto, ossia il bene (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1207 s.; PUGLIESE, voce *Property*, cit., 2).

<sup>123</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 16; DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1482.

Al fine di costituire validamente un *express private trust*, devono essere soddisfatte varie condizioni.

Innanzitutto deve sussistere l'intenzione da parte del *settlor* di creare un trust.

A titolo esemplificativo, se Tizio dichiara nel suo testamento: "Io lascio in legato a Caio il mio fondo<sup>124</sup>, affinché egli lo tenga come *trustee* su un *trust* per Sempronio", l'intenzione di costituire un *trust* è chiaramente presente. Se invece Tizio dichiara: "Io lascio in legato a Caio il mio fondo *in the fullest confidence*, cioè nella massima fiducia, che egli alla sua morte lascerà tale fondo a Sempronio", sorge la questione se le parole "*in the fullest confidence*" siano idonee a costituire il fondo in *trust* ovvero equivalgano a una mera espressione di speranza, come tale non vincolante, da parte del testatore, e se quindi Caio prenda la *property* in qualità di *trustee* ovvero *absolutely*, cioè senza condizioni<sup>125</sup>.

Tale questione sorge ogni qualvolta nel contesto di un testamento, magari redatto senza l'assistenza di un avvocato, si ometta di utilizzare la forma verbale imperativa e si adoperino piuttosto espressioni quali "*in the firm expectation that*", cioè "nella salda speranza che", o "*fully trusting that*", cioè "fidando pienamente che", allo scopo di obbligare un *particular legatee*<sup>126</sup> a servirsi del bene oggetto del *legacy*<sup>127</sup> in una maniera particolare e precisamente a tenere tale bene su un *trust* per uno o più beneficiari<sup>128</sup>.

Ci si deve dunque domandare se le summenzionate espressioni<sup>129</sup>, dette *precatory words*<sup>130</sup>, siano o meno idonee a costituire un *trust*.

---

<sup>124</sup> In tal caso il legato sarà detto *devise*, in quanto è un legato concernente una *real property* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 642).

<sup>125</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 19.

<sup>126</sup> Nei Paesi di *common law*, ove è assente la distinzione tra l'istituzione di erede e la creazione di un legato, qualsiasi disposizione testamentaria è detta *legacy* e di conseguenza il beneficiario di essa *legatee*, cioè legatario. Si distingue tra gli *specific* o *particular legacies*, aventi ad oggetto una cosa certa e determinata, e i *general* o *residuary legacies* e quindi tra gli *specific* o *particular legatees* e i *general* o *residuary legatees*. Questi ultimi hanno diritto al *residuary estate*, cioè a ciò che resta dell'asse ereditario dopo il pagamento dei debiti e delle spese e l'adempimento degli *specific* o *particular legacies*. Ne segue che i *particular legatees* hanno diritto ad essere pagati con preferenza rispetto ai *residuary legatees* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 936, 945; SCALFATI, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 116).

<sup>127</sup> Qui per *legacy* si intende la disposizione testamentaria in genere, anche se tale termine indica in senso stretto un legato avente ad oggetto una *personal property*, in contrapposizione al *devise*, cioè al legato di *real property* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 642, 935).

<sup>128</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, Sweet & Maxwell, London, 1993, 73.

<sup>129</sup> Alle quali equivalgono espressioni come "*it is my heartfelt desire that*", cioè "è mio sincero desiderio che", "*in the hope*", "*desiring*", "*wishing*", "*requesting*", "*begging*", "*in full belief*" o "*recommending*".

<sup>130</sup> Non essendo riscontrabile nella lingua italiana alcun termine equivalente a tale locuzione, possiamo definire *precatory* (dal latino *precatorius*, che prega) quelle espressioni le quali figurano in un *settlement*

Originariamente le *precatory words* erano ritenute idonee a creare un trust, ma durante l'ultima metà del XIX secolo l'orientamento delle Corti è cambiato con il risultato che attualmente le *precatory words* non sono capaci di costituire un *trust*<sup>131</sup>, a meno che nel testamento ricorrano altri elementi i quali indicano chiaramente che il *legatee*, cioè il legatario, deve considerarsi soggetto ad un'obbligazione legale anziché, come si presume, morale<sup>132</sup>. Dunque di norma le Corti non permettono che un *precatory trust*<sup>133</sup> venga ad esistenza, a meno che, considerato il complessivo tenore letterale del testamento, si possa concludere che sussisteva l'intenzione da parte del testatore di creare un *trust*<sup>134</sup>.

Poiché secondo la moderna e prevalente visione è l'intenzione del *settlor* a dover prevalere<sup>135</sup>, occorre interpretare il testamento al fine di ricostruire tale intenzione<sup>136</sup>.

Se le parole sono utilizzate in forma imperativa ed esprimono l'intenzione di creare un'obbligazione vincolante, il testamento deve essere interpretato come costitutivo di un *trust*. D'altra parte, se le parole usate lasciano al *particular legatee* un qualche margine di libertà per decidere se la *property* debba essere o meno impiegata come indicato o auspicato dal testatore, esse saranno considerate inidonee a creare un trust.

Comunque, ai fini della costituzione di un *trust*, non è necessario l'impiego di termini tecnici e nemmeno della parola "*trust*"<sup>137</sup>, sebbene l'utilizzo di quest'ultima costituisca probabilmente l'indice più evidente della volontà di creare un *trust*. Infatti, dal momento che è l'intenzione del testatore a costituire il criterio decisivo, non verrà in essere alcun *trust se*, alla luce dell'interpretazione del testamento, risulta evidente che l'intenzione del testatore non era diretta a questo risultato.

Ci si domanda se una particolare forma espressiva possa essere considerata dalla Corte intrinsecamente sufficiente a costituire un *trust*, di modo che la medesima, in

---

o in un testamento con le quali il beneficiario viene esortato a impiegare l'oggetto della disposizione a favore di altre persone (v. DE FRANCHIS Francesco, *Dizionario giuridico*, cit., 1165).

<sup>131</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 21.

<sup>132</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 73.

<sup>133</sup> La locuzione "*precatory trust*" è fuorviante, dal momento che se le *precatory words* sono interpretate come rivelatrici dell'intenzione di creare un *trust*, il *trust* che per effetto di esse viene in essere non è differente da qualsiasi altro *trust* (v. RIDDALL, *The law of trusts*, cit., 22).

<sup>134</sup> *Re Hamilton* (1895).

<sup>135</sup> *Universe Tankships Inc of Monrovia v. International Transport Workers Federation, The Universe Sentinel* (1983), dove il pagamento dagli armatori ai sindacati per costituire un fondo previdenziale non era diretto a creare un *trust*.

<sup>136</sup> *Re Hamilton* (1895).

<sup>137</sup> *Re Kayford* (1975).

qualsiasi testamento ove sia adottata, determinerà necessariamente la creazione di un *trust*.

La soluzione affermativa di tale questione va rigettata, in quanto si porrebbe in contrasto con la moderna e prevalente visione secondo cui il corretto *modus operandi* consiste nell'accertare caso per caso l'intenzione del testatore<sup>138</sup>. Pertanto, avuto riguardo a un dato testamento, è ben possibile concludere che il testatore non aveva alcuna intenzione di creare un *trust*, malgrado i precedenti giudizi abbiano stabilito il contrario relativamente ad altri testamenti più o meno simili a quello considerato<sup>139</sup>. In tal caso il *legatee* prenderà la *property* per il proprio beneficio e quindi non sarà vincolato dagli obblighi inerenti alla posizione di *trustee*<sup>140</sup>.

Occorre infine considerare che, ai fini dell'interpretazione del *trust instrument*, cioè dell'atto costitutivo del *trust*, sia esso *inter vivos* che *mortis causa*, l'*equity* guarda alla sostanza e non alla forma<sup>141</sup>, di modo che se la Corte ritiene, per esempio, che la reale natura del rapporto giuridico sia quella di un'*equitable charge*<sup>142</sup>, dal momento che la *property* deve essere accantonata *as security*, cioè a titolo di garanzia, per il pagamento di un debito, non alcun rilievo che sia espressa chiaramente l'intenzione di costituire un *trust*. Per converso, se un *settlor*, che non sa nulla sui *trusts*, rivela, seppur inconsapevolmente e attraverso un linguaggio informale, l'intenzione di creare un *trust*, in quanto vuole conseguire effetti analoghi a quelli tipici del *trust*, si ritiene che la necessaria intenzione sia presente e dunque verrà ad esistenza un *trust*<sup>143</sup>.

Altro requisito necessario alla valida costituzione di un *express private trust* è la certezza dei beni che costituiscono oggetto del *trust*. Secondo un principio generale del diritto inglese una *transaction*<sup>144</sup> può essere annullata a causa della mancanza di

---

<sup>138</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 22.

<sup>139</sup> *Re Hamilton* (1895).

<sup>140</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 23.

<sup>141</sup> Secondo la massima di *equity* secondo cui *equity looks to the substance rather than the form*. Ciò significa che l'*equity* attribuisce una maggiore importanza al rapporto giuridico sostanziale che le parti intendevano costituire piuttosto che a quello risultante dagli atti (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 701).

<sup>142</sup> In tale contesto il termine *charge*, che assume svariati significati, indica una forma di *security*, cioè di garanzia, che consiste nel destinare determinati beni, mobili o immobili, a garanzia del pagamento di un debito. L'*equitable charge*, che trova fonte nell'*equity* e non presuppone, per la sua esistenza, il possesso del bene da parte del creditore, si costituisce mediante l'accordo delle parti (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 445, 957 s.).

<sup>143</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 66.

<sup>144</sup> Termine traducibile come transazione, operazione commerciale, affare generalmente inteso. Tale termine tuttavia non indica la transazione di una controversia, detta *compromise* o *settlement* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1465; SCALFATI, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 1945, 185).

sufficiente certezza dei beni che ne costituiscono oggetto. Così, se Tizio *contracts to sell*, cioè promette di vendere<sup>145</sup>, a Caio *the bulk*, cioè la maggior parte, del proprio fondo, tale accordo è nullo per incertezza dell'oggetto.

Tale principio riguarda anche la costituzione di un *trust*: allo scopo di creare un valido *trust* la descrizione della *trust property*, cioè dei beni che formano oggetto del *trust*, deve essere sufficientemente certa: in caso contrario, la disposizione sarà inefficace e il trasferimento della *property* ai *trustees* non avrà luogo. A titolo esemplificativo, laddove il *settlor* intenda disporre *of the bulk*, cioè della maggior parte, del proprio *residuary estate*<sup>146</sup>, tale requisito non è soddisfatto e perciò non viene in essere alcun *trust*<sup>147</sup>.

Se il *trust* affetto da nullità per incertezza della *trust property* è accessorio a una valida donazione effettuata in favore di un donatario determinato, quest'ultimo, dal momento che non viene in essere alcun *trust*, prende i beni *absolutely*, cioè senza condizioni. Per esempio in *Sprange v. Barnard* (1789) una testatrice aveva lasciato in legato il proprio *stock*<sup>148</sup> a suo marito<sup>149</sup> *for his lifetime*, cioè vita natural durante, e aveva aggiunto l'indicazione che, alla morte del marito, "*the remaining part*", cioè la parte rimanente, di quanto lei gli aveva lasciato doveva essere tenuta su un *trust* per determinati beneficiari da lei medesima indicati<sup>150</sup>. Dal momento che la *property*

---

<sup>145</sup> Il *contract to sell* è una promessa di vendita, la quale importa un'obbligazione a carico del dichiarante ma non il trasferimento della proprietà (v. SCALFATI, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 167).

<sup>146</sup> Con tale locuzione si indica il residuo attivo che rimane dell'eredità dopo il pagamento dei debiti e delle spese e, nel caso di successione testamentaria, dopo l'adempimento dei legati; se il testatore non ne dispone, si applicheranno in ordine ad esso le norme sulla successione intestata (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1287; SCALFATI Giovanni, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 161).

<sup>147</sup> *Palmer v. Simmonds* (1854).

<sup>148</sup> Termine che assume una varietà di significati, perlopiù riferibili alle società commerciali. In tale contesto per *stock* deve intendersi la frazione del capitale sociale spettante ad un socio, il quale ha la facoltà di frazionare ulteriormente il proprio *stock* ovvero di convertirlo in *shares*, cioè in azioni. Lo *stock* è classificabile tra le *choses in action*, sottocategoria della *personal property* comprendente i beni incorporali, come le creazioni intellettuali e i titoli di credito (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1399; SCALFATI, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 174; PUGLIESE, voce *Property*, cit., 13).

<sup>149</sup> In tal caso il legato sarà detto *bequest*, in quanto è un legato concernente una *personal property* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 384).

<sup>150</sup> Dal momento che in materia di *personal property* non esistono i *legal estates*, l'*ownership*, cioè la proprietà, di una *personalty* non può essere frazionata temporalmente e dunque non è possibile attribuire ad un certo soggetto una porzione temporale della proprietà di una *personalty* e ad un altro soggetto la successiva porzione temporale dello stesso diritto su quel bene. Pertanto, se si vuole che un soggetto goda pienamente di una *personalty* per un tempo limitato o fino alla propria morte e che un altro soggetto possa successivamente godere appieno dello stesso bene, si deve ricorrere al *trust*. Nella fattispecie in esame era intenzione della testatrice che il marito godesse dello *stock* fino alla sua morte, evento a partire dal quale determinati beneficiari, da lei stessa indicati, avrebbero dovuto godere di quanto fosse rimasto di tale *stock* (v. PUGLIESE, voce *Property*, cit., 14).

compresa nella parte rimanente di quanto la moglie aveva lasciato al marito era incerta, nessun *trust* venne in essere e costui prese lo *stock absolutely*, cioè senza condizioni<sup>151</sup>.

In forza del requisito della certezza dell'oggetto del *trust*, il *settlor* che voglia creare un *trust* dichiarandosi *trustee of some of his own property*<sup>152</sup> deve specificare quali dei beni di sua proprietà formano oggetto del *trust*. Non sortisce alcun effetto dichiarare: “Tengo 1000 sterline dei fondi depositati nel mio conto corrente presso la *Barclays Bank* su un *trust* per Caio”, ovvero: “Tengo venti delle trenta casse di vino presenti nella mia cantina su un *trust* per Caio”. Finché le 1000 sterline non vengono versate su un separato conto fiduciario, o le 20 casse di vino non sono contrassegnate per mostrare che sono tenute per Caio, non viene in essere alcun *trust*<sup>153</sup>, dal momento che Caio non può identificare una precisa *property* la quale costituisca oggetto del *trust*, così da poter reprimere gli atti e le condotte *in breach of trust*, cioè in violazione del *trust*<sup>154</sup>.

Ovviamente, anche laddove il *settlor* intenda designare un terzo quale *trustee*, deve determinare specificamente quali beni gli trasferisce. In un caso eccezionale, può comunque porsi un problema.

Si prenda ad esempio un *settlor* che trasferisce quattro case ai *trustees* su un *trust for his wife*, cioè per sua moglie, *for life*<sup>155</sup> e, dopo la morte di costei, su un *trust* ai sensi del quale, pur dovendosi attribuire tanto al primogenito Caio quanto al secondogenito Tizio due case ciascuno, viene riservato a Caio il diritto di scegliere le case che gli spettano, cosicché a Tizio saranno attribuite le due case rimanenti. Se Caio muore anteriormente alla moglie del *settlor*, senza aver scelto le due case che gli devono essere attribuite, sarà impossibile stabilire quali siano le due rimanenti case spettanti a Tizio. Il *trust* in favore di Caio e Tizio fallirà così per incertezza e le quattro case saranno tenute su un *resulting trust* per il *settlor* oppure, se egli è morto, rientreranno nel suo *estate*, cioè nella sua massa ereditaria<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 23

<sup>152</sup> Cioè di alcuni dei suoi beni.

<sup>153</sup> *Re London Wine Co. (Shippers) Limited* (1986).

<sup>154</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 75.

<sup>155</sup> La moglie del *settlor* diviene così titolare di un *equitable estate* su tali immobili e specificamente di un *estate for life*, la cui durata è commisurata alla vita del titolare. Per l'esattezza, poiché dal 1925, in forza del *Law of Property Act*, l'*estate for life* può sussistere soltanto in *equity* ove prende il nome di *life interest*, la moglie del *settlor* diviene titolare di un *life interest* (v. PUGLIESE, voce *Property*, cit., 8).

<sup>156</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 75.

Si può dubitare della validità del *trust* sotto il profilo della certezza dei beni che ne formano l'oggetto anche qualora il *settlor* rediga un testamento, nel quale lascia il *residuary estate* a Caio<sup>157</sup> e al contempo chiede a costui di trasmettere a Sempronio qualunque cosa ne sia rimasta alla sua morte. L'indeterminatezza dell'obbligazione gravante su Caio, consistente nel trasmettere *mortis causa* a Sempronio qualunque cosa sia rimasta della *property* che egli ha ricevuto, di norma sarà condizione ostativa alla validità del *trust*, dal momento che la *trust property* non risulta sufficientemente certa.

Comunque, in via del tutto eccezionale tale testamento potrebbe essere interpretato nel senso che a Caio è attribuito un *life interest*, in virtù di un *trust* che attribuisce *absolutely*, cioè senza condizioni, il *remainder*<sup>158</sup> a Sempronio. Se il *settlor* e Caio si sono effettivamente accordati in tal senso e si può ragionevolmente presumere che il *settlor* abbia redatto il testamento non tanto allo scopo di beneficiare Caio, quanto al fine di rendere notorio l'accordo fiduciario raggiunto con costui, allora l'*equity* impedirà a Caio di spogliare fraudolentemente il *settlor* e Sempronio delle loro aspettative<sup>159</sup>.

Viene così in essere una *floating obligation suspended*<sup>160</sup> durante tutta la vita di Caio, la quale alla sua morte si materializza sulla *property* e si cristallizza in un vero e proprio *trust*. Durante la sua vita Caio non può intenzionalmente, per disfare l'accordo con il *settlor*, effettuare *gifts*, cioè donazioni. L'obbligazione di Caio, *equitable* in quanto riconosciuta dall'*equity*, attribuisce a Sempronio il diritto, anch'esso *equitable*, di reprimere, o di rintracciare e recuperare, qualsiasi donazione del genere<sup>161</sup>.

Affinché un *express private trust* sia valido, deve essere costituito a favore di uno o più beneficiari, i quali possono essere sia *human beings*<sup>162</sup>, cioè esseri umani e

---

<sup>157</sup> Il quale diviene quindi *residuary legatee*, in quanto beneficiario di un *residuary legacy*, che, come detto in precedenza, ha ad oggetto il *residuary estate*.

<sup>158</sup> Si chiama *remainder* quell'*estate* che viene in essere a seguito dell'estinzione di un *estate* temporaneo, e quindi di un *estate for life*, ora detto *life interest*, di un *estate in tail*, ora detto *entail interest*, o di un *estate for years*. Stando al nostro esempio, Sempronio diverrà titolare del *remainder* alla morte di Caio, in quanto quest'ultimo è titolare di un *life interest*, la cui durata, come detto in precedenza, è commisurata alla vita del titolare. Il *remainder*, che dunque presuppone un *estate* temporaneo, è riconosciuto esclusivamente dall'*equity* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1272; PUGLIESE, voce *Property*, cit., 10).

<sup>159</sup> *Re Cleaver* (1981).

<sup>160</sup> In concreto un'obbligazione soggetta a condizione sospensiva.

<sup>161</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 76.

<sup>162</sup> Nei Paesi di Common Law le persone fisiche sono indicate come *natural persons* o *human beings* (v. SCALFATI, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, cit., 149; GARNER Bryan A. (a cura di), *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul, Minn., 1999, 1162).

quindi in concreto persone fisiche, che *corporations*<sup>163</sup>, intendendosi con tale termine le persone giuridiche in genere<sup>164</sup>. Ciò in virtù di un principio generale secondo cui qualsiasi trust che non sia *charitable* deve, allo scopo di essere efficace, avere dei beneficiari accertati o accertabili<sup>165</sup>. A titolo esemplificativo, se Tizio ha lasciato la *property* ai *trustees* su un *trust* costituito allo scopo di insegnare ai barboncini a danzare<sup>166</sup>, non ci sono beneficiari e pertanto il *trust* è nullo<sup>167</sup>.

Se tuttavia un *settlor* crea un *trust* per beneficiare una persona in un modo particolare e di conseguenza ne indica lo scopo, ad esempio lo scopo di educare i propri nipoti, tale precisazione non rende nullo il *trust*, dal momento che esso ha dei beneficiari: in tal caso i nipoti<sup>168</sup>.

Se il *settlor* trasferisce dei beni ai *trustees* su un *trust* di cui non determina i beneficiari o i cui beneficiari non sono suscettibili di determinazione certa, il trasferimento ai *trustees* è efficace, ma il *trust* sarà nullo: in tal caso i *trustees* terranno la *property* che ne avrebbe dovuto costituire l'oggetto su un *resulting trust* per il *settlor*<sup>169</sup>. Nel caso in cui il *trust* in tal modo viziato sia stato costituito mediante testamento, la *property* ricadrà nel *residue*<sup>170</sup>, ovvero, se essa stessa costituisce il *residue*, sarà attribuita al parente più prossimo del testatore<sup>171</sup>.

Se il *settlor* è vivo, potrà costituire di nuovo la *property* in *trust* determinando più chiaramente i beneficiari, ma subirà comunque delle conseguenze fiscali sfavorevoli, in quanto egli rimarrà responsabile per il pagamento dell'imposta sul reddito derivante dalla *property* tenuta sul *resulting trust* costituito in suo favore.

---

<sup>163</sup> Nei paesi di *Common Law* i soggetti di diritto vengono distinti in *natural persons*, cioè persone fisiche, e *artificial persons* o *corporations*, cioè persone giuridiche (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 569).

<sup>164</sup> *Bowman v. Secular Society* (1917): “a trust to be valid must be for the benefit of individuals”, potendosi in tal contesto interpretare il termine *individuals* in un senso ampio e quindi comprensivo sia delle *natural persons* che delle *artificial persons* (v. AA. VV., *West's Law & Commercial Dictionary*, Zanichelli, Bologna, 1988, 803).

<sup>165</sup> *Re Endacott* (1960).

<sup>166</sup> *Re Hummeltenberg* (1923).

<sup>167</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 23.

<sup>168</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 23 s.

<sup>169</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 24; HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 76.

<sup>170</sup> Anche detto *residuum*, tale termine indica in qualsiasi successione, sia essa testamentaria o legittima, il residuo attivo dell'asse ereditario dopo il pagamento dei debiti e delle spese, detto anche *net personal estate*. Per *residue* però si intende anche, nel caso di successione testamentaria, il residuo attivo dell'asse ereditario dopo l'adempimento dei legati; dunque tale termine ha un significato pressoché equivalente a quello di *residuary estate* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1288).

<sup>171</sup> *Re Pugh's Will Trusts* (1967).

Se il *settlor* è morto, ovviamente non è in grado di ovviare alla nullità del *trust*: perciò la Corte, che tra l'altro gode di un ampio margine di manovra nell'interpretazione del testamento, è particolarmente restia a dichiarare la nullità dei *testamentary trusts*, cioè dei *trust* costituiti per testamento.

Si deve inoltre considerare la circostanza che la parte interessata a far valere la nullità del *testamentary trust* presumibilmente prenderà per definitiva la decisione del giudice di prima istanza e dunque non appellerà. Tale parte coincide infatti, nella stragrande maggioranza dei casi, con il *residuary legatee*, incaricato dal testatore di tenere i beni oggetto del *residuary estate*, in tutto o in parte, per il beneficio di terzi. Il *residuary legatee*, qualora abbia agito in giudizio per far dichiarare la nullità del *testamentary trust* e abbia visto rigettare in primo grado la propria domanda, rinuncerà quasi sicuramente a proporre giudizio di appello, poiché non riterrà economicamente conveniente proseguire la causa. Infatti le spese processuali andranno a gravare in ogni caso, anche nell'ipotesi di accoglimento dell'appello, sul *residuary estate*, e cioè sul patrimonio al quale egli ha diritto: ciò perché si ritiene che sia ingiusto penalizzare per la negligenza del testatore uno *specific legatee*.

In definitiva, laddove il testatore non abbia determinato con certezza i beneficiari del *trust*, la Corte deve fornire, se possibile, un'interpretazione del testamento che faccia salvo il *trust*<sup>172</sup>, affinché esso possa produrre i suoi effetti piuttosto che risolversi<sup>173</sup>.

In conclusione, affinché venga all'esistenza un valido *express private trust*, innanzitutto deve essere presente l'intenzione da parte del *settlor* di creare il *trust*; in secondo luogo deve essere determinata con certezza la *trust property*, cioè la *property* che costituisce oggetto del *trust*; inoltre il *trust* deve essere costituito a favore di uno o più beneficiari, la cui identità sia conosciuta o conoscibile.

Tali requisiti sono solitamente espressi attraverso la formula delle tre certezze: *the certainty of words*, cioè la certezza delle parole, *the certainty of subject matter*, cioè la certezza dell'oggetto, e *the certainty of objects*, cioè la certezza dei beneficiari<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> *I.R.C. v. McMullen* (1981); *Guild v. I.R.C.* (1992).

<sup>173</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 77.

<sup>174</sup> La locuzione "*certainty of objects*" può essere fraintesa, a causa della possibilità che la parola *objects* sia interpretata nel senso di *objectives*, cioè obiettivi, o di *purposes*, cioè scopi, piuttosto che nel senso di *beneficiaries*, cioè beneficiari. Dal momento che un *express private trust* non può esistere esclusivamente per uno scopo, la parola *objects* nella locuzione *certainty of objects* deve significare beneficiari. Pertanto nell'affermazione "*an express private trust must have certainty of objects*" la parola *objects* si riferisce

Tali tre certezze si riferiscono rispettivamente al requisito secondo cui le parole usate dal *settlor* devono esprimere con chiarezza l'intenzione di creare un trust, al requisito secondo cui deve essere determinata con certezza la *trust property*, cioè la *property* che forma oggetto dal *trust*, e al requisito secondo cui devono esserci uno o più beneficiari, l'identità dei quali sia sufficientemente certa<sup>175</sup>.

L'esistenza di queste tre certezze, quali condizioni necessarie per l'esistenza di un valido *express private trust*, è stata per la prima volta teorizzata da Lord Eldon nel 1823 in *Wright v. Atkyns*<sup>176</sup> e successivamente accolta da Lord Langdale nel 1840 in *Knight v. Knight*<sup>177</sup>.

---

alle persone che sono *object*, nel senso di oggetto, della beneficenza del *settlor* e non reca il significato di obiettivi o scopi (v. RIDDAL J. G., *The law of trusts*, cit., 35).

<sup>175</sup> RIDDAL J. G., *The law of trusts*, cit., 34 s.

<sup>176</sup> Le parole usate dal giudice Lord Eldon per stabilire le tre condizioni furono le seguenti: “*the words must be imperative*”, cioè le parole devono essere imperative, “*the subject must be certain*”, cioè l'oggetto deve essere certo, “*the object must be certain*”, cioè il beneficiario deve essere certo.

<sup>177</sup> Le parole usate dal giudice Lord Langdale per esporre le tre condizioni furono le seguenti: “*the words are so used, that upon the whole, they ought to be construed as imperative*”, cioè le parole sono usate in modo che, nel complesso, devono essere interpretate come imperative, “*the subject must be certain*”, cioè l'oggetto deve essere certo, “*the objects or persons intended to have benefit must be also certain*”, cioè anche i beneficiari o le persone destinate ad avere un beneficio devono essere certi.

### 3. 2. 2. *Express private trusts*: altri requisiti di validità

Dal momento che il nucleo essenziale del *trust* deve essere ravvisato in un'obbligazione gravante sui *trustees* e avente ad oggetto una determinata *property*<sup>178</sup>, devono esservi dei soggetti in grado di ricorrere alla Corte per far valere tale obbligazione e quindi, in pratica, per costringere i *trustees* ad adempiere.

Si esige pertanto che il *trust* sia costituito a favore di uno o più beneficiari, affinché esso possa essere fatto valere in giudizio da costoro. Le Corti reputano infatti necessario, a pena di nullità del *trust*, che vi siano delle persone in grado di farlo valere<sup>179</sup>, e cioè di pretenderne l'adempimento dai *trustees*<sup>180</sup>.

Ne segue che il *trust* può essere creato per il beneficio di una o più persone, ma non per il perseguimento di uno scopo, in quanto non è possibile agire in giudizio per uno scopo, a meno che quest'ultimo sia *charitable*: nel qual caso l'*Attorney General* potrà agire in giudizio per farlo valere<sup>181</sup>.

Si può quindi legittimare l'esistenza, nel diritto inglese, di un principio generale, noto come *beneficiary principle*<sup>182</sup>, in virtù del quale qualsiasi *trust* non classificabile come *charitable*, per essere valido, deve essere costituito a favore di una o più persone, fisiche o giuridiche, determinate o determinabili, le quali possano far valere in giudizio gli obblighi imposti ai *trustees* ed ottenerne così l'adempimento.

Ai fini della costituzione di un valido *express private trust*, si esige anche che sia certo o che comunque possa essere determinato con certezza l'*interest*<sup>183</sup> spettante a ogni beneficiario sulla *trust property*<sup>184</sup>. È infatti evidente che, se vi è una pluralità di beneficiari, i *trustees* devono sapere in che modo il *settlor* intende distribuire la *trust property* tra costoro<sup>185</sup>.

---

<sup>178</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 88.

<sup>179</sup> O delle persone, come gli incapaci, per conto delle quali esso può essere fatto valere (v. RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 24).

<sup>180</sup> In *Morice v. Bishop of Durham* (1804) Sir William Grant M. R. affermò che, affinché un *trust* sia valido, "there must be somebody in whose favour the court can decree performance", cioè deve esserci qualcuno in favore del quale la corte possa decretare l'esecuzione degli obblighi gravanti sui *trustees*.

<sup>181</sup> *Leahy v. Attorney General for New South Wales* (1959).

<sup>182</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 88.

<sup>183</sup> *Interest* è il termine più ampio possibile per indicare un diritto su un bene, sia esso una *realty* o una *personalty*. L'*interest* spettante al beneficiario di un *trust* è detto *equitable*, in quanto trova fonte nell'*equity*. Il beneficiario di un *trust* vanta quindi sui beni oggetto del *trust*, cioè sulla *trust property*, un *equitable* o *beneficial interest*, nel senso che ne è proprietario beneficiario secondo le regole dell'*equity* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 857).

<sup>184</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 34 s.

<sup>185</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 33.

Se il *settlor* ordina che la *trust property* sia divisa in parti uguali tra tutti i beneficiari ovvero se l'interpretazione del *trust instrument* operata dalla Corte rileva che era intenzione dello stesso *settlor* operare una divisione paritaria della *trust property*<sup>186</sup>, non sorge alcun problema. Analogamente, se il *settlor* trasferisce la *property* su un *trust* per "Tizio, Caio e Sempronio" ovvero per "tutti i suoi cugini", di nuovo non sorge alcun problema, in quanto si presume che la *trust property* debba essere divisa in parti uguali tra tutti i beneficiari<sup>187</sup>.

Nelle ipotesi succitate si parla di *trust for equal division*: tale è il *trust* le cui condizioni prevedono che la *trust property* debba essere divisa in parti uguali ovvero che il potere conferito ai *trustees* debba essere esercitato in modo da recare vantaggio ai beneficiari nella stessa misura. In tali casi deve essere redatta una lista completa dei beneficiari, in modo da quantificarli con esattezza: la divisione in parti uguali presuppone infatti, per la sua esecuzione, che sia noto il numero preciso dei beneficiari.

Al contrario, il semplice fatto che un potere discrezionale molto ampio possa, in astratto, essere esercitato in modo da recare un eguale vantaggio a tutti i beneficiari non implica la necessità di redigere una lista integrale di costoro. Infatti, la grande ampiezza del potere conferito ai *trustees* rivela indubbiamente che il *settlor* non desiderava affatto una divisione paritaria della *trust property*, indi per cui qualunque esercizio del potere da parte dei *trustees* diretto a recare un eguale vantaggio a tutti i beneficiari sarà nullo per *capriciousness*, in quanto contrario a ogni ragionevole aspettativa del *settlor*. Ne segue che in casi del genere non si esige la redazione di una lista completa dei beneficiari.

Se invece il *settlor*, pur escludendo una divisione paritaria, desidera che ogni beneficiario riceva un qualche vantaggio, sia esso grande, medio o piccolo, deve essere possibile, ai fini della validità del *trust*, la redazione di una lista integrale dei beneficiari. In tal caso i *trustees* hanno infatti il dovere di prendere in debita considerazione i diritti di tutti i beneficiari, prima di decidere quale sia la quota appropriata per ciascuno di loro<sup>188</sup>.

Si prenda ad esempio il caso in cui il *settlor* costituisce 10.000 sterline in *trust* per fornire donazioni di diverso valore a ognuno dei suoi soci in affari e a ognuno dei suoi clienti, come segno della sua riconoscenza per loro, ovvero il caso in cui il *settlor*

---

<sup>186</sup> *Re Steel* (1979).

<sup>187</sup> RIDDAL J. G., *The law of trusts*, cit., 33.

<sup>188</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 77 s.

costituisce 10.000 sterline in *trust* per fornire donazioni di diverso valore a ogni persona la quale abbia consegnato la posta a qualsiasi immobile rientrasse, al momento della consegna stessa, nella di lui proprietà.

Nel primo esempio, non può essere redatta alcuna lista, dato che i concetti di socio in affari e di cliente sono indeterminati, come risulta evidente qualora si consideri l'impossibilità di distinguere con certezza i soci d'affari dai colleghi di lavoro e i clienti dagli ex clienti.

Nel secondo esempio, sebbene la classe dei beneficiari sia concettualmente certa, non è possibile redigere una lista pienamente comprensiva di costoro, data l'oggettiva impossibilità di risalire a tutte le persone impiegate a recapitare la corrispondenza in forza di contratti di lavoro stagionale e a tutti i vicini che, da buoni vicini, hanno consegnato all'effettivo destinatario la posta erroneamente depositata nella loro cassetta delle lettere<sup>189</sup>.

Laddove il *settlor* abbia costituito un *discretionary trust*, conferendo perciò ai *trustees* il potere discrezionale di determinare, all'interno della classe di persone da egli stesso indicata, i beneficiari aventi diritto e l'ammontare spettante ad ognuno di essi, sorge la questione se rimane o meno necessario redigere una lista completa dei beneficiari.

Un'altra questione, preliminare a quella summenzionata, si pone qualora la Corte sia chiamata a intervenire in ordine alla mancata esecuzione di un *discretionary trust*. Ci si chiede se in tal caso la Corte, dal momento che può operare soltanto in base alla massima "*equality is equity*"<sup>190</sup>, debba disporre una divisione paritaria.

La soluzione affermativa di tale questione comporterebbe la necessità di redigere una lista integrale dei beneficiari in tutti i casi in cui venga costituito un *discretionary trust*, affinché la Corte sia realmente in grado di disporre una divisione paritaria nell'eventualità in cui debba intervenire a distribuire la *trust property*<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 78.

<sup>190</sup> Questa massima significa che l'*equity*, ogniqualvolta debba dispensare giustizia, tenderà, per quanto possibile, ad accordare un rimedio proporzionato al danno sofferto o all'ingiustizia subita. Se tale rimedio implica una qualche distribuzione o ripartizione, quest'ultima deve presumersi paritaria. Pertanto, laddove ci sia una pluralità di *equitable interests* sulla medesima *property*, l'*equity* presume che tali *interests* siano uguali e quindi li tratterà allo stesso modo. La portata di questa massima è stata messa in discussione relativamente ai *trusts*, e in particolar modo ai *discretionary trusts*, in quanto essa si accorda di rado con la reale intenzione del *settlor* (v. HEPBURN Samantha, *Principles of equity and trusts*, Cavendish Publishing, London, 2001, 11; VIRGO Graham, *The principles of equity and trusts*, Oxford University Press, 2012, 38).

<sup>191</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 78 s.

Comunque, se le condizioni del *trust* non chiariscono l'entità della quota spettante a ciascun beneficiario, in quanto, sebbene precludano la divisione in parti uguali della *trust property*, non conferiscono ai *trustees* alcun potere discrezionale per decidere in che modo effettuare la distribuzione, il *trust* fallirà e i *trustees* terranno la *trust property* su un *resulting trust* per il *settlor*<sup>192</sup>; nella medesima circostanza, qualora il *trust* sia stato creato mediante testamento, la *trust property* ricadrà nell'*estate*, cioè nella massa ereditaria, del defunto *settlor*<sup>193</sup>.

Come anticipato precedentemente, altro requisito da integrare al fine della valida costituzione di un *express private trust* è la certezza dell'identità dei beneficiari. In altre parole l'identità dei beneficiari deve essere sufficientemente certa.

Se il *settlor* nomina il beneficiario o i beneficiari, allora è indubbio che vi sia sufficiente certezza dell'identità di costoro. Se invece il *settlor* non nomina i singoli beneficiari, ma li descrive in termini quali “su un *trust* per il maggiore dei miei figli vivente alla mia morte” o “su un *trust* per quella tra le mie figlie che contragga per prima matrimonio”, anche qui v'è sufficiente certezza, sebbene l'identità del beneficiario avente diritto possa non essere nota immediatamente<sup>194</sup>.

Qualora il *settlor* attribuisca la *property* su un *trust* per una classe di persone, sarà necessario, per poter giudicare della validità del *trust* sotto il profilo della certezza dell'identità dei beneficiari, stabilire se il *trust* è *discretionary* o *fixed*, cioè se esso conferisce ai *trustees* il potere discrezionale di designare, entro la classe di beneficiari indicata dal *settlor*, gli aventi diritto e di determinare la quota spettante a ciascuno di essi ovvero predetermina i beneficiari aventi diritto e le relative quote.

Qualora il *trust* sia *fixed*, la classe di persone deve essere conosciuta o conoscibile entro e non oltre il momento in cui l'ultimo beneficiario prende possesso della quota di *trust property* a lui spettante ai sensi del *trust*. Il requisito minimo della conoscibilità è soddisfatto se è possibile per i *trustees* redigere una lista comprensiva di tutti i beneficiari e, una volta completata, essere sicuri che in essa sia presente il nome di ciascun beneficiario avente diritto e non compaia alcun nome di persona non legittimata. Conoscibile significa dunque elencabile<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 33.

<sup>193</sup> *Re Flavel's Will Trusts* (1969).

<sup>194</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 24.

<sup>195</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 25.

Esempi di una classe di persone conoscibile potrebbero essere: “tutti gli impiegati dell’azienda X al 1 gennaio 2014” oppure “le infermiere al momento impiegate nel reparto uditivo della *Ear Nose and Throat Infirmary, Myrtle Street, Liverpool*”<sup>196</sup>. La ragione per la quale la classe dei beneficiari di un *fixed trust* deve essere conosciuta o conoscibile è evidente: non può aver luogo una divisione paritaria tra una classe se non se ne conoscono tutti i membri<sup>197</sup>.

Nel caso di un *discretionary trust*, la posizione delle Corti, prima del cambiamento introdotto dalla House of Lords nel 1970 nel caso *McPhail v. Doulton*, era la medesima di quella descritta per un *fixed trust*: il *trust* falliva per incertezza a meno che la classe di persone fosse conoscibile. Si esigeva che i membri componenti la classe dei beneficiari fossero conoscibili allo scopo di mettere la Corte in condizione, qualora ne fosse fatta richiesta, di eseguire il *discretionary trust* dividendo la *trust property* in parti uguali tra tutti i beneficiari.

Infatti era stato a lungo sostenuto che laddove la Corte, a seguito della mancata esecuzione di un *discretionary trust* da parte dei *trustees*, fosse stata adita per eseguire tale *trust*, essa avrebbe dovuto disporre la divisione della *trust property* in parti uguali tra tutti i membri della classe. Poiché una divisione del genere poteva aver luogo soltanto qualora tutti i beneficiari fossero conoscibili, era necessario che anche i *discretionary trusts* soddisfacessero la condizione della conoscibilità<sup>198</sup>.

Nel 1970 nel caso *McPhail v. Doulton* la House of Lords confutò il ragionamento in esito al quale i beneficiari di un *discretionary trust* dovevano essere conoscibili.

La Suprema Corte ritenne infatti irragionevole eseguire i *discretionary trusts* dividendo la *trust property* in parti uguali tra tutti i beneficiari, innanzitutto poiché una tale esecuzione si sarebbe posta in contrasto con la reale intenzione del *settlor*, il quale, se avesse voluto attribuire un eguale vantaggio a tutti i beneficiari, avrebbe verosimilmente optato per un *fixed trust*, e in secondo luogo in quanto una divisione paritaria tra tutti i membri componenti la classe dei beneficiari probabilmente non avrebbe arrecato un reale beneficio ad alcuno di loro.

Secondo la Suprema Corte, la divisione in parti uguali tra tutti i beneficiari sarebbe risultata ragionevole e sensata esclusivamente in ordine ai *family trusts* per una

---

<sup>196</sup> *Re Bernstein's Will Trusts* (1971).

<sup>197</sup> *McPhail v. Doulton* (1970).

<sup>198</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 26.

classe limitata di persone: soltanto in questi casi trovava spazio la massima secondo cui “*equality is equity*”.

La Suprema Corte fece poi menzione di numerosi casi giurisprudenziali<sup>199</sup>, ove i *discretionary trusts* erano stati eseguiti disponendo una divisione della *trust property* che, malgrado non fosse paritaria, era tuttavia appropriata alle circostanze e diretta a rendere effettiva la volontà del *settlor*, come ricostruita sulla base dell’interpretazione del *trust instrument*, cioè dell’atto costitutivo del *trust*.

In conclusione la House of Lords non si limitò ad affermare che l’esecuzione di un *discretionary trust* potesse prescindere dalla divisione paritaria, ma giunse addirittura a negare che un tale *trust* potesse essere eseguito per mezzo di una divisione del genere<sup>200</sup>. Di conseguenza non aveva più ragion d’essere la regola in virtù della quale, ai fini della validità di un *discretionary trust*, la classe di persone deve essere conosciuta o conoscibile.

Secondo la Suprema Corte, per testare la validità di un *discretionary trust*, si sarebbe dovuto adottare un differente parametro, alla stregua del quale il *discretionary trust* deve ritenersi valido ogniqualvolta i *trustees* siano in grado di stabilire con certezza se una certa persona è o meno un membro della classe dei beneficiari. Di conseguenza, ai fini della validità del *discretionary trust*, il significato delle parole usate dal *settlor* per descrivere la classe dei beneficiari deve essere sufficientemente chiaro da consentire ai *trustees* di stabilire con certezza se un determinato individuo rientri o meno in quella classe.

A titolo esemplificativo un *discretionary trust* “per i miei amici” forse sarebbe valido, viceversa un *discretionary trust* “per quelli dei miei conoscenti che tendono a sostenere attività di beneficenza” quasi certamente sarebbe nullo<sup>201</sup>.

La House of Lords precisò inoltre che il semplice fatto che i *trustees* incontrino delle difficoltà nell’accertare l’esistenza o il domicilio dei membri della classe non costituisce un ostacolo alla validità del *trust*, dal momento che incertezze del genere possono essere risolte rivolgendo al giudice un’istanza per ottenere istruzioni.

La House of Lords affermò infine che, qualora la Corte debba, a seguito della mancata esecuzione da parte dei *trustees*, eseguire un *discretionary trust*, essa deve

---

<sup>199</sup> *Mosely v. Mosely* (1673); *Clarke v. Turner* (1694); *Warburton v. Warburton* (1702); *Richardson v. Chapman* (1760).

<sup>200</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 27.

<sup>201</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 28.

farlo “*in the manner best calculated*”, cioè nella maniera meglio calcolata, per rendere effettiva l’intenzione del *settlor*. La Corte può in pratica eseguire il *discretionary trust* designando nuovi *trustees* ovvero autorizzando o ordinando ai rappresentanti della classe dei beneficiari di predisporre uno schema per la distribuzione ovvero addirittura, qualora risulti evidente la base adeguata per la distribuzione, ordinando ai *trustees* di distribuire secondo le modalità da essa stessa fissate. In fin dei conti, la distribuzione in parti uguali della *trust property* è, come sopra detto, l’ultima cosa che ha di mira colui il quale costituisce un *discretionary trust*<sup>202</sup>.

Sempre con riferimento alla classe dei beneficiari, occorre precisare che la sua eccessiva ampiezza costituisce un fattore capace di determinare l’invalidità del *discretionary trust*. Una tale nullità ricorre nel caso in cui, pur essendo chiaro il significato delle parole usate nel *trust instrument*, la definizione dei beneficiari in esso fornita è talmente ampia da non indicare nulla di simile a una classe o a una categoria: in tali casi il *trust* sarà nullo in quanto *administratively unworkable*, cioè, secondo le parole di Lord Eldon<sup>203</sup>, insuscettibile di esecuzione.

Infatti, se la descrizione della classe dei beneficiari è talmente ampia e indeterminata da rendere impraticabile un’adeguata indagine sulla concreta identità di costoro, ai *trustees* sarà impossibile espletare le loro funzioni. Di conseguenza, dal momento che il *trust* non potrà essere eseguito, sarà nullo<sup>204</sup>.

Da tali considerazioni deriva il requisito dell’*administrative workability*, secondo cui il *trust* deve essere *administratively workable*, cioè oggettivamente suscettibile di esecuzione: tale requisito è strettamente connesso al requisito per cui deve esserci un beneficiario *with locus standi*<sup>205</sup> *to enforce the trust*, cioè che abbia il diritto di far valere in giudizio il *trust*<sup>206</sup>.

Il requisito dell’*administrative workability* importa tra l’altro che il *trust* deve avere natura tale da poter essere assoggettato al controllo della Corte, affinché quest’ultima sia in grado di esaminare la cattiva amministrazione operata dai *trustees* e

---

<sup>202</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 78 s.

<sup>203</sup> *Morice v. Bishop of Durham* (1805): “cannot be executed”.

<sup>204</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 29.

<sup>205</sup> Il *locus standi* è *the right of the litigant to bring an action or to be heard in a given forum*, cioè il diritto della parte di agire in giudizio o di essere ascoltato dal giudice (v. GARNER Bryan A., *A dictionary of modern legal usage*, Oxford University Press, 2001, 538).

<sup>206</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 82.

impartire loro le direttive utili per una buona amministrazione ovvero, in alternativa, di eseguire essa stessa il *trust*<sup>207</sup>.

Fondamentalmente, le condizioni del *trust* devono essere *justiciable*<sup>208</sup>: la Corte deve operare conformandosi a criteri certi e determinati, forniti espressamente o implicitamente dal *trust instrument*, cioè dall'atto costitutivo del *trust*, o da una prova, anche non essenziale, purché ammissibile. Se tali criteri sono assenti, allora la Corte non è in grado di controllare o eseguire il *trust*, né, a tal fine, può ricorrere a congetture, perché ciò esulerebbe dalle funzioni giurisdizionali che le competono.

Di conseguenza, un *discretionary trust* costituito *for everyone in the world*<sup>209</sup> è nullo per mancanza di *administrative workability*, nonostante la classe dei beneficiari sia certa<sup>210</sup>. I *trustees* non saprebbero da quale angolo della Terra cominciare se avessero come potenziali beneficiari tutte le persone del mondo: in tal caso è evidente che essi non dispongono di criteri certi e determinati, che permettano loro di svolgere precise mansioni, così come la Corte non dispone di criteri sufficienti a metterla in condizione di presidiare l'adempimento di tali mansioni o di espletarle essa stessa.

Di conseguenza un *trust* le cui condizioni prevedono una gamma tanto ampia di beneficiari è nullo per mancanza di *administrative workability*.

In un noto precedente<sup>211</sup> un *discretionary trust* costituito in favore degli abitanti della Contea metropolitana di West Yorkshire fu dichiarato nullo, evidentemente a causa dell'ampiezza della classe dei potenziali beneficiari.

Nella fattispecie il Consiglio della Contea di West Yorkshire, che stava per essere abolito, costituì 400.000 sterline in *trust* affinché i *trustees*, nel termine di undici mesi, le impiegassero, nella maniera che ritenevano più opportuna, “*for the benefit of any or all or some of the inhabitants of the County of West Yorkshire*<sup>212</sup>” in uno dei seguenti modi: sostenere lo sviluppo economico nella Contea allo scopo di alleviare la disoccupazione e la povertà; assistere gli enti interessati ai problemi della collettività e della gioventù; informare tutte le persone interessate e influenti delle conseguenze

---

<sup>207</sup> *Morice v. Bishop of Durham* (1805).

<sup>208</sup> Cioè idonee a costituire oggetto della cognizione del giudice.

<sup>209</sup> Cioè per chiunque nel mondo.

<sup>210</sup> *Re Hay's S. T.* (1982).

<sup>211</sup> *R v. District Auditor No 3 Audit District Of West Yorkshire Metropolitan County Council, ex p West Yorkshire Metropolitan County Council* (1986).

<sup>212</sup> cioè per il beneficio di uno o di tutti o di alcuni degli abitanti della Contea di West Yorkshire.

derivanti dalla proposta abolizione del Consiglio e dalle altre proposte riguardanti l'amministrazione della Contea.

La Corte ritenne che, se questo *trust* fosse stato considerato come un *discretionary trust* a beneficio degli abitanti di West Yorkshire, esso sarebbe stato nullo per mancanza di *administrative workability*, e di conseguenza gli stessi abitanti non avrebbero potuto farlo valere in giudizio. Infatti la mancanza di *administrative workability* impedisce a chiunque di avere diritti *enforceable*, cioè capaci di essere fatti valere in giudizio.

Occorre comunque considerare che, in esito al giudizio di merito, la Corte dichiarò nullo il *trust* non per mancanza di *administrative workability*, bensì per violazione del *beneficiary principle*, in quanto era stato costituito per uno scopo puramente astratto e non classificabile come *charitable*<sup>213</sup>.

Un *discretionary trust* costituito per una gamma molto ampia di beneficiari può nondimeno essere valido, se i *trustees* dispongono di mezzi attraverso cui ottenere informazioni in merito ai singoli membri della classe e alle loro circostanze personali. Tale potrebbe essere il caso in cui la classe dei beneficiari sia descritta facendo riferimento alla *membership*, cioè alla qualità di membro, di una determinata organizzazione, come ad esempio la British Legion o la Scout Association, attraverso il cui apparato amministrativo i *trustees* potrebbero ottenere consigli, raccomandazioni e suggerimenti sui singoli membri in favore dei quali la loro discrezionalità può essere ragionevolmente esercitata<sup>214</sup>.

Occorre adesso dar conto della distinzione, invero molto sottile, tra la costituzione di un *discretionary trust* e il conferimento ai *trustees* di un *discretionary power*.

A tal fine si prenda ad esempio il caso in cui il *settlor* costituisce una *property* in *trust* per un determinato *perpetuity period*<sup>215</sup>, affinché i *trustees* ne corrispondano la rendita, nella maniera che ritengono più opportuna, ai dipendenti di una certa azienda, la

---

<sup>213</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 83 s.

<sup>214</sup> RIDDAL J. G., *The law of trusts*, cit., 29.

<sup>215</sup> Il *perpetuity period* può equivalere, a scelta del *settlor*, a un periodo di tempo non superiore a ottanta anni dalla costituzione del *trust* ovvero a un periodo di tempo che, calcolato con riferimento a una persona già esistente al momento della costituzione del *trust*, si compone della durata della vita di costei e di un termine non superiore a ventuno anni dalla sua morte. In forza della *rule against perpetuities*, applicabile esclusivamente ai *private trusts*, entro il *perpetuity period* il beneficiario del *trust* deve divenire titolare assoluto, e quindi *owner* sia *in equity* che secondo la *common law*, dei beni oggetto del *trust*, a pena di nullità dello stesso (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1133, 1485).

scelta dei quali è rimessa alla loro discrezione. Al *trust* così costituito il *settlor* può apporre una clausola accessoria.

In particolare egli può obbligare i *trustees* a versare qualunque reddito, che non sia stato corrisposto entro tre mesi dall'incasso, ai suoi figli, attribuendo agli stessi *trustees* il potere discrezionale di determinare gli aventi diritto e le quote loro spettanti, ovvero, in alternativa, può conferire ai *trustees* la facoltà di versare qualunque reddito, entro tre mesi dall'incasso, ai suoi figli, rimettendo la scelta degli aventi diritto e la determinazione delle quote loro spettanti agli stessi *trustees*.

Nel primo caso ai *trustees* viene attribuito un *discretionary power* di distribuzione, esercitabile entro tre mesi dall'incasso del reddito, in favore della classe dei dipendenti dell'azienda, associato a un *discretionary trust* in favore della prole del *settlor*, il quale ultimo acquista effettività nella misura in cui non venga esercitato il *discretionary power*.

Nel secondo caso invece si configura un *discretionary trust* costituito in favore della classe dei dipendenti dell'azienda, associato al *discretionary power*, esercitabile entro tre mesi dall'incasso del reddito, di beneficiare la prole del *settlor* anziché la classe dei dipendenti stessa. Così, se entro tre mesi dall'incasso del reddito il *discretionary power* non viene esercitato, tale reddito deve essere distribuito tra coloro che risultano beneficiari ai sensi del *discretionary trust*, e cioè tra i dipendenti dell'azienda<sup>216</sup>.

Laddove ai *trustees* venga conferito un *discretionary power*, i beneficiari aventi diritto in mancanza dell'esercizio di tale potere sono senza dubbio legittimati a impedire ai *trustees* di esercitare il medesimo, a meno che questi ultimi lo esercitino nei confronti di coloro in favore dei quali esso può essere esercitato. Ne segue che i *trustees* devono essere in grado di stabilire con certezza se, relativamente a un dato soggetto, il *discretionary power* può essere esercitato o meno<sup>217</sup>.

Comunque non si esige la redazione di una lista integrale ed esauriente delle persone che compongono la classe in favore della quale può essere esercitato il *discretionary power*; è infatti sufficiente che la descrizione di tale classe fornisca un criterio idoneo a determinare se una certa persona rientra o meno nella medesima classe.

---

<sup>216</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 79.

<sup>217</sup> *Re Gulbenkian's S. T.* (1970).

In definitiva non v'è ragione di distinguere, relativamente al requisito della certezza dell'identità dei beneficiari, tra *discretionary trust* e *discretionary power*<sup>218</sup>.

Occorre infine domandarsi quali soggetti siano generalmente interessati a contestare la validità della costituzione di un *express private trust*.

Se Tizio attribuisce a Caio e Sempronio una somma di denaro su un *trust* per Manlio, la sola persona interessata a contestare la validità del *trust* potrebbe essere Tizio, nel caso in cui egli muti la sua opinione riguardo all'opportunità di effettuare un tale *gift*<sup>219</sup>.

Spesso però accade che non sia il *settlor* a revocare in dubbio la validità del *trust*, bensì l'*Inland Revenue*<sup>220</sup>.

Si supponga che la *trust property* consti di un certo numero di azioni di una determinata società, la quale sulle stesse paga i dividendi, che notoriamente sono oggetto della *income tax*, cioè dell'imposta sul reddito. Se è stato creato un valido *trust*, sono tenuti al pagamento dell'imposta Caio e Sempronio, in quanto *trustees*; viceversa, se non è stato creato un valido *trust*, il responsabile del pagamento dell'imposta è Tizio, nonostante i dividendi vengano di fatto pagati a Caio e Sempronio e da questi ultimi corrisposti a Manlio.

Può sembrare irrilevante per l'*Inland Revenue* l'identità del soggetto passivo dell'obbligazione tributaria, ma non necessariamente è così. Si supponga che Tizio abbia un reddito alto, anche senza percepire i dividendi, e che invece il reddito di Manlio, sia in virtù del *trust* che altrimenti, sia basso e comunque inferiore al reddito di Tizio: in tal caso Tizio pagherà l'imposta sul reddito ad un'aliquota più alta rispetto a Manlio. Di conseguenza sarà esigibile una maggiore imposta nel caso in cui non sia stato creato un valido *trust* e quindi le azioni siano rimaste di proprietà di Tizio, mentre si realizzerà una riduzione dell'onere fiscale nel caso in cui sia stato costituito un valido *trust* e quindi il *title*, cioè il diritto, sulle azioni sia stato efficacemente trasferito ai *trustees*<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 79 s.

<sup>219</sup> Si intende con tale termine la donazione, che può essere realizzata anche mediante un *trust*. Per tale ragione il *settlor* è anche detto *donor*, cioè donante (v. *amplius* DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 667, 778).

<sup>220</sup> Si chiama così l'ufficio preposto alla riscossione delle più importanti *taxes*, cioè imposte, quali l'*income tax*, la *corporation tax* e la *capital gains tax* (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1296).

<sup>221</sup> RIDDALL J. G., *The law of trusts*, cit., 18.

### 3. 3. *Trusts implied by law: implied, constructive, resulting e statutory trusts*

Iniziando lo studio degli altri tipi di *trusts* o *trusts implied by law* dagli *implied trusts*, non si può fare a meno di rilevare che questi ultimi costituiscono una categoria controversa.

Alcuni autori<sup>222</sup> infatti ritengono che la categoria degli *implied trusts* sia priva di utilità pratica e di reale concretezza, dal momento che essa si risolverebbe *sic et simpliciter* nelle due distinte ed indipendenti categorie dei *constructive* e dei *resulting trusts*. In tale prospettiva è stato affermato che il termine “*implied trust*” andrebbe inteso come un “*umbrella term*”, cioè un termine generico, comprendente sia i *resulting* che i *constructive trusts*<sup>223</sup>.

Più radicalmente altri autori<sup>224</sup> non ammettono l’esistenza degli *implied trusts*, in quanto ritengono che questi ultimi, seppure costituiti senza l’uso di *express words*, cioè di parole chiare ed esplicite, debbano essere considerati *express*, dal momento che era intenzione del *settlor* costituirli. Nella stessa direzione si è affermato che gli *implied trusts* andrebbero più correttamente riguardati come *express trusts*, in quanto il *trust* è espresso, sebbene in un linguaggio ambiguo e incerto<sup>225</sup>.

È stato fra l’altro osservato come la distinzione tra *express* e *implied trusts*, intrinsecamente vaga, si risolverebbe in una distinzione tra l’uso di parole più o meno chiare, di modo che la chiarezza diverrebbe l’ago della bilancia<sup>226</sup>.

Eppure, conformemente all’opinione di autorevole dottrina<sup>227</sup>, è possibile configurare gli *implied trusts*, o *trusts* costituiti per fatti concludenti, come una categoria autonoma, anche in considerazione del fatto che numerose leggi<sup>228</sup> contemplano espressamente l’*implied trust*.

A suffragio di quest’ultima posizione, si può osservare che la categoria degli *implied trusts* è stata legittimata dal *case law*, cioè dalla giurisprudenza, più risalente.

---

<sup>222</sup> RAMJOHN Mohamed, *Text, cases and materials on equity and trusts*, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire, 2008, 10; SALVATORE, *Il trust: profili di diritto internazionale e comparato*, cit., 11 s.

<sup>223</sup> MOFFAT, *Trusts Law: Text and Materials*, cit., 23.

<sup>224</sup> HANBURY H. G., MARTIN J. E., *Modern equity*, Sweet & Maxwell, London, 1993, 67.

<sup>225</sup> PETTIT P. H., *Equity and the Law of Trusts*, Butterworths, London, 1993, 58.

<sup>226</sup> MAITLAND F. W., *Equity, Also the Forms of Action at Common Law*, cit., 75 s.

<sup>227</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 26.

<sup>228</sup> Per esempio il Law of Property Act 1925, *section* 53(2): “This section does not affect the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts”.

Dapprima nel 1676 nel caso *Cook v. Fountain* gli *implied trusts*, allora detti *presumptive trusts*, furono riguardati come una sottocategoria degli *express trusts*<sup>229</sup>; successivamente nel 1831 nel caso *Fitzgerald v. Stewart* e nel 1883 nel caso *Sands v. Thompson* venne sancita la distinzione tra gli *express* e gli *implied trusts*, intendendosi con i primi i *trusts* creati per mezzo di *express words* e con i secondi i *trusts* scaturiti dagli *acts* delle parti, cioè da quei comportamenti tali da far presumere l'intenzione di porre in essere un *trust*<sup>230</sup>.

Quanto alle concrete fattispecie di *implied trusts*, possiamo addurre la sentenza canadese *Shabinsky v. Horwitz* (1973), secondo cui si intendono costituite in *trust* a beneficio dei camerieri le somme lasciate come mancia dai clienti e incassate dal titolare dell'esercizio, che di conseguenza viene a ricoprire la posizione di *trustee*<sup>231</sup>.

Anche nel caso *Paul v. Constance* (1977) è possibile ravvisare la costituzione di un *implied trust*, sebbene la Corte si sia limitata a configurare un non meglio precisato “*trust voluto dal dichiarante*”<sup>232</sup>. Il signor Constance, separato dalla moglie e convivente con la signora Paul, ricevette la somma di 950 sterline a titolo di risarcimento dei danni alla persona subito a causa di un infortunio sul lavoro. Egli, pur avendo depositato tale somma in banca su un conto corrente intestato al proprio nome, in più occasioni dichiarò alla signora Paul che la somma stessa apparteneva ad entrambi. Alla morte del signor Constance, la signora Paul agì in giudizio per ottenere la metà della somma residua sul conto corrente: la Corte accolse la sua domanda in quanto interpretò le dichiarazioni rese dal signor Constance come tali da costituire un *trust* sul *bank account*<sup>233</sup>, cioè sul deposito in conto corrente bancario, per il beneficio sia di lui che di lei in parti uguali<sup>234</sup>. La Corte ritenne infatti che il dichiarante, sebbene fosse una

---

<sup>229</sup> “*Express trusts are declared by word or writing; and these declarations appear either by direct and manifest proof or violent and necessary presumption. These last are commonly called presumptive trusts; and it is when the Court, upon consideration of all circumstances, presumes there was a declaration, either by word or writing, though the plain and direct proof thereof be not extant*”.

<sup>230</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 228.

<sup>231</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 26.

<sup>232</sup> GRAZIADEI Michele, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Università degli studi di Trento, 1995, 230, nota 14.

<sup>233</sup> Il *bank account* è classificabile come una *personal property* e più specificamente come una *chose in action*, dovendosi intendere con tale locuzione qualsiasi diritto, come un credito, un deposito bancario o un diritto d'autore, che non abbia per oggetto o che comunque non si riferisca a un bene mobile o immobile (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 456, 1209).

<sup>234</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 254, nota 79.

persona molto semplice, inconsapevole delle sottigliezze dell'*equity*, tuttavia conoscesse e comprendesse molto bene la propria situazione economica<sup>235</sup>.

È possibile riscontrare un'altra fattispecie di *implied trust* nel caso *Rowe v. Prance* (1999). Tizio, sposato, ha una lunga relazione con Livia, insieme alla quale progetta di andare a vivere in barca. Egli, acquistata effettivamente la barca, dichiara a Livia che essa appartiene ad entrambi. Cessata la relazione sentimentale, Livia agisce in giudizio per ottenere la metà del valore della barca: la Corte accoglie la sua domanda, in quanto ritiene che Tizio, per mezzo della dichiarazione resa a Livia, abbia costituito un *trust* sulla barca per il beneficio sia di se stesso che di lei in parti uguali. In verità, in quest'ultima ipotesi il giudice ha qualificato tale *trust* come *express*, tuttavia pare più esatto configurarlo come *implied*, dal momento che nei fatti di causa non è riscontrabile alcuna dichiarazione espressa della volontà di costituire un *trust*<sup>236</sup>.

Quanto ai *constructive trusts*, essi consistono in fattispecie derivanti dalle norme di *equity*<sup>237</sup>.

Nella maggior parte dei casi i *constructive trusts*, in conformità all'originaria ispirazione della giurisdizione di *equity*, vengono ad esistenza allo scopo di realizzare la "giustizia del caso concreto"<sup>238</sup>. In tal senso Lord Denning affermò che la Corte avrebbe potuto dichiarare la costituzione di *constructive trusts* ogniqualvolta lo avessero richiesto la giustizia e la coscienza<sup>239</sup>: così, per non limitare la Corte nel dispensare giustizia, i confini di tali *trusts* sono stati lasciati deliberatamente indeterminati<sup>240</sup>.

La dottrina inglese maggioritaria rinviene il tratto distintivo comune dei *constructive trusts* nella circostanza che essi sorgono di diritto, a prescindere dalla volontà degli interessati e in particolare contro la volontà del soggetto che rivestirà il ruolo di *trustee*: in tal senso si parla di irrilevanza della volontà della parte gravata<sup>241</sup>. Di conseguenza i *constructive trusts* sono riguardati come l'oggetto di una sentenza di condanna e sono quindi classificati come rimedi processuali.

---

<sup>235</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 74.

<sup>236</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 27.

<sup>237</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 25 s.; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 373.

<sup>238</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 232; *Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co.* (1969).

<sup>239</sup> *Hussey v. Palmer* (1972).

<sup>240</sup> *Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co.* (1969).

<sup>241</sup> BAKER P. V., LANGAN P. St. J., *Snell's Equity*, Sweet & Maxwell, London, 1990, 101; OAKLEY A. J., *Has the Constructive Trust Become a General Equitable Remedy?* in *Current Legal Problems*, 1973, 17.

Per converso si può osservare che in alcuni casi i *constructive trusts* attuano la volontà della parte gravata, qualora manifestata in una forma non sufficientemente indirizzata e pertanto non idonea alla costituzione di un *trust*, e rendono quindi giuridicamente vincolanti rapporti che le parti intendevano creare, anche se attraverso fattispecie incomplete<sup>242</sup>.

In tali casi si parla di *common intention constructive trusts*, i quali rispondono alla *ratio* di tutelare la *reliance*, cioè l'affidamento, che un soggetto, per mezzo delle sue dichiarazioni, ingenera in un altro, inducendolo ad agire *to his detriment*, cioè a suo danno<sup>243</sup>. I *common intention constructive trusts* hanno sempre ad oggetto un bene immobile e trovano applicazione con riferimento esclusivo ai rapporti di coabitazione, siano essi eterosessuali o omosessuali, di due o più persone<sup>244</sup>.

Così se Tizio dichiara a Livia, sua convivente, che la casa di abitazione, intestata allo stesso dichiarante, appartiene ad entrambi e Livia, facendo fede su tale dichiarazione, contribuisce economicamente ai lavori di ristrutturazione dell'immobile o partecipa al pagamento delle rate del mutuo immobiliare, Tizio diviene *constructive trustee* dell'immobile a beneficio di se stesso e di Livia.

Pertanto, laddove il convivente intestatario di un immobile rende all'altro convivente dichiarazioni, il cui tenore induce quest'ultimo a ritenere che il bene in questione appartenga ad entrambi e di conseguenza a contribuire al versamento del prezzo o a finanziare la ristrutturazione o l'ammodernamento del bene, il convivente intestatario diverrà *constructive trustee* dell'immobile a beneficio di se stesso e del suo convivente.

Costituisce problema più delicato stabilire entro quali limiti sia possibile tutelare il convivente non intestatario, qualora difetti un contributo pecuniario ovvero una dichiarazione suscettibile di generare affidamento circa la condizione giuridica dell'immobile<sup>245</sup>.

Si deve ritenere che, in mancanza di dichiarazioni promananti dal convivente intestatario, qualsiasi contributo di carattere non pecuniario prestato dall'altro convivente sia inidoneo a costituire un *constructive trust* sull'immobile. Viceversa se il partner non intestatario fornisce un contributo finanziario necessario all'acquisto

---

<sup>242</sup> LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Giuffrè, Milano, 1994, 11; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 233 s.

<sup>243</sup> GOO S. H., *Sourcebook on Land Law*, cit., 163 s.

<sup>244</sup> *Allen v. Snyder* (1977).

<sup>245</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 234, nota 24.

dell'immobile, ciò vale a costituire un *constructive trust* su tale bene, pur in mancanza di una dichiarazione dell'altro partner<sup>246</sup>.

Si badi però che, se manca un'espressa dichiarazione circa la condizione giuridica dell'immobile, il beneficiario di un *common intention constructive trust* acquisterà sull'immobile un *equitable interest* quantificato in proporzione al contributo economico prestato<sup>247</sup>.

In fattispecie di tal genere la volontà del dichiarante è diretta al conseguimento di un certo risultato al quale l'altra parte, sua convivente, ha interesse: se l'indebito comportamento della prima priva la seconda del soddisfacimento delle sue legittime aspettative, il *constructive trust* realizza quanto la parte gravata dal trust aveva lasciato intendere all'altra che sarebbe accaduto<sup>248</sup>.

Di conseguenza, relativamente e limitatamente ai casi di *common intention constructive trust*, possiamo confutare l'opinione diffusa in dottrina secondo cui i *constructive trusts* contrastano con l'intenzione della parte gravata, poiché in tali casi il *constructive trust*, pur costituendo comunque un rimedio processuale, non fa altro che realizzare l'originario intendimento di tale parte<sup>249</sup>.

In alcuni casi il *constructive trust* è dipendente e accessorio a un valido *express trust* o a un *resulting trust*<sup>250</sup>.

A titolo esemplificativo, se il *trustee* utilizza la *trust property* allo scopo di trarne un profitto per se stesso, ai beneficiari è riconosciuto un diritto su quel profitto o sui beni nei quali esso è stato convertito, che quindi saranno tenuti su un *constructive trust* per i beneficiari. In tale ipotesi il *constructive trust* costituisce un mezzo per impedire ai *trustees* di usare l'oggetto del *trust* a loro vantaggio personale<sup>251</sup>.

Ancora, se il *trustee* acquista per se stesso un bene che avrebbe dovuto acquistare per il *trust*, egli terrà tale bene su un *constructive trust* per i beneficiari.

Di nuovo, se il *trustee* aliena la *trust property* a un terzo, il quale non è un acquirente di buona fede *for value without notice*, i beneficiari rimarranno comunque titolari dell'*equitable interest*, che potranno vantare sia sulla *trust property* che sul suo

---

<sup>246</sup> *Lloyds Bank v. Rosset* (1990).

<sup>247</sup> *Hammond v. Mitchell* (1991).

<sup>248</sup> LUIPOI, *Trusts*, cit., 28.

<sup>249</sup> LUIPOI, *Trusts*, cit., 27 s.

<sup>250</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 17.

<sup>251</sup> DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1482.

*equivalent*<sup>252</sup> in possesso del terzo acquirente. Quest'ultimo diverrà perciò *constructive trustee* per gli originari beneficiari e dovrà trasferire loro la *trust property* o il suo *equivalent*<sup>253</sup>. In tale ipotesi il *constructive trust* rientra a pieno titolo nella categoria dei *bare trusts*, ovverosia di quei *trusts* in cui il *trustee*, su semplice richiesta avanzata in qualsiasi momento dai beneficiari, deve trasferire loro il bene oggetto del *trust*<sup>254</sup>.

In generale poi, chiunque sia investito di un incarico fiduciario diviene *constructive trustee* di qualsiasi guadagno acquisito indebitamente, a seguito di abuso della propria posizione<sup>255</sup>.

Il socio di una società commerciale, il quale utilizzi il capitale sociale a fini personali, diverrà *constructive trustee* degli utili realizzati a beneficio della società<sup>256</sup>.

Gli amministratori di una società sono costituiti *constructive trustees* degli utili ottenuti da affari conclusi per conto proprio, se tali affari in *equity* sono viziati poiché sottraggono un profitto alla società di appartenenza.

Secondo una visione più liberale, gli affari conclusi dagli amministratori sarebbero viziati quando costoro hanno approfittato di un'opportunità che sarebbe spettata alla società, mentre, secondo la visione più restrittiva, gli stessi affari sarebbero viziati quando gli amministratori sono venuti a conoscenza della possibilità di concluderli durante lo svolgimento delle loro funzioni.

Tale teoria, detta della *corporate opportunity*, s'è diffusa, con vari esiti, nei paesi dell'area del Commonwealth: mentre la giurisprudenza americana, seguita da quella canadese, ha sposato la posizione più liberale; la giurisprudenza inglese è rimasta sulla linea più restrittiva<sup>257</sup>. In un precedente inglese<sup>258</sup> l'amministratore di una società apprese dalla controparte che essa non aveva intenzione di concludere il contratto, nella fattispecie assai redditizio, con la società, ma avrebbe accettato di stipularlo con l'amministratore in persona. L'amministratore si dimise dall'incarico e ottenne il contratto per sé: egli venne considerato *constructive trustee*, in favore della società, di ogni profitto scaturente da esso.

---

<sup>252</sup> Per *equivalent* si intende il bene nel quale è stato convertito il bene oggetto del *trust* e quindi, per esempio, uno *stock* o un quadro di valore acquistato con i proventi della vendita della *trust property*.

<sup>253</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 17.

<sup>254</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 68.

<sup>255</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 68; DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1483.

<sup>256</sup> DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1482.

<sup>257</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 72.

<sup>258</sup> *Industrial Development Consultants v. Cooley* (1971).

Regola analoga riguarda i soci di società di persone, come attestato da un precedente australiano<sup>259</sup>.

Si devono ora considerare quelle particolari circostanze nelle quali l'*equity* impedisce che un certo soggetto trattenga per sé, in tutto o in parte, l'*equitable interest* su un bene e pertanto lo costituisce *constructive trustee* di tale bene per un altro soggetto ovvero per sé medesimo e un altro soggetto insieme<sup>260</sup>. In altre parole l'*equity* in particolari circostanze impone, a titolo di rimedio processuale, un *constructive trust*, in quanto considera *unconscionable*<sup>261</sup>, cioè iniquo o comunque vessatorio e dunque contro coscienza, che il proprietario di un certo bene tenga lo stesso puramente per il proprio beneficio.

A titolo esemplificativo, per impedire a Caio di trarre vantaggio dall'esercizio di un'*undue influence*<sup>262</sup> su Tizio, Caio terrà la *property* in tal modo acquistata su un *constructive trust* per Tizio<sup>263</sup>.

Ancora, si ponga mente al caso in cui Caio lascia per testamento un fondo a Tizio *absolutely*, cioè senza condizioni, facendo affidamento sull'impegno assunto oralmente da Tizio di tenere lo stesso fondo su un *trust* che attribuisce un *life interest* a Sempronio e un *remainder* a Manlio *absolutely*, cioè senza condizioni. Dopo la morte di Caio, Tizio non può approfittare dell'assenza delle necessarie formalità scritte per tenere il fondo per il proprio beneficio, in quanto deve tenerlo su un *constructive trust* per Sempronio e Manlio.

Occorre infatti precisare che secondo la *section 53(1)* della Law of Property Act 1925 i *trusts of land*<sup>264</sup> devono essere provati per iscritto, ma la *section 53(2)* dello stesso Act pone una deroga a tale regola per i *resulting* e i *constructive trusts*. Se dunque si ritiene che Tizio debba tenere il fondo su un *constructive trust*, la *section 53(1)*, in forza della *section 53(2)*, è inapplicabile e quindi la mancanza di forma scritta in tal caso non rileva. Comunque, a coloro i quali ritengono che Tizio tenga il fondo su

---

<sup>259</sup> *Chan v. Zacharia* (1984).

<sup>260</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 17.

<sup>261</sup> È stata definita *unconscionable* qualunque situazione giuridica il cui perdurare contrasti con i precetti basilari della convivenza, quali percepiti in un particolare momento storico (v. LUPOI, *Trusts*, cit., 34).

<sup>262</sup> L'*undue influence* costituisce, insieme alla *duress*, una delle due forme di violenza ammesse dal diritto inglese. Anche se nessun giudice ha mai tentato di definirla, essa, secondo un'opinione unanimemente condivisa, si applica "*to every case where influence is acquired and abused, where confidence is reposed and betrayed*" e cioè ogniqualvolta un soggetto abbia autorità e ne abusi, e un altro riponga confidenza e sia tradito (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1499).

<sup>263</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 18.

<sup>264</sup> Cioè i trusts aventi ad oggetto immobili e quindi beni costituenti *real property*.

un *express trust*, per ciò stesso rientrante nell'ambito applicativo della *section 53(1)*, si può ribattere che, in forza della massima secondo cui “*Equity will not allow statute to be used as an instrument of fraud*”<sup>265</sup>, a Tizio non è permesso eccepire in giudizio la *section 53(1)*, cosicché l'*express trust* può comunque essere fatto valere da Sempronio e Manlio, nonostante manchino le necessarie formalità scritte<sup>266</sup>.

Altra peculiare fattispecie di *constructive trust* sorge a carico del venditore di un *land*, cioè di un immobile e dunque di una *realty*, nell'arco di tempo compreso tra il *contract* e la *conveyance*<sup>267</sup>, cioè tra le due distinte fasi di cui consta la vendita immobiliare nell'ordinamento giuridico inglese. Infatti il *contract for the sale of land*, cioè il contratto di vendita immobiliare, in cui le parti fissano il bene oggetto del trasferimento e il corrispettivo pattuito, ha il solo effetto di obbligare il venditore a far acquistare il bene al compratore e dunque non vale a trasferire la proprietà. L'effetto reale conseguirà alla successiva *conveyance*, consistente in un *deed*, sottoscritto dal venditore in presenza di un testimone e consegnato al compratore<sup>268</sup>.

Nondimeno, in forza della massima secondo cui “*equity regards as done that which ought to be done*”<sup>269</sup>, l'*equity*, in virtù della sola stipulazione del *contract*, considera il compratore come proprietario dell'oggetto del contratto, cioè dell'immobile, e il venditore come proprietario del prezzo<sup>270</sup>. In altre parole l'*equity*, una volta stipulato il *contract*, finge che anche la *conveyance* sia stata perfezionata e pertanto considera avvenuto il trasferimento della proprietà della cosa venduta<sup>271</sup>. Ne segue che, nel periodo intermedio tra il *contract* e la *conveyance*, il compratore acquisisce un *equitable interest* sul bene immobile oggetto di vendita e correlativamente il venditore diviene *constructive trustee* di tale bene.

Comunque, tratto unificante, perlomeno sotto il profilo strutturale, le varie fattispecie di *constructive trusts* risiede nella circostanza che il bene, fino al momento

---

<sup>265</sup> Letteralmente l'*equity* non consente che una legge possa diventare uno strumento di frode.

<sup>266</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 17 s.

<sup>267</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 231, nota 16.

<sup>268</sup> CHIANALE Angelo, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Giuffè, Milano, 1990, 111 s.; LUPOI Maurizio, *Introduzione ai trusts*, Giuffrè, Milano, 1994, 12.

<sup>269</sup> Cioè l'*equity* considera come compiuto ciò che secondo la *common law* dovrebbe essere compiuto.

<sup>270</sup> OAKLEY, *Constructive trusts*, cit., 141.

<sup>271</sup> PANFORTI Maria Donata, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Giuffrè, Milano, 1992, 104 s.; DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 701.

immediatamente antecedente a quello in cui viene costituito in *trust*, appartiene al soggetto che assumerà la posizione di *constructive trustee*<sup>272</sup>.

Occorre infine menzionare che sono fatte oggetto di *constructive trust* le informazioni personali che gli avvocati apprendono dai propri clienti<sup>273</sup>, nonostante molti autori<sup>274</sup> non considerino come *property* l'informazione.

Quanto ai *resulting trusts*, detti anche *trusts* di ritorno<sup>275</sup>, essi, come sopra detto, rispondono alla *ratio* di salvaguardare la sfera patrimoniale del soggetto che, in veste o meno di *settlor*, abbia disposto dei propri beni. La parola *resulting* nella locuzione *resulting trust* assume il significato, derivato dal verbo latino *resalire*, di “*springing back*<sup>276</sup>”, per dare l'idea che un determinato bene torna indietro a beneficiare colui il quale ne abbia disposto, che rimane perciò titolare dell'*equitable* o *beneficial interest* su tale bene e quindi può essere considerato proprietario *in equity*<sup>277</sup>.

I *resulting trusts* possono essere classificati come presunti o automatici<sup>278</sup>.

I *resulting trusts* automatici consistono in quel complesso di fattispecie nelle quali, in forza delle norme di *equity* e a prescindere da qualsiasi manifestazione di volontà delle parti interessate, il *settlor* mantiene o acquista, rispetto all'oggetto del *trust* e cioè alla *trust property*, un *equitable interest* che ai sensi dell'atto costitutivo del *trusts* non gli compete<sup>279</sup>.

Ogniquale volta il *settlor* trasferisce dei beni ai *trustee* su un *trust* di cui non precisa le condizioni oppure le cui condizioni non riguardano la totalità di questi beni o non esauriscono gli *equitable interests* suscettibili di insistere sui medesimi, la *trust property*, in tutto o nella parte e nella misura in cui il *settlor* non ne abbia disposto, viene costituita in *resulting trust* a beneficio dello stesso *settlor*<sup>280</sup>.

A titolo esemplificativo, se Tizio trasferisce un bene ai *trustees* su un *trust* per Caio *for life*<sup>281</sup>, ma non effettua ulteriori disposizioni dell'*equitable interest*, egli non ha

---

<sup>272</sup> BARTOLI Saverio, *Il trust*, Giuffrè, Milano, 2001, 133.

<sup>273</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 71; JONES G., *Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty* in 84 *Law Quarterly Review* (1968) 472, 481 ss.

<sup>274</sup> GURRY F., *Breach of confidence*, Oxford, 1984, 158 ss.; FINN P.D., *Fiduciary Obligations*, Sidney, 1977, 130 ss.

<sup>275</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 26.

<sup>276</sup> Letteralmente balzare indietro, tornare al posto di partenza.

<sup>277</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 16.

<sup>278</sup> *Re Vandervell's Trusts (No. 2)* (1974).

<sup>279</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 28 s.; MILLET P. J., *Restitution and Constructive Trusts* in 114 *Law Quarterly Review* (1998) 399, 401s.

<sup>280</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 114.

<sup>281</sup> In tal modo Caio vanterà sul bene un *life interest*, la cui durata è commisurata alla vita del titolare.

disposto in modo esauriente di tutto il suo *beneficial interest*, per cui i *trustees* automaticamente, alla morte di Caio, terranno i beni su un *resulting trust* per Tizio<sup>282</sup>.

Ancora, il *resulting trust* sorge automaticamente qualora il *trust* costituito dal *settlor* sia nullo, come nel caso in cui non siano stati determinati i beneficiari, ovvero diventi inefficace, in quanto colpito da impossibilità sopravvenuta, come nel caso in cui i beneficiari, pur determinati, vengano successivamente a mancare. Dunque, se per qualunque ragione il *trust* che il *settlor* intendeva costituire non viene in essere o cessa di produrre effetti, i *trustees* saranno obbligati a tenere i beni loro trasferiti su un *resulting trust* a favore del *settlor*<sup>283</sup>.

Occorre precisare che, nel caso in cui il *trust* sia nullo, il *resulting trust* che viene in essere si configura come un *bare trust*, per cui il *settlor* può pretendere immediatamente il ritrasferimento della *trust property*<sup>284</sup>.

Quanto ai *resulting trusts* presunti, essi tutelano il disponente tutte le volte in cui egli trasferisce un bene senza controprestazione oppure fornisce ad un altro soggetto i mezzi economici per acquistare un bene. Tali *resulting trusts* sono detti presunti, in quanto vengono in essere in forza di una presunzione *iuris tantum*, la quale pertanto ammette la prova contraria.

Così, se Caio trasferisce a titolo gratuito un bene a Tizio, si presume, in assenza della prova dell'intenzione di effettuare una donazione, che Caio non intendeva alienare il proprio *beneficial interest*<sup>285</sup>. Di conseguenza Tizio terrà quel bene su un *resulting trust* per Caio, salva la prova della volontà dell'originario titolare di arricchire il destinatario dell'attribuzione<sup>286</sup>.

Secondo un principio generale, si presume la costituzione di un *resulting trust* a favore del soggetto, il quale abbia fornito ad un altro il denaro per l'acquisto di un bene. In applicazione di tale principio, il bene acquistato dall'*agent* con il denaro erogato dal *principal*<sup>287</sup> è soggetto a un *resulting trust* a beneficio del secondo<sup>288</sup>.

---

<sup>282</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 16.

<sup>283</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 230, 273 s.

<sup>284</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 115.

<sup>285</sup> E cioè l'*equitable estate*, al quale ben si conviene il nome *interest*.

<sup>286</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 16; GRAZIADEI Michele, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Università degli studi di Trento, 1995, 229 s., 271.

<sup>287</sup> *Agent* e *principal* sono le due parti del rapporto di *agency*, mediante il quale è possibile attribuire a un soggetto, detto *agent*, il potere di sostituirsi ad un altro, detto *principal*, nel compimento di attività giuridica per conto di quest'ultimo e con effetti diretti nella sua sfera giuridica. In virtù dell'instaurazione del rapporto di *agency*, l'*agent* viene investito del *power of attorney*, cioè del potere di agire

La *presumption of resulting trust*, cioè la presunzione favorevole alla costituzione del trust, opera rispetto ai beni di qualunque natura<sup>289</sup> e a favore di tutte le persone che hanno contribuito all'acquisto, le quali diverranno dunque *beneficiaries*<sup>290</sup>. Per vincere la *presumption of resulting trust*, l'acquirente deve dimostrare di avere la piena disponibilità del denaro impiegato nell'acquisto, magari perché gli è stato mutuato<sup>291</sup>.

È importante rilevare che, se il trasferimento a titolo gratuito o l'erogazione di somme di denaro sono effettuati in favore dei propri stretti congiunti<sup>292</sup>, opera la *presumption of advancement*, in virtù della quale si presume che sia intenzione dell'alienante o dell'erogatore arricchire tali soggetti, i quali acquistano quindi *absolutely*, cioè senza condizioni<sup>293</sup>. In tali casi si presume che il disponente abbia inteso effettuare un'attribuzione gratuita, dal momento che egli ha nei confronti dei propri congiunti una *moral obligation*, cioè un obbligo morale<sup>294</sup>.

Infine gli *statutory trusts* sono quei *trusts* che vengono ad esistenza per effetto della disposizione di uno *statute*, cioè di una legge scritta, al ricorrere di determinati presupposti da esso previsti.

A titolo esemplificativo, sul patrimonio del soggetto che muore *ab intestato* viene a configurarsi uno *statutory trust*<sup>295</sup>. Il *trustee*, detto *personal representative*, viene nominato dal giudice, che lo incarica di tenere l'asse ereditario su uno *statutory trust* a beneficio degli eredi legittimi e di ripartire tra costoro ciò che residua dopo il pagamento dei debiti ereditari.

Un'altra fattispecie di *statutory trust* viene ad esistenza nell'ipotesi in cui a un minore sia trasferito un *estate* su una *real property*<sup>296</sup>. Dal momento che un tale soggetto è incapace di essere titolare di un diritto del genere, il trasferimento in linea di principio è inefficace; tuttavia la legge prevede che l'alienante sia costituito *trustee* del diritto in favore del minore fino a quando costui non raggiunga la maggiore età ovvero

---

legittimamente in nome e per conto del *principal* (v. FAVA Pasquale, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, 166).

<sup>288</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 271

<sup>289</sup> *Dyer v. Dyer* (1788); *Vandervell v. I.R.C.* (1967); *Shephard v. Cartwright* (1955).

<sup>290</sup> *Diwell v. Farnes* (1959); *Wray v. Steele* (1814).

<sup>291</sup> *Re Sharpe* (1980); *Aveling v. Knipe* (1815).

<sup>292</sup> Per stretti congiunti devono intendersi i figli, il coniuge o il convivente.

<sup>293</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 272.

<sup>294</sup> *Bennet v. Bennet* (1879).

<sup>295</sup> Administration of Estates Act 1925, *section 33*; Intestates' Estates Act 1952; Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996.

<sup>296</sup> Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996.

che, in caso di alienazione fatta congiuntamente a un minore e a un soggetto capace, quest'ultimo sia *trustee* per il primo<sup>297</sup>.

Ancora il giudice, in virtù della legge<sup>298</sup>, può costituire in *trust* i beni di chi non è in grado di attendere ai propri affari a causa di una malattia mentale<sup>299</sup>.

Altre rilevanti applicazioni dello *statutory trust* riguardano il diritto di famiglia: gli accordi interfamiliari, sulla base dei quali i redditi derivanti da un immobile sono destinati al pagamento di una rendita o altra somma periodica, producono l'effetto di costituire tale immobile in un *trust* diretto al soddisfacimento di tali finalità<sup>300</sup>; l'acquisto della casa familiare con denaro di entrambi i coniugi importa, qualora solo uno di essi risulti intestatario, la costituzione su tale casa di uno *statutory trust* nell'ambito del quale il coniuge intestatario assume la posizione di *trustee*<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup> Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996.

<sup>298</sup> Mental Health Act 1983, *section* 95-96.

<sup>299</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 30 ss.

<sup>300</sup> Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996.

<sup>301</sup> Matrimonial Proceeding and Property Act 1970.

### 3. 4. Partizione dei trusts sotto il profilo finalistico: *charitable trusts, trusts of imperfect obligations, purpose trusts benefiting persons*

Come anticipato precedentemente, i *trusts* possono essere classificati sotto il profilo finalistico, cioè in base a un criterio funzionale o teleologico, a seconda che il loro scopo consista nel beneficiare una o più persone, fisiche o giuridiche, ovvero nel promuovere determinate finalità pubbliche. Alla stregua di tale criterio si delinea la distinzione tra *private trusts*, destinati a beneficiare persone determinate o determinabili, e *public* o *charitable trusts*, rivolti al perseguimento di un *purpose*, cioè di uno scopo, definibile come *charitable*<sup>302</sup>.

Tale schematizzazione non contempla i *purpose trusts* o *trusts* di scopo, diretti al perseguimento di qualsiasi scopo rivesta interesse meramente privato<sup>303</sup>, i quali costituiscono figure giuridiche di carattere eccezionale. Infatti il diritto inglese non ammette, in linea di principio, i *purpose trusts* e pertanto ne commina, salvo eccezioni, la nullità, in quanto tali *trusts* violano il *beneficiary principle*, dal momento che non prevedono beneficiari e quindi non consentono di individuare alcun soggetto legittimato ad agire contro il *trustee* in caso di inadempimento<sup>304</sup>.

Al contrario la mancanza di beneficiari non costituisce un impedimento alla validità dei *charitable trusts*, i quali potranno essere fatti valere dall'*Attorney General*<sup>305</sup>, esponente dell'interesse collettivo all'osservanza degli obblighi assunti dai *trustees*<sup>306</sup>.

In generale i *public* o *charitable trusts* possono definirsi come quei *trusts* che, in virtù della promozione di un *charitable purpose*, arrecano un beneficio alla collettività o

---

<sup>302</sup> RIDDALL J. G., *The Law of Trusts*, cit., 16.

<sup>303</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 255.

<sup>304</sup> LUPOI Maurizio, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, CEDAM, Padova, 2011, 151; Id., *Trusts*, cit., 206.

<sup>305</sup> Tale figura, priva di corrispondenza nell'ordinamento italiano, è caratteristica del sistema costituzionale britannico e non va confusa con quella del procuratore generale o del pubblico ministero, ufficio inesistente nell'ordinamento inglese. L'*Attorney General* rappresenta in giudizio gli interessi della Corona e svolge le funzioni di *prosecutor*, cioè di promotore dell'azione penale, nei processi di particolare importanza (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 361).

<sup>306</sup> RIDDALL J. G., *The Law of Trusts*, cit., 24; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 298.

ad una parte cospicua della stessa, anziché a persone ben determinate o a particolari classi di persone, come invece i *private trusts*<sup>307</sup>.

Per indagare ulteriormente la natura dei *charitable trusts*, occorre preliminarmente chiarire cosa debba intendersi per *charitable* e a quali condizioni uno scopo possa assumere tale qualificazione.

Per un amplissimo periodo, e precisamente fino alla promulgazione nel 2006 del *Charities Act*, la *statute law*, cioè la legge scritta, non si curò, salvo rari casi, di determinare quali scopi rilevassero come *charitable*; se ne incaricò allora il *case law*, cioè la giurisprudenza, che, sulla base di una lista di *charitable purposes* contenuta nel preambolo dello *Statute of Charitable Uses 1601*<sup>308</sup>, elaborò un catalogo di scopi classificabili come *charitable*. Tale catalogo, essendo di formazione giurisprudenziale, mal si predisponne ad assumere una configurazione definitiva e pertanto necessitava di essere desunto dal complesso delle decisioni giudiziarie riguardanti lo *status, charitable* o meno, dei singoli *trusts*<sup>309</sup>.

Al fine di chiarificare quali scopi rivelassero come *charitable*, nel 1891 in *Income Tax Commissioners v. Pemsel* Lord Macnaghten elaborò un catalogo dei *charitable purposes*, che costituisce tuttora un fondamentale riferimento normativo in materia. Egli infatti enucleò tre specifiche categorie di *charitable purposes*, ovverosia il soccorso alla povertà, il progresso dell'istruzione e la promozione della religione, seguite da una quarta categoria, residuale e ricomprensiva degli *other purposes beneficial to the community not falling under any of the preceding heads*<sup>310</sup>.

*Prima facie* questa quarta categoria sembra fungere da clausola generale, in virtù della quale assumerebbe natura *charitable* qualsiasi *trust* avente uno scopo di utilità pubblica o collettiva; tuttavia le successive sentenze hanno stabilito che gli scopi

---

<sup>307</sup> GARDNER Simon, *An introduction to the law of trust*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 90; BANCONE Vincenzo, *Trust ed enti non commerciali: profili comparativi e potenziali applicazioni*, Maggioli Editore, Rimini, 2009, 81.

<sup>308</sup> In base al preambolo di tale *Statute* devono considerarsi *charitable*: il soccorso dei vecchi e dei poveri; il soccorso di soldati e di marinai invalidi e mutilati; la fondazione e il sovvenzionamento di scuole e il mantenimento di giovani agli studi superiori; la riparazione di ponti, porti, rade, moli, strade, chiese; l'educazione e la cura di orfani; la fondazione e il sovvenzionamento di case di correzione; il favorire il matrimonio di ragazze povere; il sostegno e l'aiuto di giovani commercianti e artigiani e di persone decadute; il soccorso o la redenzione di carcerati o prigionieri; l'aiuto o il sollievo di contribuenti poveri in ordine al pagamento delle tasse. Nonostante lo *Statute of Charitable Uses* sia stato definitivamente abrogato dal *Charities Act 1960*, il suo preambolo ha esercitato e continua tuttora ad esercitare una notevole influenza sui giudici al fine di determinare quali scopi rilevino come *charitable* (v. BANCONE, *Trusts ed enti non commerciali*, cit., 88).

<sup>309</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 91.

<sup>310</sup> Cioè gli altri scopi benefici alla comunità che non ricadono sotto alcuna delle precedenti categorie.

esulanti dalle prime tre categorie sono *charitable* soltanto se analoghi a quelli riconosciuti come tali da una precedente sentenza<sup>311</sup> ovvero se ricompresi, o analoghi a quelli ricompresi, entro un catalogo di *charitable purposes* posto dalla legge<sup>312</sup>, quale quello contenuto nel preambolo dello *Statute of Charitable Uses 1601*<sup>313</sup>.

Attualmente il *Charities Act 2006* enuclea, alla *section 2* della Parte prima, un elenco di scopi classificabili come *charitable*, e precisamente: la prevenzione o il soccorso alla povertà; il progresso dell'istruzione; la promozione della religione; il progresso della salute o la salvezza delle vite umane; il progresso della cittadinanza o lo sviluppo della comunità; il progresso dell'arte, della cultura, del patrimonio nazionale o della scienza; la promozione dello sport amatoriale; la promozione dei diritti umani, della risoluzione dei conflitti o della riconciliazione, nonché la promozione dell'armonia o dell'uguaglianza tra le religioni e le razze; la promozione della tutela o del miglioramento dell'ambiente; il soccorso a coloro i quali sono in condizioni di bisogno a causa di qualsiasi disagio, come la cattiva salute o la disabilità; il progresso del benessere degli animali; la promozione dell'efficienza delle forze armate, della polizia, dei pompieri, dei servizi di soccorso o dei servizi di ambulanza.

Tale lista, che ricomprende, oltre alle prime tre categorie elaborate da Lord Macnaghten, anche altre categorie di *charitable purposes*, non è tuttavia tassativa: infatti lo stesso *Act* prevede, sempre alla *section 2* della Parte prima, che debbano essere considerati come *charitable* anche altri scopi.

Innanzitutto continuano ad essere *charitable* tutti quegli scopi classificabili come tali alla stregua del diritto vigente sulle *charities*; pertanto il *Charities Act 2006*, nella misura in cui riconosce tali scopi, non abroga il diritto preesistente in materia e implicitamente fa salva la quarta categoria residuale elaborata da Lord Macnaghten.

In secondo luogo assume natura *charitable* qualsiasi altro scopo possa ragionevolmente essere considerato analogo a un *charitable purpose*; ne segue che il *Charities Act 2006* non ostacola l'individuazione di nuovi *charitable purposes*, purché essi siano analoghi ad un altro già riconosciuto come tale.

In definitiva il *Charities Act 2006* non apporta innovazioni sostanziali al catalogo dei *charitable purposes*, ma si limita a riordinarlo e contribuisce inoltre,

---

<sup>311</sup> *Re South Place Ethical Society* (1980).

<sup>312</sup> *Re Macduff* (1896).

<sup>313</sup> GARDNER Simon, *An introduction to the law of trusts*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 91; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 257.

sebbene solo parzialmente, a chiarificare la quarta categoria residuale elaborata da Lord Macnaghten, attraverso la previsione di nuove categorie specifiche, ben nove, che costituiscono altrettanti esempi di *purposes* benefici alla comunità.

Tuttavia, affinché uno scopo possa definirsi *charitable*, non è sufficiente che esso sia contemplato, direttamente o indirettamente, dal *Charities Act* 2006, ma è anche necessario che l'attuazione di tale scopo apporti un *public benefit*, cioè un vantaggio per la società o per una parte cospicua della stessa. Di conseguenza l'effettiva sussistenza di un *charitable purpose* andrà verificata caso per caso: si parla a tal proposito di *public benefit test*, la cui natura, come vedremo, varia a seconda della categoria di *charitable purpose* presa in considerazione<sup>314</sup>.

Infine, in virtù della *section* 1 della Parte prima del *Charities Act* 2006, un *trust*, per ottenere la qualifica di *charitable*, deve essere costituito “*for charitable purposes only*”, cioè esclusivamente per fini *charitable*: a tal proposito si dice che il *trust* deve essere *wholly or exclusively charitable*<sup>315</sup>. Ne segue che non possono essere ricompresi nel novero dei *charitable trusts* quei *trusts* che perseguono, in aggiunta ai *charitable purposes*, altri scopi non classificabili come *charitable*.

In Inghilterra e Galles l'amministrazione e la gestione dei *charitable trusts* sono sottoposte alla vigilanza e al controllo della *Charity Commission*, organo di nomina governativa ma non dipendente da alcun ministero, al quale compete, tra l'altro, di stabilire se un *trust* assuma o meno la qualifica di *charitable*, rispettivamente accordandogli o rifiutandogli la registrazione<sup>316</sup>. Comunque il titolare dell'azione per inadempimento avverso il *trustee* rimane l'*Attorney General*, che ha la responsabilità di far valere il *charitable trust* in nome della Corona<sup>317</sup> e quale rappresentante del *beneficial interest*<sup>318</sup>. È necessario che l'*Attorney General* faccia rispettare e osservare le condizioni del *charitable trust*, perché nessun soggetto di diritto privato può vantare un *equitable interest* sulla *trust property*<sup>319</sup>.

Passiamo ora ad esaminare più dettagliatamente le categorie di *charitable purposes* riconosciute dal vigente diritto sulle *charities*.

---

<sup>314</sup> LUPOI Maurizio, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, CEDAM, Padova, 2011, 152 s.; BANCONE Vincenzo, *Trust ed enti non commerciali*, Maggioli, Rimini, 2009, 97.

<sup>315</sup> MOFFAT, *Trusts Law: Text and Materials*, cit., 903.

<sup>316</sup> LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 151 s.; BANCONE, *Trusts ed enti non commerciali*, cit., 97.

<sup>317</sup> *Gaudiya Mission v. Brahmachary* (1998).

<sup>318</sup> *Weth v. A-G* (1999).

<sup>319</sup> VIRGO, *The principles of Equity and Trusts*, cit., 168.

Quanto alla categoria degli altri scopi benefici alla comunità, essa è alquanto difficoltosa da definire, dal momento che non esiste una lista comprensiva di tali scopi; indi per cui, al fine di stabilire se un determinato scopo possa essere ricompreso in quest'ultima categoria e di conseguenza considerato *charitable*, occorre assumere come parametro di riferimento il vigente diritto sulle *charities*, onde verificare se lo scopo in questione sia da esso contemplato, direttamente o indirettamente, cioè in seguito ad un processo d'interpretazione analogica<sup>320</sup>.

A titolo esemplificativo, è stato definito *charitable* un *trust* istituito per fornire al pubblico l'accesso gratis a internet<sup>321</sup>, dal momento che è stata riscontrata un'analogia tra l'*information highway*, cioè il flusso veloce di informazioni realizzato da internet, e la riparazione delle *highways*, cioè delle strade, considerata *charitable* ai sensi del preambolo dello *Statute of Charitable Uses 1601*. L'analogia tra l'*information highway* e la riparazione delle *highways* è stata sostenuta adducendo che entrambe tali finalità consentono di realizzare un miglioramento delle comunicazioni.

Nel 1972 in *Council of Law Reporting for England and Wales v. A-G Russell L. J.*, riesumando l'idea che la quarta categoria elaborata da Lord Macnaghten possa fungere da clausola generale, affermò che, ogniqualvolta un determinato *purpose* possa apportare soltanto un beneficio alla comunità, esso assume natura *charitable*, salvo che ricorrano giusti motivi al contrario.

È comunque certo che non rientrano in questa categoria gli scopi politici e pertanto un *trust* che persegue un obiettivo politico non può definirsi *charitable*<sup>322</sup>. Un *trust* è considerato politico se propugna od osteggia un cambiamento nella politica o nelle singole decisioni di un dato governo, sia interno che estero, ovvero se sostiene o contrasta un partito politico<sup>323</sup>. A titolo esemplificativo, mentre un *trust* per alleviare la sofferenza e il dolore tra i prigionieri politici viene considerato *charitable*, non assume

---

<sup>320</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 91; comunque si deve segnalare che alcuni autori hanno tentato di determinare più concretamente i confini della categoria in esame, elencando gli scopi ad essa riconducibili, e precisamente: la promozione delle opere pubbliche; la protezione delle vite o dei beni della comunità; la conservazione dell'ordine pubblico; la cura, l'educazione e lo sviluppo di bambini e giovani; lo sgravio delle imposte in favore della comunità; l'incremento del benessere delle famiglie; il soccorso agli anziani e agli infermi; la promozione dell'industria e del commercio; l'assistenza ai detenuti; la promozione del divertimento pubblico; la promozione del progresso morale o mentale della comunità; infine, ma soltanto nella misura in cui ciò promuove il progresso morale della comunità, la protezione o il beneficio degli animali (v. MAURICE S. G., PARKER D. B., *Tudor on Charities*, Sweet & Maxwell, London, 1984, 90 ss.).

<sup>321</sup> *Vancouver Regional Freenet Association v. Minister of National Revenue* (1996).

<sup>322</sup> *Bowman v. Secular Society Ltd.* (1917); *National Anti-Vivisection Society v. IRC* (1948).

<sup>323</sup> *McGovern v. A-G* (1982).

la stessa qualifica un *trust* che si prefissa lo stesso obiettivo allo specifico scopo di indurre il governo che ha condannato tali soggetti a concedere loro la grazia, ad abrogare le leggi istitutive dei reati commessi da costoro o comunque ad applicare loro un regime penale più favorevole<sup>324</sup>.

Quanto alla prevenzione o al soccorso alla povertà, occorre sottolineare che essa non va intesa come indigenza<sup>325</sup> e pertanto, anche se il *trust* non arreca alcun beneficio ai più poveri, può comunque essere considerato *charitable*<sup>326</sup>.

Quanto alla promozione della religione, in passato si esigeva che essa fosse monoteista, mentre attualmente, in forza della *section 2* della Parte prima del *Charities Act 2006*, la nozione di religione ricomprende anche le religioni politeiste e quelle che, come il buddhismo, non implicano la credenza in alcun dio.

Come sopra detto, un *trust*, per potersi definire *charitable*, non solo deve perseguire uno scopo classificabile come tale, ma deve anche, per mezzo dell'attuazione di questo scopo, arrecare un *public benefit*, cioè un beneficio al pubblico. Esistono delle regole, le quali variano a seconda del tipo di *charitable purpose* preso in considerazione, volte a determinare quanto tale beneficio debba essere ampio affinché il *trust* possa essere considerato *charitable*.

La nozione di *public benefit* sembra essere molto rigorosa per la categoria degli altri scopi benefici alla comunità: in tal caso i benefici derivanti dal *trust* devono essere accessibili a chiunque desideri approfittarne. Ciò però non significa che i servizi o le agevolazioni offerti dal *trust* debbano essere utili a tutti nello stesso modo: per esempio un *trust* costituito per fornire un campo da gioco pubblico arreca un beneficio alla collettività e quindi è *charitable*, nonostante molte persone non apprezzino i passatempi sportivi.

Inoltre non è nemmeno necessario che i benefici siano disponibili a tutti, purché la restrizione sia fondata su quel particolare bisogno che lo scopo del *trust* è diretto a soddisfare: di conseguenza un *trust* costituito per fornire un campo da gioco per bambini è *charitable*, nonostante gli adulti non possano usufruirne. In altre parole è necessario, a pena del mancato riconoscimento della qualifica di *charitable*, che chiunque possa voler usufruire dei servizi o delle agevolazioni offerti dal *trust* non sia escluso a causa di limitazioni non inerenti allo scopo dello stesso. Così, per esempio, un

---

<sup>324</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 92 s.

<sup>325</sup> *Re Coulthurst* (1951).

<sup>326</sup> *Re De Carteret* (1933).

trust che offre servizi sociali e ricreativi specificamente ai Metodisti residenti a West Ham e Leyton non è *charitable*<sup>327</sup>, perché i Metodisti non hanno alcun particolare bisogno di tali servizi e i non Metodisti, i quali potrebbero volerne profittare tanto quanto i Metodisti, ne rimangono ingiustificatamente esclusi<sup>328</sup>.

Quanto alla promozione della religione, è ovvio che i benefici derivanti da un *charitable trust* avente ad oggetto tale scopo, anche nel caso in cui siano in linea di principio aperti a tutti, si restringono in concreto a coloro i quali abbiano una propensione religiosa. I *charitable trusts* diretti a promuovere la religione provvedono infatti alla particolare vocazione di tali persone e quindi, sotto questo profilo, sono analoghi ai *trusts* che forniscono campi da gioco appositi per i bambini<sup>329</sup>.

Comunque i *trusts* costituiti per promuovere la religione devono beneficiare una parte, se non cospicua, quanto meno sufficiente della collettività. A tale stregua è stata negata natura *charitable* a un *trust* costituito in favore di un ordine contemplativo di suore, le quali vivevano in rigoroso ritiro senza lasciare mai il convento, dal momento che esse, non vivendo in società, non erano in grado di apportare alcun beneficio al pubblico<sup>330</sup>. Al contrario è stata riconosciuta natura *charitable* a *trusts* costituiti a favore di ordini religiosi, i cui membri, seppur ristretti nel numero, svolgevano una parte attiva nella comunità, arrecandole per ciò stesso beneficio<sup>331</sup>.

La regola per i *charitable trusts* diretti al progresso dell'istruzione è meno rigorosa, per cui sono ammesse, entro una certa misura, anche restrizioni non inerenti allo scopo. Di conseguenza i benefici possono essere validamente ristretti a una classe di persone più ristretta di coloro i quali sono capaci e desiderosi di approfittarne: sono stati così qualificati come *charitable* i *trusts* che offrono borse di studio agli scolari, individuandoli attraverso il riferimento a ogni sorta di particolare qualità, come ad esempio la religione o la nazionalità.

Ma non tutte le restrizioni non inerenti allo scopo sono tollerate: tali sono quelle che richiedono, ai fini dell'ammissione ai benefici, la condizione di membro di una certa famiglia<sup>332</sup> o l'occupazione presso un certo datore di lavoro<sup>333</sup>. Tale regola, nota

---

<sup>327</sup> *IRC v. Baddeley* (1955).

<sup>328</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 93 s.

<sup>329</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 94.

<sup>330</sup> *Gilmour v. Coats* (1949).

<sup>331</sup> *Neville Estates Ltd. v. Madden* (1962); *Society of the Precious Blood* (1995).

<sup>332</sup> *Re Compton* (1945).

<sup>333</sup> *Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co. Ltd.* (1951).

come *nexus rule*, ove *nexus* significa connessione, risponde alla *ratio* di impedire che i *trusts* diretti a promuovere l'istruzione nell'ambito di una certa famiglia o realtà aziendale godano del trattamento fiscale di favore che lo Stato riserva ai *charitable trusts*<sup>334</sup>.

In ordine al soccorso ai poveri, il requisito del *public benefit* non sembra nemmeno sussistere. In altre parole è ammessa qualsiasi restrizione, anche non inerente allo scopo, senza alcuna discriminazione simile a quella dettata dalla *nexus rule* nel campo dell'istruzione<sup>335</sup>. Così anche i *trusts* per alleviare la povertà tra i membri di una particolare famiglia<sup>336</sup> o tra gli impiegati di una certa azienda<sup>337</sup> si qualificerebbero come *charitable*.

Come sopra detto, alla stregua del *beneficiary principle* i *purpose trusts*, costituiti per uno scopo non *charitable*, sono generalmente nulli, in quanto privi di beneficiari e quindi di qualcuno che possa pretenderne l'adempimento dal *trustee*<sup>338</sup>. Alla stregua di tale principio la giurisprudenza ha considerato nulli numerosi *trusts*, come quelli finalizzati a favorire le buone relazioni tra le Nazioni e a preservare l'indipendenza della stampa<sup>339</sup> ovvero diretti a prevenire la vivisezione<sup>340</sup> ovvero ancora rivolti a promuovere la sostituzione dell'attuale alfabeto inglese con un alfabeto composto da quaranta lettere<sup>341</sup>.

Tale principio soffre tuttavia di alcune eccezioni, tutte poste dal *case law*, cioè dalla giurisprudenza: vari precedenti infatti hanno affermato la validità di *trusts* costituiti per uno scopo non qualificabile come *charitable*, malgrado nessuno potesse pretenderne l'adempimento.

Proprio a causa dell'incoercibilità dell'obbligo gravante sul *trustee*, tali *trusts* sono detti *trusts of imperfect obligations*: essi costituiscono fattispecie eccezionali e prive di coerenza sistematica, che, in quanto tali, abbisognano di essere interpretate restrittivamente<sup>342</sup>. A tal proposito ricordiamo i *trusts* costituiti per curare la

---

<sup>334</sup> GARDNER, *An introduction to the law of the trusts*, cit., 95.

<sup>335</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 95.

<sup>336</sup> *Re Scarisbrick* (1951).

<sup>337</sup> *Dingle v. Turner* (1972).

<sup>338</sup> *Leahy v. A-G for New South Wales* (1959): "A trust may be created for the benefit of persons but not for a purpose or object unless the purpose or object be charitable. For a purpose or object cannot sue, but if it be charitable the Attorney General can sue and enforce it."

<sup>339</sup> *Re Astor's Settlement Trusts* (1952).

<sup>340</sup> *National Anti-Vivisection Society v. I.R.C.* (1948).

<sup>341</sup> *Re Shaw* (1957).

<sup>342</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 207.

manutenzione di una tomba<sup>343</sup>, per la celebrazione di messe<sup>344</sup>, per curare il mantenimento di singoli animali<sup>345</sup>, per la promozione della caccia alla volpe<sup>346</sup>.

Occorre ora prendere in considerazione i *purpose trusts directly or indirectly benefiting persons*, ovverosia i *purpose trusts* che beneficiano direttamente o indirettamente una o più persone. Tali sono i *trusts* dai quali traggono beneficio un certo numero di soggetti, i quali non possono tuttavia definirsi beneficiari in senso tecnico, dal momento che non sono investiti di un *equitable interest* sulla *trust property*. Nondimeno questi *trusts* vengono riconosciuti come validi in quanto, essendo idonei ad attribuire ai soggetti che ne beneficiano il diritto di agire contro il *trustee* per l'adempimento del *trust*, non violano il *beneficiary principle*<sup>347</sup>.

Fondamentale precedente in materia è *Re Denley*, risalente al 1969: in tal caso fu stabilito che se il beneficio, derivante in capo a singole persone dall'esecuzione di un *purpose trust*, è tanto indiretto o intangibile o comunque è congegnato in modo da non conferire a quelle persone alcun *locus standi* per far valere il *trust*, viene violato il *beneficiary principle* e pertanto il *purpose trust* è nullo.

Al contrario, laddove il *trust*, sebbene formulato come un *purpose trust*, vada direttamente o indirettamente a beneficio di una o più persone, esso di norma non viola il *beneficiary principle*, dal momento che tali persone potranno agire in giudizio per far valere il *trust*. In tal caso verrà in essere un *purpose trust directly or indirectly benefiting persons* o, più semplicemente, un *purpose trust benefiting persons*.

L'ambito applicativo del *beneficiary principle* si restringe così ai *purpose trusts* astratti o impersonali, come quelli diretti a promuovere gli interessi del Partito Laburista o ad abolire la vivisezione.

Nel caso summenzionato venne ritenuto valido un *trust inter vivos* costituito al fine di destinare un terreno a campo sportivo per il beneficio dei dipendenti di una certa società. A questi ultimi venne infatti riconosciuto il *locus standi* di ricorrere alla Corte, affinché questa ordinasse ai *trustees* di accordare loro l'uso del terreno ovvero reprimesse qualsiasi uso scorretto o disposizione impropria dello stesso<sup>348</sup>.

---

<sup>343</sup> *Trimmer v. Danby* (1856); *Pirbright v. Salwey* (1896); *Re Hooper* (1932).

<sup>344</sup> *Bourne v. Keane* (1919).

<sup>345</sup> *Pettingall v. Pettingall* (1842).

<sup>346</sup> *Re Thompson* (1934).

<sup>347</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 51; LUPOLI, *Trusts*, cit., 207 s.

<sup>348</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 52.

A titolo esemplificativo è stato riconosciuto come valido, anche alla luce del *favor* della legislazione fiscale verso i fondi di manutenzione per gli edifici storici, il *purpose trust* che il *settlor* costituisce allo scopo di curare la manutenzione di un edificio storico occupato dalla propria famiglia, la quale ottiene in tal modo un beneficio, seppur indiretto, consistente<sup>349</sup>.

A partire dal precedente *Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd.*, risalente al 1970<sup>350</sup>, si è sviluppato il principio secondo cui, qualora Tizio trasferisca a Caio del denaro a titolo di mutuo, allo specifico scopo di permettergli di pagare un debito verso Sempronio, sulla somma mutuata viene in essere un *purpose trust* in favore di Sempronio, che potrà, come del resto anche Tizio, reprimere qualunque *breach of trust* da parte di Caio e far valere il *trust*. Tuttavia, se il *purpose trust* diventa impossibile da eseguire, per esempio a causa dell'insolvenza di Caio, viene automaticamente in essere a favore di Tizio un *resulting trust* accessorio, avente ad oggetto la somma che egli stesso ha mutuato a Caio. Nell'ipotesi fisiologica in cui il *purpose trust* venga eseguito e dunque si risolva, rimane semplicemente il rapporto tra creditore e debitore, cioè tra Tizio e Caio, non ricorrendo alcuna occasione per il costituirsi del *resulting trust* accessorio<sup>351</sup>.

Sono stati altresì considerati validi i *purpose trusts* costituiti al fine di provvedere al mantenimento e al sostentamento di due signore addolorate, in quanto defraudate del patrimonio del loro defunto padre ovvero allo scopo di pagare le spese funerarie di coloro che hanno perso la vita in un terribile incidente e di prendersi cura di coloro che a causa di quell'incidente sono rimasti invalidi. In ciascuno di questi due casi è stata sancita la creazione di un *resulting trust* sul denaro in eccedenza a beneficio di coloro i quali avevano sottoscritto i fondi<sup>352</sup>.

Dall'analisi di tali precedenti giurisprudenziali si può ricavare che, nei *purpose trusts benefiting persons*, il *settlor* mantiene sui beni oggetto del *trust* un *equitable interest* sospensivamente condizionato, il quale diviene concreto ed attuale nel momento in cui il *purpose trust* si risolve per esaurimento dello scopo o per impossibilità

---

<sup>349</sup> *Raikes v. Lygon* (1988).

<sup>350</sup> Sono analoghi *Re Australian Elizabethan Theatre Trust* (1991); *Re EVTR* (1987).

<sup>351</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 52.

<sup>352</sup> HAYTON D. J., *The Law of Trusts*, cit., 53.

sopravvenuta. Proprio in questo momento sui beni oggetto del *purpose trust* si costituisce un *resulting trust* a favore del *settlor*<sup>353</sup>.

Si deve comunque tener conto che, secondo una certa dottrina inglese<sup>354</sup>, i *trusts for purposes benefiting persons* sarebbero idonei ad attribuire in capo alle persone che ne traggono beneficio un *equitable interest* incondizionato sulla *trust property*, senza alcuna necessità che quest'ultima sia effettivamente impiegata per perseguire lo scopo oggetto del *trust*. In questa prospettiva il riferimento allo scopo che il *settlor* effettua nell'atto costitutivo del *trust* verrebbe declassato da clausola giuridicamente vincolante a mero motivo per cui il *settlor* ha effettuato la disposizione.

L'adesione alla posizione dottrinale appena esposta importa quale conseguenza il venir meno di qualsiasi linea distintiva tra i *purpose trusts benefiting persons* e i *private trusts*, dal momento che a entrambi verrebbe riconosciuta la capacità di attribuire un *equitable interest* ai soggetti che ne traggono beneficio.

Tale dottrina fonda le sue conclusioni su un esiguo numero di precedenti giudiziari, qui di seguito riportati.

Nel 1896 in *Re Bowes* un testatore aveva lasciato ai *trustees* 5.000 sterline su un *trust* ai sensi del quale tale somma doveva essere impiegata per piantare alberi in una certa tenuta. Sebbene l'impianto degli alberi fosse materialmente possibile, i proprietari della tenuta vi si opposero, sostenendo che sarebbe stato più opportuno destinare ad altri impieghi il terreno oggetto dell'impianto e spendere per altre finalità il denaro oggetto del *trust*. Costoro inoltre agirono in giudizio per ottenere le 5.000 sterline, malgrado dal linguaggio usato dal testatore sembrava indubbio che costui aveva costituito il *trust* allo scopo di piantare gli alberi nella tenuta, anziché per beneficiare *absolutely*, cioè senza condizioni, i proprietari della medesima. Nondimeno la Corte accordò a questi ultimi tale somma, in quanto ritenne che le direttive circa l'impianto degli alberi costituissero il mero motivo per cui il testatore aveva attribuito ai proprietari della tenuta un *equitable interest* sul denaro oggetto del *trust* e che pertanto esse non fossero giuridicamente vincolanti.

Tale precedente, tra l'altro assai risalente, è rimasto isolato e costituisce evidentemente il frutto di una svista giudiziaria.

---

<sup>353</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 209.

<sup>354</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 46.

In *Re Abbott Fund Trusts*, caso giudiziario risalente al 1900 e quindi di poco successivo a quello summenzionato, venne ripristinata la consueta regola secondo cui i *purpose trusts benefiting persons* non sono idonei ad attribuire a coloro i quali ne traggono beneficio un *equitable interest* sulla *trust property*.

Nel caso di specie due sorelle, sordomute e piuttosto anziane, rimasero prive di mezzi di sostentamento, indi per cui gli amici sottoscrissero un fondo per provvedere al loro mantenimento. Poiché alla morte di entrambe le donne sul fondo v'era ancora del denaro, sorse il problema di stabilirne la sorte.

L'adesione al precedente stabilito dalla Corte in *Re Bowes* condurrebbe a sostenere che le due signore vantavano un *equitable interest* incondizionato sul denaro presente sul fondo e che di conseguenza esso, alla loro morte, sarebbe dovuto rientrare nelle loro masse ereditarie. D'altra parte, se i donanti avevano effettivamente prestato le loro sottoscrizioni per un *purpose trust*, finalizzato esclusivamente al mantenimento delle due donne e destinato a risolversi alla morte delle medesime, il denaro rimanente, a rigore, avrebbe dovuto essere restituito ai donanti, proporzionalmente all'importo che ciascuno di costoro aveva conferito nel fondo, in virtù di un *resulting trust* automatico.

Nella fattispecie la Corte prestò adesione alla seconda delle soluzioni appena prospettate e pertanto confermò la consueta regola secondo cui i *purpose trusts benefiting persons* non sono capaci di attribuire a coloro che ne traggono beneficio un *equitable interest* sulla *trust property*.

Il precedente *Re Abbott Fund Trusts* è spesso contrapposto a *Re Andrew's Trust*, precedente risalente al 1905. Anche in quest'ultimo caso alcuni donanti sottoscrissero un fondo, stavolta al fine di provvedere all'istruzione dei sette figli di un defunto pastore evangelico. Quando questi ultimi terminarono l'istruzione obbligatoria, sul fondo v'era ancora del denaro: indi per cui si pose di nuovo la questione se costoro vantassero un *equitable interest* incondizionato sul denaro presente nel fondo, di modo che avrebbero dovuto ricevere anche la restante parte di esso, ovvero se quel denaro fosse strettamente destinato alla loro istruzione, cosicché l'eccedenza avrebbe dovuto essere restituita ai donanti. Stavolta la Corte derogò la consueta regola e pertanto ritenne che i figli del pastore evangelico vantassero un *equitable interest* sul denaro rimasto sul fondo.

Tuttavia tale precedente non è rimasto completamente isolato, bensì ha trovato applicazione nel 1979 in *Re Osoba*.

In tal caso la Corte ha tra l'altro affermato che il motivo per cui in *Re Abbott Fund Trusts* non era stato riconosciuto alcun *equitable interest* alle due donne sarebbe da rinvenire nel fatto che esse, allorquando era in corso la relativa causa, erano decedute; viceversa in *Re Andrew's Trust* era stato possibile accordare un *equitable interest* ai figli del pastore evangelico, poiché costoro, allorquando era in corso la relativa causa, erano in vita.

La Corte ha così enucleato un criterio in virtù del quale la capacità del *purpose trust benefiting persons* di attribuire un *equitable interest* a coloro che ne traggono beneficio viene a dipendere dall'esistenza in vita di questi ultimi all'epoca in cui è in corso la relativa causa. Tale criterio si mostra però irragionevole e inappropriato, in quanto non permette di discernere a quale soluzione applicativa si debba ricorrere nel caso in cui, per esempio, i beneficiari, in vita al momento del giudizio di primo grado, muoiano durante il giudizio di appello.

Si deve pertanto concludere che il *purpose trust benefiting persons* non è mai idoneo ad attribuire un *equitable interest* ai soggetti cui arreca beneficio; viceversa tale diritto compete al *settlor* ogniqualvolta un *trust* del genere si risolve: in tale circostanza sulla *trust property* si costituisce infatti un *resulting trust*. Comunque il *purpose trust benefiting persons*, nella misura cui vale ad attribuire ai soggetti che ne traggono beneficio il diritto di agire in giudizio per ottenere l'adempimento del *trust*, deve ritenersi valido, in quanto non viola il *beneficiary principle*<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 208 s.

### 3. 5. Una riflessione comparatistica sul *trust*

Al fine di ricostruire la natura e l'essenza del *trust*, può essere utile raffrontarlo con altre figure giuridiche, in modo da mettere in luce le caratteristiche che lo differenziano da esse e che pertanto rappresentano i suoi tratti distintivi.

In tale prospettiva possono essere presi in considerazione determinati *equitable arrangements*<sup>356</sup>, i quali, pur avendo in comune con i *trusts* la presenza di una persona soggetta ad un obbligo relativo a una determinata *property*, non sono classificabili come tali.

Si prenda ad esempio un *restrictive covenant*<sup>357</sup> con il quale il proprietario di un *land*, cioè di un immobile, si impegna a non costruire più su di esso e di conseguenza assume un'obbligazione *equitable* relativa a tale bene e precisamente al modo in cui servirsene. Egli, sebbene sia soggetto a un *restrictive covenant*, rimane tuttavia portatore di un interesse personale sull'immobile, del quale mantiene del resto, esclusa la capacità di costruire, la piena facoltà di godimento. Di conseguenza, se egli lo vende, trattiene per sé i proventi ottenuti dalla vendita.

Per converso, nell'ipotesi in cui sia costituito un *trust*, se il *trustee* vende la *trust property*, non può trattenere per sé i proventi ottenuti dalla vendita, che infatti diverranno a loro volta oggetto del *trust*.

È pertanto possibile distinguere i *trusts* dai *restrictive covenants*, sulla base della circostanza che il *trustee* non può avere alcun interesse personale sulla *property* oggetto del *trust*. Ne segue che uno dei tratti distintivi del *trust* risiede nel fatto che il *trustee* non può avere alcun interesse personale sulla *trust property*<sup>358</sup>.

Va però segnalato che la giurisprudenza ha posto in dubbio tale tratto distintivo, qualificando come *trusts* anche situazioni giuridiche analoghe a quelle scaturenti da un *restrictive covenant*, nelle quali il proprietario di un immobile, sebbene sia soggetto a

---

<sup>356</sup> Cioè accordi riconosciuti e tutelati dall'*equity*.

<sup>357</sup> Il *restrictive covenant* si ravvisa ogniqualvolta il proprietario di un certo immobile effettua la promessa vincolante di non porre in essere determinate condotte giuridicamente rilevanti rispetto a tale bene. Il promissario diviene in tal modo titolare di un *equitable right*, opponibile a chiunque venga successivamente ad acquistare l'immobile gravato dal *restrictive covenant*, a meno che costui sia un *bona fide purchaser for value without notice*. Spesso i *restrictive covenants* si configurano come clausole apposte ai contratti di compravendita immobiliare e dirette ad evitare che l'acquirente faccia un determinato uso dell'immobile trasferitogli. (v. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, cit., 157; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 75).

<sup>358</sup> GARDNER Simon, *An introduction to the law of trusts*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 8.

un'obbligazione relativa a tale bene, resta comunque portatore di un interesse personale su di esso.

A titolo esemplificativo, Caio acquista un immobile e al contempo si impegna a onorare un contratto che il venditore ha stipulato con Tizio consentendo a quest'ultimo di fare un determinato uso di tale bene. Le Corti hanno affermato che Caio, acquirente e perciò nuovo proprietario dell'immobile, ne diviene *trustee*, seppur con il solo obbligo di permettere l'uso in questione<sup>359</sup>.

Analogamente, se l'acquirente di un teatro si impegna ad onorare il contratto con il quale il suo dante causa ha consentito ad una società di catering di allestire un punto ristoro nell'atrio, egli assumerà per ciò stesso la veste di *trustee*, sebbene sia gravato dal solo obbligo precedentemente incombente sull'originario proprietario.

In entrambe le ipotesi summenzionate è evidente che l'obbligo incombente sull'acquirente non esclude né fa venir meno il suo interesse personale sulla *property*: di conseguenza, se egli rivende l'immobile, può certamente trattenere per sé il ricavato della vendita.

Pertanto, se davvero si ritiene che in tali ipotesi l'obbligazione gravante sull'acquirente sia indice univoco della costituzione di un *trust*, allora non è più possibile sostenere che l'assenza nel *trustee* di un interesse personale sulla *trust property* rappresenti un tratto distintivo del *trust*, e verrebbe così a smarrirsi la linea distintiva che separa quest'ultimo da quelle figure giuridiche che impongono al proprietario di un immobile un'obbligazione relativa a tale bene, come quella di servirsene in una certa maniera ovvero di concedere ad altri di occuparlo o di farne un determinato uso.

È tuttavia possibile far salva tale linea distintiva, alla luce della disamina di alcuni precedenti giurisprudenziali di seguito riportati<sup>360</sup>.

In *Binions v. Evans* i proprietari di una tenuta avevano stipulato con un'anziana signora un contratto, ai sensi del quale le avevano consentito di occupare un casolare sito su di essa. Quando costoro vendettero il fondo gli acquirenti, che si impegnarono ad onorare il diritto della donna, obbligandosi perciò a consentirle l'occupazione del casolare, erano, secondo la ricostruzione di Lord Denning, gravati da quest'obbligo in forza di un *constructive trust*.

---

<sup>359</sup> *Binions v. Evans* (1972); *Lys v. Prowsa Developments Ltd.* (1982); *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd.* (1979); *Ashburn Anstalt v. Arnold* (1989).

<sup>360</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 9.

Successivamente le Corti affermarono, in senso ancor più ampio, che il semplice fatto di stipulare un contratto che conferisce a un certo soggetto il diritto di occupare un immobile è di per sé idoneo a generare in favore di costui di un *constructive trust*, opponibile sia all'originario proprietario che ai successivi acquirenti<sup>361</sup>.

Per la precisione in entrambi questi casi il diritto di occupare l'immobile scaturiva da una *contractual licence*, rapporto entro il quale il proprietario immobiliare concedente è detto *licensor* e il concessionario *licensee*. La Corte ha dunque ritenuto la stipulazione di una *contractual licence* intrinsecamente idonea a costituire un *constructive trust* in favore del *licensee*.

Tale *trust*, come del resto tutti i *trusts*, attribuisce al beneficiario un diritto *in rem*: ne deriva l'importante conseguenza che il *licensee* può opporre il suo diritto a ogni successivo acquirente dell'immobile, fatta eccezione per il *bona fide purchaser for value without notice*<sup>362</sup>.

Comunque il *constructive trust* in questione presenta vistose peculiarità, che non sembrano affatto riconducibili al *trust* propriamente inteso.

Innanzitutto le obbligazioni del *trustee*, cioè del *licensor*, sembrano coincidere perfettamente, senza la benché minima variazione, con quelle scaturenti dalla *contractual licence*, in quanto consistono essenzialmente nel consentire al *licensee* l'occupazione dell'immobile.

In secondo luogo il *licensor*, a differenza di un normale *trustee*, mantiene un interesse personale sull'immobile oggetto della *contractual licence*: se egli lo vende, può trattenere per sé i proventi.

A ben vedere la *contractual licence* produce effetti maggiormente assimilabili a quelli del *restrictive covenant* che a quelli del *trust*. Si ravvisano infatti diverse analogie, più o meno rilevanti, tra i primi due istituti<sup>363</sup>.

In primo luogo sia il *restrictive covenant* che la *contractual licence* sono idonei ad attribuire un diritto *in rem* al soggetto in favore del quale sono costituiti. Anche il *restrictive covenant* infatti, nella misura in cui importa per il proprietario di un immobile l'obbligazione di non costruire su di esso, attribuisce al promissario un correlativo diritto *in rem*, opponibile a ogni successivo acquirente, fuorché al *bona fide purchaser for value without notice*.

---

<sup>361</sup> *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets LBC* (1976).

<sup>362</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 242 s.

<sup>363</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 243.

Inoltre come nel *restrictive covenant*, così nella *contractual licence*, sebbene si ravvisi un'obbligazione insistente su un dato immobile, rispettivamente il promissario e il concessionario hanno diritto soltanto alla prestazione oggetto dello specifico obbligo assunto dal proprietario e non vantano alcun diritto più ampio su tale bene.

Infine sia nella *contractual licence* che nel *restrictive covenant* il proprietario dell'immobile mantiene un interesse personale su tale bene e pertanto, se lo vende, può certamente trattenere per sé i proventi dell'affare.

Proprio quest'ultima analogia si rivela decisiva al fine di distinguere il *trust* dalla *contractual licence*: infatti la circostanza che il proprietario dell'immobile mantenga un interesse personale su tale bene, come legittima la distinzione tra *restrictive covenant* e *trust*, del pari induce a ritenere che la *contractual licence* sia inidonea a costituire un *trust*, caratterizzato al contrario dalla mancanza nel *trustee* di un interesse personale sulla *trust property*, e che quindi il *trust* che si asserisce scaturire da essa non sia un vero e proprio *trust*. Così il medesimo criterio, fondato sulla mancanza o meno nel soggetto obbligato di un interesse personale sui beni oggetto dell'obbligazione, permette di porre una linea distintiva tra i *trusts* e quelle figure giuridiche, come i *restrictive covenants* e le *contractual licences*, che impongono al proprietario di un immobile un'obbligazione relativa a tale bene<sup>364</sup>.

Nondimeno in giurisprudenza si registra un orientamento volto a riconoscere a determinati tipi di *contractual licence* la capacità di costituire un *constructive trust* in favore del *licensee*, che potrà perciò far valere il suo diritto anche nei confronti dei terzi acquirenti.

Al fine di comprendere le ragioni che hanno determinato la formazione di tale orientamento giurisprudenziale, occorre considerare che la House of Lords, in alcuni precedenti più o meno risalenti, ha stabilito che la *contractual licence* non vale ad attribuire un diritto *in rem* al *licensee*, ma, essendo un semplice contratto, può conferire a quest'ultimo soltanto un diritto personale, come tale inefficace contro i terzi acquirenti<sup>365</sup>. Di conseguenza le Corti, intenzionate ad accordare tutela reale al diritto del *licensee*, hanno incontrato in tali precedenti un serio ostacolo: esse allora, allo scopo di aggirarlo, hanno stabilito che dalla stipulazione di una *contractual licence* scaturisce sempre un *constructive trust*, idoneo ad attribuire al beneficiario *licensee* un diritto *in*

---

<sup>364</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 243.

<sup>365</sup> *King v. David Allen & Sons Billposting Ltd.* (1916); *National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth* (1965).

*rem*. Tale orientamento giurisprudenziale, pur contrastante con l'indirizzo della House of Lords, è giustificabile, in quanto risponde alla più che comprensibile esigenza di proteggere l'interesse del *licensee* ad occupare stabilmente l'immobile concessogli, in particolar modo qualora egli l'abbia adibito a propria abitazione<sup>366</sup>.

In conclusione, il *trust* dà luogo a un rapporto giuridico entro il quale una determinata *property* è attribuita a uno o più *trustees*, i quali, oltre ad essere gravati dall'obbligazione *equitable* di servirsene in una certa maniera, non sono portatori di alcun interesse personale su di essa<sup>367</sup>.

È stato erroneamente sostenuto che sia comune alle numerose tipologie di *trusts* il rapporto trilaterale, che si instaura tra *settlor*, *trustee* e beneficiario<sup>368</sup>. A tale affermazione si può infatti agevolmente replicare che nei *constructive*, *resulting* e *statutory trusts* viene a mancare la figura del *settlor*, dal momento che la fonte di tali tipologie di *trusts* non può rinvenirsi in una manifestazione, espressa o implicita, di volontà<sup>369</sup>. Di conseguenza, la struttura trilaterale del rapporto interesserebbe, per comune ammissione<sup>370</sup>, soltanto i *trusts express* e *implied*, ove è dato indubbiamente riscontare la figura del *settlor*.

Quanto agli *express trusts*, la possibilità di riscontare alla loro base un rapporto trilaterale deve essere ristretta agli *express private trusts*, dal momento che i *public* o *charitable trusts*, pur beneficiando la collettività o una parte cospicua della stessa, non prevedono beneficiari in senso tecnico.

Vi è però chi<sup>371</sup> ritiene che anche gli *express private trusts* non diano luogo ad un rapporto trilaterale, dal momento che il *settlor*, una volta costituito il *trust*, perde ogni rilievo giuridico, dal momento che il *trustee* è pienamente autonomo nell'espletamento dell'incarico fiduciario, pur nell'ambito delle direttive che lo stesso *settlor* gli ha impartito.

La dottrina italiana che per prima ha affrontato la tematica del *trust* lo ha definito come un rapporto fiduciario, derivante alternativamente dalla volontà privata o

---

<sup>366</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 244.

<sup>367</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 9.

<sup>368</sup> SALVATORE, *Il trust: profili di diritto internazionale e comparato*, cit., 9.

<sup>369</sup> STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 377.

<sup>370</sup> ADDUCCI Edoardo, *I patti parasociali: disciplina, giurisprudenza e clausole*, HALLEY Editrice, Macerata, 2007, 269; BALDINI Gianni, *Il mandato: profili operativi, inadempienze e risarcimento danni*, HALLEY Editrice, Macerata, 2006, 168 s.; GIANNELLI Gianvito, *I trusts in Manuale di diritto commerciale internazionale*, a cura di U. Patroni Griffi, Giuffrè, Milano, 2012, 214.

<sup>371</sup> FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, cit., 189.

dalla legge, in virtù del quale il *trustee* o fiduciario, che vanta su determinati beni il *legal estate*, cioè la proprietà formale, è tenuto, per effetto dell'*equitable estate*, cioè della proprietà sostanziale, di cui non è titolare, a custodirli e amministrarli o comunque a servirsene per il vantaggio di uno o più beneficiari, tra i quali può anche essere compreso, ovvero per il perseguimento di uno scopo<sup>372</sup>.

La definizione appena esposta ha, oltre al pregio di sottolineare la possibilità di includere il *trustee* tra i beneficiari, il merito principale di ricomprendere in sé tutte le tipologie di *trusts*, sia sotto il profilo genealogico, che sotto il profilo finalistico.

Sotto il primo profilo, è evidente che tale definizione, nella misura in cui precisa che il *trust* può scaturire alternativamente dalla volontà privata o dalla legge, allude tanto agli *express* e *implied trusts*, i quali vengono in essere in virtù di una manifestazione, espressa o implicita, della volontà del *settlor* o disponente, quanto ai *resulting*, *constructive* e *statutory trusts*, i quali sono costituiti in forza di legge, dovendosi intendere per “legge” non semplicemente la *statute law*, cioè la legge scritta, ma in senso più ampio il diritto oggettivo, comprensivo dunque anche del *case law*, cioè del diritto giurisprudenziale.

Sotto il secondo il profilo, la stessa definizione, nella misura in cui chiarifica che il *trustee* potrà essere obbligato ad amministrare i beni trasmessigli per il vantaggio di uno o più beneficiari ovvero per il perseguimento di uno scopo, è capace di ricomprendere in sé sia i *private trusts*, costituiti per il beneficio di una o più persone, fisiche o giuridiche, che i *public* o *charitable trusts*, costituiti per il perseguimento di uno scopo, e precisamente di uno scopo classificabile come *charitable*.

Altri autori nostrani hanno definito il *trust* come uno schema negoziale risultante dalla giustapposizione di un rapporto obbligatorio, entro il quale il *settlor* incarica il *trustee* di amministrare determinati beni a favore di uno o più beneficiari, e di un atto traslativo, in virtù del quale il *settlor* trasferisce gli stessi beni al *trustee*<sup>373</sup>, ovvero più semplicemente come il rapporto in cui il *settlor* conferisce al *trustee* il *legal estate* su uno o più beni, affinché costui li amministri a favore di uno o più beneficiari determinati dallo stesso *settlor*, i quali acquistano un *equitable* o *beneficial interest*<sup>374</sup>.

Tali definizioni non sono però in grado di fornire una descrizione esauriente del fenomeno dei *trusts*, dal momento che, configurando il *settlor* come parte necessaria del

---

<sup>372</sup> FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel diritto inglese*, cit., 138.

<sup>373</sup> BERNARDI Paolo, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Tipografia del Libro, Pavia, 1957, 70.

<sup>374</sup> SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., 980.

rapporto, omettono indebitamente di considerare i *resulting*, i *constructive* e gli *statutory trusts*, nei quali tale figura è assente.

Quanto alla dottrina americana<sup>375</sup>, essa definisce il *trust* come una relazione fiduciaria volontariamente costituita e avente ad oggetto uno o più beni, in virtù della quale il *legal title*<sup>376</sup> su tali beni spetta al *trustee*, mentre i benefici derivanti dalla proprietà degli stessi, e quindi in pratica la *beneficial ownership*, competono al beneficiario.

In tale prospettiva il *trust* viene in essere allorché un soggetto separa gli oneri e i benefici derivanti da uno o più beni di sua proprietà e li conferisce a persone distinte: egli precisamente attribuirà il *legal title* al *trustee* e l'*equitable title*<sup>377</sup> al beneficiario; ne segue che il *legal title* e l'*equitable title* costituiranno i due poli necessari della relazione fiduciaria. Entro tale relazione il *trustee* sarà gravato dagli obblighi previsti dalle condizioni dell'atto costitutivo del *trust* e dal diritto oggettivo regolante i *trusts*, mentre il beneficiario godrà esclusivamente dei benefici, eventualmente ridotti, seppur in minima parte, dal compenso per l'attività di gestione eventualmente svolta dal *trustee*.

La costituzione di un *trust* impone quindi in capo al *trustee* specifici obblighi fiduciari per il beneficio, e dunque nell'interesse, del beneficiario: tali obblighi costituiscono "*the life-blood*", cioè l'essenza, della relazione fiduciaria in cui consiste il *trust*.

Tale descrizione, sebbene molto accurata e aderente alla realtà dell'istituto, reca la colpa, nella misura in cui configura la relazione fiduciaria tra *trustee* e beneficiario come volontariamente costituita, di omettere i *constructive*, i *resulting* e gli *statutory trusts*, i quali sono costituiti *ope legis*, a prescindere dalla volontà delle parti interessate. Anche la definizione contenuta nel *Restatement*<sup>378</sup> sconta lo stesso difetto, poiché si limita ad affermare che il *trust* viene in essere laddove ricorra una manifestazione, espressa o implicita, della volontà di costituirlo.

In conclusione è errato definire il *trust* come un rapporto giuridico entro il quale il *settlor* trasferisce una determinata *property* a uno o più *trustees*, ordinando loro di amministrarla a vantaggio di uno o più beneficiari da egli stesso individuati, dal

---

<sup>375</sup> MENNELL Robert L., *Wills and trusts*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979, 178, 181.

<sup>376</sup> Cioè il diritto riconosciuto dalla *common law*.

<sup>377</sup> Cioè il diritto riconosciuto dall'*equity*.

<sup>378</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second: Trusts 2d.*, St. Paul, Minnesota, 1959, par. 2.

momento che non tutti questi elementi sono coesenziali a tale istituto. Infatti il *trust*, come visto sopra, può sorgere su basi diverse da una manifestazione di volontà, espressa o implicita, promanante dal *settlor* e non deve necessariamente essere costituito a beneficio di una persona, sia essa fisica o giuridica, potendo anche essere diretto, a determinate condizioni, al perseguimento di uno scopo.

In definitiva è possibile definire il *trust* come un rapporto giuridico, costituito in virtù di una manifestazione, espressa o implicita, di volontà ovvero in forza della presenza di altre situazioni giuridicamente rilevanti, entro il quale una determinata *property* è attribuita a uno o più *trustees*, soggetti all'obbligazione *equitable* di servirsene in una determinata maniera<sup>379</sup>.

Comunque, al fine di ricostruire più completamente la natura e l'essenza del *trust*, non si può prescindere dal fatto che tale istituto rappresenta un prodotto peculiare del tipico dualismo tra *common law* ed *equity*.

Quest'ultimo dato è assai rilevante, dal momento che il *trust* riflette nella sua struttura tale dicotomia delle fonti: esso è infatti caratterizzato dalla compresenza sullo stesso bene di due distinti e concorrenti diritti di proprietà, uno riconosciuto dalla *common law* e l'altro dall'*equity*<sup>380</sup>. Il *trust* permette infatti di scindere la proprietà di un bene in due posizioni soggettive attive profondamente differenti e precisamente di realizzare lo sdoppiamento, in ordine a uno o più beni determinati, del diritto di proprietà originario in due nuovi diritti di proprietà: a tal riguardo si parla di sdoppiamento della proprietà o di *split ownership*, cioè di proprietà divisa<sup>381</sup>.

Tale sdoppiamento, anche indicato come *fragmentation of ownership*, cioè frammentazione della proprietà<sup>382</sup>, si concreta dissociando le due facoltà che costituiscono il normale contenuto del diritto di proprietà, ovverosia la facoltà di disposizione e la facoltà di godimento, ed attribuendo, almeno tendenzialmente, la prima al *trustee* e la seconda al beneficiario. Il *trustee* diviene così titolare del diritto di proprietà formale o esteriore, denominato *legal estate* o *trust ownership*, mentre il beneficiario diviene titolare del diritto di proprietà sostanziale, denominato *equitable*

---

<sup>379</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 5 s.

<sup>380</sup> CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato*, cit., 151.

<sup>381</sup> SALVATORE, *Il trust: profili di diritto internazionale e comparato*, cit., 9 s., 14; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 33.

<sup>382</sup> LAWSON F. H., RUDDEN B., *The Law of Property*, Oxford University Press, 1982, 76 ss.

*estate* o *beneficial ownership*<sup>383</sup>. In altre parole al *trustee* spetta la proprietà fiduciaria e al beneficiario la proprietà economica<sup>384</sup>.

A nulla vale l'obiezione di coloro i quali, negando che si realizzi uno sdoppiamento della proprietà, ritengono che nel *trust* si verifichi più semplicemente la compresenza di due diversi diritti reali, analoga alla coesistenza della nuda proprietà e dell'usufrutto per i Paesi di *civil law*<sup>385</sup>. Infatti tale compresenza non rappresenta altro che l'inequivocabile risultato dello sdoppiamento dell'originario diritto di proprietà.

Più radicalmente autorevole dottrina<sup>386</sup> ha negato la coesistenza di due diversi diritti reali sulla *trust property*, affermando al contrario che il beneficiario è semplicemente titolare dal lato attivo di una speciale obbligazione *propter rem* di natura *equitable*, che impone al *trustee*, pieno proprietario secondo la *common law* di un determinato bene, di attribuire tutti gli utili che da tale bene derivano al beneficiario stesso.

Eppure, nonostante tali obiezioni, sembra opportuno tener fermo il carattere dello sdoppiamento, che, nella misura in cui costituisce tratto distintivo esclusivo del *trust*, funge da criterio che permette di distinguerlo da altri istituti, che solo in apparenza sono analoghi ad esso<sup>387</sup>.

A titolo esemplificativo il criterio dello sdoppiamento consente di distinguere il *trust* dal *bailment*, contratto reale nel quale un soggetto, detto *bailor*, consegna una *personal property* ad un altro, detto *bailee*, affinché costui, dopo averne fatto un determinato uso, gliela restituisca. Il *trust* si differenzia infatti dal *bailment* proprio perché in quest'ultimo non si realizza sdoppiamento alcuno, dal momento che il diritto di proprietà rimane in capo al *bailor*.

Lo stesso criterio dello sdoppiamento permette di operare una distinzione tra il *trust* e l'*agency*, la quale ultima è definita dai *common lawyers* come una relazione fiduciaria entro la quale a un certo soggetto, detto *agent*, viene conferita, espressamente o implicitamente, la legittimazione ad agire in nome e per conto di un altro, detto

---

<sup>383</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 33 s., 80.

<sup>384</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 550.

<sup>385</sup> CASSONI Giuseppe, *Il "Trust" anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento in Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 754 s.; DIAMOND Aubrey L., *The trust in english law in Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, 289 ss.

<sup>386</sup> LUPOI Maurizio, *Trust e sistema italiano: problemi e prospettive in Fiducia, trust, mandato ed agency*, Giuffrè, Milano, 1991, 106.

<sup>387</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 127 ss.

*principal*<sup>388</sup>. Dal momento che è caratteristica del *trust* la presenza di un soggetto, cioè del *trustee*, obbligato ad amministrare dei beni a beneficio di un altro, tutte le volte che l'*agent* è tenuto ad amministrare i beni del *principal*, potrebbe facilmente ingenerarsi una confusione tra il *trust* e l'*agency*, poiché in entrambi si riscontrerebbe un soggetto che amministra dei beni per il vantaggio di un altro. Si potrà comunque agevolmente distinguere tra *trust* e *agency* alla stregua del criterio dello sdoppiamento: mentre il *trustee*, al pari del beneficiario, può vantare un diritto di proprietà sui beni amministrati, l'*agent* avrà il mero possesso degli stessi, la cui proprietà appartiene in linea esclusiva al *principal*<sup>389</sup>.

Ad un livello più generale, e senza la necessità di ricorrere al criterio dello sdoppiamento, è possibile distinguere il *trust* dal *contract*<sup>390</sup>.

Innanzitutto il *trust* differisce dal *contract* sotto il profilo strutturale, nella misura in cui non presuppone un accordo tra le parti, ma viene in essere, se *express* o *implied*, in virtù di una manifestazione unilaterale di volontà, rispettivamente espressa o implicita, proveniente dal *settlor*, ovvero, se *constructive*, *resulting* e *statutory*, in forza di una norma del diritto oggettivo.

Eppure tale distinzione è posta in forte dubbio da coloro<sup>391</sup> i quali ritengono che l'accordo sia solo un elemento eventuale, e non necessario, del *contract*, dal momento che non sarebbe possibile rinvenirlo negli *unilateral contracts*, ove l'oblato non rende alcuna dichiarazione al proponente, ma manifesta la volontà di concludere il contratto semplicemente dando esecuzione alla prestazione richiesta da costui, cosicché l'accettazione viene incorporata nell'adempimento dell'atto voluto dall'offerente e quindi non abbisogna di essergli comunicata<sup>392</sup>.

Non si può inoltre tralasciare l'opinione di chi<sup>393</sup> accomuna il *trust* al *contract* adducendo la possibilità di rinvenire un accordo anche alla base del rapporto tra *settlor* e *trustee*. Tale dottrina mina da se stessa le fondamenta della propria tesi nel momento in cui ammette l'insussistenza di un accordo tra il *settlor* e il *trustee* ogniqualvolta il *settlor* costituisca il *trust* attraverso il proprio testamento ovvero mediante una

---

<sup>388</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 68.

<sup>389</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 132 s.

<sup>390</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 263.

<sup>391</sup> MARCHETTI Carlo, *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Giappichelli, Torino, 2012, 9.

<sup>392</sup> FAVA, *Il contratto*, cit., 174.

<sup>393</sup> LANGBEIN J. H., *The contractarian basis of the law of trusts in Yale Law Journal*, 105, 1995, 625 ss.

dichiarazione unilaterale, detta *declaration of trust*, con la quale assume l'incarico di *trustee* in relazione a determinati beni di sua proprietà.

Comunque un'indubbia distinzione tra il *trust* e il *contract* può essere tracciata sotto il profilo causale e precisamente sulla base del requisito della *consideration*<sup>394</sup>. Come è noto il *contract* esige, allo scopo di acquisire vincolatività giuridica, che l'*agreement*, cioè l'accordo, sia diretto a realizzare uno scambio di prestazioni tra le parti e che pertanto a ciascuna prestazione corrisponda una *consideration*<sup>395</sup>; viceversa il *settlor* è in grado di trasferire la *trust property* a titolo gratuito, in quanto non è necessario che alla sua prestazione patrimoniale corrisponda una *consideration*. Ne segue che mentre la *consideration* costituisce un elemento essenziale del *contract*, il *trust* non necessita di alcuna *consideration* per il *settlor* e per ciò stesso non può essere qualificato come *contract*.

Altra implicazione che ne deriva è che il *trust* può essere istituito a fini di liberalità, come del resto avviene nella generalità dei casi, ove il *settlor* trasferisce la *trust property* a titolo gratuito<sup>396</sup>.

Infine tali due istituti differiscono profondamente sotto il profilo effettuale, dal momento che, mentre il *contract* è fonte di diritti *in personam*, esigibili esclusivamente verso le parti del rapporto contrattuale e dunque inopponibili ai terzi, il *trust* attribuisce ai beneficiari un diritto tutelabile *erga omnes*, tranne che nei confronti del *bona fide purchaser for value without notice*<sup>397</sup>.

Proprio in virtù di quest'ultima caratteristica, e cioè del fatto che al beneficiario è accordata una tutela non solo obbligatoria, ma anche reale, e dunque assoluta, il *trust* anglosassone differisce profondamente dal modello romanistico di negozio fiduciario, entro il quale il fiduciante dispone di una tutela meramente obbligatoria e perciò auspica la realizzazione dello scopo pratico avuto di mira dal leale comportamento del fiduciario piuttosto che dai rigorosi mezzi di coazione legale.

---

<sup>394</sup> UNDERHILL A., HAYTON D. J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Butterworths, London, 1995, 7 s.

<sup>395</sup> Con tale termine si indica un requisito di esistenza e di validità del *contract*, analogo alla causa, ma non coincidente con essa. Precisamente la *consideration* vale a dare un contenuto di onerosità al *contract* e per tal motivo coincide con la controprestazione, ma non con il corrispettivo contrattuale in senso oggettivo, giacché non si esige l'equivalenza economica tra le due prestazioni oggetto del *contract*. A titolo esemplificativo, nel contratto di vendita il prezzo costituisce la *consideration* per il venditore e la cosa la *consideration* per il compratore (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 520, 541).

<sup>396</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 69; GIANNELLI, *I trusts*, cit., 214; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 379 ss.

<sup>397</sup> HAYTON D. J., *The law of trusts*, cit., 69.

Alla luce di tale riflessione è possibile concludere che il *trust*, nella misura in cui viene tutelato in modo assoluto dall'ordinamento, non ha titolo per essere qualificato come fiducia in senso tecnico<sup>398</sup> e rappresenta quindi un modello di fiducia debole o affievolita.

---

<sup>398</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 552 s.

## CAPITOLO 4: LA PROPRIETÀ FIDUCIARIA

### 4. 1. Gli obblighi connessi all'ufficio del *trustee*

Occorre in tale sede analizzare gli obblighi generalmente gravanti sui *trustees* e quindi coessenziali al loro ufficio, onde ricostruire i contenuti e i limiti della proprietà fiduciaria di cui tali soggetti sono investiti.

In primo luogo, i *trustees*, per il fatto stesso di accettare l'incarico offerto loro dal *settlor*, assumono fundamentalmente l'obbligo di curare gli interessi dei beneficiari e dunque di agire nell'interesse di costoro<sup>1</sup>.

Da tale generalissimo obbligo discende anzitutto l'obbligo di evitare eventuali situazioni di conflitto di interessi con i beneficiari<sup>2</sup>.

Al riguardo le Corti<sup>3</sup> hanno stabilito che costituisce un principio generale il divieto, imposto a chiunque debba adempiere le funzioni di *trustee*, di assumere impegni nei quali egli abbia, o possa avere, un interesse personale configgente, o suscettibile di configgere, con gli interessi facenti capo ai beneficiari. Qualora il *trustee* venga nondimeno a trovarsi in una situazione di conflitto di interessi con questi ultimi, egli, per poter essere sollevato da qualsiasi responsabilità, dovrà dimostrare di aver agito in buona fede e di non aver arrecato alcun pregiudizio alla *trust property*<sup>4</sup>.

Tale prova è irrilevante qualora il *trustee* abbia acquistato per sé i beni oggetto del *trust*: in tal caso infatti, in forza della *self dealing rule*, il contratto è annullabile, su istanza dei beneficiari, anche se da esso non è derivato alcun danno alla *trust property*, come quando il bene è stato acquistato a un prezzo corrispondente a quello di mercato, e il *trustee* ha agito in buona fede.

Si configura così la *disability*, cioè l'incapacità, del *trustee* di rendersi acquirente dei beni oggetto del *trust*<sup>5</sup>; ovviamente egli non potrà aggirare tale divieto avvalendosi di un procuratore che agisca per suo conto<sup>6</sup>.

Tuttavia autorevole dottrina inglese<sup>7</sup> ammette che un tale contratto possa essere tenuto fermo in determinate ipotesi, e precisamente quando il beneficiario ha ad esso

---

<sup>1</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 340.

<sup>2</sup> CORSO Elena, *Trustee e gestione dei beni in trust*, Giuffrè, Milano, 2000, 72.

<sup>3</sup> *Aberdeen Rly. Co. v. Blaikie* (1854).

<sup>4</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, 73.

<sup>5</sup> BARTOLI Saverio, *Il trust*, Giuffrè, Milano, 2001, 210.

<sup>6</sup> *Silkstone and Haigh Moore Coal Co. v. Edey* (1900).

<sup>7</sup> UNDERHILL A., HAYTON D. J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Butterworths, London, 1995, 647.

acconsentito, quando il *trustee* lo ha concluso in virtù di un potere attribuitogli, anche in via implicita, dal *trust instrument*, quando una Corte competente ha rilasciato apposita autorizzazione per la sua conclusione, quando il trasferimento del bene è stato determinato dall'esercizio di un'opzione stipulata anteriormente alla costituzione del *trust* ovvero ancora quando ricorrono delle non meglio precisate circostanze *very exceptional*, cioè veramente eccezionali.

Al *trustee* è fatto altresì divieto di acquistare o accettare in garanzia l'*equitable interest* di uno o più beneficiari: in tal caso, in forza della *fair dealing rule*, il negozio sarà parimenti annullabile, a meno che il *trustee* riesca a dimostrare di non aver abusato della propria posizione, di aver pienamente informato i beneficiari e di aver concluso un contratto equo<sup>8</sup>.

Infine l'obbligo di evitare il conflitto di interessi con i beneficiari importa quale ulteriore conseguenza che al *trustee* è fatto divieto di svolgere attività concorrenziali con quelle svolte come *trustee* e di stipulare negozi relativi al *trust fund* con terzi cui egli è legato da rapporti personali o economici: in quest'ultimo caso il negozio sarà annullabile, ma senza pregiudizio per il terzo acquirente a titolo oneroso e di buona fede<sup>9</sup>.

In presenza di una pluralità di beneficiari, l'obbligo di evitare situazioni di conflitto di interessi si concretizza nell'obbligo di agire imparzialmente e nel miglior interesse di tutti costoro, senza favorirne uno o alcuni a scapito degli altri<sup>10</sup>.

Si ricollega al generalissimo obbligo di agire nell'interesse dei beneficiari anche il divieto imposto al *trustee* di trarre un profitto personale dal *trust fund* e di sottrarre ai beneficiari qualunque utilità di loro pertinenza. Tale divieto è sanzionato costituendo a carico del *trustee* un *constructive trust* avente ad oggetto i vantaggi patrimoniali indebitamente conseguiti ovvero l'utilità ingiustamente sottratta ai beneficiari<sup>11</sup>.

Secondo le Corti<sup>12</sup>, la *ratio* del divieto appena esposto, nonché dell'obbligo di evitare il conflitto di interessi con i beneficiari deve essere individuata nell'esigenza di contrastare il pericolo, ricorrente in tutte le circostanze nelle quali venga costituita una

---

<sup>8</sup> *Tito v. Waddell (No.2)* (1977); GALLARATI Alberto, *Il trust come organizzazione complessa*, Giuffrè, Milano, 2010, 59; BARTOLI, *Il trust*, cit., 210.

<sup>9</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 211.

<sup>10</sup> *Lloyds Bank p.l.c. v. Duker* (1987); BAKER, LANGAN, *Snell's Equity*, cit., 226; RAMJOHN Mohamed, *Text, cases and materials on equity and trusts*, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire, 2008, 463.

<sup>11</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 340 s.; BARTOLI, *Il trust*, cit., 211.

<sup>12</sup> *Bray v. Ford* (1896).

relazione fiduciaria quale il *trust*, che il soggetto titolare della posizione fiduciaria, cioè il *trustee*, sia mosso dal proprio interesse personale piuttosto che dall'osservanza degli obblighi assunti, e arrechi così pregiudizio ai soggetti nell'interesse dei quali egli si era obbligato ad agire.

Altro obbligo coesenziale all'ufficio di *trustee*, e più precisamente preliminare all'assunzione di tale ufficio, impone a colui il quale sia stato designato dal *settlor* di palesare, prima dell'accettazione dell'incarico, l'esistenza di qualsiasi circostanza, anche riferibile alle sue condizioni personali, che possa indurlo ad esercitare slealmente i poteri discrezionali connessi all'incarico stesso<sup>13</sup>.

Al fine di ricostruire ulteriormente il concreto contenuto delle obbligazioni gravanti sui *trustees*, occorre assumere quale parametro di riferimento i termini e le condizioni fissati dal *settlor* nell'atto costitutivo del *trust*: è infatti obbligo generale dei *trustees* osservare gli obblighi stabiliti nel *trust instrument*. I *trustees* devono quindi attenersi alle direttive contenute nell'atto costitutivo, se lecite e oggettivamente praticabili, a meno che tali direttive vengano modificate con il consenso unanime di tutti i beneficiari<sup>14</sup>.

In tale prospettiva è stato affermato che il *trustee* è tenuto a compiere tutti gli atti il cui compimento sia obbligatorio ai sensi del *trust instrument*, che egli può compiere lecitamente qualsiasi atto il cui compimento sia dallo stesso autorizzato e infine che egli deve astenersi dal compiere qualsiasi atto il cui compimento sia dallo stesso espressamente vietato<sup>15</sup>.

Comunque il dovere del *trustee* di attenersi alle direttive impartitegli dal *settlor* viene meno qualora esse siano dettate da finalità contrarie alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume ovvero la loro realizzazione sia oggettivamente impossibile. In quest'ultimo senso si pensi all'obbligo imposto al *trustee* di procedere immediatamente alla vendita di un certo bene: se non si riesce a trovare alcun acquirente, l'obbligo in questione sarà insuscettibile di esecuzione<sup>16</sup>.

Il *trustee* potrà inoltre legittimamente discostarsi dal *trust instrument* se e nei limiti in cui ciò gli sia consentito dal medesimo ovvero, come sopra anticipato, da tutti i

---

<sup>13</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 207; PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, cit., 356 ss.; UNDERHILL, HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, cit., 465 s.

<sup>14</sup> UNDERHILL, HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, cit., 468; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 342; CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 59.

<sup>15</sup> MAITLAND Frederic William, *L'equità*, a cura di Anna Rosa Borzelli, Giuffrè, Milano, 1979, 121.

<sup>16</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 62.

beneficiari all'unanimità, purché costoro siano maggiorenni e capaci, ovvero ancora, quale *extrema ratio*, dalla Corte.

Quest'ultima possibilità, inizialmente configurata in sede giurisprudenziale<sup>17</sup>, è stata espressamente recepita dal legislatore nella *section 57* del *Trustee Act 1925*, secondo cui la Corte potrà autorizzare il *trustee* a compiere un determinato atto, qualora ciò appaia utile per le sorti del *trust*, nonostante il *trust instrument* non ne preveda lo specifico potere. In concreto la Corte rilascerà tale autorizzazione con un apposito provvedimento, diretto a determinare le concrete modalità di esercizio del potere e revocabile o modificabile in ogni tempo<sup>18</sup>.

Se il *trustee*, in mancanza dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, si discosta dalle istruzioni contenute nel *trust instrument*, sarà onerato di dimostrare in giudizio di aver compiuto un atto necessario e utile per le sorti del *trust*<sup>19</sup> e precisamente, ai sensi della *section 61* del *Trustee Act 1925*, di aver agito onestamente e ragionevolmente. Fornita tale prova, il cui esito positivo dipende da una mera valutazione di fatto, la Corte potrà esonerare il *trustee*, in quanto meritevole di scusa, da ogni responsabilità<sup>20</sup>.

Occorre precisare che qualsiasi obbligo imposto dal *trust instrument* al *trustee* si traduce in un potere cosiddetto obbligatorio, che cioè non lascia a costui alcun margine per valutare l'opportunità di esercitarlo o meno. Il *trustee* potrà al limite determinare le modalità di esecuzione di tale potere, se e nei limiti in cui a ciò non abbia già provveduto il *settlor* nel *trust instrument*. I poteri obbligatori sono contrapposti dalla dottrina ai poteri cosiddetti discrezionali, i quali rimettono ai *trustees* la valutazione dell'opportunità di esercitarli o meno<sup>21</sup>.

Oltre ai poteri espressamente attribuitigli dal *settlor* nel *trust instrument*, il *trustee* sarà investito dei poteri conferitigli dalla legge ovvero, su richiesta, dall'autorità giudiziaria, sebbene attualmente si registri la tendenza, nella redazione degli atti costitutivi di *trust*, a contemplare poteri ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o accordabili dai giudici.

---

<sup>17</sup> *Re New* (1901).

<sup>18</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 208; FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 367 ss.

<sup>19</sup> UNDERHILL, HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, cit., 469.

<sup>20</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 544, 560.

<sup>21</sup> UNDERHILL, HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, cit., 465 ss.; CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 63.

Ad ogni modo si ritiene che il *trustee* abbia una serie di poteri impliciti, detti *inherent powers*, i quali sono intrinsecamente connessi con il suo ufficio e possono dedursi dal tenore generale del *trust instrument* o dalle finalità proprie del *trust* che egli è chiamato ad eseguire. Gli *inherent powers* sono stati riconosciuti dall'*Uniform Trustees' Powers Act* 1964, adottato in alcuni Stati federati degli Stati Uniti, il quale prevede che i poteri espressi di cui gode il *trustee* non possono privarlo del potere di compiere tutti quegli atti che un *prudent man* porrebbe in essere in ragione degli scopi del *trust*<sup>22</sup>.

Passando ad analizzare gli obblighi concretamente gravanti sui *trustees*, iniziamo da quello in forza del quale essi devono trasferire, entro il termine specificato dal *settlor*, i beni oggetto della *trust property* ai beneficiari<sup>23</sup>.

Tale termine non deve oltrepassare la durata del *perpetuity period*, che può coincidere, a scelta dello stesso *settlor*, con un periodo di tempo non superiore a ottanta anni dalla costituzione del *trust* ovvero con un periodo di tempo che, calcolato con riferimento a una persona già esistente al momento della costituzione del *trust*, si compone della durata della vita di costei e di un termine non superiore a ventuno anni dalla sua morte.

Questa regola, detta *rule against perpetuities* e applicabile esclusivamente ai *private trusts*, comporta che entro il suddetto *perpetuity period* i *trustees* debbano trasferire la *trust property* ai beneficiari, a pena di nullità del *trust*<sup>24</sup>. Di conseguenza, se il *settlor* dispone l'esecuzione dell'obbligo di trasferimento oltre la scadenza del *perpetuity period* ovvero, più radicalmente, omette di prevedere tale obbligo, il *trust* è nullo.

Alla luce di tali considerazioni, si può ritenere che l'obbligo di trasferire la *trust property* ai beneficiari entro il periodo specificato dal *settlor* e comunque non superiore al *perpetuity period* sia coesistente all'ufficio di *trustee*, dal momento la previsione di un tale obbligo è necessaria ai fini della validità del *trust*.

Quest'obbligo importa tra l'altro una serie di prestazioni accessorie, le quali sono strumentali al suo corretto e ottimale adempimento<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 59 s.; PETTIT, *Equity and the law of Trusts*, cit., 384 ss.; GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 38.

<sup>23</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 342 s.

<sup>24</sup> DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1133, 1485.

<sup>25</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 343.

Innanzitutto i *trustees* sono tenuti a custodire i beni oggetto del *trust*, al fine di conservarne l'integrità, dal punto di vista sia materiale che giuridico<sup>26</sup>. Ciò implica che i *trustees* dovranno provvedere, per esempio, alla manutenzione, anche straordinaria, della *trust property*, a effettuare atti interruttivi dei periodi di prescrizione in corso di maturazione, a impedire le molestie, in fatto o in diritto, poste in essere da terzi. Ai fini della custodia della *trust property*, i *trustees* potranno anche, in forza della *section 19* del *Trustee Act 1925*, come modificata dalla *section 34* del *Trustee Act 2000*, assicurare la medesima contro l'incendio o altri rischi<sup>27</sup>.

In secondo luogo i *trustees* devono tenere un idoneo rendiconto contabile della gestione<sup>28</sup> e inoltre, su richiesta di uno o più beneficiari, fornire loro informazioni complete e accurate circa il valore e lo stato della *trust property* e consentire loro di ispezionare i libri contabili e gli altri documenti relativi al *trust*, a meno che tali documenti rivelino l'*iter* logico seguito dai *trustees* nell'esercizio dei propri poteri discrezionali: in tal caso l'accesso è negato<sup>29</sup>.

Altro fondamentale obbligo dei *trustees* è quello di impiegare in modo fruttifero i beni oggetto del *trust* e quindi di investire la *trust property*, in modo da conseguire il maggior profitto possibile<sup>30</sup>. Quest'obbligo riveste un'importanza tale che rispetto ad esso gli altri obblighi gravanti sui *trustees* possono essere qualificati come semplici *matters of house keeping*, cioè praticamente come questioni di minore importanza<sup>31</sup>.

Occorre preliminarmente sottolineare che la nozione di investimento presenta carattere esclusivamente finanziario: secondo la Corte, infatti, non costituisce un investimento in senso tecnico l'acquisto di un immobile destinato a soddisfare l'esigenza abitativa del beneficiario, dal momento che il capitale così investito rimarrebbe infruttifero<sup>32</sup>. Ne segue che non sono considerati quali investimenti gli acquisti di beni improduttivi di reddito e suscettibili solamente dell'aumento di valore capitale, come ad esempio i preziosi e gli oggetti d'arte<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> *Temple v. Thring* (1887).

<sup>27</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 211 s.

<sup>28</sup> *Springett v. Dashwood* (1860); *Pearse v. Green* (1819); *Burrows v. Walls* (1855); *Re Tillot* (1892); *Re Page* (1893).

<sup>29</sup> UNDERHILL, HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, cit., 657.

<sup>30</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 213; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 344; CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 69.

<sup>31</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 114.

<sup>32</sup> *Re Power's Will Trust* (1947).

<sup>33</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 345.

In concreto l'obbligo di investire la *trust property* comporta che i *trustees* non possono limitarsi a preservare il valore del *trust fund*, cioè del patrimonio costituito in *trust*, ma devono rendere fruttifero tale patrimonio, al precipuo scopo di erogarne le rendite ai beneficiari<sup>34</sup>: di conseguenza, se i *trustees* omettono di investire la *trust property* e la mantengono perciò improduttiva di reddito, devono corrispondere ai beneficiari gli interessi al tasso stabilito dalla Corte<sup>35</sup>.

Attualmente in forza di legge, e precisamente della *section 3* del *Trustee Act 2000*, il *trustee* ha il potere di compiere qualsiasi tipo di investimento che egli potrebbe effettuare se fosse incondizionatamente proprietario dei beni oggetto del *trust*. Comunque, ai sensi della *section 6* della medesima legge, tale potere, detto *general power of investment*, può essere limitato o escluso dal *trust instrument*: è fatta così salva la diversa volontà del *settlor*.

L'attribuzione ai *trustees* di un *general power of investment* è l'approdo ultimo di una continua e costante evoluzione normativa, rispondente ai frequenti cambiamenti della realtà economica.

A ben vedere gli *authorized investments*, cioè gli investimenti che i *trustees* sono, salvo contraria volontà del *settlor*, autorizzati a compiere dall'ordinamento giuridico<sup>36</sup>, costituivano in origine un numero piuttosto limitato.

Nel XVIII secolo la *Court of Chancery* stabilì infatti che i *trustees* erano legittimati ad investire esclusivamente in titoli del debito pubblico, essendo loro precluso di investire in titolo di carattere speculativo o comunque aleatorio<sup>37</sup>.

Il *Trustee Act 1925* incrementò il novero degli *authorized investments*, ad ogni modo contemplando solo i titoli più stabili e sicuri, come le azioni della Banca d'Inghilterra e della Banca d'Irlanda<sup>38</sup>.

Nel selezionare gli investimenti, il *trustee* doveva operare con diligenza, adottando tutti quegli accorgimenti che un *ordinary prudent man* avrebbe adottato se fosse stato intenzionato ad effettuare un investimento per il beneficio di altre persone, verso le quali si sentiva moralmente obbligato a provvedere<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> *Re Wragg* (1919); HANBURY, MARTIN, *Modern equity*, cit., 502 s.; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 345.

<sup>35</sup> *Re Jones* (1883); *Holgate v. Haworth* (1853); CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 69.

<sup>36</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 392.

<sup>37</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 346; *Cock v. Goodfellow* (1722); *Stretton v. Ashmall* (1854); *Harris v. Harris* (1861); *Walcott v. Lyons* (1886).

<sup>38</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 392 s.

<sup>39</sup> *Re Whiteley* (1886).

Ad ogni modo al *trustee* non era concessa, nell'esercizio del potere-dovere di investimento, la stessa discrezionalità di cui godeva una persona pienamente capace intenzionata ad investire il proprio patrimonio. Così, mentre un uomo d'affari *of ordinary prudence* poteva selezionare investimenti più o meno rischiosi, il *trustee* doveva limitare la sua scelta alla categoria di investimenti permessi dal *trust instrument* e parimenti evitare tutti quegli investimenti che, seppur compresi in tale categoria, risultassero in concreto caratterizzati da un tasso di rischio superiore a quello ordinario<sup>40</sup>.

Il *Trustee Investments Act* 1961, nell'ampliare la gamma degli *authorized investments*, li classificò entro due categorie: i *narrower range investments*, cioè gli investimenti a basso rischio, e i *wider range investments*, cioè gli investimenti ad alto rischio.

I primi, costituiti pressoché esclusivamente da titoli a reddito fisso, erano a loro volta suddivisi in due sottocategorie, a seconda che il *trustee* potesse effettuarli soltanto previa acquisizione di una specifica consulenza ovvero a prescindere da tale condizione. Gli investimenti che il *trustee* poteva effettuare direttamente coincidevano con quelli in cui il valore del capitale investito era costante, come l'acquisto di certificati nazionali di risparmio o di depositi della National Savings Bank, mentre gli investimenti la cui attuazione esigeva quale *condicio sine qua non* la previa acquisizione di una specifica consulenza erano caratterizzati da un valore capitale soggetto a fluttuazione.

Poiché la categoria dei *narrower range investments* era rappresentata, seppur con qualche allargamento, dagli investimenti già autorizzati dal *Trustee Act* 1925, erano i *wider range investments* a costituire la parte più innovativa del *Trustee Investments Act* 1961: essi includevano infatti l'acquisto di azioni di società aventi sede nel Regno Unito o quotate in un mercato azionario regolamentato. Ad ogni modo, se il *trustee* desiderava effettuare degli investimenti *wider range*, cioè ad alto rischio, egli doveva previamente dividere il *trust fund* in due parti uguali, una soltanto delle quali poteva essere destinata a tali investimenti. Quest'onere imposto al *trustee* mirava a ridurre il rischio generalmente connesso agli investimenti attraverso la loro diversificazione<sup>41</sup>.

Si è però presto avvertito il bisogno di aggiornare tale normativa e di porla al passo coi tempi, anche sulla base del fatto che i titoli a reddito fisso, i quali, nelle

---

<sup>40</sup> *Learoyd v. Whiteley* (1887).

<sup>41</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 27 ss.

intenzioni del legislatore del 1961, avrebbero dovuto costituire l'oggetto principale degli investimenti prescelti dai *trustees*, erano inesorabilmente colpiti dall'inflazione<sup>42</sup>.

È stato allora adottato il *Trustee Act 2000*, tuttora in vigore, il quale, come sopra anticipato, attribuisce al *trustee* il *general power of investment*, cioè il generale potere di investire la *trust property* come se ne fosse incondizionatamente proprietario. Tale normativa segna una netta inversione di tendenza, dal momento che il *trustee*, almeno in linea di principio, non è più vincolato ad amministrare i beni trasferitigli come se stesse amministrando dei beni sui quali insiste l'*equitable ownership* dei beneficiari.

Conseguenza fondamentale di questa nuova prospettiva è che egli non deve più selezionare gli investimenti entro un elenco chiuso legislativamente predeterminato, ma, ai sensi della *section 3* del *Trustee Act 2000*, può effettuare qualsiasi tipo di investimento. È vero che la stessa *section 3* vieta gli investimenti immobiliari, ma tale divieto trova amplissima deroga nella *section 8*, che autorizza il *trustee* ad investire in beni immobili alla sola condizione che questi siano situati nel Regno Unito<sup>43</sup>.

Ad ogni modo può tenersi fermo l'insegnamento di autorevole dottrina inglese<sup>44</sup>, formulato anteriormente all'emanazione del *Trustee Act 2000*, secondo cui la *trust property* non può essere gestita come se fosse un puro capitale di rischio, dal momento che gli investimenti del *trust fund* non sono integralmente rimessi alla discrezione dei *trustees*, ma devono informarsi a due fondamentali principi, detti *standard investment criteria*, enucleati alla *section 4* della stessa legge: la diversificazione degli investimenti e la *suitability*, cioè l'idoneità, degli stessi rispetto al *trust*.

In forza del primo principio il *trustee* deve differenziare le scelte di investimento, nella misura in cui tale strategia risulti adeguata alle concrete circostanze del *trust*. Pertanto, laddove oggetto del *trust* sia un immobile da amministrare nell'interesse di un solo beneficiario, è evidente che il *trustee* non sarà richiesto di attuare diversificazione alcuna. Occorre inoltre sottolineare che il livello di diversificazione degli investimenti varia in funzione dell'entità del patrimonio costituito in *trust* e in particolare diminuisce o aumenta a seconda che, rispettivamente, al *trustee* venga attribuito un capitale modesto o ingente.

In forza della *suitability rule*, gli investimenti devono essere adeguati agli obiettivi del *trust* e in altre parole compatibili con il tasso di rischio prescelto dal *settlor*.

---

<sup>42</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 347; BARTOLI, *Il trust*, cit., 213.

<sup>43</sup> GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 52

<sup>44</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 124.

Di conseguenza il *trustee* sarà responsabile verso i beneficiari, laddove da una scelta *unsuitable* derivi una perdita per il *trust fund*<sup>45</sup>.

Quanto allo standard comportamentale cui il *trustee* deve adeguarsi nell'effettuare gli investimenti, la *section 1* del *Trustee Act 2000* gli richiede di impiegare la diligenza e l'abilità ragionevolmente esigibili avuto riguardo alle specifiche circostanze della singola fattispecie, nonché alle specifiche conoscenze ed esperienze che il *trustee* possiede o ha fatto intendere di possedere. Laddove poi il *trustee* sia un *trustee* professionale, che cioè svolge professionalmente l'attività di *trustee*, occorre avere riguardo anche alle specifiche conoscenze ed esperienze che è ragionevole aspettarsi da una persona che svolga la medesima attività professionale<sup>46</sup>.

La *section 1* del *Trustee Act 2000* pone così a carico del *trustee* l'obbligo di diligenza o *duty of care*, che egli dovrà osservare non soltanto nell'espletamento del potere-dovere di investimento, ma anche nello svolgimento di qualsiasi altra attività disciplinata dal *Trustee Act 2000*.

Occorre però sottolineare che tale norma è dispositiva e perciò può essere derogata dalla contraria volontà del *settlor* espressa nel *trust instrument*. In quest'ultima circostanza, nonché in ordine a tutte quelle funzioni del *trustee* non regolamentate dal *Trustee Act 2000*, si applicherà la *prudent man rule*<sup>47</sup>, in virtù della quale il *trustee* deve impiegare un grado di diligenza non superiore a quello che un *man of ordinary prudence* adotterebbe nell'attendere ai propri affari<sup>48</sup>.

Ulteriore obbligo fondamentale del *trustee* è quello di agire con imparzialità, mantenendosi, nelle sue scelte gestorie e amministrative, equidistante tra gli interessi dei singoli beneficiari e dunque evitando di favorire gli uni a scapito degli altri<sup>49</sup>.

L'obbligo di imparzialità assume particolare rilevanza nell'espletamento del potere-dovere di investimento, imponendo ai *trustees* di valutare con molta attenzione l'opportunità di effettuare investimenti suscettibili di produrre conseguenze differenti per ciascuna diversa categoria di beneficiari<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 53 s.

<sup>46</sup> SANTORO Laura, *Il trust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2009, 34; CORSINI Filippo, *Il trustee nel processo di cognizione*, Giappichelli, Torino, 2012, 28.

<sup>47</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 207.

<sup>48</sup> *Learoyd v. Whiteley* (1887).

<sup>49</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 77; BARTOLI, *Il trust*, cit., 209.

<sup>50</sup> HUNDERHILL, HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, cit., 500.

Non è infatti infrequente che il *settlor* distingua nel *trust instrument* tra beneficiari attuali del reddito prodotto dal *trust fund* e beneficiari finali del capitale del *trust*. In tal caso il *trustee* dovrà contemperare l'interesse dei primi a che siano effettuati investimenti ad alto reddito, seppure rischiosi, e l'interesse dei secondi a che siano effettuati investimenti privi di rischi per il capitale del *trust*, anche se a basso rendimento<sup>51</sup>.

Un importante precedente<sup>52</sup> in argomento ha stabilito che la valutazione degli investimenti effettuati dai *trustees* non deve essere condotta a posteriori, dal momento che non si può fare a meno di considerare la particolare situazione storica in cui il *trustee* ha operato. La Corte ha statuito specificamente che, onde stabilire se il *trustee* ha operato un bilanciamento degli interessi dei beneficiari corretto e idoneo, almeno in astratto, a non favorirne alcuni e danneggiarne altri, occorre aver riguardo alle concrete circostanze in cui egli ha effettuato le scelte di investimento del *trust fund*, alle implicazioni fiscali di tali scelte e alla situazione economica e finanziaria in cui rispettivamente versavano al momento dell'investimento i beneficiari del reddito e quelli del capitale.

Nel caso in cui il *trust instrument* preveda che una pluralità di soggetti devono beneficiare, l'uno successivamente e separatamente dall'altro, del patrimonio costituito in *trust*, le Corti hanno stabilito che il *trust fund* deve essere impiegato in investimenti duraturi e che quindi il *trustee* deve procedere, se necessario, a vendere e reinvestire quella parte di patrimonio che non fornisca tali garanzie<sup>53</sup>.

Si prenda infine in considerazione l'ipotesi in cui il *trust fund* sia costituito da titoli di Stato emessi anteriormente alla costituzione del *trust* e in grado di fruttare un interesse molto inferiore a quello prodotto da altri titoli di più recente emissione.

Il *trustee* dovrà valutare molto attentamente l'opportunità di vendere i vecchi titoli ed acquistarne altri al fine di ottenere una rendita maggiore, in quanto deve tener conto dell'eventualità che una tale strategia possa determinare una perdita del valore del capitale e di conseguenza danneggiare i beneficiari finali del capitale del *trust*; infatti, se i titoli di stato vengono trattenuti fino alla maturazione, saranno pagati ad un prezzo sicuramente maggiore rispetto a quello ottenibile mediante una vendita anticipata, la quale evidentemente danneggerebbe i beneficiari del capitale. Allora il *trustee*,

---

<sup>51</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 209.

<sup>52</sup> *Nestlé v. National Westminster Bank Plc.* (1994).

<sup>53</sup> *Hinves v. Hinves* (1844); *Alcock v. Sloper* (1833); *Re Fawcett* (1940).

accantonata l'ipotesi di una simile vendita dei titoli, dovrà comparare il reddito prodotto dalla *trust property* e quello eventualmente ottenibile in caso di vendita anticipata dei titoli e successivo reinvestimento del denaro percepito, onde valutare se la differenza è tale da risultare ingiusta per i beneficiari del reddito; in caso affermativo egli dovrà trovare un'alternativa per ottenere un reddito accettabile senza diminuire sensibilmente il valore del capitale<sup>54</sup>.

Altro obbligo generalmente gravante sul *trustee* è quello di non confondere il *trust fund* con i propri beni personali. Tale obbligo importa che, nel caso in cui il *trust* abbia ad oggetto un bene fungibile come il denaro, il *trustee* deve far intestare il relativo conto corrente bancario al *trust* ovvero a se stesso in qualità di *trustee*, di modo che risulti palese l'estraneità della somma al suo patrimonio personale<sup>55</sup>.

Occorre infine fare menzione dell'obbligo di informazione, la cui *ratio* deve evidentemente rinvenirsi nell'esigenza di tutelare i beneficiari.

Quanto al contenuto, l'obbligo in discorso importa che il *trustee*, qualora ne sia richiesto<sup>56</sup>, deve fornire informazioni sull'andamento della gestione e sullo stato della *trust property*. È legittimato a chiedere tali informazioni chiunque vi abbia interesse, e quindi non soltanto i beneficiari, ma anche i loro rappresentanti e chiunque sia stato nominato a tale titolo nel *trust instrument*<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 79.

<sup>55</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 212.

<sup>56</sup> *Re Tillott* (1892).

<sup>57</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 416; BARTOLI, *Il trust*, cit., 212.

## 4. 2. Il *breach of trust* e la tutela del beneficiario

Avendo preso in considerazione nel precedente paragrafo gli obblighi coesenziali all'ufficio di *trustee*, occorre in tale sede dapprima analizzare le ipotesi, note come *breaches of trust*, nelle quali il *trustee* agisce in violazione dei propri obblighi e conseguentemente individuare i rimedi azionabili dai beneficiari in suddette ipotesi.

A ben vedere l'espressione *breach of trust* costituisce una nozione ampia, tale da ricomprendere molteplici fattispecie, tutte accomunate dall'inadempimento degli obblighi assunti dal *trustee*<sup>58</sup>; coerentemente il *breach of trust* è stato individuato in qualsiasi comportamento, attivo o omissivo, posto in essere dal *trustee* e non autorizzato, né giustificato dalle condizioni del *trust* o dal diritto oggettivo<sup>59</sup>.

Autorevole dottrina inglese<sup>60</sup> ha proposto di suddividere le varie fattispecie concretanti *breach of trust* in due categorie generali: la prima rappresentata dagli *unauthorized* o *ultra vires acts*, cioè dagli atti che il *trustee* compie senza autorizzazione e dunque senza averne il potere; la seconda costituita da quegli atti che, sebbene siano *authorized* o *intra vires*, e perciò rientrino nei poteri conferiti al *trustee*, sono compiuti *badly*, cioè in violazione dell'obbligo di diligenza che egli deve osservare nell'espletamento delle attività di propria competenza. Occorre inoltre precisare che agli *unauthorized* o *ultra vires acts*, i quali si sostanziano in condotte attive, devono essere equiparate quelle condotte omissive che consistono nella mancata esecuzione di un dovere previsto dal *trust instrument*, quale quello di alienare un bene facente parte della *trust property*.

In altre parole gli *unauthorized* o *ultra vires acts* consistono nel porre in essere un atto il cui compimento non è autorizzato ovvero nell'omettere un atto il cui compimento è obbligatorio e quindi si risolvono nella violazione di un dovere, rispettivamente di non fare o di fare; viceversa gli atti compiuti *badly* coincidono con quegli atti che, sebbene autorizzati, sono compiuti nel mancato rispetto degli *standards* di diligenza e correttezza richiesti al *trustee* nell'esercizio delle proprie funzioni<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> NERI Arianna, *Il trust e la tutela del beneficiario*, CEDAM, Padova, 2005, 37.

<sup>59</sup> UNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 3.

<sup>60</sup> BIRKS Peter, *Preface in Breach of Trust* edited by Peter BIRKS and Arianna PRETTO, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2002, 9.

<sup>61</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 133.

Da tale schematizzazione viene fatta discendere una notevole conseguenza pratica sul piano della responsabilità del *trustee*, e precisamente un regime di responsabilità differenziato a seconda che il *breach of trust* che egli ha commesso rientri nella prima ovvero nella seconda categoria.

Infatti nelle fattispecie ascrivibili alla prima categoria l'elemento soggettivo della colpa è irrilevante e quindi la responsabilità del *trustee* sorge direttamente in forza della circostanza oggettiva dell'avvenuta violazione. Pertanto, qualora egli ponga in essere un *unauthorized* o *ultra vires act*, sarà comunque responsabile di *breach of trust*, anche se ha agito senza colpa.

Per converso le fattispecie sussumibili nella seconda categoria implicano la responsabilità del *trustee* soltanto laddove egli abbia agito con dolo o con colpa. Pertanto, in assenza del requisito soggettivo minimo della colpa, la condotta non assumerà il rilievo di *breach of trust*.

In definitiva nelle fattispecie rientranti nella prima categoria la responsabilità del *trustee* assume i caratteri della *strict liability*, cioè della responsabilità oggettiva; viceversa nelle fattispecie riconducibili alla seconda categoria la di lui responsabilità è *fault-based*, cioè fondata sulla colpa<sup>62</sup>.

Tale schematizzazione è condivisibile nella misura in cui fornisce una descrizione, seppur statica, tendenzialmente onnicomprensiva delle fattispecie integranti *breach of trust*; tuttavia pare che la conseguenza che ne è stata fatta derivare, e cioè l'applicazione di due regimi di responsabilità diversi per gli *ultra vires acts* e per gli atti compiuti *badly*, sia valida solo tendenzialmente, in quanto soffre di numerosi eccezioni. Analizzando le singole fattispecie riconducibili alla prima e alla seconda categoria, sarà possibile ricostruire più dettagliatamente il regime di responsabilità del *trustee*.

Quanto alla prima categoria, è possibile addurre a titolo di esempio di *ultra vires acts* le ipotesi in cui il *trustee* pone in essere una *misapplication of trust fund*, cioè realizza condotte incidenti sulla *trust property* le quali si pongono in contrasto con le previsioni dettate dal *settlor* nel *trust instrument*.

In un noto precedente<sup>63</sup> un *trustee*, avendo ricevuto conforme parere legale, eseguì il pagamento di somme prelevate dal *trust fund* a soggetti diversi dai beneficiari. Considerato che egli era un *trustee* professionale, la Corte ritenne che la circostanza di

---

<sup>62</sup> BIRKS, *Preface*, cit., 9.

<sup>63</sup> *National Trustees Company of Australasia Ltd v. General Finance Company of Australasia Ltd* (1905).

aver agito sulla scorta di conforme parere legale non costituisca un errore scusabile. Per converso, in un precedente<sup>64</sup> di poco anteriore a quello di cui sopra la Corte ritenne che la medesima circostanza concretasse un errore scusabile e quindi esentò da ogni responsabilità il *trustee*, nella fattispecie non professionale, il quale, pur non avendone effettivamente il potere, aveva venduto dei beni appartenenti alla *trust property*, sulla scorta di parere legale secondo cui la vendita di tali beni rientrava nelle sue facoltà.

Alla luce della disamina di tali precedenti, emerge che il regime di responsabilità oggettiva si applica inderogabilmente al solo *trustee* professionale, poiché il *trustee* privo di tale qualifica può andare esente da responsabilità se ha agito in conseguenza di un errore scusabile e dunque senza colpa<sup>65</sup>.

Ancora, se il *trustee* effettua un investimento non autorizzato dal *trust instrument*, è ragionevole escludere la sua responsabilità ogniqualvolta un tale inadempimento si riveli profittevole, incrementando oltre ogni aspettativa il valore del *trust fund*<sup>66</sup>.

Di nuovo, se il *trustee* omette di effettuare un determinato investimento disposto dal *settlor* nel *trust instrument*, la di lui responsabilità dovrà essere esclusa, a prescindere da qualsiasi valutazione riferita all'elemento soggettivo, qualora egli si sia discostato ragionevolmente dalle disposizioni del *trust instrument*, sulla base della considerazione che le contingenti condizioni di mercato fossero sfavorevoli alla loro attuazione<sup>67</sup>. Se per esempio il *settlor* ha ordinato nel *trust instrument* di investire una certa quota del patrimonio costituito in *trust* in azioni di una determinata società, ma l'andamento del mercato azionario sconsigliò detta operazione, dal momento che tali azioni stanno progressivamente perdendo valore, il *trustee* potrà legittimamente discostarsi dalle istruzioni impartitegli dal *settlor*; anzi, qualora egli effettuasse comunque l'investimento, senza tener conto delle sfavorevoli circostanze di mercato, sarebbe responsabile di qualsiasi perdita subita dal *trust fund*<sup>68</sup>.

Analogamente, se il *settlor* dispone che un determinato bene costituito in *trust* non debba essere alienato, il *trustee* dovrà ottemperare a questa disposizione soltanto se

---

<sup>64</sup> *Perrins v. Bellamy* (1899).

<sup>65</sup> RAMJOHN Mohamed, *Text, cases and materials on equity and trusts*, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire, 2008, 560 s.

<sup>66</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 440, nota 10.

<sup>67</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 135.

<sup>68</sup> *Miller v. Pender* (1943); *Cobb v. Gramatan Nat. Bank & Trust Co.* (1941).

ciò non comporta un deprezzamento di tale bene, con conseguente danno a carico del *trust fund*<sup>69</sup>.

Alla luce di tali osservazioni, deve essere riconsiderato il ruolo del *trustee*, il quale non può limitarsi ad eseguire alla lettera le disposizioni contenute nel *trust instrument*, ma deve adeguarle alle particolari circostanze del caso concreto e, se necessario, discostarsi da esse, qualora la loro pedissequa attuazione possa cagionare un danno al *trust fund*<sup>70</sup>.

Rientra a pieno titolo nella categoria degli *ultra vires acts*, anche in virtù del relativo regime di responsabilità, la violazione dell'obbligo incombente sui *trustees* di evitare situazioni di conflitto di interessi con i beneficiari: qualora infatti si verificano situazioni del genere, il regime di responsabilità si configurerà inderogabilmente come oggettivo e dunque l'assenza di colpa non varrà a scusare il *trustee*<sup>71</sup>.

Quanto alle fattispecie riconducibili alla seconda categoria summenzionata, esse consistono prevalentemente nel *mismanagement of the trust portfolio*, cioè nella cattiva amministrazione del portafoglio titoli: infatti in tal caso il *trustee* svolge *badly*, cioè negligenemente, un'attività, che tuttavia era autorizzato a condurre.

In tali fattispecie, sebbene la responsabilità del *trustee* sia *fault-based*, cioè fondata sulla colpa, non è sempre pacifico stabilire se la sua condotta integra o meno un *breach of trust*, dal momento che lo *standard* di diligenza cui egli deve attenersi varia in funzione delle specifiche caratteristiche del caso concreto ed è più rigoroso e stringente per quei soggetti qualificabili come *trustees* professionali<sup>72</sup>.

In senso favorevole all'ampliamento della responsabilità del *trustee*, in particolar modo se professionale, è stato da più parti<sup>73</sup> affermato che egli risulta inadempiente anche se ha fatto il meglio che poteva, ma il suo meglio non è comunque sufficiente. È dunque chiaro che la responsabilità del *trustee* per *mismanagement of the trust portfolio*, sebbene non possa ancora configurarsi come oggettiva, colpisce anche il *trustee* che abbia agito con colpa lieve.

---

<sup>69</sup> *Beacham v. Ross* (1938); *Re Blish Trust* (1944); *Re Glauser's Estate* (1944).

<sup>70</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 135.

<sup>71</sup> BIRKS, *Preface*, cit., 9.

<sup>72</sup> A titolo esemplificativo in *Nestle v. National Westminster Bank Plc.* (1993) la Corte ha ritenuto che il *trustee* professionale, in concreto una banca, avesse violato il suo dovere di diligenza semplicemente per aver omesso di condurre controlli periodici sull'andamento degli investimenti effettuati e di richiedere una consulenza sull'interpretazione della clausola del *trust instrument* attributiva dei poteri di investimento.

<sup>73</sup> SCOTT A. W., *The Law of Trusts*, Little, Brown & Co., Boston, 1967, 1650; CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 134.

Comunque, affinché possa configurarsi un vero e proprio *breach of trust*, non è sufficiente che il *trustee* commetta un inadempimento, ma è necessario che tale inadempimento sia fonte di un danno per il *trust fund* o comunque di un profitto per lo stesso *trustee*<sup>74</sup>. Ne deriva l'onere, gravante sui beneficiari, di dimostrare in giudizio l'esistenza di un nesso causale tra la violazione commessa dal *trustee* da un lato e la perdita subita dalla *trust property* ovvero il profitto conseguito dallo stesso *trustee* dall'altro<sup>75</sup>. In mancanza di tale prova, il *trustee* non può essere tenuto responsabile.

L'affermazione della necessità di ravvisare la sussistenza di un nesso causale tra l'inadempimento del *trustee* e il danno sofferto dal patrimonio costituito in *trust* costituisce soltanto l'ultimo approdo cui è giunta la più recente giurisprudenza; infatti il precedente orientamento giurisprudenziale, prescindendo dal nesso di causalità, riteneva sufficiente, al fine di dichiarare la responsabilità del *trustee*, che ricorressero i due elementi, isolatamente considerati, dell'inadempimento e del danno<sup>76</sup>.

Le Corti avevano infatti stabilito che non costituiva circostanza esimente la derivazione del danno inferito al *trust fund* da un evento che non era conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento dei *trustees*. In altre parole era sufficiente che i *trustees* tenessero una condotta integrante inadempimento, affinché fossero chiamati a rispondere delle eventuali perdite in qualsiasi modo subite dalla *trust property*, e ciò malgrado essi, al momento della medesima condotta, non fossero oggettivamente in grado di prevedere la possibilità dell'avverarsi di un evento dannoso. Le Corti infatti argomentavano che, qualunque fosse l'evento che effettivamente rappresentava la causa immediata del danno, la *trust property* non si sarebbe trovata nella condizione di subire lo stesso danno se non si fosse verificato l'inadempimento dei *trustees*; così, anche qualora il danno fosse derivato da un incendio, da un disastro naturale o da qualsiasi altro incidente, tale circostanza non avrebbe esentato da responsabilità i *trustees*, se colpevoli di un precedente inadempimento<sup>77</sup>.

Per meglio comprendere questo orientamento giurisprudenziale, si ricorra ad esempio. Se un *trustee* acquistava con il denaro oggetto del *trust* un pacchetto azionario e lo intestava a se stesso personalmente, anziché a se stesso quale *trustee*, contravvenendo così all'obbligo di non confondere il proprio patrimonio personale con

---

<sup>74</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 232; HUNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 3 s.

<sup>75</sup> PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, cit., 482.

<sup>76</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 149.

<sup>77</sup> *Re Dawson* (1966); *Caffrey v. Darby* (1801).

quello costituito in *trust*, egli era responsabile di ogni perdita derivante al *trust fund* dalla diminuzione di valore delle azioni, nonostante non fosse rinvenibile una relazione diretta tra tale danno e la violazione dell'obbligo di cui sopra<sup>78</sup>. Ancora, se il *trustee*, sempre in violazione del summenzionato obbligo, versava il denaro oggetto del *trust* sul proprio conto personale presso una certa banca e questa successivamente falliva, egli era chiamato a rispondere del danno subito dal *trust fund*, anche se, al momento del versamento, egli non conosceva né poteva conoscere le precarie condizioni finanziarie della medesima banca<sup>79</sup>.

Recentemente, la decisione resa dalla *Court of Appeal* in un noto precedente ha mutato tale orientamento, stabilendo che l'inadempimento del *trustee* non è sufficiente a configurare un *breach of trust*, se non si riesce a provare che tale inadempimento abbia causato un danno alla *trust property*<sup>80</sup>.

Alla stregua del nuovo orientamento giurisprudenziale, la sussistenza del nesso di causalità tra l'inadempimento del *trustee* e il danno sofferto dalla *trust property* assurge a *condicio sine qua non* ai fini della configurazione del *breach of trust* e dunque dell'affermazione della responsabilità del *trustee*. È evidente che tale nuova interpretazione giurisprudenziale restringe nettamente l'area della responsabilità del *trustee* per *breach of trust*<sup>81</sup>.

La necessità di riscontrare un nesso di causalità tra l'inadempimento del *trustee* e il danno subito dalla *trust property* importa tra l'altro che il *trustee* va esente da responsabilità se il danno si sarebbe prodotto comunque, a prescindere dalla violazione commessa<sup>82</sup>.

Occorre inoltre precisare che il *trustee* non può sottrarsi a responsabilità eccependo il *set-off*, cioè la compensazione, del danno arrecato al *trust fund* mediante una certa violazione con il vantaggio arrecatogli mediante una distinta violazione<sup>83</sup>.

Tuttavia, in un precedente giurisprudenziale piuttosto risalente<sup>84</sup> la Corte consentì al *trustee* di effettuare la compensazione in esame, scagionandolo da

---

<sup>78</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 149.

<sup>79</sup> SCOTT A. W., *The Law of Trusts*, 1669 s.

<sup>80</sup> *Nestle v. National Westminster Bank* (1993): "It is not enough for the beneficiaries merely to show a breach of duty by trustees...they must go on to show, further, that they have suffered a loss, and that the breach caused the loss".

<sup>81</sup> CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, cit., 154.

<sup>82</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 233; CORSO, *Trustee e gestione dei beni*, 156; *Target Holdings Ltd v. Redferns* (1995); v. contra GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 440 s.

<sup>83</sup> *Wiles v. Gresham* (1854); *Re Barker, Ravenshaw v. Barker* (1898).

qualunque responsabilità. Nella fattispecie il *trustee* aveva mutuato una somma di denaro a fronte di una garanzia inadeguata, determinando così un danno per la *trust property*; egli però impiegò il denaro ricavato dall'escussione della garanzia in un investimento che, seppur non autorizzato, si rivelò profittevole e vantaggioso per il *trust fund*. Considerato che tali condotte costituivano un'unica operazione di impiego del denaro costituito in *trust*, la Corte consentì al *trustee* di eccepire la compensazione tra il danno causato dall'inadeguatezza della garanzia ricevuta e il vantaggio determinato dalla proficuità dell'investimento effettuato<sup>85</sup>. Autorevole dottrina inglese<sup>86</sup> ha così affermato che il *trustee* è responsabile esclusivamente per l'effettiva perdita derivante da un'operazione economica che, in quanto distinta e completa, può essere riguardata come un *breach of trust*, e mai per la perdita che egli riporta in ogni singola componente della medesima.

Occorre infine precisare che i limiti alla responsabilità per i danni indiretti, stabiliti in materia di *contracts* e di *torts*, cioè di illeciti civili, non valgono per i danni causati dal *breach of trust*, indi per cui la responsabilità del *trustee* si estende a qualsiasi perdita egli abbia causato, sia direttamente che indirettamente, alla *trust property*<sup>87</sup>.

Quanto ai rimedi accordati dall'ordinamento ai beneficiari, occorre anzitutto rilevare che costoro dispongono di strumenti di tutela preventiva, azionabili cioè anteriormente all'intervenuta commissione di un *breach of trust*. Precisamente il beneficiario, se ha fondata ragione di temere che il *trustee* stia per violare i suoi obblighi, in quanto intende compiere un atto costituente violazione dei medesimi ovvero omette di compiere un atto rientrante tra i suoi doveri, può ricorrere alla Corte<sup>88</sup>. Quest'ultima, se si convince della sussistenza di una situazione di effettivo pericolo cui la *trust property* sia esposta, emana un'*injunction* attraverso la quale ordina al *trustee* di astenersi dal compiere l'atto integrante *breach of trust* ovvero di compiere l'atto dovuto e illegittimamente omissivo<sup>89</sup>.

Così, a titolo esemplificativo, laddove il *trustee* ometta di designare i beneficiari di un *discretionary trust*, la Corte gli ordinerà di provvedere al riguardo<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> *Fletcher v. Green* (1864).

<sup>85</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 233.

<sup>86</sup> UNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 848.

<sup>87</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 440; PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, cit., 482.

<sup>88</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 237 s.; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 449.

<sup>89</sup> HUNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 871; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 382 s.

<sup>90</sup> *Re Locker's Settlement Trusts* (1977).

Si badi bene che, se il *trustee* non ottempera all'*injunction*, sarà penalmente perseguibile per *contempt of court*, cioè per oltraggio alla Corte, e l'eventuale atto contrario all'ordine del giudice sarà nullo<sup>91</sup>.

Quanto all'ipotesi in cui il *trustee* ometta o si rifiuti, alla scadenza del termine fissato dal *settlor* nel *trust instrument*, di adempiere l'obbligazione di trasferire la *trust property* ai beneficiari, a questi ultimi è accordata tutela in forma specifica. I beneficiari possono infatti ottenere dal giudice un provvedimento, detto *vesting order*, costitutivo dell'effetto traslativo da essi desiderato e in altre parole idoneo ad attribuire loro la proprietà dei beni oggetto del *trust*<sup>92</sup>.

Ai beneficiari è però preclusa la possibilità di ottenere un *vesting order* qualora il bene costituito in *trust* sia un immobile situato all'estero, dal momento che le Corti inglesi non hanno competenza giurisdizionale relativamente alle controversie che vertono sulla proprietà o sul possesso di immobili siti all'estero. A tale regola fanno eccezione le azioni che hanno carattere personale, cioè quelle dirette ad ottenere un'*injunction* che condanni il *trustee* convenuto a perfezionare l'atto traslativo, le quali dunque non mirano a far conseguire, perlomeno immediatamente, al beneficiario attore la proprietà dell'immobile<sup>93</sup>.

Di tale eccezione si è avvalsa la *Chancery Division* della *High Court*<sup>94</sup>, al fine di affermare la sua giurisdizione relativamente a una controversia insorta tra beneficiario e *trustee* e avente ad oggetto un immobile sito in Francia. Nella fattispecie il beneficiario attore si era infatti limitato a domandare che il *trustee* convenuto fosse condannato a compiere gli atti necessari a variare l'intestazione dell'immobile, in modo tale da attribuirgli la *legal ownership* dello stesso.

La decisione di rito della Corte inglese ha in seguito ricevuto l'avallo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in sede di interpretazione dell'art. 16, co. 1°, della Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il quale attribuisce allo

---

<sup>91</sup> *Balls v. Strutt* (1846); *Dance v. Goldingham* (1873).

<sup>92</sup> BARTOLI Saverio, MURITANO Daniele, *Le clausole dei trusts interni*, UTET, Torino, 2008, 173 s.; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 450.

<sup>93</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 450, nota 42; *Penn v. Lord Baltimore* (1750).

<sup>94</sup> *Webb v. Webb* (1991).

Stato contraente in cui è situato l'immobile la giurisdizione esclusiva nelle controversie in materia di diritti reali immobiliari<sup>95</sup>.

Sia il giudice inglese che la Corte di Giustizia hanno infatti ritenuto che la controversia in questione, malgrado avesse ad oggetto un immobile situato in Francia, non fosse attratta presso il foro esclusivo individuato dalla Convenzione, coincidente con il *forum rei sitae*.

In particolare il giudice inglese ha rilevato che la domanda proposta non incideva in alcun modo sulla condizione giuridica dell'immobile, ma mirava esclusivamente a tutelare il diritto del beneficiario attore mediante un *order in personam against the defendant*, cioè mediante un ordine diretto personalmente al *trustee* convenuto. L'azione intentata nella fattispecie dal beneficiario non implicava infatti alcuna forma di *vesting order*, bensì era al contrario diretta ad ottenere un'*injunction* che ordinasse al *trustee* di eseguire le formalità necessarie per conferire allo stesso beneficiario la *legal ownership* dell'immobile<sup>96</sup>.

Quanto alla Corte di Giustizia, essa ha escluso che l'azione intentata dal beneficiario avesse carattere *in rem* agli effetti dell'art. 16, co. 1°, della summenzionata Convenzione<sup>97</sup>.

Autorevole dottrina<sup>98</sup> ha dedotto dalla sentenza della Corte di Giustizia, facendo leva sul carattere personale implicitamente attribuito all'azione promossa dal beneficiario, la natura personale del diritto a lui spettante.

Si deve però ritenere che la distinzione tra azioni personali e azioni reali, operata dalla Corte di Giustizia sulla base della succitata Convenzione e finalizzata all'individuazione del giudice competente, abbia poco in comune con la generale distinzione tra azioni personali e azioni reali e ancor meno con la distinzione sostanziale tra diritti personali e diritti reali. Tra l'altro sembrerebbe che alla decisione della Corte di Giustizia siano sottese anche considerazioni di opportunità, poiché sarebbe stato

---

<sup>95</sup> Il corrispondente testo inglese parla di "*proceedings which have as their objects rights in rem in...immovable property*".

<sup>96</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 450, nota 42.

<sup>97</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa *Webb v. Webb* C-294/92, sentenza del 17 maggio 1994, ove si legge che "l'azione volta a far constatare che una persona detiene un immobile in qualità di *trustee* e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della *legal ownership* non è un'azione reale ai sensi dell'art. 16 punto 1 della Convenzione di Bruxelles".

<sup>98</sup> LUPOI, *Introduzione ai trusts*, cit., 78 s.

sconveniente riservare alla giurisdizione francese la cognizione di una lite insorta tra parti residenti in Inghilterra e fondata su un titolo ivi formato<sup>99</sup>.

Quanto alle ipotesi in cui la condotta costituente *breach of trust* sia già intervenuta, è necessario distinguere a seconda che essa consista o meno nell'indebita alienazione a terzi dei beni costituiti in *trust*.

Infatti, qualora l'inadempimento del *trustee* non coincida con l'indebita alienazione della *trust property*, il beneficiario disporrà di una tutela risarcitoria, non dissimile da quella nota in qualsiasi sistema di *civil law*<sup>100</sup>.

Viceversa, laddove il *trustee* abbia illegittimamente alienato la *trust property*, il beneficiario dispone di una tutela reipersecutoria, finalizzata a ottenere la restituzione dei beni originariamente costituiti in *trust* ovvero la consegna dei beni risultanti dall'investimento dei primi dal terzo acquirente, salvo che costui abbia acquistato a titolo oneroso e *without notice*<sup>101</sup>.

In altre parole, al determinarsi della situazione patologica di cui sopra, l'*equity* accorda al *beneficial owner*, cioè al beneficiario, la possibilità di esperire un *proprietary claim*<sup>102</sup>, idoneo a determinare a suo favore un effetto restitutorio o comunque recuperatorio<sup>103</sup>; il beneficiario gode dunque di tutela reale nei confronti del terzo acquirente, fatta eccezione per il *bona fide purchaser for value without notice*<sup>104</sup>.

Ad ogni modo il beneficiario otterrà l'effetto recuperatorio solo mediatamente, cioè, come è stato esattamente rilevato<sup>105</sup>, per mezzo di una *fictio iuris*, e precisamente attraverso la costituzione di un *constructive trust* a carico del terzo acquirente, il quale sarà perciò obbligato a trasferire i beni gravati dal vincolo allo stesso beneficiario.

Quest'ultimo, al fine di esperire utilmente il *proprietary claim* ed ottenere in tal modo la costituzione in suo favore di un *constructive trust*, deve individuare i beni che costituiscono l'oggetto della sua domanda, siano essi i beni originariamente facenti parte della *trust property*, siano essi i beni ottenuti tramite l'investimento dei primi<sup>106</sup>.

---

<sup>99</sup> GAMBARO Antonio, *Il diritto di proprietà*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1995, 629, nota 51.

<sup>100</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 452; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 41; *Nocton v. Lord Ashburton* (1914).

<sup>101</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 45; CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, cit., 121, nota 8; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 29.

<sup>102</sup> Si intende con tale locuzione l'azione giudiziaria diretta a recuperare una determinata *property* (v. GARNER Bryan A. (a cura di), *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul., Minn., 1999, 31).

<sup>103</sup> *Boscawen v. Bajwa* (1995).

<sup>104</sup> SANTORO Laura, *Il trust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2009, 29.

<sup>105</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 149.

<sup>106</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 142 ss.

Allo scopo di effettuare tale individuazione, e dunque al fine ultimo di conseguire l'effetto recuperatorio, il beneficiario deve avvalersi del *tracing*, tecnica probatoria atta e diretta ad individuare l'oggetto della sua domanda<sup>107</sup>. È dunque evidente che l'attivazione di tale tecnica si pone come prodromica e strumentale all'esito vittorioso del *proprietary claim* e di conseguenza all'emissione di un *proprietary remedy*<sup>108</sup>, quale la costituzione di un *constructive trust*, idoneo a tutelare le ragioni del beneficiario attore<sup>109</sup>.

Poste tali premesse, ne segue che l'istituto del *tracing* non va confuso né con un *remedy*, cioè con un rimedio<sup>110</sup>, né con un *claim*, cioè con un'azione<sup>111</sup>, giacché costituisce invece una procedura istruttoria con finalità reipersecutorie<sup>112</sup>.

Il termine *tracing* indica infatti un processo di identificazione<sup>113</sup> e precisamente il processo diretto ad identificare i beni che costituiscono oggetto del *proprietary claim* e in ordine ai quali l'*equity* può imporre un *proprietary remedy*.

Attraverso il *tracing* il beneficiario attore deve anzitutto individuare l'*original property*, cioè i beni originariamente facenti parte della *trust property*, e in secondo luogo dimostrare che il terzo acquirente convenuto li ha scambiati con altri beni, noti in dottrina<sup>114</sup> e giurisprudenza<sup>115</sup> come *substitute* o *new assets*. A tal punto il beneficiario attore deve provare che il terzo acquirente convenuto *is still in the ownership*, cioè ha ancora la proprietà, dei *new* o *substitute assets*, nei quali si materializza il valore economico ottenuto dalla vendita, dalla permuta o dall'investimento dell'*original property*. L'esito positivo di quest'ultima prova costituisce condizione necessaria affinché la Corte possa costituire sui *new* o *substitute assets* un *constructive trust* a

---

<sup>107</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 49.

<sup>108</sup> E cioè un rimedio di carattere reale.

<sup>109</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 238 s.

<sup>110</sup> Nel senso che il *tracing* costituisce un rimedio reipersecutorio, v. BANCONE, *Trust ed enti non commerciali*, cit., 44; FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, cit., 205, nota 105.

<sup>111</sup> Nel senso che il *tracing* costituisce un'azione reipersecutoria, v. CARINGELLA Francesco, *Studi di diritto civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2007, 354; CAPOZZI Guido, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, 809.

<sup>112</sup> MEUCCI Serena, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2009, 533.

<sup>113</sup> BIRKS Peter, *Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts and restitution in Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations* edited by E. McKendrick, Clarendon Press, Oxford, 1992, 157.

<sup>114</sup> SMITH Lionel, *The Law of Tracing*, Oxford University Press, 1997, 6.

<sup>115</sup> *Foskett v. McKeown* (2000).

carico del convenuto e di conseguenza ordinare a quest'ultimo di trasferire tali beni al beneficiario<sup>116</sup>.

Il *tracing* consente così al beneficiario di far valere i suoi diritti sul *substitute asset*, cioè sul bene sostituito mediante scambio al bene, noto come *original property*, originariamente costituito in *trust*<sup>117</sup>.

Con l'espressione "*tracing the trust property*" i *common lawyers* indicano quel processo attraverso cui l'attore beneficiario segue le tracce della *trust property*, rinvenendole nel valore economico espresso dai beni con i quali essa è stata scambiata, siano detti beni individuati o fungibili, come il denaro: in tal modo egli risale all'attuale configurazione materiale, evidentemente difforme da quella originaria, che il *trust fund* ha assunto in conseguenza delle variazioni determinate dagli spostamenti di ricchezza di cui è stato oggetto.

Il *trust fund* costituisce infatti un patrimonio suscettibile di essere investito e la cui composizione è perciò potenzialmente variabile; esso è senz'altro dotato di una propria individualità economica, la quale, distinta e separata dai singoli beni che di volta in volta lo compongono, è identificabile attraverso il riferimento al valore espresso da tali beni. Di conseguenza, nonostante le eventuali variazioni intervenute nella sua composizione, e dunque a prescindere dalla configurazione materiale concretamente assunta, il *trust fund* manterrà intatta la propria individualità economica, dal momento che il valore dei beni che originariamente lo componevano sarà espresso dai beni ad essi sostituiti mediante scambio<sup>118</sup>.

Avvalendosi del *tracing* il beneficiario attore non mira a recuperare o comunque a reclamare i beni originariamente oggetto del *trust*; al contrario egli dirige il *proprietary claim* verso l'attuale configurazione materiale assunta dal *trust fund* o, meglio, verso l'attuale valore del *trust fund*, espresso dai *new assets*, cioè dai beni ottenuti attraverso la vendita, la permuta o l'investimento dello stesso *trust fund*<sup>119</sup>. A titolo esemplificativo, i *new assets* potranno consistere nel denaro che il terzo acquirente convenuto ha ricavato dalla vendita della *trust property* ovvero nel pacchetto azionario acquistato con tale denaro dallo stesso terzo.

---

<sup>116</sup> HUNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 852; *Boscawen v. Bajwa* (1995).

<sup>117</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 455.

<sup>118</sup> MAITLAND, *L'equità*, cit., 273.

<sup>119</sup> BIRKS Peter, *Mixing and Tracing. Property and Restitution* in (1992) 45 *Current Legal Problems*, 85.

La tecnica del *tracing* è esperibile con successo nella misura in cui sia possibile identificare il *trust fund* in qualche concreta configurazione: così, nel caso in cui il terzo, dopo aver acquistato la *trust property*, l'abbia dilapidata, come anche nel caso in cui la *trust property* acquistata dal terzo sia perita, non è possibile individuare il bene o l'insieme dei beni nei quali il valore del *trust fund* si concretizza<sup>120</sup>.

Qualora invece il beneficiario intenda recuperare o comunque reclamare l'*original property*, cioè gli specifici beni originariamente facenti parte del *trust fund*, dovrà avvalersi di una distinta tecnica probatoria, nota come *following*.

Con tale termine si intende quel processo attraverso cui il beneficiario segue lo specifico bene originariamente costituito in *trust* “*as it moves from hand to hand*”<sup>121</sup>, cioè nei suoi spostamenti da un possessore all'altro.

Sebbene la distinzione tra il *tracing* e il *following* sia negata da alcuni autori anglosassoni<sup>122</sup>, essa pare tuttavia evidente. Laddove l'*original thing*, cioè il bene originariamente costituito in *trust*, è impiegato per acquistare un altro bene, il cosiddetto *substitute asset*, l'esercizio del *tracing* si dirige verso quest'ultimo. Tuttavia, nella medesima situazione al beneficiario attore è accordata la facoltà di tralasciare il *substitute asset* e dirigere il *proprietary claim* verso l'*original thing*, seguendola negli spostamenti di ricchezza di cui essa è oggetto: una tale facoltà è detta *following*. Così, a titolo esemplificativo, il *following* avrà ad oggetto il quadro d'autore, originariamente facente parte della *trust property*, che il terzo acquirente ha venduto ad un collezionista, il quale a sua volta lo ha rivenduto a una galleria d'arte.

Alla luce di tali considerazioni è evidente che, se l'obiettivo del beneficiario è quello di far valere il suo diritto sull'*original thing*, egli deve avvalersi non del *tracing*, bensì del *following*<sup>123</sup>.

In definitiva la distinzione fondamentale tra *following* e *tracing* consiste nel fatto che, mentre il primo ha ad oggetto l'*original thing*, cioè il bene originariamente oggetto del *trust*, il secondo riguarda sempre beni differenti dall'*original thing*<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> MOCCIA Luigi, *Il modello inglese di “proprietà”* in AA. VV., *Diritto privato comparato*, Editori Laterza, Bari, 2004, 106.

<sup>121</sup> *Foskett v. McKeown* (2000).

<sup>122</sup> SCOTT M., *The Right to “Trace” at Common Law* in (1966) 7, *University of Western Australia Law Review*, 463 s.

<sup>123</sup> SMITH Lionel, *The Law of Tracing*, Oxford University Press, 1997, 6.

<sup>124</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 147.

La tutela reipersecutoria cui il beneficiario del *trust* può accedere, mediante il ricorso alle tecniche del *following* e del *tracing*, nell'ipotesi di indebita alienazione da parte del *trustee* dei beni oggetto del *trust*, si discosta nettamente dalla tutela, meramente obbligatoria, accordata al fiduciante del negozio fiduciario romanistico in situazioni analoghe, e cioè tutte le volte in cui il fiduciario alieni i beni fiduciati in contrasto con lo scopo originariamente convenuto.

Nel paragrafo che segue si esaminerà più dettagliatamente la tutela reipersecutoria accordata al beneficiario del *trust* e saranno evidenziate le differenze tra gli strumenti di tutela predisposti in favore di quest'ultimo e quelli concessi al fiduciante del negozio fiduciario nella situazione patologica in cui, rispettivamente, il *trustee* o il fiduciario alieni indebitamente la *trust property* o i beni fiduciati.

#### 4. 3. Comparazione tra la tutela del beneficiario nel *trust* e la tutela del fiduciario nel negozio fiduciario

Avendo brevemente esposto nel precedente paragrafo le tecniche probatorie del *following* e del *tracing*, occorre adesso prendere in considerazione le specifiche ipotesi nelle quali il beneficiario potrà avvalersi delle suddette tecniche, al fine di ottenere la restituzione dell'*original thing*, cioè degli specifici beni originariamente costituiti in *trust* e indebitamente alienati dal *trustee*, ovvero la consegna dei *new* o *substitute assets*, cioè dei beni sostituiti mediante scambio all'*original thing* e nei quali si esprime l'attuale valore del *trust fund*.

Occorre anzitutto considerare l'ipotesi base in cui il *trustee* abbia indebitamente alienato la *trust property* ad un *knowing receipt*, cioè a un terzo acquirente cui il beneficiario può opporre il proprio *equitable interest*. In concreto il *knowing receipt* sarà un *volunteer*, cioè un acquirente a titolo gratuito, ovvero un acquirente a titolo oneroso, ma *with notice* dell'esistenza del *trust*<sup>125</sup>.

Nella succitata ipotesi l'*equity* accorda al beneficiario il diritto di agire in via recuperatoria, e quindi di esperire un *proprietary claim*, nei confronti del *knowing receipt*<sup>126</sup>. Ai fini dell'esito positivo dell'azione giudiziale, il beneficiario dovrà avvalersi della tecnica probatoria del *following*, in quanto ciò che egli reclama, e dunque il *petitum* della sua domanda, è l'*original thing*, cioè lo specifico bene originariamente costituito in *trust*.

L'esperimento vittorioso del *proprietary claim* condurrà alla costituzione di un *constructive trust* sull'*original thing* a carico del terzo acquirente convenuto, il quale sarà perciò obbligato a trasferire i beni gravati dal vincolo al beneficiario attore<sup>127</sup>.

Ad ogni modo nulla impedisce al beneficiario di dirigere la sua pretesa verso il *trustee*, per reclamare il denaro che costui ha ricavato dall'indebita alienazione della *trust property* ovvero i beni acquistati con tale denaro: a tal fine egli dovrà però avvalersi del *tracing*, in quanto il *petitum* della sua domanda deve ora individuarsi nei *new* o *substitute assets*, cioè nei beni sostituiti mediante scambio all'*original thing*.

Infatti, in linea di principio e conformemente a quanto stabilito in sede giurisprudenziale<sup>128</sup>, il beneficiario attore può scegliere se ricorrere al *following* o al

---

<sup>125</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 462 e nota 70.

<sup>126</sup> CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, cit., 112.

<sup>127</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 258.

*tracing* e dunque se, rispettivamente, seguire l'*original thing* nelle mani del terzo acquirente ovvero rintracciare presso il *trustee* il denaro ricavato dalla vendita dell'*original thing* o il bene acquistato con tale denaro<sup>129</sup>. Nella pratica è frequente il ricorso ad entrambe le tecniche: così il beneficiario attore tenterà dapprima di recuperare l'*original thing* dall'avente causa del *trustee* e solo in un secondo momento, a fronte dell'esito fallimentare del *following*, si servirà del *tracing*, dirigendo così la sua pretesa verso i *new assets* in possesso del *trustee*<sup>130</sup>.

In concreto il *following* avrà esito negativo se l'*original thing* è perita ovvero se il terzo acquirente convenuto l'ha integralmente dilapidata o dissipata ovvero ancora se egli è un *bona fide purchaser for value without notice*, cioè un acquirente a titolo oneroso e senza conoscenza dell'esistenza di un *trust* a favore di terzi sul bene<sup>131</sup>. L'onere di provare la ricorrenza di una di tali circostanze, idonee a paralizzare la pretesa del beneficiario attore, incombe sul terzo acquirente convenuto<sup>132</sup>.

Quanto alla nozione di *notice*, essa ricomprende sia l'*actual notice*, cioè la conoscenza effettiva e attuale, che la *constructive notice*, cioè la conoscenza presunta e potenziale. Quest'ultima consiste specificamente nella presunzione di conoscenza dell'esistenza di un *trust* a favore di terzi sul bene: in altre parole l'ordinamento presume che il terzo acquirente sia a conoscenza del *trust* qualora egli, comportandosi con la diligenza comunemente impiegata dalla generalità delle persone in simili casi ed effettuando quelle ricerche e indagini solitamente svolte da qualunque acquirente di media prudenza, avrebbe potuto conseguire tale conoscenza<sup>133</sup>; così la conoscibilità fa presumere la conoscenza<sup>134</sup>. Secondo la più recente giurisprudenza, il terzo acquirente è vincolato da una *constructive notice* nell'ipotesi in cui non abbia effettuato ulteriori indagini in circostanze nelle quali un *honest and reasonable man* si sarebbe reso conto che il bene oggetto della compravendita era costituito in *trust* e che il *trustee* ne stava disponendo indebitamente<sup>135</sup>. Il terzo acquirente è quindi tenuto a comportarsi con prudenza e diligenza durante la fase degli accertamenti precedenti all'acquisto e relativi

---

<sup>128</sup> *Foskett v. McKeown* (2000).

<sup>129</sup> CORSINI, *Il trustee nel processo del cognizione*, cit., 113 s.

<sup>130</sup> SMITH, *The Law of Tracing*, cit., 7; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 147, nota 35.

<sup>131</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 258 s.

<sup>132</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 169; *contra v. BIRKS Peter, Notice and Onus in O'Brien* in (1998) 12, *Trust Law International*, 2, secondo cui l'onere di dimostrare la *notice* incombe sul beneficiario attore, dal momento che si tratta di uno degli elementi costitutivi della sua domanda.

<sup>133</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 81.

<sup>134</sup> MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., 227, nota 6.

<sup>135</sup> *El Ajou v. Dollar Land Holdings* (1994).

allo stato di diritto del bene: se egli non si adegua a tale standard comportamentale, non potrà acquistare il bene libero dall'*equitable interest* del beneficiario<sup>136</sup>.

Quanto alle ipotesi in cui l'*original thing* sia perita ovvero il terzo l'abbia integralmente dilapidata o dissipata, è qui evidente che il beneficiario, pur avendo esperito un *proprietary claim*, non potrà conseguire alcun *proprietary remedy*: non si rinviene infatti un *asset*, cioè un bene o un insieme di beni, che, essendo identificabile come *a separate piece of property*, cioè come un patrimonio separato, possa costituire l'oggetto di un *proprietary remedy*<sup>137</sup>.

Fornita la prova di una delle summenzionate circostanze, il terzo acquirente sarà immune dal *following* del beneficiario, il quale, allora, dovrà necessariamente avvalersi del *tracing* e quindi dirigere l'azione contro il *trustee*, allo scopo di ottenere la costituzione di un *constructive trust* sui *new* o *substitute assets*<sup>138</sup>.

Comunque, l'*equitable interest* vantato dal beneficiario sul bene originariamente costituito in *trust* è opponibile non solo al terzo acquirente, ma anche ai successivi aventi causa<sup>139</sup>: dunque tale diritto insiste direttamente sull'*original thing* e la segue lungo una catena di trasferimenti potenzialmente illimitata, arrestandosi solo di fronte a un acquisto a titolo oneroso e *without notice*.

Di conseguenza, nel caso in cui il *knowing receipt* abbia a propria volta alienato l'*original thing*, il beneficiario può agire contro il subacquirente, se quest'ultimo è un *volunteer* ovvero un acquirente *for value*, ma *with notice* dell'esistenza del *trust*<sup>140</sup>; lo stesso vale per i successivi subacquirenti. È dunque evidente che, nell'eventualità in cui l'*original thing* sia oggetto di plurime alienazioni, il beneficiario può, attraverso il *following*, esperire il *proprietary claim* nei confronti degli aventi causa successivi al primo, salvo però il limite dell'acquisto a titolo oneroso e in buona fede<sup>141</sup>.

Pertanto, qualora il subacquirente possa invocare un acquisto a titolo oneroso e *without notice*, il beneficiario non ha la facoltà *to follow the original thing* presso di lui e si vede così preclusa la possibilità di ottenere la restituzione del bene originariamente costituito in *trust*. Tale preclusione non importa però alcuna sostanziale *deminutio* della tutela garantita al beneficiario, il quale potrà, avvalendosi del *tracing*, dirigere la sua

---

<sup>136</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 169.

<sup>137</sup> *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1985)* [1986].

<sup>138</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 259.

<sup>139</sup> LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 123.

<sup>140</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 259.

<sup>141</sup> CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, cit., 113, nota 60.

azione contro il terzo acquirente e quindi reclamare i *new* o *substitute assets*, cioè il denaro ricavato dalla vendita dell'*original thing* o i beni acquistati con tale denaro<sup>142</sup>.

Tra l'altro, l'avente causa dal *bona fide purchaser for value without notice* è immune dal *following* del beneficiario, anche se è un *volunteer* ovvero un acquirente a titolo oneroso, ma in male fede<sup>143</sup>. Ne consegue che l'*equitable interest* del beneficiario cessa irreversibilmente di insistere sui beni originariamente costituiti in *trust* ogniqualvolta tali beni siano acquistati da un *bona fide purchaser for value without notice*; ad ogni modo però il diritto del beneficiario non si estingue, bensì semplicemente si trasferisce sul ricavato ottenuto dalla vendita dell'*original thing*<sup>144</sup>.

Occorre inoltre segnalare che l'*equitable interest* del beneficiario torna nuovamente ad insistere sull'*original thing* ogniqualvolta il *trustee*, successivamente all'indebita alienazione al *bona fide purchaser for value without notice*, riacquisti la *trust property*: in tal caso infatti si ripristina la situazione anteriore all'indebita alienazione<sup>145</sup>.

Tornando al *tracing*, occorre notare che tale tecnica probatoria è da sola sufficiente a individuare i *new* o *substitute assets*, nei quali si esprime l'attuale valore del *trust fund*, soltanto quando tali beni costituiscano un *unmixed fund*, cioè quando essi non siano stati confusi con beni propri del *trustee* o del terzo.

Infatti, nell'ipotesi in cui il *trustee* abbia confuso il denaro ricavato dall'indebita alienazione del *trust fund* con il proprio denaro personale, creando così un *mixed fund*, interviene, a supporto del *tracing*, un articolato sistema di presunzioni, finalizzate ad individuare il valore del *trust fund*, e dunque l'oggetto dei diritti del beneficiario, all'interno del più ampio patrimonio monetario rappresentato dal *mixed fund*<sup>146</sup>. Le considerazioni che saranno svolte qui di seguito valgono anche per gli aventi causa del *trustee* inadempiente, i quali abbiano confuso il denaro ricavato dalla vendita dell'*original thing* con il proprio denaro personale, sempreché sia loro opponibile l'*equitable interest* del beneficiario.

---

<sup>142</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 259.

<sup>143</sup> HUNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 931; BARTOLI, *Il trust*, cit., 259 s.; *Brandlyn v. Ord* (1738).

<sup>144</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., .

<sup>145</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 260; HUNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 931; *Re Stapleford Colliery Co.* (1880).

<sup>146</sup> NERI Arianna, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 156 s.

Secondo un principio generale affermato in un noto precedente<sup>147</sup>, il *mixed fund* sarà oggetto di un *constructive trust* se e nella misura in cui il *trustee* non riesca a provare di averlo alimentato con mezzi economici propri<sup>148</sup>.

Se il *trustee* impiega il *mixed fund* allo scopo di acquistare un determinato bene, il beneficiario può ottenere su di esso l'imposizione di un'*equitable charge* o *lien*<sup>149</sup>, a garanzia della restituzione del *trust money*, cioè della somma rappresentante il valore del *trust fund*, impiegato nell'acquisto<sup>150</sup>. Per effetto della *charge* il beneficiario potrà far vendere il bene gravato dal vincolo e soddisfarsi sul ricavato con preferenza rispetto ad altri creditori. Tale rimedio, che in termini romanistici non ha carattere propriamente reale, consente tuttavia al beneficiario di recuperare integralmente il valore del *trust fund*, indi per cui la dottrina inglese<sup>151</sup> lo ricomprende tra i *proprietary remedies*.

Nel caso, piuttosto frequente nella pratica, in cui il *mixed fund* venga depositato su un conto corrente bancario, l'*equity* prevede apposite presunzioni, finalizzate a individuare il *trust money*, cioè la somma di denaro rappresentante il valore del *trust fund*, e in particolare a stabilire se il denaro eventualmente prelevato dal conto appartiene all'originario beneficiario o al *mixer*<sup>152</sup>.

In virtù della *presumption of honesty*, il denaro prelevato dal *mixer* si presume tratto dapprima dal suo patrimonio personale e, per l'eccedenza, dal *trust fund*: così il *proprietary claim* dell'*equitable owner* potrà dirigersi verso il denaro rimanente sul conto bancario<sup>153</sup>.

Si applica una presunzione inversa qualora il *mixer* prelevi parte del denaro giacente sul suo conto corrente per acquistare un bene personale e consumi il restante

---

<sup>147</sup> *Re Tilley's Will Trusts* (1967).

<sup>148</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 260; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 461.

<sup>149</sup> L'*equitable charge* o *lien* costituisce una *security*, cioè una garanzia, e, più precisamente, una garanzia reale, in forza della quale determinati beni sono destinati al soddisfacimento di un diritto di credito. Peculiarità di tale forma di garanzia è che essa non presuppone necessariamente il trasferimento al creditore del possesso del bene gravato dal vincolo (v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 445, 957 s.).

<sup>150</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 461; *Sinclair v. Brougham* (1914).

<sup>151</sup> HUNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 852.

<sup>152</sup> Per *mixer* deve intendersi il *trustee* inadempiente ovvero l'avente causa cui sia opponibile l'*equitable interest* del beneficiario, il quale abbia confuso il *trust money* con il proprio denaro personale (v. MORIARTY S., *Tracing, Mixing and Laundering in Laundering and Tracing* edited by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1995, 75).

<sup>153</sup> OLIVER P., *The extent of equitable tracing in* (1995) 9 *Trust Law International*, 79; *Re Hallett's Estate* (1880).

denaro: in tal caso sarà il bene acquistato l'oggetto del *proprietary claim* del beneficiario, il quale otterrà su di esso la costituzione di un *constructive trust*<sup>154</sup>.

Merita particolare attenzione l'ipotesi in cui il *trustee* abbia mescolato il proprio denaro personale con quello ottenuto dall'indebita alienazione di beni appartenenti a diversi *trust funds*, facendo così confluire su un unico conto corrente bancario fondi provenienti da una pluralità di *trusts*: in tal caso si applica la regola del *first in first out*, elaborata in un noto precedente giurisprudenziale<sup>155</sup>. In base a tale regola, i prelievi effettuati saranno imputati dapprima al patrimonio personale del *mixer*, poi al *trust* il cui fondo è stato versato per primo sul conto corrente bancario e, di seguito, agli altri *trusts* nell'ordine cronologico in cui è avvenuto il versamento dei fondi da essi provenienti. Tuttavia la regola del *first in first out*, se applicata incondizionatamente, può condurre a risultati arbitrari e ingiusti<sup>156</sup>.

Si prenda ad esempio il caso in cui Tizio, che riveste l'ufficio di *trustee* in tre distinti *trusts*, effettua indebite alienazioni dei beni oggetto di ciascuno di essi: egli, dopo aver venduto i beni costituiti nel *trust X*, deposita il ricavato della vendita, pari a 2.000 sterline, su un conto corrente a lui personalmente intestato; dopodiché vende i beni costituiti nel *trust Y*, ricavandone 4.000 sterline, che versa sullo stesso conto corrente; infine ottiene 6.000 sterline dalla vendita dei beni costituiti nel *trust Z* e di nuovo le versa sul proprio conto corrente. Così su tale conto sono presenti 12.000 sterline: Caio ne preleva 4.000, dissipandole per le proprie vacanze estive; dopodiché investe le restanti 8.000 in azioni, il cui valore sale progressivamente a 12.000 sterline.

In base alla regola del *first in first out*, il primo prelievo di 4.000 sterline esaurisce completamente il fondo del *trust X* e riduce di 2.000 sterline quello del *trust Y*. Quanto alle 8.000 sterline investite in azioni, esse sono considerate come provenienti per un quarto dalle 2.000 sterline residue sul fondo del *trust Y* e per tre quarti dalle 6.000 sterline del fondo del *trust Z*: di conseguenza le azioni appartengono per un quarto al *trust Y* e per tre quarti al *trust Z*, mentre al *trust X* non spetta alcunché. Tale soluzione è evidentemente iniqua: sarebbe sicuramente più equo, considerato che il valore attuale delle azioni ammonta a 12.000 sterline e cioè alla somma complessivamente ricavata dalle indebite alienazioni dei tre *trust funds*, distribuire le azioni secondo la seguente modalità: un sesto delle azioni, equivalente a 2.000 sterline,

---

<sup>154</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 261.

<sup>155</sup> *Clayton's case* (1816).

<sup>156</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 263 s.

al *trust* X, un terzo, equivalente a 4.000 sterline, al *trust* Y, la metà, equivalente a 6.000 sterline, al *trust* Z. In tal modo ciascun *trust* recupererebbe appieno il valore dei beni indebitamente sottrattigli e quindi ciascun *trust fund* verrebbe integralmente risanato.

Per ovviare a tale problematica le Corti statunitensi e canadesi hanno ideato il metodo cosiddetto “*rolling charge*”, in virtù del quale il prelievo effettuato riduce i vari *trust funds* proporzionalmente al loro ammontare, quale risulta al momento del prelievo stesso<sup>157</sup>.

Si deve adesso considerare la diversa ipotesi in cui il *trustee* infedele, così come qualunque avente causa cui sia opponibile l'*equitable interest* del beneficiario, abbia impiegato il denaro ricavato dalla vendita dell'*original thing*, cioè del bene originariamente costituito in *trust*, per far fronte a investimenti o spese riguardanti un proprio bene personale: ad esempio, per ristrutturare la casa di abitazione. In tal caso il *tracing* consentirà al beneficiario attore di ottenere l'imposizione di un'*equitable charge* sul bene in questione, cosicché egli potrà farlo vendere e soddisfarsi sul ricavato con preferenza rispetto ad altri creditori<sup>158</sup>.

Occorre infine menzionare una peculiare ipotesi di *tracing*, nota in giurisprudenza<sup>159</sup> come *backwards tracing*: qualora il *trustee* abbia acquistato un bene prendendo a prestito del denaro e abbia successivamente estinto il debito con il denaro appartenente al *trust*, il beneficiario potrà, per mezzo del *backwards tracing*, porre ad oggetto della propria domanda tale bene, malgrado il *trustee* lo abbia acquistato prima di ricevere il denaro gravato dal vincolo<sup>160</sup>.

L'analisi sopra svolta circa gli strumenti e le tecniche di tutela accordati al beneficiario dimostra che l'*equitable interest* di cui egli è titolare insiste direttamente sull'*original thing*, cioè sui beni originariamente costituiti in *trust*, e pertanto la segue in tutti i trasferimenti di cui essa è oggetto, senza alcun limite se non quello dell'acquisto a titolo oneroso e *without notice*. Infatti, attraverso il *following* il beneficiario segue l'*original thing* fino all'attuale possessore, eccezion fatta per il caso in cui questi sia un *bona fide purchaser for value without notice*.

L'inopponibilità dell'*equitable interest* del beneficiario al *bona fide purchaser for value without notice* vale ad escludere, come rilevato in precedenza e

---

<sup>157</sup> UNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 860 s.

<sup>158</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 262.

<sup>159</sup> *Agip (Africa) Ltd v. Jackson* (1991).

<sup>160</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, 159, nota 20.

conformemente a quanto sostenuto da autorevole dottrina<sup>161</sup>, la possibilità di configurare tale diritto come un vero e proprio *ius in rem* in senso romanistico, dal momento che esso è opponibile *erga omnes* solo tendenzialmente. Pertanto in termini romanistici l'*equitable interest* del beneficiario, pur differenziandosi nettamente da uno *ius in personam*, in quanto valevole nei confronti di una schiera di soggetti ben più ampia dei soli *trustees*, non può, a rigore, essere considerato uno *ius in rem*, dal momento che, non potendo essere fatto valere verso l'acquirente a titolo oneroso e *without notice*, non è propriamente opponibile *erga omnes*.

Ad ogni modo, il suddetto limite all'opponibilità dell'*equitable interest* del beneficiario dovrebbe rispondere, secondo quanto sostenuto da una corrente di quella dottrina che riconosce carattere reale a tale diritto, ai principi di sicurezza dei traffici giuridici<sup>162</sup> o comunque all'esigenza di evitare una stagnazione di tali traffici<sup>163</sup>, la quale si verificherebbe se qualunque avente causa del *trustee*, anche a titolo oneroso e in buona fede, fosse esposto al *proprietary claim* del beneficiario.

Sulla base di una più attenta analisi, la causa ultima di tale limite pare invece doversi rinvenire nella generale distinzione, caratteristica del sistema giuridico inglese, tra *equitable* e *legal interests* e negli effetti che da essa discendono. Infatti tale distinzione, derivante dall'originario sdoppiamento della funzione giurisdizionale tra le Corti di *equity* e le Corti di *common law*, importa notevoli conseguenze pratiche in ordine all'opponibilità degli *interests* nei confronti dei terzi: soltanto i *legal interests* hanno efficacia *erga omnes*, mentre gli *equitable interests* non sono valevoli verso i terzi *without notice*, cioè di buona fede. Ne consegue che la tutela degli *equitable interests* è affidata alla teoria della *notice*, cioè della conoscenza, attuale o presunta, dell'esistenza di un diritto protetto in *equity* da parte del terzo acquirente<sup>164</sup>.

Alla luce di tali osservazioni, è evidente che l'inopponibilità dell'*equitable interest* del beneficiario al *bona fide purchaser for value without notice* trova la sua ragion d'essere, prima ancora che in esigenze di certezza dei traffici giuridici, nella generale distinzione tra *legal* ed *equitable interests*, caratteristica del sistema giuridico inglese e in quanto tale non riscontrabile nei sistemi giuridici di *civil law*.

---

<sup>161</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 33, nota 1; CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, cit., 22.

<sup>162</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 553.

<sup>163</sup> HUNDERHILL, HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, cit., 931.

<sup>164</sup> DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 696, 857, 1060 s.

Si deve allora rilevare che vale a ben poco trasportare entro il sistema giuridico inglese concetti giuridici continentali e che, di conseguenza, è piuttosto sterile l'operazione interpretativa volta ad indagare se e in che misura l'*equitable interest* del beneficiario assomigli ad uno *ius in rem* in senso romanistico.<sup>165</sup>

Al cospetto di un sistema giuridico, quale quello inglese, ove *remedies precede rights*, è ben più utile, al fine di comprendere la natura della situazione giuridica di cui gode il beneficiario, esaminare, come si è fatto in questa sede, gli strumenti e le tecniche di tutela di cui egli dispone<sup>166</sup>. Proprio tale esame ha rivelato la natura reale della tutela accordata al beneficiario, la quale non assume mai carattere risarcitorio, nemmeno nell'ipotesi in cui l'*equitable interest* dello stesso beneficiario incontri il limite dell'acquisto a titolo oneroso e in buona fede. In tal caso infatti il beneficiario potrà rivalersi, grazie al *tracing*, sui *new o substitute assets*, cioè sui beni sostituiti mediante scambio all'*original thing*.

Pertanto, qualora il terzo acquisti a titolo oneroso e *without notice* dell'esistenza del *trust*, egli acquisterà il bene libero dai diritti del beneficiario; tuttavia il verificarsi di una tale eventualità non preclude al beneficiario di accedere a una tutela reipersecutoria, in quanto egli potrà agire verso il *trustee* e risalire, avvalendosi del *tracing*, al bene che costui ha ottenuto dall'indebito trasferimento della *trust property*, sia esso fungibile, come il denaro ricavato dalla vendita, sia esso individuato, come il pacchetto azionario acquistato con tale denaro<sup>167</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, è evidente che il *tracing* valga a conferire carattere reale al *proprietary claim* di cui dispone il beneficiario<sup>168</sup>, sicché si può legittimamente concludere che egli gode di tutela reale<sup>169</sup> e che, di conseguenza, il suo *equitable interest* si configura come un diritto reale<sup>170</sup>. In particolare l'*equitable interest* riconosciuto al beneficiario si configura come un *property right* insistente sul bene oggetto del *trust* ovvero sul bene ad esso sostituito. Il beneficiario può infatti, in linea di

---

<sup>165</sup> FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, cit., 33, nota 1.

<sup>166</sup> CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, cit., 112.

<sup>167</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 259.

<sup>168</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 156; v. *contra* LUPOI, *Trusts*, cit., 56, secondo cui il *tracing* accede ad un'azione personale e non reale.

<sup>169</sup> NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 142; GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 553; CONTALDI Gianluca, *Trust in Diritto internazionale privato* a cura di Roberto Baratta, Giuffrè, Milano, 2010, 497.

<sup>170</sup> CONTALDI Gianluca, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, Milano, 2001, 22 s.

principio e salvo il limite dell'acquisto a titolo oneroso e in buona fede, scegliere se perseguire il *trust fund* nella forma originaria o nei suoi derivati<sup>171</sup>.

D'altronde, se il diritto del beneficiario non fosse un vero e proprio *property right*, egli si vedrebbe preclusa la possibilità di promuovere un *proprietary claim*, dal momento che, al fine di intentare tale azione, è necessario dimostrare la titolarità di una *proprietary base*, cioè di una preesistente situazione giuridica soggettiva relativa a determinati beni<sup>172</sup>.

In definitiva il beneficiario è titolare non di una mera posizione creditoria nei confronti del *trustee*, bensì di una situazione giuridica soggettiva insistente su determinati beni, siano essi gli specifici beni originariamente costituiti in *trust*, che egli può seguire tramite il *following*, siano essi i beni nei quali si esprime l'attuale valore del *trust fund*, che egli può rintracciare mediante il *tracing*.

Pare quindi esatto definire il diritto del beneficiario come un “*equitable right in rem*”<sup>173</sup>: tale definizione rende infatti ragione sia del carattere reale di tale diritto che della sua natura *equitable*. Proprio la natura *equitable* dell'*interest* del beneficiario, e cioè il fatto che esso trovi riconoscimento in *equity*, è spiegazione sufficiente della sua inopponibilità al *bona fide purchaser for value without notice*, dal momento che una tale inopponibilità costituisce caratteristica comune a tutti gli *interests* classificabili come *equitable*.

Dunque nel sistema giuridico inglese, a differenza che negli ordinamenti giuridici continentali, non costituisce una contraddizione il fatto che un diritto reale sia inopponibile al terzo acquirente a titolo oneroso in buona fede, e ciò tutte le volte in cui tale diritto sia *equitable*, cioè trovi riconoscimento in *equity*. Di conseguenza, pur riconoscendo che l'*equitable interest* del beneficiario non costituisca uno *ius in rem* in senso romanistico, poiché soffre il limite dell'acquisto a titolo oneroso e in buona fede, ciò non toglie che esso rappresenti, entro il sistema giuridico inglese, un *right in rem*, cioè un diritto reale.

Quanto all'oggetto di tale diritto, valgono ad individuarlo le tecniche probatorie del *following* e del *tracing*.

---

<sup>171</sup> BOGERT G. T., *Trusts*, St. Paul, Minn., 1987, 577 ss.

<sup>172</sup> BIRKS Peter, *Overview: Tracing, Claiming and Defences in Laundering and Tracing*, cit., 311 s.; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, 149.

<sup>173</sup> GARDNER, *An introduction to the law of trusts*, cit., 204.

In particolare, la tutela apprestata al beneficiario per mezzo del *following* conferma che egli è titolare di un *equitable interest* sull'*original thing*, cioè su ogni singolo e specifico bene originariamente costituito in *trust*; parallelamente la tutela accordata al beneficiario per mezzo del *tracing* dimostra che l'*equitable interest* di cui egli è titolare insiste, oltre che sull'*original thing*, anche sul valore economico del *trust fund*, quali che siano i beni nei quali esso si concretizza.

Ne consegue che, poiché qualsiasi valore economico deriva e si concretizza in beni, il beneficiario non perde i suoi diritti se un bene appartenente al *trust fund* è sostituito da un altro. Pertanto, al variare della composizione del *trust fund*, i diritti dei beneficiari rimangono immutati e vengono ad insistere sui *new assets*, cioè sui beni nei quali il *trust fund* è stato convertito e i quali rappresentano quindi il valore economico dello stesso *trust fund*<sup>174</sup>.

In definitiva, nell'ipotesi di indebita alienazione dei beni gravati dal vincolo, il beneficiario del *trust* può accedere, per mezzo del *following* e del *tracing*, a una tutela di carattere reale, ben diversamente dal fiduciante del negozio fiduciario romanistico, il quale, nella medesima ipotesi, può ottenere esclusivamente la condanna del fiduciario infedele al risarcimento dei danni<sup>175</sup>.

Infatti, se il fiduciario aliena illegittimamente il bene fiduciato a un terzo, quest'ultimo acquista validamente, anche se è in mala fede, poiché il *pactum fiduciae* non può essere opposto a terzi<sup>176</sup>; in tal caso il fiduciante non godrà di altra tutela se non quella risarcitoria.

Ne segue che la tutela di cui dispone il fiduciante ha carattere meramente obbligatorio e quindi è ben più debole di quella accordata al beneficiario del *trust*, che ha carattere reale.

---

<sup>174</sup> GAMBARO, voce *Trusts*, cit., 455 s.

<sup>175</sup> GALGANO Francesco, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova, 2010, 471; Cass., 29 novembre 1985, n. 5058 in *Massimario del Foro italiano*, 1985, secondo cui l'inosservanza del *pactum fiduciae* non influisce sulla validità del contratto con il quale il fiduciario abbia trasferito il bene fiduciato a un terzo, a prescindere dalla buona o mala fede di quest'ultimo, salvo restando il diritto del fiduciante ad essere risarcito del danno derivantegli dall'inadempimento di quel patto.

<sup>176</sup> FRANZONI Massimo, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto* in *Diritto civile* diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, 836; Cass. civ., sez. II, 18 ottobre 1991, n. 11025, secondo cui "poiché il negozio fiduciario, nella parte contenente il *pactum fiduciae*, non è trascrivibile, in considerazione della sua natura obbligatoria, nulla impedisce al fiduciario di trasferire, in sua violazione, il diritto cedutogli ad un terzo, il cui acquisto è pienamente valido ed efficace anche nei confronti del fiduciante".

Tuttavia si è osservato<sup>177</sup> che l'ordinamento italiano, nella misura in cui prevede, all'art. 2932 c.c., l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, predispone un rimedio cui il fiduciante può accedere per tutelare in via reale la propria posizione. Infatti, dal momento che il negozio fiduciario genera in capo al fiduciario l'obbligo di ritrasferire il bene fiduciato e quindi di concludere con il fiduciante un contratto traslativo avente ad oggetto tale bene, il fiduciante può ottenere, se il fiduciario rifiuta di adempiere l'obbligo di contrarre, una sentenza che esegua in forma specifica il suddetto obbligo. Tale sentenza, di natura costitutiva, produrrà gli effetti reali del contratto traslativo non concluso, riattribuendo il bene fiduciato al fiduciante.

Tra l'altro, la possibilità per il fiduciante di accedere a tale rimedio non soltanto è sostenuta in dottrina, ma è anche avallata in giurisprudenza. La posizione assunta al riguardo dal giudice italiano costituisce l'esito di un complesso *iter* interpretativo<sup>178</sup>: dapprima è stato affermato che il mandato ad acquistare, nella misura in cui impone al mandatario l'obbligo di ritrasferire il bene acquistato, rende praticabile il rimedio di cui all'art. 2932 c.c.<sup>179</sup>; dopodiché, equiparando il *pactum fiduciae* al mandato ad acquistare, è stata sancita la possibilità per il fiduciante di accedere al suddetto rimedio<sup>180</sup> e quindi di ottenere una sentenza che esegua in forma specifica l'obbligo del fiduciario, ovverosia l'obbligo di ritrasferire al fiduciante o di trasferire al terzo da costui indicato, per mezzo di apposito contratto traslativo, il bene fiduciato.

Occorre sottolineare che il fiduciante può agire in giudizio *ex art.* 2932 c.c. soltanto nell'ipotesi in cui il fiduciario si rifiuti di ritrasferirgli il bene fiduciato, senza perciò compiere atti dispositivi su di esso. In altre parole, il fiduciante può ottenere il

---

<sup>177</sup> ROPPO Vincenzo, *Il contratto*, Giuffè, Milano, 2001, 686 s.

<sup>178</sup> MIOZZO Andrea, sub *art.* 2932 in *Commentario al codice civile* a cura di Paolo Cendon, Giuffrè, Milano, 2008, 366.

<sup>179</sup> Cass. civ., sez. II, 20 marzo 1982, n. 1814 in *Giustizia Civile, Massimario*, 1982, secondo cui "il ricorso al rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. - dato il tenore letterale di tale norma, che prevede l'obbligazione assunta da un soggetto di concludere un contratto e la possibilità di sanzionare nella sentenza costitutiva il diritto non trasferito malgrado l'assunta obbligazione (comma 1), includendo tra i contratti suscettibili di esecuzione in forma specifica quelli aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di altro diritto (comma 2) - deve ritenersi consentito non solo per il preliminare di vendita, bensì pure per il mandato a comprare, poiché anche da questo sorge l'obbligo, in capo al mandatario, di ritrasferire il bene acquistato al mandante".

<sup>180</sup> Trib. Roma, 29 novembre 1999, in *Giurisprudenza Romana*, 2000, 252, secondo cui "la vendita fiduciaria costituisce una ipotesi di collegamento negoziale tra un negozio di trasferimento della proprietà ed un mandato, in virtù del quale il fiduciario si obbliga a gestire la cosa venduta nell'interesse del fiduciante, ed a ritrasferirla a quest'ultimo nei termini pattuiti. Ne consegue che, in caso di violazione, da parte del fiduciario, dell'obbligo di ritrasferimento della cosa, il fiduciante può chiedere al giudice una sentenza costitutiva che, ai sensi dell'art. 2932 c.c., tenga luogo del negozio di ritrasferimento".

rimedio *ex art.* 2932 c.c. alla sola condizione che il bene fiduciato si trovi ancora nel patrimonio del fiduciario<sup>181</sup>.

Infatti, in tutte quelle ipotesi in cui il fiduciario abbia alienato a terzi il bene fiduciato, la tutela predisposta dall'art. 2932 c.c. non è accessibile al fiduciante, in quanto, essendo il fiduciario pieno proprietario del bene fiduciato, l'atto di alienazione che egli compie in relazione a tale bene rimane valido ed efficace: in tali ipotesi il fiduciante non può chiedere altro se non il risarcimento dei danni *ex art.* 1218 c.c.<sup>182</sup>. Ciò a riprova del fatto che, nell'ipotesi di indebita alienazione dei beni gravati dal vincolo, il fiduciante del negozio del negozio fiduciario romanistico dispone di una tutela meramente obbligatoria, a differenza del beneficiario del *trust*, che gode di tutela reale.

Ad ogni modo è evidente la somiglianza tra la sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario, da un lato, e il *vesting order* anglosassone, esaminato nel precedente paragrafo, dall'altro. Entrambi tali rimedi, di carattere reale, consentono di conseguire, nell'ipotesi il cui il fiduciario o il *trustee* si rifiuti di trasferire il bene gravato dal vincolo al fiduciante o al beneficiario, un provvedimento giudiziale costitutivo dell'effetto traslativo e quindi idoneo ad attribuire al fiduciante o al beneficiario la proprietà di tale bene.

In conclusione, nella misura in cui al beneficiario è accordata tutela reale, e dunque assoluta, il *trust* anglosassone differisce profondamente dal negozio fiduciario romanistico, entro il quale al fiduciante è invece concessa una tutela meramente obbligatoria. Tale differenza viene in rilievo proprio nell'ipotesi di indebita alienazione dei beni gravati dal vincolo: in tal caso, infatti, mentre il beneficiario del *trust* dispone di rimedi giuridici tali da ripristinare in forma specifica la propria posizione giuridica, il fiduciante è sprovvisto di simili rimedi e perciò auspica la realizzazione dello scopo pratico avuto di mira dal leale comportamento del fiduciario, piuttosto che dai rigorosi mezzi di coazione legale.

È allora evidente che, se, come precedentemente detto, si può parlare di fiducia in senso tecnico soltanto qualora l'affidante attenda la realizzazione dello scopo perseguito non dai rigorosi mezzi di coazione legale, bensì dal comportamento onesto e

---

<sup>181</sup> CARNEVALI Ugo, sub *Negoziio giuridico. III) Negoziio fiduciario* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990, 6.

<sup>182</sup> NITTI Roccangelo, voce *Negoziio fiduciario* in *Novissimo Digesto Italiano diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula*, UTET, Torino, 1957, 204.

leale dell'affidatario<sup>183</sup>, il negozio fiduciario romanistico ha pieno titolo per essere qualificato come fiducia in senso tecnico; viceversa il *trust* non può essere qualificato come tale, dal momento che l'ordinamento anglosassone appresta una tutela reale e assoluta a favore del beneficiario<sup>184</sup>.

Fiducia e tutela rappresentano così due termini inversamente proporzionali, tali che la presenza dell'uno, se non esclude, quanto meno riduce considerevolmente la presenza dell'altro, e viceversa. Soltanto laddove ricorra, come nel negozio fiduciario romanistico, la tutela obbligatoria o debole dell'affidante potrà parlarsi di fiducia in senso tecnico; laddove si realizzi invece la tutela reale o assoluta dell'affidante non potrà parlarsi di fiducia in senso tecnico, ma solo di fiducia debole o affievolita.

Ne consegue che il *trust* anglosassone, in quanto è tutelato in modo assoluto dall'ordinamento, rappresenta un modello di fiducia debole o affievolita, al pari del negozio fiduciario di tipo germanico e del modello della legittimazione fiduciaria.

---

<sup>183</sup> GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità*, cit., 353; Id., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 552.

<sup>184</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 552 s.

#### 4. 4. La proprietà fiduciaria: dal *trust* all'ordinamento italiano

Come detto nel precedente paragrafo, nell'ipotesi di indebita alienazione dei beni gravati dal vincolo, si rinviene una notevole differenza tra negozio fiduciario romanistico e *trust*: infatti, mentre il fiduciante dispone di una tutela meramente obbligatoria, il beneficiario del *trust* gode di tutela reale.

Altra rilevante differenza tra il negozio fiduciario romanistico e il *trust* è data dal fatto che, mentre i creditori personali del *trustee* non possono soddisfarsi sui beni costituiti in *trust*<sup>185</sup>, i creditori personali del fiduciario possono agire in *executivis* sul bene fiduciato: ne segue che il fiduciante, a differenza del beneficiario del *trust*, è esposto al rischio di perdere definitivamente il bene gravato dal vincolo a causa dell'azione esecutiva intrapresa dai creditori del fiduciario<sup>186</sup>. In altre parole, mentre il bene fiduciato si confonde nel patrimonio del fiduciario, così costituendo, ai sensi dell'art. 2740 c.c., garanzia generica per l'adempimento delle sue obbligazioni, il *trust fund* costituisce un patrimonio autonomo e separato dal patrimonio personale del *trustee* e perciò non può essere assoggettato ad azione esecutiva da parte dei suoi creditori personali<sup>187</sup>. Occorre inoltre sottolineare che l'immunità del *trust fund* rispetto alle azioni esecutive dei creditori personali del *trustee* investe la totalità dei beni costituiti in *trust*, indipendentemente dalla loro tipologia<sup>188</sup>, e dunque sia i beni mobili<sup>189</sup>, che i beni immobili<sup>190</sup>, così come le azioni<sup>191</sup> e, più in generale, le quote di società<sup>192</sup>.

Ancora, un'altra significativa differenza tra il negozio fiduciario romanistico e il *trust* la si riscontra con riferimento all'ipotesi in cui si verifica il fallimento del soggetto cui sono stati affidati i beni gravati dal vincolo, cioè, rispettivamente, del fiduciario e del *trustee*. Nell'ipotesi di fallimento di quest'ultimo, i beni costituiti in *trust* restano esclusi dall'attivo fallimentare<sup>193</sup>: tale esclusione, dapprima stabilita dalla giurisprudenza<sup>194</sup>, è stata infine sancita per legge<sup>195</sup>. Viceversa, nel caso in cui a fallire

---

<sup>185</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 266 s.; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 391.

<sup>186</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 471.

<sup>187</sup> DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, cit., 1487.

<sup>188</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 392.

<sup>189</sup> *Cailland v. Eastwick* (1794).

<sup>190</sup> *Heritable Reversionary Company Ltd. v. Millar* (1892).

<sup>191</sup> *Cooper v. Griffin* (1892); *Hawks v. Mc Arthur* (1951).

<sup>192</sup> *Howard v. Sadler* (1893).

<sup>193</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 391 ss.

<sup>194</sup> *Bennet v. Davis* (1725).

<sup>195</sup> Insolvency Act 1986, section 283 (3) (a), esclude dall'attivo fallimentare la "property held by the bankrupt on trust for any other person".

sia il fiduciario, il fiduciante non potrà ottenere la separazione dei beni fiduciati, i quali ricadono nell'attivo fallimentare, e non gli resterà altra scelta che quella di insinuare al passivo, in via chirografaria, il suo credito<sup>196</sup>.

Ad ogni modo, le differenze tra il negozio fiduciario e il *trust* si attenuano con riferimento agli effetti conseguenti alla morte del soggetto cui sono stati affidati i beni gravati dal vincolo. Infatti, in caso di morte del fiduciario, agli eredi viene trasmessa non soltanto la proprietà dei beni fiduciati, ma anche l'obbligo di ritrasferire detti beni al fiduciante: pertanto quest'ultimo, sebbene non possa rivendicare i beni fiduciati, in quanto di proprietà degli eredi del fiduciante, potrà domandare a costoro l'adempimento del *pactum fiduciae* e dunque il ritrasferimento del bene<sup>197</sup>. È quindi evidente che alla morte del fiduciario il vincolo gravante sui beni fiduciati non viene meno: diversamente, il fiduciante non potrebbe esigere il ritrasferimento dei beni fiduciati dagli eredi del fiduciario. Analogamente, alla morte del *trustee*, il *trust* o, meglio, il vincolo sui beni costituenti il *trust fund* non si estingue. Qualora vi siano *trustees* superstiti, il diritto di cui era titolare il *de cuius* viene trasmesso a costoro, i quali continuano nell'esercizio delle loro funzioni<sup>198</sup>. La morte dell'unico *trustee* comporta, al contrario, la devoluzione dei beni del *trust fund* al suo *personal representative*, cioè al suo esecutore testamentario, il quale li acquista vincolati in *trust*; a tale soggetto compete l'esercizio dei poteri già spettanti al *trustee* e la nomina di nuovi *trustees*<sup>199</sup>.

Da quanto precede emerge chiaramente che il *trust* e il negozio fiduciario romanistico, pur costituendo entrambi manifestazione del fenomeno fiduciario nell'ambito, rispettivamente, degli ordinamenti appartenenti all'area di *common law* e degli ordinamenti appartenenti all'area di *civil law*, differiscono profondamente. Le differenze sopra enucleate, attinenti alla natura della tutela accordata al beneficiario e al fiduciante, all'aggregabilità dei beni gravati dal vincolo da parte dei creditori personali del *trustee* o del fiduciario e, infine, alla sorte cui i predetti beni sono soggetti in caso di fallimento dell'uno o dell'altro, sono riconducibili a una fondamentale differenza, rilevabile sul piano della natura della situazione giuridica di cui è titolare il soggetto cui

---

<sup>196</sup> CARNEVALI, *Negozio giuridico. III)Negozio fiduciario*, cit., 8.

<sup>197</sup> CARNEVALI, *Negozio giuridico. III)Negozio fiduciario*, cit., 7 s.

<sup>198</sup> *Warburton v. Sandys* (1854); *Re Harding* (1923); Trustee Act 1925, section 18 (1), dispone che "where a power or trust is given to or imposed on two or more trustees jointly, the same may be exercised or performed by the survivors or survivor of them for the time being".

<sup>199</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., 398.

sono stati affidati i beni gravati dal vincolo. Infatti, sebbene tanto il *trustee* quanto il fiduciario siano proprietari dei beni loro affidati, la proprietà di cui è titolare il primo si atteggia diversamente da quella spettante al secondo: precisamente, la proprietà del *trustee* configura un'ipotesi di proprietà fiduciaria<sup>200</sup>.

Il *trustee* è dunque proprietario fiduciario dei beni affidatigli: pertanto, sebbene egli goda, in quanto proprietario, del potere di disporre di tali beni, è tenuto, in qualità di fiduciario, ad avvalersi del predetto potere non nell'interesse proprio, bensì nell'interesse altrui, precisamente del beneficiario. La realizzazione di detto interesse è assicurata dall'imposizione, sui beni costituenti il *trust fund*, di un vincolo di destinazione avente carattere reale, opponibile perciò ai creditori e agli aventi causa del *trustee*<sup>201</sup>; tale vincolo importa, quale effetto principale, quello della segregazione, cioè dell'assoluta separazione tra i suddetti beni e i restanti beni facenti parte del patrimonio personale dello stesso *trustee*<sup>202</sup>.

Il *trust* realizza così l'effetto di segregare i beni che ne costituiscono l'oggetto, ovvero la *trust property*, i quali, pur fuoriuscendo dal patrimonio del *settlor*, non si confondono con quello del *trustee*<sup>203</sup>. In tal modo, i beni trasferiti al *trustee* vengono a formare oggetto di un patrimonio separato dal suo patrimonio personale e, di conseguenza, immune dalle azioni esecutive dei suoi creditori personali; il patrimonio in esame sarà, di contro, destinato unicamente al soddisfacimento delle obbligazioni contratte dal *trustee* nell'esercizio delle sue funzioni.

Per effetto della segregazione, le vicende personali e obbligatorie del *trustee* non possono ripercuotersi sul *trust fund*; ne consegue che i creditori personali del *trustee* non possono rivalersi sul *trust fund*, che il fallimento del *trustee* non comporta l'inclusione del *trust fund* nella massa fallimentare, che gli eredi del *trustee* non hanno alcun diritto sul *trust fund*<sup>204</sup>.

In definitiva, i beni costituenti il *trust fund*, in quanto gravati da un vincolo di destinazione reale, vengono a costituire un patrimonio separato dal patrimonio

---

<sup>200</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 550.

<sup>201</sup> LAMBERTINI Renzo, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Giappichelli, Torino, 2010, 93.

<sup>202</sup> SARRO Raffaella, *Le risposte del trust: il trust spiegato in parole semplici e tramite esperienze di vita*, Giuffrè, Milano, 2010, 152.

<sup>203</sup> ZANCHI Duccio, *Trust nel diritto internazionale privato in Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2008, 262.

<sup>204</sup> LUPOI Maurizio, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, CEDAM, Padova, 2010, 7.

personale del *trustee*, il quale, di conseguenza, non ha la piena proprietà, bensì la mera proprietà fiduciaria dei suddetti beni.

Diversamente dal *trust*, nel negozio fiduciario non si realizza l'effetto della segregazione patrimoniale<sup>205</sup>, ragion per cui i beni fiduciati si confondono col patrimonio personale del fiduciario: ne consegue esattamente il contrario di quanto appena detto con riferimento al *trust*, e cioè che i beni fiduciati sono esposti alle azioni esecutive dei creditori del fiduciario, che i beni fiduciati sono ricompresi nell'attivo fallimentare del fiduciario, che gli eredi del fiduciario acquistano la proprietà del bene fiduciato, seppur con l'obbligo di ritrasferire detti beni al fiduciante.

È allora evidente che sui beni fiduciati insiste un vincolo di destinazione avente carattere meramente obbligatorio, inopponibile perciò ai creditori e agli aventi causa del fiduciario. Pertanto, sebbene il fiduciario, parimenti al *trustee*, sia obbligato ad amministrare i beni affidatigli nell'interesse altrui, la realizzazione di detto interesse, diversamente da quanto avviene nel *trust*, non è assicurata dall'imposizione, sui suddetti beni, di un vincolo di natura reale. Ne consegue che il fiduciario, a differenza del *trustee*, non è titolare della proprietà fiduciaria, bensì della piena proprietà dei beni affidatigli.

In definitiva, i beni fiduciati, in quanto gravati da un vincolo di destinazione meramente obbligatorio, si confondono con il patrimonio personale del fiduciario, il quale, di conseguenza, è pieno proprietario dei suddetti beni.

Da quanto precede segue che si può parlare di proprietà fiduciaria soltanto qualora i beni affidati siano gravati da un vincolo di destinazione reale<sup>206</sup>, il quale importa, quale effetto principale, la separazione dei suddetti beni dal patrimonio personale dell'affidatario, come avviene nel *trust* anglosassone. Per converso, non si può parlare di proprietà fiduciaria tutte le volte in cui i beni affidati siano gravati da un vincolo meramente obbligatorio, il quale, essendo inopponibile ai creditori e agli aventi causa dell'affidatario, implica la confusione dei suddetti beni con il patrimonio personale dell'affidatario stesso<sup>207</sup>: in tali casi, quest'ultimo soggetto avrà la piena proprietà dei beni affidatigli, al pari del fiduciario del negozio fiduciario romanistico.

---

<sup>205</sup> BARBA Angelo, ZANCHI Duccio, *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Giappichelli, Torino, 2012, 488 s.

<sup>206</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 465; FORTUNATO Giusi, *Il trust: comparazione tra la "proprietà civile" e la "proprietà" del trustee*, Editrice Le Fonti, Milano, 2008, 84.

<sup>207</sup> LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., 94.

In conclusione, il *trust* e il negozio fiduciario sono accomunati dalla costituzione di un vincolo di destinazione sui beni affidati, dal momento che tanto la *trust property* quanto i beni fiduciati sono destinati al servizio di un interesse altrui, rispettivamente del *trustee* e del beneficiario; tuttavia tale vincolo assume, nell'una e nell'altra fattispecie, carattere differente.

Precisamente, mentre la costituzione del *trust* imprime sulla *trust property* un vincolo di destinazione reale, cioè pienamente opponibile sia ai creditori personali che agli aventi causa del *trustee*<sup>208</sup>, la stipulazione del negozio fiduciario imprime sui beni fiduciati un vincolo di destinazione meramente obbligatorio, in quanto tale valevole soltanto *inter partes* e perciò inopponibile a terzi<sup>209</sup>.

Ne consegue che, mentre il fiduciario è titolare della piena proprietà dei beni fiduciati, il *trustee* è investito, rispetto alla *trust property*, di una posizione giuridica di più ridotto contenuto, qualificabile come proprietà fiduciaria<sup>210</sup>. Suddetta proprietà si configura, infatti, ogniqualvolta il vincolo di destinazione del bene al servizio di un interesse altrui presenta carattere reale<sup>211</sup>, ciò comportando che lo stesso bene venga a costituire oggetto di un patrimonio separato dal patrimonio personale dell'affidatario.

Occorre adesso verificare in quali ipotesi, nel nostro ordinamento, si possa parlare di proprietà fiduciaria.

In primo luogo, si può rinvenire un'ipotesi di proprietà fiduciaria con riferimento ai beni gestiti dalle società fiduciarie, cioè da quelle società che, ai sensi dell'art. 1, legge 23 novembre 1939, n. 1966, si propongono, sotto forma di impresa, l'amministrazione di beni per conto di terzi<sup>212</sup>.

L'oggetto sociale delle società fiduciarie consiste pertanto nell'amministrazione di beni, e precisamente di strumenti finanziari, per conto di terzi; la peculiarità di tale fattispecie di amministrazione risiede nel fatto che i beni amministrati sono fiduciariamente intestati alla società fiduciaria. Per tale ragione può dirsi attività propria della suddetta società non la semplice gestione di beni per conto di terzi, bensì la gestione fiduciaria, cioè la gestione di beni altrui mediante intestazione fiduciaria,

---

<sup>208</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 266 s.

<sup>209</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 465 s.

<sup>210</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 550.

<sup>211</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 465; FORTUNATO Giusi, *Il trust: comparazione tra la "proprietà civile" e la "proprietà" del trustee*, cit., 84.

<sup>212</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 466.

attività che quindi si concreta in un agire o in un amministrare per conto altrui ma in nome proprio<sup>213</sup>.

Alla luce di tale considerazione di carattere generale, le società fiduciarie di cui si tratta devono essere tenute distinte dalle cosiddette società fiduciarie o di revisione, le quali, disciplinate anch'esse dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966, sono costituite per assumere l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni<sup>214</sup>.

In particolare le società fiduciarie si distinguono in società fiduciarie di amministrazione o statiche e società fiduciarie di gestione o dinamiche. Tale bipartizione è stata legislativamente sancita dapprima dall'art. 17 della legge 2 gennaio 1991, n. 1, che ha prescritto l'iscrizione delle società fiduciarie di gestione o dinamiche in un'apposita sezione speciale dell'albo delle SIM<sup>215</sup>, e successivamente dall'art. 60, co. 4°, d.lgs. n. 415/1996, che ha imposto alle suddette società la denominazione di SIM<sup>216</sup>.

La differenza tra le società fiduciarie statiche e le società fiduciarie dinamiche afferisce fondamentalmente alle rispettive funzioni: mentre le prime assumono il ruolo di mere intestatarie di strumenti finanziari, impegnandosi altresì nella loro ordinaria gestione, le seconde svolgono una vera e propria attività di gestione patrimoniale, potendo modificare, attraverso operazioni di investimento e disinvestimento, la composizione del patrimonio fiduciato<sup>217</sup>.

In altre parole, mentre la società fiduciaria statica si limita all'ordinaria amministrazione di titoli, eseguendo fedelmente le istruzioni impartite dal fiduciante, la società fiduciaria dinamica gode del potere di disporre dei beni ad essa affidati e quindi di un potere gestorio autonomo e discrezionale, diretto a realizzare i risultati economici indicati dal cliente fiduciante, i quali possono consistere nella conservazione

---

<sup>213</sup> GIRINO Emilio, *Dizionario di finanza. Tecniche, strumenti, operatori*, IPSOA, Milano, 2005, 271; MAZZIA Nicola, *Intestazione fiduciaria e successione "mortis causa"* (nota a Cass., 10 dicembre 1984, n. 6478) in *Foro italiano*, I, 1985, c. 2327; MERUZZI Giovanni, *Intestazione a società fiduciaria di titoli azionari in Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 1995, 400.

<sup>214</sup> MAZZIA Nicola, *Intestazione fiduciaria e successione "mortis causa"*, cit., 2327.

<sup>215</sup> Attualmente, ai sensi del d.lgs. n. 141/2010, le società fiduciarie dinamiche sono iscritte in una sezione separata dell'albo, previsto dal novellato art. 106 TUB, degli intermediari finanziari autorizzati, il quale è tenuto dalla Banca d'Italia.

<sup>216</sup> TENCATI Adolfo, *Le garanzie dei crediti*, UTET, Torino, 2012, 332.

<sup>217</sup> GIRINO Emilio, *Dizionario di finanza*, cit., 271.

del valore reale dei beni affidati, nel conseguimento di guadagni di capitale o di rendite ovvero in una combinazione graduata di tali finalità<sup>218</sup>.

Pertanto, il tratto discriminante tra la società fiduciaria statica e la società fiduciaria dinamica sarebbe rappresentato dal potere di disposizione, accordato alla seconda e negato, invece, alla prima<sup>219</sup>.

Le società fiduciarie, sia statiche che dinamiche, possono comunque essere tenute insieme, sulla base della considerazione che entrambe hanno quale oggetto sociale la gestione fiduciaria, e cioè quel complesso di attività che si sostanziano in un agire o amministrare per conto altrui, ma in nome proprio<sup>220</sup>.

Occorre adesso esaminare la disciplina comune a tutte le società fiduciarie, sia statiche che dinamiche, al fine di meglio comprendere il regime giuridico dei beni ad esse fiduciariamente intestati.

In forza dell'art. 1, ult. co., r.d. 29 marzo 1942, n. 239, "le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi". Tale norma tuttavia non precisa quali siano i soggetti nei confronti dei quali le società fiduciarie sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli.

Indubbiamente, ai sensi dell'art. 9, co. 1°, l. 29 dicembre 1962, n. 1745, l'obbligo di rivelare le generalità degli effettivi proprietari deve essere assolto nei confronti dello Schedario e del competente ufficio delle imposte, entro il 15 febbraio di ciascun anno. Suddetto obbligo si concretizza anche nei confronti delle autorità di vigilanza, ogniqualevolte queste richiedano alla società fiduciaria la comunicazione delle generalità dei fiducianti.

Inoltre, secondo autorevole dottrina<sup>221</sup>, le società fiduciarie sono gravate dal medesimo obbligo di rivelazione nei confronti del giudice penale e, in caso di fallimento del fiduciante, nei confronti del curatore fallimentare.

Così, l'incentivo originariamente connesso all'intestazione di titoli alla società fiduciaria, consistente nella possibilità di celare l'identità del fiduciante, si è fortemente ridotto, poiché la riservatezza è tutelata soltanto nei rapporti tra privati e non opera

---

<sup>218</sup> DI CHIO Giuseppe, voce *Società fiduciarie* in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, vol. VII, UTET, Torino, 1987, 345 s.

<sup>219</sup> SANTORO Laura, *Il negozio fiduciario*, cit., 71.

<sup>220</sup> MERUZZI, *Intestazione a società fiduciaria di titoli azionari*, cit., 400.

<sup>221</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 466, nota 2.

invece nei confronti del fisco, degli organi di sorveglianza e delle pubbliche autorità in genere<sup>222</sup>.

Quanto agli aspetti contabili, le società fiduciarie sono tenute a redigere i propri bilanci in modo da tenere distinti i beni costituenti il proprio patrimonio dai beni gestiti per conto dei clienti fiducianti: a tal fine i primi confluiranno all'interno dei conti patrimoniali e i secondi all'interno dei conti d'ordine. Così la distinzione tra conti d'ordine e conti patrimoniali permette di separare, già sotto il profilo contabile, il patrimonio gestito per conto di terzi dal capitale della società<sup>223</sup>.

Quanto agli aspetti fiscali, la giurisprudenza ha affermato che, nell'ipotesi di intestazione fiduciaria di titoli azionari a società fiduciaria, nei confronti del fisco rileva l'effettiva proprietà del fiduciante<sup>224</sup>. Tale dato dimostra implicitamente che il cliente fiduciante rimane pieno proprietario dei titoli affidati alla società fiduciaria.

Alla luce dell'analisi della disciplina riguardante le società fiduciarie, è possibile concludere che la proprietà dei beni fiduciarmente intestati, sebbene formalmente riferibile alla società fiduciaria, sia pertinente ad ogni effetto al singolo cliente fiduciante, il quale conserva così ogni più ampio potere di disposizione su di essi<sup>225</sup>.

Anche secondo la giurisprudenza, dal momento che il *proprium* del rapporto intercorrente tra la società fiduciaria e i clienti fiducianti consiste nell'intestazione alla prima di beni appartenenti effettivamente ai secondi, la proprietà della società fiduciaria, pur non potendosi dire fittizia, in quanto realmente voluta dalle parti, ha carattere formale<sup>226</sup>.

Più precisamente, secondo la ricostruzione di un'autorevole corrente dottrinale, la proprietà formale di cui è investita la società fiduciaria rappresenta un'ipotesi di proprietà fiduciaria<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> GIRINO, *Dizionario di finanza*, cit., 271.

<sup>223</sup> FRANZONI, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, cit., 883; MERUZZI, *Intestazione a società fiduciarie di titoli azionari*, cit., 398.

<sup>224</sup> Cass., 10 dicembre 1984, n. 6478 in *Foro italiano*, 1985, I, 2325.

<sup>225</sup> GIRINO, *Dizionario di finanza*, cit., 271; Trib. Milano, 10 maggio 1985 in *Foro italiano*, 1986, I, c. 560, secondo cui i beni amministrati e gestiti dalla società fiduciaria, sebbene siano ad essa fiduciarmente intestati, rimangono di proprietà del singolo cliente fiduciante.

<sup>226</sup> Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031 in *Foro italiano*, 1998, I, 851 ss.

<sup>227</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 466; LIPARI Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964, 444 s.; MERUZZI, *Intestazione a società fiduciarie di titoli azionari*, cit., 425; v. *contra* CARNEVALI Ugo, voce *Intestazione fiduciaria* in *Dizionario del diritto privato* a cura di Natalino Irti, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980, 458 s., secondo cui il fiduciante trasferisce alla società fiduciaria la mera legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nel titolo fiduciarmente intestato (in quest'ultimo senso anche Cass., 23 settembre 1997, n. 9255, in *Massimario del Foro italiano*, 1997, secondo cui alla società fiduciaria spetta soltanto la legittimazione ad esercitare i diritti connessi al titolo affidatole).

Se dunque la situazione giuridica di cui è titolare la società fiduciaria si configura come una proprietà fiduciaria, ne segue che sui beni intestati dai clienti fiducianti alla suddetta società insiste un vincolo di destinazione avente carattere reale, e quindi pienamente opponibile a terzi. Ciò importa che i creditori della società fiduciaria non possono soddisfarsi sui beni ad essa fiduciarmente intestati e che i clienti fiducianti, in quanto effettivi titolari di tali beni, possono rivendicarli nei confronti dei terzi aventi causa dalla medesima società, salvo che questa abbia ricevuto mandato ad alienarli.

Così, i beni affidati dai clienti fiducianti alla società fiduciaria costituiscono un patrimonio separato da quello della suddetta società<sup>228</sup>, la quale non può distoglierli dallo scopo, in concreto rappresentato dalla realizzazione dell'interesse del fiduciante, cui essi sono destinati e quindi non può utilizzarli nell'interesse proprio o di terzi<sup>229</sup>.

In conclusione, ricorrendo all'intestazione fiduciaria il cliente fiduciante affida l'amministrazione o la gestione dei propri strumenti finanziari a una società fiduciaria, la quale ne diventa intestataria in nome proprio; tuttavia l'affidante non cessa di essere effettivo proprietario degli stessi. Ne consegue che i creditori della società fiduciaria non possono soddisfarsi sui titoli ad essa intestati per conto dei clienti fiducianti e che questi ultimi godono di tutela reale, cioè possono rivendicare i titoli presso i terzi aventi causa dalla suddetta società, salvo che questa abbia ricevuto mandato ad alienarli. È dunque evidente che la società fiduciaria non ha la piena proprietà, bensì soltanto la proprietà fiduciaria dei titoli ad essa affidati, sui quali del resto continua a insistere la proprietà di diritto comune facente capo al fiduciante<sup>230</sup>.

Considerazioni analoghe a quelle svolte per le società fiduciarie valgono per altri intermediari finanziari, quali banche, imprese d'investimento e società di gestione del risparmio, nella misura in cui tali soggetti amministrano e gestiscono i patrimoni loro affidati in nome proprio, ma per conto del cliente<sup>231</sup>.

Spesso infatti gli intermediari finanziari hanno nella propria disponibilità strumenti finanziari sostanzialmente appartenenti al cliente investitore, nell'interesse del

---

<sup>228</sup> Cass., 21 maggio 1999, n. 4943 in *Giustizia civile*, 1999, I, 2635, secondo cui nella società fiduciaria, i fiducianti, dotati di una tutela di carattere reale, vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni affidati alla società e a questa strumentalmente intestati; tali beni costituiscono patrimoni separati dal patrimonio della società stessa e per tal motivo sono intangibili dai creditori di quest'ultima.

<sup>229</sup> MACARIO Francesco, *Le limitazioni della responsabilità patrimoniale in Diritto civile* diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, vol. IV, Giuffrè, Milano, 185 ss.

<sup>230</sup> GALGANO Francesco, *Trattato di diritto civile*, cit., 466 s.

<sup>231</sup> FRANZONI, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, cit., 833.

quale gli stessi devono essere gestiti. In concreto gli intermediari potranno svolgere la gestione in nome del cliente ovvero, ai sensi dell'art. 21, co. 2°, del TUF, in nome proprio e per conto del cliente, il quale a tal fine deve prestare consenso scritto.

È ben chiaro che, mentre nella prima ipotesi il cliente rimane non solo sostanzialmente, ma anche formalmente proprietario degli strumenti finanziari, nella seconda ipotesi la proprietà degli strumenti finanziari fa formalmente capo all'intermediario, che diviene quindi proprietario fiduciario dei medesimi.

Al fine di preservare il cliente dal rischio di abusi dell'intermediario, a quest'ultimo è fatto divieto, dall'art. 22, co. 3°, del TUF, di utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, gli strumenti finanziari di pertinenza dei clienti, da esso detenuti a qualsiasi titolo, e dunque anche nel caso in cui li detenga a titolo di proprietà fiduciaria. Si deve sottolineare che tale divieto è derogabile nell'ipotesi, peraltro presumibilmente rara, in cui il cliente investitore presti il proprio consenso scritto.

A sciogliere ogni dubbio circa la natura fiduciaria della proprietà facente capo all'intermediario sovviene il principio di separazione patrimoniale, sancito dall'art. 22, co. 1°, del TUF, secondo cui gli strumenti finanziari dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'intermediario, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Indi per cui su tale patrimonio non sono ammesse azioni da parte dei creditori dell'intermediario, mentre le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi<sup>232</sup>.

Lo stesso principio di separazione patrimoniale è dettato con riferimento ai fondi comuni di investimento e ai fondi pensione.

Quanto ai primi, l'art. 36, co. 6, del TUF, stabilisce che ciascun fondo comune d'investimento costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante. Ne consegue che su tale patrimonio non sono ammesse azioni da parte dei creditori della società di gestione del risparmio, mentre le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi.

Con riguardo ai fondi pensione, l'art. 6, co. 9, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, prevede che i valori e le disponibilità affidati al gestore del fondo pensione costituiscono in ogni caso patrimonio separato e autonomo, ragion per cui non possono

---

<sup>232</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit., 687 s.

essere distratti dal fine al quale sono stati destinati, né formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori del soggetto gestore, né ancora essere coinvolti nelle procedure concorsuali riguardanti lo stesso gestore<sup>233</sup>.

In definitiva sia i fondi comuni d'investimento che i fondi pensione sono costituiti da beni che, pur essendo formalmente nella titolarità del fiduciario, appartengono sostanzialmente ai fiducianti: infatti gli strumenti finanziari costituenti il fondo, pur essendo fiduciariamente intestati alla società di gestione del fondo comune o al soggetto che impersona il fondo pensione, rimangono effettivamente di proprietà degli investitori o dei lavoratori aderenti al fondo, i quali sono portatori dell'interesse sostanziale alla loro buona gestione.

In tutte le fattispecie finora esaminate, è evidente come i beni di titolarità del fiduciario siano gravati da un vincolo di destinazione reale, in forza del quale i suddetti beni vengono a costituire oggetto di un patrimonio separato dal patrimonio personale dello stesso fiduciario. È quindi lecito affermare che in tali fattispecie il fiduciario non ha la piena proprietà, bensì soltanto la proprietà fiduciaria dei beni a lui affidati<sup>234</sup>.

Un'ulteriore ipotesi di proprietà fiduciaria pare doversi rinvenire con riferimento alla fondazione fiduciaria, contemplata dall'art. 32 c.c., il quale recita: "Nel caso di trasformazione o di scioglimento di un ente, al quale sono stati donati o lasciati beni con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente, l'autorità governativa devolve tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi"<sup>235</sup>.

L'articolo succitato, sebbene non menzioni espressamente la figura giuridica della fondazione fiduciaria, si riferisce certamente ad essa, nella misura in cui prende in considerazione i beni donati o lasciati a un ente con destinazione a uno scopo diverso da quello suo proprio. Infatti le donazioni o i lasciti aventi ad oggetto tali beni, a differenza rispettivamente delle donazioni modali o delle disposizioni testamentarie con onere, imprimono sugli stessi un vincolo reale, e non solo personale, di destinazione.

Tale vincolo tra l'altro ha carattere tendenzialmente perpetuo, giacché continua a insistere sui beni donati o lasciati all'ente perfino nell'ipotesi di estinzione o di trasformazione di quest'ultimo: in tal caso l'autorità amministrativa dovrà, infatti, devolvere tali beni, "con lo stesso onere", e cioè gravati dal medesimo vincolo di

---

<sup>233</sup> FRANZONI, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, cit., 834.

<sup>234</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit., 688 s.

<sup>235</sup> FRANZONI, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, cit., 834; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 468.

destinazione, ad altre persone giuridiche le quali perseguano fini analoghi a quelli dell'ente estinto o trasformato.

Quanto alla posizione giuridica dell'ente, esso, nella misura in cui è donatario o destinatario di un lascito, può dirsi proprietario dei beni ricevuti con destinazione a uno scopo diverso da quello suo proprio; tuttavia la sua proprietà si atteggia diversamente dalla proprietà di diritto comune, dal momento che l'ente, in conseguenza della natura reale del vincolo, non può distrarre i beni vincolati dallo scopo alla cui realizzazione essi sono destinati e, per via del carattere perpetuo del medesimo vincolo, non può disporne per il tempo in cui esso avrà cessato di esistere<sup>236</sup>. La proprietà di cui l'ente è investito con riferimento ai beni ricevuti con destinazione a uno scopo diverso da quello suo proprio si configura quindi come una proprietà fiduciaria.

Ne consegue che i suddetti beni costituiscono un patrimonio separato rispetto al restante patrimonio dell'ente, di modo che i creditori dell'ente stesso non possono soddisfarsi su di essi<sup>237</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, è evidente che il lascito o la donazione di cui all'art. 32 c.c. costituisce in realtà un vero e proprio atto di fondazione e conseguentemente che l'ente destinatario del lascito o donatario assume il ruolo di amministratore della fondazione così costituita, cui spetta la qualifica di fiduciaria.

Ora, non si può fare a meno di rilevare che la costituzione di una fondazione fiduciaria presenta notevoli peculiarità.

Innanzitutto, a differenza delle altre ipotesi in cui si configura una proprietà fiduciaria, in tal caso sui beni affidati, e quindi in pratica sui beni donati o lasciati all'ente con destinazione a uno scopo diverso da quello suo proprio, non insiste il contemporaneo diritto di proprietà di un altro soggetto, cioè del fiduciante, potendosi al contrario riscontrare esclusivamente una serie indeterminata, ma comunque determinabile, di soggetti i quali trarranno beneficio dal perseguimento dello scopo cui sono stati destinati i beni affidati<sup>238</sup>.

In secondo luogo la fondazione fiduciaria è una fondazione di fatto, cioè non riconosciuta come persona giuridica. La mancanza di personalità giuridica importa una rilevante conseguenza: l'ente amministratore non potrà godere del beneficio della

---

<sup>236</sup> GALGANO Francesco, sub *art. 32* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di Francesco Galgano, Zanichelli, Bologna, 2006, 429 s.

<sup>237</sup> ANGIULI Alessandra, sub *art. 32* in *Commentario al codice civile* a cura di Paolo Cendon, Giuffrè, Milano, 2009, 737.

<sup>238</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 468.

responsabilità limitata e dunque risponderà con tutto il suo patrimonio, e non soltanto con il patrimonio di fondazione, verso coloro che vantino nei suoi confronti ragioni di credito in dipendenza dell'attività da esso svolta per realizzare lo scopo della fondazione fiduciaria<sup>239</sup>.

Occorre inoltre segnalare che, ancor prima che il codice civile del 1942 prevedesse, all'art. 32, una figura generale di fondazione fiduciaria, una particolare ipotesi di fondazione fiduciaria era contemplata, ed è tuttora contemplata, dall'art. 8, co. 1°, l. 3818/1886, il quale prevede che, qualora una società di mutuo soccorso consegua lasciti o donazioni per un fine determinato ed avente carattere di perpetuità, tali lasciti o donazioni saranno tenuti distinti dal patrimonio sociale e le rendite da essi derivanti dovranno essere erogate in conformità della destinazione fissata dal testatore o dal donatore. Anche in tal caso i lasciti e le donazioni formano un patrimonio separato rispetto al restante patrimonio dell'ente, con la conseguenza che i creditori della società di mutuo soccorso non possono soddisfarsi su di essi<sup>240</sup>.

È stata tra l'altra sostenuta la possibilità di costituire la fondazione fiduciaria *mortis causa*, ai sensi dell'art. 699 c.c., il quale prevede la validità della disposizione testamentaria "avente per oggetto l'erogazione periodica, in perpetuo o a tempo, di somme determinate per premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento a una professione o a un'arte, opere di assistenza, o per altri fini di pubblica utilità, a favore di persone da scegliersi entro una determinata categoria o tra i discendenti di determinate famiglie"<sup>241</sup>.

Sembra tuttavia più corretto ritenere che l'articolo succitato contempli una peculiare ipotesi di legato, cioè di disposizione testamentaria a titolo particolare, avente per oggetto l'erogazione di prestazioni periodiche a favore di persone determinabili secondo i criteri fissati nel medesimo articolo<sup>242</sup>. Secondo la giurisprudenza<sup>243</sup>, questi ultimi soggetti vantano un mero diritto di credito verso l'erede onerato, indi per cui sulle somme di denaro che egli è tenuto a erogare in loro favore non insiste alcun vincolo di destinazione avente carattere reale.

---

<sup>239</sup> GALGANO Francesco, sub art. 32, cit., 435 s.

<sup>240</sup> BASILE Massimo, *Le persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2003, 190 s.; GALGANO Francesco, sub art. 32, cit., 430.

<sup>241</sup> FRANZONI, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, cit., 834; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 468.

<sup>242</sup> TALAMANCA Mario, sub art. 699 in *Commentario del codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Zanichelli, Bologna, 1965, 424.

<sup>243</sup> Cass., 13 aprile 1954, n. 1171 in *Giurisprudenza italiana*, 1955, I, 458.

Ne consegue che con riferimento a tali somme non si configura alcuna proprietà fiduciaria, poiché, come precedentemente detto, si può parlare di proprietà fiduciaria soltanto quando il vincolo di destinazione del bene al servizio di un interesse altrui presenta carattere reale, ciò comportando che lo stesso bene venga a costituire oggetto di un patrimonio separato dal patrimonio personale dell'affidatario.

## CAPITOLO 5: ASPETTI APPLICATIVI

### 5. 1. La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: il *trust* convenzionale

Sebbene il *trust* sia creazione dell'esperienza giuridica inglese, la sua diffusione non è rimasta confinata agli ordinamenti che si rifanno a quell'esperienza, cioè agli ordinamenti dei Paesi appartenenti alla famiglia di *common law*. Infatti, il modello giuridico del *trust* inglese è recentemente diventato oggetto di un intenso fenomeno di circolazione, che ne sta comportando la progressiva espansione negli ordinamenti dei Paesi appartenenti alla famiglia di *civil law*; in particolare, la tendenza a riconoscere l'ammissibilità del *trust* nei sistemi giuridici di *civil law* è stata inaugurata dalla Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento<sup>1</sup>.

Tale documento normativo mira infatti a promuovere la diffusione del *trust* in quegli ordinamenti, localizzabili pressoché esclusivamente nell'area di *civil law*, che, in quanto sprovvisti di una espressa regolamentazione dell'istituto, non hanno potuto sperimentarne l'utilità e, a tal fine, predispone una specifica disciplina idonea a rendere operativo il *trust* alle stesse condizioni e con gli stessi effetti sia nei Paesi di *common law* che nei Paesi di *civil law*<sup>2</sup>.

La Convenzione de L'Aja concernente la legge applicabile ai *trusts* e il loro riconoscimento (d'ora in poi, per brevità, la Convenzione) è stata elaborata nell'ambito della XV sessione della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato. Nel 1980, a conclusione dei lavori della XIV sessione della suddetta Conferenza, i delegati segnalano la necessità di dedicare la successiva sessione appositamente al *trust*, allo scopo di elaborare uno strumento convenzionale che, in particolare, potesse garantire l'operatività di tale istituto negli ordinamenti di *civil law*<sup>3</sup>: da più parti, ma soprattutto

---

<sup>1</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 460 ss.

<sup>2</sup> PETRULLI Mario, RUBINO Francesco, *Il trust: nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano*, Halley Editrice, Macerata, 2006, 26; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 384.

<sup>3</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 51; SICLARI Roberto, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale in Rassegna di diritto civile*, 2000, 88; come noto, la Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato è un'organizzazione internazionale intergovernativa avente come scopo la progressiva unificazione del sistema normativo internazionalprivatistico. Essa opera a tal fine secondo uno schema consolidato: dapprima una commissione speciale, composta da esperti nominati dai governi dei Paesi membri, predispone, nell'arco di uno o due anni, un progetto di convenzione internazionale sul tema individuato; dopodiché questo progetto viene sottoposto all'approvazione di un'apposita sessione della Conferenza, cui solitamente sono invitati anche rappresentanti di Stati non membri. Se il testo della convenzione viene approvato, esso è aperto al procedimento di ratifica da parte

dagli esercenti le professioni legali, erano infatti stati segnalati i gravi ostacoli che i *trusts* costituiti nei Paesi di *common law* incontravano quando dovevano operare in quelli di *civil law*<sup>4</sup>. I lavori della XV sessione della Conferenza de L'Aja, conclusisi il 20 ottobre 1994, dopo ben due anni di sedute, sono sfociati nella stesura della Convenzione, firmata a L'Aja il 1° luglio 1985 da ben 32 Paesi<sup>5</sup>.

L'Italia è stato il secondo Paese dopo la Gran Bretagna, e quindi il primo tra i Paesi appartenenti all'area di *civil law*, a ratificare la Convenzione, con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992. Da questa data il *trust* è diventato un istituto riconosciuto nel nostro ordinamento<sup>6</sup>.

In via preliminare all'esame della disciplina predisposta dalla Convenzione, occorre ricostruire la natura giuridica di quest'ultima e rendere più completamente ragione delle sue finalità.

Con riguardo alla prima questione, la dottrina maggioritaria<sup>7</sup> qualifica la Convenzione come una convenzione di diritto internazionale privato: in quanto tale, essa è fonte di norme di conflitto, le quali, per loro natura, hanno la funzione di regolare i conflitti tra leggi di ordinamenti diversi, individuando la legge applicabile a fattispecie connotate da elementi di internazionalità, cioè a fattispecie i cui singoli elementi soggettivi e oggettivi siano riconducibili a ordinamenti distinti. Specificamente la Convenzione detta i criteri di collegamento da applicare ai *trusts* caratterizzati da elementi di internazionalità, al fine di individuarne la legge regolatrice; conformemente alla sua natura internazionalprivatistica, essa non disciplina l'istituto del *trust* in modo unitario e uniforme per tutti gli Stati contraenti e quindi non introduce una figura di *trust* direttamente e parimenti operante negli ordinamenti di questi Stati. Si deve

---

dei vari Stati partecipanti (v. GAMBARO Antonio, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law* in *Rivista di diritto civile*, I, 1984, 94; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 385).

<sup>4</sup> GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimenti degli effetti dei trusts*, cit., 95.

<sup>5</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 87.

<sup>6</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 464; PETRULLI, RUBINO, *Il trust*, cit., 26.

<sup>7</sup> STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 387 s.; BROGGINI Gerardo, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano in I trusts in Italia oggi* a cura di I. Benvenuti, Giuffrè, Milano, 1996, 11; DE DONATO Alessandro, DE DONATO Valentina, D'ERRICO Maurizio, *Trust convenzionale: lineamenti di teoria e pratica*, Casa Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 1999, 44 ss.; GAMBARO, voce *Trust*, cit., 464; LUPOI Maurizio, *Riflessioni comparatistiche sui trusts in Europa e diritto privato*, I, 1998, 437; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 88; CORSO Elena, *Trust e diritto italiano: un primo approccio* in *Quadrimestre*, 1990, 499; v. contra LIPARI Nicolò, *Fiducia statica e trusts* in *Rassegna di diritto civile*, 1996, 489, secondo il quale la Convenzione non è *sic et simpliciter* collocabile nel terreno del diritto internazionale privato, poiché “finisce di fatto per introdurre il *trust* in ordinamenti che non lo conoscono”.

pertanto escludere che la Convenzione costituisca una convenzione di diritto privato uniforme<sup>8</sup>, sebbene il secondo paragrafo dell'art. 11 contenga, come si dirà meglio in seguito, una norma di diritto privato uniforme<sup>9</sup>.

Quanto all'aspetto teleologico, secondo la dottrina maggioritaria<sup>10</sup> e conformemente a quanto emerge dai lavori preparatori, la Convenzione persegue una triplice finalità.

In primo luogo essa risponde a uno scopo pedagogico, riproponendosi di far comprendere ai giuristi di *civil law* in cosa consista l'istituto del *trust*<sup>11</sup>. Addirittura, secondo il relatore, l'interesse pedagogico si porrebbe a fondamento dell'intera Convenzione.

In secondo luogo la Convenzione mira a garantire l'efficacia transnazionale dei *trusts*, e cioè ad assicurarne l'operatività e il funzionamento, soprattutto per quanto riguarda l'esercizio delle funzioni del *trustee*, negli ordinamenti dei Paesi contraenti. Tale scopo, come è stato autorevolmente sostenuto<sup>12</sup>, acquista significato solo ove la Convenzione venga ratificata dai Paesi che non contemplano il *trust*, dal momento che i Paesi, come quelli di *common law*, che già conoscono il *trust*, non prevedono ostacoli al riconoscimento di *trusts* stranieri, cioè caratterizzati da elementi di estraneità rispetto al proprio ordinamento.

In terzo luogo la Convenzione è diretta a predisporre norme certe e uniformi sui conflitti di legge in materia di *trusts*, al fine ultimo di evitare che il *trust* sia assoggettato a discipline contraddittorie e di assicurare al giudice un riferimento normativo agevole e affidabile, idoneo a sollevarlo dai problemi legati all'individuazione della legge applicabile ai *trusts* internazionali. Il raggiungimento di tale obiettivo è stato di particolare utilità per gli Stati contraenti, soprattutto per quelli appartenenti all'area di

---

<sup>8</sup> Le convenzioni di diritto privato uniforme hanno “la funzione di introdurre norme materiali negli ordinamenti degli Stati contraenti, al fine di unificare la regolamentazione e la disciplina di determinati istituti” (v. STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 386).

<sup>9</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 529.

<sup>10</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 494 ss.; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 89, 106; NERI Arianna, *Trust (dir. civ.)* in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. XVI, Milano, 2008, 244.

<sup>11</sup> Tale finalità venne ben esplicitata dal delegato australiano, il quale, riferendosi all'articolo 2, che definisce il *trust*, sostenne che “*the aim of the article is to give to lawyers and judges in civil law countries sufficient indications of what constitutes a trust*”.

<sup>12</sup> GAMBARO, voce *Trust*, cit., 464.

*common law*, i quali difettavano, proprio in tema di *trusts*, di un chiaro e organico sistema di diritto internazionale privato<sup>13</sup>.

A ciascuno dei primi tre capitoli del testo convenzionale corrisponde una delle predette finalità: la funzione pedagogica viene assolta dal primo capitolo, relativo al campo di applicazione della Convenzione, mentre la seconda e la terza finalità sono perseguite, rispettivamente, dal terzo capitolo, che tratta del riconoscimento del *trust*, e dal secondo capitolo, riguardante la legge applicabile al medesimo<sup>14</sup>.

Il primo capitolo della Convenzione consta di cinque articoli, i quali, come anticipato sopra, sono volti a precisarne l'ambito applicativo.

Secondo una tecnica redazionale tipicamente adottata dalla Conferenza de L'Aja, l'art. 1 determina, con formulazione estremamente sintetica, la materia oggetto della disciplina convenzionale: "La presente legge stabilisce la legge applicabile al *trust* e regola il suo riconoscimento"<sup>15</sup>. Tale articolo individua esplicitamente i due ambiti di intervento della Convenzione nella materia dei *trusts*: in primo luogo la predisposizione di norme internazionalprivatistiche uniformi, cioè applicabili da tutti gli Stati contraenti, e idonee a consentire di individuare agevolmente la legge applicabile al *trust*; in secondo luogo l'introduzione di una disciplina degli effetti sostanziali del riconoscimento del *trust*. Il primo ambito di intervento conferma il carattere internazionalprivatistico della Convenzione e di conseguenza la sua esclusiva applicabilità alle fattispecie che, presentando elementi di internazionalità, comportino il conflitto tra leggi di ordinamenti diversi<sup>16</sup>. Quanto al secondo ambito di intervento, occorre rilevare che l'accezione di "riconoscimento" accolta dalla Convenzione diverge dal significato comunemente assunto da tale termine in ambito convenzionale: esso infatti viene solitamente impiegato per indicare l'attribuzione di efficacia a provvedimenti giurisdizionali o amministrativi stranieri nell'ordinamento del foro. Nell'ambito della Convenzione per "riconoscimento" si intende invece l'attribuzione di efficacia ad un rapporto giuridico di carattere sostanziale regolato da una legge straniera<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 505 s.; v. *contra* GAMBARO, voce *Trust*, cit., 464, secondo cui i Paesi di *common law* disponevano già di norme di diritto internazionale privato sufficientemente certe, indi per cui non avvertivano l'esigenza di un'apposita convenzione di diritto internazionale privato uniforme.

<sup>14</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 89.

<sup>15</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 52.

<sup>16</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 503 ss.; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 15.

<sup>17</sup> STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 399, nota 96; BARTOLI, *Il trust*, cit., 505; SALVATORE, *Il trust*, cit., 83, 51, nota 1; LUPOI, *Trusts*, cit., 528, secondo il quale la Convenzione disciplina il

Al fine di determinare l'ambito applicativo della Convenzione, assume importanza decisiva l'art. 2, il quale reca la definizione di *trust* rilevante ai fini della Convenzione stessa<sup>18</sup>. Dal momento che quest'ultima, a differenza delle altre Convenzioni de L'Aja, presenta la peculiarità di avere ad oggetto un istituto estraneo agli ordinamenti di alcuni Stati aderenti, i redattori sono stati costretti ad operare una qualificazione di tale istituto<sup>19</sup>. La Convenzione può quindi definirsi autoreferenziale, poiché, contrariamente alla prassi della Conferenza de L'Aja, definisce essa stessa i caratteri essenziali del fenomeno giuridico che intende regolamentare. Ne deriva che la possibilità di invocare la Convenzione rispetto a una qualunque fattispecie è subordinata a un preventivo giudizio positivo della sua corrispondenza con la fattispecie tipizzata all'articolo 2 della Convenzione<sup>20</sup>.

Il suddetto articolo, al primo paragrafo, fornisce una formula definitoria ampia e generica, secondo la quale “per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente, con atto fra vivi o *mortis causa*, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato”.

Il secondo paragrafo dell'art. 2 precisa i caratteri generali che contraddistinguono il *trust*, da ravvisarsi: nella separazione dei beni in *trust*, che quindi “costituiscono una massa distinta”, dal patrimonio personale del *trustee*; nell'intestazione di detti beni a nome del *trustee* o di altra persona per conto del *trustee*; nel conferimento al *trustee* del potere-dovere di provvedere all'amministrazione, gestione o disposizione della *trust property*, in conformità all'atto costitutivo del *trust* e alle disposizioni di legge; nell'esistenza in capo al *trustee* dell'obbligo di rendere conto della propria attività.

Si ritiene quindi sufficiente, ai fini della costituzione di un *trust*, che dei beni siano stati posti “sotto il controllo” di un *trustee*; l'originario progetto di Convenzione si esprimeva diversamente, esigendo che i beni fossero trasferiti al *trustee*. Il concetto di trasferimento è stato sostituito da quello di controllo su proposta del delegato statunitense, il quale, ritenendo che sotto il profilo giuridico non vi fosse alcuna differenza tra “*transfer*” e “*place under the control*”, affermava che quest'ultima

---

riconoscimento del *trust* o, più propriamente, gli effetti che la legge straniera, regolatrice del *trust*, esplica nel foro.

<sup>18</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 54.

<sup>19</sup> NERI, *Trust (dir. civ.)*, cit., 244; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 13.

<sup>20</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 501; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 95.

espressione sarebbe stata maggiormente intellegibile per i giuristi di *civil law*. La differenza invero esiste: perciò tale modifica, che avrebbe dovuto assumere un rilievo meramente lessicale, ha invece influito sulla portata applicativa della Convenzione, estendendo i confini della fattispecie ivi delineata al di là di quelli del *trust* di diritto anglo-americano, per il configurarsi del quale è necessario che il *trustee* abbia la proprietà, seppur fiduciaria, dei beni affidatigli e non il mero controllo materiale e di fatto. Al contrario, affinché possa configurarsi il *trust* delineato dalla Convenzione, che in prosieguo sarà detto convenzionale, è sufficiente che il *trustee* abbia il “controllo” dei beni affidatigli, a prescindere dal fatto che tale controllo gli sia stato o meno attribuito in virtù di un atto di trasferimento<sup>21</sup>.

Il *trust* convenzionale si discosta ancor più dal modello inglese di *trust* nella misura in cui l’art. 2, sempre al primo paragrafo, precisa che esso può essere costituito per uno scopo determinato. Infatti, come rilevato in precedenza, i *trusts* di scopo sono, al contrario, in linea di principio nulli in diritto inglese, a meno che possano essere classificati come *charitable*<sup>22</sup>.

Proseguendo nell’analisi della fattispecie delineata dalla Convenzione, è possibile rilevarne ulteriori caratteristiche, divergenti da quelle proprie del *trust* riconducibile al modello tradizionale inglese.

In primo luogo la Convenzione sembra presupporre necessariamente, ai fini della configurabilità del *trust* convenzionale, l’alterità soggettiva tra disponente e *trustee*, giacché non fa menzione dell’ipotesi in cui il disponente, attraverso la cosiddetta *declaration of trust*, si dichiara *trustee* di un diritto del quale è già titolare. Esulerebbero quindi dall’ambito applicativo della Convenzione le fattispecie caratterizzate da una dichiarazione unilaterale attraverso la quale il proprietario si autonomini *trustee*<sup>23</sup>. Tale conclusione pare tra l’altro suffragabile sulla base della considerazione che la fattispecie della *declaration of trust*, originariamente contemplata

---

<sup>21</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 511 s.; LUPOI, *Trusts*, cit., 491, nota 1; v. *contra* BUSATO Alessia, *Commento all’art. 2 in Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: Commentario* a cura di A. Gambaro, A. Giardina, G. Ponzanelli, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. II, 1993, 1231 s., secondo cui, nonostante la formulazione letterale dell’art. 2, è comunque necessario il trasferimento al *trustee* ai fini della configurabilità del *trust* convenzionale: la necessità del trasferimento può desumersi dal secondo comma dell’art. 2, laddove si parla di beni intestati al *trustee*.

<sup>22</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 503; BARTOLI, *Il trust*, cit., 515; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985*, cit., 99.

<sup>23</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 61.

nell'originario progetto<sup>24</sup>, è stata espunta dal testo definitivo dell'art. 2. Effettivamente l'eliminazione del riferimento all'ipotesi in cui i beni sono "trattenuti" dal titolare, il quale diviene *trustee* degli stessi, ha reso dubbia l'applicabilità o meno della Convenzione al *trust* in cui disponente e *trustee* coincidono.

A favore della soluzione negativa di tale questione milita un argomento di carattere meramente testuale, mentre a sostegno della soluzione positiva può addursi un argomento ricavabile dai lavoratori preparatori: questi ultimi testimoniano infatti che la menzione del disponente fu introdotta su richiesta dei delegati civilisti, essendo considerata superflua dai *common lawyers*, per i quali era pacifica l'applicabilità della Convenzione al *trust* in esame. Sebbene la questione rimanga insoluta, gli argomenti a sostegno della soluzione positiva appaiono prevalenti<sup>25</sup>.

In secondo luogo la Convenzione non fa alcun riferimento alla natura fiduciaria delle obbligazioni gravanti sul *trustee*, assenza assai rilevante per chi ritiene che l'essenza del *trust*, come quella di ogni altro modello fiduciario, debba rinvenirsi nell'affidamento<sup>26</sup>.

Peraltro, nella definizione di *trust* posta dalla Convenzione risulta assente, rispetto alla definizione di *trust* anglosassone precedentemente accolta, qualsiasi riferimento al carattere *equitable* del diritto spettante al beneficiario e alla natura reale della tutela accordatagli. In particolare, il fatto che il beneficiario goda di tutela reale costituisce un carattere meramente eventuale del *trust* convenzionale, come dimostra d'altronde l'art. 11, lett. d, secondo cui il beneficiario può agire per rivendicare i beni del *trust* soltanto se e nella misura in cui lo preveda la legge regolatrice del *trust*<sup>27</sup>.

Inoltre l'art. 2, nella misura in cui si limita a definire genericamente il *trust* come "un rapporto giuridico istituito da una persona, il costituente", non chiarisce se detto rapporto sia trilaterale ovvero bilaterale e, in quest'ultima ipotesi, se sul lato attivo del rapporto debba collocarsi il beneficiario o il disponente, come sarebbe ben ipotizzabile,

---

<sup>24</sup> Nel progetto originario si leggeva: "*lorsque des biens sont transférés à ou retenus par une personne, le trustee*".

<sup>25</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 503 s.; BARTOLI, *Il trust*, cit., 513 s.

<sup>26</sup> Nel progetto originario si leggeva, relativamente alle obbligazioni del *trustee*: "*d'utiliser les biens du trust à des fins fiduciaires, dont il est responsable*"; tuttavia tale riferimento fu espunto in quanto si temeva che espressioni del genere inducessero i *civil lawyers* a fuorvianti parallelismi fra il *trust* e il negozio fiduciario (v. LUPOI, *Trusts*, cit., 504 s.; BUSATO, *Commento all'art. 2*, cit., 1230 s.; BARTOLI, *Il trust*, cit., 515 s.).

<sup>27</sup> CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 58.

considerata la non essenzialità del trasferimento al *trustee*<sup>28</sup>. Effettivamente, la sostituzione del requisito del trasferimento con quello del controllo induce a ritenere che il disponente possa conservare la titolarità del diritto, conferendo al *trustee* la mera legittimazione all'esercizio del medesimo, sicché tra questi due soggetti verrebbe ad instaurarsi un rapporto obbligatorio durevole, il quale non si riscontra nel modello anglosassone di *trust*<sup>29</sup>.

In senso più ampio, è assente, tra i requisiti caratterizzanti il *trust* convenzionale, il distacco giuridico tra *settlor* e *trust*, tipico invece del *trust* anglosassone. Il terzo paragrafo dell'art. 2 stabilisce infatti che non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del *trust* il fatto che il costituente conservi alcune prerogative. Occorre peraltro osservare che il termine "prerogative", appartenente al linguaggio comune, assume contorni vaghi e indeterminati, tali da dare adito ad un'interpretazione estensiva: la traduzione italiana ha mutuato tale termine dalla versione ufficiale francese, ove si parla di "*prérogatives*"; sarebbe stato più corretto fare riferimento alla versione ufficiale inglese, che adotta la più tecnica locuzione "*rights and powers*"<sup>30</sup>.

Tra l'altro la Convenzione non precisa la misura oltre la quale il mantenimento di prerogative da parte del *settlor* determini l'inesistenza del *trust*: comunque, dal tenore letterale della norma si può desumere che il mantenimento in capo al disponente di tutte le prerogative è necessariamente incompatibile con l'esistenza del *trust*<sup>31</sup>. In definitiva, la possibilità riconosciuta al disponente di conservare, anche se solo in parte, le prerogative che egli, anteriormente alla costituzione del *trust*, vantava sui beni differenzia ulteriormente il *trust* convenzionale dal *trust* anglosassone, il quale postula un definitivo distacco del *trust*, e quindi dei beni che ne costituiscono l'oggetto, dallo stesso disponente<sup>32</sup>.

Per completezza si deve segnalare che il terzo paragrafo dell'art. 2 sancisce anche che non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del *trust* il fatto che il *trustee* conservi certi diritti in qualità di beneficiario. Ne deriva, *a contrario*, che è necessariamente incompatibile con l'esistenza del *trust* la clausola che designi il *trustee* quale unico beneficiario. In ciò il *trust* convenzionale non si discosta in alcun modo dal

---

<sup>28</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 515.

<sup>29</sup> LUPOL, *Trusts*, cit., 505.

<sup>30</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 56, nota 7.

<sup>31</sup> AA. VV., *Moderni sviluppi dei trust*, IPSOA, Milano, 2011, 555.

<sup>32</sup> STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 398.

*trust* anglosassone, che, pur ammettendo la possibilità di designare il *trustee* quale beneficiario, non tollera che costui sia l'unico beneficiario.

Infine, non è riconducibile alla fattispecie tipizzata dall'art. 2, cioè al *trust* convenzionale, il *blind trust*, caratterizzato dall'assenza di controlli sulla gestione durante la sua esistenza, dal momento che il secondo paragrafo del suddetto articolo impone in capo al *trustee* l'obbligo di rendere conto della propria gestione<sup>33</sup>.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, è evidente che la nozione del *trust* convenzionale non coincide con quella del *trust* di modello anglosassone, bensì è difforme e comunque più ampia: come tale, essa ricomprende anche istituti propri di ordinamenti di *civil law*, a condizione che presentino i caratteri enunciati dall'art. 2.

Autorevole dottrina<sup>34</sup> ha così qualificato il *trust* convenzionale come *trust* "amorfo", al fine di evidenziare che la Convenzione non riguarda i *trusts* come usualmente intesi negli ordinamenti di *common law* o, meglio, non riguarda esclusivamente questi ultimi, ma, più ampiamente, una serie aperta di fattispecie riconducibili tanto agli ordinamenti di *civil law* quanto agli ordinamenti di *common law*. Così, malgrado il preambolo faccia riferimento al *trust* quale istituto peculiare creato dalle Corti di *equity* dei Paesi di *common law* e adottato da altri Paesi con alcune modifiche, alludendo inequivocabilmente al modello di *trust* angloamericano, la nozione accolta dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja non è riconducibile a tale modello<sup>35</sup>.

Tra l'altro non sembra che il tenore del preambolo possa assumere un rilievo tale da circoscrivere la nozione del *trust* convenzionale, riconducendola entro i confini del *trust* angloamericano. La Relazione esplicativa, nella misura in cui documenta i lavori preparatori, consente di risolvere l'ambiguità derivante dal difettoso coordinamento tra il preambolo e l'art. 2<sup>36</sup>. Proprio tale relazione riferisce che la Conferenza, durante il corso dei lavori, ha mutato l'originario intendimento di concepire uno strumento convenzionale appositamente dedicato ai *trusts* conosciuti nei sistemi di *common law*, decidendo per converso di includere nell'oggetto della Convenzione "*institutions other*

---

<sup>33</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 516.

<sup>34</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 498 s., 509 s.; ID., *Introduzione ai trusts*, 126, 129.

<sup>35</sup> CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 57 s.; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 398.

<sup>36</sup> Il ricorso ai lavori preparatori è ammesso solo quando l'analisi testuale conduce a risultati oscuri o, come nel caso di specie, contraddittori (v. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 59, nota 124).

*than the trust of common law legal systems properly speaking on the condition that these institutions met the criteria of article 2”.*

In definitiva, i lavori preparatori confermano la prevalenza del dato ricavabile dall’art. 2 su quello desumibile dal preambolo e di conseguenza l’applicabilità della Convenzione anche ad istituti diversi dal *trust* angloamericano, purché presentino i caratteri strutturali del fenomeno giuridico descritto dall’art. 2.

La stessa commissione speciale ammise che, pur avendo redatto il progetto di convenzione avendo quale riferimento il *trust* anglo-americano, non era riuscita a scrivere la norma recante la definizione di *trust* in maniera tale da escludere gli istituti ad esso analoghi<sup>37</sup>. Peraltro, durante il corso dei lavori preparatori, numerosi delegati richiesero che la definizione contenuta nell’art. 2 fosse espressa in termini tali da ricomprendere non solo il *trust* anglo-americano, ma anche istituti appartenenti agli ordinamenti di *civil law*. Si deve inoltre considerare che il preambolo fu proposto *in limine* alla conclusione dei lavori<sup>38</sup>: tale circostanza confermerebbe la scarsa significatività del medesimo ai fini dell’interpretazione della Convenzione. Infine, lo stesso Presidente della Conferenza affermò che, qualora si fosse voluto limitare l’oggetto della Convenzione al *trust* angloamericano, sarebbe stato necessario, oltre alla menzione contenuta nel preambolo, includere un’espressa previsione in tal senso nel testo della Convenzione medesima.

Si può dunque ritenere che il *trust* cosiddetto “amorfo” sia una costruzione giuridica conforme e rispondente all’intenzione dei redattori della Convenzione<sup>39</sup>.

Quanto agli istituti inquadrabili nella fattispecie del *trust* “amorfo” tipizzata all’art. 2, durante i lavori preparatori la Conferenza ha ommesso di svolgere una qualsiasi indagine comparatistica sul punto. È comunque certo che costituiscano oggetto della Convenzione tutti quegli istituti i quali presentino le caratteristiche enucleate dall’art. 2, sia che essi, pur discostandosi dal *trust* anglo-americano, siano denominati come “*trust*” nell’ambito dei rispettivi ordinamenti di provenienza, sia che essi, appartenenti pressoché esclusivamente a ordinamenti di *civil law*, non vengano ivi qualificati come “*trust*”. Questi ultimi, noti come “*trust-like institutions*”, ricomprendono, a titolo

---

<sup>37</sup> Commissione, n. 21.

<sup>38</sup> Per l’esattezza venne proposto il 17 ottobre 1984, soltanto due giorni prima che la Conferenza concludesse i propri lavori.

<sup>39</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 498 ss.

esemplificativo, il *bewind* dell'ordinamento olandese, il *fideicomiso* argentino, il contratto fiduciario lussemburghese, la *Treuhand* del Liechtenstein<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 510 s.

## 5. 2. Ambito applicativo della Convenzione e individuazione della legge regolatrice del *trust* convenzionale

Alla luce dell'interpretazione dell'art. 2 fornita nel paragrafo precedente, è evidente che l'ambito applicativo della Convenzione è molto vasto; per converso gli articoli 3, 4 e 5 contribuiscono a circoscriverlo.

In forza dell'art. 3, la Convenzione si applica esclusivamente ai *trusts* costituiti volontariamente e provati per iscritto. La suddetta norma detta in tal modo due ulteriori requisiti, rispettivamente uno di sostanza e l'altro di forma, affinché possa configurarsi un *trust* convenzionale.

In forza del primo, il *trust* convenzionale si configura come *trust* volontariamente costituito, ragion per cui devono essere esclusi dall'ambito applicativo della Convenzione i *trusts* non direttamente riconducibili alla volontà delle parti<sup>41</sup>. Come detto in precedenza, il *trust* volontario costituisce una categoria ideata dalla Conferenza de L'Aja e ignota al diritto inglese: essa pertanto non deve essere assolutamente confusa con quella degli *express trusts*<sup>42</sup>.

È comunque pacifico che gli *express trusts*, in quanto costituiti espressamente, e dunque volontariamente, dal disponente, debbano indubbiamente essere ricompresi nell'ambito applicativo della Convenzione, così come anche gli *implied trusts*, dal momento che non si rinvergono ragionevoli argomenti per limitare la rilevanza della volontà delle parti ai soli casi in cui essa venga manifestata espressamente<sup>43</sup>.

Non rientrano nell'oggetto della Convenzione gli *statutory trusts*, i quali vengono ad esistenza per effetto di una disposizione legislativa, al ricorrere di determinati presupposti da essa stessa previsti. Sebbene in alcune fattispecie non si possa escludere la sussistenza di una conforme volontà del soggetto sul cui patrimonio viene imposto uno *statutory trust*, tale volontà non assume alcun rilievo ai fini della

---

<sup>41</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 57.

<sup>42</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 511; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 100.

<sup>43</sup> Tra l'altro si deve considerare che il testo del progetto predisposto dalla commissione speciale prevedeva che la Convenzione si applicasse esclusivamente ai *trusts* costituiti espressamente. L'abbandono di tale formulazione è l'evidente indice della volontà di ricomprendere nell'ambito applicativo della Convenzione anche gli *implied trusts*, i quali, anche se non si fondano su un'esplicita manifestazione di volontà delle parti, sono comunque ad essa riconducibili (v. SALVATORE, *Il trust*, cit., 58, nota 11).

costituzione del rapporto, poiché tale effetto viene a dipendere esclusivamente dalla previsione legislativa<sup>44</sup>.

È dubbia l'applicabilità della Convenzione ai *trusts* giudiziali, cioè ai *resulting* e ai *constructive trusts*. Ad ogni modo, la circostanza che il *trust* abbia fonte in una sentenza non esclude necessariamente la sussistenza del carattere di volontarietà, richiesto dall'art. 3 quale presupposto ai fini dell'applicabilità della Convenzione<sup>45</sup>. Infatti, ogniqualvolta la sentenza abbia natura dichiarativa, cioè affermi l'esistenza del *trust* conformemente alla volontà delle parti, il carattere di volontarietà è ben presente e perciò può applicarsi la Convenzione. Per converso, qualora la sentenza abbia natura costitutiva, cioè intervenga per porre in essere un *trust* altrimenti inesistente, non si ravvisa alcuna volontà, né espressa, né implicita, riconducibile al soggetto sul cui patrimonio viene costituito il *trust*: ragion per cui nel qual caso non è possibile invocare la Convenzione<sup>46</sup>.

A suffragio di tale ricostruzione, è possibile addurre l'art. 20, secondo cui gli Stati contraenti hanno facoltà di estendere, mediante apposita dichiarazione, l'applicazione della Convenzione ai *trusts* "costituiti" in base ad una decisione giudiziaria. Tale norma conferma infatti che i *constructive* e i *resulting trusts* aventi fonte in una sentenza costitutiva di norma non rientrano nell'oggetto della Convenzione, salvo dichiarazione contraria degli Stati contraenti. *A contrario*, se ne deduce che la Convenzione è generalmente applicabile ai *trusts* aventi fonte in una sentenza dichiarativa.

Intorno all'estensione dell'esclusione determinata dall'art. 20 sussiste tuttavia una situazione di incertezza, originata dalla difformità tra la versioni ufficiali francese e inglese del testo convenzionale: precisamente, mentre la prima utilizza la parola "*créés*", la seconda adotta il termine "*declared*", riferendosi così, rispettivamente, alle differenti categorie della sentenza costitutiva e della sentenza dichiarativa<sup>47</sup>.

Qualora si accordasse preferenza alla versione inglese, si dovrebbe escludere l'applicabilità della Convenzione anche ai *resulting* e ai *constructive trusts* aventi fonte in una sentenza dichiarativa: tale conclusione si pone però in contrasto con l'art. 3, che,

---

<sup>44</sup> CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 71 s.

<sup>45</sup> CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 69 s.

<sup>46</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 519 ss.

<sup>47</sup> Ecco la differenza tra le due versioni ufficiali: "...*les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice*" ; "...*the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions*".

come detto sopra, include nell'oggetto della Convenzione suddetti *trusts*. Per di più, prediligendo la versione inglese del testo dell'art. 20, si finirebbe per escludere dallo spettro applicativo della Convenzione qualunque *trust* giudiziale, sia qualora trovi fonte in una sentenza costitutiva, in forza dell'art. 3, sia nel caso in cui trovi fonte in una sentenza dichiarativa, in virtù della norma in esame. Tale conseguenza appare davvero eccessiva e irragionevole.

Pertanto, come del resto fa anche la traduzione non ufficiale italiana del testo dell'art. 20, si deve accordare preferenza alla versione ufficiale francese, che si riferisce esclusivamente ai *trusts* rispetto ai quali la sentenza riveste un'efficacia costitutiva, e non di mero accertamento. Ne segue che il corretto criterio per applicare o meno il suddetto articolo, e quindi per escludere o includere nell'oggetto della Convenzione i *resulting* e i *constructive trusts*, è quello fondato sulla natura costitutiva o dichiarativa della sentenza, e cioè sull'assenza o sulla presenza della volontà del soggetto sul patrimonio del quale è costituito il *trust*<sup>48</sup>. In definitiva i *trusts* giudiziali, sia *resulting* che *constructive*, devono essere distinti a seconda che siano oggetto di una sentenza dichiarativa ovvero di una sentenza costitutiva: nel primo caso sono ricompresi nell'ambito applicativo della Convenzione, nel secondo caso sono assoggettati alla previsione di cui all'art. 20, per cui non rientrano nell'oggetto della Convenzione, salvo contraria dichiarazione del singolo Stato contraente<sup>49</sup>.

Occorre adesso individuare concretamente quali sono i *constructive* e i *resulting trusts* che, in quanto hanno fonte in una sentenza dichiarativa, possono essere ricompresi nell'ambito applicativo della Convenzione.

Quanto ai *constructive trusts*, il comune insegnamento secondo cui essi sono costituiti dal giudice contro la volontà del soggetto che rivestirà il ruolo di *trustee* induce a escluderli dall'ambito applicativo della Convenzione. Tuttavia, come dimostrato in precedenza, tale insegnamento può essere smentito nella misura in cui è dato ravvisare ipotesi di *constructive trusts* che attuano la volontà della parte gravata, qualora manifestata in una forma non sufficientemente indirizzata e pertanto non idonea alla costituzione di un *trust*. Di conseguenza tali fattispecie, note come *common intention constructive trusts*, sono ben ricomprensibili nell'ambito applicativo della Convenzione.

---

<sup>48</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 520.

<sup>49</sup> DE ANGELIS Lorenzo, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano* in *Rivista di diritto civile*, II, 1999, 360; DE DONATO, DE DONATO, D'ERRICO, *Trust convenzionale*, cit., 1 s., 207.

Quanto ai *resulting trusts*, devono escludersi dall'oggetto della Convenzione i *resulting trusts* presunti, nei quali la volontà del disponente manca, poiché è semplicemente oggetto di una presunzione *iuris tantum*, suscettibile perciò di prova contraria<sup>50</sup>. Sono invece ricomprensibili nello spettro applicativo della Convenzione i *resulting trusts* automatici, i quali vengono in essere, come precedentemente detto, ogniqualvolta il disponente trasferisce dei beni al *trustee* su un *trust* di cui non precisa le condizioni o le cui condizioni non riguardano la totalità di questi beni ovvero allorquando il *trust* è nullo o diviene inefficace. In tali fattispecie si può infatti rinvenire la volontà da parte del *settlor* di costituire il *trust*, volontà la quale, pur essendo sufficientemente chiara, non è idonea a determinare l'esito sperato<sup>51</sup>.

Si esamini ora il secondo requisito, quello della prova scritta, richiesto dall'art. 3 ai fini dell'applicabilità della Convenzione. Il concetto di prova scritta adottato nel testo convenzionale non coincide con quello di forma scritta *ad probationem*: se così fosse, ricadrebbe nello spettro applicativo della Convenzione soltanto il *trust* costituito per iscritto. Al contrario, il requisito della prova scritta di cui alla norma in esame può ritenersi soddisfatto anche in presenza di un *trust* costituito oralmente, la cui esistenza sia attestata da un documento scritto, a prescindere dal momento in cui tale documento sia stato redatto e dal soggetto da cui lo stesso provenga<sup>52</sup>. A titolo esemplificativo, la prova scritta potrebbe provenire anche da un atto redatto dal *trustee*, con il quale costui si limiti a riportare la volontà del disponente<sup>53</sup>.

L'art. 4 dispone che la Convenzione non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o degli altri atti giuridici, in virtù dei quali i beni sono trasferiti al *trustee*. In altre parole, il negozio dispositivo o di dotazione, utilizzato per attribuire i beni oggetto del *trust* al *trustee*, esula dall'ambito applicativo della Convenzione: pertanto a tale negozio si applicheranno, beninteso qualora esso presenti elementi di internazionalità, le norme di conflitto proprie dei singoli Stati ovvero contenute nelle Convenzioni internazionali, diverse da quella ora in esame, che eventualmente lo riguardino<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 522.

<sup>51</sup> CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 75.

<sup>52</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 523 s.; v. *contra* DE DONATO, DE DONATO, D'ERRICO, *Trust convenzionale*, cit., 6, 151 s., secondo cui l'espressione "comprovati per iscritto" presente nella versione non ufficiale italiana evoca il requisito della forma scritta *ad probationem*.

<sup>53</sup> CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 69, nota 149.

<sup>54</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 525; SALVATORE, *Il trust*, cit., 60 s.

L'esclusione del negozio dispositivo dal raggio di azione convenzionale pare presupporre l'accoglimento, in seno alla Conferenza de L'Aja, della distinzione concettuale tra il suddetto negozio e l'atto costitutivo del *trust*<sup>55</sup>, sostenuta da quella corrente dottrinale secondo cui ciascuno dei due atti è dotato di una propria autonomia<sup>56</sup>. Tuttavia la norma in esame, nella misura in cui qualifica come "preliminari" le questioni concernenti la validità del negozio dispositivo, trae in inganno l'interprete, inducendolo a ritenere erroneamente che tale negozio abbia carattere preliminare rispetto alla validità dell'atto costitutivo e di conseguenza che il *trust* non possa venire ad esistenza in mancanza del negozio dispositivo. Contrariamente a questa conclusione, è doveroso ribadire la piena autonomia dell'atto costitutivo dal negozio dispositivo, sulla base delle seguenti considerazioni.

Si ponga mente anzitutto alle fattispecie in cui il disponente, attraverso la *declaration of trust*, designi se stesso quale *trustee* di alcuni dei suoi beni: sebbene qui non sia ravvisabile alcun negozio dispositivo, il *trust* viene comunque validamente ad esistenza.

Si considerino poi le ipotesi, assai frequenti nella pratica, in cui il *trustee* sia destinatario di attribuzioni successive alla prima: non è certo possibile considerare tali trasferimenti come preliminari alla validità del *trust*, già pacificamente esistente<sup>57</sup>.

È quindi evidente che l'atto costitutivo è pienamente autonomo dal negozio dispositivo: ovviamente, tutte le volte in cui quest'ultimo sia invalido o comunque inefficace, il disponente dovrà, al fine di assicurare l'operatività e il funzionamento del *trust*, attribuire nuovamente i beni al *trustee*, ferma restando la validità dell'atto costitutivo.

L'art. 5 dispone che la Convenzione è inapplicabile nei casi in cui la legge regolatrice, quale individuata in base all'operare delle norme di conflitto previste dal secondo capitolo, "non preveda l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione". In altre parole, tale previsione normativa importa l'inapplicabilità della Convenzione ogniqualvolta la legge regolatrice individuata coincida con quella di uno Stato che non conosce l'istituto del *trust* o che comunque non contempla il tipo di *trust* concretamente posto in essere.

---

<sup>55</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 97 s.

<sup>56</sup> CROUCHER P.E.N., *Trust of moveables in private international law in Modern Law Review*, 1940, 111 ss.; SALVATORE, *Il trust*, cit., 61, nota 17.

<sup>57</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 519 s.

Quanto alla prima ipotesi considerata dalla norma in esame, si deve ritenere che non preveda il *trust* l'ordinamento il quale non conosce istituti sussumibili nella fattispecie del *trust* convenzionale tipizzata all'art. 2<sup>58</sup>. Alcuni autori<sup>59</sup> hanno osservato che tale eventualità si verificherà ben di rado, in quanto, poiché la nozione del *trust* convenzionale delineata dall'art. 2 è, come detto sopra, tanto ampia da ricomprendere una serie aperta di fattispecie, appartenenti tanto agli ordinamenti di *civil law* quanto agli ordinamenti di *common law*, sarà effettivamente difficile riscontrare un ordinamento che non preveda alcuna di queste fattispecie e che quindi non contempli affatto l'istituto del *trust*. Di conseguenza l'art. 5 avrà una portata applicativa a dir poco esigua, limitata ad ipotesi marginali.

Si deve tuttavia ritenere che l'inciso "la categoria di *trust* in questione" valga ad attribuire una discreta operatività alla norma in esame, consentendone l'applicazione tutte le volte in cui la legge regolatrice individuata, sebbene preveda l'istituto del *trust*, ignori il tipo di *trust* in questione, cioè la fattispecie concretamente posta in essere e ricomprensibile in quella astratta tipizzata all'art. 2<sup>60</sup>. Di conseguenza l'art. 5 opererà, escludendo l'applicazione della disciplina convenzionale, ogniqualvolta la legge regolatrice individuata non contempli quel determinato tipo di *trust* concretamente posto in essere<sup>61</sup>.

La *ratio* dell'esclusione di cui alla norma in esame risponde all'esigenza di impedire che il *trust* possa essere assoggettato ad una legge che non lo contempla: tale circostanza ne snaturerebbe l'essenza, con inevitabili ripercussioni negative in ordine alla validità ed efficacia del rapporto.

Occorre tra l'altro sottolineare che l'art. 5 si configura come una norma di chiusura: esso, infatti, spiega la propria efficacia soltanto qualora il *trust* sia ignoto alla legge regolatrice individuata sulla scorta dei criteri di collegamento previsti nel secondo capitolo; per tale ragione la norma in esame avrebbe trovato migliore collocazione in quest'ultimo capitolo, precisamente dopo gli artt. 6 e 7, volti proprio a stabilire i suddetti criteri<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 63.

<sup>59</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1°luglio 1985*, cit., 104, nota 45; BARTOLI, *Il trust*, cit., 550.

<sup>60</sup> CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 63.

<sup>61</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 525.

<sup>62</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 62 e nota 21.

Alla fattispecie di *trust* esclusa, in forza dell'art. 5, dall'ambito applicativo della Convenzione si applicheranno, analogamente a quanto si è già osservato con riferimento al negozio dispositivo, le norme di conflitto proprie del foro, cioè dello Stato con il cui ordinamento tale fattispecie entra in contatto, ovvero contenute in altre convenzioni internazionali cui detto Stato abbia eventualmente aderito<sup>63</sup>.

Passando ad esaminare gli artt. 6 e 7, occorre premettere che essi si collocano, insieme agli articoli 8, 9 e 10, nel capitolo secondo, concernente la legge applicabile al *trust*: è in tale sede che la Convenzione palesa la propria natura di strumento internazionalprivatistico, introducendo i criteri di collegamento finalizzati a individuare la legge applicabile al *trust* o, meglio, la legge regolatrice della fattispecie concreta suscumbibile nella fattispecie del *trust* convenzionale tipizzata all'art. 2<sup>64</sup>.

Quanto all'art. 6, esso individua nella volontà del costituente il criterio di collegamento principale ai fini della determinazione della legge applicabile, prevedendo, al primo paragrafo, che “il *trust* è regolato dalla legge scelta dal disponente”. La Convenzione accoglie così, allineandosi ad altre Convenzioni di diritto internazionale privato, il principio dell'autonomia delle parti, in virtù del quale il disponente può scegliere liberamente la legge applicabile al *trust* che egli stesso costituisce<sup>65</sup>.

La libertà di scelta accordata al costituente è tendenzialmente illimitata: la sola condizione impostagli, a pena di inefficacia della scelta medesima, è quella di designare la legge di un ordinamento il quale preveda una disciplina espressa del negozio concretamente posto in essere, sul presupposto, beninteso, che si tratti di fattispecie inquadrabile nella nozione del *trust* convenzionale delineata dall'art. 2. Infatti, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 6, la scelta effettuata dal disponente “non ha valore”<sup>66</sup> qualora ricada sulla legge di un ordinamento che “non preveda l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione”. In definitiva, affinché la scelta compiuta dal disponente

---

<sup>63</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 550.

<sup>64</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 102.

<sup>65</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 66; LUPOI, *Trusts*, cit., 520 s.; Relazione esplicativa, n. 63, secondo cui l'articolo in esame “adopts for trusts the principle of party autonomy”.

<sup>66</sup> Tale inciso, presente nella traduzione italiana non ufficiale, deve essere più correttamente interpretato come “è inefficace”. Questa interpretazione è tra l'altro suggerita dai testi ufficiali in lingua inglese e francese, i quali si esprimono, rispettivamente, nel modo seguente: “*the choice shall not be effective*” e “*ce choix est sans effet*” (v. BARTOLI, *Il trust*, cit., 534 s.; SALVATORE, *Il trust*, cit., 69 s. e nota 32).

sia valida ed efficace, è necessario e sufficiente che l'ordinamento da lui designato contempili il tipo di *trust* che egli stesso ha concretamente posto in essere<sup>67</sup>.

Ciò comporta che il disponente, nell'esplicazione della sua libertà di scelta, può individuare, quale legge regolatrice, anche quella di uno Stato non aderente alla Convenzione. Questa possibilità è confermata dall'art. 21, che consente alle parti contraenti di riservarsi il diritto di accordare il riconoscimento ai soli *trusts* la cui validità è regolata dalla legge di uno Stato contraente. Se ne desume, *a contrario*, che, in mancanza della dichiarazione di avvalersi di tale riserva, ciascuno Stato contraente è obbligato a riconoscere anche i *trusts* la cui validità è regolata dalla legge di uno Stato non contraente. Pertanto la scelta del costituente, la quale ricada sulla legge di uno Stato non aderente alla Convenzione, sarà ben efficace, alla condizione, beninteso, che detta legge contempili il tipo di *trust* che lo stesso costituente ha concretamente posto in essere<sup>68</sup>.

Tra l'altro il disponente, ad ulteriore conferma della tendenziale illimitatezza della sua libertà di scelta, può individuare la legge regolatrice anche all'interno di un ordinamento con il quale il *trust* non presenti alcun elemento di collegamento<sup>69</sup>: in altre parole non è dato ravvisare la necessità, ai fini dell'efficacia della scelta effettuata dal disponente, della sussistenza di un collegamento obiettivo tra lo Stato cui appartenga la legge designata e il *trust* concretamente costituito.

Che il disponente goda di una tale facoltà è in primo luogo confermato dai lavori preparatori, nel corso dei quali la proposta, reiteratamente avanzata da varie delegazioni, di subordinare l'efficacia della scelta effettuata dal costituente all'esistenza di elementi oggettivi di collegamento tra legge designata e *trust* fu sistematicamente rigettata<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 103.

<sup>68</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 103, nota 43, 106 s.; l'inserimento nel testo convenzionale della norma in esame, che palesa evidentemente il carattere universale della Convenzione, non fu privo di discussioni, dal momento che il progetto predisposto dalla Commissione speciale proponeva di limitare l'obbligo del riconoscimento ai soli *trusts* creati in base alla legge di uno Stato contraente. Tale proposta, ispirata dalla volontà di incentivare l'adesione da parte degli Stati di *common law*, i quali avrebbero visto riconoscere i *trusts* costituiti in base alle proprie leggi solo se e in quanto parti contraenti, fu rigettata dalla Conferenza, che approvò, a maggioranza di tre quinti dei delegati, la soluzione universalista (v. SALVATORE, *Il trust*, cit., 53).

<sup>69</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 67; BARTOLI, *Il trust*, cit., 533; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 103, nota 44; LUPOI, *Trusts*, cit., 521 ss.

<sup>70</sup> Riguardo alle discussioni che animarono la Conferenza sul punto in esame, occorre citare due possibili versioni dell'art. 6, proposte, senza esito, nel corso dei lavori preparatori: "la scelta compiuta dal disponente sarà ignorata dal giudice se né il disponente, né l'oggetto del *trust* abbiano legami reali, obiettivi con la legge scelta"; "il disponente può scegliere la legge, purché questa sia o quella del suo domicilio o quella del luogo ove sono siti i beni" (v. LUPOI Maurizio, *La ratifica della Convenzione*

In secondo luogo suddetta facoltà, sebbene non venga espressamente contemplata dal testo convenzionale, può implicitamente desumersi dal tenore letterale dell'art. 6, che, come detto sopra, non pone altri limiti alla scelta del costituente se non quello dell'individuazione di una legge che preveda il tipo di *trust* concretamente posto in essere.

Si deve peraltro ritenere che, laddove la Convenzione precludesse al costituente di individuare la legge regolatrice all'interno di uno Stato privo di qualsiasi connessione obiettiva con il *trust*, essa contemplerebbe un'espressa disposizione in tal senso, conformemente alla prassi redazionale della Conferenza de L'Aja, stando alla quale, ogniqualvolta si voglia imporre un limite all'autonomia privata, quest'ultimo viene sancito in maniera esplicita e inequivoca<sup>71</sup>.

Ad ogni modo la pressoché illimitata libertà di scelta riconosciuta dalla Convenzione al disponente non costituisce un'assoluta novità sul piano internazionale: ad esempio, già la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali esclude qualsiasi limitazione alla libertà di scelta delle parti, riconoscendo loro la facoltà di assoggettare il contratto alla legge di un ordinamento con cui questo non presenti alcun collegamento materiale<sup>72</sup>.

Si deve osservare che il disponente, al fine di esercitare fruttuosamente la scelta di cui all'art. 6, ha l'onere di specificare con sufficiente chiarezza a quale ordinamento giuridico appartiene la legge regolatrice da lui designata. Se egli intende scegliere la legge inglese, dovrà evitare di fare generico riferimento alla legge della Gran Bretagna, altrimenti la sua scelta sarà inefficace per indeterminatezza, potendo essa indistintamente riferirsi tanto alla legge inglese quanto, ad esempio, a quella scozzese o dell'Isola di Jersey.

Come si deduce dal secondo periodo del primo paragrafo dell'art. 6, la scelta della legge regolatrice può essere sia espressa che implicita: nel qual ultimo caso essa dovrà ricavarsi dal contenuto dell'atto costitutivo del *trust* o del documento che ne costituisce la prova scritta, interpretato, ove necessario, alla luce delle "circostanze del

---

*dell'Aja e il trust in Italia: problemi e prospettive in Il trust nella operatività delle banche italiane*, a cura dell'ABI, Bancaria Editrice, Roma, 1997, 18).

<sup>71</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 534.

<sup>72</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 522; effettivamente il terzo paragrafo dell'art. 3 contempla la possibilità della scelta di una legge straniera "qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico Paese" e quindi anche qualora non si ravvisi alcuna connessione obiettiva tra la legge designata e il contratto.

caso”, cioè di tutti gli elementi attinenti al *trust*, come quelli indicati all’art. 7, non espressamente enunciati<sup>73</sup>.

Occorre inoltre sottolineare che la Convenzione non precisa il momento in cui il disponente debba effettuare la scelta della legge regolatrice: è comunque pacifico che questa possa aver luogo tanto antecedentemente, quanto contestualmente alla costituzione del *trust*. È più complessa la questione relativa alla designazione successiva: infatti, data la necessità di individuare una legge regolatrice fin dal momento della costituzione del rapporto, se in tale momento difetta la scelta del costituente, la suddetta legge dovrà essere individuata sulla base dei criteri di cui all’art. 7. Pertanto la designazione successiva da parte del costituente realizza, a rigore, un’ipotesi di modifica della legge regolatrice, la cui ammissibilità deve essere valutata, ai sensi dell’art. 10, dalla predetta legge<sup>74</sup>.

Come già parzialmente anticipato, nell’ipotesi in cui la scelta del costituente sia inefficace, in quanto ha ad oggetto un ordinamento che non contempla il tipo di *trust* concretamente posto in essere, ovvero non venga operata alcuna scelta, né espressa, né implicita, entra in funzione il criterio di collegamento sussidiario, avente carattere oggettivo, di cui all’art. 7, in virtù del quale “il *trust* sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami”<sup>75</sup>. Tale articolo introduce così il criterio di collegamento dei “più stretti legami”, sussidiario rispetto a quello della volontà del costituente, assunto quale principale dall’art. 6<sup>76</sup>.

La volontà di quest’ultimo soggetto svolge infatti un ruolo primario nell’individuazione della legge applicabile al *trust*; tuttavia, laddove tale volontà sia inesistente, cioè il disponente non abbia effettuato alcuna scelta, nemmeno implicita, ovvero sia manifestata in modo inefficace, cioè in modo tale da condurre all’individuazione di un ordinamento privo di disciplina per il tipo di *trust* concretamente posto in essere, il *trust* sarà regolato dalla legge dello Stato cui esso risulta in concreto più strettamente legato.

Al fine di agevolare l’individuazione di tale legge, l’art. 7 indica al secondo paragrafo una serie di parametri di cui l’interprete dovrà “in particolare” tener conto;

---

<sup>73</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 532 s.; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 47.

<sup>74</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 68; SARAVALLE Alberto, *Commento all’art. 6 in Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, cit., 1249 s.

<sup>75</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 60; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985*, cit., 104.

<sup>76</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 70.

essi sono: il luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente; l'ubicazione dei beni in *trust*; la residenza o il domicilio del *trustee*; il luogo dove lo scopo del *trust* deve essere realizzato.

Tale elencazione non è tassativa, bensì meramente esemplificativa, come rivela l'uso della locuzione “in particolare” e come conferma anche la Relazione esplicativa<sup>77</sup>, e non è nemmeno informata da un principio gerarchico, tale per cui l'interprete dovrebbe rigorosamente attenersi all'ordine in cui tali criteri sono riportati<sup>78</sup>. Ne consegue che quest'ultimo potrà avvalersi di ogni altro criterio egli ritenga utile, quale, ad esempio, la residenza del *settlor*, e dovrà quindi individuare la legge più strettamente collegata al *trust* sulla base di valutazione complessiva, fondata in particolar modo, ma non esclusivamente, sui parametri specificati nel secondo paragrafo dell'articolo 7<sup>79</sup>.

È importante sottolineare che, pur nel silenzio della norma sul punto, la situazione di fatto da assumere quale riferimento, onde determinare la legge in concreto più strettamente collegata al *trust*, è quella esistente al momento della costituzione del rapporto e non già quella attuale, eventualmente mutata. Tale soluzione operativa risulta essere la più adeguata, giacché solo in tal modo si avrà la certezza di individuare la legge regolatrice originaria e si potrà verificare se, ai sensi di tale legge, il *trust* è stato validamente costituito.

Infatti, se al contrario si assumesse quale riferimento la situazione di fatto attuale, diversa da quella originaria, si potrebbe probabilmente individuare una diversa legge regolatrice, che magari riconosce valido un *trust*, il quale, a norma dell'originaria legge regolatrice, è invece nullo. Tra l'altro, operando in quest'ultimo senso, si ammetterebbe implicitamente l'eventualità di una sostituzione della legge regolatrice del *trust* al di fuori dei limiti stabiliti dall'art. 10.

Comunque, una volta accertato che il *trust* è stato validamente costituito ai sensi della legge regolatrice originaria, si potrà porre la questione del possibile mutamento di questa legge; ai sensi dell'art. 10, tale questione potrà essere risolta in senso positivo se

---

<sup>77</sup> Relazione, n. 72, secondo cui l'articolo in esame fornisce i quattro criteri sopra elencati “*as examples*”.

<sup>78</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 536; PETRULLI, RUBINO, *Il trust*, cit., 32; LUPOI, *Trusts*, cit., 525; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 61; v. *contra* SALVATORE, *Il trust*, cit., 71, secondo cui “nell'elencazione dei criteri enunciati si è inteso configurare un implicito ordine gerarchico”.

<sup>79</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 104; MALAGUTI, *Il trust*, cit., secondo cui il giudice gode di piena libertà nel determinare tale legge, pur dovendo rispettare le indicazioni offertegli dalla Convenzione.

e nella misura in cui la stessa legge regolatrice originaria, indicata come “legge applicabile alla validità del *trust*”, prevede la possibilità di essere sostituita<sup>80</sup>.

Qualora il criterio di collegamento dei “più stretti legami” conduca ad un ordinamento privo di una espressa disciplina del tipo di *trust* concretamente costituito, la Convenzione, ai sensi dell’art. 5, risulta inapplicabile e riprendono quindi vigore le norme di conflitto proprie dei singoli Stati contraenti<sup>81</sup>.

L’art. 8 indica al primo paragrafo gli aspetti del *trust* disciplinati dalla legge regolatrice individuata ai sensi dell’art. 6 o dell’art. 7, stabilendo, con una formulazione tendenzialmente omnicomprensiva, che la predetta legge “regola la validità, l’interpretazione, gli effetti e l’amministrazione del *trust*”.

Al secondo paragrafo la norma in esame fornisce una particolareggiata elencazione delle questioni che la medesima legge si occupa, “in particolare”, di disciplinare: anche tale elencazione, parimenti a quella di cui al secondo paragrafo dell’art. 7, non è tassativa, bensì meramente esemplificativa<sup>82</sup>, come rivela l’uso della locuzione “in particolare” e conformemente a quanto emerge dalla Relazione esplicativa<sup>83</sup>.

Non è chiaro se fra le questioni di validità menzionate nel primo paragrafo, e quindi disciplinate dalla legge regolatrice, debbano includersi quelle relative alla validità formale dell’atto costitutivo del *trust*. Al fine di sciogliere tale nodo interpretativo, non risulta utile né il tenore testuale della norma in esame, che parla genericamente di “validità” del *trust*, né le risultanze della Relazione esplicativa<sup>84</sup>. La Commissione speciale, che per prima affrontò la questione, la risolse in senso negativo, eliminando dall’art. 8 il paragrafo contenente il riferimento espresso ai requisiti di forma. Tale problematica fu riproposta nel corso della Conferenza, ma venne poi accantonata adducendo il pretesto che le questioni di validità formale riguardassero il negozio dispositivo o di dotazione, sottratto, come sopra detto, all’ambito applicativo della Convenzione, piuttosto che l’atto costitutivo del *trust*<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> SARAVALLE Alberto, *Commento all’art. 7 in Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, cit., 1257; BARTOLI, *Il trust*, cit., 537.

<sup>81</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985*, cit., 104; LUPOI, *Trusts*, cit., 525.

<sup>82</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 72; BARTOLI, *Il trust*, cit., 540 s.

<sup>83</sup> Relazione, n. 81: “Article 8 contains a detailed but non-exhaustive enumeration of the questions which are subject to the law governing the trust under articles 6 and 7”.

<sup>84</sup> Relazione, n. 82: “Article 8 deals with substantive issues without expressly excluding issues of form”.

<sup>85</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 63.

Ad ogni modo sembra che la suddetta questione possa essere risolta in senso positivo, e cioè ricomprendendo tra le questioni di validità disciplinate dalla legge regolatrice anche quelle formali, in virtù di un argomento ricavabile dai lavori svolti durante la XV sessione della Conferenza: in questo contesto venne infatti rigettata la proposta, avanzata dalla delegazione olandese, di escludere espressamente dall'ambito applicativo della Convenzione gli aspetti relativi alla forma dell'atto costitutivo del *trust*. Ne deriva che, pur nel silenzio del testo convenzionale, tali aspetti devono ritenersi implicitamente assoggettati alla disciplina posta dalla legge regolatrice individuata ai sensi dell'art. 6 o dell'art. 7<sup>86</sup>.

L'art. 9 ammette il *dépeçage*, cioè la tecnica consistente nell'applicare leggi diverse ad aspetti diversi di un medesimo *trust* e, più in generale, di qualsiasi fattispecie caratterizzata da elementi di internazionalità<sup>87</sup>. In altre parole tale previsione normativa introduce la possibilità di frazionare la disciplina del *trust*, assoggettando i singoli aspetti di esso, purché isolabili, cioè suscettibili di essere trattati separatamente, a leggi differenti<sup>88</sup>: si avranno così più leggi regolatrici, ciascuna delle quali disciplinerà un singolo e isolabile aspetto della fattispecie concretamente posta in essere.

Occorre sottolineare che la tecnica del *dépeçage* presenta carattere generale, per cui essa costituisce sia uno strumento a disposizione del disponente, il quale, nell'esercizio della libertà di scelta di cui all'art. 6, voglia designare più leggi regolatrici, sia un criterio guida per l'interprete, il quale, chiamato ad individuare la legge regolatrice nelle ipotesi di cui all'art. 7, dovrà isolare i singoli aspetti del *trust* collegati più strettamente con ordinamenti diversi, onde assoggettare ciascuno di essi alla legge propria dell'ordinamento con cui presenta i "più stretti legami"<sup>89</sup>.

L'art. 10, che chiude il secondo capitolo, concernente la legge applicabile al *trust*, dispone che "la legge applicabile alla validità del *trust*", cioè la legge regolatrice individuata ai sensi dell'art. 6 o dell'art. 7, disciplina la possibilità di essere sostituita da una legge diversa. Sarà quindi la stessa legge regolatrice del *trust* a stabilire se e in

---

<sup>86</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 74; v. *contra* SARAVALLE Alberto, *Commento all'art. 8 in Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, cit., 1260; LUPOI, *Trusts*, cit., 527.

<sup>87</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 64; Relazione, n. 91: "Article 9 accepts *dépeçage*, which is the practice of subjecting certain elements of the trust to different laws".

<sup>88</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 105.

<sup>89</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 78.

quale misura sia possibile modificare, in un momento successivo alla costituzione del *trust*, detta legge<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 548.

### 5. 3. Il riconoscimento del *trust* convenzionale

Come precedentemente anticipato, il terzo capitolo della Convenzione, concernente il riconoscimento del *trust*, mira a garantire ed assicurare il funzionamento e l'operatività, all'interno dell'ordinamento dei singoli Stati contraenti, di qualsiasi istituto suscettibile nella nozione di *trust* convenzionale e costituito in conformità alla legge regolatrice straniera individuata ai sensi dell'art. 6 o dell'art. 7. A tal fine, l'art. 11<sup>91</sup>, che apre il suddetto capitolo, sancisce, al primo paragrafo, il principio generale secondo cui qualsiasi *trust* costituito in conformità alla predetta legge dovrà essere riconosciuto come tale<sup>92</sup>, ponendo così in capo a ciascuno Stato contraente l'obbligo di riconoscere l'operatività, entro il proprio ordinamento, dell'istituto corrispondente al tipo convenzionale e conforme alla legge regolatrice straniera prescelta dal costituente ex art. 6 o determinata oggettivamente ex art. 7<sup>93</sup>.

L'obbligo di riconoscimento postula quindi l'ingresso, nell'ordinamento del singolo Stato aderente alla Convenzione, di un istituto che altrimenti esplicherebbe la sua efficacia esclusivamente entro un ordinamento straniero<sup>94</sup>.

Al fine di ricostruire più precisamente il contenuto del suddetto obbligo, è necessario tenere in considerazione che, come precedentemente detto, il termine "riconoscimento", nell'accezione accolta dalla Convenzione, indica l'attribuzione di efficacia ad un rapporto giuridico di carattere sostanziale regolato da una legge straniera. Coerentemente l'obbligo di riconoscimento si traduce nell'obbligo, gravante su ogni Stato contraente, di attribuire al *trust* l'efficacia che gli deriva dalla legge regolatrice, nonché dalla Convenzione medesima. In altre parole il riconoscimento

---

<sup>91</sup> Il testo dell'art. 11, nella traduzione italiana non ufficiale, così recita: "Un *trust* istituito in conformità alla legge determinata in base al capitolo precedente sarà riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in *trust* rimangano distinti dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio, di comparire, in qualità di *trustee*, davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica. Nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implica in particolare: a) che i creditori personali del *trustee* non possano rivalersi sui beni in *trust*; b) che i beni in *trust* siano segregati rispetto al patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento; c) che i beni in *trust* non rientrano nel regime matrimoniale o nella successione del *trustee*; d) che la rivendicazione dei beni in *trust* sia permessa nella misura in cui il *trustee*, violando le obbligazioni risultanti dal *trust*, abbia confuso i beni in *trust* con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalle legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro".

<sup>92</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 83; Relazione, n. 104: "This provision sets out, in its first paragraph, the principle of the recognition of the trust created in accordance with the law specified by Chapter II and, more particularly, by articles 6 and 7".

<sup>93</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 68.

<sup>94</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 528.

comporta la produzione, all'interno dell'ordinamento dello Stato contraente che lo effettua, di una serie di effetti, i quali sono delineati dal secondo e dal terzo paragrafo dell'art. 11.

In particolare, il secondo paragrafo del suddetto articolo determina gli effetti minimi connessi al riconoscimento, cioè destinati a prodursi necessariamente, anche qualora la legge regolatrice del *trust* non li preveda; nell'ordinamento dello Stato contraente obbligato al riconoscimento tali effetti si esplicheranno quindi in ogni caso: così, si può concludere che essi costituiscono l'oggetto indefettibile dell'obbligo di riconoscimento. Specificamente, gli effetti minimi del riconoscimento sono rappresentati da: la separazione dei beni costituiti in *trust* dai beni personali del *trustee*; la capacità del *trustee* di agire od essere convenuto in giudizio; la legittimazione del *trustee* a comparire, in tale qualità, dinanzi a notai e pubbliche autorità<sup>95</sup>. Che quelli appena elencati costituiscano gli effetti minimi e necessari del riconoscimento è agevolmente desumibile dal tenore letterale della norma in esame, nella misura in cui essa contiene l'inciso "il riconoscimento comporta, quanto meno, che", ed è peraltro confermato dalla Relazione esplicativa<sup>96</sup>.

Come acutamente osservato, il secondo paragrafo dell'art. 11 assume natura di norma di diritto materiale uniforme, per ciò stesso idonea ad innovare direttamente l'ordinamento interno degli Stati contraenti<sup>97</sup>. È infatti evidente che i tre effetti ivi enunciati si traducono in altrettante norme giuridiche del foro, a prescindere dal fatto che essi siano contemplati dalla legge regolatrice del *trust*; ad ogni modo, mentre il primo effetto troverà sempre corrispondenza nella predetta legge, dal momento che la separazione dei beni costituiti in *trust* rappresenta, ai sensi dell'art. 2, una caratteristica essenziale del *trust* convenzionale, gli altri due potranno trovare o meno tale corrispondenza.

Quanto al terzo paragrafo, esso indica gli effetti meramente eventuali del riconoscimento, cioè quegli effetti che si produrranno soltanto se e nella misura in cui trovino corrispondenza nella legge regolatrice del *trust*; nell'ordinamento dello Stato contraente obbligato al riconoscimento tali effetti si esplicheranno quindi solo in quanto

---

<sup>95</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 83 s.; BARTOLI, *Il trust*, cit., 553; NERI, *Trust (dir. civ.)*, cit., 244.

<sup>96</sup> Relazione, n. 104, riferendosi all'articolo 11, afferma che: "the second paragraph requires the recognition of essential elements for all trusts".

<sup>97</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 529; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 107; LUZZATTO Riccardo, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja in Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 11.

siano previsti o richiesti dalla predetta legge, ragion per cui possono definirsi eventuali<sup>98</sup>. Gli effetti eventuali del riconoscimento sono rappresentati da: la preclusione per i creditori personali del *trustee* di assoggettare ad esecuzione i beni costituiti in *trust*; la separazione dei beni costituiti in *trust* dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza o di fallimento di quest'ultimo; l'esclusione dei beni del *trust* dal regime matrimoniale e dalla successione del *trustee*; il diritto di rivendicare i beni costituiti in *trust* qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, li abbia confusi con i beni propri o li abbia illegittimamente alienati<sup>99</sup>.

Come esattamente osservato<sup>100</sup>, il terzo paragrafo dell'art. 11 costituisce una norma di conflitto, volta a determinare l'ampiezza minima dell'applicazione che ciascuno Stato aderente deve assicurare alla legge regolatrice del *trust*; nulla perciò impedisce a tale Stato di disporre una più ampia applicazione della predetta legge, come si desume dall'inciso "tale riconoscimento implica in particolare", contenuto nel suddetto paragrafo.

Tra gli effetti necessari conseguenti al riconoscimento assume rilievo preminente la separazione dei beni che costituiscono la *trust property* rispetto al patrimonio personale del *trustee* e quindi, in pratica, la costituzione di un patrimonio separato, rappresentato dal *trust fund*<sup>101</sup>.

Al riguardo, occorre precisare che per patrimonio separato deve intendersi quell'insieme di situazioni giuridiche soggettive che, pur essendo nella titolarità di un determinato soggetto, sono riguardate dall'ordinamento, per via della loro destinazione ad uno scopo specifico, come un'unità a sé stante, distinta dalle restanti situazioni giuridiche soggettive facenti capo allo stesso soggetto. La costituzione di un patrimonio separato comporta due principali effetti giuridici: innanzitutto limita il potere dispositivo spettante al titolare sul predetto patrimonio e, inoltre, vincola quest'ultimo al soddisfacimento di una determinata categoria di creditori<sup>102</sup>.

È allora evidente che il *trust fund* costituisce un'ipotesi di patrimonio separato: in primo luogo, in quanto il *trustee*, sebbene abbia la titolarità giuridica del *trust fund*,

---

<sup>98</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 553; NERI, *Trust (dir. civ.)*, cit., 244 s.; Relazione, n. 104, riferendosi all'articolo 11, afferma che: "the third paragraph enumerates the supplementary aspects of recognition which may flow from the law applicable to the trust".

<sup>99</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 84.

<sup>100</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 109; LUPOI, *Trusts*, cit., 529.

<sup>101</sup> Relazione, n. 108, riferendosi alla suddetta separazione, afferma che: "this is an essential element of a trust, without which its recognition would have no meaning".

<sup>102</sup> SANTORO PASSARELLI Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1986, 86.

non può disporre liberamente, dovendo invece adeguarsi alle restrizioni impostegli dall'atto costitutivo e dalla legge; in secondo luogo, poiché sul *trust fund* possono soddisfarsi esclusivamente i creditori del *trust*, cioè coloro le cui ragioni di credito derivano da operazioni gestorie inerenti allo stesso *trust fund*<sup>103</sup>. Alla luce di tali osservazioni, emerge che il *trustee* non potrà considerarsi proprietario del *trust fund*, quantomeno nell'accezione comunemente attribuita a tale *status* nell'ambito dei sistemi giuridici di *civil law*; al contrario, egli dovrà esclusivamente ritenersi titolare dei diritti e degli obblighi connessi al rapporto giuridico in cui si sostanzia il *trust*<sup>104</sup>.

Quanto agli effetti meramente eventuali del riconoscimento, i primi tre, descritti nelle lettere da *a*) a *c*), non sono altro che altrettanti corollari della separazione patrimoniale della *trust property* e, quindi, della configurazione del *trust fund* come patrimonio separato<sup>105</sup>. È infatti evidente che l'intangibilità del *trust fund* rispetto alle pretese dei creditori personali del *trustee*, nonché l'esclusione del *trust fund* dall'eventuale fallimento, dal regime matrimoniale e dalla successione dello stesso *trustee* risiede nella netta distinzione della *trust property* rispetto al patrimonio personale del *trustee*<sup>106</sup>. Occorre inoltre sottolineare che i suddetti effetti, sebbene definiti come eventuali, ricorreranno nella quasi totalità dei casi, poiché, in quanto costituiscono un corollario della separazione patrimoniale, la quale a sua volta costituisce una caratteristica essenziale del *trust* convenzionale, saranno di norma contemplati dalla legge regolatrice<sup>107</sup>.

Pertanto, si deve ritenere che la configurazione del *trust fund* quale patrimonio separato valga a sottrarlo, nonostante il silenzio del testo convenzionale, anche alle pretese dei creditori del disponente, e ciò pure nel caso in cui quest'ultimo abbia costituito il *trust* attraverso una *declaration of trust*, cioè designando se stesso quale *trustee*.

Quanto ai creditori del beneficiario, anche costoro si vedranno preclusa la possibilità di agire *in executivis* sui beni costituenti il *trust fund*; tuttavia, essi potranno aggredire il credito vantato dal loro debitore in dipendenza del *trust*, cioè il diritto di costui a vedersi attribuire le rendite e/o i beni del *trust fund*. A ben vedere, tale

---

<sup>103</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 555; TONDO Salvatore, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee* in *I trusts in Italia oggi* a cura di I. Beneventi, Giuffrè, Milano, 1996, 193.

<sup>104</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 86.

<sup>105</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 530.

<sup>106</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 86 s.

<sup>107</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 109.

possibilità sarà loro concessa esclusivamente nei casi di *fixed trusts*, ove il beneficiario vanta nei confronti del *trustee* un diritto di credito certo nell'*an* e nel *quantum*; la medesima facoltà non è invece esercitabile nei casi di *discretionary trusts*, ove il diritto del beneficiario a vedersi attribuire le rendite e/o i beni del *trust fund* è soltanto potenziale, essendo subordinato al positivo esercizio, a suo favore, della discrezionalità conferita al *trustee*. In tali casi i creditori del beneficiario potranno soddisfarsi soltanto qualora quest'ultimo diventi beneficiario in concreto, e cioè destinatario dell'attribuzione effettuata dal *trustee* nell'esercizio della propria discrezionalità<sup>108</sup>.

Quanto al quarto degli effetti meramente eventuali del riconoscimento, descritto nella lettera *d*), esso si colloca su un piano completamente diverso rispetto a quelli appena esaminati, dal momento che non costituisce una diretta conseguenza della configurazione del *trust fund* come patrimonio separato. La previsione di cui alla lettera *d*) attiene infatti alla tutela del beneficiario nei confronti di eventuali abusi commessi dal *trustee* nell'esercizio delle sue funzioni: essa, in particolare, accorda al beneficiario il diritto di esperire un'azione reipersecutoria, avente ad oggetto la *trust property*, qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni oggetto del *trust* con i propri ovvero li abbia alienati<sup>109</sup>. Pertanto, il riconoscimento importerà, quale effetto eventuale, e quindi subordinatamente all'esistenza di una corrispondente previsione nella legge regolatrice, la soggezione del *trustee*, il quale, illegittimamente, abbia confuso i beni costituiti in *trust* con i propri o li abbia alienati, alla rivendicazione dei suddetti beni promossa dal beneficiario<sup>110</sup>.

È peraltro evidente che la previsione di cui alla lettera *d*) si riferisce implicitamente al *tracing* del *trust* anglo-americano, come confermato anche dalla Relazione esplicativa<sup>111</sup>; tale riferimento non implica però che il *tracing* possa ricevere applicazione nel processo instaurato presso l'ordinamento dello Stato contraente obbligato al riconoscimento, salvo che la legge processuale dell'ordinamento predetto contempli espressamente tale istituto. Infatti il *tracing*, in quanto tecnica processuale, e

---

<sup>108</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 557 ss.; ARRIGO Tommaso, CAVANNA Stefano, *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento in Commentario breve al codice civile. Leggi complementari* a cura di G. Alpa e P. Zatti, CEDAM, Padova, 1999, 40 s.; GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, cit., 137.

<sup>109</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 87.

<sup>110</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 109.

<sup>111</sup> Relazione, n. 113: "sub-paragraph d of the third paragraph deals with tracing, which is a right that the legal systems which have trusts grant to the trust beneficiary when the trustee has violated his obligations by mingling trust assets with his own property or by alienating such assets".

precisamente tecnica probatoria atta e diretta ad individuare l'oggetto della domanda del beneficiario, non può trovare applicazione in un ordinamento cui esso sia estraneo, e ciò in forza del fondamentale principio di diritto internazionale privato secondo cui la legge regolatrice del processo è incardinata nel foro in cui esso si svolge: competerà quindi alla *lex fori*, cioè alla legge del luogo in cui si svolge il processo, individuare gli strumenti processuali in concreto azionabili dal beneficiario avverso il *trustee*<sup>112</sup>.

È importante sottolineare che, per effetto della seconda parte della previsione in esame, nell'ipotesi in cui il *trustee* abbia illegittimamente alienato i beni costituiti in *trust*, la posizione giuridica del terzo possessore di detti beni sarà disciplinata non dalla legge regolatrice del *trust*, bensì dalla legge individuata sulla base delle regole di diritto internazionale privato proprie dell'ordinamento dello Stato contraente obbligato al riconoscimento<sup>113</sup>. A titolo esemplificativo, qualora lo Stato contraente obbligato al riconoscimento sia l'Italia, l'art. 5 della legge 31 maggio 1995, n. 218, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, individua la disciplina applicabile alla posizione giuridica del terzo possessore nella *lex rei sitae*. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui i beni acquistati dal terzo siano situati presso un ordinamento di *common law*, il beneficiario potrà avvalersi di tutti i rimedi reipersecutori che l'*equity* gli accorda, mentre, qualora i suddetti beni si trovino in Italia, il beneficiario potrà esperire tutte le azioni che il nostro ordinamento predispone avverso il terzo possessore<sup>114</sup>.

L'art. 12 dispone che “il *trustee* che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa”. La norma in esame consente quindi al *trustee* di pubblicizzare l'esistenza del *trust* sui beni mobili e/o immobili che ne costituiscono l'oggetto, purché tale pubblicità non sia vietata o incompatibile con la legge dello Stato contraente obbligato al riconoscimento<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 530; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 109, nota 60.

<sup>113</sup> Relazione, n. 113: “*the relations of the trustee and the beneficiary with any third party, who holds trust assets, are not governed by the law applicable to the trust but rather by the law designated by the forum's choice-of-law rules*”.

<sup>114</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 89 s.

<sup>115</sup> Relazione, n. 119: “*A trustee who wishes to register a movable or an immovable asset in a register may ask to appear in this register as a trustee; in cases where this is not possible, the registration may*

Dal momento che l'art. 12 utilizza termini generici, quali "iscrizione" e "registrazione", si deve ritenere che il *trustee* abbia a disposizione una gamma di formalità pubblicitarie davvero ampia, comprendente, con riferimento al nostro ordinamento e a mero titolo esemplificativo, la trascrizione nei registri immobiliari, o nel pubblico registro automobilistico, o nel registro aeronautico nazionale, o nel registro navale italiano, ovvero l'iscrizione nel registro delle imprese, o nel libro dei soci<sup>116</sup>.

Occorre peraltro sottolineare che la pubblicità del *trust* avrà ad oggetto non già l'atto costitutivo, bensì il negozio dispositivo o di dotazione<sup>117</sup>, e che "l'iscrizione" o "la registrazione" avverrà a favore del *trustee*, mediante l'espressa contemplazione di tale *status* ovvero in qualsiasi altra maniera idonea a rivelare l'esistenza del *trust*<sup>118</sup>.

È bene precisare che l'art. 12 si esprime in termini di diritto alla pubblicità, e non di obbligo: in altre parole la norma in esame non impone agli Stati membri una pubblicità necessaria del *trust*<sup>119</sup>, bensì facoltizza il *trustee* a far ricorso alle forme di pubblicità previste negli ordinamenti dei diversi Stati contraenti. Dunque il *trust* potrà, su richiesta del *trustee*, essere oggetto di pubblicità: questa avrà principalmente la funzione di rivelare la sua esistenza, cioè di renderlo conoscibile, conformemente allo scopo meramente conoscitivo proprio della pubblicità notizia. Si deve tuttavia ritenere che, qualora il *trust* abbia ad oggetto beni i quali, nell'ordinamento dello Stato contraente obbligato al riconoscimento, sono soggetti a pubblicità dichiarativa, la pubblicità del *trust* assolverà, oltre che una funzione di notizia, anche una funzione

---

*take place in such a manner that the existence of the trust relationship appears in another way. All of this is possible only to the extent that the law of the State where registration is to take place so permits*".

<sup>116</sup> PICCOLI Paolo, CORSO Elena, DOLZANI Marco, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts* in *Rivista del Notariato*, 1995, 1395 s., 1402 s.; SALVATORE, *Il trust*, cit., 95, nota 16; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 86 s.; BARTOLI, *Il trust*, cit., 571 s.; Relazione, n. 121: "The reach of article 12 is not limited to public registers; this provision also deals with private registers having a public function such as a shareholders' register".

<sup>117</sup> NERI, *Trust (dir. civ.)*, cit., 246; ARRIGO, CAVANNA, *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, cit., 31; LUPOI, *Trusts*, cit., 532; BARTOLI, *Il trust*, cit., 572 s., il quale rileva esattamente che, sebbene la pubblicità del *trust* abbia di norma ad oggetto esclusivamente l'atto di trasferimento della proprietà, essa concernerà anche l'atto costitutivo ogniqualvolta quest'ultimo coincida documentalmente con il trasferimento al *trustee*, come nel caso del *trust* testamentario e del *trust* nel quale il disponente, mediante *declaration of trust*, designi se stesso quale *trustee*.

<sup>118</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 91.

<sup>119</sup> PETRELLI Gaetano, *Pubblicità legale, apparenza e affidamento nel diritto internazionale privato in Atti notarili: diritto comunitario e internazionale*, vol. I, UTET, Torino, 2011, 391, nota 427.

dichiarativa, in quanto renderà opponibili ai terzi gli effetti conseguenti al riconoscimento, descritti dal già esaminato art. 11<sup>120</sup>.

In altre parole, qualora la *trust property* si componga di beni soggetti a pubblicità dichiarativa nell'ordinamento dello Stato contraente obbligato al riconoscimento, l'adempimento pubblicitario che il *trustee*, in forza dell'art. 12, è facoltizzato a compiere svolge un ruolo determinante al fine di garantire l'effettività del riconoscimento del *trust*, dal momento che si pone come condizione necessaria per rendere opponibili ai terzi gli effetti derivanti da tale riconoscimento. Di conseguenza, in difetto di pubblicità, i suddetti effetti non potranno essere opposti a terzi, con inevitabili ripercussioni negative sull'effettività del riconoscimento del *trust*<sup>121</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, appare evidente che la facoltà, attribuita al *trustee* dall'art. 12, di pubblicizzare il *trust* si traduce di fatto, all'interno degli ordinamenti di quei Paesi contraenti, appartenenti pressoché esclusivamente all'area di *civil law*, nei quali gli adempimenti pubblicitari presiedono la circolazione dei diritti, in particolare sui beni immobili, in un vero e proprio e dovere a carico del *trustee* il quale voglia attendere con la dovuta diligenza all'esercizio delle sue funzioni<sup>122</sup>.

Può però accadere che il *trustee* sia oggettivamente impossibilitato a compiere adempimenti pubblicitari relativi al *trust*: lo stesso art. 12, infatti, fa espressamente salvo tanto il caso in cui la pubblicità del *trust* sia vietata dalla legislazione dello Stato nel quale deve essere effettuata la registrazione, quanto il caso in cui la suddetta pubblicità risulti incompatibile con l'ordinamento di tale Stato. Il verificarsi di una delle predette ipotesi, nella misura in cui preclude al *trustee* qualsiasi adempimento pubblicitario, vanificherà l'effettività del riconoscimento del *trust*, impedendo di opporre ai terzi gli effetti ad esso conseguenti, ogniqualvolta il *trust* riguardi categorie di beni che, nell'ordinamento dello Stato contraente nel quale deve essere effettuata la registrazione, sono ordinariamente soggetti a forme di pubblicità dichiarativa<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> MONEGAT Mariagrazia, *Trust nella separazione consensuale in Trust: opinioni a confronto* a cura di E. Barla De Guglielmi, IPSOA, Milano, 2006, 508; AA. VV., *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust*, CEDAM, Padova, 2011, 270;

<sup>121</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 86; LUPOI, *Trusts*, cit., 533.

<sup>122</sup> MOJA Andrea, *Il trust nel diritto civile e tributario*, Maggioli Editore, Rimini, 2009, 103; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., 239 s., secondo cui l'art. 12 risponde all'esigenza, avvertita soprattutto dai Paesi di *civil law*, di poter disporre di strumenti idonei a rendere effettivo il riconoscimento del *trust*.

<sup>123</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 94; LUPOI, *Trusts*, 532 s., il quale rileva l'opportunità che gli ordinamenti di *civil law*, nei quali gli adempimenti pubblicitari presiedono la circolazione dei diritti, in particolare sui

Con riferimento al nostro ordinamento, si è discusso intensamente della possibilità di trascrivere il *trust* immobiliare.

In senso contrario alla predetta possibilità, è stato sostenuto che il negozio dispositivo o di dotazione non rientra nell'elenco degli atti soggetti a trascrizione di cui all'art. 2643 c.c., dal momento che, sebbene tale elenco contempa i contratti e gli atti che operano il trasferimento della proprietà di beni immobili, il suddetto negozio attribuisce al *trustee* una posizione giuridica per nulla assimilabile alla proprietà implicitamente richiamata dal medesimo elenco, la quale coincide con quella configurata dall'art. 832 c.c.. Il *trustee*, infatti, è investito di una proprietà che, in quanto gravata da un vincolo di destinazione e limitata da obblighi di gestione, non gli consente di godere e disporre liberamente dei beni e che perciò assume caratteristiche del tutto difformi da quelle tipiche della proprietà piena ed esclusiva di cui all'art. 832 c.c., alla quale l'elenco *ex art.* 2643 c.c. fa implicito riferimento. In definitiva, secondo la ricostruzione appena esposta, il negozio dispositivo o di dotazione, in virtù del quale i beni sono trasferiti al *trustee*, non sarebbe trascrivibile in quanto produttivo di un effetto reale atipico<sup>124</sup>.

Non si può non rilevare che la suddetta ricostruzione svilisce l'effettività del riconoscimento del *trust* nel nostro ordinamento, dal momento che, nella misura in cui nega la possibilità di trascrivere il negozio dispositivo o di dotazione, importa quale automatica conseguenza l'inopponibilità ai terzi degli effetti conseguenti al suddetto riconoscimento<sup>125</sup>.

Ad ogni modo, in dottrina è infine prevalsa la tesi opposta, favorevole alla trascrizione del *trust*<sup>126</sup>. In particolare, è stato affermato che, a prescindere dall'esistenza di una disciplina interna che espressamente disponga in tal senso, il *trustee* ha comunque il diritto di ottenere, in tale qualità e quindi con specifica contestuale annotazione in tal senso, la trascrizione del negozio dispositivo o di dotazione nei

---

beni immobili, facciano il possibile affinché i *trusts* siano resi noti, magari imponendone la pubblicità obbligatoria.

<sup>124</sup> GAZZONI Francesco, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)* in *Rivista del Notariato*, 2001, 17 s.

<sup>125</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 578.

<sup>126</sup> ARRIGO, CAVANNA, *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, cit., 31 s.; PICCOLI, CORSO, DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, cit., 1389 ss.; TONDO, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, cit., 196 s.

registri immobiliari<sup>127</sup>. Tale diritto, infatti, sebbene non sia espressamente previsto dalla legislazione italiana, gli viene conferito direttamente dalla Convenzione e precisamente dall'art. 12, che, in quanto norma di diritto materiale uniforme, è in grado di innovare, per effetto della sola ratifica, l'ordinamento interno degli Stati contraenti<sup>128</sup>.

Quanto alla mancata previsione del negozio dispositivo o di dotazione tra le fattispecie contemplate nell'elenco *ex art.* 2643 c.c., non sembra che tale circostanza possa configurare un divieto ovvero originare un'incompatibilità rispetto al nostro ordinamento<sup>129</sup>.

Anche la giurisprudenza è tendenzialmente favorevole alla trascrizione del *trust*, sia pure sulla base di soluzioni ermeneutiche tra loro differenti<sup>130</sup>.

Così, stante la crescente emersione di istituti nei quali la proprietà presenta caratteristiche diverse rispetto a quelle tradizionali, è stata adottata un'ampia concezione di tale diritto, al fine di ricondurre il negozio dispositivo o di dotazione tra i contratti e gli atti che operano il trasferimento della proprietà di beni immobili e di conseguenza nell'alveo delle fattispecie previste dall'elenco di cui all'art. 2643 c.c.<sup>131</sup>.

In un'altra decisione, si rileva che l'art. 12 della Convenzione, nella misura in cui conferisce al *trustee* il diritto potestativo di ottenere la registrazione del *trust*, introduce nel nostro ordinamento una nuova fattispecie ammessa alla trascrizione<sup>132</sup>.

Ancora, è stato stabilito che la trascrizione del *trust* non è espressamente vietata dalla legislazione italiana, né incompatibile con il nostro ordinamento, sia perché quest'ultimo conosce già istituti affini al *trust*, sia in considerazione dell'avvenuta ratifica della Convenzione<sup>133</sup>.

Quanto all'art. 13, la sua analisi, essendo strettamente connessa all'indagine relativa all'ammissibilità dei *trusts* cosiddetti interni, costituirà oggetto di specifica trattazione nel paragrafo successivo al presente.

L'art. 14, che chiude il terzo capitolo, dispone che "la Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione di norme di legge maggiormente favorevoli al

---

<sup>127</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 93.

<sup>128</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 532; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 89; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 107.

<sup>129</sup> PICCOLI Paolo, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano* in *Rivista del Notariato*, 1995, 37 ss.

<sup>130</sup> NERI, *Trust (dir. civ.)*, cit., 246 s.

<sup>131</sup> Trib. Bologna, 12 aprile 2000, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 374.

<sup>132</sup> Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 241.

<sup>133</sup> Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Corriere giuridico*, 2004, 76.

riconoscimento del *trust*". La norma in esame, allineandosi a una prassi redazionale consolidata e confermando il carattere promozionale della Convenzione, volto cioè a favorire la più ampia diffusione del *trust*, accorda a eventuali norme di legge più favorevoli al riconoscimento del *trust* la prevalenza sulla disciplina convenzionale<sup>134</sup>.

Deve ritenersi più favorevole, e quindi prevalente sulla disciplina convenzionale, sia la norma di legge che consenta di ampliare gli effetti connessi al riconoscimento del *trust*, sia la norma di legge che permetta il riconoscimento di un *trust* non riconoscibile ai sensi della Convenzione<sup>135</sup>.

A fini di completezza, occorre esaminare gli artt. 15, 16 e 18, i quali, sebbene siano sistematicamente inseriti nel capitolo quarto, intitolato "Disposizioni generali", presentano notevole interesse in relazione alla disciplina del riconoscimento del *trust*, contenuta invece, come sopra detto, nel capitolo terzo.

Il primo dei suddetti articoli<sup>136</sup> è diretto ad impedire che gli effetti conseguenti al riconoscimento del *trust* violino le norme imperative della legge designata dalle regole di conflitto del foro, cioè dell'ordinamento dello Stato contraente con il quale il *trust* entra in contatto<sup>137</sup>: a tal fine, sancisce la prevalenza sulla disciplina convenzionale delle disposizioni appartenenti alla predetta legge in tutti i casi in cui tali disposizioni presentino carattere imperativo, cioè non possano essere derogate mediante manifestazione di volontà delle parti<sup>138</sup>. In altre parole, per effetto dell'art. 15, gli effetti conseguenti al riconoscimento del *trust* devono cedere a fronte dell'applicazione delle norme imperative vigenti nell'ordinamento cui rinviano le regole di conflitto del foro.

Lo stesso art. 15 contiene peraltro un'elencazione delle materie in cui deve essere assicurata applicazione alle disposizioni imperative appartenenti alla legge

---

<sup>134</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 96; Relazione, n. 134: "This provision reflects very well the objectives of the Convention: its purpose is to facilitate the recognition of trusts, following the example of what is usually done in the conventions which deal only with the recognition and enforcement judgments".

<sup>135</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 108.

<sup>136</sup> Così recita il testo dell'art. 15: "La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie: a) protezione dei minori e degli incapaci; b) effetti personali e matrimoniali del patrimonio; c) testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria; d) trasferimento della proprietà e le garanzie reali; e) protezione dei creditori in caso di insolvenza; e) protezione dei terzi in buona fede. Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di attuare gli scopi del *trust* in altro modo".

<sup>137</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 540, il quale esattamente rileva che la legge designata dalle regole di conflitto del foro spesso coinciderà con la stessa legge del foro.

<sup>138</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 101.

designata dalle regole di conflitto del foro, elencazione la quale deve tuttavia ritenersi meramente esemplificativa, come rivela l'inciso "in particolare"<sup>139</sup>.

La limitazione posta dalla norma in commento non costituisce, almeno in linea di principio, un impedimento assoluto al riconoscimento del *trust*, ma piuttosto ostacola la produzione di quegli effetti, conseguenti al predetto riconoscimento, i quali si pongano in contrasto con le norme imperative appartenenti alla legge individuata dalle regole di conflitto del foro<sup>140</sup>.

Tuttavia, in concreto, può accadere che i suddetti effetti siano così caratterizzanti il *trust* che la loro mancata produzione sia equivalente a non riconoscere lo stesso *trust*: in tal caso, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 15, il giudice del foro dovrà cercare di realizzare gli obiettivi del *trust*, servendosi dei mezzi giuridici propri dell'ordinamento di appartenenza<sup>141</sup>. Con riferimento al nostro ordinamento, è stato sostenuto che il giudice dovrà avvalersi dell'istituto della conversione del negozio nullo, di cui all'art. 1424 c.c.: egli, pertanto, dovrà attribuire al *trust* gli effetti propri di un altro negozio, purché contemplato dalla legge regolatrice scelta dal disponente *ex art. 6* o determinata oggettivamente *ex art. 7*. Peraltro, ai fini dell'individuazione di detto negozio, il giudice italiano dovrà, oltre che osservare i limiti stabiliti dalla disciplina sulla conversione, tenere in debita considerazione gli interessi avuti di mira dalle parti<sup>142</sup>.

Quanto all'art. 16, esso, nella misura in cui dispone che "la Convenzione non pregiudica l'applicazione di quelle norme della legge del foro la cui applicazione si impone anche alle situazioni internazionali qualunque sia la legge designata dalle norme di conflitto", sancisce il primato delle norme di applicazione necessaria del foro, cioè dell'ordinamento dello Stato contraente con il quale il *trust* entra in contatto, sulla legge regolatrice straniera individuata ai sensi dell'art. 6 o dell'art. 7.

È bene precisare che le norme di applicazione necessaria devono individuarsi in quelle norme di diritto materiale del foro che, in quanto introducono una regolamentazione autoritativa di determinati rapporti privatistici, esigono di essere

---

<sup>139</sup> Relazione, n. 139: "It should be emphasized that the enumeration of the first paragraph of article 15 is by way of example".

<sup>140</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 111.

<sup>141</sup> Relazione, n. 147: "This provision is intended to mitigate the overly rigorous consequences which the first paragraph may have. It indicates to the judge that if the trust cannot be recognized, he should try by other means – thought will turn in particular to adaptation – to give effect in so far as possible to the settlor's intentions".

<sup>142</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 110.

applicate anche a fattispecie caratterizzate dalla presenza di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento del foro, precludendo in tal modo l'applicazione delle norme di conflitto ordinariamente competenti. Ai sensi dell'art. 16, le norme di applicazione necessaria del foro, cioè dell'ordinamento dello Stato contraente con il quale il *trust* entra in contatto, precluderanno l'applicazione delle norme di conflitto contenute nel secondo capitolo della Convenzione e di conseguenza della legge regolatrice del *trust*, così come individuata ai sensi dell'art. 6 o dell'art. 7<sup>143</sup>.

Quanto alla concreta individuazione delle norme di applicazione necessaria, possono trarsi utili indicazioni dalla Relazione esplicativa, che richiama, in via meramente esemplificativa, le norme dirette alla tutela delle tradizioni culturali di un dato Paese, quelle poste a presidio della salute pubblica ovvero di interessi economici di vitale importanza, e quelle volte a proteggere i lavoratori ovvero, più in generale, la parte contraente debole<sup>144</sup>.

Infine, l'art. 18 accorda agli Stati contraenti la possibilità di disattendere le disposizioni della Convenzione "qualora la loro applicazione sia manifestamente contraria all'ordine pubblico"; la norma in esame contiene dunque la clausola di salvezza dell'ordine pubblico, conformemente alla prassi redazionale adottata dalla Conferenza de L'Aja<sup>145</sup>. È doveroso sottolineare che il giudizio di contrarietà all'ordine pubblico non deve investire la legge regolatrice del *trust* in quanto tale, bensì gli effetti che essa potrebbe determinare se applicata nell'ordinamento dello Stato contraente obbligato al riconoscimento<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 104; SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 112.

<sup>144</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 111; Relazione, n. 149: "Among the laws which fall in this category, mention may be made of those which are intended to protect the cultural heritage of a country, public health, certain vital economic interests, the protection of employees or of the weaker party to another contract".

<sup>145</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 544; Relazione, n. 164: "This provision contains the public policy clause which is customary in the Hague Conventions".

<sup>146</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 113.

#### 5. 4. L'art. 13 e la questione del *trust* cosiddetto interno

In tale sede sarà oggetto di specifica trattazione la disposizione contenuta nell'art. 13, la cui analisi si pone come preliminare rispetto all'indagine relativa all'ammissibilità dei *trusts* cosiddetti interni, cioè di quei *trusts* che, seppur regolati da una legge straniera, appartenente all'ordinamento di uno Stato che conosce il *trust*, presentano, sotto ogni altro profilo, punti di contatto con uno Stato contraente che non conosce il *trust*<sup>147</sup>.

Ai sensi dell'art. 13, “nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione”.

In altre parole, il suddetto articolo attribuisce la facoltà, allo Stato contraente richiesto del riconoscimento, di denegare il medesimo qualora gli elementi significativi del *trust*, cioè gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie concretamente posta in essere, fatta eccezione per la legge regolatrice, il luogo di amministrazione e la residenza abituale del *trustee*, siano collegati ad uno o più Stati che non conoscono il *trust*. Proprio perché la disposizione in esame non impone un obbligo, bensì accorda una facoltà, è possibile e legittimo procedere al riconoscimento del *trust* che presenti le caratteristiche appena descritte: in particolare, spetterà al giudice valutare, caso per caso, se sia opportuno procedere o meno a tale riconoscimento<sup>148</sup>.

Viene quindi introdotta, in forza dell'art. 13, una limitazione la cui operatività, sebbene precluda il riconoscimento del *trust* e, più in generale, l'applicazione della Convenzione, è subordinata alla discrezionalità del giudice dello Stato contraente nel quale la Convenzione medesima viene invocata. In definitiva, il suddetto articolo pone un'eccezione meramente facoltativa al generale obbligo di riconoscimento sancito dall'art. 11<sup>149</sup>.

La *ratio* di tale eccezione risiede nell'esigenza di evitare che gli organi giudicanti, appartenenti agli Stati contraenti che non prevedono il *trust*, siano costretti a

---

<sup>147</sup> LUPOI Maurizio, *Riflessioni comparatistiche sui trusts in Europa e diritto privato*, I, 1998, 436; MANES Paola, *Il trust in Italia in Atlante di diritto privato comparato* a cura di Francesco Galgano, Zanichelli, Bologna, 2006, 204.

<sup>148</sup> STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 401; LUPOI, *Trusts*, cit., 534; DE DONATO, DE DONATO, D'ERRICO, *Trust convenzionale*, cit., 77 ss., secondo cui, mentre l'art. 11 ha ad oggetto il “riconoscimento dovuto”, l'art. 13 concerne il “riconoscimento facoltativo”.

<sup>149</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 113 ss.

riconoscere *trusts* i cui elementi significativi o “importanti” risultano strettamente collegati agli ordinamenti di rispettiva appartenenza<sup>150</sup>: in tale prospettiva, la disposizione in esame costituisce una clausola di salvaguardia per gli Stati contraenti che non conoscono il *trust*, in quanto consente loro di impedire il riconoscimento di un *trust* localizzato all’interno di uno o più ordinamenti sprovvisti di un’espressa regolamentazione dell’istituto<sup>151</sup>.

Al fine di determinare la portata applicativa dell’art. 13, occorre individuare i presupposti che legittimano gli Stati contraenti ad avvalersi dell’eccezione in esso contemplata e quindi ricostruire la fattispecie cui gli stessi Stati possono denegare il riconoscimento. Ovviamente dovrà trattarsi di un *trust* riconducibile alla fattispecie tipizzata dall’art. 2, cioè al *trust* convenzionale, e costituito in conformità a una legge regolatrice straniera, scelta dal costituente, che espressamente lo preveda. Siffatto *trust* si caratterizzerà ulteriormente in quanto i suoi elementi significativi o “importanti” sono strettamente connessi ad uno o più Stati, i quali non conoscono l’istituto del *trust* o comunque non contemplano il tipo di *trust* concretamente posto in essere<sup>152</sup>.

Emerge a questo punto una difficoltà interpretativa, dal momento che la disposizione in commento, pur dichiarando irrilevanti il luogo di amministrazione e la residenza abituale del *trustee*, oltre che ovviamente la legge applicabile scelta dal costituente, non precisa quali siano, in concreto, i suddetti elementi “importanti”, cui si limita a fare generico riferimento. Al fine di individuare tali elementi, occorre quindi avvalersi di argomenti ricavabili dai lavori preparatori della Conferenza, nonché delle risultanze della Relazione esplicativa.

Proprio nel corso dei lavori preparatori, il delegato austriaco, ricevendo l’assenso espresso del Presidente della Conferenza, affermò che gli elementi “importanti” del *trust* dovessero rinvenirsi nell’elenco di cui al secondo paragrafo dell’art. 7, contenente, come detto in precedenza, i criteri da considerare al fine di

---

<sup>150</sup> SALVATORE, *Il trust*, cit., 95 s.; Relazione, n. 124: “*this provision allows a judge of a State which does not have trusts to refuse recognition to the trust because he thinks that the situation involved is internal to his State*”.

<sup>151</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 101; DE DONATO, DE DONATO, D’ERRICO, *Trust convenzionale*, cit., 51, secondo cui l’art. 13 favorisce la solidarietà tra gli Stati contraenti che non conoscono il *trust*; Relazione, n. 123, riferendosi all’art. 13, afferma che: “*is in fact an escape clause in favour of States which do not have trusts*”.

<sup>152</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985*, cit., 114.

determinare la legge applicabile al *trust* in mancanza di scelta del disponente<sup>153</sup>: gli elementi significativi, idonei a legittimare il diniego del riconoscimento *ex art.* 13, coinciderebbero così con i criteri di cui al secondo paragrafo dell'art. 7. In tale prospettiva, si rende quindi necessario un collegamento interpretativo tra l'art. 13 e l'art. 7, nel senso che il primo esige di essere interpretato alla luce del secondo<sup>154</sup>.

Come noto, l'art. 7, al secondo paragrafo, contempla i seguenti elementi: il luogo di amministrazione del *trust*, il luogo dove sono situati i beni oggetto del *trust*, il luogo di residenza o domicilio del *trustee*, il luogo dove lo scopo del *trust* deve essere realizzato. Tuttavia, poiché il primo e il terzo di questi elementi sono dichiarati irrilevanti dallo stesso art. 13, gli elementi "importanti" del *trust*, cioè gli elementi rilevanti ai fini del diniego del riconoscimento, coinciderebbero esclusivamente con il luogo ove si trovano i beni oggetto del *trust* e con il luogo ove deve essere realizzato lo scopo del *trust*.

Tale conclusione è condivisibile solo in parte, dal momento che, sebbene sia possibile, anzi doveroso, affermare che i due elementi suddetti siano rilevanti ai fini del diniego del riconoscimento, non si può tuttavia sostenere che essi siano i soli rilevanti agli stessi fini, come ritiene invece una certa corrente dottrinale<sup>155</sup>. Infatti, poiché il luogo ove si trovano i beni oggetto del *trust* e il luogo ove deve essere realizzato lo scopo del *trust* ineriscono precipuamente all'oggetto del *trust*, è evidente che, qualora si aderisse alla conclusione di cui sopra, dovrebbero ritenersi irrilevanti ai suddetti fini tutti gli altri elementi della fattispecie, e in particolare quelli attinenti ai soggetti del rapporto diversi dal *trustee*. È quindi opportuno e doveroso aggiungere agli elementi individuati sulla scorta dell'elenco di cui all'art. 7, riguardanti essenzialmente l'oggetto del *trust*, gli elementi attinenti ai soggetti del rapporto diversi dal *trustee*, e precisamente gli elementi della nazionalità e della residenza del disponente e del beneficiario<sup>156</sup>, come peraltro confermano le risultanze della Relazione esplicativa<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> Actes, p. 332 (Austria): "*Les éléments significatifs visés à l'article 13 sont le mêmes que ceux qui sont pris en considération lors du choix de la loi conformément à l'article 7, à l'exception de ceux qui sont expressément nommés ensuite*".

<sup>154</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 538.

<sup>155</sup> TONDO, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento*, cit., 195, nota 345; LUPOI, *Trusts*, cit., 539; LUZZATTO, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, cit., 16.

<sup>156</sup> LENZI Raffaele, *Operatività del trust in Italia* in *Rivista del Notariato*, 1995, 1380 s., secondo cui l'art. 7 costituisce soltanto uno dei dati sui quali si fonda l'attività interpretativa diretta ad individuare gli elementi rilevanti ai fini dell'art. 13.

<sup>157</sup> Relazione, n. 122: "*These "significant" elements may in particular be the habitual residences or the nationalities of the persons involved or the location of property*".

In definitiva, gli elementi “importanti” o significativi di cui all’art. 13, cioè gli elementi rilevanti ai fini del diniego del riconoscimento, sono: il luogo ove sono situati i beni oggetto del *trust*, il luogo ove deve essere realizzato l’oggetto del *trust*, la nazionalità e la residenza del disponente e del beneficiario.

È importante precisare che, affinché lo Stato contraente nel quale venga invocata la Convenzione possa avvalersi della facoltà concessagli dall’art. 13 e quindi denegare il riconoscimento, è necessario che la totalità degli elementi “importanti” o significativi del *trust* siano connessi ad uno o più Stati che non conoscono tale istituto. Parallelamente ne consegue che, affinché allo stesso Stato sia preclusa la facoltà di cui al suddetto articolo, è sufficiente che anche solo uno degli elementi “importanti” o significativi del *trust* sia connesso a uno Stato il cui ordinamento disciplini espressamente tale istituto. In altre parole, la limitazione introdotta dalla disposizione in commento non potrà operare, nemmeno potenzialmente, ogniqualvolta uno dei predetti elementi sia localizzato all’interno di uno Stato il cui ordinamento non contempla il *trust*. Lo Stato contraente richiesto del riconoscimento o, meglio, il giudice di tale Stato potrà quindi avvalersi della facoltà di diniego del riconoscimento soltanto qualora tutti gli elementi “importanti” del *trust* concretamente posto in essere siano connessi ad uno o più Stati cui tale istituto è ignoto<sup>158</sup>.

Tale conclusione non può essere inficiata dal rilievo che la formulazione letterale dell’art. 13, nel configurare la fattispecie suscettibile del diniego di riconoscimento, fa semplicemente riferimento al “*trust* i cui elementi importanti” sono collegati ad uno o più Stati che non conoscono tale istituto, senza quindi precisare che tutti gli elementi suddetti devono essere caratterizzati in tal senso. Infatti, nel corso dei lavori preparatori, il testo dell’art. 13, così come formulato dal Presidente e approvato a maggioranza, recava l’inciso “tutti gli elementi importanti”. Tuttavia, in sede di redazione, il termine “tutti” venne eliminato; ma, malgrado ciò, la Conferenza ritenne che il significato della norma non era stato modificato e che quindi essa facesse comunque riferimento alla totalità degli elementi “importanti”<sup>159</sup>.

Ricostruiti i presupposti applicativi dell’art. 13, cioè i presupposti idonei a legittimare il diniego del riconoscimento del *trust*, pare opportuno esemplificare le ipotesi nelle quali lo Stato contraente richiesto del riconoscimento potrà, ai sensi del

---

<sup>158</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985*, cit., 116; LUPOI, *Trusts*, cit., 539.

<sup>159</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 100; LUPOI, *Trusts*, 535, nota 186; Actes, p. 331 s.

suddetto articolo, denegare il medesimo e quelle in cui lo stesso Stato dovrà invece, in forza dell'art. 11, procedere senz'altro al riconoscimento.

Ad esempio, sarà doveroso il riconoscimento del *trust* che il disponente inglese, dunque cittadino di uno Stato che prevede tale istituto, abbia costituito, in conformità alla legge del proprio Stato, su beni situati in Italia e designando quali beneficiari cittadini italiani.

Di nuovo, non può essere negato il riconoscimento del *trust* che il disponente italiano, sebbene cittadino di uno Stato che non prevede tale istituto, abbia costituito, in conformità alla legge di uno Stato che viceversa prevede il suddetto istituto, su beni situati in Italia, ma designando quali beneficiari cittadini inglesi ovvero su beni situati in Inghilterra, pur nominando quali beneficiari cittadini italiani.

Per converso, potrà essere negato il riconoscimento del *trust* che il disponente italiano abbia costituito, seppur in conformità a una legge straniera che prevede e regola espressamente tale istituto, su beni siti in Italia e designando quali beneficiari cittadini italiani<sup>160</sup>.

Analogamente, potrà essere negato il riconoscimento del *trust* che il disponente olandese, e quindi cittadino di uno Stato che non prevede tale istituto, abbia costituito, seppur in conformità a una legge, come quella inglese, che disciplina espressamente tale istituto, su beni situati in Olanda e designando quali beneficiari cittadini italiani.

Le due ipotesi da ultimo riportate si riferiscono rispettivamente al *trust* interno, cioè al *trust* i cui elementi "importanti" o significativi sono connessi a un solo Stato e il cui unico e necessario elemento di internazionalità è quindi rappresentato dalla legge regolatrice straniera prescelta dal costituente, e al *trust* internazionale, cioè al *trust* i cui elementi "importanti" o significativi sono connessi a una pluralità di ordinamenti distinti. È allora evidente che l'art. 13 non ha necessariamente ad oggetto l'ipotesi del *trust* interno, potendosi riferire anche alle fattispecie di *trust* caratterizzate da elementi di internazionalità<sup>161</sup>. Ne consegue che la facoltà di diniego del riconoscimento sarà esercitabile sia nel caso in cui il disponente costituisca un *trust* la cui fattispecie, priva di elementi di internazionalità, è interna a un ordinamento che non conosce il tipo di *trust* in questione, sia nell'ipotesi in cui il disponente costituisca un *trust* la cui

---

<sup>160</sup> DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, cit., 361.

<sup>161</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 106.

fattispecie è connotata da elementi di internazionalità riferibili a una pluralità di ordinamenti distinti, nessuno dei quali conosce il tipo di *trust* in questione<sup>162</sup>.

In quest'ottica, la disposizione in commento non mira tanto a sanzionare i *trusts* interni, quanto piuttosto a limitare, per mezzo di un'eccezione facoltativa al generale obbligo di riconoscimento di cui all'art. 11, l'amplessima libertà di scelta che l'art. 6 accorda al disponente in relazione alla legge regolatrice del *trust*, e ciò sia nel caso in cui la fattispecie concretamente posta in essere sia priva di elementi internazionalità che in quello in cui ne sia invece provvista<sup>163</sup>.

Quanto ai *trusts* interni, è evidente che non può essere negato il riconoscimento del *trust* interno a uno Stato che conosce tale istituto, purché il disponente lo abbia costituito in conformità alla legge di un diverso Stato che parimenti prevede il suddetto istituto. Ad esempio, i giudici inglesi saranno obbligati riconoscere il *trust* che il cittadino inglese costituisca su beni siti in Inghilterra e a favore di cittadini inglesi, designando però, quale legge regolatrice, quella dell'isola di Jersey, il cui ordinamento disciplina espressamente il *trust*<sup>164</sup>.

Occorre adesso esaminare la ricostruzione proposta da una certa corrente dottrinale<sup>165</sup>, secondo cui la Convenzione, per via della sua natura eminentemente internazionalprivatistica, potrebbe trovare applicazione con esclusivo riferimento ai *trusts* caratterizzati da elementi di internazionalità; di conseguenza i *trusts* interni resterebbero sottratti al raggio di azione convenzionale e così ne verrebbe precluso in radice il riconoscimento. Sarebbe proprio l'art. 13 a delimitare in tal senso l'ambito applicativo della Convenzione: esso infatti concretizzerebbe, nel particolare contesto della disciplina convenzionale, il tradizionale principio internazionalprivatistico in forza del quale l'operatività delle norme di conflitto è in ogni caso subordinata alla presenza di fattispecie caratterizzate da elementi di internazionalità. In tale prospettiva, la disposizione in commento introdurrebbe un *discrimen*, rilevante ai fini dell'inclusione o meno nell'ambito applicativo della Convenzione, tra *trusts* internazionali, la cui fattispecie si caratterizza per l'estraneità di almeno uno degli elementi "importanti"

---

<sup>162</sup> Relazione, n. 123, riferendosi all'art. 13, e in particolare alla facoltà di diniego del riconoscimento, afferma che: "*it might also be utilized by the judge of one State which does not have trusts as a matter of solidarity with another State, which also does not have them and to which the situation is objectively connected*".

<sup>163</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 601.

<sup>164</sup> BARTOLI, *Il trust*, cit., 602; SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 106.

<sup>165</sup> BROGGINI Gerardo, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano in I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Giuffrè, Milano, 1996, 20 ss.; LENZI, *Operatività del trust in Italia*, cit., 1379 ss.

rispetto all'ordinamento del foro, cioè all'ordinamento dello Stato contraente richiesto del riconoscimento, e *trusts* interni, nei quali l'unico elemento di estraneità è dato della legge regolatrice: mentre i primi sarebbero senz'altro ricompresi nella sfera di applicazione della disciplina convenzionale, i secondi ne rimarrebbero invece esclusi.

Alla ricostruzione dottrinale appena esposta, si può opporre in primo luogo che l'art. 13, come sopra detto, introduce una limitazione avente carattere meramente facoltativo, la cui operatività è cioè subordinata alla discrezionalità del giudice dello Stato contraente richiesto del riconoscimento, e che conseguentemente, anche a voler ammettere che la suddetta norma sia diretta a sanzionare i *trusts* interni, non pare che tale sanzione possa consistere nell'esclusione dei suddetti *trusts* dall'ambito applicativo della Convenzione e quindi nella loro incondizionata inammissibilità. In altre parole, anche a voler ammettere che la disposizione in commento concerna precipuamente i *trusts* interni, il carattere meramente discrezionale della limitazione introdotta dallo stesso articolo dimostra incontrovertibilmente che lo Stato contraente richiesto del riconoscimento non avrà l'obbligo, bensì la mera facoltà di denegare il riconoscimento dei suddetti *trusts*.

In secondo luogo, è possibile obiettare che restano sottratti al raggio di azione dell'art. 13 tutti quei *trusts* interni, i quali siano connessi ad un ordinamento che conosce il *trust* o comunque il tipo di *trust* concretamente posto in essere: infatti, come sopra anticipato, il generale obbligo di riconoscimento sancito dall'art. 11 ha ad oggetto anche quei *trusts*, in cui tutti gli elementi "importanti" risultino collegati all'ordinamento del foro, cioè all'ordinamento dello Stato contraente richiesto del riconoscimento, alla duplice condizione che tale ordinamento contenga il tipo di *trust* concretamente posto in essere e che esso sia diverso da quello cui appartiene la legge regolatrice prescelta<sup>166</sup>.

Alla luce delle obiezioni sopra svolte, è evidente che l'art. 13 non ha indistintamente ad oggetto qualsiasi *trust* interno, ma si riferisce esclusivamente a quel *trust* interno, i cui elementi "importanti" o significativi sono connessi all'ordinamento di uno Stato contraente che non conosce il tipo di *trust* concretamente posto in essere, sul presupposto, ovviamente, che tale *trust* sia stato costituito in conformità alla legge di un diverso Stato che lo disciplina espressamente<sup>167</sup>. Ovviamente, come sopra detto,

---

<sup>166</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 117 s.

<sup>167</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 536, 546.

l'art. 13 avrà ad oggetto anche quel *trust* internazionale, i cui elementi “importanti” o significativi risultano collegati a una pluralità di ordinamenti distinti, nessuno dei quali conosce il tipo di *trust* concretamente posto in essere, sul presupposto, ovviamente, che tale *trust* sia stato costituito in conformità alla legge di un diverso Stato che lo prevede espressamente nel proprio ordinamento.

È altresì evidente che l'art. 13 non sancisce un generale divieto di riconoscimento, ma si limita ad accordare allo Stato contraente nel quale sia invocata la Convenzione la facoltà di denegare il riconoscimento, che assume così carattere discrezionale<sup>168</sup>.

Dal momento che, come detto in precedenza, anche l'Italia aderisce alla Convenzione, la portata applicativa dell'art. 13 rileverà anche nel nostro ordinamento.

Il giudice italiano potrà infatti, ai sensi dell'art. 13, negare il riconoscimento del *trust* interno che il disponente italiano abbia costituito, in conformità alla legge inglese, su beni siti in Italia e a beneficio di cittadini italiani.

Per converso, il giudice italiano dovrà, in forza dell'art. 11, riconoscere il *trust* internazionale che il cittadino inglese abbia costituito, in conformità alla legge dell'ordinamento di appartenenza, su beni siti in Italia e a beneficio di cittadini italiani.

Alla luce di tali esempi, è evidente che, qualora il giudice italiano, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 13, negasse sistematicamente il riconoscimento del *trust* interno, si produrrebbe una situazione di palese ingiustizia, poiché di fatto si vieterebbe ai cittadini italiani ciò che, invece, è senz'altro consentito ai cittadini stranieri, e cioè la costituzione di *trusts* aventi quale oggetto beni siti in Italia e quali beneficiari cittadini italiani. Si determinerebbe così un'ingiustificata discriminazione tra il cittadino straniero e il cittadino italiano, con conseguente violazione dell'art. 3 della Costituzione<sup>169</sup>.

È quindi necessario, al fine di rimuovere qualsiasi profilo di incostituzionalità, limitare la discrezionalità del giudice italiano, ancorandola all'art. 1322 c.c., di modo che lo stesso giudice sarà tenuto a riconoscere il *trust* interno ogniqualvolta esso sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico<sup>170</sup>. Ne consegue che, al fine di accordare o meno il riconoscimento a un *trust* interno, il giudice

---

<sup>168</sup> SICLARI, *Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 118.

<sup>169</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 537; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 402; LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, cit., 489; NIVARRA Luca, *Il trust e l'ordinamento italiano in Mandato, fiducia e trust: esperienze a confronto* a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Giuffrè, Milano, 2003, 22, nota 7.

<sup>170</sup> LUPOI, *Trusts*, cit., 549; STANCHI, *Il trust convenzionale*, cit., 403.

italiano dovrà valutare se l'atto costitutivo di tale *trust* sia o meno portatore di interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico, senza limitarsi alla semplice enunciazione dello scopo contenuta nell'atto suddetto, ma estendendo l'analisi al programma che si è prefissato il disponente al momento della costituzione dello stesso *trust*<sup>171</sup>.

In tale prospettiva, l'art. 13 della Convenzione costituisce una norma di chiusura, la quale appresta un estremo rimedio di cui il giudice italiano potrà servirsi ogniqualvolta il *trust* interno, di cui si chiede il riconoscimento, sia in frode alla legge, e cioè diretto a creare situazioni di contrasto con l'ordinamento italiano, come quando, per esempio, persegua finalità di evasione fiscale<sup>172</sup>. Viceversa, ogniqualvolta il *trust* interno persegua interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, dovrà essere riconosciuto dal giudice italiano; diversamente, si determinerebbe un'inaccettabile disparità di trattamento tra il cittadino straniero e il cittadino italiano, censurabile *ex art. 3 Cost.*

La giurisprudenza prevalente, accogliendo le conclusioni appena esposte, non ha esitato a riconoscere i *trusts* interni, ogniqualvolta essi risultassero positivi al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. e perciò diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela<sup>173</sup>.

Alla luce di quanto precede, è evidente che l'istituto del *trust* è ormai entrato nella piena disponibilità dei cittadini italiani, i quali potranno utilizzarlo sia per i rapporti giuridici che coinvolgono elementi di estraneità, rapporti i quali dovranno senz'altro essere riconosciuti ai sensi dell'art. 11<sup>174</sup>, sia per i rapporti giuridici interni all'ordinamento italiano, i quali, pur rientrando nell'ambito applicativo dell'art. 13, esigeranno di essere riconosciuti tutte le volte in cui siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo lo stesso ordinamento.

---

<sup>171</sup> Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007.

<sup>172</sup> Trib. Bologna, 16 giugno 2003.

<sup>173</sup> Trib. Lucca, 23 settembre 1997; Trib. Napoli, 22 luglio 2004; Trib. Parma, 21 ottobre 2003.

<sup>174</sup> DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, cit., 361; MALAGUTI Maria Chiara, *Il futuro del trust in Italia in Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 1990, 997.

## Conclusioni

Alla luce dell'indagine condotta nel primo capitolo e relativa alle concrete configurazioni che il negozio fiduciario ha assunto durante il corso della storia nell'ambito della tradizione giuridica romano-germanica, è possibile concludere che esistono diversi modelli di negozio fiduciario.

Viene anzitutto in rilievo il negozio fiduciario romanistico, caratterizzato dalla pienezza del diritto di proprietà acquistato dal fiduciario sul bene fiduciato e dalla natura meramente obbligatoria dell'intesa fiduciaria, che, in quanto tale, preclude al fiduciante di recuperare il bene che lo stesso fiduciario abbia illegittimamente alienato ad un terzo; in quest'ultima ipotesi il fiduciante potrà contare esclusivamente su una tutela di carattere risarcitorio. Il negozio fiduciario romanistico si contraddistingue quindi per via della tutela obbligatoria accordata al fiduciante.

Il negozio fiduciario può inoltre presentare i tratti tipici della fiducia di tipo germanico, nella quale il diritto di proprietà del fiduciario non è incondizionato, come nella fiducia romanistica, bensì correlato a una condizione risolutiva, che in sostanza attribuisce al fiduciante il diritto di rivendicare dal terzo il bene che lo stesso fiduciario abbia illegittimamente alienato a quest'ultimo. Entro il modello fiduciario germanico il fiduciante gode dunque di tutela reale.

Viene infine in rilievo il modello della legittimazione fiduciaria, indebitamente ignorato dalla schematizzazione dualistica tra fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanico e contraddistinto dall'attribuzione, a favore del fiduciario, non del diritto di proprietà, bensì della legittimazione a disporre dei beni fiduciati in nome proprio e nell'interesse del fiduciante. Il suddetto modello può comunque essere accostato al modello fiduciario germanico, nella misura in cui entrambi accordano al fiduciante una tutela di carattere reale.

È allora evidente, come sostenuto nel secondo capitolo, che la schematizzazione dualistica tra fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanico è parziale e incompleta, in quanto omette di considerare un autonomo schema fiduciario e pertanto non può rendere esaurientemente ragione delle concrete configurazioni che il negozio fiduciario può assumere.

Alla luce dei numerosissimi scopi cui la fiducia può in concreto servire, anche la schematizzazione dualistica tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* è parziale e incompleta, in quanto inidonea a rendere compiutamente ed esaurientemente ragione

delle funzioni concretamente assolte dal fenomeno fiduciario. È comunque possibile servirsi della predetta schematizzazione ad altri fini, e precisamente allo scopo di distinguere i negozi fiduciari in base alla direzione dell'interesse, cioè a seconda che siano stipulati nell'interesse del fiduciante o del fiduciario.

Infatti, mentre i negozi fiduciari *cum amico* sono conclusi precipuamente per servire un interesse proprio del fiduciante, i negozi fiduciari *cum creditore* sono stipulati in vista del soddisfacimento di un interesse proprio del fiduciario e precisamente al fine di garantire un suo credito. Nei primi il potere giuridico conferito al fiduciario è interamente dedicato ad un interesse altrui e si realizza quindi l'attribuzione di una titolarità nell'interesse altrui; per tale ragione i negozi fiduciari *cum amico* possono ben qualificarsi come altruistici o puri. Al contrario i negozi fiduciari *cum creditore* sono stipulati al fine di garantire le ragioni patrimoniali del creditore-fiduciario e pertanto rispondono all'interesse proprio di costui: per tale ragione possono ben qualificarsi come egoistici o impuri.

Quanto al *trust*, alla cui analisi è stato dedicato il terzo capitolo, esso è caratterizzato dal fenomeno, detto *split ownership*, dello sdoppiamento della proprietà, il quale si realizza dissociando le due facoltà che costituiscono il normale contenuto del diritto di proprietà, ovverosia la facoltà di disposizione e la facoltà di godimento, ed attribuendo la prima al *trustee* e la seconda al beneficiario. Si realizza così la compresenza, sui beni costituiti in *trust*, di due situazioni giuridiche reali profondamente differenti: l'una facente capo al *trustee* e qualificabile come proprietà fiduciaria, l'altra facente capo al beneficiario e qualificabile come proprietà economica o sostanziale. Il *trustee*, che dunque vanta sui beni costituiti in *trust* non la piena proprietà, bensì la mera proprietà fiduciaria, è tenuto, per effetto della proprietà sostanziale, di cui non è titolare, a custodire e amministrare i suddetti beni per il vantaggio di uno o più beneficiari, i quali sono gli effettivi titolari della proprietà sostanziale medesima.

Evidente peculiarità del *trust* è che il beneficiario, in quanto titolare di un diritto reale, vanta una situazione giuridica opponibile *erga omnes*, la quale perciò può essere fatta valere anche nei confronti dei terzi cui il *trustee* abbia illegittimamente alienato i beni costituiti in *trust*. Al beneficiario è così accordata una tutela reale, che gli consente di recuperare presso il terzo acquirente il bene originariamente costituito in *trust* e indebitamente alienato dal *trustee*.

Di conseguenza, nella misura in cui al beneficiario è accordata tutela reale, e dunque assoluta, il *trust* anglosassone differisce profondamente dal negozio fiduciario romanistico, entro il quale al fiduciante è invece concessa una tutela meramente obbligatoria. Tale differenza viene in rilievo proprio nell'ipotesi di indebita alienazione dei beni gravati dal vincolo: in tal caso, infatti, mentre il beneficiario del *trust* dispone di rimedi giuridici tali da ripristinare in forma specifica la propria posizione giuridica, il fiduciante è sprovvisto di simili rimedi e perciò auspica la realizzazione dello scopo pratico avuto di mira dal leale comportamento del fiduciario, piuttosto che dai rigorosi mezzi di coazione legale.

È allora evidente che, se, come sostenuto nel primo e nel secondo capitolo, si può parlare di fiducia in senso tecnico soltanto qualora l'affidante attenda la realizzazione dello scopo perseguito non dai rigorosi mezzi di coazione legale, bensì dal comportamento onesto e leale dell'affidatario, il negozio fiduciario romanistico ha pieno titolo per essere qualificato come fiducia in senso tecnico; viceversa il *trust* non può essere qualificato come tale, dal momento che l'ordinamento anglosassone appresta una tutela reale e assoluta a favore del beneficiario.

Fiducia e tutela rappresentano così due termini inversamente proporzionali, tali che la presenza dell'uno, se non esclude, quanto meno riduce considerevolmente la presenza dell'altro, e viceversa. Soltanto laddove ricorra, come nel negozio fiduciario romanistico, la tutela obbligatoria o debole dell'affidante potrà parlarsi di fiducia in senso tecnico; laddove invece si realizzi, come avviene nel *trust*, la tutela reale o assoluta dell'affidante non potrà parlarsi di fiducia in senso tecnico, ma solo di fiducia debole o affievolita.

Altra rilevante differenza tra il negozio fiduciario romanistico e il *trust* è data dal fatto che, mentre i creditori personali del *trustee* non possono soddisfarsi sui beni costituiti in *trust*, i creditori personali del fiduciario possono agire in *executivis* sul bene fiduciato: ne segue che il fiduciante, a differenza del beneficiario del *trust*, è esposto al rischio di perdere definitivamente il bene gravato dal vincolo a causa dell'azione esecutiva intrapresa dai creditori del fiduciario. Il bene fiduciato si confonde infatti nel patrimonio del fiduciario, così costituendo, ai sensi dell'art. 2740 c.c., garanzia generica per l'adempimento delle sue obbligazioni, mentre il *trust fund* costituisce un patrimonio autonomo e separato dal patrimonio personale del *trustee* e perciò non può essere assoggettato ad azione esecutiva da parte dei suoi creditori personali.

Ancora, un'altra significativa differenza tra il negozio fiduciario romanistico e il *trust* la si riscontra con riferimento all'ipotesi in cui si verifica il fallimento del soggetto cui sono stati affidati i beni gravati dal vincolo, cioè, rispettivamente, del fiduciario e del *trustee*. Nell'ipotesi di fallimento di quest'ultimo, i beni costituiti in *trust* restano esclusi dall'attivo fallimentare; viceversa, nel caso in cui a fallire sia il fiduciario, i beni fiduciati ricadono nell'attivo fallimentare, per cui il fiduciante non potrà ottenerne la separazione e così non gli rimarrà altra scelta che quella di insinuare al passivo, in via chirografaria, il suo credito.

Le differenze tra il negozio fiduciario e il *trust* si attenuano esclusivamente con riferimento agli effetti conseguenti alla morte del soggetto cui sono stati affidati i beni gravati dal vincolo. Infatti, qualora si verifichi quest'ultima eventualità, tanto nel negozio fiduciario quanto nel *trust* il vincolo gravante sui beni affidati non si estingue, né viene meno.

È allora evidente, come rilevato nella parte conclusiva del quarto capitolo, che il *trust* e il negozio fiduciario romanistico, pur costituendo entrambi manifestazione del fenomeno fiduciario nell'ambito, rispettivamente, degli ordinamenti appartenenti all'area di *common law* e degli ordinamenti appartenenti all'area di *civil law*, presentano notevoli differenze, attinenti alla natura della tutela accordata al beneficiario e al fiduciante, all'aggregabilità dei beni gravati dal vincolo da parte dei creditori personali del *trustee* o del fiduciario e, infine, alla sorte cui i predetti beni sono soggetti in caso di fallimento dell'uno o dell'altro.

Tali differenze trovano la loro ragion d'essere nel fatto che il *trustee* è titolare di una situazione giuridica ben diversa da quella di cui è titolare il fiduciario del negozio fiduciario romanistico. Infatti, sebbene tanto il *trustee* quanto il fiduciario siano proprietari dei beni loro affidati, la proprietà di cui è investito il primo si configura come proprietà fiduciaria, mentre la proprietà conferita al secondo è una proprietà piena e incondizionata.

Il *trustee* è dunque proprietario fiduciario dei beni affidatigli: pertanto, sebbene egli goda, in quanto proprietario, del potere di disporre di tali beni, è tenuto, in qualità di fiduciario, ad avvalersi del predetto potere non nell'interesse proprio, bensì nell'interesse altrui, precisamente del beneficiario. La realizzazione di detto interesse è assicurata dall'imposizione, sui beni costituenti il *trust fund*, di un vincolo di destinazione avente carattere reale, opponibile perciò ai creditori e agli aventi causa del *trustee*; tale vincolo importa, quale effetto principale, quello della segregazione, cioè

dell'assoluta separazione tra i suddetti beni e i restanti beni facenti parte del patrimonio personale dello stesso *trustee*.

Il *trust* realizza quindi l'effetto di segregare i beni che ne costituiscono l'oggetto, i quali non si confondono con il patrimonio del *trustee*. In tal modo, i beni trasferiti allo stesso *trustee* vengono a formare oggetto di un patrimonio separato dal suo patrimonio personale e, di conseguenza, immune dalle azioni esecutive dei suoi creditori personali; il suddetto patrimonio separato sarà, di contro, destinato unicamente al soddisfacimento delle obbligazioni contratte dal *trustee* nell'esercizio delle sue funzioni.

Per effetto della segregazione, le vicende personali e obbligatorie del *trustee* non possono ripercuotersi sul *trust fund*; ne consegue che i creditori personali del *trustee* non possono rivalersi sul *trust fund*, che il fallimento del *trustee* non comporta l'inclusione del *trust fund* nella massa fallimentare, che gli eredi del *trustee* non hanno alcun diritto sul *trust fund*.

In definitiva, i beni costituenti il *trust fund*, in quanto gravati da un vincolo di destinazione reale, vengono a costituire un patrimonio separato dal patrimonio personale del *trustee*, il quale, di conseguenza, non ha la piena proprietà, bensì la mera proprietà fiduciaria dei suddetti beni.

Diversamente dal *trust*, nel negozio fiduciario non si realizza l'effetto della segregazione patrimoniale, ragion per cui i beni fiduciati si confondono col patrimonio personale del fiduciario: ne consegue esattamente il contrario di quanto appena detto con riferimento al *trust*, e cioè che i beni fiduciati sono esposti alle azioni esecutive dei creditori del fiduciario, che i beni fiduciati sono ricompresi nell'attivo fallimentare del fiduciario, che gli eredi del fiduciario acquistano la proprietà del bene fiduciato, seppur con l'obbligo di ritrasferire detti beni al fiduciante.

È allora evidente che sui beni fiduciati insiste un vincolo di destinazione avente carattere meramente obbligatorio, inopponibile perciò ai creditori e agli aventi causa del fiduciario. Pertanto, sebbene il fiduciario, parimenti al *trustee*, sia obbligato ad amministrare i beni affidatigli nell'interesse altrui, la realizzazione di detto interesse, diversamente da quanto avviene nel *trust*, non è assicurata dall'imposizione, sui suddetti beni, di un vincolo di natura reale. Ciò conferma che il fiduciario, a differenza del *trustee*, non è titolare della proprietà fiduciaria, bensì della piena proprietà dei beni affidatigli.

In definitiva, tanto il *trust* quanto il negozio fiduciario sono caratterizzati dalla costituzione di un vincolo di destinazione sui beni affidati, dal momento che sia la *trust*

*property* che i beni fiduciati sono destinati al servizio di un interesse altrui, rispettivamente del *trustee* e del beneficiario; tuttavia tale vincolo assume, nell'una e nell'altra fattispecie, carattere differente.

Precisamente, mentre la costituzione del *trust* imprime sulla *trust property* un vincolo di destinazione reale, cioè pienamente opponibile sia ai creditori personali che agli aventi causa del *trustee*, la stipulazione del negozio fiduciario imprime sui beni fiduciati un vincolo di destinazione meramente obbligatorio, in quanto tale valevole soltanto *inter partes* e perciò inopponibile a terzi.

Ne consegue che, mentre il fiduciario è titolare della piena proprietà dei beni fiduciati, il *trustee* è investito, rispetto alla *trust property*, di una posizione giuridica di più ridotto contenuto, qualificabile come proprietà fiduciaria.

Alla luce della comparazione tra negozio fiduciario romanistico e *trust*, è stato possibile ricostruire, sempre nel quarto capitolo, la nozione di proprietà fiduciaria. La predetta proprietà si configura ogniqualvolta i beni affidati siano gravati da un vincolo di destinazione reale, il quale importa, quale effetto principale, la separazione dei suddetti beni dal patrimonio personale dell'affidatario, come avviene nel *trust* anglosassone. Per converso, non si può parlare di proprietà fiduciaria tutte le volte in cui i beni affidati siano gravati da un vincolo meramente obbligatorio, il quale, essendo inopponibile ai creditori e agli aventi causa dell'affidatario, implica la confusione dei suddetti beni con il patrimonio personale dell'affidatario stesso: in tali casi, quest'ultimo soggetto avrà la piena proprietà dei beni affidatigli, al pari del fiduciario del negozio fiduciario romanistico.

Il concetto di proprietà fiduciaria, pur riferibile al *trust*, e quindi all'ordinamento anglosassone, è stato impiegato anche nel nostro ordinamento, ove la suddetta proprietà si configura relativamente ai beni gestiti dalle società fiduciarie e alla fondazione fiduciaria di cui all'art. 32 c.c.

Infine, nel quinto capitolo è stata risolta in senso positivo la questione relativa all'ammissibilità nell'ordinamento italiano del *trust* interno, cioè del *trust* che, sebbene sia regolato dalla legge di uno Stato che conosce tale istituto, presenta, sotto ogni altro profilo, punti di contatto con il nostro ordinamento. Il *trust* interno all'ordinamento italiano deve dunque ritenersi ammissibile e perciò meritevole di riconoscimento, alla sola condizione che esso sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo lo stesso ordinamento.

# Fonti

## A. FONTI NORMATIVE

### I) Fonti normative italiane

Costituzione della Repubblica Italiana, approvata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947, promulgata dal Capo provvisorio dello Stato il 27 dicembre 1947 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948 (in particolare articolo 3)

Codice Civile del Regno d'Italia, promulgato con regio decreto 25 giugno 1865, n. 2358, entrato in vigore il 1° gennaio 1866 e abrogato il 21 aprile 1942 (in particolare articoli 812 e 1103)

Disposizioni sulla legge in generale, approvate preliminarmente al Codice Civile con regio decreto 16 marzo 1942, n. 262 (in particolare articolo 31)

Codice Civile, promulgato con regio decreto 16 marzo 1942, n. 262, ed entrato in vigore il 21 aprile 1942 (in particolare articoli 32, 428, 592, 593, 596-599, 627, 628, 631, 699, 832, 1218, 1321, 1322, 1344, 1366, 1447, 1707, 1963, 2034, 2643, 2740, 2744, 2932)

Legge 15 aprile 1886, n. 3818

Legge 23 novembre 1939, n. 1966

Legge 29 dicembre 1962, n. 1745

Legge 2 gennaio 1991, n. 1

Legge 31 maggio 1995, n. 218

Regio decreto 29 marzo 1942, n. 239

Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385

Decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415

Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58

Decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252

Decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141

### II) Altre fonti normative

Bürgerliches Gesetzbuch, promulgato il 18 agosto 1896 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1900 (in particolare paragrafi 157, 185, 883-888, 925)

Statute of Uses (1535)

Statute of Charitable Uses (1601)  
Statute of Frauds (1677)  
Judicature Acts (1873-1875)  
Administration of Estates Act (1925)  
Law of Property Act (1925)  
Trustee Act (1925)  
Intestates' Estates Act (1952)  
Trustee Investments Act (1961)  
Trustees' Powers Act (1964)  
Matrimonial Proceeding and Property Act (1970)  
Mental Health Act (1983)  
Insolvency Act (1986)  
Trusts of Land and Appointment of Trustees Act (1996)  
Trustee Act (2000)  
Charities Act (2006)

Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ratificata in Italia con l. 21 giugno 1971, n. 804

Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 concernente la legge applicabile ai *trusts* ed il loro riconoscimento, ratificata in Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364

## **B. FONTI GIURISPRUDENZIALI**

### **I) Giurisprudenza anglosassone**

#### **Decisioni della *House of Lords*:**

*Warburton v. Warburton* (1702)

*Richardson v. Chapman* (1760)

*Aberdeen Rly. Co. v. Blaikie* (1854)

*Learoyd v. Whiteley* (1887)

*Income Tax Commissioners v. Pemsel* (1891)

*Heritable Reversionary Company Ltd. v. Millar* (1892)

*Bray v. Ford* (1896)  
*Re Andrew's Trust* (1905)  
*Nocton v. Lord Ashburton* (1914)  
*Sinclair v. Brougham* (1914)  
*King v. David Allen & Sons Billposting Ltd.* (1916)  
*Bowman v. Secular Society Ltd.* (1917)  
*Bourne v. Keane* (1919)  
*National Anti-Vivisection Society v. IRC* (1948)  
*Gilmour v. Coats* (1949)  
*Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co. Ltd.* (1951)  
*IRC v. Baddeley* (1955)  
*Shephard v. Cartwright* (1955)  
*National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth* (1965)  
*Vandervell v. I.R.C.* (1967)  
*Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd.* (1970)  
*McPhail v. Doulton* (1970)  
*Re Gulbenkian's S. T.* (1970)  
*Dingle v. Turner* (1972)  
*I.R.C. v. McMullen* (1981)  
*Universe Tankships Inc of Monrovia v. International Transport Workers Federation, The Universe Sentinel* (1983)  
*Lloyds Bank v. Rosset* (1990)  
*Guild v. I.R.C.* (1992)  
*Target Holdings Ltd v. Redferns* (1995)  
*Foskett v. McKeown* (2000)

**Decisioni delle altre Corti:**

*Sambach v. Dalston* (1634)  
*Cook v. Fountain* (1672)  
*Mosely v. Mosely* (1673)  
*Clarke v. Turner* (1694)  
*Cock v. Goodfellow* (1722)  
*Bennet v. Davis* (1725)  
*Brandlyn v. Ord* (1738)

*Penn v. Lord Baltimore* (1750)  
*Burgess v. Wheate* (1759)  
*Dyer v. Dyer* (1788)  
*Sprange v. Barnard* (1789)  
*Cailland v. Eastwick* (1794)  
*Caffrey v. Darby* (1801)  
*Morice v. Bishop of Durham* (1804)  
*Wray v. Steele* (1814)  
*Aveling v. Knipe* (1815)  
*Pearse v. Green* (1819)  
*Wright v. Atkyns* (1823)  
*Fitzgerald v. Stewart* (1831)  
*Alcock v. Sloper* (1833)  
*Knight v. Knight* (1840)  
*Pettingall v. Pettingall* (1842)  
*Hinves v. Hinves* (1844)  
*Balls v. Strutt* (1846)  
*Holgate v. Haworth* (1853)  
*Palmer v. Simmonds* (1854)  
*Stretton v. Ashmall* (1854)  
*Warburton v. Sandys* (1854)  
*Wiles v. Gresham* (1854)  
*Burrows v. Walls* (1855)  
*Trimmer v. Danby* (1856)  
*Springett v. Dashwood* (1860)  
*Harris v. Harris* (1861)  
*Fletcher v. Green* (1864)  
*Dance v. Goldingham* (1873)  
*Bennet v. Bennet* (1879)  
*Re Stapleford Colliery Co.* (1880)  
*Re Jones* (1883)  
*Sands v. Thompson* (1883)  
*Re Whiteley* (1886)  
*Walcott v. Lyons* (1886)

*Temple v. Thring* (1887)  
*Cooper v. Griffin* (1892)  
*Re Tillot* (1892)  
*Howard v. Sadler* (1893)  
*Re Page* (1893)  
*Re Hamilton* (1895)  
*Pirbright v. Salwey* (1896)  
*Re Bowes* (1896)  
*Re Macduff* (1896)  
*Re Barker, Ravenshaw v. Barker* (1898)  
*Perrins v. Bellamy* (1899)  
*Re Abbott Fund Trusts* (1900)  
*Silkstone and Haigh Moore Coal Co. v. Edey* (1900)  
*Re New* (1901)  
*National Trustees Company of Australasia Ltd v. General Finance Company of Australasia Ltd* (1905)  
*Re Wragg* (1919)  
*Re Harding* (1923)  
*Re Hummeltenberg* (1923)  
*Re Hooper* (1932)  
*Re De Carteret* (1933)  
*Re Thompson* (1934)  
*Re Fawcett* (1940)  
*Re Compton* (1945)  
*Re Power's Will Trust* (1947)  
*Hawks v. Mc Arthur* (1951)  
*Re Coulthurst* (1951)  
*Re Scarisbrick* (1951)  
*Re Astor's Settlement Trusts* (1952)  
*Re Shaw* (1957)  
*Diwell v. Farnes* (1959)  
*Leahy v. Attorney General for New South Wales* (1959)  
*Re Endacott* (1960)  
*Neville Estates Ltd. v. Madden* (1962)

*Re Dawson* (1966)  
*Re Pugh's Will Trusts* (1967)  
*Re Tilley's Will Trusts* (1967)  
*Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co.* (1969)  
*Re Flavel's Will Trusts* (1969)  
*Industrial Development Consultants v. Cooley* (1971)  
*Re Bernstein's Will Trusts* (1971)  
*Binions v. Evans* (1972)  
*Council of Law Reporting for England and Wales v. A-G* (1972)  
*Hussey v. Palmer* (1972)  
*Re Vandervell's Trusts (No. 2)* (1974)  
*Re Kayford* (1975)  
*D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets LBC* (1976)  
*Allen v. Snyder* (1977)  
*Paul v. Constance* (1977)  
*Re Locker's Settlement Trusts* (1977)  
*Tito v. Waddell (No.2)* (1977)  
*Re Osoba* (1979)  
*Re Steel* (1979)  
*Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd.* (1979)  
*Re Sharpe* (1980)  
*Re South Place Ethical Society* (1980)  
*Re Cleaver* (1981)  
*Lys v. Prowsa Developments Ltd.* (1982)  
*McGovern v. A-G* (1982)  
*Re Hay's S. T.* (1982)  
*Attorney-General's Reference (No. 1 of 1985)* [1986]  
*R v. District Auditor No 3 Audit District Of West Yorkshire Metropolitan County Council, ex p West Yorkshire Metropolitan County Council* (1986)  
*Lloyds Bank p.l.c. v. Duker* (1987)  
*Re EVTR* (1987)  
*Raikes v. Lygon* (1988)  
*Ashburn Anstalt v. Arnold* (1989)  
*Agip (Africa) Ltd v. Jackson* (1991)

*Hammond v. Mitchell* (1991)  
*Webb v. Webb* (1991)  
*El Ajou v. Dollar Land Holdings* (1994)  
*Nestlé v. National Westminster Bank Plc.* (1994)  
*Boscawen v. Bajwa* (1995)  
*Society of the Precious Blood* (1995)  
*Gaudiya Mission v. Brahmachary* (1998)  
*Rowe v. Prance* (1999)  
*Weth v. A-G* (1999)

## **II) Giurisprudenza statunitense**

*Beacham v. Ross* (1938)  
*Cobb v. Gramatan Nat. Bank & Trust Co.* (1941)  
*Miller v. Pender* (1943)  
*Re Blish Trust* (1944)  
*Re Glauser's Estate* (1944)

## **III) Giurisprudenza australiana**

*Chan v. Zacharia* (1984)  
*Re Australian Elizabethan Theatre Trust* (1991)

## **IV) Giurisprudenza canadese**

*Shabinsky v. Horwitz* (1973)  
*Vancouver Regional Freenet Association v. Minister of National Revenue* (1996)

## **V) Giurisprudenza belga**

Tribunale di Bruxelles, 7 aprile 1945

## **VI) Giurisprudenza francese**

Tribunale della Senna, 7 gennaio 1948

## **VII) Giurisprudenza comunitaria**

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa *Webb v. Webb* C-294/92, sentenza del 17 maggio 1994

## **VIII) Giurisprudenza italiana**

Suprema Corte di Cassazione, 15 marzo 1943, n.606  
Suprema Corte di Cassazione, 21 giugno 1946, n.732  
Suprema Corte di Cassazione, 26 giugno 1946, n.740  
Suprema Corte di Cassazione, 30 agosto 1947, n.1554  
Suprema Corte di Cassazione, 12 giugno 1950, n.1480  
Suprema Corte di Cassazione, 11 agosto 1952, n.2646  
Suprema Corte di Cassazione, 2 settembre 1953, n.2931  
Suprema Corte di Cassazione, 13 aprile 1954, n. 1171  
Suprema Corte di Cassazione, 18 aprile 1957, n.1331  
Suprema Corte di Cassazione, 19 maggio 1960, n.1261  
Suprema Corte di Cassazione, 27 febbraio 1962, n.378  
Suprema Corte di Cassazione, 5 maggio 1962, n. 888  
Suprema Corte di Cassazione, 23 luglio 1962, n.2035  
Suprema Corte di Cassazione, 29 ottobre 1963, n. 2880  
Suprema Corte di Cassazione, 24 gennaio 1967, n.215  
Suprema Corte di Cassazione, 9 settembre 1970, n. 1369  
Suprema Corte di Cassazione, 19 febbraio 1971, n.435  
Suprema Corte di Cassazione, 26 settembre 1979, n.4961  
Suprema Corte di Cassazione, 12 marzo 1980, n.1672  
Suprema Corte di Cassazione, 3 aprile 1980, n.2159  
Suprema Corte di Cassazione, 20 marzo 1982, n. 1814  
Suprema Corte di Cassazione, 7 agosto 1982, n.4438  
Suprema Corte di Cassazione, 9 dicembre 1982, n.6712  
Suprema Corte di Cassazione, 3 giugno 1983, n. 3800  
Suprema Corte di Cassazione, 29 novembre 1983, n.7152  
Suprema Corte di Cassazione, 10 dicembre 1984, n. 6478  
Suprema Corte di Cassazione, 29 novembre 1985, n. 5058  
Suprema Corte di Cassazione, 12 dicembre 1986, n.7385  
Suprema Corte di Cassazione, 12 dicembre 1986, n.7385  
Suprema Corte di Cassazione, 16 aprile 1987, n. 3784  
Suprema Corte di Cassazione, 11 gennaio 1988, n.46  
Suprema Corte di Cassazione, sezioni unite, 3 aprile 1989, n. 1611

Suprema Corte di Cassazione, 18 ottobre 1991, n. 11025  
Suprema Corte di Cassazione, 4 marzo 1996, n. 1657  
Suprema Corte di Cassazione, 23 settembre 1997, n. 9355  
Suprema Corte di Cassazione, 14 ottobre 1997, n. 10031  
Suprema Corte di Cassazione, 21 maggio 1999, n. 4943  
Suprema Corte di Cassazione, 20 luglio 2001, n. 9900  
Suprema Corte di Cassazione, 2 febbraio 2006, n.2285  
Suprema Corte di Cassazione, 8 febbraio 2007, n. 2725  
Suprema Corte di Cassazione, 11 giugno 2007, n.13621  
Corte d'Appello di Firenze, 22 settembre 1965  
Corte d'Appello di Napoli, 5 ottobre 1972  
Tribunale di Genova, 29 maggio 1946  
Tribunale di Mondovì, 7 luglio 1949  
Tribunale di Firenze, 17 aprile 1950  
Tribunale di Roma, 6 febbraio 1951  
Tribunale di Milano, 18 aprile 1974  
Tribunale di Milano, 10 maggio 1985  
Tribunale di Lucca, 23 settembre 1997  
Tribunale di Roma, 29 novembre 1999  
Tribunale di Bologna, 12 aprile 2000  
Tribunale di Pisa, 22 dicembre 2001  
Tribunale di Bologna, 16 giugno 2003  
Tribunale di Parma, 21 ottobre 2003  
Tribunale di Napoli, 22 luglio 2004  
Tribunale di Reggio Emilia, 14 maggio 2007

## Bibliografia

### I) Manuali e monografie

- AA. VV., *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust*, CEDAM, Padova, 2011
- AA. VV., *Moderni sviluppi dei trust*, IPSOA, Milano, 2011
- AA. VV., *West's Law & Commercial Dictionary*, Zanichelli, Bologna, 1988
- ACQUARONE Lorenza, *Sistemi giuridici nel mondo*, Giappichelli, Torino, 2012
- ADDUCCI Edoardo, *I patti parasociali: disciplina, giurisprudenza e clausole*, HALLEY Editrice, Macerata, 2007
- AMBROSINI Antonio, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto germanico, canonico e comune*, Athenaeum, Roma, 1917
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second: Trusts 2d.*, St. Paul, Minnesota, 1959
- ASCARELLI Tullio, *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949
- ASQUINI Alberto, *Titoli di credito*, CEDAM, Padova, 1966
- AZZARITI Francesco Saverio - MARTINEZ Giovanni - AZZARITI Giuseppe, *Successioni per causa di morte e donazioni*, CEDAM, Padova, 1979
- BAKER Paul V. - LANGAN Peter St. J., *Snell's Equity*, Sweet & Maxwell, London, 1990
- BALDINI Gianni, *Il mandato: profili operativi, inadempienze e risarcimento danni*, HALLEY Editrice, Macerata, 2006
- BANCONE Vincenzo, *Trust ed enti non commerciali*, Maggioli, Rimini, 2009
- BARBA Angelo - ZANCHI Duccio, *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Giappichelli, Torino, 2012
- BARLA DE GUGLIELMI Elisa - PANICO Paolo - PIGHI Francesco, *La legge di Jersey sul trust*, IPSOA, Milano, 2007
- BARTOLI Saverio - MURITANO Daniele, *Le clausole dei trusts interni*, UTET, Torino, 2008
- BARTOLI Saverio, *Il trust*, Giuffrè, Milano, 2001
- BASILE Massimo, *Le persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2003
- BASSEWITZ Ferdinand von, *De Romanorum fiducia eiusque vestigiis in libris iuris civilis addita Germanorum iuris pignoratitii adumbratione*, Halle, 1858
- BECHMANN August, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, vol. I, A. Deichert, Erlangen, 1876

- BERNARDI Paolo, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Tipografia del Libro, Pavia, 1957
- BERTINI Alessandro, *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Giuffrè, Milano, 1940
- BETTI Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, CEDAM, Padova, 1947
- BETTI Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Torino, 1960
- BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000
- BISCARDI Arnaldo, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1976
- BOCKING Eduard, *Institutionen des romischen Civilrechts*, M. Cohen, Bonn, 1862
- BOGERT G. T., *Trusts*, St. Paul, Minn., 1987
- CAMPAGNA Lorenzo, *Il problema dell'interposizione di persona*, Giuffrè, Milano, 1962
- CAPOZZI Guido, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009
- CARINGELLA Francesco, *Studi di diritto civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2007
- CARIOTA FERRARA Luigi, *I negozi fiduciari*, CEDAM, Padova, 1933
- CARRARO Luigi, *Il mandato ad alienare*, Cedam, Padova, 1947
- CASTRONOVO Carlo - MAZZAMUTO Salvatore, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2007
- CENINI Marta, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 2009
- CHESHIRE Geoffrey Chevalier, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, Giappichelli, Torino, 1998
- CHIANALE Angelo, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1990
- CONTALDI Gianluca, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, Milano, 2001
- CONTI Roberto, *La proprietà e i diritti reali minori*, Giuffrè, Milano, 2009
- CORSINI Filippo, *Il trustee nel processo di cognizione*, Giappichelli, Torino, 2012
- CORSO Elena, *Trustee e gestione dei beni in trust*, Giuffrè, Milano, 2000
- CROME Carl, *System des deutschen burgerlichen Rechts*, vol. I, J.C.B. Mohr, Tubingen, 1900
- CUQ Edouard, *Manuel des Istitutions juridiques des Romains*, Plon-Nourit, Paris, 1917
- DE DONATO Alessandro - DE DONATO Valentina - D'ERRICO Maurizio, *Trust convenzionale: lineamenti di teoria e pratica*, Casa Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 1999

- DE FRANCHIS Francesco, *Dizionario Giuridico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984
- DE RUGGIERO Roberto, *L' illiceità della fiducia testamentaria*, Società Editrice Libreria, Milano, 1913
- DERNBURG Heinrich, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, vol. I, S. Hirzel, Leipzig, 1860
- DERNBURG Heinrich, *Pandekten*, vol. I, H.W. Mueller, Berlin, 1900
- DIURNI Giovanni, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'Alto Medioevo*, Giappichelli, Torino, 1992
- DUNAND Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2000
- EDWARDS Richard - STOCKWELL Nigel, *Trusts and Equity*, Pearson Education, Harlow, Essex, 2007
- FAVA Pasquale, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2012
- FERRANTE Mario, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2008
- FERRARA Francesco jr., *La girata della cambiale*, SEFI, Roma, 1935
- FERRARA Francesco, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Società editrice libreria, Milano, 1914
- FINN Paul D., *Fiduciary Obligations*, Law Book Company, Sidney, 1977
- FORTUNATO Giusi, *Il trust: comparazione tra la "proprietà civile" e la "proprietà" del trustee*, Editrice Le Fonti, Milano, 2008
- FRANCESCHELLI Remo, *Il "trust" nel diritto inglese*, CEDAM, Padova, 1935
- FRANCESCHELLI Vincenzo, *Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011
- FREZZA Paolo, *L'influsso del diritto romano-giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano, Giuffrè, 1974
- FREZZA Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, vol. II, CEDAM, Padova, 1963
- GALGANO Francesco, *Trattato di diritto civile*, vol. II, CEDAM, Padova, 2010
- GALLARATI Alberto, *Il trust come organizzazione complessa*, Giuffrè, Milano, 2010
- GAMBARO Antonio, *Il diritto di proprietà*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1995
- GAMBARO Antonio - SACCO Rodolfo, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2009
- GARDNER Simon, *An introduction to the law of trusts*, Clarendon Press, Oxford, 1990
- GARNER Bryan A., *A dictionary of modern legal usage*, Oxford University Press, 2001

- GARNER Bryan A.(a cura di), *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul, Minn., 1999
- GIANNATTASIO Carlo, *Delle successioni: successioni testamentarie: artt. 587-712*, UTET, Torino, 1978
- GIGLIOTTI Fulvio, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, Milano, 1999
- GIGLIOTTI Fulvio, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997
- GIRINO Emilio, *Dizionario di finanza. Tecniche, strumenti, operatori*, IPSOA, Milano, 2005
- GOO S. H., *Sourcebook on Land Law*, Cavendish Publishing Ltd, London, 2002
- GRAZIADEI Michele, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Università degli studi di Trento, 1995
- GUARINO Antonio, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1997
- GURRY Francis, *Breach of confidence*, Oxford University Press, 1984
- HANBURY Harold G. - MARTIN Jill E., *Modern equity*, Sweet & Maxwell, London, 1993
- HAYTON David J., *The law of trusts*, Sweet & Maxwell, London, 1993
- HEPBURN Samantha, *Principles of equity and trusts*, Cavendish Publishing, London, 2001
- JENKS Edward, *A short history of English law*, Taylor & Francis, London, 1928
- JHERING Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. II, Breitkopf & Hartel, Leipzig, 1906
- LAMBERTINI Renzo, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Giappichelli, Torino, 2010
- LAWSON Frederick H. - RUDDEN Bernard, *The Law of Property*, Oxford University Press, 1982
- LEICHT Pier Silverio, *Il diritto privato preirmeriano*, Zanichelli, Bologna, 1933
- LEICHT Pier Silverio, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1960
- LIPARI Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964
- LISERRE Antonio - BARBERO Domenico - FLORIDIA Giorgio, *Il sistema del diritto privato*, UTET, Torino, 2001
- LONGO Carlo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Giuffrè, Milano, 1933
- LUPOI Maurizio, *Appunti sul trust e sulla real property nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1971
- LUPOI Maurizio, *Introduzione ai trusts*, Giuffrè, Milano, 1994

- LUPOI Maurizio, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, CEDAM, Padova, 2010
- LUPOI Maurizio, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001
- MAITLAND Frederic William, *Equity, Also the Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*, Cambridge University Press, 1932
- MAITLAND Frederic William, *L'equità*, Giuffrè, Milano, 1979
- MARCHETTI Carlo, *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Giappichelli, Torino, 2012
- MARRONE Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1994
- MATTEI Ugo, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2010
- MAURICE S. G. - PARKER D. B., *Tudor on Charities*, Sweet & Maxwell, London, 1984
- MENNELL Robert L., *Wills and trusts*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979
- MESSINA Giuseppe, *I negozi fiduciari. Introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910
- MESSINEO Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1952
- MEUCCI Serena, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2009
- MOFFAT Graham, *Trusts Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 2005
- MOJA Andrea, *Il trust nel diritto civile e tributario*, Maggioli Editore, Rimini, 2009
- NERI Arianna, *Il trust e la tutela del beneficiario*, CEDAM, Padova, 2005
- OAKLEY A. J., *Constructive trusts*, Sweet & Maxwell, London, 1987
- OPPO Giorgio, *Contratti parasociali*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1942
- PACCHIONI Giovanni, *Lezioni di storia e di istituzioni di diritto romano*, La Litotipo, Padova, 1926
- PANFORTI Maria Donata, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Giuffrè, Milano, 1992
- PATTI Salvatore (traduzione e presentazione a cura di), *Codice civile tedesco*, Giuffrè, Milano, 2005
- PETRULLI Mario - RUBINO Francesco, *Il trust: nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano*, Halley Editrice, Macerata, 2006
- PETTIT P. H., *Equity and the Law of Trusts*, Butterworths, London, 1993
- PUGLIESE Giovanni, *La simulazione nei negozi giuridici (studio di diritto romano)*, CEDAM, Padova, 1938

- PUTCHA Georg F., *Cursus der Institutionen*, vol. II, Breitkopf & Hartel, Leipzig, 1842
- PUTCHA Georg F., *Cursus der Institutionen*, vol. III, Breitkopf & Hartel, Leipzig, 1847
- RAMJOHN Mohamed, *Text, cases and materials on equity and trusts*, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire, 2008
- RIDDALL John G., *The law of trusts*, Butterworths, London, Dublin & Edinburgh, 1992
- ROPPO Vincenzo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001
- RUBINO Domenico, *Il negozio giuridico indiretto*, Giuffrè, Milano, 1937
- SALVATORE Vincenzo, *Il trust: profili di diritto internazionale e comparato*, CEDAM, Padova, 1996
- SANTORO Laura, *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, Torino, 2002
- SANTORO Laura, *Il trust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2009
- SANTORO PASSARELLI Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1986
- SANTORO PASSARELLI Francesco, *Istituzioni di diritto civile: dottrine generali*, Jovene, Napoli, 1946
- SARRO Raffaella, *Le risposte del trust: il trust spiegato in parole semplici e tramite esperienze di vita*, Giuffrè, Milano, 2010
- SCALFATI Giovanni, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Casa editrice "Orione", Roma, 1945
- SCHULTZE Alfred, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, W. Koebner, Breslau, 1895
- SCOTT Austin W., *The Law of Trusts*, Little, Brown & Co., Boston, 1967
- SMITH Lionel, *The Law of Tracing*, Oxford University Press, 1997
- TALAMANCA Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990
- TENCATI Adolfo, *Le garanzie dei crediti*, UTET, Torino, 2012
- UNDERHILL Arthur, HAYTON David J., *Law of Trusts and Trustees*, Butterworths, London, 1995
- VIRGO Graham, *The principles of equity and trusts*, Oxford University Press, 2012
- VITUCCI Paolo, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Giuffrè, Milano, 1974
- VOLTERRA Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Edizioni Ricerche, Roma, 1961
- VON TUHR Andreas, *Der allgemeine Theil des deutschen burgerlichen Rechts*, vol. II, Leipzig, 1910

ZACHARIAE Heinrich A., *Commentatio de fiducia*, Gotha, 1830

## II) Voci enciclopediche e articoli

ALLORIO Enrico, *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1935, 415-426

ANGIULI Alessandra, volume I, sub art. 32, in *Commentario al codice civile* (a cura di CENDON Paolo), Giuffrè, Milano, 2009, 737-738

ARRIGO Tommaso - CAVANNA Stefano, *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari* (a cura di ALPA G. e ZATTI P.), CEDAM, Padova, 1999, 5-57

AURICCHIO Alberto, voce *Autorizzazione (Dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 502-509

BERTOLDI Federica, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (a cura di LUPOI Maurizio), Giappichelli, Torino, 2006, 101-116

BIRKS Peter, *Mixing and Tracing: Property and Restitution*, in *Current Legal Problems*, 1992, 69-98

BIRKS Peter, *Notice and Onus in O'Brien*, in *Trust Law International*, 1998, 1-13

BIRKS Peter, *Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts and restitution*, in *Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations* (a cura di MCKENDRICK E.), Clarendon Press, Oxford, 1992, 149-166

BIRKS Peter, *Overview: Tracing, Claiming and Defences*, in *Laundering and Tracing* (a cura di BIRKS Peter), Clarendon Press, Oxford, 1995, 289-348

BIRKS Peter, *Preface*, in *Breach of Trust* (a cura di BIRKS Peter e PRETTO Arianna), Hart Publishing, Portland, Oregon, 2002, vii-x

BOLOGNA Italo, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1955, 618-635

BROGGINI Gerardo, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in *I trusts in Italia oggi* (a cura di I. Beneventi), Giuffrè, Milano, 1996, 11-27

BURDESE Alberto, voce *Fiducia (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, UTET, Torino, 1957, 294-296

BUSATO Alessia, *Commento all'art. 2*, in *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: Commentario* (a cura di GAMBARO A., GIARDINA A., PONZANELLI G.), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. II, 1993, 1229-1235

CAMPITELLI Adriana, voce *Pegno (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, 675-682

- CAPO Luigi, volume XX, sub art. 1963, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina* (diretta da RUPERTO Cesare), Giuffrè, Milano, 2012, 174-184
- CAPRIOLI Severino, *Leggendo un libro sulle fiducie*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. I, 1995, 687-691
- CARAMAZZA Giovanni, volume V, sub articolo 627, in *Commentario teorico-pratico al codice civile* (diretto da DE MARTINO Vittorio), Edizioni PEM, Novara, 1973, 225-229
- CARIOTA FERRARA Luigi, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. I, 1937, 657-666
- CARNEVALI Ugo, voce *Negozio giuridico. III)Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990
- CARNEVALI Ugo, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *Giurisprudenza commerciale*, vol. II, 1975, 694-705
- CARNEVALI Ugo, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionari del diritto privato* (a cura di IRTI Natalino), vol. I, Giuffrè, Milano, 1980, 455-479
- CARRARO Luigi, *Contributo alla teoria della autorizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, I, 1947, 282-314
- CASSONI Giuseppe, *Il "Trust" anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 753-759
- CATAUDELLA Antonino, voce *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia Forense*, vol. V, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1959, 25-36
- CHIANALE Angelo, voce *Pubblicità immobiliare*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*, vol. XVI, UTET, Torino, 1997, 126-140
- CONTALDI Gianluca, *Trust*, in *Diritto internazionale privato* (a cura di BARATTA Roberto), Giuffrè, Milano, 2010, 496-507
- CORSO Elena, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, 496-523
- COSTANZA Maria, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1980, 421-451
- COSTANZA Maria, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1976, 682-693
- CRISCUOLI Giovanni, *Fiducia e fiducie nel diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, vol. I, 1983, 136-167
- CROUCHER P.E.N., *Trust of moveables in private international law*, in *Modern Law Review*, 1940, 111-120
- DE ANGELIS Lorenzo, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1999, 353-372

- DE MARTINI Angelo, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1946, 321-332
- DEL BONO Fabrizio, *Simulazione del matrimonio civile ?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1951, 563-578
- DI CHIO Giuseppe, voce *Società fiduciarie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, vol. VII, UTET, Torino, 1987, 331-353
- DI MARZIO Mauro, volume V, sub art. 627 in *Commentario al codice civile* (a cura di CENDON Paolo), Giuffrè, Milano, 2009, 1187-1194
- DI PAOLO Massimo, sub *Negozio indiretto*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, vol. XII, UTET, Torino, 1995, 124-129
- DIAMOND Aubrey L., *The trust in english law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, 289-308
- DIURNI Giovanni, *Fiducia e negozio fiduciario(storia)*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, 288-295
- FERRARA Francesco, *I negozi fiduciari*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, vol. II, Hoepli, Milano, 1905, 743-758
- FRANZONI Massimo, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, in *Diritto civile* (diretto da LIPARI Nicolò e RESCIGNO Pietro), vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, 831-845
- FRASCA Raffaele, volume XXX, sub art. 2744, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina* (diretta da RUPERTO Cesare), VI, Giuffrè, Milano, 2012, 24-65
- GALGANO Francesco, volume III, sub art. 32, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di GALGANO Francesco), Zanichelli, Bologna, 2006, 429-437
- GAMBARO Antonio, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1984, 93-108
- GAMBARO Antonio, voce *Trust*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, 449-469
- GAZZONI Francesco, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, 11-36
- GETZLER Joshua, *Duty of Care*, in *Breach of Trust* (a cura di BIRKS Peter e PRETTO Arianna), Hart Publishing, Portland, Oregon, 2002, 41-74
- GIANNELLI Gianvito, *I trusts*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale* (a cura di PATRONI GRIFFI Ugo), Giuffrè, Milano, 2012, 213-225
- GRASSETTI Cesare, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. I, 1936, 345-378
- GRASSETTI Cesare, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, Giuffrè, Milano, 1951, 325-337

- GRASSETTI Cesare, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1936, 548-553
- GROSSO Giuseppe, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 384-388
- GUZZI Rodolfo, *Fiducia e fiduciario*, in *Enciclopedia Forense*, vol. III, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1958, 753-756
- INZITARI Bruno, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, 679-700
- JAEGER Pier Giusto, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giurisprudenza commerciale*, vol. I, 1979, 181-207
- JONES G., *Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty*, in *Law Quarterly Review*, 1968, 472-502
- KOHLER Josef, *Studien uber Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbucher fur die Dogmatik des burgerlichen Rechts*, vol. XVI, 1878, 91-158
- LAMBRINI Paola, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di VACCA Letizia), Giappichelli, Torino, 2003, 257-273
- LANGBEIN J. H., *The contractarian basis of the law of trusts*, in *Yale Law Journal*, 1995, 625-675
- LENZI Raffaele, *Operatività del trust in Italia*, in *Rivista del Notariato*, 1995, 1379-1387
- LIPARI Nicolò, *Fiducia statica e trusts*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, 483-496
- LUPOI Maurizio, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e diritto privato*, I, 1998, 425-440
- LUPOI Maurizio, *La ratifica della Convenzione dell'Aja e il trust in Italia: problemi e prospettive*, in *Il trust nella operatività delle banche italiane* (a cura dell'ABI), Bancaria Editrice, Roma, 1997, 13-34
- LUZZATTO Riccardo, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 7-16
- MACARIO Francesco, *Le limitazioni della responsabilità patrimoniale*, in *Diritto civile* (diretto da LIPARI Nicolò e RESCIGNO Pietro), vol. IV, Giuffrè, Milano, 2009, 179-193
- MALAGUTI Maria Chiara, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 1990, 985-1000
- MALAGUTI Maria Chiara, *Il trust*, in *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di GALGANO Francesco), Zanichelli, Bologna, 2006, 193-203
- MANES Paola, *Il trust in Italia*, in *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di GALGANO Francesco), Zanichelli, Bologna, 2006, 204

- MAZZIA Nicola, *Intestazione fiduciaria e successione "mortis causa"* (nota a Cass., 10 dicembre 1984, n. 6478), in *Foro italiano*, I, 1985, 2325-2331
- MELI Marisa, *Il diritto comparato e il progetto di costruzione di una identità europea*, in *Tra diritto e società. Studi in memoria di Paolo Berretta* (a cura di MAUGERI M. R. e PALIDDA R.), Giuffrè, Milano, 2008, 195-202
- MERUZZI Giovanni, *Intestazione a società fiduciaria di titoli azionari*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 1995, 365-428
- MILLET P. J., *Restitution and Constructive Trusts*, in *Law Quarterly Review*, 1998, 399-418
- MIOZZO Andrea, volume XXXVIII, sub art. 2932, in *Commentario al codice civile* (a cura di CENDON Paolo), Giuffrè, Milano, 2008, 353-389
- MOCCIA Luigi, *Trusts e frazionabilità in senso funzionale dei property rights*, in AA. VV., *Diritto privato comparato, Istituti e problemi*, Editori Laterza, Bari, 2004, 35-145
- MONEGAT Mariagrazia, *Trust nella separazione consensuale*, in *Trust: opinioni a confronto* a cura di BARLA DE GUGLIELMI E.), IPSOA, Milano, 2006, 503-509
- MORIARTY S., *Tracing, Mixing and Laundering*, in *Laundering and Tracing* (a cura di BIRKS Peter), Clarendon Press, Oxford, 1995, 73-94
- NERI Arianna, voce *Trust (Dir. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. XVI, Milano, 2008, 243-248
- NITTI Roccangelo, voce *Negoziario fiduciario*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, UTET, Torino, 1957, 202-208
- NIVARRA Luca, *Il trust e l'ordinamento italiano*, in *Mandato, fiducia e trust: esperienze a confronto* (a cura di ALCARO F. e TOMMASINI F.), Giuffrè, Milano, 2003, 19-32
- OAKLEY A. J., *Has the Constructive Trust Become a General Equitable Remedy ?*, in *Current Legal Problems*, 1973, 17-39
- OLIVER P., *The extent of equitable tracing*, in *Trust Law International*, 1995, 78-97
- PEPPE Leo, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in *Le situazioni affidanti* (a cura di LUPOI M.), Giappichelli, Torino, 2006, 15-44
- PETRELLI Gaetano, *Pubblicità legale, apparenza e affidamento nel diritto internazionale privato*, in *Atti notarili: diritto comunitario e internazionale* (a cura di PREITE F., GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE A.), vol. I, UTET, Torino, 2011, 251-426
- PICCOLI Paolo, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano*, in *Rivista del Notariato*, 1995, 37-70
- PICCOLI Paolo - CORSO Elena - DOLZANI Marco, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, in *Rivista del Notariato*, 1995, 1389-1404

- PUGLIATTI Salvatore, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, 201-334
- PUGLIATTI Salvatore, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, 299-341
- PUGLIESE Giovanni, *Nullità del patto commissario e vendita con patto di riscatto*, in *Giurisprudenza completa della Corte Cassazione - Sez. civili*, vol. I, 1945, 156-162
- PUGLIESE Giovanni, voce *Property*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990
- PUTORTÌ Anna Chiara, volume XXXVII, sub art. 2744, in *Commentario al codice civile* (a cura di CENDON Paolo), Giuffrè, Milano, 2009, 65-133
- REGELSBERGER Ferdinand, *Zwei Beitrage zur Lehre von der Cession*, in *Archiv fur die civilistische Praxis*, 1880, 157-207
- SANTORO Laura, *Trust e fiducia*, in *Contratto e impresa*, 1995, 976-1013
- SARAVALLE Alberto, *Commento all'art. 6*, in *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: Commentario* (a cura di GAMBARO A., GIARDINA A., PONZANELLI G.), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. II, 1993, 1245-1251
- SARAVALLE Alberto, *Commento all'art. 7*, in *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: Commentario* (a cura di GAMBARO A., GIARDINA A., PONZANELLI G.), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. II, 1993, 1251-1257
- SARAVALLE Alberto, *Commento all'art. 8*, in *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: Commentario* (a cura di GAMBARO A., GIARDINA A., PONZANELLI G.), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. II, 1993, 1257-1260
- SCHOENY Artur, *Treuhandgeschaefte*, in *Archiv fuer Buergerliches Recht*, XXXV, 1910, 291-355
- SCHULTZE Alfred, *Treuhaender im geltenden buergerlichen Recht*, in *Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts*, 1901, 1-104
- SEGRÈ Gino, *Sul trasferimento in proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. II-III, 1929, 832-840
- STANCHI Barbara, *Il trust convenzionale*, in *Lezioni di diritto privato europeo* (raccolte da ALPA G. e CAPILLI G.), CEDAM, Padova, 2007, 367-404
- STINGONE Carmine, *Intestazione fiduciaria di titoli azionari, interposizione reale e mandato ad amministrare* (nota a commento di Cass., 14 ottobre 1995, n.10768), in *Corriere giuridico*, 1996, 666-670
- STOLFI Giuseppe, *In tema di adempimento spontaneo della fiducia testamentaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1950, I, 545-550
- TALAMANCA Mario, *Conventio e stipulatio*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* (a cura di BELLOCCI Nicla), Jovene, Napoli, 1991, 163-218

TALAMANCA Mario, volume XXI, sub *art. 699*, in *Commentario del codice civile* (a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G.), Zanichelli, Bologna, 1965, 423-429

TAMBURRINO Giuseppe, *Appunti sulla teoria del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giurisprudenza completa della Corte Cassazione - Sez. civili*, vol. I, 1946, 185-190

TREGGIARI Ferdinando, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, in *Diritto privato, studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. II, UTET, Torino, 2009, 885-896

TRIMARCHI Vincenzo Michele, voce *Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 32-52

ZANCHI Duccio, voce *Trust nel diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Milano, 2008, 261-263

ZURLI Lorianò, *Sulla formula del negozio fiduciario*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del convegno internazionale di studi, Lecce 5-6 dicembre 1994* (a cura di BIANCO O. e TAFARO S.), 2000, 185-191

Abbreviazioni e sigle .....	1
Introduzione .....	2
CAPITOLO 1: L'EVOLUZIONE DEL NEGOZIO FIDUCIARIO .....	4
1. 1. La fiducia nel diritto romano .....	4
1. 2. La fiducia nel diritto germanico .....	15
1. 3. La fiducia secondo la dottrina moderna .....	24
1. 4. Il dibattito sull'ammissibilità del negozio fiduciario in Italia nella prima metà del XX secolo.....	38
1. 5. Il dibattito sull'ammissibilità del negozio fiduciario in Italia nella seconda metà del XX secolo .....	50
CAPITOLO 2: STRUTTURA DEL NEGOZIO FIDUCIARIO E CLASSIFICAZIONI ...	61
2. 1. Fiducia di tipo romanistico e fiducia di tipo germanico: critica .....	61
2. 2. Il modello della legittimazione fiduciaria .....	74
2. 3. <i>Fiducia cum amico</i> e <i>fiducia cum creditore</i> : critica .....	84
2. 4. La fiducia del testatore e dei nubenti .....	98
CAPITOLO 3: RILIEVO E VALENZA DELLA FIDUCIA NEL <i>COMMON LAW</i> ...	114
3. 1. Dallo <i>use</i> al <i>trust</i> attraverso lo <i>use upon a use</i> .....	114
3. 1. 1. L'ordinamento inglese e la formazione dello <i>use</i> .....	114
3. 1. 2. La tutela del beneficiario e la derivazione del <i>trust</i> dallo <i>use upon a use</i> .....	123
3. 2. <i>Express trusts</i> .....	132
3. 2. 1. I requisiti di validità dell' <i>express private trust: the certainty of words, the certainty of subject matter, the certainty of objects</i> .....	132
3. 2. 2. <i>Express private trusts</i> : altri requisiti di validità.....	145
3. 3. <i>Trusts implied by law: implied, constructive, resulting e statutory trusts</i> .....	156
3. 4. Partizione dei trusts sotto il profilo finalistico: <i>charitable trusts, trusts of imperfect obligations, purpose trusts benefiting persons</i> .....	168
3. 5. Una riflessione comparatistica sul <i>trust</i> .....	181
CAPITOLO 4: LA PROPRIETÀ FIDUCIARIA.....	193
4. 1. Gli obblighi connessi all'ufficio del <i>trustee</i> .....	193
4. 2. Il <i>breach of trust</i> e la tutela del beneficiario .....	205
4. 3. Comparazione tra la tutela del beneficiario nel <i>trust</i> e la tutela del fiduciario nel negozio fiduciario .....	219
4. 4. La proprietà fiduciaria: dal <i>trust</i> all'ordinamento italiano .....	233
CAPITOLO 5: ASPETTI APPLICATIVI.....	247
5. 1. La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: il <i>trust</i> convenzionale.....	247
5. 2. Ambito applicativo della Convenzione e individuazione della legge regolatrice del <i>trust</i> convenzionale .....	258
5. 3. Il riconoscimento del <i>trust</i> convenzionale .....	272
5. 4. L'art. 13 e la questione del <i>trust</i> cosiddetto interno .....	285
Conclusioni .....	294
Fonti.....	300
Bibliografia .....	309