Università degli Studi "Roma Tre"
Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"
Sezione "Diritto Privato per l'Europa"
XXIV Ciclo

La fiducia e i negozi fiduciari – quali prospettive per l'ordinamento italiano?

Candidato:
Dott. Alberto Gava

Tutor:
Chiar.mo Prof. Salvatore Mazzamuto

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

LA FIDUCIA E I NEGOZI FIDUCIARI: QUALI PROSPETTIVE PER L'ORDINAMENTO ITALIANO?

Indice

Capitolo I

INTRODUZIONE

1. L'opportunità di una rinnovata attenzione per la fiducia e i fenomeni fiduciari in generale. L'attuale rilevanza dei fenomeni fiduciari negli ordinamenti nazionali e sovranazionali. Considerazioni di politica economica.....p. 6

2. La crescente tendenza alla specializzazione del patrimonio. L'evoluzione dal concetto di patrimonio come entità unitaria al patrimonio come somma di molteplici elementi individualmente identificabili. Il non necessario discostamento dalla nozione tradizionale di patrimonio unico.....p. 11

3. Il riconoscimento normativo della separazione e della destinazione patrimoniale. Dalla società unipersonale ai patrimoni destinati, fino alla destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-*ter* c.c. Il singolare caso delle società fiduciarie.....p. 17

4. L'ambito sovranazionale della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei Trust del 1985 e la sua rilevanza per l'ordinamento interno..... p. 24

5. L'utilità della presente ricerca per la ricostruzione dei tratti essenziali della fiducia e dei negozi fiduciari; per la verifica dell'esistenza di loro spazi di operatività, vecchi e nuovi; per la valutazione di opportunità dell'adozione di normativa specifica in materia di fiducia e di affidamenti fiduciari in generale.....p. 28

Capitolo II

IL FENOMENO FIDUCIARIO

1. La fiducia come elemento metagiuridico delle relazioni intersoggettive. Caratteristiche generali dell'elemento fiduciario e sua rilevanza nei negozi giuridici. Contratti afferenti alla sfera della fiducia in generale. Cenni a mandato, lavoro subordinato, agenzia, incarico professionale.....p. 33

2. Le fattispecie "legali" di fiducia: l'art. 627 c.c.; le società fiduciarie nell'evoluzione normativa degli ultimi decenni.....p. 39

3. Il negozio fiduciario quale rapporto giuridico fondato sulla fiducia: "lealtà, probità, onestà". La rilevanza dell'elemento personale nel negozio fiduciario. La giuridicizzazione dell'elemento metagiuridico fiduciario ed il suo divenire elemento essenziale del negozio fiduciario. Il diverso valore negoziale delle due accezioni di fiducia.....p. 52

4. Il c.d. "affidamento fiduciario" e le "situazioni affidanti", quale categoria generale operante la *reductio ad unum* delle fattispecie di fiducia legale e di fiducia volontaria.....p. 54

5. I tratti tipici del fenomeno fiduciario e i tratti comuni dei tipi di fiducia individuati. L'utilità dogmatica e l'(in)utilità pratica della costruzione teorica dei principi generali della fiducia.....p. 57

Capitolo III

Il NEGOZIO FIDUCIARIO

1. Introduzione.....p. 60

2. La costruzione tradizionale del negozio fiduciario tra "fiducia romanistica" e "fiducia germanistica". La fiducia *cum amico* e la fiducia *cum creditore*. Le diverse accezioni di fiducia germanistica quale negozio traslativo *sub condicione* e sdoppiamento tra titolarità e legittimazione.....p. 63

3. Lo sviluppo delle diverse concezioni di fiducia nell'ordinamento giuridico italiano. Prevalenza della riconduzione della figura allo schema romanistico, con la rilevante eccezione della regolamentazione delle società fiduciarie. Ipotesi di nesso tra volontarietà della fiducia e ricostruzione morfologica del negozio fiduciario.....p. 67

4. La struttura del negozio fiduciario e il contratto fiduciario. Il sinallagma nel contratto fiduciario e la prestazione del fiduciario. Un'ipotesi di *"do ut facias"*. Non riconducibilità del fenomeno alle obbligazioni naturali.....p. 71

5. Introduzione al concetto di causa nel negozio fiduciario. Il problema dei negozi causalmente astratti e l'individuazione della causa del trasferimento fiduciario. La questione dell'utilizzo di un negozio tipico per il raggiungimento di fini diversi e ulteriori: l'adattamento della causa allo scopo. La causa del negozio fiduciario quale funzione economico individuale perseguita dai contraenti.....p. 74

6. Regime patrimoniale dei negozi fiduciari. La titolarità di una posizione reale del fiduciario nei negozi di tipo romanistico. La separazione e la segregazione patrimoniale. Profili di compatibilità con l'art. 2740 c.c. La potestà di abuso del fiduciario nella dottrina classica quale elemento caratterizzante i negozi fiduciari. La riconduzione della potestà di abuso al concetto generale di abuso del diritto. La non inerenza ai poteri tipici del fiduciario.....p. 78

7. L'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo quale elemento morfologico dei negozi fiduciari. Critica: l'elemento fiduciario quale elemento di equilibrio tra mezzo e scopo. La diversa prospettiva della impossibilità di raggiungimento dello scopo con mezzi diversi.....p. 84

8. Le diverse necessità di tutela del fiduciante sul "lato interno" e sul "lato esterno" del rapporto fiduciario. La diversa intensità di tutela. La natura obbligatoria della tutela del fiduciante quale tutela inerente al negozio fiduciario.....p. 87

9. Il limite esterno del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali. Dottrina classica e teoria dell'inesistenza del principio del *numerus clausus*. La pretesa inammissibilità per il nostro ordinamento di una proprietà temporanea.....p. 90

10. L'art. 2645-*ter* c.c. e il dibattito sulla sua portata di norma sull'opponibilità o norma sulla fattispecie.....p. 95

10.1. (Segue) Il dato strutturale del negozio di destinazione.....p. 97

10.2. (Segue) Il dato funzionale del negozio di destinazione.....p. 103

10.3. (Segue) Vincolo di indisponibilità e separazione patrimoniale. La trascrizione.....p. 106

10.4. (Segue) le portata della norma: il dibattito sulla natura obbligatoria o reale del vincolo.....p. 109

11. Ipotesi di sovrapposizione (parziale) di negozio fiduciario e negozio di destinazione.....p. 114

12. Nuove prospettive di tutela del fiduciante ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c.....p. 119

Capitolo IV

IL PERCORSO ITALIANO VERSO LA FIDUCIA: RIFLESSIONI A MARGINE DI UN'OCCASIONE PERDUTA

1. L'art. 12 del Disegno di Legge Comunitaria 2010 e la delega al Governo ad introdurre nell'ordinamento il contratto di fiducia. L'ipotesi di struttura del contratto di fiducia.....p. 128

2. Contratto di fiducia e trust: i punti essenziali di contatto di cui al DDL Comunitaria 2010.....p. 135

3. Contratto di fiducia: un'occasione perduta?.....p. 137

Bibliografia.....p. 139

Capitolo I

INTRODUZIONE

1. L'opportunità di una rinnovata attenzione per la fiducia e i fenomeni fiduciari in generale. L'attuale rilevanza dei fenomeni fiduciari negli ordinamenti nazionali e sovranazionali. Considerazioni di politica economica. 2. La crescente tendenza alla specializzazione del patrimonio. L'evoluzione dal concetto di patrimonio come entità unitaria al patrimonio come somma di molteplici elementi individualmente identificabili. Il non necessario discostamento dalla nozione tradizionale di patrimonio unico. 3. Il riconoscimento normativo della separazione e della destinazione patrimoniale. Dalla società unipersonale ai patrimoni destinati, fino alla destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-*ter* c.c. Il singolare caso delle società fiduciarie. 4. L'ambito sovranazionale della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei Trust del 1985 e la sua rilevanza per l'ordinamento interno. 5. L'utilità della presente ricerca per la ricostruzione dei tratti essenziali della fiducia e dei negozi fiduciari; per la verifica dell'esistenza di loro spazi di operatività, vecchi e nuovi; per la valutazione di opportunità dell'adozione di normativa specifica in materia di fiducia e di affidamenti fiduciari in generale.

1. *L'opportunità di una rinnovata attenzione per la fiducia e i fenomeni fiduciari in generale. L'attuale rilevanza dei fenomeni fiduciari negli ordinamenti nazionali e sovranazionali. Considerazioni di politica economica.*

Lo studio del negozio fiduciario è tema classico del pensiero giuridico della tradizione romanistica([1]). L'analisi dottrinaria della fattispecie, a seguito delle grandi codificazioni moderne, ha dovuto confrontarsi con problemi di compatibilità con gli ordinamenti giuridici continentali e in particolare con l'ordinamento giuridico italiano apparentemente irrisolvibili. Dei profili critici si è tuttavia, con il tempo, giunti a trovare una chiave di lettura che consentisse

([1]) Cfr. per una puntuale ricostruzione L. SANTORO, *Il Negozio Fiduciario*, Giappichelli, Torino 2002, p. 8 ss.

la riduzione degli attriti e la generale ammissibilità – comunque mai negata – della fattispecie nel nostro ordinamento giuridico.

A fronte di tale mai negata ammissibilità, il negozio fiduciario in senso proprio – come tradizionalmente inteso([2]) – non ha tuttavia trovato adeguate realtà applicative nel nostro ordinamento giuridico([3]), il quale, viceversa, ha lentamente spostato la sua attenzione su forme di fiducia tipiche del mondo anglosassone e degli ordinamenti di *common law*([4]).

E così l'Italia ha dapprima aderito, poi ratificato, la *"Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai Trust e al loro riconoscimento"*([5]). E di lì il passo è stato breve, seppur tortuoso, per iniziare a parlare, anche grazie all'intervento di alcuni studiosi particolarmente dediti all'argomento([6]), nonché di alcune pronunce giurisprudenziali([7]), di ammissibilità di *Trust* interno([8]), così giungendo alla configurazione di un nuovo fenomeno fiduciario italiano.

([2]) GRASSETTI C., in *Del negozio fiduciario e sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico,* Riv. Dir. Comm., 1936, I, p. 369 ss. Sulla configurazione tradizionale del negozio fiduciario cfr. Cap. III.

([3]) Con eccezione della realtà normativa delle Società Fiduciarie su cui cfr. par. 1.3.

([4]) Il riferimento è ovviamente all'Istituto del *Trust* e alle sue molteplici forme, su cui si rimanda alla lettura di M. LUPOI, *Trusts*, Milano, Giuffré, 2001 e a S. MAZZAMUTO, *Il Trust*, in S. Mazzamuto e C. Castronovo (a cura di), Manuale di Diritto privato europeo, 2, Giuffré 2007.

([5]) In particolare, si ricorda che la Convenzione dell'Aja, dell'1.07.1985 è stata resa esecutiva in Italia con la L. 16.10.1989, n. 364, entrata in vigore il giorno 1.01.1992.

([6]) Il riferimento principale è chiaramente al Prof. Lupoi che ha dedicato innumerevoli scritti all'argomento del *Trust* sostenendo sin dal principio l'ammissibilità di un *Trust* interno all'ordinamento giuridico italiano.

([7]) Trib. Bologna, 1.10.2003 e Trib. Napoli, 16.06.2005.

([8]) Con l'espressione *Trust* interno si intende un *Trust* stipulato ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1985, avente tuttavia quale unico elemento di estraneità rispetto al territorio italiano, la legge scelta dalla parti per regolarlo.

D'altronde, seppur appare singolare che un ordinamento complesso come il nostro abbia optato per forme di fiducia diverse da quelle in esso tradizionalmente radicate, la ragione di tale scelta è da ricercare, da un lato, in esigenze prettamente economiche, legate alla circolazione dei beni e alla limitazione delle responsabilità patrimoniali dei *domini*; dall'altro, nella sostanziale sfiducia che gli operatori del diritto italiano hanno riservato ai negozi fiduciari sul modello latino, dovuta alla apparente scarsa possibilità di tutela del proprietario affidante, nei confronti dell'eventuale inadempimento del fiduciario affidato([9]).

Ed infatti lo strumento del *Trust*, duttile e malleabile nelle varie forme nelle quali si è sviluppato, che lo hanno fatto apparire anche un po' sfuggente nella sua ricostruzione come istituto di generale applicazione([10]) è apparso *ictu oculi* di più semplice utilizzazione e, soprattutto, più facilmente asservibile agli interessi di volta in volta sottesi all'operazione fiduciaria prospettata dalle parti. Viceversa, il nostrano negozio fiduciario è apparso legato a vecchi schemi concettuali tipici degli ordinamenti continentali (così, nella fiducia *cum amico*, alla tradizionale concezione che vede nello schema dell'operazione fiduciaria due negozi distinti, uno di natura reale, uno di natura obbligatoria), nonché a limiti dogmatici apparentemente insormontabili (così il limite del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali), che non hanno consentito un suo adeguato sviluppo nella pratica della moderna circolazione dei beni.

D'altronde, l'esigenza di snellezza e stabilità è esigenza particolarmente avvertita negli ordinamenti contemporanei in cui la

---

([9]) Sul punto, cfr. cap. III, par. 8 ss.

([10]) S. MAZZAMUTO, *Il Trust*, cit., p. 621, afferma che *"non va sottaciuta, tuttavia, la particolare difficoltà di individuare una definizione ed un inquadramento dogmatico pacifici a causa della duttilità dell'istituto del* trust*"*.

velocità e la molteplicità delle transazioni e del trasferimento dei beni comportano un abbassamento dei generali livelli di controllo di ogni operazione e in cui la fiducia sembra porsi, in un numero sempre crescente di ipotesi, quale vero e proprio punto di snodo tra circolazione e beni.

L'attuale rilevanza dei negozi fiduciari negli ordinamenti nazionali e sovranazionali è peraltro ampiamente dimostrata dalla crescente disciplina normativa che, nella costante ricerca di un modello alternativo al *Trust*, si rivolge alla c.d. *"Fiducie"*. Particolare attenzione hanno dedicato a tale figura, negli ultimi anni, gli ordinamenti francofoni. E così, in particolare, l'ordinamento del Quebéc ha introdotto la figura della fiducia agli artt. 1260 ss. del Code Civil, prevedendo che *"La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer."*.

E, ancora, rimanendo in ambito europeo, l'ordinamento francese, con L. n. 211 del 19.02.2007 si è dotato dell'istituto della fiducia prevendendo, all'art. 2011 del Code Civil, che *"La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires"*([11]).

([11]) In particolare, la regolamentazione della Fiducia nell'ordinamento francese è contenuta in un apposito Titolo, il XIV, del libro III del Code Civil, artt. 2011 e ss.

Le costruzioni nuove della fiducia contemporanea in senso alternativo al *Trust*, inevitabilmente riprendono i tratti salienti dalla tradizione romanistica. Tuttavia, da essa si differenziano nettamente, oltre che per le singole previsioni normative che la disciplinano, poiché, mentre nella tradizione romanistica la fiducia, con tutti i suoi limiti, era strumento *necessario* per il raggiungimento di un dato risultato – altrimenti non perseguibile – oggi la fiducia diviene mezzo *scelto* dalle parti, in luogo di soluzioni tecniche differenti([12]), altrettanto praticabili.

La fiducia, nella sua accezione di negozio *lato sensu* fiduciario e non di mero elemento metagiuridco presente – in misura diversa – in ogni relazione tra due parti che entrano in contatto tra loro([13]), diviene dunque in misura vieppiù crescente *strumento* di utilità per la collettività e per lo scambio, con inevitabili conseguenze in termini di mercato.

Dal che, gli ordinamenti giuridici devono necessariamente adeguarsi alle esigenze dei propri operatori, offrendo istituti che, da

---

([12]) La considerazione è di P. OERTMANN, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, Archiv. F.d. Civ. Prax., LXIII, 1880, pp. 172-173 ed è riportata da L. CARIOTA-FERRARA, *I Negozi Fiduciari – Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Cedam, 1993, p. 23 ss., il quale ritiene che *"In linea generale è da convenire con l'eminente scrittore che la fiducia sorse per riparare a manchevolezze gravi di un diritto che, chiuso in pochissimi formali istituti, era del tutto avaro di ogni mezzo di soddisfacimento dei più elementari bisogni dell'economia. Di qui la stringente necessità di adattare forme generiche per i più vari scopi specifici, del tutto diversi da quelli per cui erano state create. Si pensi alla* fiducia cum amico, *in cui, a mezzo della* mancipatio *ed in* iure cessio, *si conseguivano scopi di deposito, sequestro, comodato, società. Parimenti la* fiducia cum creditore *sorse per rendere possibile la garanzia reale del credito e ne costituì per un certo tempo l'unica forma"*.

([13]) Come vedremo nel Cap II, la fiducia, presa quale elemento metagiuridico, è presente, in misura maggiore o minore, in ogni transazione o accordo tra parti. E così, ad es., è presente nel rapporto di mandato, nel rapporto di lavoro, ma anche, più semplicemente, in ogni contratto in cui elemento essenziale risulti il c.d. *intuitus personae*.

un lato costituiscano validi strumenti per il raggiungimento della soluzione tecnica perseguita dalla parti; dall'altro siano sufficientemente uniformati e uniformanti a livello globale, in considerazione della naturale transnazionalità di parte rilevante delle odierne operazioni e transazioni, commerciali e non. Per non tacere del fatto che, in ogni caso, la mancanza di una disciplina sul negozio fiduciario o, più in generale, sul fenomeno fiduciario propriamente inteso, comporta una netta perdita di competitività dell'ordinamento in difetto, con conseguente "espatrio" di chi necessita di uno strumento giuridico mancante nel proprio ordinamento giuridico nazionale([14]).

2. *La crescente tendenza alla specializzazione del patrimonio. L'evoluzione dal concetto di patrimonio come entità unitaria al patrimonio come somma di molteplici elementi individualmente identificabili. Il non necessario discostamento dalla nozione tradizionale di patrimonio unico.*

L'istituto del negozio fiduciario è inevitabilmente legato al concetto di patrimonio([15]).

Nell'immaginario collettivo, sviluppatosi a seguito di una pratica e di un uso distorti dell'istituto, tale accostamento viene effettuato in accezione negativa. Ed infatti, il negozio fiduciario, come il *Trust*, nonché l'intestazione fittizia di beni, ovvero la

([14]) Anche in tali ipotesi, come in altre individuate dalla dottrina, si può accennare ad un caso di competizione e/o concorrenza tra ordinamenti giuridici nell'offrire agli operatori di mercato e, più semplicemente, ai cittadini, la soluzione giuridica che più si adatta alle loro esigenze. Sull'argomento, cfr. A. PLAJA (a cura di), *La Competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffré, 2007.

([15]) Il patrimonio può essere in generale definito come l'insieme dei rapporti giuridici, aventi contenuto economico, che fanno capo ad un soggetto giuridico (il titolare).

simulazione([16]) – assoluta o relativa che sia –vengono considerati dai non operatori del diritto([17]) quali strumenti per perseguire, con mezzi leciti, finalità che altrimenti sarebbero illecite.

Orbene, tacendo in questo momento della dubbia fondatezza di tale considerazione, sulla quale comunque tornerò in altro capitolo del presente lavoro, va evidenziato come lo strumento fiduciario non sia né il primo, né l'ultimo dei mezzi esistenti per raggiungere le tanto vituperate finalità di separazione, segregazione([18]) e protezione del patrimonio([19]).

L'esigenza della protezione patrimoniale è esigenza antica tanto quanto la civiltà. In sostanza, da sempre i soggetti coinvolti in attività principalmente imprenditoriali, nel commercio e in generale in attività connesse con la produzione e lo scambio di beni, hanno avvertito il bisogno di separare ciò che, con fatica, era entrato nel loro patrimonio personale, da ciò che, al contrario, veniva dagli stessi utilizzato e impiegato per le proprie finalità lavorative. Una

---

([16]) Che, si noti bene, sono figure assai distinte tra loro e, sulle loro peculiarità, torneremo nel corso della presente trattazione.

([17]) E, purtroppo, a volte, anche dagli stessi operatori del diritto, quali consulenti, avvocati, ecc.

([18]) Intendendosi con separazione patrimoniale l'effetto per il quale solo i creditori che hanno contratto obbligazioni relative all'attività cui è stato destinato il patrimonio separato possono su di questo rifarsi, ferma restando la loro possibilità di aggredire anche il restante patrimonio del separante; e con segregazione patrimoniale l'effetto per il quale il patrimonio conferito costituisce una massa di beni del tutto indipendente dalle vicende personali del conferente e dell'eventuale gestore, nel senso che, qualsivoglia azione rivolta contro la massa segregata, non potrà in alcun modo incidere sul restante patrimonio degli stessi. In proposito, sottolinea M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 450, che la segregazione concernerebbe *"posizioni soggettive le quali appartengono ad un soggetto, ma che tuttavia non risentono delle sue vicende obbligatorie generali e quindi non formano parte integrante del patrimonio che costituisce la garanzia per i suoi creditori"*.

([19]) Basti pensare che la separazione patrimoniale, nella sua forma più semplice della costituzione di patrimonio autonomo, esiste da sempre nella forma societaria ed è da sempre considerata come lo strumento principe per le operazioni commerciali e o imprenditoriali.

tale esigenza ha portato nel tempo alla elaborazione di strumenti che consentissero di svolgere le attività lavorative senza dover necessariamente impegnare – anche in termini di sola garanzia generica([20]) – il patrimonio personale.

Di quanto precede è primaria espressione la disciplina delle società commerciali che, da sempre, costituiscono lo strumento principe per lo svolgimento di attività in regime di separazione patrimoniale e responsabilità limitata([21]).

Accanto a queste ipotesi di separazione patrimoniale se ne sono peraltro sviluppate di ben diverse, che prescindono dalle esigenze di protezione patrimoniale e tra le quali possiamo ricordare: l'usufrutto legale spettante al genitore sui beni del figlio; il patrimonio ereditario, rispetto a quello dell'erede, nel caso di accettazione con beneficio d'inventario (e, ritengo, l'eredità giacente([22]) temporaneamente amministrata da un curatore

---

([20]) Oggi prevista dall'art. 2740 c.c. che testualmente recita: *"Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri".*
Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge".

([21]) Sul punto, tuttavia, ricorda L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 126, che *"la dottrina muovendosi sul solco della tradizione giuridica tedesca, distingue le ipotesi di patrimoni separati, nelle quali il disponente stacca dei beni o dei rapporti giuridici dal proprio patrimonio per riservarli ad alcuni creditori escludendo gli altri, consentite soltanto nei casi previsti dalla legge, dalle ipotesi di patrimoni autonomi, in cui il disponente attribuisce parte del suo patrimonio ad un nuovo soggetto mediante la creazione di un ente con o senza personalità giuridica, consentite dalla legge. Questa distinzione, peraltro, non è da tutti accettata, mentre è negletta dal legislatore".*

([22]) Va peraltro rilevato come sia discusso in dottrina se l'ipotesi della eredità giacente sia da considerare quale mera separazione patrimoniale, ovvero quale costituzione di un patrimonio autonomo. Nel primo senso si pronunciano BIGLIAZZI GERI, v. *Patrimonio autonomo e separato*, Enc. Dir., Milano, Giuffré, XXXII, 1982, p. 281 ss. e F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, Esi 1966, p. 84; Nel secondo, si pronuncia M. LUPOI, *Trusts,* loc. cit.;

giudiziale); i beni oggetto di sostituzione fedecommissaria; i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza([23]).

Nonostante tutte le ipotesi testé individuate, la disciplina giuridica del patrimonio, almeno negli ordinamenti continentali, ha tradizionalmente sofferto di una rigida lettura del dogma dell'unitarietà. In sostanza, la dottrina ha tradizionalmente fornito una ricostruzione della nozione di patrimonio (non contenuta nei nostri codici) quale insieme di beni e rapporti giuridici facenti capo ad un unico soggetto([24]) – sia questi persona fisica o persona giuridica – e quindi necessariamente unitaria, senza possibilità alcuna di separazione o destinazione di sorta, se non in ipotesi tassative, espressamente disciplinate dalla legge (Cfr. art. 2740 c.c., c. 2).

Sulla scorta dell'uniformazione del diritto europeo e delle inevitabili influenze degli ordinamenti di *common law* in un mercato ormai globale, tale concezione è andata tuttavia, con il tempo, scemando, seppur non venendo del tutto meno. E così, si è assistito ad una lenta evoluzione del sistema normativo italiano nella direzione di una crescente specializzazione patrimoniale che ha portato con sé una vera e propria nuova concezione del patrimonio come suscettibile di separazione (e segmentazione), secondo modalità meno rigide([25]). Tale fenomeno, ampiamente presente nell'odierna realtà giuridica, trova forme che vanno aumentando parallelamente all'evoluzione del contesto socio-

([23]) Per una puntuale elencazione cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale,* I, Milano, Giuffré, 1957, p. 383 ss.
([24]) Per una ricostruzione cfr. *ex multiis* S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffré, 1962, p. 30 ss.; V. M. TRIMARCHI, *v. Patrimonio (nozione)*, in Enc. Dir., XXXII, Milano, Giuffré, 1982, p. 273 ss.,
([25]) Sul tema Cfr. P. GABRIELE, *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, Giur. Comm., 4, 2010.

economico – e al conseguente adattamento degli ordinamenti giuridici – e dimostra una volta per tutte che la relazione intercorrente tra titolare e patrimonio può non essere vista necessariamente nell'ottica di appartenenza del secondo al primo, ma nell'ottica di funzionalizzazione del secondo, ad opera del primo, ad un determinato scopo([26]).

Si sono così affermate, negli ultimi decenni, molteplici forme di separazione patrimoniale che hanno trovato disciplina normativa, tra cui, le più rilevanti risultano essere quella dei c.d. *"Patrimoni destinati ad uno specifico affare"* (Art. 2447-*bis* c.c.), della *"Trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche"* (Art. 2645-*ter* c.c.), nonché, sebbene ipotesi non ancora divenuta norma, ma raggiunta per via dottrinaria e giurisprudenziale, della ammissibilità del *Trust* interno ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1985.

Unitamente al concetto di separazione patrimoniale, è poi tornato alla ribalta il concetto di destinazione patrimoniale – ad esso strettamente connesso – quale delimitazione di una massa di beni e sua strumentalizzazione al fine della realizzazione di un determinato interesse che trova formale riconoscimento nell'ordinamento giuridico. Destinazione patrimoniale che:

i) secondo alcuni, è con la separazione in rapporto di relazione biunivoca necessaria: ove vi è separazione di patrimonio, vi è necessariamente destinazione di tale patrimonio ad un determinato

([26]) C. COMPORTI, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in M. Sandulli, V. Santoro, B. Sassani (a cura di), La riforma delle società, Giappichelli, Torino, 2003, p. 957 ss.; C. ANGELICI, *Diritto Commerciale*, I, Bari, 2002, p. 61 ss.

scopo; la separazione è strumentale alla destinazione, così come la destinazione è più facilmente attuabile attraverso la separazione([27]);

ii) secondo altri([28]), è con la separazione in rapporto di relazione di mera opportunità o possibilità: l'una può ricorrere al ricorrere dell'altra, ma senza che ciò sia strettamente necessario. D'altronde, la destinazione sembra essere qualcosa in più della mera separazione, ponendosi con essa in rapporto di specie a genere, nella misura in cui caratterizza la prima per un vincolo funzionale al raggiungimento di un determinato scopo([29]).

Si può dunque guardare al patrimonio di un soggetto non più come entità necessariamente unitaria([30]), bensì come somma di molteplici elementi patrimoniali individualmente identificabili che si atteggiano diversamente nei confronti dei creditori a seconda della disciplina che singolarmente li governa([31]). In altre parole, il patrimonio di un soggetto, ai fini della garanzia di cui all'art. 2740 c.c., può essere considerato come un fascio di responsabilità, ognuna delle quali soggetta ad un regime specifico e ben determinato.

([27]) P. GABRIELE, *Dall'unità,* cit., p. 1 ss.

([28]) C. COMPORTI, *Patrimoni,* cit., p. 955; A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive,* in B. Libonati e P. Ferro-Luzzi (a cura di), Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative – Atti della giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, in Roma nel giugno 2003, Giuffré, 2003, p. 27.

([29]) L. SANTORO, *Il Negozio,* cit., p. 130.

([30]) A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio,* Trust e attività fiduciarie, 2000, 2, p. 158, sostiene che il principio dell'unità del patrimonio e del divieto di costituzione di patrimoni separati siano invero dogmi la cui esistenza non appare sorretta da adeguate ragioni giuridiche.

([31]) Osserva F. MESSINEO, *Manuale,* cit., p. 385, che la separazione patrimoniale non ha l'effetto di far venire meno l'appartenenza di un dato patrimonio ad un determinato soggetto, ma crea uno schermo tra patrimonio generale e patrimonio separato, consentendo una loro differente regolamentazione.

Ciò peraltro, ad avviso di chi scrive, non comporta necessariamente il discostamento dalla nozione unitaria di patrimonio, poiché non si nega che al patrimonio non espressamente "separato" o "segregato" ai sensi del comma 2 del medesimo art. 2740 c.c., rimanga applicabile la disciplina di cui al comma 1. Comporta viceversa, la semplice ammissibilità di una generale possibilità, nei limiti di disposizioni normative di rango autorizzativo, della separazione e destinazione patrimoniale([32]).

3. *Il riconoscimento normativo della separazione e della destinazione patrimoniale. Dalla società unipersonale ai patrimoni destinati, fino alla destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-ter c.c. Il singolare caso delle società fiduciarie.*

Come accennato nel paragrafo che precede, separazione e destinazione patrimoniale hanno avuto nel nostro ordinamento giuridico uno sviluppo pressoché parallelo, fino a far parlare dell'interdipendenza dell'una dall'altra([33]).

Invero, a chi scrive sembra di poter aderire alla tesi secondo la quale separazione e destinazione patrimoniale non coincidano

---

([32]) Si badi bene, infatti, che quanto appena illustrato incide meramente sulla qualificazione complessiva del patrimonio, ma non sulla inderogabilità del limite di cu all'art. 2740 c.c. giacché, come ricorda C. CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, Europa e diritto privato, 1998, p. 447 ss. sebbene i *"fenomeni di separazione patrimoniale tendano a diventare vieppiù numerosi, sono per così dire canonici e riconosciuti"* e *"l'autonomia privata non può da sé creare separazioni patrimoniali"*.

([33]) Ricorda M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione,* Relazione tenuta al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", organizzato dalla Fondazione Cesfin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze il 28.10.2005, p. 198, che gli studi sulla separazione patrimoniale partono dall'analisi della nota teoria dei patrimoni destinati della pandettistica tedesca in Brinz, Lehrbuch der Pandekten, approdata in Italia con un vivace dibattito tra G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in Riv. dir. civ., 1910, pp. 614 e 648 e F. FERRARA, *Teoria delle persona giuridiche,* Torino, 1923.

necessariamente, ma trovino, in numerose occasioni, un ampio spazio di sovrapposizione per il quale la seconda appare contenuta nella prima. In effetti, sembra potersi parlare di destinazione alla stregua di un cerchio concentrico della separazione patrimoniale. Mentre quest'ultima agisce solo ed esclusivamente sul piano del rapporto tra patrimonio e creditori, nel senso di limitarne l'aggredibilità, la prima agisce anche sul piano del rapporto tra patrimonio e beneficiario della destinazione, nel senso di asservire il detto patrimonio alla realizzazione di un precipuo scopo impostogli dal destinante. Con l'effetto di avere un rilievo esterno anche in relazione alla realizzazione della destinazione imposta al patrimonio, con inevitabili corollari in tema di azioni eventualmente esperibili per la realizzazione dell'interesse che a detta destinazione è sotteso.

Procedendo con ordine, e riferendoci in particolar modo alla separazione patrimoniale, una vera e propria prima rivoluzione sul tema è stata operata con l'introduzione nel nostro ordinamento giuridico della fattispecie della c.d. società unipersonale: una società di capitali con unico socio e responsabilità limitata.

La società unipersonale è stata introdotta nel nostro ordinamento con la riforma del diritto societario operata con D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che ha tanto previsto la possibilità di costituzione unilaterale delle società commerciali, quanto eliminato dalle cause di scioglimento delle stesse il venir meno della pluralità dei soci. Seppur, come accennato nel paragrafo che precede, con riferimento alle società, la dottrina ha parlato di patrimoni autonomi e non di

patrimoni separati([34]), in considerazione della creazione di una nuova entità giuridica di imputazione dei rapporti, tale distinzione sembra, nella figura della società unipersonale, superata, quantomeno nella sostanza([35]). Ed infatti, mentre nella ipotesi classica della società con due o più soci, non vi è (né è ipotizzabile) una diretta imputazione dell'attribuzione patrimoniale in favore della società ad una singola persona fisica o giuridica conferente, ciò accade nell'ipotesi di società unipersonale, così potendosi nella sostanza ricondurre il patrimonio separato/autonomo della nuova società, ad una porzione del patrimonio del conferente, disciplinata e gestita con regole proprie.

L'introduzione della società unipersonale nel nostro ordinamento giuridico ha segnato quindi un inevitabile momento di passaggio dalla considerazione della possibilità di separazione patrimoniale solo mediante la creazione di un nuovo soggetto cui poi l'intero patrimonio conferito facesse riferimento (in sostanza con la creazione di un vero e proprio patrimonio autonomo), all'idea che fosse possibile fare un passo avanti nella direzione di una separazione patrimoniale che potremmo definire *pura*([36]).

In tale direzione l'ordinamento si è quindi mosso partendo dal terreno delle persone giuridiche, presumibilmente a causa dei

---

([34]) Cfr. sul tema, tra gli altri, BIGLIAZZI GERI, v. *Patrimonio*, cit., p. 281 ss.; A. FUSARO, *v. Destinazione (vincoli di)*, in Dizionario delle Discipline privatistiche, sez. civ., V, Torino, Utet 1989, p. 321 ss.; M. CONFORTINI, *Vincoli di Destinazione*, in N. Irti (a cura di), Dizionario di dir. priv., I, Milano, Giuffré 1980, p. 871 ss.; B. BIONDI, *I beni,* Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, IV, I, Torino, Utet 1956, p. 117 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 84.

([35]) Permanendo, in ogni caso, l'astratta differenza tra l'ipotesi di patrimonio separato e autonomo, che in alcun modo qui si vuole sconfessare.

([36]) Con tale espressione intendendosi la separazione patrimoniale operata senza creazione di soggetti terzi, ma per sola dichiarazione unilaterale del separante, accompagnata dalle eventuali formalità di trascrizione.

maggiori strumenti di pubblicità e, conseguentemente, di tutela, predisposti nei confronti dei creditori delle stesse([37]). Lo stesso D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha quindi introdotto la Sezione XI del Capo V del Libro V del Codice Civile, dedicata ai *"Patrimoni destinati ad uno specifico affare"*([38]) che, per primi, si pongono nel reale solco della separazione o segregazione patrimoniale senza costituzione di soggetti dotati di autonoma personalità giuridica([39]). Il patrimonio destinato, una volta costituito, si pone come autonoma garanzia per i creditori della società che con la stessa entrano in contatto in relazione all'affare sotteso alla destinazione medesima e, a seconda della determinazione della delibera di costituzione, esso può concorrere o meno([40]) con la garanzia del restante patrimonio societario([41]).

([37]) In particolare, la pubblicità societaria presso le competenti Camere di Commercio assicura una maggiore informazione del pubblico e dei creditori sulle vicende sociali e patrimoniali, comportando un più elevato grado di tutela di chi si approccia ad una società e con essa entra in qualsiasi relazione di tipo contrattuale e/o commerciale.

([38]) Recita testualmente l'art. 2447-*bis* c.c.: *"La società può:*
a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;
b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi.
Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali".

([39]) Invero, è necessario sottolineare che, il nostro ordinamento giuridico, già prevedeva, *ante* riforma societaria, alcune ipotesi di patrimoni destinati in ambito finanziario, creditizio e assicurativo. Tuttavia, si trattava di ipotesi tipiche, previste da leggi speciali e non, come nel caso dei patrimoni destinati di cui all'art. 2447-*bis* c.c., di una fattispecie astratta generalmente utilizzabile con riferimento a qualsiasi affare societario, seppur nei limiti della normativa di riferimento.

([40]) F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 86.

([41]) Invero, il patrimonio destinato può assumere i tratti di patrimonio separato o segregato, a seconda della specificità dei casi. In via assolutamente generale, nel

Più recentemente, l'ordinamento si è invece rivolto alle persone fisiche, ipotizzando una generale fattispecie di destinazione patrimoniale, introdotta con l'art. 2645-*ter* del Codice Civile([42]).

Invero, la formulazione dell'art. 2645-*ter* ha, sin dalla sua genesi, destato innumerevoli interrogativi in dottrina. Ci si è infatti chiesti quale sia la reale portata della norma, se di natura "sostanziale" ovvero di natura solamente solo "effettuale"([43]). La differenza è particolarmente rilevante in considerazione del fatto che solo nell'ipotesi in cui la norma si considerasse avere portata sostanziale, l'atto di destinazione negoziale dalla stessa configurato potrebbe costituire una categoria giuridica a sé([44]), generale e suscettibile di generale utilizzo, configurando un vero e proprio

---

caso di costituzione di patrimonio destinato, *ex* lett. a, art. 2447-*bis* c.c., vi saranno due categorie di creditori della società: i creditori della società antecedenti alla costituzione del patrimonio destinato che, se non si saranno opposti alla delibera che aveva ad oggetto la costituzione dello stesso, non potranno far valere alcun diritto su di esso, né sui frutti o proventi da esso derivanti, salvo che per la parte spettante alla stessa società; i creditori del patrimonio destinato che, potranno soddisfarsi solo sullo stesso (ipotesi di segregazione patrimoniale), a meno che la deliberazione costitutiva non abbia disposto diversamente (ipotesi di separazione patrimoniale).

([42]) Recita testualmente tale articolo: *"Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche.*
Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.".

([43]) Sull'argomento si tornerà più approfonditamente nel capitolo III del presente lavoro, par. 10 ss.

([44]) M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione (l'art. 2645 ter del c.c.)*, Milano 2006, p. 8 ss.

vincolo di destinazione atipico con scopo non predeterminato([45]), di fatto costituente altresì una ipotesi di separazione patrimoniale dal contenuto atipico.

In ogni caso, il vincolo di destinazione previsto dalla norma, comporta da un lato l'indisponibilità dei beni ad esso soggetti, consistente nell'impossibilità per il disponente di utilizzarli in maniera contraria e/o difforme dal programma sotteso a tale vincolo([46]) e, dall'altro, un vero e proprio effetto di separazione del patrimonio destinato, che può essere aggredito solo ed esclusivamente per la soddisfazione dei crediti sorti in relazione ad attività correlate alla realizzazione del fine di destinazione([47]).

Dall'evoluzione sin qui delineata non può esulare qualche accenno alle c.d. società fiduciarie che costituiscono una fattispecie legale tipica di separazione patrimoniale, dotata di autonomia e particolarità che si differenzia sostanzialmente dalla fiducia oggetto della nostra indagine, ma che, allo stesso tempo, consentono di trarre interessanti spunti di riflessione sulla figura. Del dettato normativo concernente le società fiduciarie, mi occuperò nel prossimo capitolo([48]), in occasione dell'analisi delle principali fattispecie legali di fiducia([49]). È tuttavia opportuno, in questa sede,

---

([45]) G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* Riv. dir. civ., 2006, fasc. 2, pt. 2, p. 182; G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione degli atti di destinazione*, Riv. dir. civ., 2007, fasc. 1, pt. 1, p. 3; M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, Trusts e attività fiduciarie, 2006, 2, p. 169;
([46]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 196.
([47]) Con riferimento a quest'ultimo effetto, M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto*, cit., p. 88, parlano di separazione patrimoniale unilaterale posto che i creditori che hanno pretese correlate ai beni vincolati, possono comunque aggredire anche il restante patrimonio del debitore.
([48]) Basti qui ricordare che la figura delle società fiduciarie è stata introdotta nel nostro ordinamento dal R.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2214, poi abrogato e sostituito dalla L. 23 novembre 1939, n. 1966.
([49]) Cap. II, par. 2 ss.

qualche accenno in merito alla particolare configurazione della proprietà fiduciaria dei beni da parte di queste società, nonché al relativo regime di separazione patrimoniale.

In particolare, per quanto interessa al fine della nostra indagine, è opportuno ricordare che nella intestazione fiduciaria di beni il patrimonio conferito alla società fiduciaria non può essere considerato alla stregua di un patrimonio autonomo, quale quello conferito in società, ovvero confluito in un *Trust*. Al contrario, i beni intestati fiduciariamente, pur formalmente di proprietà della società fiduciaria, non si confondono con il patrimonio di questa, ma rimangono sostanzialmente appartenenti al fiduciante che potrà, pertanto, finanche esercitare l'azione di rivendicazione dei medesimi ai sensi dell'art. 948 c.c.([50]). Al contempo, i creditori del fiduciante, potranno ben rivalersi, per il soddisfacimento dei propri crediti, sui beni conferiti alla società fiduciaria, ovvero agire con surrogatoria o revocatoria al ricorrere dei presupporti tipici.

Di tale particolare impostazione patrimoniale sono indice, oltre a numerosi dati di diritto positivo([51]), anche una decisione della Suprema Corte di Cassazione che, con riferimento agli obblighi tributari, ha sancito che, nel caso di intestazione fiduciaria, l'obbligo impositivo gravi sul fiduciante e non sul fiduciario([52]).

([50]) L. DE ANGELIS, P. GAGGERO, *Società fiduciarie*, Contratto e Impresa, 2003, p. 952. In giurisprudenza v. Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031 che conferma il diritto del fiduciante di far valere, in caso di fallimento della fiduciaria, il diritto alla restituzione dei beni affidati.

([51]) Tra i quali, ricordo, a titolo esemplificativo: l'art. 120 del T.U.F., con i relativi regolamenti Consob in merito agli obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti nelle società quotate che si applica anche alle partecipazioni detenute tramite società fiduciaria; l'art. 1 della L. 9 febbraio 1942, n. 96 in merito alla necessità di indicare gli effettivi proprietari dei titoli azionari nominativi.

([52]) Così Cass. Sez. Un. 10 dicembre 1984, n. 6478, in Foro it., 1985, I, p. 2325 ss., con nota di N. MAZZIA, *Intestazione fiduciaria e successione mortis causa*.

Orbene, da questi brevi accenni, emerge la profonda differenza funzionale tra la separazione patrimoniale di cui all'art. 2447-*bis* e 2645-*ter* c.c. da un lato e separazione patrimoniale di cui alla legge sulle società fiduciarie dall'altro. Ed infatti, mentre nelle ipotesi di cui agli articoli 2447-*bis* e 2645-*ter* c.c. la funzione della separazione sembra essere quella di creare un autonomo centro di imputazione di interessi patrimoniali – peraltro destinato al raggiungimento di determinati scopi e limitato nell'aggredibilità da parte dei creditori del disponente – nell'ipotesi di intestazione di patrimoni a società fiduciarie, la funzione sembra essere quella di conferire beni in gestione professionale, ovvero – ma qui sorge un problema di liceità in tutti i casi di contrasto con norme imperative dell'ordinamento([53]) – di nascondere la propria condizione di titolare di determinati beni.

4. *L'ambito sovranazionale della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei Trust del 1985 e la sua rilevanza per l'ordinamento interno.*

Ipotesi particolare di separazione – o meglio segregazione – patrimoniale è rappresentata dal *Trust*.

Invero non esiste una regolamentazione italiana sul *Trust* che, ad oggi, trova i suoi unici riferimenti normativi nell'ordinamento italiano nella *"Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai Trust e al loro riconoscimento"* resa esecutiva in Italia con la L. 16.10.1989, n. 364 ed entrata in vigore l'1.01.1992 che, nonostante rappresenti una norma di diritto internazionale privato volta a

([53]) Sul punto si tornerà in occasione dell'indagine sulla causa del negozio fiduciario, cap. III, par. 5.

dirimere il conflitto tra leggi e ad introdurre negli Stati aderenti criteri univoci per il riconoscimento di trusts esteri([54]), ha avuto il merito di rendere noto e utilizzabile ai giuristi continentali un istituto altrimenti di difficile importazione nei sistemi di *Civil Law*.

Senza voler anticipare quanto sarà più approfonditamente illustrato nel Cap. IV del presente lavoro, l'art. 2 della Convenzione stabilisce che:

"Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra 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 trust è caratterizzato dai seguenti elementi:

a. I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;

b. I beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee;

c. Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.".

Il *Trust* costituisce dunque un ulteriore potente strumento di separazione – o meglio segregazione – patrimoniale, anch'esso in deroga all'art. 2740 c.c. Ed anche nel *trust* è dato scorgere un particolare collegamento tra separazione patrimoniale e destinazione, nella misura in cui le disposizioni date dal *settlor* nell'atto istitutivo del *trust* rappresentano il programma o il fine al

([54]) L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, Trusts ed attività fiduciarie, 2001, p. 505.

raggiungimento del quale l'attività del *trustee* deve tendere. A differenza dell'ipotesi dei patrimoni destinati *ex* art. 2447-*bis* c.c. nell'ipotesi di *trust* la segregazione patrimoniale avviene tuttavia nel patrimonio del *trustee* e non del *settlor*. Ed infatti quest'ultimo si spoglia definitivamente della proprietà dei beni che non sono più riconducibili ad esso se non per la provenienza e che vengono, viceversa, amministrati dal *trustee*, che gode della piena proprietà degli stessi, pur limitata nell'esercizio – e non nel contenuto – dai limiti dettati dal regolamento istitutivo.

In Italia, il *Trust* ha trovato, nel tempo, molteplici forme applicative. E così, è stato utilizzato ed è utilizzato per perseguire fini socialmente utili (i c.d. *trusts* caritatevoli) o fini di protezione del patrimonio personale o familiare, ovvero per prevenire o eliminare potenziali conflitti di interessi nella gestione della cosa pubblica([55]), ovvero ancora per disciplinare e pianificare il passaggio generazionale di aziende o nelle più complesse vicende di successione di grandi patrimoni.

Nonostante la chiara vocazione di transnazionalità della Convenzione dell'Aja, si è peraltro nel tempo lentamente affermata la convinzione che sia ammissibile nel nostro ordinamento anche il c.d. *Trust* interno, per tale intendendosi un trust che abbia, quale unico elemento di estraneità, la legge regolatrice scelta dalle parti. Nonostante la perdurante avversità di parte della dottrina([56]) e di parte della giurisprudenza([57]) a tali ipotesi, oggi si tende dunque ad

---

([55]) È il noto caso, ad es., di Draghi che, nominato Governatore della Banca d'Italia ha conferito i suoi beni e le sue partecipazioni azionarie in società quotate in un c.d. *blind trust*, onde evitare sospetti di qualsivoglia genere nella propria gestione dell'Istituto.

([56]) F. GAZZONI, *Il Cammello, la cruna dell'ago e le trascrizione del trust,* Rass. dir. civ., 2003, 4, p. 954;

([57]) Tra altri, Trib. Belluno, 25 settembre 2002.

ammettere l'utilizzabilità della fattispecie finanche nel caso di operazione conclusa tra parti tutte residenti in Italia e con beni anch'essi individuati sul territorio italiano([58]).

Ciò comporta la presenza, nel nostro ordinamento, di un istituto *intruso*, modellato su basi e fondamenta concettuali diverse da quelle della tradizione di *Civil Law*, ma che con tali basi e fondamenta deve necessariamente convivere, ritagliandosi uno spazio di operatività. Operazione che, a dispetto della grande utilizzazione del *trust* ormai in voga nel nostro Paese, seppur possibile, resta comunque operazione ermeneutica assai complessa, scontrandosi con resistenze dogmatiche e tradizionali difficili da superare. Resta in ogni caso indiscussa la attuale grandissima rilevanza dell'istituto che, lungi dall'essere desueto, ha attratto a sé, nel corso degli ultimi decenni, l'interesse di studiosi e operatori del diritto che, forse a causa della mancata fortuna del negozio fiduciario tradizionalmente inteso, non hanno saputo – o meglio potuto – cercare altrove analogo strumento per il perseguimento di interessi dei singoli cui sia strumentale la segregazione del patrimonio.

([58]) Da sempre favorevole all'ammissibilità della figura del *Trust* interno è M. LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, Riv. not., 2001, fasc. 5, pt. 1, p. 1159 ss. In senso favorevole si sono espressi anche Trib. Bologna, 1 ottobre 2003 e Trib. Napoli, 16 giugno 2005.

5. *L'utilità della presente ricerca per la ricostruzione dei tratti essenziali della fiducia e dei negozi fiduciari; per la verifica dell'esistenza di loro spazi di operatività, vecchi e nuovi; per la valutazione di opportunità dell'adozione di normativa specifica in materia di fiducia e di affidamenti fiduciari in generale.*

I paragrafi introduttivi che precedono hanno la finalità di porsi come propedeutici – seppur nella loro stringatezza – al percorso che il presente lavoro intende seguire.

"La fiducia e i negozi fiduciari – quali prospettive per l'ordinamento italiano?" lungi dall'essere una domanda fuori dal tempo, acquista, in considerazione della rinnovata importanza e ricerca di strumenti giuridici tesi alla separazione e alla segregazione patrimoniale, una grandissima rilevanza nell'epoca contemporanea. Ed infatti, il tema della fiducia e della separazione patrimoniale sono strettamente interconnessi, giacché, nell'accezione classica di *fiducia cum amico*([59]), l'effetto dell'incarico fiduciario è proprio quello di consentire al titolare di un determinato patrimonio di spogliarsene, a prescindere dal fine di reale gestione del patrimonio da parte del soggetto terzo incaricato, ovvero dal semplice interesse ad occultare la proprietà dei beni oggetto del conferimento.

Come accennato, gli ordinamenti moderni hanno intrapreso la direzione della separazione patrimoniale, nonché della pianificazione patrimoniale e della gestione e amministrazione dei patrimoni di patrimoni altrui. Tale direzione si è per lo più risolta, a seguito del riconoscimento internazionale del *Trust* nella ricerca

([59]) Mi riferisco principalmente alla c.d. fiducia dinamica, ove l'incarico fiduciario è accompagnato da un vero e proprio negozio di trasferimento di beni dal fiduciante al fiduciario, che se ne separa, attribuendone ad altri la piena proprietà.

delle migliori modalità di utilizzo di tale strumento, che ha portato ad uno studio segmentato della materia, favorito anche dalla circostanza che il *Trust* è strumento poliedrico e non semplicemente riconducibile a categoria unitaria([60]). Si è quindi studiata la figura del *Trust,* oltre che per la classica finalità di protezione del patrimonio dall'aggressione dei creditori, con riferimento al suo impegno nelle vicende successorie, nella separazione dei coniugi, nel passaggio generazionale di aziende, nella tutela di incapaci e finanche nel *project financing.*

In ognuna di queste ipotesi, il *Trust* è stato considerato strumento utile al superamento di limiti – diversi da quelli di ordine pubblico – posti dalla normativa interna, nonché strumento dotato di facilità e snellezza di utilizzo che lo hanno fatto ritenere preferibile ad analoghi (seppur non identici) istituti nostrani quali, ad es., l'amministrazione di sostegno, ovvero il fondo patrimoniale nell'interesse della famiglia.

L'ordinamento italiano si trova dunque, rispetto agli ordinamenti stranieri che conoscono il *Trust* in una posizione di netto svantaggio concorrenziale. Tanto che, persino Stati particolarmente piccoli, come la Repubblica di San Marino([61]),

---

([60]) Afferma M. LUPOI, *Trusts*, cit., pp. 6 e 7 che *"(...) molti ritengono che la tipologia dei trusts non sia comunque interamente riconducibile ad alcuna teoria unificatrice, dato che esistono fattispecie nelle quali si ravvisa pacificamente un trust, ma che, altrettanto pacificamente, sfidano qualunque coerenza sistematica. Credo che questa impostazione non sia corretta e che sia possibile proporre una nozione o, se si vuole, una definizione di trust che colga l'essenza dell'istituto nelle sue molteplici manifestazioni; queste ultime sono però così marcatamente divergenti sia sotto i profili funzionali che sotto quelli strutturali da imporre, almeno tendenzialmente, l'impiego del singolare "trust" alla sola sede sistematica o ricostruttiva".*

([61]) La Repubblica di San Marino ha introdotto l'Istituto del *Trust* con la Legge 17 marzo, 2005, n. 17. In particolare, l'art. 21 di tale legge recita:
"Si ha trust quando un trustee è titolare di beni nell'interesse di uno o più beneficiari, o per uno scopo specifico.

hanno optato per dotarsi di una legislazione apposita sul tema, sì da offrire agli utenti una possibilità in più che attirasse capitali e investimenti nel loro territorio. E tanto che si è persino giunti alla creazione, sempre nella Repubblica di San Marino, di un'apposita "Corte per il trust e i rapporti fiduciari"([62]), con funzioni giudiziarie piene per le questioni riguardanti l'applicazione di tale legge e i rapporti fiduciari in genere.

---

2. Non è incompatibile con l'esistenza di un trust la circostanza che il disponente ricopra l'ufficio di trustee, oppure si riservi alcune prerogative.
3. Il disponente e il trustee possono essere beneficiari del trust, ma il trustee non può essere l'unico beneficiario del trust.
4. Il medesimo atto istitutivo di trust può istituire trust con beneficiari e trust di scopo.".

([62]) La Corte per il trust e i rapporti fiduciari è stata istituita con Legge Costituzionale 26 gennaio 2012, n. 1 che, all'art. 1, ha testualmente disposto:
"All'articolo 2 della Legge Costituzionale 30 ottobre 2003 n. 144, come modificato dall'articolo 1 della Legge Costituzionale 16 settembre 2011 n.2, sono aggiunti i seguenti commi 9, 10 e 11: "Nell'ambito della giurisdizione ordinaria è istituita la Corte per il Trust ed i rapporti fiduciari. La Corte ha competenza per tutti i casi e le controversie in materia di rapporti giuridici nascenti dall'affidamento o dalla fiducia, quali trust, affidamento fiduciario, fedecommesso, istituzioni di erede fiduciario ed istituti simili, da qualunque ordinamento regolati. Non rientrano nella competenza della Corte le controversie in materia di mandato, se non quando il mandatario è un soggetto autorizzato ai sensi della Legge 17 novembre 2005 n. 165 od esercente attività fiduciaria in ordinamenti diversi da quello sammarinese. Essa è composta da un Presidente e sei membri effettivi, eletti dal Consiglio Grande e Generale, con la maggioranza dei due terzi, tra chi è od è stato professore universitario ordinario in materie giuridiche, chi è od è stato magistrato, chi è laureato in giurisprudenza con almeno vent'anni di esperienza professionale nell'ambito delle materie specifiche afferenti al ruolo. Il Presidente ed i membri della Corte sono nominati per cinque anni e sono rinnovabili. Essi, dopo la scadenza del mandato, continuano ad esercitare le loro funzioni sino alla nomina dei nuovi o al rinnovo.
La Corte non è soggetta alle disposizioni sull'Ordinamento Giudiziario. L'elezione e la nomina dei membri della Corte, nonché il regime delle incompatibilità, astensione e ricusazione, sono stabilite specificamente con apposita legge qualificata in deroga alla legge qualificata del 30 ottobre 2003 n. 145.
Competente a dirimere i conflitti di competenza tra l'Autorità Giudiziaria Ordinaria e la Corte è il Collegio Garante della Costituzionalità delle norme, secondo le procedure, in quanto compatibili, previste dal Capo I (Conflitti di Giurisdizione) della Legge 25 aprile 2003 n. 55.".

Le seppur brevi riflessioni sin qui esposte, portano con sé numerose considerazioni.

In primo luogo, vi è da chiedersi se, alla luce dell'evoluzione normativa come delineata e della crescente tendenza alla specializzazione([63]) del patrimonio tipico ormai tanto degli ordinamenti sovranazionali, quanto degli ordinamenti nazionali, vi sia ancora bisogno della creazione di figure nuove di separazione patrimoniale e/o di destinazione che siano per gli utenti di utilità generale, ovvero se siano sufficienti le poche fattispecie ad oggi esistenti che, nel concreto, sembrano aver trovato una amplissima possibilità di utilizzo.

In caso affermativo, vi è poi da chiedersi se tali diverse figure che consentano una gestione non unitaria del patrimonio possano essere ricercate nel passato della tradizione giuridica, così restituendo dignità alla tradizione dei negozi fiduciari in genere – con esclusione delle fattispecie della società fiduciarie, ampiamente normativizzate – ovvero se si debba necessariamente guardare a qualcosa di nuovo, presumibilmente di origine e matrice non continentale.

Tale indagine non può che passare per l'analisi degli scopi che sono in generale sottesi alle fattispecie di separazione, segregazione e specializzazione del patrimonio in generale, nonché per la valutazione del se le fattispecie oggi esistenti nel nostro ordinamento giuridico, nonché le fattispecie utilizzabili con "prestiti" di ordinamenti giuridici estranei, siano da sole sufficienti

([63]) Intendendosi in questo caso qualsivoglia forma di separazione e/o segregazione e/o destinazione del patrimonio ad un determinato scopo che abbia l'effetto di poter giungere a considerare il patrimonio separato e/o segregato e/o destinato alla stregua di una entità "diversa" e indipendente – seppur in misura maggiore e minore – dal patrimonio di origine.

a soddisfare le molteplici e poliedriche richieste degli utenti e cittadini.

Superato questo primo vaglio, vi è poi bisogno di comprendere, al fine dell'eventuale recupero di vera utilità della "antiche" fattispecie di fiducia, se, grazie alla più recente evoluzione normativa, possano dirsi travalicati i limiti di compatibilità con l'ordinamento giuridico che sono stati tradizionalmente ascritti alla fiducia classica, pena l'impossibilità di un loro soddisfacente utilizzo.

È in questa direzione ed è questo l'obiettivo che il presente lavoro si propone di raggiungere. Senza, tuttavia, la certezza che la ricerca, come sopra impostata, possa – allo stato dell'evoluzione normativa – trovare riscontri certi e indefettibili.

Capitolo II

IL FENOMENO FIDUCIARIO

1. La fiducia come elemento metagiuridico delle relazioni intersoggettive. Caratteristiche generali dell'elemento fiduciario e sua rilevanza nei negozi giuridici. Contratti afferenti alla sfera della fiducia in generale. Cenni a mandato, lavoro subordinato, agenzia, incarico professionale. 2. Le fattispecie "legali" di fiducia: l'art. 627 c.c.; le società fiduciarie nell'evoluzione normativa degli ultimi decenni. 3. Il negozio fiduciario quale rapporto giuridico fondato sulla fiducia: "lealtà, probità, onestà". La rilevanza dell'elemento personale nel negozio fiduciario. La giuridicizzazione dell'elemento metagiuridico fiduciario ed il suo divenire elemento essenziale del negozio fiduciario. Il diverso valore negoziale delle due accezioni di fiducia. 4. Il c.d. "affidamento fiduciario" e le "situazioni affidanti", quale categoria generale operante la *reductio ad unum* delle fattispecie di fiducia legale e di fiducia volontaria. 5. I tratti tipici del fenomeno fiduciario e i tratti comuni dei tipi di fiducia individuati. L'utilità dogmatica e l'(in)utilità pratica della costruzione teorica dei principi generali della fiducia.

1. *La fiducia come elemento metagiuridico delle relazioni intersoggettive. Caratteristiche generali dell'elemento fiduciario e sua rilevanza nei negozi giuridici. Contratti afferenti alla sfera della fiducia in generale. Cenni a mandato, lavoro subordinato, agenzia, incarico professionale.*

L'unico riferimento contenuto nel Codice Civile italiano alla nozione di fiducia è l'art. 627 in tema di disposizione fiduciaria testamentaria di cui ci occuperemo, seppur brevemente, nel prossimo paragrafo del presente capitolo([64]).

L'elaborazione di una nozione di fiducia e la delimitazione dei diversi significati che tale locuzione assume è stato dunque merito della dottrina che, con il tempo, è riuscita a catalogare il fenomeno

([64]) Per una trattazione completa dell'argomento si rimanda comunque sin d'ora a G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000, p. 2.

in maniera sufficientemente puntale, nonostante la vastità dei modelli cui lo stesso sembra potersi riferire([65]).

In primo luogo, vi è da fugare un dubbio comune. È in particolare necessario rilevare come il termine fiducia possa essere utilizzato al solo fine di indicare la presenza, all'interno di un determinato negozio, di un *elemento fiduciario* che lo contraddistingue, ovvero per indicare, in senso più tecnico un *negozio fiduciario* in senso proprio.

Vi sono infatti numerosi negozi e rapporti giuridici che sono in generale caratterizzati da un elemento fiduciario, che tuttavia non è così pregnante da assumere il connotato di vincolo e/o obbligazione. Si tratta, principalmente, di tutti quei negozi in cui le parti si determinano alla stipula in considerazione delle qualità dell'interlocutore. Tutti quei negozi, in sostanza, in cui assume particolare rilievo la considerazione della persona di controparte, tra cui hanno particolare rilievo i c.d contratti *intuitus personae*([66]).

In tali ipotesi, anch'esse di grande rilevanza sociale, si parla di *contratti* (o negozi) *di fiducia*, per operare una distinzione netta con la definizione più tecnica di *negozi fiduciari*([67]). Nei negozi di

---

([65]) M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 1. ss.

([66]) Sul tema dei contratti *intuitus personae*, cfr. A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in AA.VV., Studi in onore di F, Santoro Passarelli, I, Napoli, 1972, p. 628; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Jovene, 1974.

([67]) In tal senso L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 2, secondo il quale: *"Lasciando il campo dei negozi fiduciari, s'incontra in altri rapporti giuridici una caratteristica situazione psichica che determina uno dei soggetti ad* affidare *all'altro un proprio* interesse *economico giuridico perché ne abbia* cura. *Tale situazione psichica, che si riverbera e si concretizza in una corrispondente situazione materiale, si riassume, pur essa, in nient'altro che un sentimento di fiducia nutrito da una parte per l'altra, sulla cui lealtà ed onestà essa confida. Ma qui si è, evidentemente, fuori di quella fiducia* sui generis *or ora brevemente esaminata, la quale determina un soggetto a* costituire *a vantaggio dell'altro una posizione di* titolarità assoluta *ed* illimitata *dal punto di vista* reale, *e solo* obbligatoriamente *circoscritta nei limiti ristretti dello scopo del negozio. In altri*

fiducia, l'elemento fiduciario si risolve in particolari regole che ne disciplinano la sostanza a beneficio dell'esclusività del rapporto cui ineriscono, ma che non ne determinano l'essenza stessa, né la causa, come invece accade nei negozi fiduciari([68]).

Invero si tratta di contratti in cui il fondamento del rapporto è il perseguimento di un interesse economico di una delle parti che ne affida la cura ad un'altra, senza però che ciò comporti, come avviene per il classico schema della *fiducia cum amico* un trasferimento pieno della titolarità dei beni in relazione ai quali si deve perseguire l'interesse sotteso all'operazione. Elemento caratteristico dei contratti di fiducia è quindi l'elemento psicologico che rende possibile una collaborazione stabile e duratura per il raggiungimento di determinati scopi([69]), generalmente di carattere economici.

Tale esclusiva relazione che si instaura tra le parti, pur non assurgendo a vincolo giuridico, comporta una particolare disciplina di tutti i rapporti caratterizzati, in misura minore o maggiore dall'*intuitus personae*. Dal ché, i contratti così connotati sono, in via generale, intrasmissibili, sia per atto tra vivi che *mortis causa* e pertanto non possono essere ceduti, né possono subire modificazioni tanto dal lato attivo che dal latto passivo del

---

termini, i nuovi rapporti giuridici che veniamo a delineare trovano il loro fondamento in una fiducia sostanzialmente diversa da quella che può dirsi, anche per la tradizione storica che l'accompagna, la vera fiducia, la fiducia nel senso tecnico.
Alla seconda corrispondono i negozi fiduciari, *alla prima i negozi che chiameremo* negozi di fiducia*".*

([68]) Sulla causa dei negozi fiduciari cfr. Cap. III, par. 5.

([69]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, loc. cit., ricorda che a inquadrare in tal modo gli elementi essenziali dei contratti di fiducia è RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, in Arch. F. die Civ. Prax., p. 119.

rapporto, senza il consenso dell'altra parte([70]). Consenso che, in buona sostanza, vale ad esprimere una nuova manifestazione di fiducia nei confronti della diversa controparte che si sostituisce alla prima. E, ancora, per tali contratti, vige la regola dell'art. 1429, c. 3 c.c. per la quale si aggiunge, alle ipotesi di annullamento, quella di errore sulle qualità della persona (c.d. *error in persona*), quando essenziale ai fini dell'espressione del consenso alla stipula.

In generale, si può quindi affermare che i contratti di fiducia sono contratti in cui l'elemento fiduciario rimane sul piano metagiuridico, comportando la sua violazione un inadempimento a regole che si pongono più sul piano della morale (regole di onestà e probità) che sul piano giuridico.

Da quanto appena illustrato, si potrebbe invero facilmente arguire che ogni rapporto tra parti è connotato, seppur in misura minima, da un elemento fiduciario, poiché nessuno si spinge alla conclusione di un contratto se non con persona della quale non apprezza quantomeno le capacità che ha avuto modo di conoscere. Tuttavia, questa è altra storia, poiché se è vero che, in generale, la conclusione di un contratto è subordinata al *fidarsi* della controparte, è pur vero che tale necessità di *fidarsi* è spesso tradotta in norma giuridica, vincolante per la parte stessa. Così, ad esempio, non può considerarsi rilevante, ai fini della fiducia di cui stiamo parlando, la circostanza che l'acquirente si *fidi* della dichiarazione del venditore che afferma di essere proprietario del bene compravenduto. Tale elemento fiduciario è infatti tradotto in norma dall'ordinamento giuridico, che prevede la tutela contro l'inadempimento del venditore per il tramite della risoluzione del

([70]) F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato,* XIII ediz., Esi, p. 840.

contratto e del risarcimento del danno che ristorano integralmente dal pregiudizio subito([71]). Dal che, viene meno nella sua forma di elemento metagiuridico([72]).

Ai fini della nostra classificazione, dobbiamo quindi limitarci a ritenere ricompresi nella categoria dei contratti di fiducia solo quei contratti in cui le parti, nell'incontro di volontà, non perseguano esclusivamente un interesse egoistico che si riassume nella realizzazione di una determinata operazione([73]), ma mirino alla realizzazione di interessi che, seppur non comuni o coincidenti, necessitano di una collaborazione duratura nel tempo([74]).

Ciò, ovviamente, non comporta che ogni contratto di durata sia da considerare contratto di fiducia([75]), ma, al contrario, che ogni contratto di fiducia sia contratto necessariamente di durata. Così,

---

([71]) A tal proposito, va rilevato che l'inadempimento contrattuale – anche della semplice compravendita – può comportare un danno ulteriore rispetto a quello meramente economico, che può tradursi nella frustrazione di un interesse personale e causare disagio psichico e/o emotivo. Tuttavia, anche tale danno, se provato, è danno risarcibile. Dal ché, non ritengo che, nel caso, al di la della violazione della norma giuridica posta a tutela dell'obbligo contrattuale, possa darsi qualsivoglia valore giuridico alla violazione delle astratte regole di lealtà e probità tipiche delle fattispecie connotate da elementi di natura fiduciaria.

([72]) G. FURGIUELE, *La fiducia e il problema dei limiti del sistema*, in F. Alcaro e M. Tommasini (a cura di), Mandato, fiducia e trust, esperienze a confronto, Giuffré, 2003, p. 4, afferma che tra negozi di fiducia e negozi fiduciari *"La differenza è nel contenuto giuridico, diverso, di cui gli uni e l'altro sono espressione: appartenente alle categorie giuridiche "generali" quello degli uni* [i contratti di fiducia] – *cui nulla aggiunge il motivo specifico e individuale che ha indotto alla stipulazione -, appartenente alla particolarità di un tipo quello dell'altro"*.

([73]) Si pensi all'ipotesi di un semplice contratto di scambio che si conclude e realizza istantaneamente e senza che sia necessaria alcuna particolare collaborazione tra le parti, se non quella diretta alla consegna rispettiva delle cose o della cosa contro prezzo.

([74]) RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, Arch. F. die Civ. Prax., p. 57 ss.

([75]) Non si ravvisa così, ad es., l'elemento della fiducia nei contratti di somministrazione che sono certamente contratti di durata, ma nei quali ogni singola prestazione è di per sé idonea a soddisfare l'interesse istantaneo di controparte a ricevere determinata merce ad una data scadenza.

sembra possibile annoverare tra i contratti di fiducia tutti i contratti in cui, in generale, si *affida* ad altri, in maniera più o meno duratura nel tempo, la cura di propri interessi. Tra questi, il contratto di mandato senza rappresentanza, giacché certamente in esso il mandante *affida* al mandatario lo svolgimento di determinate attività([76]); il contratto di lavoro dipendente, in cui il datore di lavoro *affida* al proprio dipendente lo svolgimento di compiti che non possono prescindere dalle capacità di questi e dalla fiducia che il primo vi ripone; il contratto d'opera professionale, connotato di per sé da un'elevata considerazione delle capacità del professionista cui ci si affida; il contratto di agenzia, anch'esso connotato da elementi di intrinseca fiducia nei confronti dell'attività dell'agente per conto del preponente.

In tali contratti, l'elemento fiduciario acquista una rilevanza particolare e la sua violazione, in determinate ipotesi, assurge a vera e propria causa di risoluzione del rapporto, seppur non tipizzata dalla legge. Ciò accade, ad esempio, nel caso di rapporto di lavoro in cui si è ormai definitivamente riconosciuta la possibilità del licenziamento per giusta causa del dipendente che mini la fiducia in lui riposta dal datore di lavoro, finanche per

---

([76]) Diverso discorso merita, invece, il contratto di mandato con rappresentanza nel quale, in considerazione del fatto che il mandatario agisce in nome e per conto del mandante e che gli effetti dei suoi atti si ripercuotono direttamente nella sfera giuridica di quest'ultimo, non si ravvisa la dicotomia di soggetti che consente di parlare di *affidamento* di un interesse proprio *ad altri*. In tal senso, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 7, il quale afferma: *"Sono inoltre estranei al campo che abbiamo esaminato quei casi in cui si esercita nell'interesse altrui un'attività che si eleva, si può dire, alla dignità di un ufficio, come accade pei fiduciari o, in genere, per rappresentanti legali. Qui, com'è evidente, manca quella volontaria concessione di fiducia da parte dell'interessato di cui sopra si è parlato"*. Lo stesso ragionamento, a nostro avviso, può valere in tutti i casi di rapporti *organici*, tipici, ad es., dei rapporti di amministrazione nelle società.

vicende estranee al rapporto di lavoro medesimo([77]) e, quindi, non costituenti in senso stretto inadempimento al contratto in essere([78]).

Tali però, non sono le fattispecie di fiducia delle quali presente lavoro intende occuparsi.

Invero, la nostra attenzione si concentrerà su quella nozione più tecnica di negozio fiduciario che, per dirla con illustre dottrina([79]), può tradizionalmente definirsi come *"un negozio, seriamente voluto, la cui caratteristica consiste nell'incongruenza o inomogeneità tra lo scopo avuto di mira dalle parti e il mezzo giuridico impiegato per raggiungerlo"*([80]).

2. *Le fattispecie "legali" di fiducia: l'art. 627 c.c.; le società fiduciarie nell'evoluzione normativa degli ultimi decenni.*

Come già accennato nel paragrafo che precede, il Codice Civile italiano si riferisce alla fiducia solamente nella previsione di cui all'art. 627 c.c.([81]) che testualmente recita:

([77]) Sull'argomento cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro,* II, settima edizione, Cedam 2011, p. 440 ss.

([78]) Generalmente, si parla di irrimediabile lesione del vincolo di fiducia che lega il lavoratore al datore di lavoro. Così, *ex multiis,* Cass., 9 marzo 1998, n. 2626; Cass. 21 luglio 2004, n. 13526, Cass, 7 ottobre 2004, n. 2009.

([79]) C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 348.

([80]) Tale definizione è stata ripresa senza sostanziali opposizioni dalla gran parte della dottrina che si è occupata dell'argomento, tra cui A. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie,* I, Napoli, 1915, p. 22, nt. 1; F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, V ediz., Roma, 1922, pp. 57-66.

([81]) Ricordiamo comunque che, al di fuori del Codice Civile, il termine "fiducia" si trova impiegato in numerose fonti legislative e nella maniera più varia. Così, ad es., ricordiamo la "persona di fiducia" di cui alla L. 4 giugno 1962, n. 601, che scrive in luogo dell'analfabeta; "l'abuso di fiducia" di un dipendente di cu, ad es., alla R.D. 16 marzo 1942, n. 701; ovvero, ancora, in ambito sovranazionale, la "reciproca fiducia" fra gli Stati contraenti di un trattato, ecc.

"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 tratta di persona interposta.

Tuttavia 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.*

Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere.".

La portata di tale disposizione – in particolare del comma 2 – non è stata particolarmente indagata dalla dottrina che, nella maggior parte dei casi, l'ha relegata a valore di mera obbligazione naturale, riconoscendole l'effetto di assicurare al ricevente la tutela della *soluti retentio*.

Invero, volendo dare una collocazione sistematica alla norma, sembra possibile ricondurre la disposizione menzionata nell'ambito delle numerose fattispecie di interposizione che il nostro ordinamento conosce e, in particolar modo, della interposizione fittizia di persona([82]): in sostanza, per il tramite della disposizione fiduciaria, il testatore intenderebbe assegnare ad alcuno un bene, senza che tale assegnazione sia pubblica e conosciuta dagli altri eredi. Nulla vieta, infatti, che il testatore intenda realmente attribuire *fiduciariamente* un bene ad un fiduciario, perché questi, a sua volta, esegua la propria disposizione fiduciaria,

([82]) L. SANTORO, *Il Negozio,* cit., p. 60.

presumibilmente non conosciuta agli altri assegnatari e/o eredi. Il tutto, ovviamente, purché non si violino: i) da un lato, il divieto di istituzione di un *ordo successivus* di eredi, che si risolve in un vietato fedecommesso; ii) dall'altro, il divieto dei c.d. patti successori, intesi come tutte quelle convenzioni in cui un soggetto disponga di diritti derivanti da future successioni([83]).

La irripetibilità di quanto trasferito dal fiduciario del testatore in adempimento della disposizione impartita, giocherebbe quindi sul semplice piano degli effetti, senza avere valenza qualificatoria.

Nello schema così dipinto, effettivamente la disposizione fiduciaria *ex* art. 627, c. 2 c.c. potrebbe sembrare connotata da quella sproporzione tra mezzo e scopo di cui alla definizione citata nel paragrafo che precede e sulla quale ci soffermeremo in seguito, nel Capitolo III, par. 3.8 del presente lavoro. Ed in effetti, il testatore, nell'imprimere una determinata destinazione finale del bene, realizzabile per il solo tramite dell'adempimento spontaneo della disposizione fiduciaria, attribuirebbe al fiduciario un potere maggiore di quanto necessario al raggiungimento dello scopo di trasferimento di tale bene, esponendosi così a potenziali abusi. Nonostante questo schema sembri ricalcare quello che la dottrina classica ha individuato per i negozi fiduciari, permane tuttavia una profonda differenza([84]). Ed infatti, mentre nel negozio fiduciario,

---

([83]) Ed invero, non sembra facile distinguere il caso in cui una disposizione testamentaria di tipo fiduciario nasconda in realtà un patto successorio, pel tramite del quale il fiduciario trasmetta ad un terzo quanto promessogli in violazione del divieto. Una tale indagine tuttavia può essere svolta solo nel caso concreto, analizzando le circostanze che di volta in volta si presentano all'attenzione dell'operatore giuridico e non sembra, in ogni caso, risolvibile *a priori*.

([84]) M. LUPOI, *Riflessioni sulla "fiducia dopo la morte"*, Trusts e attività fiduciarie, luglio 2007, p. 333 ss., sottolinea come *"Chi scrive ancora oggi di negozio fiduciario, ripetendo le frasi che dall'Ottocento in poi passando da un*

nella tradizionale accezione di *fiducia cum amico*, alla potestà di abuso si affianca, in ogni caso, la possibilità del fiduciante di agire quantomeno per il risarcimento del danno che il fiduciario ha causato non adempiendo agli obblighi assunti, nel caso di disposizione testamentaria ciò non è possibile. E non tanto perché l'adempimento della disposizione fiduciaria presuppone che il testatore-fiduciante sia deceduto, quanto perché è la stessa norma dell'art. 627 c.c. che, come abbiamo visto sopra, non dà valore vincolante a tale disposizione, tutelandola esclusivamente con il divieto di ripetizione per il caso di spontaneo adempimento.

Anche la fiducia di cui all'art. 627 c.c. deve quindi rimanere esclusa, per la particolare disciplina cui è soggetta, dal campo di ricerca della presente indagine che, viceversa, ha l'intento di analizzare e ricostruire i tratti salienti dei negozi fiduciari, rileggendoli alla luce delle radicali innovazioni normative, nazionali ed internazionali, degli ultimi decenni.

Come accennato nel Capitolo introduttivo del presente lavoro([85]), un'ulteriore fattispecie legale di fiducia o, meglio, la fattispecie sicuramente più rilevante nel nostro ordinamento giuridico, è costituita dalle c.d. Società fiduciarie([86]).

---

manuale all'altro, non scrive di "fiducia" e certo non di "fiducia dopo la morte". E chi scrive dell'unica disposizione del nostro codice civile che tratta di un particolare profilo della fiducia testamentaria, l'art. 627 cod. civ., di tutto scrive tranne che della fiducia".

([85]) Cfr. il successivo par. 3.

([86]) Per un inquadramento generale del fenomeno e della disciplina delle società fiduciarie cfr., tra gli altri: F. DI MAIO, *Società fiduciarie e contratto fiduciario,* Milano, 1977; M. BRAMBILLA, *Società fiduciaria. Gestioni fiduciarie*, in N. Irti (a cura di), Dizionario di diritto privato, III - Dizionario di diritto commerciale e industriale, Milano, 1981, p. 853; G. VISENTINI, *Appunti sulle prospettive di riforma delle società fiduciarie*, Banche e Banchieri, 1986, n. 6, p. 469; M. Nuzzo, v. *Società fiduciaria*, Enc. Dir., vol. XLII, Milano, 1990, p. 1094; G. CHIARON CASONI, *Le società fiduciarie*, Roma, 1990; A. BORGIOLI, *Società fiduciaria - I) Diritto Commerciale*, Enc. giur., vol. XXIX,

Le società fiduciarie sono state per la prima volta disciplinate in Italia, nel loro complesso, con la L. 23 novembre 1939, n. 1966([87]) che – sostituendosi al R.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2214 e abrogando il R.d.l. 26 ottobre 1933, n. 1598 e la l. 29 gennaio 1934, n. 304 riguardanti gli enti di gestione fiduciaria – contiene a tutt'oggi il nucleo di normativa essenziale alle stesse applicabile. Senza volerci addentrare eccessivamente in tale normativa – che non è oggetto del presente lavoro – è tuttavia importante, ai fini della nostra ricerca, individuare i contorni della figura della società fiduciaria e dell'attività dalla stessa svolta.

In generale, la normativa non fornisce una vera e propria definizione di società fiduciaria, limitandosi a stabilire([88]) che le società fiduciarie sono soggetti che offrono, in forma imprenditoriale, servizi aventi carattere fortemente tecnico-professionale, consistenti nell'assumere *"l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni."*([89])([90]).

Roma, 1993; C. COMPORTI, *Le società fiduciarie*, in V. Santoro (a cura di), Le società finanziarie, Milano, 2000, p. 425; G. ROTONDO, *Le società fiduciarie dopo il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: tra (precaria) continuità e progetti di riforma*, in F. Belli, C.G. Corvese, F. Mazzini (a cura di), Argomenti di diritto degli intermediari e dei mercati finanziari, Torino, 2000, p. 179.

([87]) Pubblicata in G.U. 10 gennaio 1967, n. 7. Tale legge è stata abrogata, a decorrere dal 16 dicembre 2009, dall' articolo 2, comma 1, del D.L. 22 dicembre 2008 n. 200, ma l'abrogazione non ha mai avuto effetto, essendone stata ripristinata l'efficacia dall'articolo 1 della legge 18 febbraio 2009, n. 9, in sede di conversione di detto decreto.

([88]) All'art. 1 della L. 23 novembre 1939, n. 1966

([89]) DE ANGELIS, GAGGERO, cit., p. 944, n. 6 richiamano Corsi, che individua, quale attività tipica delle società fiduciarie: *"la gestione e l'amministrazione di patrimoni mobiliari; la rappresentanza nell'esercizio dei diritti del socio e in particolare dei diritti di voto; la consulenza circa la linea di condotta più opportuna in ordine all'amministrazione di partecipazioni sociali; il*

Non è quindi facilmente individuabile la figura in sé, se non per il carattere di professionalità nell'esercizio di determinate attività che vengono demandate da terzi. Il quadro, peraltro, si è grandemente complicato a seguito del succedersi di amplia normativa che ha sottratto sfere di operatività alle società fiduciarie, così limitando di fatto in maniera consistente le attività dalle stesse esercitabili. Così, a fronte di una disposizione istitutiva sufficientemente chiara, gli interventi normativi successivi hanno dapprima sottratto alle società fiduciarie la possibilità di esercitare attività di consulenza in materia di valori mobiliari, riservando tale attività alle S.i.m. e alle banche autorizzate([91]); poi hanno sottratto alle società fiduciarie l'attività di revisione contabile, riservata ai revisori iscritti in appositi registri([92]).

---

coordinamento dell'amministrazione di più partecipazioni in società diverse; la concreta attuazione di patti di sindacato; la soluzione di situazioni di stallo tra gruppi paritetici in disaccordo (in veste di amichevole compositore intestatario di una piccola partecipazione costituente l'ago determinante della maggioranza); la sorveglianza dall'interno della gestione di una società in vista di una prossima fusione; la custodia di titoli oggetto di pegno o di usufrutto e l'esercizio del relativo diritto di voto; l'assunzione della funzione di rappresentante comune degli obbligazionisti di risparmio; l'attività di organizzazione aziendale (da non confondere, anche se vicina, con l'attività di revisione); un'attività di consulenza qualificata, non di rado svolta in parallelismo con l'attività di una banca (in modo da sopperire, almeno in parte, alla mancanza, specialmente in Italia, di banche d'affari".

([90]) Per una elencazione degli oggetti sociali più ricorrenti delle società fiduciarie, cfr. C. D. VANONI, *Attività delle società fiduciarie e di revisione classiche*, Riv. dott. comm., 4, 1987, p. 631.

([91]) Così ha disposto la L. 2 gennaio 1991, n. 1, *"Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari"* (Legge S.i.m).

([92]) Così hanno disposto il D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 88 – *"Attuazione della direttiva n. 84/253/CEE, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili"*, poi abrogato dall'articolo 43, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, *"Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE"*, con decorrenza dalla data di entrata in vigore dei regolamenti del Ministro dell'economia e delle finanze emanati ai sensi

Le attività residuate a favore delle società fiduciarie a seguito di questa compressione, sono dunque quella di amministrazione di beni per conto terzi([93]) e di rappresentanza di portatori di azioni e obbligazioni([94]). Con l'ulteriore considerazione che, con riferimento a tale seconda attività, la tendenza dell'ordinamento giuridico, in omaggio ad esigenze di trasparenza dei mercati azionari, è stata quella di limitare sempre più la possibilità di intestazione fiduciaria segreta, ponendo così agli operatori obblighi di comunicazione periodica dei reali proprietari dei titoli amministrati dalle società fiduciarie. In tale verso si sono mosse, tra altre disposizioni normative([95]): le previsioni della L. 29 dicembre 1962, n. 1745 che ha fatto obbligo *"alle società fiduciarie di comunicare, entro il 15 febbraio di ciascun anno allo schedario ed al competente ufficio delle imposte i nomi degli effettivi proprietari*

---

del D.Lgs. 39/2010 medesimo e così ora dispone il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *"Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52"* che invero, alla disciplina contenuta agli artt. 155 ss., non preclude l'attività di revisione contabile in sé, ma la certificazione dei bilanci.

([93]) Che peraltro è considerata da F. Di Maio, *La Società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995, p. 56 ss. l'attività che di per sé contraddistingue l'operato delle società fiduciarie.

([94]) Con riferimento a tale attività, dobbiamo attentamente distinguere tra la mera rappresentanza degli azionisti e la gestione di portafogli individuali di investimento. Con riferimento a tale diversa attività, è infatti necessario ricordare che l'art. 17 della legge S.i.m. impose alle società fiduciarie la scelta di optare o meno per lo svolgimento di attività gestoria, in tal caso rinunciando ad ogni altra attività e iscrivendosi all'apposito albo. Si parla, in tali ipotesi di Società fiduciarie di intermediazione mobiliare (S.f.i.m.) che, tuttavia, ad oggi, svolgono attività ormai ben diversa da quella – residuale – consentita alle Società fiduciarie.

([95]) É importante sottolineare come le disposizioni in materia di trasparenza delle attività delle società fiduciarie siano davvero molte e sparse nel panorama normativo finanziario. Di esse non è possibile dar conto compiutamente. Va tuttavia evidenziato come in ultima istanza rilevino in tal senso tutti i provvedimenti che si pongono nel solco della nominatività dei titoli (ad es. R.D. 29 marzo 1942, n. 239 e D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) e della tutela del mercato per il tramite della pubblicità degli assetti azionari.

delle azioni ad esse intestate e appartenenti a terzi, sulle quali hanno riscosso utili nell'anno solare precedente, con le indicazioni prescritte dall'art. 4 del regio decreto 29 marzo 1942, n. 239, modificato dalla legge 31 ottobre 1955, n. 1064, e con la specificazione del numero delle azioni e dell'ammontare degli utili spettanti a ciascun nominativo"([96]); le previsioni contenute nel D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) che dispongono *"Chiunque, anche per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per interposta persona, partecipa al capitale di un intermediario finanziario in misura superiore alla percentuale stabilita dalla Banca d'Italia ne dà comunicazione all'intermediario finanziario nonché all'UIC ovvero, se è iscritto nell'elenco speciale, alla Banca d'Italia. Le variazioni della partecipazione sono comunicate quando superano la misura stabilita dalla Banca d'Italia."*([97]).

Tracciato seppur in maniera minima il quadro normativo nel quale operano le società fiduciarie, il problema di fondo che interessa ai fini della presente trattazione è quello dell'imputazione dei beni fiduciati. Come abbiamo già avuto modo di osservare, il nostro ordinamento – eccezion fatta per il caso del Trust come recepito ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1985 – non ammette, nella relazione tra due soggetti, la creazione di un patrimonio autonomo che non appartenga né all'uno, né all'altro([98]). È dunque necessario indagare se i beni conferiti dal fiduciante alla società fiduciaria appartengano ancora al primo, ovvero siano entrati nel patrimonio della seconda.

([96]) Cfr. Art. 9 L. 29 dicembre 1962, n. 1745.
([97]) Cfr. Art. 110, rubricato "Obblighi di comunicazione".
([98]) L. DE ANGELIS, P. GAGGERO, *Società,* cit., p. 951.

Orbene, per operare una tale analisi – che viene effettuata con riferimento al campo della amministrazione di beni per conto terzi – è preliminarmente opportuno effettuare una ulteriore distinzione nella tipologia di attività che una società fiduciaria può svolgere e che può atteggiarsi come attività di amministrazione *statica* e attività di amministrazione *dinamica*([99]). In particolare, con amministrazione statica di beni, si intende l'ipotesi nella quale la società fiduciaria si limita ad intestare a sé stessa i beni del fiduciante e, successivamente, ad amministrarli eseguendo pedissequamente le istruzioni che questi di volta in volta le impartisce, con obbligo di restituirli al fiduciante – reintestandoli in suo favore – a semplice richiesta di quest'ultimo. Con amministrazione dinamica dei beni si intende, viceversa, l'ipotesi in cui alla società fiduciaria venga riconosciuta la facoltà di modificare la composizione del patrimonio fiduciario, caso in cui quest'ultima può liberamente – sempre nei limiti di eventuali istruzioni impartite dal fiduciante dell'atto di conferimento – compiere ogni attività che ritenga utile e/o necessaria per l'incremento del patrimonio affidatole (alienare i beni, trasferirli, reinvestire gli utili, ecc.). Appare *ictu oculi* la diversità delle due ipotesi: la prima comporta una sorta di sdoppiamento tra titolarità di beni e legittimazione all'esercizio dei diritti che tali beni

([99]) La distinzione è proposta da Assofiduciaria nella Circolare n. 15 del 15 maggio 1985, ove si legge che nell'amministrazione statica *"il fiduciante chiede alla società fiduciaria di essere un buon esecutore dell'incarico relativo all'operazione commissionata e custode professionale per il periodo di mantenimento del bene ad essa intestato"*, mentre nell'amministrazione dinamica *"il fiduciante ricerca un'adeguata struttura tecnica che professionalmente si attivi per effettuare gli investimenti delle sue disponibilità"*.

riguardano([100]); la seconda comporta un vero e proprio passaggio di proprietà dei beni medesimi tra il fiduciante e il fiduciario, con ogni conseguenza connessa in relazione all'ampiezza del potere del fiduciario sui beni medesimi([101]).

Nella profonda diversità dei fenomeni fiduciari come sopra individuati, la dottrina ha provato, con l'ausilio degli interventi del legislatore, a costruire una teoria che riconducesse ad unità i rapporti che si instaurano tra fiducianti e società fiduciarie. In particolare, ci si è riportati allo schema del mandato senza rappresentanza([102]), sulla considerazione da un lato del tenore letterale della legge del 1939 che parla di *amministrazione di beni per conto terzi*, dall'altro degli interventi sul tema della Consob che, nelle comunicazioni n. 84/11815 e 86/08953, ha effettuato chiari parallelismi tra l'attività delle fiduciarie e l'attività del mandatario, con particolare riferimento agli artt. 1710 ss. c.c.([103]). In ausilio a tale ricostruzione è poi venuta la prassi, nella quale si è affermato l'utilizzo, da parte delle società fiduciarie, di schemi contrattuali chiaramente modellati sul mandato e sui relativi obblighi professionali del mandatario. In sostanza, dunque, l'apparato normativo, nonché le decisioni giurisprudenziali sul tema dei contratti con società fiduciarie, hanno sempre deposto nel senso di considerare che i beni fiduciati *"appartengono al fiduciante e non si confondono nel patrimonio della fiduciaria dal*

([100]) Si parla, in tal caso, di modello fiduciario germanistico, su cui cfr. appresso, Cap. III, par. 2.
([101]) Si parla, in tal caso di modello fiduciario romanistico, su cui cfr. appresso, Cap. III, par. 2.
([102]) Per una ricostruzione generale cfr. B. LIBONATI, *Holding e Investment trust*, Milano, 1959, p. 528 ss.
([103]) A. JANNUZZI, *Le società fiduciarie*, Milano, 1988, p. 194 ss.

quale rimangono distinti"([104]). E, ancora, la sostanziale riconduzione della figura al mandato è stata avallata da ormai ferma giurisprudenza della Suprema Corte([105]) per la quale l'attività delle società fiduciarie sarebbe caratterizzata e si sostanzierebbe nell'intestazione della proprietà formale in capo ad esse di beni effettivamente appartenenti ai clienti.

Nonostante tale sforzo di riconduzione ad unità, non ci sembra, tuttavia, che il risultato cui si è giunti sia soddisfacente([106]). Ed infatti, nell'ambito dei rapporti con società fiduciarie non si può a nostro avviso prescindere – per una corretta qualificazione teorica – da un lato dal *tipo* di incarico che alla società viene affidato; dall'altro, dalla *tipologia* di beni che vengono affidati. E ciò prescindendo dai correttivi che la legge dispone in favore dei fiducianti in merito alla necessità, per le società fiduciarie, di tenere adeguatamente e costantemente distinto il proprio patrimonio da quello di tutti i soggetti per i quali prestano la propria opera([107]).

Così, quanto all'ipotesi di amministrazione statica di beni, non sembra ravvisarsi particolare difficoltà nell'accostarsi alla classificazione dal rapporto intercorrente tra fiduciante e fiduciaria quale rapporto di mandato. Ed infatti, in tale ipotesi, il fiduciante-mandante non si limita a *fiduciare* dei beni, ma collabora stabilmente con la società fiduciaria, impartendole continuamente istruzioni per l'effettuazione, su tali beni, di specifiche operazioni e

---

([104]) DE ANGELIS, GAGGERO, *Società*, loc. cit.
([105]) Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, p. 23, con nota di U. CARNEVALI.
([106]) L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 67.
([107]) Il riferimento è all'abrogato art. 8, c.2 della legge s.i.m. applicabile anche alle società fiduciarie ai sensi dell'art. 17 della medesima legge ed ora trasposto, come norma generalmente applicabile ai servizi di investimento finanziario nel TUF, art. 22.

mantenendo così il potere di intervento nella gestione del proprio patrimonio che è tipico del mandante.

Quanto invece all'ipotesi di amministrazione dinamica, senza voler anticipare quanto sarà detto nel prossimo capitolo, la questione appare più complessa([108]).

In primo luogo, occorre ricordare che il nostro ordinamento giuridico non riconosce, in via generale, la possibilità di uno sdoppiamento tra titolarità e legittimazione all'esercizio di un diritto, ma si limita a prevedere una tale ipotesi per il caso di circolazione dei titoli di credito a proposito dei quali, come noto, parla di *legittimazione cartolare* all'esercizio del diritto che il titolo di credito incorpora. La semplice riconduzione dell'attività della società fiduciaria al mandato senza rappresentanza appare dunque riduttiva. È evidente infatti che il rapporto tra fiduciante e società fiduciaria – quantomeno nella fiducia dinamica – può assumere connotati assai diversi, a seconda che i beni fiduciati consistano in beni in relazione ai quali è ammessa la possibilità che un terzo – la società fiduciaria – pur non proprietario, eserciti diritti, o meno.

Nel primo caso ci si può ancora accostare alla figura del mandato senza rappresentanza, seppur con la particolarità che si tratterebbe di mandato in cui il mandante perde la proprietà formale e il potere di intervenire nella gestione dei beni, demandata interamente ad un soggetto professionalmente qualificato.

Nel secondo caso, invece, la questione solleva qualche dubbio ulteriore. Ed infatti, se poniamo mente a beni diversi dai titoli di credito – per cui vale la regola della legittimazione cartolare all'esercizio del diritto – vi sono numerose ipotesi in cui appare

([108]) L. DE ANGELIS, P. GAGGERO, *Società,* cit., p. 953.

assai difficile parlare di mandato. Così accade, ad esempio, se ci riferiamo a beni di natura fungibile, come il denaro, la cui esatta individuazione, anche ai fini della separazione patrimoniale, non è possibile. In tali ipotesi, infatti, appare difficile considerare mandatario e non pieno proprietario colui che operi su un patrimonio *altrui*([109]), in nome proprio e con piena libertà di scelta delle operazioni da compiere.

La soluzione qualificatoria, tuttavia, non è in tali casi individuabile *a priori* e non può prescindere dall'analisi delle clausole del contratto stipulato con la società fiduciaria e dalle operazioni che questa, di volta in volta, compie sui beni ricevuti fiduciariamente.

La particolarità della configurazione normativa che il nostro ordinamento riserva alle società fiduciarie ci consente certamente di trarre spunti utili ai fini della nostra indagine. Tuttavia, come si evince facilmente dalla lettura del paragrafo che precede, il caso delle società fiduciarie costituisce una tipica ipotesi di *fiducia legale*, disciplinata e sperimentata – seppur non univocamente – in termini di effetti del negozio e tutele del fiduciante.

Nella presente indagine non è di tale negozio che volgiamo parlare, giacché quanto a noi interessa è ritrovare – se esistente – uno spazio di operatività che consenta ai privati di effettuare operazioni atipiche di natura fiduciaria e che si ponga come alternativa alla figura del *trust* anglosassone.

([109]) O meglio su beni *sostanzialmente* altrui, ma giuridicamente *propri*.

3. *Il negozio fiduciario quale rapporto giuridico fondato sulla fiducia: "lealtà, probità, onestà". La rilevanza dell'elemento personale nel negozio fiduciario. La giuridicizzazione dell'elemento metagiuridico fiduciario ed il suo divenire elemento essenziale del negozio fiduciario. Il diverso valore negoziale delle due accezioni di fiducia.*

Le riflessioni di cui ai paragrafi precedenti portano alla considerazione che la *fiducia*, in ogni sua forma, è elemento legato ai valori di *lealtà, probità* e *onestà.* Quando tali valori rimangono nella sfera meramente metagiuridica, possiamo parlare di contratti *di fiducia*; quando, viceversa, assumono veste giuridica e vincolatività – per effetto della volontà delle parti che li consacrano in un contratto – ci troviamo di fronte ad un *negozio fiduciario.*

A questo punto sembra porsi un problema concettuale. Ed infatti, che senso avrebbe parlare di *negozio fiduciario* se il *quid pluris* dell'elemento fiduciario fosse interamente giuridicizzato? In altri termini, non verrebbe meno la caratteristica propria della fiducia qualora l'elemento fiduciario fosse tradotto in norma dalle parti del negozio e, all'inadempimento di tale norma conseguissero automaticamente e necessariamente le responsabilità che la legge prevede per l'inadempimento del contratto? In effetti, in una tale ipotesi non vi sarebbe grande differenza tra negozio fiduciario e mandato, dal ché il fiduciario si troverebbe a dover compiere una serie di operazioni tipizzate in un documento contrattuale e il venir meno dell'elemento fiduciario si risolverebbe in un "semplice" inadempimento al contratto di mandato.

Ma, come abbiamo visto nei paragrafi che precedono, non vi è necessaria identità tra mandato e negozio fiduciario. O, meglio, se il negozio fiduciario può assumere la veste giuridica del mandato,

ciò non accade *necessariamente*([110]). E così, ad es., il negozio fiduciario non può risolversi in un mero mandato nelle ipotesi in cui vi sia un pieno passaggio di proprietà dei beni dal fiduciante al fiduciario. Passaggio di proprietà che, invero, se si considera l'operazione complessiva, è indice rivelatore di qualcosa in più rispetto al mero compimento, da parte di un soggetto, di uno o più atti giuridici *per conto* dell'altro. Allo stesso modo, non può parlarsi di mandato, come visto nel precedente paragrafo, nelle ipotesi di passaggio a società fiduciarie di beni fungibili, non individuabili *a priori* e dunque facilmente soggetti a confusione([111]) con il patrimonio della società fiduciaria.

L'essenza del negozio fiduciario sembra dunque potersi ravvisare, per usare parole di illustre dottrina([112]), in una *"attribuzione di titolarità piena a nome proprio, ma nell'interesse altrui, e che però, in tanto può dirsi fondata su un negozio fiduciario, in quanto l'ordinamento giuridico non tuteli* erga omnes *la posizione giuridica del fiduciante o del beneficiario, ma dal leale*

([110]) C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 353 afferma che: *"Ma il vero si è invece, a mio avviso, che nella* fiducia cum amico, *un mandato potrebbe essere insufficiente allo scopo... Conferendo a Caio un mandato ad amministrare, Tizio può pur sempre disporre di beni di cui mantiene la proprietà, ed è invece alla privazione di questo potere di disposizione che mirano le parti, stante la facilità con cui Tizio si lascia circumvenire dai propri creditori. Onde il trasferimento dei beni a Caio, lungi dall'essere un provvedimento che pone Caio in una posizione giuridica più forte di quanto basterebbe per il raggiungimento dello scopo, è l'unico sufficiente al raggiungimento dello scopo medesimo, e ciò apparirà ancor più evidente se supponiamo che le parti, anziché convenire la restituzione dei beni da parte di Caio a Tizio dopo esaurito lo scopo, convengano che Caio passerà a Tizio una somma annuale che corrisponda al reddito integrale del residuo attivo e, alla morte di Tizio, rimetterà i beni all'erede di Tizio stesso"*.

([111]) Ovviamente non si intende dire che il fiduciante non sia garantito nella restituzione dei beni, né che tali beni si confondano con il patrimonio della società fiduciaria, ma, semplicemente, che non è possibile individuare esattamente i beni di proprietà di un determinato fiduciante che, dunque, sembra più porsi nella posizione di creditore della società fiduciaria.

([112]) C. GRASSETTI, *Del negozio,* loc. cit.

comportamento del fiduciario, e non dai rigorosi mezzi di coazione giuridica, si attenda la perfetta realizzazione degli intenti pratici avuti di mira".

Indagando la fattispecie del negozio fiduciario non si concentra dunque l'indagine sulla *fiducia* astrattamente intesa come elemento caratterizzante di molti e numerosi negozi giuridici – tipici e non – dell'ordinamento nazionale, bensì sulla *fiducia* quale elemento connaturato ad una particolare fattispecie negoziale che, sulla stessa, ripone la sua ragione di esistenza.

Si parla dunque, quale elemento essenziale di tali negozi, di *causa fiduciae*, alla trattazione della quale sarà dedicato un apposito paragrafo del prossimo capitolo del presente lavoro([113]).

4. *Il c.d. "affidamento fiduciario" e le "situazioni affidanti", quale categoria generale operante la reductio ad unum delle fattispecie di fiducia legale e di fiducia volontaria.*

È sempre più evidente, dunque, come la poliedrica figura della *fiducia* non possa *sic et simpliciter* essere accostata ed equiparata al mandato([114]).

Ciò ha comportato, in un periodo relativamente recente, una rilettura del negozio fiduciario in chiave più moderna; rilettura peraltro largamente favorita dalla novità del riconoscimento anche giurisprudenziale del c.d. trust interno e che ha ipotizzato una

([113]) Cfr. Cap. III, par. 5.
([114]) I. VALAS, *Mandato fiduciario, trust e negozio di affidamento fiduciario*, Trusts e attività fiduciarie, marzo 2012, p. 142.

figura di fiducia prettamente nazionale e basata su dati di diritto positivo interno, chiamata *"negozio di affidamento fiduciario"*([115]).

Tale figura trae origine dalla considerazione che *"Le situazioni affidanti appartengono naturalmente al regno del pregiuridico; talvolta ivi rimangono per sempre, talaltra acquistano rilevanza per l'ordinamento giuridico e divengono soggette a regole giuridiche"*. È proprio in tale ipotesi, qualora l'assoggettamento a regole giuridiche consegua ad un atto volontario delle parti, che si parla di *negozi di affidamento fiduciario*([116]).

Il negozio di affidamento fiduciario, così come il negozio fiduciario è caratterizzato dal porre in primo piano l'elemento *fiducia*. Ma, anche in tal caso, non si tratta della fiducia in particolari competenze tecniche e/o professionali del soggetto affidatario, bensì della fiducia nell'adesione, da parte di questi, ai precetti morali di *"altruismo, di prevalenza degli interessi sottostanti l'affidamento rispetto agli interessi propri"*([117]). Invero, nel negozio di affidamento fiduciario, la *causa fiduciae* si manifesta in un atto e/o contratto a favore di terzi, ove l'affidante imprime al patrimonio affidato una determinata destinazione che l'affidatario si impegna a perseguire. L'elemento fiduciario, palese, diviene quindi elemento chiarificatore dell'essenza del negozio e in base ad esso e alla sua funzione viene individuata la disciplina dei risvolti

---

([115]) Cfr., per una ricognizione della figura cfr. M. LUPOI, *Atti del Convegno "Il Contratto di affidamento fiduciario: teoria e prassi"*, tenutosi a Genova il 28 ottobre 2011.
([116]) M. LUPOI, *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario*, testo in corso di eleborazione, versione n. 3, p. 115.
([117]) M. LUPOI, *Trust interni*, cit., p. 127.

patrimoniali dell'istituto nei confronti di tutti i soggetti coinvolti([118]).

Il negozio di affidamento fiduciario avrebbe quindi il pregio di essere utilizzabile in innumerevoli ipotesi in cui, dovendosi far ricorso alla fiducia in una determinata persona, per il raggiungimento di un determinato scopo, non esistano altri strumenti giuridici utilizzabili, ovvero quelli esistenti non siano pienamente soddisfacenti. E così, tale negozio può trovare applicazioni pratiche tanto in materia familiare, come nel caso della tutela del figlio che vive dissipando il patrimonio che il genitore vuole conservare per il suo futuro([119]); quanto in materia non familiare, come nell'ipotesi dell'attuazione da parte di un terzo garante di uno "stock option plan"([120]).

Elemento essenziale del negozio, appare dunque anche la necessaria *destinazione* di un patrimonio ad un determinato scopo, con inevitabili parallelismi e conseguenze in termini di accostamento della figura alla destinazione patrimoniale di cui abbiamo parlato nel capitolo I del presente lavoro.

In ogni caso, per la propria natura non tipica, il negozio di affidamento fiduciario avrebbe, ad avviso del suo teorizzatore([121]), il pregio di unificare le diverse fattispecie di fiducia presenti

---

([118]) Così I. VALAS, *Mandato*, cit., p. 143, che rimanda a sua volta – per la disamina delle diverse forma di opponibilità a terzi della *causa fiduciae* a E. BARLA DE GUGLIELMI, *Interposizione fiduciaria di persona? Spunti comparatistici*, in Trusts e attività fiduciarie, 2009, p. 262.

([119]) Si pensi al caso di Tizio che, in considerazione della vita dissoluta del figlio Mevio, affidi parte del suo patrimonio a Sempronio perché lo gestisca per le esigenze di Mevio e della sua famiglia e, alla morte di Mevio, lo trasferisca al figlio di questi.

([120]) Si pensi al soggetto che detiene una elevata partecipazione azionaria in una società e che trasferisca una certa parte di tali azioni ad un terzo perché questi, in funzione dei risultati raggiunti dagli altri soci, la ritrasferisca a sua volta agli stessi, garantendo una valutazione imparziale.

([121]) M. LUPOI, *Trust interni*, loc. cit.

nell'ordinamento italiano – legale e non – che invero sarebbero tutte sottese, seppur di origine diversa, alla soddisfazione di situazioni affidanti che non hanno ragione di essere classificate in maniera tra loro differente.

5. *I tratti tipici del fenomeno fiduciario e i tratti comuni dei tipi di fiducia individuati. L'utilità dogmatica e l'(in)utilità pratica della costruzione teorica dei principi generali della fiducia.*

Negozi di *fiducia*, negozi fiduciari, *trusts*, negozi di *affidamento fiduciario*, sono dunque tutti caratterizzati da un elemento comune: il *fidarsi* di una parte nel comportamento dell'altra.

Tale atteggiamento di relazione positiva intercorrente tra i soggetti del negozio assume misure a gradi differenti a seconda della fattispecie con la quale ci si interfaccia: minore nel caso di negozi *di fiducia*, vieppiù maggiore nelle altre ipotesi, fino alla sua massima espressione, riscontrabile nelle ipotesi di trust e di negozi fiduciari. L'elemento metagiuridico fiducia si atteggia poi in maniera ancor diversa nel caso di c.d. fiducia legale, ove trova uno spazio normativo che – seppur solo nei suoi tratti fondamentali – ne cristallizza gli elementi essenziali rendendoli norma dell'ordinamento giuridico.

La figura del c.d. negozi di affidamento fiduciario sembra volersi porre come categoria operante la *reductio ad unum* di tutte queste diverse e molteplici forme di fiducia. Ma, una tale ricostruzione dogmatica, seppur utile in chiave classificatoria, riscontra, nella prassi, una scarsa utilità pratica.

Ed infatti tutte le ipotesi di fiducia sopra individuate, seppur accomunate dal particolare atteggiamento psicologico delle parti in gioco, non sembrano avere ulteriori punti di contatto che, nella pratica, ne consentano una disciplina comune. Abbiamo difatti visto la profonda differenza che intercorre tra la fiducia come intesa nelle società fiduciarie, che viene prevalentemente – ma non in via esclusiva – ricondotta alla figura del mandato; la fiducia nel trust, in cui si ha una vera e propria soggettivizzazione del patrimonio fiduciato; la fiducia nei negozi fiduciari che, come vedremo più approfonditamente nel capitolo che segue, comporta l'instaurarsi di una relazione tra fiduciante e fiduciario in cui alla *spoporzione* dello strumento giuridico utilizzato per raggiungere un determinato scopo, si affianca la *necessarietà* di tale strumento per il raggiungimento dello scopo medesimo.

Appare dunque lodevole e valido il tentativo della dottrina([122]) di indagare e individuare i tratti comuni della fattispecie *lato sensu* fiduciaria e di recuperare così, per la tradizione giuridica italiana, uno strumento – quello dell'affidamento fiduciario – che lungi dall'essere desueto nella pratica contemporanea, semplicemente non è stato in grado di affermarsi con strumenti normativi interni all'ordinamento giuridico italiano. Tanto lodevole tuttavia da un punto di vista prettamente teorico, quanto non utile ai fini della ricostruzione di una normativa comune applicabile alla fattispecie che, in sostanza, non può rinvenirsi nel nostro ordinamento giuridico([123]).

([122]) M. LUPOI, *Trust interni*, loc. cit.

([123]) Come già ampiamente discusso, infatti, il c.d. negozio di affidamento fiduciario si pone come un contenitore di fiducia dalle molteplici forme che, di volta in volta, nel suo atteggiarsi concreto, è disciplinate e si scontra con diversi limiti del sistema giuridico italiano.

Capitolo III

IL NEGOZIO FIDUCIARIO

1. Introduzione. 2. La costruzione tradizionale del negozio fiduciario tra "fiducia romanistica" e "fiducia germanistica". La fiducia *cum amico* e la fiducia *cum creditore*. Le diverse accezioni di fiducia germanistica quale negozio traslativo *sub condicione* e sdoppiamento tra titolarità e legittimazione. 3. Lo sviluppo delle diverse concezioni di fiducia nell'ordinamento giuridico italiano. Prevalenza della riconduzione della figura allo schema romanistico, con la rilevante eccezione della regolamentazione delle società fiduciarie. Ipotesi di nesso tra volontarietà della fiducia e ricostruzione morfologica del negozio fiduciario. 4. La struttura del negozio fiduciario e il contratto fiduciario. Il sinallagma nel contratto fiduciario e la prestazione del fiduciario. Un'ipotesi di *"do ut facias"*. Non riconducibilità del fenomeno alle obbligazioni naturali. 5. Introduzione al concetto di causa nel negozio fiduciario. Il problema dei negozi causalmente astratti e l'individuazione della causa del trasferimento fiduciario. La questione dell'utilizzo di un negozio tipico per il raggiungimento di fini diversi e ulteriori: l'adattamento della causa allo scopo. La causa del negozio fiduciario quale funzione economico individuale perseguita dai contraenti. 6. Regime patrimoniale dei negozi fiduciari. La titolarità di una posizione reale del fiduciario nei negozi di tipo romanistico. La separazione e la segregazione patrimoniale. Profili di compatibilità con l'art. 2740 c.c. La potestà di abuso del fiduciario nella dottrina classica quale elemento caratterizzante i negozi fiduciari. La riconduzione della potestà di abuso al concetto generale di abuso del diritto. La non inerenza ai poteri tipici del fiduciario. 7. L'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo quale elemento morfologico dei negozi fiduciari. Critica: l'elemento fiduciario quale elemento di equilibrio tra mezzo e scopo. La diversa prospettiva della impossibilità di raggiungimento dello scopo con mezzi diversi. 8. Le diverse necessità di tutela del fiduciante sul "lato interno" e sul "lato esterno" del rapporto fiduciario. La diversa intensità di tutela. La natura obbligatoria della tutela del fiduciante quale tutela inerente al negozio fiduciario. 9. Il limite esterno del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali. Dottrina classica e teoria dell'inesistenza del principio del *numerus clausus*. La pretesa inammissibilità per il nostro ordinamento di una proprietà temporanea. 10. L'art. 2645-*ter* c.c. e il dibattito sulla sua portata di norma sull'opponibilità o norma sulla fattispecie. 10.1. (segue) Il dato strutturale del negozio di destinazione. 10.2. (segue) Il dato funzionale del negozio di destinazione. 10.3. (segue) Vincolo di indisponibilità e separazione patrimoniale. La trascrizione. 10.4. (segue) le portata della norma: il dibattito sulla natura obbligatoria o reale del vincolo. 11. Ipotesi di sovrapposizione (parziale) di negozio fiduciario e negozio di

destinazione. 12. Nuove prospettive di tutela del fiduciante ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c.

1. *Introduzione.*

Come accennato in principio del presente lavoro([124]), lo studio del negozio fiduciario è stato principalmente volto a vagliare la compatibilità di uno strumento negoziale complesso con le regole poste dall'ordinamento giuridico italiano a tutela tanto dei soggetti parte del negozio – fiduciante e fiduciario – quanto dei soggetti terzi che con gli stessi vengono in contatto in ragione delle quotidiane contrattazioni.

La discussione, prendendo a base la tradizionale distinzione tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, ha originariamente passato in rassegna il tema della configurazione morfologica del negozio fiduciario, interrogandosi sulla correttezza di una ricostruzione che trovasse spiegazione nella duplicità dei negozi posti alla base della complessiva operazione fiduciaria – un negozio reale traslativo di diritti e un negozio obbligatorio, configurante obblighi a carico del fiduciario – ovvero che trovasse fondamento nello sdoppiamento tra titolarità e legittimazione all'esercizio di un diritto, tipico dell'ordinamento tedesco.

L'attenzione si è quindi concentrata sulla ricerca di una giustificazione causale del negozio fiduciario che dissipasse ogni sospetto di astrattezza del medesimo e ogni ulteriore dubbio di ammissibilità nell'ordinamento giuridico interno, superando, altresì, nella considerazione complessiva dell'"operazione

([124]) Cfr. Cap. I, par. 1

fiduciaria" la tradizionale obiezione dell'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo perseguito dalle parti([125]).

Il negozio fiduciario ha poi superato la valutazione di compatibilità con il principio di unitarietà del patrimonio del debitore di cui all'art. 2740 c.c., trovando in ciò sostegno nella tendenza moderna alla separazione e alla specializzazione dei patrimoni che ha condotto all'introduzione di normative di settore che, passando per l'istituzione delle società unipersonali e dei patrimoni societari destinati([126]), hanno infine, per il tramite del negozio di destinazione, riconosciuto la possibilità, anche per i privati, di funzionalizzare parte del proprio patrimonio ad uno scopo, senza che elementi terzi possano da tale scopo distrarlo.

Ammessa una generale compatibilità dell'istituto con l'ordinamento interno, si è quindi concentrata l'attenzione sul piano effettuale. In sostanza, il problema si è posto, e tutt'ora si pone, nella ricostruzione dei poteri del fiduciante nel caso di inadempimento del fiduciario al proprio incarico. Invero, la questione assume colorazioni differenti a seconda che ci si trovi di fronte ad un negozio fiduciario di tipo romanistico, ovvero di fronte ad uno dei casi di fiducia germanistica – sdoppiamento tra titolarità e legittimazione all'esercizio di un diritto – normativamente

---

([125]) C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 369, giunge alla conclusione che il negozio fiduciario sia connotato da una atipica *causa fiduciae,* sulla base della considerazione che *"l'effetto di diritto reale ha come causa giustificatrice l'effetto obbligatorio del negozio stesso, e ciò è coerente al concetto di interdipendenza tra effetto reale ed effetto obbligatorio"* di guisa che l'attribuzione patrimoniale al fiduciario *"(...) è giustificata dall'assunzione di un obbligo da parte dell'accipiente: solo che questo effetto reale è inteso non già come corrispettivo in senso economico dell'effetto obbligatorio, ma come mezzo per rendere possibile all'accipiente quel suo comportamento in ordine alla cosa o al diritto a lui trasferito".*

([126]) Su cui cfr. Cap. I, par. 3.

disciplinati con riferimento all'attività delle società fiduciarie([127]). Ciononostante, il nodo cruciale della questione si risolve nei medesimi interrogativi che, invero, sembrano riportare di nuovo l'attenzione al dato morfologico: dal negozio fiduciario trae origine un nuovo diritto di proprietà, la c.d. "proprietà fiduciaria"? E, in tal caso, in cosa tale proprietà fiduciaria si distingue dalla proprietà *tout court*?

Sul tema vi sono notevoli differenze di pensiero nella dottrina. Da un lato, vi è chi([128]), tutt'oggi avallato da numerose pronunce giurisprudenziali([129]), prevalentemente optando per la ricostruzione del negozio fiduciario in termini di sommatoria di due distinti negozi, nega che il negozio fiduciario possa dar vita ad un nuovo diritto reale([130]); dall'altro chi([131]), viceversa, optando per la ricostruzione in chiave unitaria del fenomeno, si spinge fino a superare il dogma del *numerus clausus* dei diritti reali, giungendo ad ammettere che il negozio fiduciario possa invero far nascere un diritto di proprietà fiduciaria, limitato nei poteri del titolare.

È a questi interrogativi che il presente capitolo, passando dall'analisi della conformazione e degli effetti del negozio fiduciario, si propone di fornire una risposta.

([127]) Cfr. Cap. II, par. 2.
([128]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, p. 25 ss.
([129]) Tra le quali, Cass., 29.11.1983, n. 7152, in Giust. Civ., 1984, I, p. 3127 ss.; Cass. 21.11.1988, n. 6263, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2495 ss., con nota di G. VETTORI, *La prova del "pactum fiduciae"*; Cass., 27.03.1997, n. 2756, in Riv. Notariato, 1997, p. 1265 ss.;
([130]) In verità, come accennato sopra, sub nota 125, parte della dottrina classica sul tema (C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 369 ss.) opta per la ricostruzione del negozio fiduciario in chiave unitaria, quale negozio caratterizzato da una tipica *causa fiduciae*. Tuttavia, le conclusioni cui perviene tale dottrina in termini di efficacia esclusivamente obbligatoria del vincolo fiduciario, non differiscono da chi opta le la ricostruzione dicotomia dell'operazione.
([131]) L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 236 ss.

2. *La costruzione tradizionale del negozio fiduciario tra "fiducia romanistica" e "fiducia germanistica". La fiducia cum amico e la fiducia cum creditore. Le diverse accezioni di fiducia germanistica quale negozio traslativo sub condicione e sdoppiamento tra titolarità e legittimazione.*

"Non raramente è voluta dalle parti nella manifestazione di una volontà di negozio giuridico la creazione del risultato giuridico, però nel presupposto che colui al quale è creata una certa facoltà giuridica impieghi la sua posizione soltanto per uno scopo determinato, non per tutti i possibili... potrei per questo fenomeno proporre la denominazione di negozio fiduciario secondo l'esempio delle fonti. Per esso è caratteristica una sproporzione tra scopo e mezzo. Per il conseguimento di uno scopo determinato si sceglie una forma giuridica che dà più di quello che è necessario per il raggiungimento di quello scopo"([132]).

Tradizionalmente, nell'ambito dei negozi fiduciari di cui ci occupiamo, si distingue tra la figura della fiducia germanistica e la figura della fiducia romanistica. La differenza è data, ovviamente, dal differente sviluppo che i negozi fiduciari hanno avuto nelle diverse tradizioni giuridiche, germanica e latina. Storicamente, peraltro, grande influenza ha giocato nella diversa configurazione dei negozi, il differente regime di pubblicità dei trasferimenti reali dei due ordinamenti giuridici. Ed infatti, mentre per il diritto romano erano opponibili a chiunque le situazioni giuridiche reali, a prescindere dalla loro riconoscibilità, nel diritto germanico, l'opponibilità era strettamente legata alla conoscenza delle

([132]) Tale descrizione del negozio fiduciario è riportata da L. CARIOTA-FERRARA, *I* negozi, cit., p. 3 che ricorda come in tal senso si sia espresso REGELSBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in Archiv f. Civ. Prax., LXIII, 1880, pp. 172-173.

limitazioni – anche di carattere reale – apposte ad un determinato diritto. Per questa ragione, l'ordinamento germanico – e solo quello – non ha mai avuto difficoltà ad ammettere che, anche per il caso della fiducia, potesse contemplarsi una tutela reale per il fiduciante, giustificata da adeguata pubblicità della limitazione apposta al diritto trasferito al fiduciario([133]).

In particolare, nella tradizione germanica si sono affermate, nel tempo, due diverse concezioni di negozio fiduciario. Una prima costruzione ritiene che il trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario sia meramente formale, con la conseguenza che il fiduciario non acquisterebbe la signoria piena sulla cosa, che rimarrebbe nella titolarità del fiduciante([134]), operando il fiduciario in nome proprio, ma su un diritto altrui. Una diversa costruzione dogmatica([135]), invece, poi ripresa dalla dottrina italiana([136]), ritiene che il negozio fiduciario di tipo germanico comporti un potere del fiduciario limitato da condizione risolutiva, di tal ché alla violazione degli obblighi del fiduciario conseguirebbe il "ritorno" del diritto da questi al fiduciante, con tutela a carattere reale.

([133]) Invero, a proposito della condizione limitativa al trasferimento di diritti reali, l'ordinamento giuridico tedesco pone un limite consistente nell'apposizione di una tale condizione al trasferimento della proprietà di fondi (Cfr. par. 925 c.c.). Tuttavia, sosteneva lo SCHULZE, *Trehuänder im geltenden bürgerlichen Recht*, Jher. Jahrb. F. die Dogm. D.b. Rechts, XLIII, 1901, p. 19 ss., che questo ostacolo potesse invero essere superato con lo strumento della prenotazione, mediante il quale il fiduciante *"può assicurare realmente il diritto obbligatorio, condizionato...al retrotrasferimento (retrorilascio...) e così limitare immediatamente la proprietà del fiduciario sul fondo mediante una penetrazione del rapporto interno sull'esterno. L'effetto è che egli, in base ai par. 833-888 cod. civ., prevale contro tutti i terzi (anche di buona fede) che acquistano sul fondo diritti per un atto dispositivo del fiduciario che violi lo scopo"*.

([134]) La teoria è di KLAUSING ed è riportata da L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari,* cit., p. 10, nt. 2.

([135]) SCHULTZE, *Treuhänder*, cit.

([136]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi,* cit., p. 10 ss.

Nella tradizione romanistica, invece, il negozio fiduciario è stato sempre considerato il risultato della somma di due distinti momenti negoziali: uno a carattere reale; l'altro a carattere obbligatorio. In sostanza, la fiducia romanistica *"assume la struttura dualista del collegamento tra un negozio traslativo di diritti e un patto obbligatorio che impegna l'avente causa ad usare le facoltà trasmessegli solo in modo conforme agli interessi dell'alienante"*([137]). Il fiduciante trasferisce al fiduciario un diritto pieno, senza alcuna limitazione. Tuttavia, con patto obbligatorio, il c.d. *pactum fiduciae*, il fiduciario si impegna ad utilizzare il diritto trasferitogli secondo le istruzioni e la volontà del fiduciante([138]).

Nell'ambito della fiducia romanistica si distinguono poi due tipi di fiducia, la *fiducia cum amico* e la *fiducia cum creditore*. La differenza sta nella diversa finalità che le due tipologie di fiducia perseguono: la prima è diretta al soddisfacimento di interessi propri del fiduciante, che possono essere raggiunti solo per il tramite dell'attribuzione fiduciaria; la seconda è diretta al soddisfacimento di interessi del fiduciario, mediante il trasferimento a questi di un bene a garanzia di un suo credito nei confronti del fiduciante, nonché – presumibilmente – anche di interessi dello stesso fiduciante che, per il tramite di tale garanzia, può ottenere il credito dal fiduciario([139]).

([137]) S. MAZZAMUTO, *La Fiducia,* in S. Mazzamuto, C. Castronovo (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo,* 2, Giuffré 2007, p. 610.

([138]) L. SANTORO, *Il Negozio,* cit., p. 10, ricorda che la costruzione romanistica è assai risalente nel tempo. Ed infatti, già le prima fonti romane testimoniano che la struttura del negozio fiduciario *"era costituita da un atto traslativo della proprietà e da un* pactum conventum*"*, anche se *"non è chiaro come l'atto traslativo ed il* pactum conventum *fossero congegnati e quali ne fossero gli effetti"*.

([139]) Accanto a queste figure di fiducia, come ricorda S. MAZZAMUTO, *La Fiducia,* cit., p. 609, esistono altri tipi di fiducia, tra cui la *fiducia liberalità*

Ancora, approfondendo le possibilità di classificazione, si può parlare di *fiducia statica* e *fiducia dinamica*.

In generale, nella fiducia statica il fiduciario è già titolare dei diritti fiduciati – o provvede a procurarseli con mezzi propri – e, da un lato, si limita ad amministrarli sulla base delle istruzioni dategli dal fiduciante, dall'altro, si obbliga a disporne, al termine dell'esecuzione delle istruzioni ricevute, in favore del fiduciante, ovvero di un diverso beneficiario da questi indicato. Nella fiducia dinamica, viceversa, il fiduciario non possiede già i diritti fiduciati, bensì li ottiene, per trasferimento, dal fiduciante, impegnandosi poi a gestirli secondo le istruzioni contenute nell'atto di trasferimento e, in ogni caso, nell'interesse del fiduciante, fino alla restituzione a questi – o a persona terza da questi designata – di tutto quanto ricevuto, ovvero dei diversi diritti o beni ottenuti dalla gestione di quanto fiduciato([140]).

La terminologia assume poi un diverso significato nell'ambito della fiducia legale su cui si è avuto occasione di soffermarsi capitolo secondo del presente lavoro, parlando delle società fiduciarie. In effetti, rinviando a quanto ivi accennato([141]), nell'ambito dell'amministrazione di beni per conto altrui da parte delle società fiduciarie, si parla di *amministrazione statica* quando la società fiduciaria, pur esercitando *uti dominus* i diritti sui titoli fiduciati, deve attenersi alle specifiche istruzioni del fiduciante; si

---

"per lo più ritenuta riconducibile alla fiducia gestione", nonché la fiducia legale, sulla quale ci siamo soffermati – almeno nella sua manifestazione più importante – parlando delle società fiduciarie nel capitolo secondo del presente lavoro.

([140]) Invero, la profonda diversità tra fiducia statica e fiducia dinamica e – soprattutto – la circostanza della diversa provenienza dei beni fiduciati, portano a ritenere che solo la fiducia dinamica sia "vera" fiducia (Cfr. S. MAZZAMUTO, *La Fiducia,* loc. cit.).

([141]) Cfr. Cap. II, par. 2.

parla, viceversa, di *amministrazione dinamica* quando la società fiduciaria ha piena libertà di modificare a propria discrezione il portafoglio di investimento che le è stato conferito, mediante operazioni di acquisto e vendita su titoli, operando così una vera e proprie gestione patrimoniale.

3. *Lo sviluppo delle diverse concezioni di fiducia nell'ordinamento giuridico italiano. Prevalenza della riconduzione della figura allo schema romanistico, con la rilevante eccezione della regolamentazione delle società fiduciarie. Ipotesi di nesso tra volontarietà della fiducia e ricostruzione morfologica del negozio fiduciario.*

Per lungo tempo in Italia il dibattito dottrinario([142]) si è concentrato sulla scelta di quale fosse il modello di fiducia – romanistico o germanistico – preferibile([143]).

E infatti, le profonde differenze in termini di tutela del fiduciante – a carattere reale o obbligatorio – a seconda che ci si trovi di fronte ad un negozio fiduciario di tipo germanistico o romanistico, hanno indotto chi ha indagato l'istituto del negozio fiduciario a cercare la miglior soluzione possibile al contemperamento degli interessi in causa per gli operatori del diritto interno. Invero, vi è chi([144]) ha tentato, tuttavia, di impostare il discorso in maniera assai differente, affermando che *"Non si tratta cioè qui, di fronte alla tradizionale contrapposizione tra*

([142]) Come abbiamo accennato nel Capitolo primo del presente lavoro, il dibattito dottrinario sui negozi fiduciari ha avuto particolare sviluppo negli anni tra la fine dell'Ottocento 1800 e la metà del Novecento.
([143]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 12 e ss., si chiede proprio *"in linea di massima qual è la costruzione che bisogna accogliere?"*.
([144]) N. LIPARI, *Il Negozio*, cit., pp. 80-81.

fiducia romana e fiducia germanica, di stabilire 'a quale di esse è da dare in linea di massima la preferenza', con una scelta preventiva la cui necessità di imporrebbe 'date le rilevanti differenze che separano, soprattutto negli effetti, le due specie di negozi fiduciari', ma soltanto di determinare, una volta individuato il fenomeno così come si presenta nella nostra attuale esperienza giuridica, quale ne sia la disciplina". Secondo tale dottrina([145]) le differenze nell'atteggiarsi dei due tipi di negozio fiduciario avrebbero significato solo in relazione alle diverse tradizioni giuridiche nelle quali si sono sviluppate. Di tal che la contrapposizione tra fiducia romanistica e germanistica si giustificherebbe solo ed esclusivamente alla luce della regolamentazione positiva che ciascuno dei due ordinamenti riserva al fenomeno, dato empirico dal quale occorrerebbe partire per l'individuazione del *tipo* di fiducia di volta in volta accolto dalla disciplina presa in considerazione. Indagine induttiva dunque e non deduttiva.

Sopito per lungo tempo, il dibattito è poi ripreso a seguito delle numerose modifiche legislative alla regolamentazione delle società fiduciarie([146]), nonché a seguito del recepimento in Italia della *Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai Trust e al loro riconoscimento* nel 1989([147]). Anche la giurisprudenza ha poi fatto la propria parte nel rilevare i contorni della disciplina che il nostro ordinamento riserva al fenomeno.

Le conclusioni cui si è giunti non sono comunque – a tutt'oggi – univoche. Dal che, in alcuni casi, si parla di negozio fiduciario di

---

([145]) N. LIPARI, *Il Negozio*, p. 80 ss.
([146]) Sulle quali cfr. Cap. II, par. 2.
([147]) Cfr. Cap. I, par. 4.

tipo germanistico, in altri, viceversa, di tipo prettamente romanistico. L'indagine quindi si rivela sostanzialmente empirica e la soluzione non individuabile *a priori*, ma solo attraverso l'attenta analisi dell'atteggiarsi del negozio di volta in volta posto in essere tra le parti. Ferma resta, in ogni caso, la tendenza a parlare di negozio fiduciario con schema germanistico per le ipotesi di amministrazione di titoli da parte delle società fiduciarie, in cui la particolare legge di circolazione dei titoli di credito giustifica lo sdoppiamento tra titolarità del diritto e legittimazione all'esercizio dello stesso; si parla, invece, di negozio traslativo di natura romanistica per le diverse ipotesi di gestioni patrimoniali non finanziarie, quali, ad es., le gestioni di patrimoni immobiliari, quando intervenga il trasferimento della proprietà del fiduciante al fiduciario([148]). E, per dirla in altri termini, nella fiducia relativa a

---

([148]) Si legge in Cass., civ. sez. I, 23 settembre 1997, n. 9355, con nota di G. GIOIA, *Titolarità delle azioni tra fiducia germanistica e comunione legale*, Il Corriere Giuridico, n. 1/1998, p. 70, che *"Trattasi della ben nota distinzione tra fiducia di tipo "romanistico" e di tipo "germanistico", definendo i sostenitori della prima teoria l'acquisto fiduciario di titoli azionari come interposizione reale, instaurandosi la proprietà, con tutti i diritti ad essa connessi, in capo al fiduciario, ed affermando i sostenitori della seconda teoria la scissione tra proprietà e legittimazione, essendo il fiduciante il proprietario effettivo dei titoli e spettando al fiduciario l'esercizio dei diritti societari.*
Ritiene questo collegio che, nel caso in cui – come nella specie – il fiduciario sia rappresentato da una società fiduciaria, istituzionalmente esercente l'amministrazione di beni per conto terzi (art. 1 legge 23 novembre 1939, n. 1966) debba applicarsi lo schema della fiducia di tipo germanistico.
È bensì vero che le pronunce sin qui emesse da questa Corte hanno privilegiato, al contrario, la fiducia di tipo romanistico, qualificando il rapporto fiduciario come interposizione reale, con acquisto della proprietà in capo al fiduciario ed instaurazione dei rapporti obbligatori tra quest'ultimo ed il fiduciante: ma nessuna di tali pronunce si è interessata "ex professo" di società fiduciarie, vertendo le ipotesi considerate in tema di pattuizioni intervenute tra persone fisiche o nelle quali, comunque, il soggetto fiduciario non rivestiva la specifica qualità di società fiduciaria, ai sensi delle leggi che disciplinano tale tipo di società.
E la distinzione appare di rilievo decisivo.
Come s'è notato, infatti, la società fiduciaria per definizione amministra beni non propri, cioè non riveste, anche nei confronti dei terzi, la qualità di

beni immobili sembra prevalere la figura della fiducia di tipo romanistico, che impedisce ogni coesistenza tra fiduciante e fiduciario nel rapporto con il bene([149]), essendo invero il fiduciario unico e pieno proprietario; nella fiducia relativa a valori mobiliari, viceversa, la scindibilità delle posizioni di titolare e legittimato all'esercizio del diritto, consente il ricorso allo schema germanistico, in cui il fiduciario non è proprietario, ma può esercitare il diritto altrui([150]).

A fronte di questa linea di tendenza, che non sempre trova tuttavia riscontro nella prassi([151]), ci si chiede se vi siano degli indizi normativi e/o di sistema che possano far propendere, in via generale e astratta, per l'utilizzo, nelle diverse fattispecie, dell'uno o dell'altro schema fiduciario. Invero, come accennato, non sembra potersi dare a tale domanda un risposta positiva. Si potrebbe tutt'al più indicare una linea di sviluppo dei negozi fiduciari per la quale nelle ipotesi di fiducia c.d. *legale*([152]) l'ordinamento tende a privilegiare e scegliere lo schema germanistico; nelle ipotesi, viceversa, di fiducia volontaria([153]), lo schema del rapporto tra le parti si modella sul tipo romanistico. D'altronde non potrebbe

---

proprietaria dei beni amministrati. Nello specifico settore dei titoli azionari, poi, l'art. 1, u.c., del r.d. 29 marzo 1942, n. 239, ove dispone che "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", *esclude chiaramente che, nel caso di intestazione fiduciaria di titoli azionari, la società fiduciaria possa essere considerata proprietaria dei titoli stessi".*

([149]) D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano,* Torino, 1965, vol. I, p. 115 ss.

([150]) U. CARNEVALI, v. *Istituzione fiduciaria*, in N. Irti (a cura di), Dizionario di diritto civile, Milano, 1980, p. 458.

([151]) Abbiamo detto, infatti, che l'indagine sul tipo di negozio di volta in volta posto in essere dalle parti non può che essere empirica.

([152]) E qui il riferimento è alle società fiduciarie.

([153]) Cioè in tutte le ipotesi nella quali la fonte della fiducia sia esclusivamente un contratto tra le parti, quale che sia l'obiettivo dalle stesse perseguito.

essere altrimenti in un sistema, quale quello italiano, ove vige il principio del *numerus clausus* dei diritti reali e dove quindi non sembra lasciata libertà alle parti di modellare nuovi tipi proprietari([154]).

4. *La struttura del negozio fiduciario e il contratto fiduciario. Il sinallagma nel contratto fiduciario e la prestazione del fiduciario. Un'ipotesi di "do ut facias". Non riconducibilità del fenomeno alle obbligazioni naturali.*

Alla distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica corrisponde una diversa configurazione strutturale dei negozi fiduciari.

Ed infatti, avendo a modello – per semplicità espositiva – la fiducia dinamica, mentre nella tradizionale configurazione di tipo germanistico, il negozio fiduciario si realizza per il tramite di un unico contratto – condizionato – intercorrente tra fiduciante e fiduciario, con il quale il primo trasferisce al secondo determinati beni, sotto la condizione risolutiva che li amministri secondo il proprio interesse, nel negozio fiduciario di matrice romanistica, i contratti sono sempre due: uno, con efficacia *reale*, di trasferimento di beni dal fiduciante al fiduciario; un secondo, con efficacia meramente obbligatoria, in virtù del quale il fiduciario si obbliga ad amministrare quei beni che ha ricevuto – e dei quali è pieno proprietario – in conformità all'interesse del fiduciante. In quest'ultimo caso, vi saranno dunque due rapporti *paralleli* intercorrenti tra fiduciante e fiduciario: uno di carattere *reale* avente rilevanza esterna e in virtù del quale il fiduciario sarà

([154]) Sul punto, cfr. il successivo par. 9.

proprietario dei beni trasferitigli con efficacia *erga omnes*; un altro, con carattere obbligatorio, avente efficacia meramente interna tra fiduciante e fiduciario, in virtù del quale il fiduciario sarà tenuto ad operare sui beni che gli sono stati trasferiti secondo le istruzioni impartite dal fiduciante, pena il risarcimento del danno([155]).

In ciascuna delle due ipotesi, l'operazione negoziale sembra comunque riconducibile allo schema negoziale del *"do ut facias"*, con la particolarità, tuttavia, che al termine dell'attività promessa, il fiduciario sarà altresì obbligato a trasferire nuovamente il bene al fiduciante, e cioè ad un ulteriore *"des"*([156]). E con ogni ovvio problema – a tal proposito – di mancanza di tutela reale nel nostro ordinamento giuridico – alla stregua delle azioni reipersecutorie tipiche del diritto dei *trust* – per il caso in cui il fiduciario non adempia a tale ulteriore obbligo([157]).

Ciò che è certo, in ogni caso, è che le obbligazioni nascenti dal negozio fiduciario non possono essere ricondotte alla categoria delle c.d. "obbligazioni naturali", connotate da tratti del tutto peculiari e dissimili rispetto ai negozi oggetto del presente studio([158]).

([155]) Ricorda invero G. GIOIA, cit., p. 72 ss., richiamando F. DI MAIO, *Gestione di patrimoni tra società fiduciaria (non iscritta) e s.l.n.* , Le Società, 1994, p. 322 ss., che alcuni – con riferimento all'attività delle società fiduciarie – tendono a distinguere tra negozio fiduciario e contratto fiduciario, considerando negozio fiduciario solo l'ipotesi in cui sussista un passaggio di proprietà di beni dal fiduciante al fiduciario; contratto fiduciario, viceversa, l'ipotesi in cui tale passaggio di proprietà manchi, rimanendo invero i titoli di proprietà del fiduciante.

([156]) A tal proposito è interessante la ricostruzione di C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., Riv. Dir. Comm., 1936, I, p. 378 che riconduce il negozio fiduciario ad una manifestazione negoziale atipica, consistente nel *"dare per avere da riavere"*.

([157]) In proposito, cfr. il successivo par. 8.

([158]) Sulle obbligazioni naturali cfr., per una puntuale ricostruzione della fattispecie, E. MOSCATI, *v. Obbligazioni naturali*, Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, p. 353 e ss.

Ed infatti, sia nell'ipotesi di fiducia germanistica che nell'ipotesi di fiducia romanistica non vi è un semplice dovere morale o sociale di adempimento dell'obbligazione del fiduciario, ma, viceversa, questi è vincolato all'impegno preso, con precise conseguenze giuridiche in caso di inadempimento. In breve, non si ravvisa, nel caso di specie, un'ipotesi per la quale colui che deve ricevere la prestazione – il fiduciante – sarà soddisfatto solo ed esclusivamente nel caso di adempimento spontaneo di colui che deve eseguire la prestazione – il fiduciario – bensì un'ipotesi in cui il creditore della prestazione, se non la ottiene, può comunque agire per il ristoro del pregiudizio subito, quantomeno chiedendo il risarcimento del danno per l'illegittimo comportamento del fiduciario.

Dal che, è evidente come i negozi fiduciari, rispetto alle obbligazioni naturali, abbiano un *quid pluris*, consistente in un vero e proprio obbligo di adempimento della prestazione da parte del fiduciario e come, viceversa, non abbia alcun senso, con riferimento ad essi, parlare di mera irripetibilità della prestazione eseguita.

5. *Introduzione al concetto di causa nel negozio fiduciario. Il problema dei negozi causalmente astratti e l'individuazione della causa del trasferimento fiduciario. La questione dell'utilizzo di un negozio tipico per il raggiungimento di fini diversi e ulteriori: l'adattamento della causa allo scopo. La causa del negozio fiduciario quale funzione economico individuale perseguita dai contraenti.*

Per l'ordinamento italiano la causa è – ma appare invero superfluo ricordarlo – elemento essenziale (*rectius*: requisito) del contratto([159]).

Il principio di causalità, tuttavia, rileva nel nostro ordinamento in maniera più o meno incisiva a seconda del negozio dinanzi al quale ci si trova. La massima espressione dello stesso è da ravvisarsi nei contratti ad effetti reali e, in particolare nei trasferimenti immobiliari, ove alla necessità della forma scritta si accompagna la necessità della giustificazione del trasferimento del bene che deve risultare dal medesimo atto traslativo.

Invero, il nostro ordinamento non ignora del tutto negozi causalmente astratti, ma l'esempio è limitato alle ipotesi espressamente previste dalla legge, tra le quali il negozio cambiario, per il quale è irrilevante la causa giustificatrice del medesimo. Accanto a tali ipotesi, nelle quali si parla di *astrazione materiale*([160]), vi sono i c.d. *negozi astratti*, che alcuni autori([161]) preferiscono chiamare *negozi neutri*, in cui la causa, esistente, non è rinvenibile tuttavia dal tenore degli stessi, bensì solo ed esclusivamente da elementi ad esso esterni. Astrattezza della causa

([159]) Cfr. art. 1325 c.c.
([160]) É ad esempio negozio astratto la cambiale, dal testo della quale non si evince il rapporto sottostante in base al quale la stessa cambiale è stata emessa.
([161]) F. GAZZONI, *Manuale,* cit., p. 826.

significa quindi, in tale accezione, esistenza di una causa che non rinviene la propria compiuta enunciazione nel contesto dell'atto.

Con riferimento ai negozi fiduciari, la configurazione romanistica in chiave di sommatoria tra un negozio traslativo ed uno obbligatorio, ha condotto la dottrina ad interrogarsi sulla possibilità di ricercare la causa del trasferimento – ad es., immobiliare – nell'esistenza di un *pactum fiduciae* volto alla gestione e/o all'amministrazione dei beni fiduciati([162]).

Il negozio di trasferimento dal fiduciante al fiduciario non ha, in effetti, autonoma ragion di essere, per poco che si consideri che tale trasferimento è effettuato esclusivamente in via propedeutica alla realizzazione di uno scopo ulteriore e diverso: lo scopo di amministrazione dei beni fiduciati([163]). Ci si chiede tuttavia se tale scopo di amministrazione sia realmente ciò che giustifica il trasferimento e se, da solo, sia sufficiente a tale scopo. Posto in altra ottica, il problema potrebbe porsi nel senso di chiedersi se tale trasferimento sia invero, oltre che utile, necessario per il raggiungimento del fine di amministrazione dei beni che le parti si propongono ovvero se esistano altri strumenti.

Invero, la costruzione del negozio fiduciario porta ad alcune considerazioni. In primo luogo occorre rilevare che l'intento del fiduciante non è quello di trasferire *sic et simpliciter* i beni al fiduciario, ma di far sì che il fiduciario, per il tramite del trasferimento, possa – su quei beni – compiere operazioni che altrimenti non potrebbe porre in essere. In sostanza, quindi, la causa che si ricerca e che deve giustificare il negozio traslativo in favore

---

([162]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 106 ss.
([163]) O, se abbiamo in mente i negozi fiduciari a scopo di garanzia, la diversa finalità di tutela del creditore.

del fiduciario non è una causa che giustifichi l'acquisto definitivo del bene da parte di questi, bensì una causa che giustifichi l'acquisto temporaneo, con successivo retrotrasferimento del bene al fiduciante, al verificarsi di determinate circostanze([164]). È dunque causa differente dalla compravendita o dalla permuta. È, altresì, causa differente dalla donazione, in cui la liberalità "sostituisce" la controprestazione cui il trasferente ha invece diritto nell'ambito del negozio fiduciario.

Poiché, alla luce delle analisi condotte nei capitoli che precedono, non esistono strumenti *tipici* per il raggiungimento degli scopi prefissati dalle parti di un negozio fiduciario, a nostro avviso è lecito dedurre, dalle seppur sommarie considerazioni che precedono, la conclusione che il negozio astratto di trasferimento dei beni fiduciati trovi la propria causa giustificatrice proprio nel *pactum fiduciae* intercorrente tra fiduciante e fiduciario e consistente, di volta in volta, nell'attuazione di un determinato programma di amministrazione e/o gestione dei beni fiduciati. Di tal che il negozio di trasferimento dei beni si atteggia quale negozio astratto, con causa rinvenibile in un elemento esterno – il negozio obbligatorio – allo scopo del quale si conforma.

Ciò appare, a nostro avviso ancor più vero, se si pone mente non solo alla tradizionale nozione di causa del negozio giuridico, intesa quale funzione economico-sociale del medesimo, bensì alla nozione di causa concreta dello stesso, intesa quale funzione economico individuale. È infatti ovvio che la funzione che le parti intendono perseguire con il negozio fiduciario è data dall'operazione

([164]) Riporta in tal modo il pensiero di Von Thur, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 110.

complessivamente considerata e non dalla considerazione di un suo singolo elemento negoziale – l'elemento reale o quello obbligatorio. Sembra quindi che si possa parlare di *causa fiduciae* in tutti quei casi in cui vi sia un'attribuzione patrimoniale ad un soggetto funzionalizzata al raggiungimento di uno scopo predeterminato tra le parti di un negozio.

In tale ottica, prescindendo dall'esistenza di due distinti negozi, si deve forse considerare il negozio fiduciario nel suo complesso, come unica e univoca operazione diretta al raggiungimento di scopi sorretti da un'unica e identica causa, così evidenziando una corrispondenza tra fine economico perseguito dalle parti e mezzo giuridico utilizzato per il suo raggiungimento([165]). Un negozio tipico, come quello di trasferimento di un bene da un soggetto ad un altro, si piega quindi, per il particolare atteggiarsi della causa che lo contraddistingue – non tipizzata – al raggiungimento di scopi diversi da quelli per il quale era originariamente pensato.

Se, alla luce di tutte le considerazioni appena svolte, si sposta l'attenzione dal piano genetico del negozio al piano della funzione, cogliendo una possibile diversa prospettiva di ricostruzione unitaria del negozio fiduciario, è altresì possibile – ma sul punto ci soffermeremo in un successivo paragrafo appositamente dedicato([166]) – iniziare ad intravedere nel diritto che viene trasferito dal fiduciante al fiduciario qualcosa di diverso dalla proprietà tradizionalmente intesa: una proprietà connotata da un elemento di funzionalizzazione al raggiungimento di un determinato scopo([167]),

([165]) L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 202.
([166]) Cfr. il successivo par. 8.
([167]) L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 203.

la cui essenza sembra potersi riassumere nel concetto di proprietà fiduciaria.

6. *Regime patrimoniale dei negozi fiduciari. La titolarità di una posizione reale del fiduciario nei negozi di tipo romanistico. La separazione e la segregazione patrimoniale. Profili di compatibilità con l'art. 2740 c.c. La potestà di abuso del fiduciario nella dottrina classica quale elemento caratterizzante i negozi fiduciari. La riconduzione della potestà di abuso al concetto generale di abuso del diritto. La non inerenza ai poteri tipici del fiduciario.*

Si è detto che nei negozi fiduciari di tipo romanistico il fiduciario gode di una posizione *reale* che gli consente di comportarsi con i beni ricevuti dal fiduciante *uti dominus*([168]). I beni fiduciati escono dal patrimonio del fiduciante e non sono più aggredibili dai creditori di quest'ultimo. Viceversa, entrano nel patrimonio del fiduciario a pieno titolo e subiscono le vicende di tale patrimonio.

Nella fiducia germanistica, invece, la situazione appare differente, solo che si tenga a mente che i beni fiduciati permangono nella titolarità sostanziale del fiduciante, assumendo il fiduciario una mera legittimazione ad agire sugli stessi *alla stregua* del proprietario.

Invero, non sembra porsi, con riferimento ad entrambe le tipologie di negozio fiduciario, il noto problema di compatibilità con l'art. 2740 c.c. che si è posto con riferimento alle ipotesi di

([168]) Afferma L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 29, che *"il fiduciario acquista la proprietà piena ed irrevocabile dell'oggetto datogli in fiducia (...) ossia diventa proprietario erga omnes, cioè non solo di fronte ai terzi, ma anche di fronte al fiduciante, non solo nel rapporto esterno, ma anche in quello interno"*.

separazione e destinazione patrimoniale ammesse dall'ordinamento italiano([169]).

Ed infatti:

i) se si guarda alla struttura romanistica classica, ci si accorge di non essere di fronte ad una separazione patrimoniale in senso stretto, né di fronte alla creazione di un patrimonio autonomo: i beni fiduciati fuoriescono da un patrimonio per entrare in un altro. Di tal ché a quest'ultimo saranno legati, secondo le norme sulla responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., salvo il risarcimento del danno subito dal fiduciante;

ii) se si guarda alla struttura germanistica, invece, si può certamente scorgere – seppur limitatamente all'ipotesi di fiducia dinamica con gestione di portafogli di investimento – un profilo di separazione patrimoniale che si attua nel patrimonio del fiduciario – che è obbligato a tenere distinti dal patrimonio proprio e da quello di tutti gli altri fiducianti i beni che gli vengono conferiti dal singolo – ma che è previsto dalla legge e dunque perfettamente compatibile con le previsioni del secondo comma dell'art. 2740 c.c.

Il regime patrimoniale come sopra delineato lascia tuttavia trasparire il grande limite che la fiducia – diversa da quella legale e quindi legata allo schema romanistico – ha incontrato alla sua affermazione nel nostro ordinamento giuridico: la potestà di abuso da parte del fiduciario.

([169]) Su cui cfr. Cap. I, par. 2 ss.

Invero, tale potestà di abuso sembra così connaturata all'essenza del negozio fiduciario che si legge in illustre dottrina: *"Sotto questo aspetto bisogna convenire che è veramente caratteristica del negozio fiduciario la potestà di abuso, che corrisponde all'esistenza di un semplice affidamento personale all'accipiente che questi non farà un uso del potere giuridico trasmessogli che sia in contrasto con le finalità economiche per cui gli è trasmesso quel potere"*([170]).

In sostanza, la potestà di abuso consisterebbe nell'eccessivo potere che viene attribuito al fiduciario, in virtù del quale questi può, approfittando della particolare situazione di piena signoria sui beni fiduciati, agire in modo non conforme ai limiti imposti con il *pactum fiduciae.* In tale ottica, quindi, la potestà di abuso sembra tradurre, in termini oggettivi([171]), l'altro elemento che da alcuni([172]) è considerato caratterizzante il negozio fiduciario: la sproporzione tra lo scopo perseguito e il mezzo utilizzato per raggiungere tale scopo([173]), che rispecchia uno scompenso tra lato economico e giuridico del negozio medesimo([174]) e alla quale corrisponde perfettamente la contrapposizione tra il lato reale e il lato obbligatorio del negozio fiduciario.

Ma è davvero così? Può davvero sostenersi che la potestà di abuso sia elemento ontologicamente necessario per l'individuazione di un negozio fiduciario secondo lo schema romanistico? Invero la

---

([170]) C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 355.
([171]) G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 65.
([172]) REGELSBERGER, *Zwei Beiträge*, cit., pp. 518-519; N. COVIELLO, *Donazione: Lezioni di diritto civile,* Siracusa, 1927, pag. 377.
([173]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 25.
([174]) J. KHOLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 1878, p. 141 e F. FERRARA, *Della simulazione*, cit., p. 57.

risposta merita una – seppur breve – riflessione sulla categoria generale dell'abuso del diritto.

Come noto, con abuso del diritto si intende l'utilizzo di un diritto, da parte di un soggetto, in maniera non conforme allo scopo per il quale tale diritto è stato concepito dall'ordinamento giuridico([175]). In sostanza, si ha abuso del diritto quando il suo titolare, pur esercitandolo in maniera formalmente conforme alle regole dell'ordinamento, persegue un fine che contrasta con la *ratio* del diritto medesimo, piegandolo a scopi che risultano, alla luce dell'ordinamento nel suo complesso, illegittimi([176]).

Secondo la giurisprudenza che si è occupata, anche recentemente, della materia, gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto – ricostruiti anche attraverso l'apporto dottrinario – sono i seguenti:

1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;

2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;

3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico;

([175]) Così, *ex multiis*, Cass. Civ. 21 ottobre 2005, n. 20398.

([176]) Recentemente la figura dell'abuso del diritto è stata compiutamente tratteggiata, quale categoria generale, da Cass. Civ. 18 settembre 2009 n. 20106, la quale – in estrema sintesi – giunge alla conclusione che l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.

4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrifico cui è soggetta la controparte.

Orbene, alla luce di tali elementi, è evidente che la categoria dell'abuso del diritto non possa considerarsi *tipica* o *necessaria* di un *determinato* negozio giuridico. Viceversa, l'abuso sembra costituire *lato sensu* un momento patologico nell'esercizio di un diritto, ma riferibile ad ogni diritto che abbia la possibilità di essere esercitato con modalità e finalità tra loro differenti. Dal che, se certamente vi è possibilità del fiduciario di abusare del diritto traferitogli dal fiduciante, non sembra che tale *potestà* possa assurgere al rango di elemento essenziale del negozio fiduciario. A meno di dire che – e non ci sembra questo il caso – nessuna conseguenza vi sarebbe, quantomeno in termini di risarcimento per il fiduciante, nell'ipotesi di inadempimento del fiduciario al *pactum fiduciae*([177]).

([177]) In proposito LIPARI N., *Il Negozio*, cit., p. 106 ss., afferma che: "*In sostanza, se il problema dell'abuso del diritto considera le ipotesi in cui il comportamento del soggetto, astrattamente corrispondente al contenuto della posizione giuridica a lui riconosciuta, secondo gli schemi formali dell'ordinamento, può, nel suo concreto svolgimento, essere considerato illecito, dal punto di vista strutturale la situazione non si presenta diversa da quella che si dice propria del negozio fiduciario: laddove pure un certo comportamento del soggetto, perfettamente corrispondente al contenuto del diritto o del potere di cui egli è stato investito, può dar luogo, nel suo esercizio, ad una responsabilità dell'agente.*
Certo il confronto permette di chiarire differenze essenziali. Perché mentre il problema dell'abuso del diritto riguarda l'apparente scompenso tra il contenuto astratto di una certa posizione soggettiva e i modi del suo esercizio, nel caso della fiducia tale dissonanza si determina, più peculiarmente, in rapporto alle modalità concrete dell'investitura, qualificandosi la posizione del soggetto come diversamente caratterizzata in relazione alla direzione dalla quale la si consideri. Ma ciò non toglie che, nell'una ipotesi come nell'altra, perché possa in pratica parlarsi di abuso, sia necessario commisurare un certo comportamento al contenuto (astratto o concreto) della posizione di titolarità formale della quale il soggetto appare investito. E, in entrambe le ipotesi, il problema nasce dalla difficoltà di ridurre ad un univoco angolo di visuale

Né, d'altronde, ci sembra di poter ravvisare nella potestà di abuso come descritta dalla dottrina classica([178]) la manifestazione esteriore dell'ulteriore connotato della sproporzione tra mezzo e scopo del negozio fiduciario. Se, infatti, si sposta l'attenzione al dato oggettivo, per il quale il trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario appare *essenziale* per il raggiungimento dello scopo

---

l'autonomia di un comportamento che, pur apparentemente (o formalmente) corrispondente al contenuto del diritto, in sostanza dà luogo – proprio in rapporto a quell'atto di esercizio di potere – ad un giudizio di responsabilità.
Se potesse, per ciò solo, dirsi, già in sede di descrizione morfologica del fenomeno, o addirittura di logica del linguaggio in rapporto al significato tecnico dei termini adoperati, che laddove è possibile parlare di abuso si è fuori dall'ambito del diritto e che quindi la posizione del fiduciario non potrebbe risolversi in una titolarità formale (quale che sia poi la qualificazione tecnica da dare ad essa per il nostro sistema), il problema sarebbe risolto nel suo stesso porsi o, per meglio dire, sarebbe in partenza radicalmente negato.
Da questo generico punto di vista, così come appare contraddittorio parlare di abuso del diritto proprio perché il diritto o è riconosciuto al soggetto nella completezza dei suoi attributi (ed allora il suo esercizio, se può risolversi in un danno per gli altri, tuttavia non può configurare una responsabilità per il suo titolare e non può dar luogo quindi ad un abuso), ovvero arriva – fino ad un certo limite oltre il quale il giudizio di illiceità si giustifica non più tuttavia come abuso bensì come eccesso dal (confine del) diritto, non altrimenti, in tema di fiducia, appare difficile combinare, in capo al medesimo soggetto, in ordine ad uno stesso comportamento, una libertà di determinazione del titolare (potestà) con un giudizio di responsabilità per l'attività pur contenuta entro i limiti di quella posizione soggettiva (abuso). Onde – in sede costruttiva – il c.d. negozio fiduciario non sembrerebbe potersi sottrarre alla seguente alternativa: o si limita obiettivamente la posizione subiettiva del fiduciario di guisa che la sua titolarità apparirà (simulata, temporanea, o condizionata ma comunque) tale che l'esercizio di essa oltre i confini di quella limitazione possa effettivamente configurare un abuso, ovvero si esclude che il comportamento del soggetto, nei limiti obiettivi della sua investitura formale, possa dar luogo ad un qualsiasi obbligo giuridico. E, per la verità, non si può davvero negare che la difficoltà che conduce alle strettoie di tale alternativa sia stata avvertita – in maniera più o meno sensibile – dalla nostra dottrina. La stessa pretesa di esclusione della c.d. fiducia di tipo germanico dalla nostra attuale esperienza giuridica, a parte quanto più sopra si è detto, non si giustifica se non sulla base della impossibilità di configurare una "potestà di abuso" laddove il potere conferito appaia limitato per effetto del normale operare degli strumenti formali.".
([178]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 25 ss.

fiduciario perseguito, la sproporzione tra mezzo e scopo si rivela finanche inesistente([179]).

7. L'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo quale elemento morfologico dei negozi fiduciari. Critica: l'elemento fiduciario quale elemento di equilibrio tra mezzo e scopo. La diversa prospettiva della impossibilità di raggiungimento dello scopo con mezzi diversi.

Lo scopo o fine ultimo del negozio fiduciario non è, come per altri negozi([180]), predeterminato. Il negozio fiduciario può essere infatti utilizzato dalle parti per il raggiungimento di risultati ben diversi tra loro, quali la realizzazione di un programma di investimenti, di opere di bene o il perseguimento di un interesse di protezione patrimoniale, ecc.

Come si è accennato nel paragrafo che precede, tradizionalmente, con riferimento al negozio fiduciario di matrice romanistica, si è parlato di *sproporzione tra il mezzo e lo scopo perseguito*. Invero, l'idea di sproporzione nasce dalla particolare configurazione del negozio fiduciario romanistico come insieme di due negozi collegati, nel quale uno, il negozio reale di trasferimento dei beni fiduciati, sembra essere qualcosa di più rispetto a quanto voluto dalle parti. Ed infatti, come già sottolineato nel presente capitolo([181]), così come la causa del negozio traslativo dei diritti dal fiduciante al fiduciario non può essere rinvenuta nella *tipica* causa dei negozi di trasferimento, così il fine perseguito dalle parti con tale negozio non è quello di far sì che altri acquisti la proprietà di

([179]) Cfr. il successivo par. 7.
([180]) Si pensi ai negozi tipici, utilizzati conformemente allo schema che la legge fornisce degli stessi e per i fini che a tali schemi sono connaturati.
([181]) Cfr. il precedente par. 5.

una cosa, bensì di consentire che altri amministri tale cosa secondo proprie e specifiche istruzioni ovvero secondo i dettami del *pactum fiduciae*.

La caratterizzazione dei negozi fiduciari in termini di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo è stata oggetto di approfondita indagine da parte dei principali autori che si sono occupati del tema fiduciario.

Da un lato, vi è chi, sulla scia della tradizione, ha sostenuto che l'essenza dei negozi fiduciari sia *"nella contrapposizione tra mezzo e scopo; il mezzo eccede lo scopo"*([182]). Tale eccedenza troverebbe espressione nella circostanza che, contrariamente a quanto voluto dalle parti sul lato economico, il fiduciario acquista la piena proprietà della cosa e *"ha il potere giuridico di disporre come crede del diritto trasmessogli, in quanto pieno titolare"* del medesimo([183]), così potendo concretamente frustrare il fine originariamente perseguito dal fiduciante([184]). In sostanza, distinguendo tra lato giuridico e lato economico del rapporto fiduciario, l'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo sarebbe *ictu oculi* riscontrabile, in quanto il fine economico perseguito dal fiduciante non sarebbe quello di un trasferimento patrimoniale pieno, bensì di un trasferimento funzionale al raggiungimento di uno scopo ulteriore e diverso: il negozio presenterebbe quindi elementi di disomogeneità tra intenti giuridici ed economici perseguiti dalle parti.

([182]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 25 ss.
([183]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 26.
([184]) Per una ricostruzione del negozio fiduciario in termini di negozio che presenta una sproporzione tra mezzo e scopo perseguito, cfr. anche FERRARA, *I negozi fiduciari*, in Scritti in onore di V. Scialoja, Milano, 1905, II, p. 745 ss., che riprende le direttrici in tal senso delineate dalla dottrina tedesca di inizio Novecento.

Secondo altri, invece, il negozio di trasferimento del bene al fiduciario, sarebbe voluto non solo nei suoi effetti giuridici, bensì anche da un punto di vista economico([185]): il risultato da ultimo perseguito dalle parti non potrebbe infatti essere raggiunto se non nella considerazione dell'operazione fiduciaria complessivamente considerata. E il trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, lungi dall'essere un *quid pluris* che pone quest'ultimo in una posizione più ampia di quanto necessario al perseguimento del fine avuto di mira dalle parti, sarebbe, invero, l'unico strumento sufficiente (e, aggiungerei, necessario) al raggiungimento del fine medesimo([186]). Dal che la disomogeneità tra lato giuridico e lato economico dei negozi fiduciari si risolverebbe semplicemente nella considerazione che *"in tutti questi negozi si conferisce al fiduciario un'attribuzione patrimoniale (e, in generale, una titolarità di diritti) che per sua natura è definitiva, mentre sarebbe più congruo all'intento economico delle parti che l'attribuzione patrimoniale fosse piena si, ma solo provvisoria, di modo che, esaurito o venuto meno lo scopo, il fiduciante o il beneficiario fossero reinvestiti o investiti di quella titolarità di cui si intese invece investire* pro tempore *il fiduciario"*([187]).

Nella considerazione del negozio fiduciario, quale negozio realmente e interamente voluto dalle parti, si deve dunque partire dal dato che la volontà di queste copre non solo il fine ultimo cui il negozio tende, ma altresì l'intera operazione negoziale nel *modo*

([185]) T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali,* Città di Castello, 1930, pp. 11-12.
([186]) Cfr. in tal senso C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 348 ss. che analizza tale circostanza partendo da esemplificazioni pratiche e traendo la conclusione che, in ciascuna di esse il mezzo utilizzato sia, da ultimo, l'unico strumento utilizzabile per il raggiungimento dello scopo perseguito dalle parti.
([187]) C. GRASSETTI, in *Del negozio*, cit., p. 354.

con la quale è costruita, unico *modo* idoneo al raggiungimento di tale fine([188]).

In questa ottica, alla stregua di quanto già detto a proposito della causa del negozio fiduciario, è possibile ravvisare l'unicità dell'operazione negoziale nel suo complesso, abbandonando quindi l'idea che possa sussistere una sproporzione tra mezzo e scopo perseguito dalle parti che, invero, non devono essere esaminati l'uno – il mezzo – con riferimento al negozio traslativo di diritti e l'altro – lo scopo – con riferimento al negozio obbligatorio limitativo del potere del fiduciario, bensì come entrambi concatenati ad una unica fattispecie complessa, di per sé necessaria e sufficiente per la concreta realizzazione degli interessi delle parti.

8. *Le diverse necessità di tutela del fiduciante sul "lato interno" e sul "lato esterno" del rapporto fiduciario. La diversa intensità di tutela. La natura obbligatoria della tutela del fiduciante quale tutela inerente al negozio fiduciario.*

Sulla base dell'analisi fin qui condotta, è agevole dedurre che il problema della diffidenza che la dottrina ha dimostrato esistere nei confronti del negozio fiduciario e che ha condotto nel tempo ad una scarsa utilizzazione del medesimo – eccezion fatta per i casi di fiducia legale – attiene alla tutela del fiduciante contro l'abuso del fiduciario.

([188]) N. LIPARI, *Il Negozio*, cit., pp. 96 e 103, ove si legge: *"(...) a nostro modo di vedere – la formula della divergenza tra mezzo e scopo non è idonea, al di là della sua stessa imprecisione terminologica, ad individuare l'elemento caratterizzatore della fiducia, nemmeno nel senso romanistico dell'espressione (...)"*.

In altre parole, il timore per l'utilizzo di un negozio fiduciario nasce dalla circostanza che il fiduciante rischia, con l'affidamento fiduciario, di perdere definitivamente il bene affidato in relazione al quale il fiduciario potrebbe ben compiere atti di disposizione in violazione del *pactum fiduciae*, senza che l'ordinamento preveda alcuna forma di tutela reale([189]), sulla falsariga delle azioni reipersecutorie previste dall'ordinamento inglese in tema di *trust*([190]).

Quanto appena detto è la normale conseguenza dell'impostazione classica dello studio dei negozi fiduciari che contempla un passaggio della piena proprietà dei beni fiduciati: di tali beni, il fiduciario *"acquista la proprietà assoluta, ossia diventa proprietario* erga omnes, *cioè non solo di fronte ai terzi, ma anche di fronte al fiduciante, non solo nel rapporto esterno, ma anche in quello interno"*([191]).

In sostanza, se si individuano due *lati* del rapporto fiduciario, un lato interno – che mette in relazione il fiduciante e il fiduciario – e un lato esterno – che mette in relazione il fiduciario con i terzi – è evidente che il pieno passaggio della proprietà dal fiduciante al fiduciario si riverberi in entrambe le sfere di relazione. Di tal che, il fiduciario sarà pieno proprietario tanto nei confronti del fiduciante

---

([189]) S. MAZZAMUTO, *La Fiducia,* cit., p. 619, rileva come *"nella visione tradizionale il presupposto dell'acquisto di una piena e vera titolarità da parte del fiduciario non consente effetti limitativi reali (...) In questa prospettiva gli acquisti dei terzi neppure propongono un problema di rilevanza della loro "mala fede", nel senso di conoscenza dell'interposizione, perché se il fiduciario interposto è vero titolare il loro acquisto è incontestabile quand'anche sia una partecipazione all'abuso. Cosicché contro i terzi il fiduciante non avrebbe né azione reale (rivendicazione) né possibilità di contestare l'acquisto come acquisto* a non domino *(se in mala fede), né azione personale (risarcimento).*

([190]) Ci riferiamo qui, in particolare al rimedio del *tracing* che consente al beneficiario del *trust* di recuperare i beni alienati a terzi del *Trustee*, in violazione delle disposizioni a questo impartite con la costituzione del *trust*.

([191]) L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., pp. 29-30.

– potendo quindi disporre a proprio piacimento dei beni ricevuti – quanto nei confronti dei terzi, potendo con questi validamente contrarre ogni tipo di obbligazione inerente i beni stessi. D'altronde, per l'impostazione dottrinaria classica in tema di proprietà, una diversa conclusione, che comporterebbe l'ipotizzare l'esistenza di una proprietà relativa o meramente formale, è un'impossibilità giuridica([192]).

La tutela che – nell'impostazione classica del problema – riserva l'ordinamento interno al fiduciante sembra quindi essere di natura meramente obbligatoria e trova la propria concretizzazione solo ed esclusivamente nella possibilità di azione risarcitoria per equivalente monetario([193]). Circostanza che, come ovvio, frustra eccessivamente la possibilità di utilizzazione del negozio fiduciario nella pratica quotidiana, relegandolo in angusti spazi.

Orbene, tale impostazione, dovuta principalmente al rispetto del dogma dell'esistenza del *numerus clausus* dei diritti reali, quale pietra miliare e fondante del sistema giuridico italiano, può forse trovare, in ragione della tendenza alla specializzazione del patrimonio evidenziata nel primo capitolo del presente lavoro e dei recenti interventi normativi in tale direzione, una diversa considerazione e valutazione, che tenti di restituire spazio di operatività e funzionalità al negozio fiduciario. Tale direzione richiede che la presente ricerca passi per l'analisi della portata dell'art. 2645-*ter* c.c. che introduce la trascrivibilità e quindi

---

([192]) Così L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 30, che rimanda a LANG, *Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte*, Arch. f. die Civ. Prax., LXXXIII, 1894, p. 343-344 e P. F. WERTHAUER, *Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des Dolus im. deutschen Wr.*, Zeitscrift f. das priv. und öff. Recht, XIII, 1886, p. 662.
([193]) Cfr. Cass., 29 novembre 1985, n. 5958.

l'opponibilità a terzi degli atti di destinazione patrimoniale, nonché attraverso l'analisi e, ove possibile, il superamento, della teoria che vede tutt'oggi esistente nell'ordinamento interno il citato dogma del *numerus clausus* dei diritti reali.

9. *Il limite esterno del numerus clausus e della tipicità dei diritti reali. Dottrina classica e teoria dell'inesistenza del principio del numerus clausus. La pretesa inammissibilità per il nostro ordinamento di una proprietà temporanea.*

L'art. 832 c.c. definisce il diritto di proprietà come *"il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico"*.

Senza alcuna pretesa di esaustività, giacché sulla proprietà (e sulle proprietà) è stato scritto da molti([194]), è sufficiente ai nostri fini ricordare che la concezione moderna della proprietà, come diritto assoluto e illimitato affermatosi nel nostro ordinamento giuridico, affonda le proprie radici nella tradizione giuridica liberale ove, contrariamente alla precedente impostazione feudale, *"al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l'impero"*([195]). La proprietà, a seguito delle rivoluzioni liberali, si afferma dunque come diritto libero da pesi da chiunque imposti, a fruizione esclusiva del titolare e caratterizzato dalla perpetuità. Come diritto al quale non possono, in linea di principio, essere imposti vincoli

---

([194]) Cfr., *ex multiis*, R. SACCO, *La proprietà*, Torino, 1968; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di prorietà. Artt. 832-833,* Giuffré, 1994; U. NATOLI, *la Proprietà: appunti delle lezioni*, Giuffré, 1965; G. ALPA, A. FUSARO (a cura di), *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, Antezza, 2011.
([195]) Cfr. Code Napoléon del 1804.

pubblici né, tantomeno, vincoli privati, che non vadano nel solco di ciò che è espressamente consentito dalla legge.

Su questa tradizione si basa il principio della tipicità cui abbiamo più volte accennato nel presente lavoro ed in base al quale a nessuno è concesso di costituire diritti reali – e tantomeno diritti di proprietà – diversi da quelli che il nostro ordinamento espressamente contempla. Tale principio che, ad avviso di gran parte della dottrina([196]), è a tutt'oggi valido, si basa da un lato sulla necessità di tutela dei terzi che di fronte a situazioni soggettive reali hanno doveri di astensione che non possono che discendere dalla legge e non da un atto di autonomia altrui; dall'altro, sulla necessaria tipicità degli atti suscettibili di trascrizione, che la legge impone per ovvie esigenze di tutela della certezza dei traffici giuridici.

Con riferimento ai negozi fiduciari, il limite del *numerus clausus* dei diritti reali come sopra individuato è stato oggetto di analisi da parte di tutti gli studiosi che si sono occupati dell'argomento. In effetti, il problema si è posto, come abbiamo accennato nel paragrafo che precede, proprio in ragione della possibilità o meno di intravedere, per il fiduciante, una tutela in più rispetto a quella obbligatoria scaturente dalla configurazione classica del negozio fiduciario quale combinato di negozio traslativo ad effetti reali e negozio limitativo ad effetti obbligatori.

([196]) In tal senso, cfr. L. BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Milano, 1943; G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1965, P. 945 SS.; C. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale,* Milano, 1977; in senso contrario, invece, cfr. U. MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali a autonomia contrattuale*, in studi in onore di Cesare Grassetti, I, Milano, 1980.

Il dibattito si è in principio concentrato sulla possibilità di configurare una proprietà di durata: una c.d. proprietà temporanea, in virtù della quale il fiduciario divenga sì pieno proprietario della cosa, ma *ad tempus*. In proposito, se si sono levate voci favorevoli all'ammissibilità di una tale particolare forma proprietaria([197]), la dottrina maggioritaria([198]) la ritiene non ammissibile nel nostro ordinamento giuridico sulla scorta della considerazione che ammettere la proprietà temporanea di un soggetto vorrebbe dire, al contempo, ammettere un *"diritto di proprietà a termine iniziale di altri sulla stessa cosa ed a ciò osta il principio* ne inveniantur uno eodemque tempore due domini in solidum, unus vere et alter ficte"([199]). Peraltro, si è anche sostenuto che, su altro piano di riflessione, qualora l'ordinamento giuridico tutelasse la posizione del fiduciante con strumenti di coercizione legale che assicurino una tutela reale, non potrebbe più parlarsi di fiducia in senso proprio, ma ci si troverebbe di fronte ad una vera negazione del negozio fiduciario([200]).

Invero, a nostro avviso, correttamente argomenta chi sostiene che *"Una tale impostazione finisce con il confondere il piano strutturale e quello funzionale"*([201]) del negozio fiduciario. Se infatti aderiamo all'impostazione unitaria del negozio fiduciario e

---

([197]) M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, Il Circolo giuridico, 1930, fasc. 2, il quale parla di proprietà temporanea nel caso di *"proprietà accompagnata da una limitazione di tempo aggiunta, predeterminata e inerente al diritto."*.
([198]) C. GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 354 ss.
([199]) Sempre C. GRASSETTI, *Del negozio*, loc., cit., continua questa riflessione testualmente: *"Per non dire poi che la facoltà di trasmettere ad altri un diritto di proprietà con apposto un termine estintivo avente efficacia reale anche contro i terzi implica problemi assai gravi circa la tutela dei terzi e i c.d. indici di circolazione."*.
([200]) C. GRASSETTI, *Il Negozio fiduciario nel diritto provato,* Fiducia, Trust, mandato ed agency, Giuffré, 1991, p. 5 ss.
([201]) L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 221.

consideriamo quale suo elemento essenziale il perseguimento di uno scopo, in *funzione* del quale sono posti in essere tanto il negozio traslativo quanto il negozio obbligatorio, ci accorgiamo come l'eventuale diversità di tutela assicurata al fiduciante – che gioca sul piano della struttura dell'operazione e non della funzione – non possa alterarne la natura. Ed invero, è evidente che il rimedio predisposto dall'ordinamento a tutela del fiduciante vale ad *"escludere il solo affidamento circa il ritrasferimento del diritto al fiduciante, ma non l'affidamento circa il compimento delle attività di amministrazione e gestione demandate al fiduciario"*([202]).

Tuttavia, superato il problema teorico della qualificazione della fattispecie come negozio fiduciario anche per il caso in cui l'ordinamento predisponga una tutela reale, permane il problema di incompatibilità della creazione, ad opera dell'autonomia privata, di una proprietà limitata nel tempo. Problema che, se alcuni hanno tentato di risolvere affermando che invero, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina tradizionale([203]), la proprietà temporanea non vedrebbe la coesistenza di due proprietari *in solidum*, bensì l'alternarsi di due soggetti che, in momenti differenti, sono proprietari unici e assoluti([204]), sembra ancora contrastare con l'irrinunciabile dogma della perpetuità del diritto di proprietà cui solo la legge – come peraltro accade in diverse ipotesi, quali, ad es., il caso della multiproprietà – sembra poter derogare.

Negli anni sessanta la dottrina che si è occupata del limite ha iniziato a porre in evidenza una distinzione tra concetto di numero chiuso dei diritti reali e tipicità, attenendo il primo "*alla esclusività*

([202]) L. SANTORO, *Il Negozio*, loc. cit.
([203]) B. BRUGI, *Della proprietà I*, Napoli, 1923, p. 133.
([204]) L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 231.

della fonte" e il secondo *"alla determinazione del contenuto"* del diritto([205]). Sulla scorta di tale distinzione, si è detto([206]) che se all'autonomia privata non è concesso di coniare nuovi diritti reali, ciò non vuol dire che i privati debbano, nello scegliere un diritto reale predisposto dall'ordinamento, utilizzarlo nella sua completezza, senza poterne modificare in alcun modo la struttura. Tale impostazione, tuttavia, non convince, per poco che si consideri che non avrebbe alcun senso lo stesso principio del *numerus clausus* se si considerasse di pertinenza della legge il solo compito di fissare il *nomen iuris* di una fattispecie, lasciando poi ai privati la facoltà di *riempire* a piacimento tale cornice.

Invero, senza scendere nel dettaglio delle discussioni dottrinarie sul tema, il fondamento normativo del limite del *numerus clausus* dei diritti reali è rintracciato negli artt. 1372 e 1322 c.c.

In breve: l'art. 1372 c.c., nello stabilire che il contratto ha *"forza di legge tra le parti"*, viene interpretato argomentando *a contrario* nel senso che solo ed esclusivamente la legge – e non la fonte pattizia – può creare diritti reali, quali diritti dotati di assolutezza e, conseguentemente, di efficacia *erga omnes* (e non solo *inter partes*)([207]); l'art. 1322 c.c. viene anch'esso considerato come norma che sancisce il principio di tipicità dei diritti reali, ove consente alle parti piena autonomia negoziale, ma nei *"limiti imposti dalla legge"*. E, in tale ottica, viene letto anche l'art. 42, c.

([205]) C. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977.
([206]) P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, p. 38.
([207]) Sul punto confronta, con diverse sfaccettature: L. BARASSI, *Diritti reali e possesso,* I, Milano, 1952, p. 51; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, p. 161. In senso opposto confronta invece F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 69 ss., secondo il quale il dovere dei terzi di rispettare – non ingerendovisi – le situazioni giuridiche altrui vale tanto per le situazioni reali quanto per quelle obbligatorie.

2 della Costituzione, nella parte in cui sancisce una riserva di legge per l'acquisto, il godimento e i limiti alla proprietà([208]).

Ad oggi, non vi è unanimità di dottrina in merito all'esistenza – o quantomeno alla permanenza – nel nostro sistema giuridico del principio del *numerus clausus* dei diritti reali. Invero, da ultimo, studiosi che si sono occupati dell'argomento proprio con riferimento al negozio fiduciario([209]) sono giunti a sostenere che tale principio sarebbe solo un vecchio retaggio dogmatico che, alla luce di argomentazioni sistematiche, nonché dell'evoluzione della proprietà nel senso di creazione di nuovi *tipi* proprietari, non potrebbe ad oggi considerarsi vigente. Altri, invece, ancora sostengono che il principio di tipicità dei diritti reali sia tanto radicato nell'ordinamento italiano da essere irrinunciabile([210]).

La presente ricerca non tenta di dare una soluzione a questa annosa disputa. Si pone, tuttavia, l'obiettivo di superare il problema del limite del numero chiuso dei diritti reali per la configurazione di un negozio fiduciario che tuteli adeguatamente il fiduciante dalla potestà di abuso del fiduciario.

10. *L'art. 2645-ter c.c. e il dibattito sulla sua portata di norma sull'opponibilità o norma sulla fattispecie.*

L'art. 39-*novies* del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 (c.d. decreto milleproroghe) convertito, con modificazioni, in L. 26 febbraio 2006, n. 51, ha introdotto nel sistema giuridico interno l'art. 2645-

([208]) In tal senso A. NATUCCI, cit., p. 171, il quale sottolinea come in fondo creare diritti reali equivalga a limitare il diritto di proprietà.
([209]) L. SANTORO, *Il Negozio*, cit., p. 236 ss.
([210]) Cfr. il precedente par. 9, nt. 195.

ter c.c., rubricato *"Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche"*, che testualmente recita:

"Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.".

Come accennato nel primo capitolo del presente lavoro([211]), l'introduzione di una norma relativa all'opponibilità degli atti di destinazione in generale nel nostro ordinamento sembra essere il punto d'arrivo naturale del lento percorso di evoluzione normativa che, negli ultimi anni, sulla scia degli ordinamenti esteri e dietro impulso dell'Unione Europea, si è mosso nella direzione della crescente specializzazione dei patrimoni. Tuttavia, l'art. 2645-*ter* c.c. sembra costituire qualcosa in più di una semplice norma sull'opponibilità. Ed infatti, nonostante la collocazione nel Libro

([211]) Cfr. capitolo. I, par. 3.

VI del Codice civile relativo alla tutela dei diritti, ed in particolare nel Capo I sulla trascrizione degli atti relativi ai beni immobili, la sola lettura delle previsioni in essa contenute inducono a ritenere la disposizione quale vera e propria norma "sulla fattispecie", seppur non sufficientemente dettagliata([212]). D'altronde, l'art. 2645-*ter* c.c. sembra fornire indici inequivocabili che identificano i requisiti di validità del vincolo ed i presupposti del titolo([213]) e che, seppur in misura minima, sembrano tipizzare una fattispecie di destinazione rilevante per l'ordinamento giuridico([214]).

Se questo fosse il caso, sarebbe lecito chiedersi se ed in che modo, una norma, che introduce un generale principio di opponibilità a terzi della destinazione, possa avere rilievo per la disciplina dei negozi fiduciari. La ricerca di una risposta a tale domanda richiede, tuttavia, un accurato confronto tra negozio fiduciario e negozio di destinazione che non può che passare per una preliminare e breve analisi della struttura e della funzione di quest'ultimo che ne colga – seppur negli aspetti essenziali – la portata.

10.1. *(Segue) Il dato strutturale del negozio di destinazione.*

Da un punto di vista prettamente strutturale – e senza voler eccessivamente scendere nel dettaglio, lavoro che esulerebbe dalla

---

([212]) F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.,* Giust. civ., 2006, p. 165 ss.;
([213]) R. QUADRI jr., *L'Art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione,* Contr. Impr., 2006, 6, p. 1729.
([214]) Sul concetto di rilevanza della destinazione vedi S. MEUCCI, *La destinazione dei beni tra atto e rimedi,* Giuffré, Milano 2009, p. 157 ss.

presente ricerca – l'art. 2645-*ter* c.c. presenta una fattispecie connotata dai tratti peculiari che si riportano di seguito, unitamente a qualche breve riflessione:

i) ai fini della costituzione del vincolo di destinazione sembra essere sufficiente un atto unilaterale, posto che, in generale, il potere di destinazione del bene spetta al proprietario, così come desumibile dall'art. 817, comma 2, c.c.([215]). Parte della dottrina tuttavia sostiene che l'atto di destinazione debba necessariamente avere struttura bilaterale poiché l'articolo 2645-*ter* c.c. non integrerebbe la riserva di legge prevista dall'art. 1987 c.c. per legittimare la promessa unilaterale. D'altronde, vi sarebbe un'insormontabile differenza tra vincolo di destinazione e promessa unilaterale: se nel primo, infatti, la giustificazione della destinazione deve risultare quale *expressio causae* ed è suscettibile di valutazione di meritevolezza, nella seconda la giustificazione della promessa non necessita di specifica indagine ed è "sostituita" dalla previsione di tipicità([216]);

ii) l'atto del quale è ammessa la trascrizione deve avere "forma pubblica". Premesso che la forma pubblica non sembra richiesta ai fini della validità del negozio di destinazione([217]), ci si chiede quale sia la *ratio* di tale previsione, dal momento che l'art. 2657 c.c. considera

---

([215]) G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* Riv. dir. civ., 2006, fasc. 2, pt. 2, p. 165.
([216]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 173.
([217]) in tal senso G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 161 ss., ma *contra* F. GAZZONI, *Osservazioni*, p. 172, per il quale la forma pubblica è richiesta a pena di nullità, essendo l'atto di destinazione vicino, sul piano funzionale, a quello di fondazione.

sufficiente per la trascrizione la più semplice scrittura privata autenticata, non richiedendo, viceversa, la forma solenne. La risposta è da trovare nell'esigenza della massima protezione delle parti nel compimento di atti particolarmente delicati come quelli in discussione, che può essere garantita solo tramite l'indagine del notaio sulla loro reale volontà;

iii) la destinazione, come tipico anche dei negozi fiduciari in generale, può avere una natura dinamica o statica, inserendosi o meno in un contesto circolatorio. Nel primo caso, i beni risultano vincolati ad un determinato scopo, ma non vi è passaggio di proprietà degli stessi dal conferente al gestore. Nel secondo caso, di contro, la proprietà del bene viene trasferita ad un terzo gestore che attuerà il vincolo di destinazione in favore del beneficiario, venendo quindi in rilevo, in tale fattispecie, la *causa fiduciae* tipica dei negozi fiduciari([218]);

iv) la destinazione patrimoniale presuppone, quale necessaria, la presenza di un gestore del bene. Questi potrà essere il conferente che si sia riservato la facoltà di gestione, il beneficiario del vincolo di destinazione, ovvero un terzo appositamente nominato, c.d. attuatore([219]). Nel primo caso, il controllo sull'attuazione del vincolo di destinazione spetterebbe al beneficiario. Nel secondo caso, spetterebbe invece al conferente, fermo restando che, in tale ipotesi, potrebbe trattarsi di

([218]) R. QUADRI jr., *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli 2004, p. 284.
([219]) M. BIANCA, M. D'ERRICO, A DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione (l'art. 2645 ter del c.c.)*, Milano 2006, p. 31.

solo controllo sul *quomodo* della destinazione e non sull'*an*, posto che l'inerzia del beneficiario non sarebbe sanzionabile, ma porterebbe semplicemente al venir meno della giustificazione causale del vincolo ed alla sua conseguente cessazione. Nel terzo caso, si configurerebbe un contratto di mandato tra il disponente ed il c.d. attuatore che si affiancherebbe al vincolo di destinazione. Il rimedio contro eventuali inadempienze sarebbe dunque quello dell'*actio mandati*([220]);

v) nel caso di vincolo di destinazione accompagnato dal trasferimento dei beni, in cui sembra sussistere un elemento fiduciario([221]) si pongono i problemi: a) dell'eventuale inclusione del bene nel regime di comunione legale del gestore/fiduciario con il proprio coniuge; b) dell'inclusione del bene nell'asse ereditario del gestore/fiduciario alla morte di questi; c) di cosa accada in caso di fallimento del gestore/fiduciario. Quanto alla prima ipotesi, si è detto che la proprietà fiduciaria (se di questa si tratta in caso di destinazione), come gli acquisti strumentali e non definitivi in generale, non entra nella comunione legale dei beni([222]). Quanto alla seconda ipotesi, in assenza di disposizioni di legge che lo escludano, sembra potersi affermare che gli eredi del gestore/fiduciario subentrino nella proprietà dei beni vincolati. Ciò comporta tuttavia notevoli inconvenienti in relazione alla possibile inesistenza di un rapporto di

([220]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 175.
([221]) Sul punto cfr. il successivo par. 11.
([222]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 168.

fiducia tra gli eredi ed il beneficiario, nonché al coordinamento con il disposto dell'art. 1722, comma 4, c.c., qualora si opti per la ricostruzione del negozio quale mandato. Quanto alla terza ipotesi: *quid iuris* dei beni vincolati? Dal coordinamento tra l'art. 2645-*ter* c.c. e l'art. 45 della legge fallimentare, può desumersi come, a seguito della trascrizione dell'atto di destinazione, operi la separazione dei beni ai fini concorsuali, con conseguente esclusione degli stessi dal fallimento;

vi) i beneficiari del vincolo di destinazione devono essere soggetti determinati o comunque determinabili. Si ammette quindi che beneficiario sia anche chi non è ancora nato, né concepito, purché sia individuabile quale figlio di una persona vivente al momento della morte del testatore([223]). Si ammette inoltre la possibilità di c.d. *doppia destinazione*, cioè di destinazione prima in favore di un determinato beneficiario e, alla morte di questi, in favore di un secondo, purché il tutto avvenga nel limite temporale – 90 anni – dettato dalla norma([224]).

Fermo restando quanto precede, il dato strutturale della norma mette poi in evidenza alcune disomogeneità delle quali non è semplice dar conto e non risolve, viceversa, alcuni interrogativi che pure gli studiosi si sono posti.

Così, ultronea risulta l'elencazione, tra i possibili beneficiari del vincolo, delle persone con disabilità e delle pubbliche amministrazioni. Non si coglie infatti l'esigenza di tale specificazione, essendo comunque espressamente contemplati tra i

([223]) In tal senso depone l'art. 462, c. 3 c.c.
([224]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 170.

beneficiari *"qualsiasi altra persona fisica o ente"*([225]). E, ancora, non si coglie la necessità del limite temporale dei novanta anni quando riferito al vincolo di destinazione in favore della pubblica amministrazione: se *ratio* della previsione è quella di evitare ipotesi di "manomorta" e, più in generale, di immobilizzazione della proprietà per un eccessivo periodo di tempo, non si ritiene che un tal pericolo ricorra qualora dal bene tragga vantaggio una pubblica amministrazione che, secondo il proprio ruolo, destinerebbe il bene in via stabile e duratura al servizio della collettività.

Quanto alla posizione del beneficiario, la norma non specifica se la stessa sia cedibile a terzi o meno. A tal proposito, nel silenzio dell'ordinamento sembra necessario rifarsi ai principi generali in tema di interpretazione dei negozi giuridici: i diritti dei beneficiari saranno disponibili nella misura in cui non esista, con riferimento alla figura del beneficiario individualmente considerato, l'elemento dell'*intuitus personae* quale caratterizzante il vincolo di destinazione.

Quanto alla tassatività o meno dell'elencazione di beni di cui all'art. 2645-*ter* c.c., anch'essa non specificata dalla norma, la dottrina prevalente ritiene che la disciplina sostanziale dalla stessa dettata possa applicarsi anche a beni non espressamente ivi contemplati, purché il vincolo su tali beni sia suscettibile di idonea pubblicità([226]).

([225]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 176.
([226]) G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione degli atti di destinazione*, Riv. dir. civ., 2007, fasc. 1, pt. 1, 1 ss.

10.2. *(Segue) Il dato funzionale del negozio di destinazione.*

In punto di funzione che la norma tende a perseguire, l'art. 2645-*ter* c.c. lascia all'autonomia privata l'individuazione delle possibilità concrete del suo utilizzo: sembra autorizzare la costituzione di vincoli di destinazione atipici, con l'unico limite della meritevolezza dell'interesse perseguito. La dottrina si interroga, dunque, su quale sia la reale consistenza di tale limite.

Il richiamo all'art. 1322, comma 2 c.c., rischia di perdere ogni significato se la meritevolezza dell'interesse viene intesa anche in tal caso, come ormai pacifico nella prassi giurisprudenziale che ha ad oggetto l'atipicità contrattuale, quale mera non illiceità dello scopo perseguito([227]). D'altronde, il riferimento alla mera non illiceità non sembra neanche sufficiente a giustificare l'operatività dell'art. 2645-*ter* c.c. che limita fortemente il principio di cui all'art. 2740, comma 1, c.c. in tema di responsabilità patrimoniale del debitore. Sulla scorta di tale considerazione, vi è dunque chi([228]) ha inteso l'operatività dell'art. 2645-*ter* c.c. come subordinata alla prevalenza dell'interesse ad esso sotteso sugli interessi di eventuali creditori del conferente: si è così stigmatizzata la necessità che gli interessi sottesi alla destinazione siano *meritevoli di maggior tutela* rispetto agli interessi dei creditori.

Vi è anche chi([229]), spingendosi oltre, ha ipotizzato che il vincolo di destinazione debba in ogni caso perseguire, oltre all'eventuale interesse particolare del singolo beneficiario, anche una diversa finalità di pubblica utilità, questa sola giustificando

---

([227]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 169.
([228]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 179.
([229]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 170.

l'eventuale soccombenza dell'interesse del creditore del conferente. In quest'ottica, al notaio sarebbe demandato un compito di controllo della meritevolezza dell'interesse perseguito con la creazione del vincolo di destinazione, quest'ultima costituendo per alcuni presupposto della stessa validità dell'atto([230]) e non solo della sua trascrivibilità([231]). Alcuni infine([232]), pur accogliendo la tesi della necessaria prevalenza degli interessi sottesi alla destinazione sugli interessi creditori, hanno tuttavia sottolineato come una tal prevalenza non debba essere ricercata di volta in volta dall'interprete, essendo già sancita dal medesimo art. 2645-*ter* c.c. che, nell'esemplificare ipotesi di vincolo di destinazione, individua le tipologie di valori – morali o sociali – che sole giustificano la separazione patrimoniale e la prevalenza sulle ragioni creditorie.

A fronte delle citate interpretazioni del richiamo all'art. 1322, comma 2, c.c., sostanzialmente tese a conservarne un significato, la dottrina maggioritaria([233]) non ritiene tuttavia necessaria, né opportuna, una valutazione di meritevolezza dell'interesse perseguito che si discosti da quella tradizionale. Né d'altronde, secondo tale dottrina, un'eventuale valutazione di prevalenza degli

---

([230]) In tal senso G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 180, secondo il quale, se non viene perseguito un fine di pubblica utilità, l'atto è nullo e non può essere sanato dalla trascrizione.

([231]) Cfr. M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. Bianca (a cura di), La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano 2007, p. 68, secondo il quale l'assenza di meritevolezza degli interessi sottesi al vincolo di destinazione non comporta la nullità dell'atto che rimane valido quanto ai suoi effetti obbligatori, senza tuttavia produrre gli effetti segregativo e di opponibilità, garantiti dalla trascrizione; e F. GAZZONI *Osservazioni*, cit., p. 172, secondo il quale l'operare dell'art. 1424 c.c. garantirebbe la conversione dell'atto di destinazione trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter in atto di destinazione ordinario.

([232]) A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, Riv. dir. civ., 2008, p. 470 ss.

([233]) G. VETTORI, *Atto di Destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, Obbligazioni e contratti, 2006, p. 777.

interessi in gioco, non essendo compiuta *ex ante* dal legislatore, potrebbe essere demandata ad alcuno degli interpreti – giudice o notaio – che agiscono nel nostro ordinamento, non rispettando una tale eventuale attribuzione la differenziazione delle rispettive funzioni delle due figure in ordine alla circolazione dei beni. Secondo altri([234]), infine, il riferimento all'art. 1322, comma 2, c.c. sarebbe addirittura, un'eco della tradizionale interpretazione che di quest'ultimo è data quale mero giudizio di non illiceità: *"una vera e propria araba fenice, di cui nessuno sentiva il bisogno"*.

A prescindere dal diverso rilievo attribuito al richiamo all'art. 1322, comma 2, c.c., va comunque sottolineato come la meritevolezza dell'interesse sotteso al vincolo di destinazione non possa consistere né nella mera salvaguardia del patrimonio del conferente da azioni esecutive, né nella mera esigenza di rendere inalienabile e indisponibile il bene vincolato. Potrà di contro consistere nella destinazione di beni a reali esigenze ed utilità della famiglia, come, ad es., riconosciuto dalla giurisprudenza([235]) con riferimento all'ipotesi di separazione dei coniugi e di destinazione di un'immobile di proprietà del marito al mantenimento ed all'istruzione dei figli.

([234]) A. PICCIOTTO, *Brevi note sull'art. 2645* ter: *il* trust *e l'araba fenice,* Contratto e impresa, 2006, 4-5, p. 1324.
([235]) Cfr. Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007.

10.3. *(Segue) Vincolo di indisponibilità e separazione patrimoniale. La trascrizione.*

Come accennato nel primo capitolo del presente lavoro([236]), il vincolo di destinazione comporta da un lato l'indisponibilità dei beni vincolati a favore del beneficiario, che non consente al gestore di utilizzarli in maniera non conforme o comunque pregiudizievole alla loro destinazione e, dall'altro, la separazione del patrimonio destinato, che non può essere aggredito se non per debiti contratti per lo scopo di destinazione. Con riferimento a quest'ultimo effetto, si parla di separazione patrimoniale unilaterale([237]), posto che i creditori, che hanno pretese correlate ai beni vincolati, possono comunque aggredire anche il restante patrimonio del debitore/conferente([238]).

Quanto al vincolo di indisponibilità, ci si chiede come il limite di novanta anni previsto dalla norma sia conciliabile con il generale principio sancito all'art. 1379 c.c. per cui il divieto di alienare non è valido se non contenuto entro convenienti limiti di tempo. A tal proposito, si è rilevato([239]) come la norma di cui all'art. 1379 c.c. sia regola generale dettata a tutela dei terzi in assenza di meccanismo pubblicitario idoneo a portare a conoscenza il vincolo di inalienabilità, ma come, d'altro canto, proprio in presenza di un idoneo meccanismo, quale, ad es., quello della trascrizione del vincolo, sia suscettibile di deroga. Si è detto anche([240]), più in

([236]) Cfr. cap. I, par. 3.
([237]) M. BIANCA, M. D'ERRICO, A DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile*, cit., p. 88.
([238]) B. FRANCESCHINI, *Atti di destinazione (art. 2645-ter) e trust,* Trusts, II, Giappichelli 2008, p. 264.
([239]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 190.
([240]) G. VETTORI, *Atto di Destinazione*, cit., p. 778.

generale, che con l'art. 2465-*ter* c.c. il legislatore avrebbe attribuito, comunque, maggior meritevolezza alla destinazione che alla libera circolazione dei beni tutelata dall'art. 1379 c.c.

Quanto all'effetto di separazione patrimoniale, ci si chiede se questo non comporti la completa vanificazione della riserva di legge, a tutela delle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore, di cui all'art. 2740, comma 2, c.c.: se infatti sembrano giustificate le limitazioni alla responsabilità patrimoniale quando è il legislatore che, in via preventiva, ha giudicato prevalere effettive esigenze di mercato sulla necessità di garanzia del creditore (come, ad es., nel caso dei patrimoni destinati nella S.p.A.), altrettanto non si può dire quando la scelta della destinazione è rimessa alle parti che, lungi da una equilibrata valutazione degli interessi in gioco, possono utilizzare strumentalmente la destinazione come via di fuga dalla propria responsabilità([241]).

L'art. 2645-*ter* c.c. prevede che le parti *possono* trascrivere gli atti di destinazione. La trascrizione dell'atto di destinazione sembra avere quindi effetti limitati all'opponibilità del negozio e non sembra rilevare, viceversa, ai fini della costituzione del vincolo. Nulla impedisce, infatti, che le parti decidano di mantenere il vincolo tra le stesse creato nei limiti di un comune negozio di natura obbligatoria, senza attribuirgli alcuna rilevanza esterna. D'altronde, è la stessa norma che ricollega alla trascrizione il mero effetto di *rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione*. In sostanza, alle parti è lasciata la scelta in ordine all'efficacia, meramente obbligatoria o reale, che si vuole assegnare al

([241]) F. GAZZONI *Osservazioni*, cit., p. 165.

vincolo([242]). Si tratta dunque di pubblicità con efficacia dichiarativa e non costitutiva([243]), anche se alcuni([244]) ritengono che, con riferimento all'effetto di separazione patrimoniale, debba parlarsi di efficacia costitutiva, posto che, senza la trascrizione, tale effetto non si produce([245]).

Ci si chiede, infine, cosa accada nel caso in cui il gestore compia atti di disposizione sul bene che non siano compatibili con il vincolo di destinazione cui lo stesso è soggetto. La soluzione, secondo un primo orientamento([246]), va ricercata nella disciplina della trascrizione o, più in generale, nei principi che governano l'opponibilità degli atti: gli atti di disposizione posti in essere in violazione del vincolo, soggetti a trascrizione, ma trascritti successivamente al vincolo stesso, non sarebbero opponibili al beneficiario; gli atti di disposizione non conformi alla destinazione, per i quali la legge non richiede la trascrizione, sarebbero opponibili al beneficiario in base ai principi generali loro applicabili per cui, ad es., la locazione infranovennale sarebbe opponibile solo se risultante da atto avente data certa anteriore alla

---

([242]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 190.
([243]) F. GAZZONI *Osservazioni*, cit., p. 177.
([244]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 192.
([245]) A proposito della trascrizione, questa deve essere effettuata: esclusivamente a carico del titolare del bene vincolato, nel caso in cui non si abbia trasferimento dello stesso a favore di un fiduciario; a carico del disponente, quanto al trasferimento del bene ed a carico del fiduciario, quanto al vincolo, in caso contrario. Non vi è bisogno, invece, di una trascrizione a favore dei beneficiari perché: non sono aventi causa in senso stretto; non sono titolari di un diritto reale sui beni vincolati, ma solo di un diritto personale verso il disponente; non sono titolari di una posizione cedibile. La legge non contempla la cancellazione della trascrizione al compimento dello scopo per il quale il vincolo è stato costituito. Si ritiene comunque che tale cancellazione sia ammessa, in virtù del principio di verità che governa la disciplina della trascrizione. Prescindendo da quanto sopra e da un punto di vista prettamente operativo, sulle modalità con le quali eseguire le formalità di trascrizione è da segnalare la circolare dell'Agenzia del Territorio n. 5 del 7 agosto 2006.
([246]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 196.

costituzione del vincolo. Secondo un diverso orientamento invece([247]), che muove dalla tesi della non realità del vincolo di destinazione e della conseguente non applicabilità allo stesso del regime circolatorio di cui all'art. 2644 c.c., l'avente causa dal gestore soccomberebbe nei confronti del beneficiario solo ed esclusivamente qualora acquistasse successivamente alla conclusione del negozio di destinazione e trascrivesse dopo la trascrizione dello stesso([248]).

10.4. *(Segue) la portata della norma: il dibattito sulla natura obbligatoria o reale del vincolo.*

Alla luce dell'analisi – seppur sommaria – sopra svolta, è possibile trarre qualche prima conclusione. Il dato strutturale della norma di cui all'art. 2645-*ter* c.c., certamente impreciso, lascia aperto l'interrogativo, al quale si è già accennato al paragrafo 9 che precede, se la portata della norma stessa abbia natura "sostanziale" – così configurando un vero e proprio vincolo di destinazione atipico con scopo non predeterminato – ovvero meramente "effettuale"([249]).

Tradizionalmente, il vincolo di destinazione – per tale intendendosi una *"situazione giuridica soggettiva secondaria di*

([247]) F. GAZZONI *Osservazioni*, cit., p. 177.

([248]) A proposito dell'opponibilità, è da segnalare, in ogni caso, la salvezza che l'art. 2645-ter fa del comma 1° dell'art. 2915 c.c., in ragione del quale il vincolo di destinazione non esclude che i creditori pignoranti e coloro che intervengono nell'esecuzione possano rifarsi sui beni vincolati qualora la trascrizione del pignoramento sia anteriore alla trascrizione del vincolo (in caso di beni immobili) ovvero all'atto di destinazione (in tutti gli altri casi).

([249]) M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, Trusts e attività fiduciarie, 2006, p. 169 ss.

contenuto negativo, che assolve la funzione di conservare la destinazione convenzionalmente o normativamente impressa ad uno o più beni"([250]) – è stato ritenuto vincolo meramente obbligatorio, sulla scorta del principio di tipicità dei diritti reali. Ad oggi, tuttavia, ci si chiede, da un lato, se tale principio non possa ritenersi superato dall'introduzione dell'articolo in commento che sembra lasciare spazio per la creazione convenzionale di situazioni giuridiche attive in favore del beneficiario, caratterizzate dai requisiti dell'immediatezza e della opponibilità *erga omnes*, tipici dei diritti reali([251]); dall'altro, viceversa, se, nella permanenza in vigore del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, l'art. 2645-*ter* c.c. possa essere considerato proprio la norma sulla tipicità in base alla quale ravvisare, nell'atto di destinazione, un vincolo reale.

Come per i negozi fiduciari, anche in tema di vincolo di destinazione, la dottrina è ancora divisa tra chi, in omaggio alla tradizione, continua a sostenere la natura meramente obbligatoria del vincolo stesso([252]); chi è convinto sostenitore della sua natura reale([253]); chi, infine, ritiene che *"l'opponibilità ai terzi della destinazione programmata attraverso lo strumento della trascrizione (...) ridisegna completamente il panorama normativo sul quale si appoggiava la costruzione concettuale del negozio fiduciario e della relativa efficacia obbligatoria, e consente di ricostruire su nuove fondamenta la categoria dogmatica della proprietà fiduciaria"*([254]).

([250]) M. CONFORTINI, *Vincoli di Destinazione*, cit., p. 887 ss.
([251]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 187.
([252]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 165 ss.
([253]) M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile*, cit.
([254]) G. PETRELLI, *La* trascrizione, cit., p. 169.

In particolare, i sostenitori della natura meramente obbligatoria del vincolo di destinazione, partono dalla considerazione che, dato per assodato il dogma della tipicità dei diritti reali([255]), la norma di cui all'art. 2645-*ter* c.c. non conterrebbe gli elementi necessari al suo soddisfacimento, poiché si limiterebbe a dettare un modello astratto di situazione giuridica soggettiva, senza tuttavia specificarne il contenuto, così dipingendo una tipicità rilevante solo ed esclusivamente in funzione della trascrizione del vincolo([256]). In sostanza, ad avviso di tale dottrina, il vincolo di tipicità sarebbe soddisfatto solo nel caso in cui una norma non si limitasse a prevedere un modello astratto di diritto reale, ma ne fornisse altresì la sua concreta specificazione in termini contenutistici([257]). In assenza di una tale specificazione, come nel caso dell'art. 2645-*ter* c.c., non potrebbe considerarsi soddisfatta la riserva di legge.

La natura meramente obbligatoria del vincolo di destinazione sarebbe altresì avvalorata dalla collocazione sistematica della norma *de qua* che, da un lato, si trova nel Libro VI del codice civile ove sono disciplinati gli effetti della trascrizione e non sono dettate *norme di fattispecie*; dall'altro, non si pone come deroga al combinato disposto dei nn. 1 e 2 dell'art. 2643 c.c. che consente la *modificabilità* solo di diritti reali diversi dal diritto di proprietà([258]),

---

([255]) Per il quale nel nostro ordinamento giuridico non vi sarebbe spazio per la creazione, ad opera dell'autonomia privata di nuove situazioni giuridiche soggettive a carattere reale.

([256]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 167.

([257]) F. GAZZONI, *Osservazioni*, loc. cit., porta l'esempio della servitù di passaggio, ove il modello *servitù* sarebbe specificato nel contenuto dal predicato *passaggio* e ove *"ai privati residua solo il potere di definire l'estensione e le modalità di esercizio della servitù stessa, così come modellata astrattamente dalla legge (ad esempio passaggio a piedi o con autoveicoli)"*.

([258]) Recita l'art. 2643 c.c.: *"si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; 2) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su*

affermando dunque *a contrario* che il diritto di proprietà non è modificabile([259])([260]). Alla luce di tali riflessioni, il beneficiario del vincolo di destinazione potrebbe dunque essere considerato titolare solo ed esclusivamente di un peculiare diritto di credito opponibile a terzi([261]) e non di una posizione reale. Circostanza che appare peraltro confermata anche dalla previsione dell'art. 1379 c.c., il quale limita in generale la possibilità di costituire vincoli al potere di disposizione di un bene – nel nostro caso il bene destinato – che abbiano rilevanza all'esterno del rapporto tra le parti([262]).

Nonostante i rilievi appena evidenziati, la dottrina maggioritaria([263]) opta tuttavia per la natura reale del vincolo di destinazione, sulla scorta dell'argomentazione che, nella configurazione più semplice del negozio di destinazione, senza passaggio di proprietà dei beni ad un soggetto attuatore, non sembra esservi spazio per alcun rapporto obbligatorio, in quanto la

---

beni immobili, il diritto di superficie i diritti del concedente e dell'enfiteuta (...)".

([259]) F. GAZZONI, loc. cit., p. 167.

([260]) Nel senso della natura meramente obbligatoria del vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter si pronuncia anche una nota decisione del giudice tavolare di Trieste in tema di *trust*, commentata da P. MANES in *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, Contratto e impresa, 2006, p. 626 ss. Tale decisione arriva alla conclusione di escludere l'intento del legislatore di inserire nell'ordinamento, per il tramite dell'art. 2645-*ter* c.c. *"un nuovo tipo di atti ad effetti reali, un atto innominato, che diventerebbe il varco per l'ingresso del tanto discusso negozio traslativo atipico; non costituisce la giustificazione legislativa di un nuovo negozio la cui causa sarebbe quella finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Non c'è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale, di cui non si sa neanche se sia unilaterale o bilaterale, a titolo oneroso o gratuito, ad effetti traslativi od obbligatori".*

([261]) S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone"*, Giuffré, Milano 2011, p. 108.

([262]) F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977 p. 382.

([263]) tra cui, ricordiamo M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., p. 60 ss.; S. MEUCCI, *La destinazione*, cit., p. 149.

disciplina dell'art. 2645-*ter* c.c. si limita a configurare una facoltà del conferente – o di chiunque altro interessato, come il beneficiario – di agire sul bene oggetto di destinazione, per il rispetto di quest'ultima([264]).

Nell'ambito di tale orientamento, si distinguono tuttavia diverse posizioni.

E così, brevemente, vi è chi sostiene che il beneficiario della destinazione sarebbe titolare di una "nuova" situazione soggettiva a carattere reale. Si tratterebbe, in particolare, di un *onere* gravante sul bene e connotato da realità([265]), l'esistenza del quale comporterebbe, da un lato, l'obbligo di chiunque rivesta la qualità di titolare del bene di gestirlo secondo la destinazione impressa; dall'altro, la possibilità, per qualunque interessato, di agire per il rispetto di tale obbligo([266]).

Vi è poi chi riconduce il vincolo di destinazione alle obbligazioni *propter rem,* alle quali non sarebbe applicabile il limite del principio di tipicità dei diritti reali([267]): come tale, il vincolo di destinazione si perpetuerebbe a carico di qualsivoglia proprietario del bene, così tutelando la destinazione impressa anche in caso di alienazione dello stesso.

Vi è, infine, chi, come accennato sopra([268]), sulla base del rilievo che l'art. 2645-*ter* c.c. potrebbe di per sé soddisfare il principio di tipicità dei diritti reali, ovvero sulla base della ben più ardua teoria dell'inesistenza nel nostro ordinamento di un siffatto

---

([264]) M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, cit., p. 45 ss.
([265]) M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, loc. cit.
([266]) S. BARTOLI, *Trust*, cit., p. 110.
([267]) Così Cass., 6.3.2003, n. 3341.
([268]) Cfr. il precedente par. 10.

principio([269]), si spinge fino a configurare la norma dallo stesso dettata come norma legittimante una particolare categoria di proprietà, la c.d. *proprietà fiduciaria*.

Come ricordato a proposito del negozio fiduciario([270]), fulcro dell'idea di proprietà fiduciaria è, partendo dalla prospettiva visuale del fiduciante, la funzionalizzazione del diritto al raggiungimento di alcuni scopi, predeterminati, che si risolvono nel vincolo fiduciario. Orbene, sulla base di questa riflessione, nel contesto della vigenza dell'art. 2645-*ter* c.c., tale vincolo sembra poter riconquistare un proprio spazio di operatività – che lo emancipa definitivamente dalla concezione tradizionale della proprietà – quale vincolo di finalizzazione, o destinazione, che inerisce alla proprietà stessa, conformandola e "piegandola" al volere del conferente-fiduciante. Con buona pace della concezione classica dicotomica del negozio fiduciario che non trova più spazio nello schema della destinazione ove *"non si riscontra la dicotomia tra effetto esterno di natura reale ed effetto puramente interno di natura obbligatoria: l'effetto è qui unitario, come riflesso della conformazione del diritto reale che costituisce oggetto del negozio"*([271]).

11. *Ipotesi di sovrapposizione (parziale) di negozio fiduciario e negozio di destinazione.*

Tracciate brevemente le linee guida del pensiero giuridico in tema di negozio fiduciario e di vincolo di destinazione, l'indagine

([269]) L. SANTORO, *Il negozio*, cit., p. 236 ss.
([270]) Cfr. il precedente par. 9.
([271]) G. PETRELLI, *La trascrizione*, cit., p. 169.

sembra ormai matura per giungere ad una prima, seppur generale, conclusione.

Gli indici normativi sopra individuati sembrano tutti indirizzare l'interprete a ritenere che l'art. 2645-*ter* c.c. rappresenti, invero, la *"prima e inequivocabile emersione legislativa (...) nel diritto interno"* della proprietà fiduciaria([272]). Per poter validare tale risultato è tuttavia preliminarmente necessario comprendere se, ed eventualmente con quali limiti, fiducia e destinazione possano sovrapporsi, sia in termini di struttura dell'operazione che li contiene, sia in termini di causa che tale operazione sorregge e di scopi concretamente perseguiti dalle parti.

In primo luogo è evidente la differenza tra negozio fiduciario e atto di destinazione, per poco che si consideri che, mentre il primo non può che esistere come negozio bilaterale, il secondo ben può tradursi in un atto di destinazione unilaterale, seppur ovviamente, a contenuto negoziale([273]).

Tale diverso presupposto, che si traduce nella necessaria collaborazione di almeno due soggetti per la realizzazione di un negozio fiduciario, essendo viceversa sufficiente nell'ipotesi di destinazione, un atto di volontà del singolo([274]), non vuol dire, tuttavia, che alla destinazione non possano prendere parte più soggetti. Ed infatti, la destinazione può ben essere accompagnata

---

([272]) A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in Trusts, 2007, p. 171.

([273]) G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in Atti del Convegno su "Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.", Milano, 19 giugno 2006.

([274]) Si prescinde, ovviamente, in questa ricostruzione, dalla posizione del beneficiario del negozio fiduciario e dell'atto destinatorio che, come tale, non sembra in ogni caso essere titolare di alcuna posizione reale, ma, più semplicemente, di un diritto di credito nei confronti del fiduciante-disponente.

dal trasferimento della proprietà dei beni destinati ad un terzo che si obbliga, quale attuatore, a realizzare gli scopi ad essa sottesi([275]).

È proprio in tale ultima ipotesi, invero, che si rinvengono le forme tipiche del negozio fiduciario, che *ictu oculi* sembra quindi poter costituire cerchio concentrico alla destinazione stessa.

Il rapporto tra destinazione e fiducia sembra quindi potersi atteggiare, almeno a livello morfologico, come rapporto di genere a specie, ove la destinazione costituisce la categoria generale all'interno della quale può individuarsi – al ricorrere di alcuni presupposti – la particolare figura del negozio fiduciario([276]).

Più complesso appare cogliere la possibilità di identità di causa che sorregge le diverse operazioni, fiduciaria e di destinazione. In particolare, la difficoltà sorge per l'ipotesi in cui si voglia considerare, quale connotato tipico della causa del negozio fiduciario, intesa sia nella sua accezione di funzione economico-sociale che economico-individuale, l'elemento della segretezza([277]).

A tal proposito va rilevato come invero – anche storicamente – i negozi fiduciari siano spesso stati utilizzati per il precipuo scopo di far sì che non fosse conosciuta, per i più disparati motivi, la vera identità del soggetto fiduciante. Così è accaduto ai tempi delle persecuzioni dei cattolici romani in Inghilterra ovvero al tempo delle leggi razziali in Italia. Così accade tutt'ora per ipotesi tipiche dell'ordinamento interno, quale l'intestazione di titoli da parte delle società fiduciarie. A ben vedere, tuttavia, da un lato va rilevato che,

---

([275]) A. FALZEA, *Riflessioni preliminari,* in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007, p. 5.

([276]) Per una disamina approfondita dell'atto di destinazione come categoria generale v. S. MEUCCI, *La destinazione,* cit., p. 199 ss.

([277]) Si ricorda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ediz. II, Torino, 1960, p. 337, per il quale il rapporto interno fra fiduciante e fiduciario non è conoscibile dai terzi.

ad eccezione delle ipotesi di c.d. fiducia legale, la segretezza del negozio sembra nascondere, almeno nella maggior parte dei casi immaginabili, intenti fraudolenti del fiduciante con conseguente illiceità del negozio stesso([278]); dall'altro, in ogni caso che, come già evidenziato nei precedenti paragrafi([279]), non sembra che la causa della fiducia possa esaurirsi nella funzione di mantenere segreto un determinato rapporto giuridico. *Causa fiduciae* appare, invero, qualcosa di più, un *"dare per avere da riavere"*([280]) o, meglio ancora, un *"dare per far avere ad altri"*([281]) e si manifesta in un *"atto/contratto a favore di terzo laddove l'affidante imprime ad un determinato patrimonio una destinazione che l'affidatario si impegna ad eseguire, a vantaggio di terzi"*([282]). L'elemento della segretezza sembra così potersi relegare a motivo – eventuale – del

---

([278]) che, ad avviso di M. LUPOI, *La consunzione del negozio fiduciario*, Trusts e attività fiduciarie, Marzo 2010, p. 131, diviene segretezza al *"servizio della violazione di leggi percepite come contrastanti con i precetti morali"*.

([279]) Cfr. il precedente par. 5.

([280]) Questa nozione di causa del negozio fiduciario è più ampia della nozione di *"causa fiduciae, corrispondente allo scopo di mandato o allo scopo di garanzia, scopi che si concretizzano nel rapporto obbligatorio, destinato a chiudere la posizione reale, costruita, nel fine unitario del negozio"* (Così L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 120). Tuttavia, nulla vieta che, in concreto, il negozio fiduciario assuma tutte e sole le caratteristiche proprie del mandato, con conseguente applicabilità, oltre che dell'art. 2645-ter, degli artt. 1703 ss. c.c. E d'altronde, non sembra incompatibile con il mandato l'ipotesi del trasferimento immobiliare tipica della *fiducia cum amico* e della destinazione, ben potendo invero il trasferimento dell'immobile essere propedeutico all'esecuzione del mandato, alla stregua di come può essere propedeutico per la realizzazione del fine di destinazione.

([281]) Entrambe le espressioni sono di GRASSETTI, *Del negozio*, cit., p. 24 ss.

([282]) I. VALAS, *Mandato*, cit., p. 143. Per il vero, questa definizione è riportata dall'autore come riferita al c.d. "contratto di affidamento fiduciario", del quale è teorizzatore M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 200 ss.; tuttavia, non sembra esservi difficoltà ad impiegarla anche per il negozio fiduciario, essendo la terminologia "affidamento fiduciario" impiegata solo ed esclusivamente per restituire "linfa" vitale alla tradizionale concezione del negozio fiduciario allontanandolo dal mero confino nell'ambito dell'interposizione reale di persona (in tal senso M. LUPOI, *La consunzione*, cit., p. 132).

negozio fiduciario, sì da non rilevare quale elemento ontologico dello stesso([283]). Ecco dunque che causa del negozio fiduciario e causa del negozio di destinazione sembrano poter coincidere.

Discorso ancora diverso deve essere affrontato con riferimento agli scopi che le parti intendono concretamente perseguire con la scelta dell'uno o dell'altro negozio. In particolare – si è appena evidenziato – spesso il negozio fiduciario ha, tra i fini che il fiduciante intende perseguire, quello di non apparire proprietario di determinati beni.

In tale ipotesi, negozio fiduciario e negozio di destinazione sembrano confliggere, quantomeno dal punto di vista dell'opportunità di trascrizione del vincolo *ex* art. 2645-*ter* c.c. Ed infatti, che senso avrebbe trascrivere un vincolo in favore di un soggetto che vuole rimanere anonimo? Si perderebbe l'essenza stessa della segretezza. Tuttavia, cambiando angolo visuale, ci si rende conto che il conflitto è più apparente che reale. E così, nulla vieta di costituire un vincolo di destinazione senza che dello stesso si dia pubblicità. Si tratterebbe di un negozio destinato a rimanere nella sfera privata e che, pur configurando in ugual misura una situazione soggettiva di tipo reale, non sarebbe opponibile ai terzi, in virtù della mancanza di trascrizione([284]).

A tal proposito, si potrebbe obiettare che il testo dell'art. 2645-*ter* c.c. contempli esclusivamente gli atti in forma pubblica e che

---

([283]) Ciò che consente, peraltro, di non considerare radicalmente nulli, perché illeciti, tutti i negozi in cui una delle parti si ponga, tra altri obiettivi da raggiungere, quello di violare precetti normativi. Se, difatti, con riferimento alla porzione di regolamento privato che viola norme imperative non può che parlarsi di nullità ex art. 1418 c.c., lo stesso non potrebbe ritenersi con riferimento alle altre disposizioni di volontà privata, a meno che il motivo illecito non sia comune ad entrambe le parti e determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.

([284]) B. FRANCESCHINI, *Atti di destinazione*, cit., p. 257.

quindi non potrebbe darsi destinazione se non con il rispetto di tale forma. A ciò potrebbe tuttavia facilmente replicarsi, rinviando a quanto già illustrato nel precedente paragrafo 10.4, che la particolare forma è richiamata ai soli fini dell'opponibilità del vincolo e non della sua costituzione. D'altronde, in un sistema come il nostro, non imperniato sul valore costitutivo della pubblicità([285]), è ben possibile il trasferimento o la costituzione di diritti reali per il mezzo della semplice scrittura privata([286]) e i vincoli di forma sono dettati solo ed esclusivamente per la trascrizione di un titolo che racchiude un negozio di per sé già perfetto ed efficace. Appare quindi possibile, anche quanto agli scopi, la coincidenza del negozio fiduciario con il negozio di destinazione.

12. *Nuove prospettive di tutela del fiduciante ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*

Individuata la possibile zona di sovrapposizione tra negozio fiduciario e negozio di destinazione, è ora opportuno cercare di fare un poco di ordine nel vasto panorama di ipotesi interpretative dell'art. 2645-*ter* c.c. sopra delineato([287]), per giungere a comprendere se, in effetti, tale articolo configuri o meno una nuova situazione soggettiva connotata da realità e se tale situazione possa,

([285]) Salvo alcune tassative eccezioni, quali, ad es., quella dell'iscrizione ipotecaria o dell'iscrizione delle società di capitali nel registro delle imprese.
([286]) Così dispone l'art. 1350 c.c.
([287]) Cfr. il precedente par. 10.4 ove in ogni caso, dato il diverso argomento del presente lavoro, ci si è limitati a riportare le tesi predominanti e, ad avviso di chi scrive, più significative.

nei limiti della sovrapposizione del negozio fiduciario alla destinazione, dare ragione della c.d. proprietà fiduciaria.

Premesse del ragionamento che segue sono, da un lato, l'adesione alle idee della dottrina maggioritaria che vedono nel vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-*ter* c.c un vincolo a carattere reale; dall'altro, una giustificazione di tale vincolo che escluda la tesi, seppur suggestiva, della inesistenza nel nostro ordinamento giuridico del principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

L'adesione alla teoria della natura reale del vincolo di destinazione non è, ovviamente, incondizionata, ma trae origine dalla convinzione che l'art. 2645-*ter* c.c. possa, invero, costituire quella norma sulla tipicità che il dogma del *numerus clausus* dei diritti reali pretende. Da un lato, infatti, sembra certamente valido il ragionamento dell'autorevole dottrina che ritiene non sufficiente, per la configurazione di un diritto reale, che la norma disciplini il modello e non il contenuto([288]); dall'altro, tuttavia, ci sembra che non sia questo il caso dell'art. 2645-*ter* c.c.

Ed in effetti, a nostro avviso, la norma *de qua* non sembra limitarsi alla mera individuazione di un *tipo* di diritto, ma – seppur utilizzando una categoria generale – si spinge fino a configurarne il contenuto. E così, come nella servitù di passaggio, la *servitù* costituisce il *tipo* di diritto individuato dalla norma e il *passaggio* ne esplica il contenuto, altrettanto accade nel caso di vincolo di destinazione, ove il *vincolo* costituisce il *tipo* normativo, la *destinazione* il suo contenuto. Che poi i privati possano ulteriormente specificare in che cosa concretamente consista il

([288]) Cfr. il precedente par. 10.4.

vincolo di destinazione non sembra necessariamente presupporre l'esistenza di poteri diversi – ma solo più ampi – di quelli consistenti nella determinazione concreta dell'estensione e delle modalità del passaggio nella richiamata servitù.

Senza tacere del fatto che è già la legge – ponendo limiti ai privati – da un lato, a determinare alcune delle modalità proprie della destinazione([289]) che: può avere ad oggetto beni immobili o mobili registrati([290]); ha una durata limitata nel tempo in novanta anni o nella durata della vita del beneficiario persona fisica; deve tendere alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persona con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 c.c., c. 2; dall'altro, a dettare il regime dei beni destinati e dei loro frutti che *"possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo"*.

In sostanza, dunque, se si considera la destinazione quale *"situazione giuridica soggettiva secondaria di contenuto negativo,*

([289]) Intendendosi qui la destinazione tipizzata dall'art. 2645-*ter* c.c. che, certamente, non esaurisce l'ambito delle possibilità di funzionalizzazione del bene ad uno scopo, ma che è l'unica tutelata dall'ordinamento con lo strumento dela trascrizione.

([290]) Invero, nonostante l'apparente chiarezza della norma dell'art. 2645-*ter* c.c., la dottrina si è ampiamente interrogata sulla possibilità che oggetto della destinazione siano anche beni mobili non registrati. Il quesito nasce dallo stesso testo dell'art. 2645-*ter* c.c. che rivela una ambiguità nel disporre, a fronte di quanto appena detto, che, oltre ai beni conferiti, anche *"i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione (...)"*. L'orientamento più diffuso (in tal senso, cfr. *ex multiis* R. QUADRI jr., *L'art. 2645-ter c.c. e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, Contratti e impresa, 2006, p. 1717 ss.; M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in AA.VV., La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, 2007, p. 29 ss.) fornisce una risposta affermativa al quesito.

che assolve la funzione di conservare la destinazione convenzionalmente o normativamente impressa a uno o più beni"([291]), il diritto configurato dall'art. 2645-*ter* c.c appare sufficientemente determinato nei confini e lo spazio di operatività che viene lasciato ai privati non va oltre quello della specificazione delle modalità con cui la funzione di destinazione deve operare.

D'altronde, a nostro avviso, la natura del vincolo reale creato dalla norma è altresì avvalorata dalla circostanza che non sembra esservi spazio, nell'ambito di operatività dell'art. 2645-*ter* c.c. per un rapporto di tipo esclusivamente obbligatorio. Ciò appare infatti escluso, da un lato, dalla circostanza per cui chiunque sia interessato alla finalità di destinazione impressa ai beni possa agire per il suo raggiungimento; dall'altro, dal fatto che, in ogni caso, nonostante il vincolo di destinazione non presupponga, per la sua realizzazione, la cooperazione di un soggetto terzo([292]), la legge riservi al beneficiario interessato la facoltà di agire per la realizzazione della destinazione stessa e, quindi, la facoltà di agire sul bene destinato. Azione che sembra giustificarsi esclusivamente sulla base di un particolare legame con tale bene; di un'inerenza alla *res*, tipica dei rapporti di natura reale([293]).

Nell'ambito delle situazioni soggettive reali, il vincolo di destinazione non sembra riconducibile né alla figura dell'onere

---

([291]) Cfr. il precedente par. 10.4.

([292]) Si ricorda che è tipico dei rapporti obbligatori, quali i rapporti di credito-debito che la soddisfazione del diritto del creditore necessiti della cooperazione del debitore. Dal che, si è certamente al di fuori di tale schema quando, come nel caso di specie, il rapporto possa esistere a prescindere dall'esistenza del debitore.

([293]) In tal senso si è espresso M. D'Errico in occasione del Convegno tenutosi a Milano il 19 giugno 2006 in tema di trascrizione del vincolo di destinazione, intervento poi confluito in M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile*, cit., p. 45 ss.

reale, né alla figura delle obbligazioni *propter rem*. Non è questa la sede per entrare nel dettaglio dell'argomento([294]). Basti tuttavia rilevare come:

a) la natura di onere reale del vincolo di destinazione possa essere esclusa dalla circostanza che la figura dell'onere reale può trovare applicazione solo con riferimento a beni immobili, mentre l'art. 2645-*ter* c.c. contempla altresì, quale possibile oggetto di destinazione, quantomeno i beni mobili registrati; nonché dalla considerazione che l'onere reale non comporta una separazione patrimoniale tale da consentire al titolare dell'onere di aggredire il bene, ma si limita ad attribuire allo stesso un più limitato diritto di prelazione sul ricavato dalla vendita del bene medesimo da far valere in sede di esecuzione forzata;
b) la natura di obbligazione *propter rem* del vincolo di destinazione possa essere altrettanto esclusa sulla base della considerazione che tale figura di obbligazione non comporta alcun effetto di separazione patrimoniale tale da rendere non aggredibile il bene per debiti contratti al di fuori dell'attività compiuta per la realizzazione del fine di destinazione.

Il vincolo di destinazione sembra quindi dare origine ad una vera e propria *nuova situazione proprietaria*, seppur non piena. Si tratta, invero, di una situazione soggettiva attiva connotata da tratti peculiari, che vedono il concorso di interessi riferibili a più soggetti sulla medesima *res*([295]).

([294]) Per una disamina del quale si rimanda a S. BARTOLI, *Trust*, cit., p. 107 ss.
([295]) Tale riflessione è di S. MEUCCI, *La destinazione*, cit., p. 187, che tuttavia sostiene che il concorso di interessi diversi sulla medesima *res* sia la conseguenza del fatto che *"mediante l'articolo 2645-ter non si crea un "nuovo" diritto reale su cosa altrui, ma si assicura resistenza nei confronti di terzi a*

Per coglierne adeguatamente l'essenza è tuttavia necessario, ancora una volta, cambiare prospettiva e partire dal dato essenziale per cui l'interesse principiale alla destinazione è pur sempre quello del conferente, che tale destinazione pone in essere. D'altronde, tale considerazione è ancor più vera nel campo della nostra analisi che non si limita ora a considerare la destinazione in generale, ma quella particolare destinazione che assume le caratteristiche del negozio fiduciario. Si può quindi, in tale contesto, ipotizzare di condurre l'indagine sui tratti essenziali della nuova situazione reale che l'art. 2645-*ter* c.c. individua, partendo non dalla posizione del beneficiario della destinazione, ma dall'esame della posizione soggettiva della quale è titolare il conferente/fiduciante. Punto di partenza è quindi l'ipotesi di destinazione accompagnata dal trasferimento di beni ad un soggetto esterno, il fiduciario, che è in fondo soltanto l'esecutore dei fini sottesi al vincolo.

Ebbene, in tale ipotesi, il rapporto tra attuatore/fiduciario (proprietario dei beni vincolati) e conferente/fiduciante sembra atteggiarsi come il rapporto che può intercorrere tra nudo proprietario e usufruttuario. Non si intende qui dire, ovviamente, che il soggetto attuatore sia un nudo proprietario, mentre il conferente un usufruttuario, ma, semplicemente, che tra proprietà dell'attuatore e diritto che permane in capo al conferente potrebbe scorgersi la medesima relazione che intercorre nelle altre ipotesi di rapporto tra proprietà e diritti reali minori contemplate dal codice

---

indici negoziali che incidono sulla conformazione e sulla disposizione dei beni; né è possibile predeterminare un insieme di facoltà che ne concretizzano la struttura e ne compendiano il contenuto. La destinazione dei beni si pone [quindi] *quale forma di utilizzazione e sfruttamento delle cose, autorizzando il proprietario a conformare il proprio diritto per trarre più intense e diversificate utilità".*

civile e delle quali il modello proprietà-usufrutto costituisce un'esemplificazione.

Il conferente, trasferendo i beni al soggetto attuatore, trasferisce un diritto di proprietà sui medesimi che manca, tuttavia, *ab origine*, del potere di destinazione. Tale potere di destinazione è il contenuto del diritto che permane in capo al conferente e che dallo stesso può esser fatto valere ogni qual volta l'attuazione dei fini di destinazione si discosti da quanto programmato.

Si intravede, così, da questo nuovo angolo visuale, una prima costruzione della c.d. proprietà fiduciaria, quale proprietà limitata di cui è titolare il soggetto attuatore/fiduciario e che fa da contraltare ad un ulteriore posizione reale che permane in capo al conferente/fiduciante. Di ciò è corollario che, essendo il soggetto attuatore/fiduciario proprietario della *res* – seppur nei limiti del vincolo – qualora tale vincolo non contempli il successivo trasferimento della proprietà ad un soggetto determinato o determinabile([296]), il fiduciario possa ben disporre del bene trasferendolo. Trasferirà, tuttavia, un diritto limitato nell'esercizio dal vincolo di destinazione.

Quid iuris del diritto del beneficiario?

Il beneficiario ha certamente un interesse al rispetto della destinazione fiduciaria dalla quale trae utilità. Nell'ambito dell'analisi delll'art. 2645-*ter* c.c. non si è tuttavia riusciti a ricondurre la sua posizione ad alcuna delle figure note di diritto reale o di credito. Se, tuttavia, si limita la ricerca alla destinazione fiduciaria e, sulla base delle considerazioni sopra esposte, si considera valido l'assunto del presente lavoro per cui la situazione

([296]) Caso in cui, il trasferimento del bene a terzi violerebbe già di per sé la destinazione.

soggettiva reale prodotta dall'art. 2645-*ter* c.c. non deve essere cercata a fronte di un ipotetico diritto di cui il beneficiario è titolare, ma del diritto di destinazione del conferente/fiduciante, sembra possibile ipotizzare che la posizione del beneficiario sia quella del *semplice* titolare di un diritto di credito([297]). In particolare, quella di chi ha diritto di ricevere una prestazione.

Sulla scorta della considerazione che destinazione e prestazione non sempre coincidono([298]), si potrebbe dunque lasciare al beneficiario la possibilità di agire direttamente per conseguire quanto dovuto come prestazione nei confronti del soggetto attuatore della destinazione ovvero di far valere in nome proprio, come consentito dalla norma a *qualsiasi interessato*, il diritto del conferente/fiduciante, consistente nel potere di destinazione fiduciaria.

Tale ricostruzione, individuando da un lato una *nuova* posizione reale, dall'altro fornendo una spiegazione classica del diritto del beneficiario, avrebbe il vantaggio di non confliggere con le considerazioni mosse sopra riguardo alla circostanza che l'ambito di operatività dell'art. 2645-*ter* c.c. non possa essere relegato ad effetti meramente obbligatori, nel contempo dando una valida base giuridica alla proprietà fiduciaria.

A nostro avviso, è questa la chiave di lettura che, oggi, può essere adoperata per restituire vigore al negozio fiduciario e renderlo utilizzabile, alla stregua di istituti stranieri quale il *trust*, con un grado di tutela del fiduciante che assicuri se non la

---

([297]) Alla stregua di quanto accade – senza tuttavia che ciò comporti assimilazione della figura al negozio di destinazione – nel negozio a favore di terzi.

([298]) Ed infatti la destinazione potrebbe ben comportare l'esecuzione di più prestazioni a favore di uno solo o di più beneficiari.

realizzazione della destinazione fiduciaria – che permane ancorata all'adempimento spontaneo dell'attuatore/fiduciario – quantomeno il recupero dei beni fiduciati in caso di inadempimento.

Capitolo IV

IL PERCORSO ITALIANO VERSO LA FIDUCIA: RIFLESSIONI A MARGINE DI UN'OCCASIONE PERDUTA

1. L'art. 12 del Disegno di legge comunitaria 2010 e la delega al Governo ad introdurre nell'ordinamento il contratto di fiducia. L'ipotesi di struttura del contratto di fiducia. 2. Contratto di fiducia e trust: i punti essenziali di contatto di cui al Disegno di legge comunitaria 2010. 3. Contratto di fiducia: un'occasione perduta?

1. *L'art. 12 del Disegno di legge comunitaria 2010 e la delega al Governo ad introdurre nell'ordinamento il contratto di fiducia. L'ipotesi di struttura del contratto di fiducia.*

Nel corso del 2011, su impulso della crescente domanda degli operatori rivolta ad ottenere uno strumento di diritto interno che potesse competere con il *trust*, si è tentata l'introduzione, per il tramite della c.d. Legge Comunitaria, della figura del *Contratto di fiducia*, chiaramente ispirata alla *"Fiducie"* francese([299]).

([299]) Si legge, nel testo portato al Senato in prima lettura (A.S. n. 2322-A):
Art. 12 – *(Delega al Governo per la disciplina della fiducia)*
1. Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina della fiducia.
2. La disciplina, tenuti in considerazione i principali modelli normativi dei Paesi dell'Unione europea, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e con le convenzioni internazionali e in conformità ai princìpi e ai criteri direttivi previsti dalla presente legge, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti, anche tributarie.
3. I decreti di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e con il Ministro dell'economia e delle finanze.
4. Gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi alle Commissioni parlamentari competenti, perché sia espresso il parere entro il termine di sessanta giorni dalla data della ricezione; decorso tale termine i decreti sono emanati, anche in mancanza del parere. Qualora detto termine venga a scadere

Si legge nella relazione che accompagnava il disegno di legge che: *"Nell'ultimo decennio il mercato italiano ha registrato una crescente domanda di prestazioni legali e più ampiamente professionali inerenti ad operazioni fiduciarie. Questa domanda si è tradotta in larga misura nella ricerca di soluzioni basate sul ricorso al trust. Con l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile e sul riconoscimento dei trust (ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 16 ottobre 1989 n. 364) si è invero aperta la via allo sviluppo di una prassi italiana in materia. La Convenzione dell'Aja consente infatti di sottoporre alla legge straniera anche fattispecie e rapporti prevalentemente localizzati in Italia, in forza del principio di autonomia nella scelta della legge applicabile al trust.*

È opportuno però chiarire che, sebbene la prassi italiana in materia di trust al momento si giovi di questa apertura, lo strumento internazionalprivatistico ora ricordato non impone affatto all'Italia l'obbligo di riconoscere trust interamente localizzati nel nostro territorio. Più semplicemente, l'operatore italiano si è rivolto al trust retto dalla legge straniera a causa dell'assenza nel diritto italiano di un istituto equivalente sotto il profilo della completezza, della flessibilità e della coerenza interna delle norme che lo regolano.".

L'introduzione nel Codice civile dell'art. 2645-ter sulla trascrizione dei vincoli derivanti da atti di destinazione è stata

---

nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di tre mesi.
5. Entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti di cui al comma 1, il Governo può emanare disposizioni correttive e integrative nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi di cui alla presente legge e con la procedura di cui al comma 4.

senza dubbio ispirata dalla volontà di arginare il ricorso alla legge straniera da parte di soggetti italiani in contesti in cui la prassi si orientava verso l'utilizzo del trust. Il passo compiuto in tale direzione non consente ancora, tuttavia, all'Italia di disporre di uno strumento di utilità generale, che possa competere con il trust.

La presente legge delega mira ad introdurre nell'ordinamento giuridico italiano tale strumento di utilità generale nella forma del contratto di fiducia all'interno della disciplina sul contratto di mandato, di cui al Capo IX del Codice civile."([300]).

([300]) Continuava poi testualmente la relazione: *"La scelta di predisporre una disciplina del contratto di fiducia, si pone in linea anche con i recenti sviluppi del diritto europeo.*
Al riguardo è necessario rammentare il Draft Common Frame of Reference del 2009, strumento non vincolante, elaborato con il sostegno della Commissione europea e con il concorso di autorevoli studiosi italiani, che precisa fin nei dettagli la disciplina applicabile alle ipotesi di titolarità fiduciaria.
Con riferimento al diritto degli Stati membri, va ricordato che la Francia, pur non avendo ratificato la Convenzione dell'Aja, ha introdotto nel proprio diritto la fiducie, con un'ampia novella al codice civile nel 2007, emendata con provvedimenti entrati in vigore nel 2008 e nel 2009. La riforma francese mira essenzialmente a mettere a disposizione dell'operatore giuridico d'oltralpe uno strumento competitivo rispetto al trust, sia sotto il profilo delle operazioni fiduciarie rivolte a scopo di gestione, sia per quelle dirette a costituire una garanzia.
Il contratto di fiducia rappresenta lo strumento con il quale il fiduciante trasferisce beni o diritti o somme di denaro a un fiduciario che, assicurandone la separata gestione, persegue uno scopo determinato, ovvero opera nell'interesse di uno o più beneficiari determinati, o determinabili.
Ai fini dell'opponibilità e della tutela dei creditori è previsto che tale contratto sia stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità.
Si prevede, inoltre, che il contratto in parola si concluda con il semplice consenso degli stipulanti, ad eccetto che nell'ipotesi di trasferimento di somme di danaro in cui il perfezionamento coincide con la data di versamento dell'intero importo di denaro in apposito deposito vincolato. Alla fattispecie ordinaria di contratto consensuale si affianca, pertanto, quella di contratto reale.
La legge delega prevede, poi, che la disciplina della fiducia si applichi anche qualora gli effetti tipici di questa derivino da testamento, determinando, inoltre, le ipotesi in cui tali effetti scaturiscano da sentenza del giudice.
La caratteristica prìncipe della normativa in esame risulta costituita dalla separazione patrimoniale e dalla surrogazione reale, che comportano l'esclusione, qualora il fiduciario sia una persona fisica, dei beni oggetto del rapporto sia dalla comunione legale tra coniugi sia dalla successione.

Nonostante le buone intenzioni del legislatore per porre l'ordinamento italiano al passo con lo sviluppo europeo in tema di fiducia, alla delega non è stato dato alcun seguito. Ed infatti, già nel testo portato al Senato in seconda lettura, ogni riferimento alla fiducia è stato eliminato e nessun ripensamento si è attuato in sede di approvazione finale della L. 15 dicembre 2011, n. 217, che ha tradotto in norma il DDL Comunitaria 2010.

Prima di svolgere qualche sommaria considerazione sulla opportunità dell'introduzione del citato contratto di fiducia nel nostro sistema giuridico, è opportuno ripercorrere i tratti caratteristici dell'istituto, individuati dal sesto comma dell'art. 12

La presente legge delega non si limita a predisporre la disciplina del contratto di fiducia con finalità di mera gestione patrimoniale, ma regola altresì le fattispecie in cui la stessa miri alla costituzione di una garanzia o a realizzare una liberalità.
Ne consegue che:
(i) salve le norme in materia di tutela del credito, è dettata una disciplina specifica per il contratto di fiducia a scopo di garanzia, quale strumento con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso dell'importo massimo garantito;
(ii) è dettata una disciplina specifica del contratto di fiducia a scopo assistenziale. In questa ipotesi, qualora il beneficiario della liberalità sia una persona disabile, si prevede una deroga alle norme a tutela dei legittimari che appare ragionevole alla luce della particolare condizione del soggetto.
Sul versante della regolamentazione dell'attività fiduciaria si prevede, inoltre, che la stessa, data la complessità dello strumento, possa essere svolta esclusivamente da operatori professionali, sostituibili tramite provvedimento del giudice e per i quali trova applicazione la normativa antiriciclaggio.
La presente legge delega stabilisce, poi, il termine massimo di durata del contratto di fiducia e ciò al fine di evitare il congelamento di patrimoni per un tempo eccessivo. Sul punto Si individuano altresì i casi di scioglimento del contratto di fiducia tra cui spicca il caso dell'unanime deliberazione di tutti i beneficiari purché pienamente capaci di agire.
La presente legge delega si preoccupa, infine, di evitare che l'introduzione della nuova disciplina mini la trasparenza delle operazioni poste in essere e di amalgamare la stessa con le normative vigenti. Ne consegue che, da un lato, si fanno espressamente ed integralmente salve le norme in materia di antimafia, conflitto di interessi e ogni norma a tutela dell'ordine pubblico e che, dall'altro lato, si prevede il coordinamento con le discipline del contratto a favore di terzo, della cessione di crediti futuri, del fallimento, degli strumenti finanziari e tributaria.".

del DDL Comunitaria 2010 quali linee guida per l'esercizio della delega.

In breve, il disegno di legge definiva il contratto di fiducia come sottospecie del mandato, consistente in un *"contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili"*.

Il contratto di fiducia, necessariamente stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, avrebbe prodotto gli effetti di separazione patrimoniale, surrogazione del fiduciario e opponibilità del contratto ai terzi ed ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti ed i beni che costituiscono oggetto della fiducia.

In particolare, il legislatore, nell'esercizio della delega, avrebbe dovuto:

1) escludere che, qualora il fiduciario sia una persona fisica, i diritti ed i beni oggetto del rapporto siano parte della comunione legale tra coniugi, o cadano in successione;

2) prevedere che il denaro facente parte del patrimonio fiduciario sia versato in un deposito nella disponibilità del fiduciario e che in tale ipotesi il contratto di fiducia, fermo restando il vincolo di forma di cui alla lettera b), si perfezioni con il versamento dell'intero importo".

Oltre a soddisfare esigenze di amministrazione di beni, il contratto di fiducia sarebbe potuto essere utilizzato anche *"a scopo di garanzia, quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso,*

dell'importo massimo garantito."([301]); nonché *"a scopo assistenziale"*, con previsione, in tale ultimo caso, *"che il valore dei beni conferiti non possa eccedere i bisogni del beneficiario e facendo salve le disposizioni a tutela dei diritti dei legittimari."*.

Il legislatore delegato avrebbe poi dovuto prevedere apposite norme dirette a:

e) disciplinare i diritti, gli obblighi e i poteri del fiduciario e del fiduciante, o del terzo che sia nominato per far valere gli obblighi del fiduciario;

f) disciplinare l'opponibilità ai terzi aventi causa delle eventuali limitazioni apposte ai poteri del fiduciario e l'obbligo di rendiconto;

g) disciplinare la cessazione del fiduciario dall'incarico, prevedendo la possibilità di sua sostituzione anche da parte del giudice e l'ingresso del nuovo fiduciario nella titolarità dei beni oggetto del rapporto;

([301]) E, per tale ipotesi, il legislatore delegato avrebbe dovuto prevedere: *"1.1) che risulti dal contratto, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia;*
1.2) che il contratto possa essere concluso esclusivamente con un fiduciante che agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale;
1.3) che la fiducia possa essere destinata a garantire debiti diversi da quelli per cui era stata originariamente costituita, qualora l'atto costitutivo preveda tale possibilità e purché si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro limiti temporali specificamente determinati;
1.4) la nullità di qualunque patto che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante, il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito, all'epoca della escussione della garanzia;
1.5) la disciplina per il caso in cui i beni concessi in garanzia, anche nell'ipotesi di complesso di beni o altri elementi aziendali, siano sostituiti nel corso del rapporto, disponendo in particolare che il valore dei beni sostitutivi non possa essere superiore a quello dei beni sostituiti e che, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario.".

h) disciplinare la durata del contratto, la revoca e la rinuncia del fiduciario, nonché la possibilità di nominare da parte del giudice, in caso di urgenza, un fiduciario provvisorio;

i) disciplinare le cause di scioglimento del contratto di fiducia, prevedendo tra di esse l'unanime deliberazione di tutti i beneficiari, purché pienamente capaci di agire;

l) determinare i casi in cui gli effetti del contratto di fiducia possono derivare dalla sentenza del giudice;

m) prevedere che la disciplina della fiducia si applichi anche qualora gli effetti di questa derivino da testamento, salva la disciplina contenuta nell'articolo 627 del codice civile;

n) prevedere che la disciplina della fiducia si applichi anche nell'ipotesi in cui il titolare di beni se ne dichiari fiduciario per il perseguimento di uno scopo nell'interesse di terzi beneficiari;

o) dettare norme di coordinamento e, ove necessario per la realizzazione dei criteri di delega precedenti, di deroga alla disciplina di tutela dei creditori, alla disciplina sul contratto a favore di terzo, alla disciplina sulla cessione dei crediti futuri ed alla disciplina degli strumenti finanziari;

p) dettare norme di coordinamento e, ove necessario per la realizzazione dei criteri di delega precedenti, di deroga alla disciplina fallimentare, regolando in particolare la possibilità per il curatore fallimentare di concludere il contratto di fiducia al fine di agevolare il riparto dell'attivo tra i creditori;

q) assicurare, in ogni caso, il coordinamento con le norme vigenti in materia di antiriciclaggio, antimafia, conflitto di interessi ed a tutela dell'ordine pubblico;

r) dettare, ove necessario, norme di coordinamento con la disciplina fiscale vigente in materia di trust.".

Nell'idea del legislatore delegante, il contratto di fiducia sarebbe quindi stato uno strumento di utilità generale, adattabile nell'uso a molteplici scopi che, nell'ottica della piena compatibilità con il nostro ordinamento giuridico, avrebbe potuto trovare innumerevoli forme di applicazione sostitutive del ricorso a istituti *alieni* alla nostra tradizione giuridica([302]).

2. *Contratto di fiducia e trust: i punti essenziali di contatto di cui al disegno di legge comunitaria 2010.*

Non è obiettivo del presente lavoro soffermarsi sulla disciplina di un istituto che invero non è mai stato introdotto nel nostro ordinamento, nonostante i buoni originari propositi del legislatore.

Tuttavia, nell'ottica di valutare le prospettive dell'ordinamento italiano in ambito di fiducia, è utile trarre alcuni spunti dalla legge di delega riportata nel precedente paragrafo, onde comprendere se l'istituto del contratto di fiducia, come ipotizzato dal legislatore delegante, avrebbe potuto rivestire il ruolo per il quale era stato realmente pensato: costituire, in definitiva, la *versione italiana del trust*.

([302]) Ciò è confermato, peraltro, dalla relazione che accompagnava il disegno di legge, ove si legge: *"L'introduzione del nuovo istituto giuridico si rende necessaria a causa della crescente domanda di prestazioni legali inerenti ad operazioni fiduciarie registarta nel mercato italiano nell'ultimo decennio; una domanda che si è per lo più tradotta nella ricerca di soluzioni basate sul ricorso al trust. D'altra parte tale innovazione sarebbe funzionale all'esigenza di allineamento dell'ordinamento interno rispetto ai principi del diritto comunitario in corso di consolidamento.".*

Orbene, alla luce delle previsioni della legge di delega, è evidente come il contratto di fiducia, nell'intenzione del legislatore delegante, avrebbe potuto perseguire le finalità più disparate. Non è un caso, infatti, che il legislatore non si sia limitato a prevedere una fattispecie generale di contratto di fiducia, bensì abbia sin dal momento della delega chiarito come il detto contratto avrebbe potuto sostanzialmente essere impiegato in tre diversi ambiti: per l'affidamento a un soggetto professionale della gestione e/o amministrazione del proprio patrimonio; per la costituzione di garanzia a favore di terzi; per il perseguimento di scopi assistenziali.

È proprio la genericità nell'individuazione delle linee essenziali del contratto di fiducia, unitamente alla molteplicità degli obiettivi che lo stesso legislatore dichiara perseguibili per il suo tramite, che avrebbe avvicinato il nuovo istituto al *trust*. D'altronde, la scelta era, a nostro avviso, ben pensata e voluta dai redattori della norma di delega, in quanto non avrebbe avuto alcuna utilità pratica predisporre uno strumento meno duttile ed *eclettico* di quello che – seppur con tutti i limiti di cui si è discusso nel primo capitolo del presente lavoro – è ormai generalmente utilizzato anche dagli operatori interni nel perseguimento di fini afferenti in via generale alla sfera fiduciaria.

Peraltro, anche in punto di struttura il contratto di fiducia sembra porsi nel solco del *trust*. E così appare, in effetti, ove tra i tratti morfologici salienti dell'istituto, la legge di delega prevede che per il tramite del contratto di fiducia si costituisca un vero e proprio *patrimonio separato*, con conseguente incomunicabilità allo stesso delle vicende patrimoniali del fiduciante e del fiduciario.

Unico elemento di scelta dell'intenzione del legislatore che non è particolarmente chiaro e che sembra muoversi in altra direzione rimane soltanto l'idea di inserire la disciplina del contratto di fiducia nell'ambito del mandato. Se, infatti, tale scelta appare pienamente giustificata alla luce della dottrina classica in tema di negozi fiduciari che ha fatto grande applicazione, per la fiducia, della disciplina del mandato; altrettanto non può dirsi alla luce della volontà di creazione di uno strumento che vorrebbe competere con il *trust* che, invece non è un mandato, ma segue regole proprie che rendono i rapporti tra *settlor* e *trustee* ben diversi da quelli che intercorrono tra mandante e mandatario. In ogni caso, non ci sembra che, quand'anche la disciplina in questione possa essere un domani inserita quale sottospecie del mandato, ciò possa creare particolari problemi applicativi a condizione che la figura del contratto di fiducia sia sufficientemente dettagliata e che, viceversa, la normativa generale sul mandato trovi applicazione solo ed esclusivamente nelle ipotesi di vuoto normativo.

3. *Contratto di fiducia: un'occasione perduta?*

Come si è già evidenziato, il mancato inserimento della delega nella legge Comunitaria 2010 non consente oggi, come sarebbe stata l'originaria intenzione a completamento del presente lavoro, di analizzare la prima applicazione di quella che era auspicabile divenisse la chiave di volta per gli affidamenti fiduciari nel nostro ordinamento giuridico. Tuttavia, *de iure condendo*, sembra che la prospettiva che il legislatore delegante ha tentato di seguire con il

DDL Comunitaria 2010 sia di grande opportunità per riportare l'Italia al passo con il resto d'Europa in materia.

Nel terzo capitolo del presente lavoro, si è cercato di restituire dignità e operatività al negozio fiduciario come tradizionalmente inteso dalla dottrina classica. Invero, è da ritenersi utile la direzione da seguita che, alla luce del dettato normativo dell'art. 2645-*ter* c.c., e seppur nei limiti evidenziati, consente di costruire un'operazione fiduciaria che tuteli adeguatamente, al ricorrere di determinati presupposti, tanto il fiduciante, quanto il beneficiario di quella che è stata definita come la *destinazione fiduciaria*.

Tuttavia, occorre essere perfettamente consapevoli che anche la costruzione prospettata, seppur utile per giustificare *ex post* operazioni fiduciarie complesse alla luce degli strumenti classici della tradizione giuridica italiana, non è sufficiente per fornire uno strumento preferibile a chi, valutando le opzioni normative a disposizione, cerchi di scegliere la migliore per porre in essere un'operazione di natura fiduciaria.

Ed infatti, a tal fine occorre non uno strumento che peschi in diversi ambiti normativi, sostanzialmente prendendo in prestito parti di legislazione originariamente pensate per figure affini, ma diverse; bensì appare più utile ed opportuno uno strumento completo e complessivamente disciplinato che sia di immediata comprensione e facile utilizzazione per chiunque ne intenda fare uso per il raggiungimento di scopi che, oggi, solo il ricorso alla normativa di altri ordinamenti giuridici può assicurare.

Bibliografia

ALLARA M., *La proprietà temporanea*, Il Circolo giuridico, 1930;

ALPA G., in Fusaro (a cura di), *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, Antezza, 2011;

AMBROSINI A., *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie,* I, Napoli, 1915;

ANGELICI C., *Diritto Commerciale*, I, Bari, 2002;

ASCARELLI T., *Il negozio indiretto e le società commerciali. Prolusione,* Città di Castello, 1930;

BARASSI L., *Diritti reali e Possesso,* I, Milano, 1952;

BARASSI L., *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Milano, 1943;

BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano,* vol. I, Torino, 1965;

BARLA DE GUGLIELMI E., *Interposizione fiduciaria di persona? Spunti comparatistici*, in Trusts e attività fiduciarie, 2009;

BARRIERE F, *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza,* Trust e attività fiduciarie, 2008;

BARRIERE F., *La fiducie-sûreté,* Trust e attività fiduciarie, 2010;

BARTOLI S., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone"*, Giuffré, Milano, 2011;

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960;

BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione,* Relazione tenuta al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", organizzato dalla Fondazione Cesfin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze il 28.10.2005;

BIANCA M., D'ERRICO M., DE DONATO A., PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione (l'art. 2645 ter del c.c.)*, Milano, 2006;

BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in Bianca M. (a cura di), La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007;

BIANCA M., *La fiducia attributiva*, Giappichelli, Torino, 2002;

BIGLIA DI SARONNO P., *Trust connesso a disposizioni testamentarie,* Trust e attività fiduciarie, 2011;

BIGLIAZZI GERI, v. *Patrimonio autonomo e separato*, Enc. Dir., XXXII, Giuffré, Milano, 1982;

BIONDI B., *I beni,* in Trattato di diritto civile italiano, diretto da F. Vassalli, IV, I, Utet, Torino, 1956;

BOCCHINI F., *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977;

BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, in Riv. dir. civ., 191;

BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000;

BORGIOLI A., *Società fiduciaria - I) Diritto Commerciale*, Enc. giur., vol. XXIX, Roma, 1993;

BRAMBILLA M., *Società fiduciaria. Gestioni fiduciarie*, in N. Irti (a cura di), Dizionario di diritto privato, III - Dizionario di diritto commerciale e industriale Milano, 1981;

BRUGI B., *Della proprietà*, I, Napoli, 1923;

CARBONE V., *"Pactum fiduciae" ed interposizione reale – Il commento,* Il Corriere Giuridico, 1993;

CARIOTA-FERRARA L., *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933;

CARNEVALI U., *Istituzione fiduciaria*, in N. Irti (a cura di), Dizionario di diritto civile, Milano, 1980;

CARNEVALI U., nota a *Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031*, Contratti, 1998

CASTRONOVO C., *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, Europa e diritto privato, 1998.

CATALANO A., *É ancora attuale la nozione di negozio giuridico? - Il commento,* Il Corriere Giuridico, 1988;

CATAUDELLA A., *Intuitus personae e tipo negoziale*, in AA.VV., Studi in onore di F, Santoro Passarelli, I, Napoli, 1972;

CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1965;

CHIARON CASONI G., *Le società fiduciarie*, Roma, 1990;

COMPORTI C., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977;

COMPORTI C., *Le società fiduciarie*, in V. Santoro (a cura di), Le società finanziarie, Milano, 2000;

COMPORTI C., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in M. Sandulli, V. Santoro, B. Sassani (a cura di), La riforma delle società, Giappichelli, Torino, 2003;

CONDÒ G. F., *La figura del trustee,* Trust e attività fiduciarie, 2007;

CONFORTINI M., *Vincoli di Destinazione*, *Dizionario di dir. priv.*,(a cura di N. Irti), I, Milano, 1980;

COSTANZA M., *Numerus clausus dei diritti reali a autonomia contrattuale*, in studi in onore di Cesare Grassetti, 1, Milano, 1980;

COVIELLO L., *Donazione: Lezioni di diritto civile*, Siracusa, 1927;

DE ANGELIS L., GAGGERO P., *Società fiduciarie*, Contratto e Impresa, 2003;

DE NOVA G., *Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c., Milano 2006;

DI MAIO F., *Amministrazione fiduciaria di beni:quale fiducia?,* Le Società, 1995;

DI MAIO F., *Gestione di patrimoni tra società fiduciaria (non iscritta) e s.l.n.*, Le Società, 1994;

DI MAIO F., *La Società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995;

DI MAIO F., *Società fiduciarie e contratto fiduciario,* Milano, 1977;

FALZEA A., *Introduzione e considerazioni conclusive,* in B. Libonati e P. Ferro-Luzzi (a cura di), Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative, Atti della giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Giuffré, 2003,

FALZEA A., *Riflessioni preliminari,* La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007;

FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, V ediz., Roma, 1922;

FERRARA F., *I negozi fiduciari*, Scritti in onore di V. Scialoja, Milano, 1905, II;

FERRARA F., *Teoria delle persona giuridiche,* Torino, 1923;

FRANCESCHINI B., *Atti di destinazione (art. 2645-ter) e trust,* Trusts, II, Giappichelli, 2008;

FUNARI F., *Pactum fiduciae e separazione dei patrimoni tra fiduciaria e fiduciante,* Le Società, 2004;

FURGIUELE G., *La fiducia e il problema dei limiti del sistema*, in F. Alcaro e M. Tommasini (a cura di), Mandato, fiducia e trust, esperienze a confronto, Milano, 2003;

FUSARO A., *v. Destinazione (vincoli di), Dizionario delle Discipline privatistiche,* sez. civ., V, Torino, 1989;

GABRIELE P., *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, Giur. Comm., 4, 2010;

GALASSO A., *La rilevanza della persona nei rapporti privati,* Jovene, 1974;

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, Tratt. Dir. civ. e comm. Diretto da A. Cicu e F. Messineo, III, Milano, 1988;

GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, Trusts, 2007;

GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio,* in *Trust e attività fiduciarie,* 2000;

GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato,* XIII ediz., Esi, 2007;

GAZZONI F., *Il Cammello, la cruna dell'ago e le trascrizione del trust,* Rass. dir. civ., 2003;

GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.,* Giust. civ., 2006;

GIOIA G., *Titolarità delle azioni tra fiducia germanistica e comunione legale*, nota a Cass., civ. sez. I, 23 settembre 1997, n. 9355, Il Corriere Giuridico, 1, 1998;

GIULIANI F.M., *Interposizione, frode e devianze societarie (Postille di diritto privato e tributario),* Diritto e Pratica tributaria, I, 2000;

GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in Riv. Dir. Comm., 1936;

GRASSETTI C., *Il Negozio fiduciario nel diritto provato,* Fiducia, Trust, mandato ed agency, Giuffré, 1991;

GRONDONA M., *Agency e trust; Mandato e fiducia: istituti a confronto,* Trusts e attività fiduciarie, 2000;

INZITARI B., *Segregazione del patrimonio della clientela presso l'intermediario finanziario,* Trusts e attività fiduciarie, 2000;

JANNUZZI A., *Le società fiduciarie,* Milano, 1988;

KHOLER J., *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 1878;

LANG, *Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte*, Arch. f. die Civ. Prax., LXXXIII, 1894;

LIBONATI B., *Holding e Investment trust*, Milano, 1959;

LIPARI N., *Il Negozio Fiduciario*, Milano, 1964;

LUPOI M., *Atti del Convegno "Il Contratto di affidamento fiduciario: teoria e prassi"*, tenutosi a Genova il 28 ottobre 2011;

LUPOI M., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, Trusts e attività fiduciarie, 2006;

LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008;

LUPOI M., *La consunzione del negozio fiduciario*, Trusts e attività fiduciarie, 2010;

LUPOI M., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, Riv. not., I, 2001;

LUPOI M., *Riflessioni sulla "fiducia dopo la morte"*, Trusts e attività fiduciarie, 2007;

LUPOI M., *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario*, testo in corso di eleborazione, versione n. 3;

LUPOI M., *Trusts*, Milano, Giuffré 2001;

MALAGUTI M. C., *Il futuro del trust in Italia*, Contratto e impresa, 1990;

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

MAZZAMUTO S., *Il Trust*, in S. Mazzamuto e C. Castronovo (a cura di), *Manuale di Diritto privato europeo*, 2, Giuffré 2007;

MAZZAMUTO S., *La Fiducia,* in S. Mazzamuto e C. Castronovo (a cura di), *Manuale di Diritto privato europeo*, 2, Giuffré 2007;

MAZZIA N., *Intestazione fiduciaria e successione mortis causa Intestazione fiduciaria e successione mortis causa*, nota a Cass. Sez. Un. 10 dicembre 1984, n. 6478, in Foro it., I, 1985;

MESSINA G., *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910;

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale,* I, Milano, 1957;

MEUCCI S., *La destinazione dei beni tra atto e rimedi,* Milano, 2009;

MORACE PINELLI A., *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina,* Riv. dir. civ., 2008;

MORELLO U., *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984;

MOSCATI E., *Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza,* Nuova giur. civ. comm., II, 1995;

MOSCATI E., *v. Obbligazioni naturali*, Enc. dir., XXIX, Milano, 1979;

NATOLI U., *la Proprietà: appunti delle lezioni*, Giuffré, 1965;

NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988;

NERI A., *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti,* Trusts e attività fiduciarie, 2007;

NERI A., *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008,* Trusts e attività fiduciarie, 2008;

NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela, La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione,* Milano 2007;

NUZZO M., *Il negozio fiduciario*, Riv. dir. civ., II, 1964;

NUZZO M., v. *Società fiduciaria*, Enc. Dir., vol. XLII, Milano, 1990;

OERTMANN P., *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in Archiv. f.d. civ. Prax., LXIII, 1880;

OPPO G., *Brevi note sulla trascrizione degli atti di destinazione*, Riv. dir. civ., fasc. 1, pt. 1, 2007;

OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942;

PALAZZO A., *Leggendo il libro "Minister ultimae voluntatis" di Treggiari: problemi antichi e nuovi della " fiducia"*, Riv. dir. civ., 2, 2005;

PALAZZO A., *Pubblicità immobiliare ed opponibilità al trust,* Trusts e attività fiduciarie, 2002;

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione,* Riv. dir. civ. 2006, fasc. 2, pt. 2;

PETRELLI G., *L' evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009;

PICCIOTTO A., *Brevi note sull'art. 2645* ter: *il* trust *e l'araba fenice,* Contratto e impresa, 2006;

PLAJA A., *La Competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007;

PUGLIATTI S., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffré, 1962;

QUADRI R., *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004;

QUADRI R., *L'Art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione,* in Contr. Impr., 2006;

REGELSBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in Archiv f. f. Civ. Prax., LXIII, 1880;

ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967;

ROTONDO G., *Le società fiduciarie dopo il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: tra (precaria) continuità e progetti di riforma*, in F. Belli, C.G. Corvese, F. Mazzini (a cura di), Argomenti di diritto degli intermediari e dei mercati finanziari, Torino, 2000;

ROVELLI L., *Libertà di scelta della legge regolatrice*, Trusts ed attività fiduciarie, 2001;

RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, Arch. f. die civ. Prax, 1921;

SACCO R., *La proprietà*, Torino 1968;

SALVI C. *Il contenuto del diritto di prorietà. Artt. 832-833,* Giuffré, 1994;

SANTORO L., *Il Negozio Fiduciario*, Giappichelli, Torino 2002;

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1966;

SCHULZE, *Trehuänder im geltenden bürgelichen Recht*, Jher. Jahrb. f. die Dogm. d.b. Rechts, XLIII, 1901;

SCOGNAMIGLIO C., *Negozi di destinazione, trust e negozio fiduciario,* Studi in onore di Giorgio Cian, II, Padova, 2010;

TRIMARCHI V. M., v. *Patrimonio (nozione)*, in Enc. Dir., XXXII, Milano, Giuffré, 1982;

VALAS I., *Mandato fiduciario, trust e negozio di affidamento fiduciario*, Trusts e attività fiduciarie, marzo 2012;

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro,* II, settima edizione, Cedam, 2011;

VANONI C. D., *Attività delle società fiduciarie e di revisione classiche*, Riv. dott. comm., 4, 1987;

VETTORI G, *La prova del "pactum fiduciae"*, Foro it., 1991, I;

VETTORI G., *Atto di Destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter,* Obbligazioni e contratti, 2006;

VETTORI G., *Atto di Destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter c.c.*, in M. Bianca (a cura di), La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007;

VISENTINI G., *Appunti sulle prospettive di riforma delle società fiduciarie*, Banche e Banchieri, 1986, n. 6;

VITUCCI P., *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974;

WERTHAUER P. F., *Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des Dolus im. deutschen Wr.,* in Zeitscrift f. das priv. u. öff. Recht, XIII, 1886, Wien, p. 662.