# FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

## SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE

## " TULLIO ASCARELLI "

DIRITTO – ECONOMIA – STORIA

SEZIONE DI DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA

AREA DIRITTO CIVILE

XXIII CICLO

# *TRUST* E CONTRATTO DI FIDUCIA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

**Francesca Cerri**

**A. A. 2010-2011**

**Tutor: Prof. Salvatore Mazzamuto**

*Il buon senso è la cosa del mondo meglio ripartita. (...) Ciò vuol dire che la facoltà di giudicare rettamente e di distinguere il vero dal falso - che è quel che si chiama propriamente il buon senso o la ragione - è per natura eguale in tutti gli uomini; e, ancora, che la diversità delle nostre opinioni non proviene dal fatto che gli uni siano più ragionevoli degli altri, ma soltanto dal fatto che noi conduciamo i nostri pensieri per vie diverse e non ci riferiamo agli stessi oggetti.*

[Cartesio (René Descartes), *Discorso sul metodo*, Mursia, Milano 1991, p. 27]

*Tutto è divenuto; non ci sono fatti eterni: così come non ci sono verità assolute.*

[F. Nietzsche, *Umano, troppo umano*, Adelphi, Milano 1977, p. 16]

# INDICE

## CAPITOLO I

## LA GENESI DEL *TRUST* NEL DIRITTO INGLESE

### 1. Lineamenti sulla struttura dell'ordinamento giudiziario

**inglese……..**

**2. La pratica dello *use*……**

**3. Dallo *use* allo *use upon a use*: la nascita del *trust*……**

**4. Il *trust.***

**4.1. *Segue.* Il disponente.**

**4.2. *Segue.* Il *trustee.***

**4.3. *Segue.* Il beneficiario.**

**5. La questione relativa alla natura reale ovvero personale del diritto di cui è titolare il beneficiario del *trust*.**

**5.1. *Segue*. Le tesi elaborate nel nostro ordinamento.**

**5.2. *Segue.* La sentenza *Webb* c. *Webb* della Corte di giustizia europea.**

## CAPITOLO II

## IL *TRUST* NEL DIRITTO INGLESE MODERNO

**1. Premessa.**

**2. Le leggi inglesi sul *trust*.**

**3. Classificazione dei *trusts* nell'ordinamento inglese.**

**3.1. *Segue. Trusts* espressamente istituiti.**

**3.2. *Segue. Trusts* non espressamente istituiti.**

**4. Mezzi di tutela a disposizione del beneficiario nei confronti del *trustee* infedele.**

**4.1. *Segue.* Strumenti di tutela preventiva.**

**4.2. *Segue.* Strumenti di tutela successiva.**

**4.3. *Segue.* Azione risarcitoria.**

## CAPITOLO III

## IL *TRUST* E L'ORDINAMENTO ITALIANO

**1. La Convenzione de L'Aja.**

**2. Il *trust* interno.**

**3. Il *trust* e l'ordinamento italiano.**

**3.1. *Segue*. Art. 2740 c.c. e *trust*: un ossimoro solo apparente.**

**3.2. *Segue*. Il principio di tipicità dei diritti reali.**

**3.3. *Segue.* Il problema della trascrivibilità del *trust.***

## CAPITOLO IV

# IL CONTRATTO DI FIDUCIA

**1. Il contratto di fiducia: luci e ombre nel disegno di legge comunitaria 2010.**

**2. La legge francese sulla *fiducie.***

**3. La fiducia nella Repubblica di San Marino: dalla legge sul *trust* a quella sull'affidamento fiduciario.**

**4. Contratto di fiducia: *fiducie* o affidamento fiduciario?**
**Un'aporia risolvibile.**

**BIBLIOGRAFIA**

# CAP. I
# LA GENESI DEL *TRUST* NEL DIRITTO INGLESE

## 1. Lineamenti sulla struttura dell'ordinamento giudiziario inglese.

E' stato osservato che «non c'è modo di capire l'essenza del *trust* se non se ne analizzano le origini»[1]. Logico corollario di quest'affermazione è la necessità di un'indagine sulle origini della figura. Il *trust* è un istituto di origine anglosassone, sviluppatosi nel diritto inglese mediante la giurisdizione della corte di *Equity.*
Il diritto inglese è connotato dalla coesistenza di più autorità giurisprudenziali, le più importanti delle quali sono le Corti di *Common law* e la *Court of Chancery*. Ed è proprio da quest'ultima che promana quel ramo del diritto inglese che va sotto il nome di *Equity*[2].
Al contrario della *Common law* che si evolve grazie all'intensa attività svolta dalle Corti regie[3], l'*Equity* si forma attraverso interventi *ad hoc* del Cancelliere del Re. L'*Equity* si afferma per sopperire alle lacune di giustizia manifestatesi nelle Corti di *Westminster*.
La *Common law*, infatti, si sviluppa molto lentamente a fronte delle modificate esigenze socio-economiche della società inglese, nonostante l'adozione della tecnica dell'elaborazione dei *writs in consimilibus casis* e l'affermazione dell'*action on the case*; è, inoltre, caratterizzata da un rigido formalismo della procedura, al punto tale che la causa può essere persa per motivi squisitamente tecnici[4]. A partire dal XIV sec. chi non ottiene giustizia dinanzi alle Corti regie inizia a rivolgersi direttamente al Sovrano, quale dispensatore di giustizia, affinché intervenga 'per soddisfare la coscienza e per opera di carità', decidendo *secundum aequitatem*. In particolare, la

petizione viene, in prima battuta, rivolta al Cancelliere[5] nella sua funzione di «*keeper of the king's conscience*» questi, ove lo ritenga opportuno, la indirizza al Re perché decida in seno al Consiglio della Corona.

A seguito della guerra delle due rose, diviene per il Sovrano sempre più difficile riunirsi con il proprio Consiglio: inizia, perciò, ad affermarsi una giurisdizione autonoma del Cancelliere che, in breve tempo, cresce e si sviluppa, sino a dar vita a un cospicuo corpo di regole e principi: il cuore dell'*Equity.*

Il Cancelliere, solitamente di formazione culturale ecclesiastica, su istanza del reclamante convoca dinanzi a sé le parti e le interroga. Rilevata una situazione d'ingiustizia sostanziale, giudica, secondo equità, per porvi rimedio ed emette provvedimenti in cui ordina ai destinatari di agire *in good conscience,* ignorando quanto spetterebbe loro in applicazione della *Common law.*

Ed è proprio in questo *corpus* di norme, originato dal bisogno di temperare le rigidità imposte dalla *Common law,* che va rintracciata l'origine del *trust*. L'istituto è il portato finale dei tentativi compiuti dai *conveyancers**[6]*** inglesi d'ampliare la rosa degli atti di disposizione terriera con effetti *post mortem* nonché di sottrarre le terre dei loro clienti da sgradite forme di tassazione feudale.

## 2. La pratica dello *use.*

Le ragioni sottese all'introduzione del *trust*, infatti, possono riassumersi nella volontà di evitare l'applicazione di determinate disposizioni che vietavano a chiunque di disporre dei propri beni con efficacia successiva alla morte[7], ovvero impedivano agli ecclesiastici[8] di essere titolari di beni reali (*realties*), di aggirare gli inconvenienti generati dall'ordinamento feudale (privilegi, decime, diritti speciali).

Per ovviare a tali inconvenienti si iniziò a porre la terra *in use.* Il meccanismo era il seguente: il *feoffor**[9]*** (futuro *settlor*) trasmetteva i beni al *feoffee to use* (futuro *trustee*) affinché questi li amministrasse a beneficio (*ad opus**[10]***, *to the use*) del *cestuy que use* (futuro beneficiario). Il rapporto si fonda su un atto di trasferimento,

denominato *feoffment with livery of seisin*[11], che attribuisce all'acquirente l'azione reale con la quale è tutelata, in quest'epoca, la *real property*. Il *feoffment* è, dunque, a tutti gli effetti, un passaggio di proprietà. Al contrario, il *pactum fiduciae* e la designazione del beneficiario rimangono segreti.

Nella *Common law* non si rinveniva l'espressione *to the use of*: l'adempimento del *pactum fiduciae*, perciò, dipendeva esclusivamente dalla *fides* del fiduciario[12]. Il *feoffor* e il *cestuy que use* non potevano vantare alcun diritto reale sul bene trasferito, né obbligatorio nei confronti del *feoffee*, *legal owner* secondo la *Common law*.

In questa fase entra in gioco il Cancelliere del Re ed il suo *conscience-based power* teso a porre rimedio alle ingiustizie. Questi, non potendo invitare il fiduciario a comparire dinanzi alle Corti regie[13], lo citava a comparire innanzi a se stesso.

Il Cancelliere, se riteneva fondata la petizione, emetteva un *writ sui generis* citando il destinatario a comparire davanti a se stesso. Il *writ* conteneva semplicemente la *vocatio in ius:* un mandato di comparizione non motivato. Dall'imposizione, nei confronti del convenuto, di comparire a pena dell'applicazione di un'ammenda discende il nome della formula: *writ of subpoena*.

Nell'ipotesi in cui il reclamante riusciva a convincere il Cancelliere dell'esistenza di un *pactum fiduciae*, questi ne imponeva il rispetto al *feoffee* avvisandolo che in caso contrario lo avrebbe punito *by putting him in prison*.

Il Cancelliere non applica i principi della *Common law,* bensì giudica sulla scorta di ragioni di equità, coscienza e moralità. Per questo motivo seppur il convenuto, in forza dell'atto di trasferimento, risultava legittimo proprietario *at law* non poteva ignorarsi la presenza di un *pactum fiduciae* e la possibile *economic loss* in capo al beneficiario in caso di mancato rispetto del patto.

Venne in tal modo riconosciuta l'esistenza, in capo al beneficiario, di una *equitable ownership* con valore fattuale di prevalenza, sotto il profilo dei contenuti, sulla *legal ownership* del *feoffee*.

Asceso al trono Enrico VIII la situazione mutò. Assetato di denaro, egli tentò di riacquisire gli antichi diritti dovuti in precedenza al Re quale soggetto al vertice della catena feudale;  a tal fine nel 1535, fece emanare al Parlamento lo *Statute of Uses.*

Con questa legge si statuì che, seppur con alcune eccezioni, la creazione di uno *use* operasse non più in modo tale da conferire ai beneficiari, scelti dal *feoffor,* diritti da far valere nei confronti dei *legal owners* (diritti che la *Court of Chancery* avrebbe protetto), bensì in modo da attribuire la *legal ownership* direttamente in capo ai beneficiari stessi.
In tal modo, si diede «esecuzione allo *use»* disconoscendo il ruolo rivestito dal *feoffee to use*; inoltre, divenne temporaneamente impossibile per chiunque trasferire ad un qualsivoglia soggetto la titolarità giuridica di una determinata proprietà terriera da assoggettare ad un vincolo a favore di terzi: non v'era più, infatti, alcuno *use* tramite il quale concretizzare il vincolo medesimo.

**3. Dallo *use* allo *use upon a use*: la nascita del *trust.***

Dinanzi a questa forma di reintroduzione del trasferimento della proprietà *mortis causa,* nei limiti del principio della primogenitura, la reazione dell'aristocrazia terriera non si fece attendere. E fu sì violenta da condurre all'emanazione, nel 1540, dello *Statute of Wills,* con il quale si stabiliva che, anche secondo la *Common Law,* tutte le terre, detenute in regime di *non-military tenure* e i 2/3 delle terre detenute in *knight service,* fossero liberamente disponibili nonché un utilizzo esasperato delle previste eccezioni all'applicazione dello *Statute of Uses.* Questa legge, infatti, non trovava applicazione qualora lo *use* aveva per oggetto beni diversi dai patrimoni terrieri, detenuti in regime di piena proprietà[14], ovvero quando lo *use* attribuiva al *legal owner* anche doveri da adempiere[15] (un *active use*).
Dal canto loro i *conveyancers* aggiravano il divieto posto dalla legge in esame con la pratica dello «*use upon a use*». L'espediente funzionava così: se A voleva trasferire il suo *estate* a B per l'uso di D, il *deed of conveyance* creava un doppio uso, trasmettendo l'*estate* invece che a «*B to the use of D*» a «*B to the use of C to the use of D*».
In un primo momento le Corti di *Common law* si limitarono a rendere *executed* lo *use*

a favore di C ed ignorare quello in favore di D. Nel 1634, nel decidere sul caso *Sambach v. Dafston,* il Cancelliere sancì il principio per il quale il titolare dello *use upon use* meritava tutela sicché, nel caso sottopostogli, C, titolare dello *use*, *executed* in forza dello *Statute*, avrebbe dovuto tenere il *legal estate* per l'uso di D[16].
Così si era tornati al punto di partenza, ovvero alla distinzione tra *legal ownership* ed *equitable ownership.* La pratica dello *use upon a use* finì per privare d'efficacia lo *Statute of Uses.*
Si cessò di definire *feoffee to use* l'acquirente del *legal estate,* che assunse il nome di *trustee*; analogamente, il titolare dell'*equitable interest* da *cestuy que use* divenne il *cestuy que trust.*
L'espressione "*per lo use di C per lo use di D*» venne sostituita, nella prassi, dall'espressione *«in trust per D*» e si statuì che, allorquando un trasferimento veniva effettuato *«per l'uso di C in trust per D»,* C fosse titolare di una *legal ownership* in conformità allo *Statute of Uses,* ma solo in qualità di fiduciario *(trustee),* il beneficiario (D), al contrario, doveva ritenersi titolare di un'*equitable ownership* da considerarsi, di fatto, *prevailing.*
L'*Equity,* premurandosi di tutelare l'*interest* del beneficiario che non riceveva tutela *at law*, ha trasformato in obbligazione giuridica l'impegno morale del *feoffe to use* (*trustee*) e determinato la nascita del *trust.*
Il diritto inglese, infatti, non contemplando il principio *duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest,* non oppone alcun ostacolo di natura concettuale o logica all'ammissione di una pluralità di domini sul medesimo bene[17].
La distinzione è apprezzabile sia a livello del contenuto sia a livello processuale. Quanto al primo profilo la presenza di una pluralità di domini importava una scissione del contenuto del diritto di proprietà nella facoltà di amministrazione e di disposizione (in capo al *trustee*) e la facoltà di godimento (in capo al *cestuy que trust*). Sul piano processuale, invece, la distinzione si rifletteva sulla natura della tutela: la proprietà legale (di cui era titolare il fiduciario) trovava tutela innanzi alle Corti di diritto comune, la proprietà equitativa (riconosciuta al beneficiario) era difesa solo di fronte alla Corte di Cancelleria.

Laddove il *trustee* abusava del suo potere e violava i termini dell'affidamento cedendo, indebitamente, a terzi la *trust property* il beneficiario può far valere i suoi diritti purché il terzo non fosse un «*bona fide purchaser of a legal interest in the trust property without notice, (chete actual, constructive or imputed) of the trust*»[18]. Ad eccezione del caso in cui il terzo avesse acquistato in buona fede il bene oggetto della *trust property* il beneficiario può azionare i propri diritti anche nei confronti dei terzi: il diritto era, dunque, opponibile ai terzi.

**4. Il *trust***

Si è soliti ritenere che la parola inglese *trust* (letteralmente fiducia) tragga origine dalla crasi tra il vocabolo scandinavo *traust* e quelli inglesi *trow* (credere) e *true* (vero).
Diversi sono stati i tentativi[19] di definire questo poliedrico istituto: si è affermato che «*a trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, and anyone of whom may enforce the obligation*»[20]; ovvero «*an arrangement in which a settlor transfers property to one or more trustees, who will hold it for the benefit of one or more persons (the beneficiaries or cestuis que trust, who may include the trustee(s) or the settlor) who are entitled to enforce the trust, if necessary by action in Court. The trust, recognized originally in Chancery, is based on confidence and developed from the use; it has been described as the most important contribution of English equity to jurisprudence. The beneficiary has rights against the trustee and may also have rights over the property in the hands of others*»[21].
Occorre, innanzitutto, rilevare che l'istituto anglosassone si compone di due negozi funzionalmente collegati: l'atto istitutivo e il negozio dispositivo[22]. Il primo contiene le regole che il *trustee* dovrà osservare nell'amministrare il *trust fund*; il

negozio dispositivo, invece, opera il trasferimento dei beni dal disponente al *trustee* (cd. dotazione del *trust*).
A seguito della costituzione del *trust* i beni trasferiti al *trustee**[23]*** diventano oggetto di un patrimonio separato dal suo patrimonio personale. L'effetto segregativo rende il *trust fund* inattaccabile dai creditori personali sia del disponente, sia del *trustee*, sia degli eventuali beneficiari. I beni, infatti, sono destinati unicamente al soddisfacimento delle obbligazioni contratte dal *trustee* per amministrare il *trust*.
La nascita del *trust* comporta, insieme all'effetto traslativo, l'attribuzione al beneficiario[24] di una posizione giuridica, l'*equitable estate*[25], opponibile sia al *trustee* sia, seppur entro determinati limiti, ai terzi[26]. Il *trustee*, in forza dell'istituzione del *trust*, diventa proprietario dei beni trasferitigli dal disponente, tuttavia il patrimonio è vincolato al perseguimento della finalità prescritta nell'atto istitutivo.

### 4.1. Il disponente

Si è soliti definire il soggetto istituente il *trust,* indifferentemente, *settlor* o disponente. «Molti adoperano ancora "*settlor*"» incuranti di incorrere in «un errore di diritto, perché *settlor* è colui che pone in essere un *settlement*, cioè un particolare tipo di *trust* che vincola un patrimonio, solitamente immobiliare, per più generazioni. Tutti gli altri tipi di *trust* non sono "*settlement*" e non hanno quindi un *settlor*»[27].
Occorre, peraltro, tener presente che tale figura può anche mancare: è il caso dei *trust*[28] non originati dalla dichiarazione negoziale del disponente.
Laddove, invece, la persona del disponente e quella del *trustee* coincidono la fattispecie assumerà le forme del *trust* autodichiarato. Non è escluso che il disponente possa figurare anche tra i beneficiari del *trust*[29]. Anzi, qualora il *trust* abbia più di un beneficiario, il disponente può ricoprire, contemporaneamente, anche i ruoli di *trustee* e beneficiario[30].
Il disponente, in linea di principio, non è titolare di rimedi giuridici nei confronti del

*trustee,* pur tuttavia tra i due sussiste un rapporto di affidamento, in forza del quale il disponente è legittimato a far conoscere al *trustee* la propria volontà.
Inoltre il costituente, nell'atto istitutivo, può riservarsi qualsiasi potere (c.d. *reserved power*) egli desideri sulla *trust property* purché ciò avvenga nel rispetto dell'affidamento del compito al *trustee*[31]. Laddove il disponente mantenga il controllo effettivo del *trust fund* si configura lo *sham*[32].
All'accertamento di uno *sham*, di qualsiasi tipo, consegue la nullità del *trust* sin dall'origine, il ritorno del *trust fund* nel patrimonio del disponente nonché la ripetibilità delle distribuzioni già effettuate in favore dei beneficiari e dei compensi eventualmente versati al *trustee*.

### 4.2. Il *trustee*

Il *trustee* è la figura centrale[33] del *trust*. E' il destinatario del trasferimento compiuto dal disponente ed è investito del compito d'amministrare il *trust fund* nell'interesse di uno o più beneficiari. A tal proposito occorre far presente che il *trustee* può rivestire anche il ruolo di beneficiario purché egli non sia l'unico beneficiario: il *trustee*, infatti, «*may also be a beneficiary, but a sole trustee cannot hold on trust for himself as sole beneficiary, since it is impossibile to have rights and dulie at home in one person. No trust can exist where the entire property, legal and equitable, is vested in one person*»[34].
Di regola qualsiasi soggetto capace di agire può assumere il ruolo di *trustee*[35].

### 4.3. Il beneficiario

L'istituzione di un *trust* fa sorgere in capo al beneficiario un *equitable interest* fonte del diritto di conseguire dal *trustee* le rendite del *trust fund* durante l'esistenza del *trust* e/o di ottenere, alla cessazione del *trust*, i beni che lo compongono.
Tuttavia, l'*equitable interest* può anche atteggiarsi diversamente.

E' il caso dei *trusts* discrezionali, nei quali i beneficiari possono vantare esclusivamente il diritto a veder correttamente esercitata la discrezionalità conferita dal disponente; nei *trusts* protettivi la disposizione attributiva dell'*equitable interest*, che conferisce al beneficiario il diritto di ricevere le rendite o i beni del *trust fund*, in presenza di determinati eventi, prevede anche la degradazione di questo diritto a quello spettante a un beneficiario di *trust* discrezionale.
I beneficiari di un *trust* sono considerati proprietari equitativi (*equitable owners*[36]) della *trust property* per distinguerli dal *trustee* considerato *legal owner* dei beni inclusi nel fondo.
In altri termini i beneficiari sono creditori, particolari, del *trustee.*
Esistono, poi, *trusts* che non contemplano la figura del *beneficiary*: appartengono a tale categoria i *charitable trusts*[37].
L'obbligo assunto dal *trustee* corrisponde al diritto di cui sono titolari i beneficiari; del resto la nascita del *trust* è dovuta proprio all'esigenza di tutelare la posizione del beneficiario non riconosciuta *at law*.
Il beneficiario può esercitare il suo diritto sia nei confronti del *trustee,* sia nei confronti dei terzi: si tratta, dunque, di un diritto opponibile ai terzi.

**5. La questione relativa alla natura reale ovvero personale del diritto di cui è titolare il beneficiario del *trust*.**

La peculiarità del diritto *de quo* ha generato un acceso dibattito, in seno alla *common law*, circa la sua natura reale ovvero personale (obbligatoria).
Alcuni autori[38] affermano la natura reale del diritto, altri[39], invece, propendono per la natura obbligatoria.
Di recente è emersa una terza tesi "intermedia" che fa leva sulla natura ibrida del diritto del beneficiario. Al riguardo si è sottolineato come, con riferimento al rapporto tra beneficiario-*trustee*, gli «*equitable rights under trusts are rights in personam in the sense that each trust beneficiary has a personal right against the trustees to*

*ensure due performance of the trusts and to ensure that the trustees propertly discharge their duties*»; quanto al rapporto beneficiario-terzi, invece, si rileva che «*a beneficiary does have a right in rem in the sense of a "real" or remedy against strangers in possession of the trust property*»[40].

**5.1. *Segue*. Le tesi elaborate nel nostro ordinamento.**

L'indagine sulla natura reale o personale del diritto del beneficiario del *trust* è stata condotta, con approccio comparatistico, anche all'interno del nostro ordinamento.
La prima dottrina a cimentarsi nella ricerca ha individuato nel *trust* la fonte di uno «sdoppiamento del diritto di proprietà originario in due nuovi diritti di proprietà, contemporanei, investiti in soggetti diversi ed aventi il medesimo oggetto»[41] che sorgerebbe «attribuendo a soggetti diversi, al fiduciario (o *trustee*) da un altro, ed al beneficiario (o *cestui que trust*) dall'altro, una distinta tutela, riconoscendosi, sulla cosa costituita in *trust*, al primo una signoria legale (*legal estate*) al secondo una signoria equitativa (*equitable estate*)»[42]: «sia l'uno che l'altro diritto, in cui si viene a scindere l'originario diritto di proprietà, sono a loro volta veri e propri diritti di proprietà (*ownership estate*) […]. Il contenuto normale del diritto di proprietà che […] contiene […] le facoltà di disposizione e le facoltà di godimento, viene diviso in due parti e le facoltà di disposizione vengono […] attribuite al *trustee*, quelle di godimento al *cestui que trust*»[43].
Tale tesi, che individua nel *trust* la fonte di un duplice diritto di proprietà, è rimasta prevalente[44] sino alla ratifica della Convenzione de L'Aja.
A seguito dell'entrata in vigore della Convenzione, una dottrina in particolare ha sostenuto che nel *trust* sarebbe rintracciabile un solo diritto di proprietà, in capo al *trustee**[45]***; ai beneficiari non può che spettare un diritto di natura obbligatoria e opponibile ai terzi dal momento che il diritto, di cui è titolare il *trustee*, è connotato da un «difetto di pienezza equitativa»[46]. Una diversa corrente[47], al contrario, ha qualificato la posizione del beneficiario un'aspettativa giuridica al conseguimento di

un diritto incluso nel *trust fund.*

**5.2. *Segue.* La sentenza *Webb* c. *Webb* della Corte di giustizia europea.**

A fornire una risposta alla *vexata quaestio* ha provveduto una sentenza della Corte di giustizia europea, relativa al caso *Webb* c. *Webb**[48]***.
La fattispecie, oggetto della pronuncia, riguardava un cittadino inglese che aveva dato al figlio il denaro occorrente per l'acquisto di una casa per le vacanze ad *Antibes*, con l'intesa che dell'immobile avrebbero potuto fruire sia il figlio, sia il padre sia la moglie di questi. A vent'anni di distanza, compromessi i rapporti familiari, il padre, che aveva sempre sostenuto tutte le spese di manutenzione dell'immobile, decide di adire la *High Court of Justice* chiedendo che il figlio, nella sua qualità di *resulting trustee*, venga condannato a compiere gli atti necessari affinché possa intestargli l'immobile. Il figlio si difende eccependo un difetto di giurisdizione della corte inglese. In particolare, richiamandosi al disposto dell'art. 16, 1° comma, lettera (a) della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 (*Sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze civili e commerciali*)[49] individua nella magistratura francese quella competente a conoscere il caso. Nel merito il figlio tenta, poi, di fornire la prova contraria richiesta dal diritto inglese per superare la presunzione *iuris tantum* ivi vigente, secondo cui laddove un soggetto mette a disposizione di un altro il denaro per acquistare un immobile (o qualsiasi altro tipo di bene), si presume che il primo non abbia voluto compiere una donazione bensì abbia soltanto istituito un *resulting trust**[50]***, affermando che il denaro per l'acquisto della casa di *Antibes* gli era stato

dato dal padre a titolo di anticipo sulla futura successione[51]. La *High Court of Justice* nell'accogliere la domanda di *Webb* padre esclude la natura reale dell'azione esercitata dall'attore, tenuto conto che il *petitum* non mirava né all'accertamento della qualità di proprietario dell'attore, né alla sua immissione nel possesso del bene e neppure al mutamento di precedenti iscrizioni nei registri immobiliari, bensì unicamente all'accertamento dell'esistenza del suo diritto a vedersi trasferito il bene del convenuto[52].

Il figlio impugna la decisione dinanzi alla *Court of Appeal*. I giudici inglesi rimettono la questione relativa all'interpretazione dell'art. 16 della Convenzione di Bruxelles del 1968 alla Corte di Giustizia. La Corte doveva rilevare se il diritto del quale *Webb* padre chiedeva l'accertamento appartenesse o meno alla categoria dei diritti reali immobiliari. Sul punto la Corte, dopo aver preliminarmente evidenziato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 16, 1° comma, lettera (a) della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 «non è sufficiente […] che l'azione riguardi un diritto reale immobiliare o che abbia un nesso con un immobile» bensì «occorre che l'azione sia fondata su un diritto reale e non su un diritto personale», aderisce alla pronuncia della *High Court of Justice* escludendo la natura reale dell'azione dal momento che «il padre non pretende di essere già fin d'ora titolare di prerogative concernenti direttamente l'immobile ed opponibili *erga omnes*, ma invoca solo dei diritti nei confronti del figlio»[53].

La decisione è stata oggetto di contrapposte letture.

I sostenitori della tesi della natura obbligatoria del diritto del beneficiario ravvisano, nella pronuncia, un ulteriore conforto alla loro teoria[54].

Un diverso orientamento[55] ritiene, invece, che la sentenza della Corte di Giustizia si limiti ad affermare la natura personale dell'azione del beneficiario nei confronti del *trustee* infedele tesa a conseguire da quest'ultimo il trasferimento della proprietà del bene oggetto di *trust.* La tesi lascerebbe aperta la questione relativa alla natura della diversa azione del beneficiario nei confronti del terzo avente causa dal *trustee* infedele.

# CAP. II

# IL *TRUST* NEL DIRITTO INGLESE MODERNO

## 1. Premessa.

Attesa la difficoltà[56] di elaborare un'esaustiva definizione dell'istituto si può affermare che il *trust* consiste in un rapporto fiduciario che attribuisce al *trustee* la titolarità e la gestione di un patrimonio per il perseguimento di un determinato scopo. Questo può assumere diverse forme (conservare/gestire/amministrare i beni oggetto del *trust fund* per consegnarli ai beneficiari, per attribuire benefici a terzi) purché sia lecito e non contrario all'ordine pubblico.
Dinanzi alla varietà di epifenomeni che caratterizza la materia si è osservato[57] che appare più corretto utilizzare la forma plurale *trusts* piuttosto che la singolare *trust.*

## 2. Le leggi inglesi sul *trust*.

Dalla fine del XIX secolo il Parlamento inglese ha legiferato al fine di introdurre un sistema di clausole comuni di applicazione generale, salvo diversa previsione dell'atto istitutivo del *trust*.
Il primo *Trustee Act* risale al 1893. Si tratta di una sorta di testo unico di atti di *trust* dell'epoca[58]. Nel 1961 è stato approvato il *Trustee Investment Act**[59]*** al fine di aggiornare i poteri di investimento del *trustee* nei confronti dei beni in *trust*. Nel 1996 si è provveduto a innovare il regime dei *trust* immobiliari attraverso l'introduzione del *Trust of Land and of Appointment of Trustee*. Infine, nel 2000, è stato emanato un nuovo *Trustee Act*. Tra le novità più rilevanti, contenute nella legge, si registra l'attribuzione al *trustee* di poteri più consoni alle necessità attuali, l'ammissione di clausole di esonero da responsabilità del *trustee* nonché il riconoscimento di un

diritto al compenso a favore del medesimo.

## 3. Classificazione dei *trusts* nell'ordinamento inglese.

*Summa divisio* iniziale è quella che separa gli *express trusts* dai *trusts ope legis* (*implied, resulting* o *constructive trusts*) a seconda della fonte. All'interno della prima categoria si suole distinguere i *private trusts* dai *public trusts*, in base alle finalità cui è volta la loro istituzione; ancora, i *private trusts* si suddividono, in ragione dell'atto istitutivo, in *inter vivos* ovvero *mortis causa*.

### 3.1. *Trusts* espressamente istituiti.

Per *trust* espressamente istituito si intende quel *trust* la cui fonte consiste in una dichiarazione espressa di volontà (cd. atto istitutivo o costitutivo) resa dal disponente con atto *inter vivos* o *mortis causa*.

La dichiarazione contiene la regolamentazione del *trust* e ha natura di negozio unilaterale, recettizio solo nelle ipotesi in cui costituente e *trustee* siano soggetti distinti[60].

La collocazione di tale categoria di *trust* nel contesto della *law of property* e la conseguente esclusione dalla *law of contract* discende da ragioni di carattere storico. Il *trust* si è affermato sulla scena giuridica anglosassone agli albori della *law of contract*. Al riguardo basti ricordare che, allora, non esisteva ancora un *writ* (azione) esperibile al fine di ottenere tutela dinanzi all'inadempimento dell'obbligazione contrattualmente assunta dalla controparte[61]. Solo nel XVII sec. la *law of contract* ha elaborato un'azione generale volta a tutelare una parte contrattuale dall'inadempimento dell'altra avente natura meramente risarcitoria[62]. Accanto all'assenza di un'azione generale *at law* per le ipotesi di inadempimento contrattuale e alla natura meramente risarcitoria dell'azione, le ulteriori circostanze, che deposero a favore dell'inclusione del *trust* nella *law of property* sono la concezione limitativa dell'accordo vincolante e il principio della *privity of contract*.

Quanto al primo aspetto, occorre ricordare che nel diritto inglese un *contract*, per

essere vincolante deve contenere una *consideration,* ossia deve prevedere uno scambio di prestazioni corrispettive, ovvero in difetto di tale elemento, deve essere consacrato in un atto formale denominato «*act under seal*»[63].
Il principio della *privity of contract* prevede che *only a part to a contract can sue on it*[64].
A tutelare la posizione del beneficiario di un *trust*, privo *at law* di legittimazione ad agire nei confronti del *trustee*, è intervenuta l'*equity* che, glossando la *law of property*, ha previsto un *equitable interest* in capo al beneficiario con funzione limitativa della titolarità *at law* del diritto vantato dal *trustee*.

### 3.2. *Trusts* non espressamente istituiti

In origine i *trusts* non espressamente istituiti erano oggetto di una categoria unitaria che racchiudeva in sé i *trusts* che «*shall or may arise or result by the implication or construction of law*»[65].
Successivamente i *trusts* non espressamente istituiti hanno assunto tre forme distinte: *implied, constructive* e *resulting trusts.*
Il *trust* «implicito» è quello che, secondo una regola di *equity*, sorge in virtù di un comportamento concludente da parte del disponente[66]. Come nel *trust* espressamente istituito, la matrice ha, dunque, natura negoziale la differenza si fonda sulla diversa forma rivestita dalla manifestazione della volontà del costituente; nell'un caso implicita, nell'altro, invece, espressa.
Il *constructive trust* (trust presunto) è quello che una regola di *equity* ritiene sorto a prescindere dalla volontà del soggetto che ne risulta disponente. In questo tipo di *trusts* difetta la figura del costituente; la loro origine, infatti, non discende dalla manifestazione di volontà di un soggetto. Il bene oggetto del *trust fund* in questi casi si caratterizza per il fatto di appartenere, sino al momento in cui la regola di *equity* interviene, al soggetto che, in base alla regola stessa diviene in seguito *constructive trustee*. Quest'ultimo suole definirsi *simple* (o *naked* o *bare*[67] o *passive*) *trustee* dal

momento che è tenuto a un unico obbligo: il trasferimento del bene al beneficiario[68].

Nella categoria dei *constructive trusts* possono annoverarsi:

- *trusts* originati da una manifestazione di volontà del costituente che pur non esplicitata secondo le forme necessarie, *at law*, affinché si producano gli effetti cui il disponente mirava, induca tuttavia l'*equity* a intervenire per salvarne il contenuto attraverso la creazione di un *construsctive trust*[69];
- *trusts* creati dal'*equity* in contrasto con la volontà del *trustee* al fine d'impedire la cosiddetta *fraud*[70].

Il primo tipo ricorre nelle ipotesi di donazione *si praemoriar*[71] priva dei requisiti formali previsti *at law*; di accordo per la redazione dei rispettivi testamenti con un certo contenuto[72]; di accordi verbali attributivi di diritti immobiliari all'alienante[73], ovvero di accordi verbali attributivi di diritti a un soggetto estraneo all'alienazione. Esempi del secondo genere sono, invece, l'acquisto di un bene del *trust* alienato dal *trustee* con *breach of trust*[74]; il *knowing assistance* ovvero *knowing receipt*[75].

I *resulting trusts* (*trusts* residuali ovvero di ritorno) sono creati da una regola di *equity* in quei casi in cui, a monte, vi è un soggetto A, che ha trasferito[76] un proprio bene a un soggetto B, e le circostanze che caratterizzano la fattispecie sono tali che si giustifica, dal punto di vista etico, l'attribuzione ad A della qualifica di beneficiario di un *trust*, in cui il ruolo del *trustee* è svolto da B. Oggetto del *trust fund* è il bene oggetto dell'atto dispositivo[77].

Questo tipo di *trust* ha in comune con il *constructive trusts* la libertà di forma nonché la mancanza del costituente: la fonte del *trust* e il vincolo che esso fa sorgere non è la volontà di un soggetto finalizzata alla creazione di un *trust* bensì una regola di equità che, valutata la fattispecie in termini di meritevolezza di tutela, imprime su un bene il vincolo proprio del *trust*[78].

## 4. Mezzi di tutela a disposizione del beneficiario nei confronti del *trustee* infedele

Per tutelare i suoi diritti il beneficiario ha a disposizione rimedi di varia natura.

### 4.1. Strumenti di tutela preventiva

Il beneficiario di un *trust*, per tutelare la sua posizione, ha a disposizione, nei confronti del *trustee*, innanzitutto strumenti di tutela preventiva[79].
Qualora il *trustee* ometta di compiere un atto rientrante tra i suoi doveri ovvero intenda compiere un atto che li violi, il beneficiario potrà adire il giudice per ottenere una *injunction**[80]***.
L'*injunction**[81]*** è un rimedio processuale tipico dell'*equity* consistente in un ordine, rivolto dal giudice al *trustee*, di compiere o di astenersi dal compiere un determinato atto[82].
La sanzione contro l'inottemperanza è il *contempt of court*[83] (disubbidienza a un ordine del giudice).

### 4.2. Strumenti di tutela successiva

Allorché il *trustee* abbia posto in essere condotte integranti *breach of trust*, il beneficiario è legittimato a esercitare il *tracing.* Si tratta di un'azione di natura personale che palesa l'attitudine all'opponibilità *erga omnes* del diritto, di natura obbligatoria, di cui il beneficiario è titolare[84]. Il *tracing* rilevante, a tal fine, è quello di *equity*. Il *tracing* equitativo si distingue da quello di *common law.* Questo, infatti, conduce alla dichiarazione che un bene appartiene all'attore; l'equitativo,

invece, si conclude con l'emissione di un provvedimento recante la condanna del convenuto all'adempimento di un obbligo solitamente consistente in un *dare*, avente come oggetto il bene indebitamente sottratto dal *trust fund,* ovvero il bene in cui quest'ultimo si è trasformato[85].
Occorre, peraltro, sottolineare che non sempre la condanna del convenuto soccombente sfocia in un obbligo di *dare*; talvolta il *tracing* comporta non tanto il trasferimento di un bene quanto la creazione, in capo all'attore e a carico del convenuto, di un *equitable charge**[86]***. Tale vincolo costituisce una causa legittima di prelazione *in executivis* su un certo bene.

**4.3. Azione risarcitoria**

Accanto al rimedio del *tracing,* nel caso di *breach of trust* il diritto inglese prevede a favore del beneficiario una generale azione risarcitoria esperibile contro il *trustee* infedele.

# CAP. III

# IL *TRUST* E L'ORDINAMENTO ITALIANO

## 1. La Convenzione de L'Aja

La Convenzione approvata a L'Aja, l'1 luglio del 1985[87], dalla *Conférence de La Haye de droit international privé*[88], relativa alla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento rappresenta il veicolo normativo che ha permesso l'ingresso dell'istituto anglosassone nel nostro ordinamento.
L'art. 2 della Convenzione definisce il *trust* l'insieme dei «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»[89]. Al secondo comma la norma prevede altre tre caratteristiche[90] che, insieme agli elementi indicati nel primo comma, descrivono il modello di *trust* disciplinato dalla Convenzione.
L'ambito applicativo è delineato dai successivi artt. 3 e 4. Il primo dispone che la disciplina pattizia «si applica ai soli *trust* istituti volontariamente e provati per iscritto»[91].
L'art. 4 stabilisce, inoltre, che «la Convenzione non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al *trustee*».
Quest'ultima norma assume un'importanza fondamentale tra gli argomenti che consentono di sostenere la configurabilità del *trust* interno[92]. Per comprenderne appieno la portata occorre tener presente, innanzitutto, che la Convenzione regola la pietra (il *trust*) e non la fionda che la lancia (il negozio che lo istituisce)[93].
La neutralità del *trust* rispetto al negozio costitutivo e alla sua causa permette di risolvere agevolmente i problemi relativi all'ammissibilità di *trust* inficiati da negozi istitutivi nulli, in frode alla legge ovvero simulati. Dinanzi a tali fattispecie, infatti, il giudice italiano sarà ben libero d'applicare l'art. 1343 c.c. (in caso di causa illecita), l'art. 1344 c.c. (nell'ipotesi di contratto in frode alla legge), l'art. 1322, secondo comma, c.c. (in caso di negozio atipico e innominato finalizzato a perseguire un

interesse immeritevole di tutela) ovvero norme analoghe.
Ugualmente i terzi titolari di uno specifico interesse[94] pregiudicato dal *trust* potranno esperire le azioni più opportune (surrogatorie, revocatorie, impugnazioni testamentarie, di riduzione) in relazione al negozio istitutivo del *trust* stesso.
In questa prospettiva analoga importanza riveste l'art. 19 della Convenzione. La norma nel prevedere che «la Convenzione non pregiudicherà la competenza degli Stati in materia fiscale» fuga ogni dubbio circa la legittimità del *trust,* fortemente indiziato d'esser un mero strumento di elusione o evasione fiscale. Anche in tal caso nessun ostacolo impedisce all'amministrazione finanziaria come pure ai giudici tributari di sindacare il negozio istitutivo del *trust* finalizzato a eludere o evadere la normativa fiscale interna.
Il testo convenzionale è stato ratificato dall'Italia, senza l'apposizione di alcuna riserva, con la legge 16 ottobre 1989 n. 364[95].
Come è stato correttamente osservato la Convenzione «ha cambiato in maniera radicale l'atteggiamento del giurista italiano nei confronti del *trust.* Prima di essa, infatti, se ne poteva parlare come di un istituto di diritto straniero, rispetto al quale, per la sua singolarità rispetto ai diritti continentali, in maniera ricorrente era sembrato naturale individuare somiglianze e rilevare differenze secondo il classico metodo del diritto comparato. Con la ratifica della Convenzione, questo istituto di diritto straniero è diventato oggetto di una disciplina positiva da parte dell'ordinamento italiano»[96]. Per quanto attiene l'attività ermeneutica si dibatte sul parametro cui far ricorso per interpretare le espressioni tecnico giuridiche contenute nel testo pattizio. Secondo un orientamento l'interprete dovrebbe adottare i criteri ermeneutici previsti dalla *lex fori*. La tesi opposta ritiene, invece, doveroso il riferimento alla Convenzione stessa al fine di assicurare il rispetto dell'origine internazionale delle norme nonché il raggiungimento dell'obiettivo di uniformazione sotteso alla prassi delle convenzioni internazionali[97].
La Convenzione ha carattere universale: dal combinato disposto degli articoli 1 e 21 si evince che il suo ambito di applicazione si estende anche agli ordinamenti di Stati non contraenti, purché lo Stato contraente, entro il cui ordinamento si colloca la

fattispecie concreta, non abbia mosso una specifica riserva al momento della ratifica[98].
La legge italiana di ratifica contiene l'ordine di esecuzione della Convenzione riportandone pedissequamente il testo integrale[99].
All'indomani della ratifica, occasione di dialogo, o meglio di scontro[100], è stato proprio il grado di penetrazione dell'istituto anglosassone nel nostro ordinamento. In particolare si è indagata la possibilità di configurare un *trust* interno, facendo leva sulle disposizioni contenute nella Convenzione.

**2. Il *trust* interno.**

Il sintagma «trust interno»[101] qualifica quel *trust* in cui tutti i *significant elements* sono italiani, eccezion fatta per la legge regolatrice.
Le soluzioni, proposte sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, non sempre convergono e lasciano persistere profonde incertezze sulla configurabilità del *trust* nel nostro ordinamento.
Al fine di verificare se la ratifica della Convenzione de L'Aja abbia attribuito al *trust* il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, occorre preliminarmente chiarire la natura giuridica della Convenzione stessa.
Il dibattito sulla valenza internazionalprivatistica ovvero sostanziale della Convenzione è ancora aperto.
L'opinione prevalente riconosce al testo pattizio valenza internazionalprivatistica[102]. In particolare si rileva che la Convenzione «non fa nascere un *trust* internazionale e non ne detta le regole, come fa la Convenzione di Vienna per la compravendita internazionale, ma pone i criteri per individuare il diritto

applicabile ad un determinato *trust* nazionale e ne stabilisce i limiti di efficacia (il riconoscimento) negli altri Stati contraenti»[103]. In altri termini scopo della legge n. 364/1989 è «l'individuazione del diritto applicabile: a quale ordinamento, cioè, scelto dal costituente (art. 6) o rispetto al quale il *trust* presenti i più stretti legami (art. 7), occorra fare capo per disciplinare un *trust*, sul presupposto che i suoi elementi rilevanti non siano "più strettamente connessi" con uno Stato che non conosca il detto istituto (art. 13). Una cosa, dunque, è dire che il *trust* non sia più ignoto al nostro ordinamento, altra cosa è ritenere che esso sia diventato un istituto disciplinato o disciplinabile alla stregua di qualsiasi altro istituto del diritto interno italiano»[104].
Alcuni indici normativi sembrano militare a favore di questa tesi.
L'art. 1 sancisce che la «Convenzione stabilisce la legge applicabile al *trust* e regola il suo riconoscimento». Il tenore della norma sembra non lasciar adito a dubbi: l'ambito di applicazione della Convenzione si limiterebbe alle fattispecie connotate da elementi di internazionalità che presuppongono un conflitto tra leggi di ordinamenti diversi. La conclusione sembra trovare conforto negli stessi lavori preparatori della Convenzione che nel chiarire l'intenzione dei redattori affermano «*qu'il n'a jamais été question d'introduire le trust dans les pays de civil law, mais simplement de fournir à leurs juges les instruments propres à appréhender cette figure juridique*»[105]. Nella stessa direzione sembra condurre anche l'art. 5[106] della Convenzione laddove subordina il riconoscimento del *trust* alla condizione che la legge applicabile, ai sensi degli artt. 6 e 7, preveda l'istituto *de quo*.
E' proprio l'interpretazione di questi articoli a generare i maggiori dissensi.
L'art. 6 assegna al costituente la facoltà di scelta della legge regolatrice purché la normativa scelta preveda «l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione». Qualora la legge scelta non contempli l'istituto in questione, troveranno applicazione i criteri suppletivi previsti dagli stessi artt. 6 e 7. Al contrario, se il costituente non provvede a indicare espressamente la legge regolatrice, questa si desumerà dalle disposizioni contenute nell'atto costitutivo ovvero dagli scopi perseguiti dal disponente.
Il rilievo assegnato al criterio di libertà di scelta della legge regolatrice ha permesso, a

parte della dottrina, di affermare che la Convenzione possa applicarsi anche alle fattispecie prive di effettivi elementi di internazionalità ad eccezione della legge regolatrice. Logico corollario di quest'assunto è la possibilità per un cittadino italiano, residente in Italia, di costituire validamente un *trust* su beni, anch'essi siti in Italia, assoggettandolo a una legge regolatrice straniera. Il *trust* interno[107], connotato da un unico elemento di internazionalità, consentente la sussunzione della fattispecie alla Convenzione. Questa tesi, secondo alcuni, sembra non tener conto dei principi che governano la logica[108]: l'individuazione della legge regolatrice del *trust* è una conseguenza dell'internazionalità della fattispecie. Affinché si possa applicare al *trust* la Convenzione e, di conseguenza, ci si possa avvalere della disposizione contenuta nell'art. 6, la fattispecie dovrebbe esser, *ex ante*, connotata da elementi di internazionalità.

Inoltre, seppur si assecondasse tale poiesi la mera scelta di una legge straniera non potrebbe assurgere a elemento sufficiente a determinare quel *conflit de lois* che si configura quale presupposto dell'applicabilità della Convenzione[109]. Sulla base di tali premesse l'art. 5 della Convenzione andrebbe interpretato nel senso che, laddove la legge regolatrice, scelta in forza degli artt. 6 e ss., non conosca l'istituto del *trust*, come delineato dall'art. 2 della Convenzione, la fattispecie sottoposta all'esame del giudice non potrà esser riconosciuta come *trust* alla stregua della Convenzione.

Del resto l'opinione in rassegna ha ottenuto anche l'avallo di una parte della giurisprudenza[110].

Altra parte della dottrina si è spinta oltre. Dopo aver assegnato alla Convenzione valenza di diritto materiale uniforme è giunta a sostenere che la sua ratifica ha prodotto l'effetto d'introdurre il *trust* nel nostro diritto interno. Secondo i sostenitori[111] di questa tesi l'adesione all'opposto orientamento (che assegna alla Convenzione valenza internazionalprivatistica) comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra il cittadino italiano, cui sarebbe preclusa la possibilità di istituire un *trust* su beni, di sua proprietà, siti in Italia, e il cittadino britannico cui, viceversa, la medesima operazione sarebbe permessa[112]. A tal riguardo un'attenta dottrina ha sottolineato che «cade in equivoco chi afferma che la Convenzione

essendo divenuta legge dello Stato a seguito della ratifica, come qualunque altra legge di diritto interno non può andare contro il principio di uguaglianza tra cittadini e stranieri. […] Ma, anzitutto, l'art. 3 Cost. nella prospettiva di diritto internazionale privato, come viene sottolineato dagli internazionalprivatisti, […] riguarda soltanto i cittadini fra loro. Peraltro, l'art. 10, secondo comma, Cost. prevede per la condizione giuridica dello straniero la conformità alla legge e ai trattati internazionali, non al principio di uguaglianza di cui all'art. 3. Sul piano sostanziale, poi, la disuguaglianza, ipotizzata sull'assunto che la legge n. 364/1989 consentirebbe esclusivamente la costituzione di *trust* ad opera di cittadini stranieri, non sussiste perché non è la cittadinanza presupposto necessario o qualificazione preclusiva. Ai sensi dell'art. 7, infatti, la legge applicabile sarà quella con la quale il *trust* avrà i più stretti legami e tra questi non è indicata la cittadinanza onde ben potrà il cittadino italiano costituire un *trust* al quale risulti applicabile una legge straniera in quanto con questa esso presenti i più stretti legami»[113].

Un ulteriore ostacolo alla configurabilità del *trust* interno è rintracciabile nell'art. 13 della Convenzione, in virtù del quale «nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del *trustee*, siano più strettamente collegati alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione».

Come si evince chiaramente dal suo tenore, la norma consente di negare il riconoscimento di quei *trust* i cui *significant elements*, ad eccezione della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del *trustee*, siano più strettamente connessi a un ordinamento che non conosce l'istituto del *trust* o la particolare tipologia di *trust* in questione.

A quest'argomento si oppone una diversa lettura della norma *de qua*. In particolare, si individua nel giudice e non nello Stato il reale destinatario dell'art. 13 della Convenzione: la norma attribuirebbe al giudice la facoltà (discrezionale) di denegare il riconoscimento di un *trust* interno qualora riscontri che la scelta della legge straniera celi un intento abusivo. Esclusa l'automatica disapplicazione della disciplina

convenzionale nei confronti del *trust* interno occorrerà, quindi, verificare caso per caso, il difetto di una motivazione legale che sorregga il ricorso al *trust* e alla scelta di una legge regolatrice straniera.
Presupposto di tale esame è l'individuazione del limite cui soggiace, in questa materia, l'autonomia privata. In altri termini ci si domanda sino a che punto le parti possano sottrarre una fattispecie alla sua disciplina naturale[114]. Per rispondere a tale quesito occorre prender le mosse dall'assenza, nella Convenzione, dei requisiti di internazionalità del *trust*. Di regola, le convenzioni di diritto internazionale privato dettano i requisiti di internazionalità della fattispecie che disciplinano. E' proprio l'accertamento della loro sussistenza a consentire l'applicazione della normativa pattizia al rapporto. Alla luce di questa considerazione, dal momento che la Convenzione relativa alla legge sui *trust* e al loro riconoscimento non delimita il proprio ambito d'applicazione attraverso l'indicazione di uno o più requisiti di internazionalità, deve concludersi che la sua applicazione discenda dalla presenza dei criteri dettati dall'art. 3 della Convenzione stessa:
- che il *trust* sia creato volontariamente;
- che sia provato per iscritto;
- che la legge scelta conosca l'istituto del *trust* ovvero la tipologia di *trust* in questione[115].
A ben vedere, dunque, «l'individuazione della legge regolatrice del *trust* non è, nel sistema della Convenzione, una conseguenza della internazionalità della fattispecie, bensì un presupposto della Convenzione medesima e, dunque, come tale destituito di autonoma rilevanza operativa. La legge straniera ben potrà regolare una fattispecie che non presenta alcun criterio di collegamento con l'ordinamento richiamato, con il solo limite della frode, vale a dire della strumentale sottrazione del rapporto alla disciplina naturale per finalità abusive»[116]. La soluzione prospettata, inoltre, «non contrasta con il fondamentale principio dell'applicazione delle norme inderogabili della *lex fori* che, anche nella materia in esame, opera, senza limitazione alcuna, al fine di evitare forme, per l'appunto, di abuso del potere pattizio di scelta della legge regolatrice della fattispecie»[117]. L'assenza di contrasti si evince anche dagli artt.

15, 16 e 18 della Convenzione. In particolare, l'art. 15 fa salve «le disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro» in varie materie (protezione dei minori e degli incapaci; effetti personali e patrimoniali del matrimonio; testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria; trasferimento della proprietà e garanzie reali; protezione dei creditori in caso di insolvenza; tutela dei terzi di buona fede), «allorché con un atto volontario non si possa derogare ad esse». La norma si pone come ulteriore argomento a sostegno della configurabilità di un *trust* interno: il disposto, infatti, sembrerebbe fare riferimento ai *trust* costituiti da chi è normalmente sottoposto ad un ordinamento non *trust*, dato che nei sistemi di *common law* il problema del coordinamento con l'eventuale disciplina inderogabile delle varie materie è già risolto all'interno dell'ordinamento. L'art. 16, invece, afferma che «la Convenzione non pregiudica l'applicazione di quelle norme della legge del foro la cui applicazione si impone anche alle situazioni internazionali qualunque sia la legge designata dalle norme di conflitto». L'art. 18, infine, prevede la disapplicazione delle disposizioni della Convenzione laddove «la loro applicazione sia manifestamente contraria all'ordine pubblico».
Alla luce di tali rilievi normativi l'art. 13 assurge a norma di chiusura che consente al giudice di non riconoscere il *trust* regolato dalla legge straniera nel caso in cui, pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia disciplinate dagli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione, questi consideri comunque l'istituto non riconoscibile in quanto teso a realizzare effetti ripugnanti all'ordinamento nel quale il *trust* dovrebbe essere riconosciuto.

## 3. Il *trust* e l'ordinamento italiano

Superata la *quaestio* relativa alla configurabilità del *trust* interno occorre verificare la compatibilità dell'istituto con i principi del nostro ordinamento.

### 3.1. *Segue*. Art. 2740 c.c. e *trust*: un ossimoro solo apparente.

Si è rilevato che la segregazione patrimoniale generata dal *trust* comporta una

vanificazione della riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. a tutela dei creditori[118]; tale violazione renderebbe il *trust* nullo.
A tal proposito una parte della dottrina[119] ha rilevato come, in realtà, il *trust* non sarebbe affetto da nullità. Secondo quest'opinione la mera esistenza d'una norma imperativa non si traduce nella posizione di un divieto[120] per la violazione del quale, ai sensi di detta norma, il negozio risulta nullo. Qualora, come in questo caso, la «norma si limita, invece, a prevedere un certo effetto come inderogabile, questo significa semplicemente che i soggetti privati non possono porre in essere atti di autonomia volti a conseguire effetti contrastanti con il primo: c'è solo un difetto del potere di conseguire l'effetto contrastante con la regola posta, non un dovere di non porre in essere atti idonei a conseguirlo»[121].
Da tale assunto si desume che l'atto posto in essere dalle parti non si contrappone ad alcun divieto «per il semplice fatto che il divieto non sussiste»[122].
La conseguenza dell'assenza di un divieto e del difetto dell'autonomia privata di realizzare l'effetto che il negozio sarebbe in grado di produrre  non è, dunque, la nullità bensì la «semplice inefficacia del contratto per la parte contrastante con la norma imperativa»[123].
L'orientamento maggioritario non ritiene l'art. 2740 c.c. un ostacolo all'ingresso del *trust* nell'ordinamento italiano. In realtà si schierano sulla stessa sponda (perché pervengono alla medesima conclusione) due correnti di pensiero che prendono le mosse da differenti assunti: coloro che ritengono legale la natura della segregazione generata dal *trust* e coloro i quali, invece, le attribuiscono natura pattizia.
Appartiene al primo schieramento chi[124] rintraccia negli artt. 2 e 11 della Convenzione la fonte della segregazione; mediante ratifica il testo pattizio è divenuto legge dello Stato. Secondo questi interpreti la deroga al divieto sancito dall'art. 2740 c.c. deriva direttamente dalla legge e, dunque, non apporterebbe alcun *vulnus* al principio della garanzia patrimoniale generica[125].
Chi, al contrario, assegna alla segregazione natura negoziale osserva, innanzitutto, che il principio conosce diverse eccezioni[126]: basti pensare all'art. 490 c.c., il quale prevede che il beneficio d'inventario tenga distinto il patrimonio del *de cuius* da

quello dell'erede; all'art. 2117 c.c. che permette la creazione di patrimoni di destinazione come fondi speciali per la previdenza e l'assistenza; alla disciplina delle società fiduciarie o dei fondi d'investimento; ai patrimoni societari dedicati a uno specifico affare (art. 2447-*bis* c.c.) ovvero al fondo patrimoniale (art. 167 c.c.). Tale panorama normativo ha indotto la giurisprudenza di merito ad affermare che «l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. non può valere come un dogma sacro ed intangibile del nostro ordinamento»[127].

A ciò deve, inoltre, aggiungersi la recente introduzione nel nostro sistema normativo dell'art. 2645-*ter*[128] c.c. cui è conseguito «un tale ampliamento delle ipotesi collegate alla limitazione della responsabilità da rischiare la completa vanificazione della riserva di legge posta a tutela dei creditori dall'art. 2740 c.c.»[129].

Ridimensionata in tal modo la portata del principio sancito dall'art. 2740 c.c.[130], si rileva che l'incompatibilità tra l'esigenza di permettere una separazione patrimoniale di fonte convenzionale e quella di tutelare i soggetti estranei all'atto (i creditori) è soltanto apparente[131].

Limitazione della responsabilità e separazione patrimoniale, infatti, non sono espressioni equipollenti. La prova di tale assunto risiede nel dettato dell'art. 2740 c.c.: la norma, nel sancire la regola di responsabilità patrimoniale, non crea una relazione di carattere quantitativo tra patrimonio e responsabilità[132]. Lo si comprende agevolmente considerando che un incremento del patrimonio non comporta un aumento della responsabilità né una riduzione del patrimonio si traduce in una diminuzione della responsabilità[133].

La tesi, elaborata in ambito dottrinale, ha ottenuto anche l'avallo giurisprudenziale. La giurisprudenza di merito dopo aver affermato che l'art. 2740 c.c. «è espressione di un principio generale che impone la tutela delle ragioni dei creditori contro gli atti fraudolenti dei debitori, ma non limita l'autonomia privata, essendo a questa complementare»[134] ne individua la *ratio* «nella protezione dell'interesse del creditore a soddisfarsi sul patrimonio del debitore». Il Collegio rileva, inoltre, che «non è necessario, per conseguire tale obiettivo, individuare un limite all'autonomia privata, potendosi fare ricorso al sistema revocatorio»[135]. Il Tribunale, nell'aderire

all'itinerario tracciato dalla dottrina, precisa che «a rilevare è, dunque, la causa del trasferimento» ovvero «bisogna distinguere fra atti che mirano esclusivamente a ridurre la responsabilità dell'individuo, sottraendo, volutamente, i beni alla garanzia dei creditori, ed atti che incidono sul patrimonio del singolo, dando una specifica destinazione ai beni, senza, però, sottrarli ai creditori»[136]. Nella prima ipotesi, realizzando una violazione dell'art. 2740 c.c., l'atto è nullo; nel secondo caso, invece, l'atto è valido.

Il riconoscimento della compatibilità tra la separazione patrimoniale di fonte convenzionale e la tutela degli interessi dei creditori impedisce «ogni automatismo fra consistenza del patrimonio e misura della responsabilità, due concetti che vanno intesi separatamente in modo da colpire, ai sensi dell'art. 2740 c.c., non ogni trasferimento, né ogni trasferimento che si colleghi ad una destinazione di alcuni beni, ma solo il pregiudizio che potrebbero patire i creditori»[137].

La legittimazione del *trust* nell'ordinamento interno si fonda, dunque, sulla distinzione tra separazione patrimoniale e limitazione della responsabilità.

La segregazione, effetto tipico dell'istituto *de quo,* incide sul patrimonio del *trustee* e non sul regime della sua responsabilità: delle obbligazioni personali questi risponderà con tutti i suoi beni presenti e futuri (come dispone l'art. 2740 c.c.), delle obbligazioni assunte per assolvere lo scopo individuato dall'atto istitutivo risponderà, viceversa, con i beni costituenti il *trust fund*. I creditori personali del *trustee* non ricevono alcun nocumento dall'istituzione del *trust*: l'acquisto dei beni in regime di segregazione non aggiunge né sottrae alcunché alla responsabilità patrimoniale del *trustee*. In questo senso non si realizza alcuna illegittima violazione dell'art. 2740 c.c[138].

E quest'ultima non si configura neppure laddove si consideri la posizione del disponente. Come ha osservato una corrente dottrinaria se i creditori del disponente, già tali al momento della destinazione, hanno garanzia sufficiente nella residua massa, questi sono del tutto indifferenti alla destinazione stessa. Qualora, invece, la garanzia non sia sufficiente, o se il bene (o i beni) oggetto del negozio siano essenziali alla loro soddisfazione l'atto di destinazione sarà loro inopponibile ed essi

potranno, dunque, esercitare un'azione revocatoria *ex* art. 2901 c.c.[139] se la destinazione è reale, ovvero un'azione di simulazione se la destinazione è fittizia[140]. La garanzia patrimoniale dei creditori resterebbe, perciò, intatta e intangibile nonostante la sopravvenuta limitazione patrimoniale. L'eventuale possibilità di arrecare pregiudizio ai diritti dei creditori del disponente può essere agevolmente arginata, come rilevato anche dalla giurisprudenza[141], tramite la previsione di rimedi che si pongano a valle[142] dell'atto di autonomia, concretamente pregiudizievole, e non a monte.

La soluzione prospettata non muta laddove si versi nella differente ipotesi di un *trust* autodichiarato. Anche qualora la persona del costituente e quella del *trustee* coincidano, infatti, al fine di perseguire uno scopo determinato è legittimo generare una separazione patrimoniale che grava sul patrimonio del disponente riducendolo. Occorrerà anche in questo caso analizzare la causa del trasferimento. Ove dal riscontro emerga una causa illecita l'atto sarà inevitabilmente nullo.

In relazione a tale profilo autorevole dottrina ha ricordato che «i *trust* sono funzionalmente preposti a obiettivi diversi da quello di frodare i creditori» e «a parità di finalità illecita […] sono più facilmente attaccabili rispetto ai negozi di diritto civile» dal momento che «i creditori del *trustee* non possono agire sui beni in *trust* perché opera la segregazione, quelli del disponente non possono agire perché i beni non sono più del disponente, ma in tanto non possono agire in quanto il trasferimento al *trustee* non sia di per sé attaccabile, per esempio per mezzo dell'azione revocatoria (o, in campo successorio, dell'azione di riduzione)»[143].

Alla luce di questi rilievi si rivela necessario, come già sottolineato, un ripensamento della tutela del credito «destinata ad attuarsi mediante rimedi posti "a valle" dell'atto di autonomia privata, in quanto condizionati dagli effetti in concreto prodottisi e dall'eventuale pregiudizio recato ai terzi estranei all'atto, e non già "a monte" quali conseguenze dell'imposizione ai privati di divieti presidiati dalla sanzione della nullità»[144].

Questa è stata la via intrapresa dalla giurisprudenza di merito. Numerose decisioni[145] hanno accolto l'azione revocatoria esperita avverso gli atti di

disposizione patrimoniale di beni immobili, compiuti in favore di un *trust* facendola assurgere a rimedio per eccellenza onde reagire a *trust* elusivi.
Una diversa opinione[146] all'esperimento dell'azione revocatoria preferisce la dichiarazione di nullità del *trust*. Posto che una delle «tre certezze»[147], in tema di *trust*, consiste nella volontà, del disponente, di dar vita a un rapporto giuridico sussumibile nell'istituto del *trust*, qualora si accerti il difetto di tale intenzione dovrà concludersi per la nullità del negozio istitutivo. L'adesione a questa soluzione comporterebbe un maggiore vantaggio rispetto a quello conseguibile con il vittorioso esperimento dell'azione *ex* art. 2901 c.c.: «perché la nullità del *trust* porta con sé la nullità degli atti dispositivi e va quindi a vantaggio di tutti i creditori del disponente e non soltanto di coloro che hanno proposto l'azione revocatoria»[148]. Sempre in relazione alla nullità, un'ulteriore linea di pensiero propone, infine, l'art. 2645-*ter* c.c. quale strumento normativo idoneo a ottenere una dichiarazione di nullità degli atti che distraggono dal vincolo i beni oggetto del *trust fund*[149].

### 3.2. *Segue*. Il principio di tipicità dei diritti reali

Ulteriore argomento a suffragio della tesi che sostiene l'incompatibilità dell'istituto anglosassone con l'ordinamento italiano, accanto alla surriferita illegittima deroga al divieto sancito dall'art. 2740 c.c., è rappresentato dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali.
La dottrina più risalente ha definito il *trust* «un rapporto fiduciario, derivante dalla volontà privata o dalla legge, in virtù del quale colui (fiduciario, *trustee*) che ha su determinati beni o diritti la proprietà formale (*trust ownership, legal estate*) o la titolarità è tenuto, per effetto della proprietà sostanziale (*beneficiary ownership, equitable estate*) che non è in lui, a custodirli e (o) ad amministrarli, o comunque a servirsene a vantaggio di uno o più beneficiari (*beneficiaries or cestuis que trust*), tra i quali può anche essere compreso, o di uno scopo »[150].
La definizione ha posto le basi per la teoria della scissione del diritto di

proprietà[151]: l'unicità e l'assolutezza del diritto di proprietà[152] impediscono il riconoscimento di un istituto connotato da una *fragmentation of ownership**[153]***. A seguito del trasferimento dei beni ad opera del costituente il *trustee* acquisterebbe una proprietà fiduciaria, limitata dal difetto del potere di disporre liberamente del bene e inammissibile nel nostro ordinamento perché non prevista dalla legge[154].
La questione si è riproposta all'indomani della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1985.
L'atteggiamento della dottrina riguardo al ruolo svolto dal testo pattizio non è stato univoco. Secondo una parte[155], la Convenzione non può considerarsi legge dello Stato e l'istituto da essa disciplinato sarebbe connotato da una scissione proprietaria che introdurrebbe nel nostro ordinamento un nuovo diritto reale.
Sulla sponda opposta si colloca chi ritiene che, a seguito della ratifica, la Convenzione sia diventata legge interna e, come tale abbia introdotto una nuova forma di appartenenza[156]. Pur condividendo il fatto che la Convenzione sia da considerarsi legge interna un'altra parte della dottrina[157] afferma che il problema è, in realtà, frutto di un equivoco. Il *trust* non introduce alcuna nuova forma di appartenenza né di diritto reale bensì trasferisce lo stesso diritto di proprietà descritto dall'art. 832 c.c.
Coloro che aderiscono a questa tesi definiscono il *trust* un'«obbligazione non nascente dal *ius civile*, che grava sul titolare di un diritto, ha per oggetto le forme di godimento e di finale trasferimento del diritto a terzi ed è tutelata nell'ambito di un ordinamento distinto dallo *ius civile*, ma ad esso non contrapposto»[158]. Non v'è alcun accenno alla pluralità di domini: il costituente trasferisce i beni al *trustee*, il quale diviene unico titolare del *trust estate*[159] seppur vincolato nell'esercizio e al trasferimento del suo diritto[160]. Del resto, si nota, la scissione proprietaria difetterebbe financo nel diritto inglese[161]. I fautori di quest'orientamento ritengono, inoltre, che la Convenzione non abbia recepito l'istituto tipico di *common law*, bensì «una serie aperta di fattispecie che appartengono agli ordinamenti di *common law* come a quelli di *civil law*»[162]. In particolare, la Convenzione de L'Aja non avrebbe veicolato in Italia un istituto straniero (il *trust* della tradizione di

*Common law*), ma si sarebbe limitata a dettare criteri di collegamento uniformi al fine di individuare la legge regolatrice del rapporto.
L'istituzione di tale figura fa sorgere in capo al *trustee* un diritto di proprietà, sui beni oggetto del *trust fund*, identico a quello previsto dall'art. 832 c.c.[163]. L'assunto è stato condiviso anche dalla giurisprudenza di merito. Si è riconosciuto che il *trustee* acquista «la piena proprietà di ciò che è stato conferito al *trust* e può disporne liberamente con la pienezza di facoltà di un normale proprietario» e dunque «gli obblighi gravanti sul *trustee* […] attengono ad un profilo diverso da quello relativo al trasferimento del diritto reale, rientrando, invece, nel rapporto obbligatorio esistente con i beneficiari»[164].
Nel tentativo di sostenere la compatibilità dell'istituto del *trust* con il principio di tipicità dei diritti reali non si è esitato, inoltre, a superare il dogma al fine di accreditare forme di appartenenza atipiche. Il risultato è stato perseguito sia depotenziando la fondatezza del principio del *numerus clausus**[165]***, sia affermando il potere dell'autonomia privata di dar vita a nuovi diritti reali[166].
V'è, infine, chi ritiene che l'istituzione del *trust* realizzi una forma di proprietà nell'interesse altrui[167] analoga a figure già contemplate dal nostro sistema giuridico[168]. Al riguardo si registra una graduale erosione delle categorie dominicali classiche, come dimostra l'emersione di istituti nei quali il diritto di proprietà assume forme diverse da quelle tradizionali. Secondo questa linea di pensiero non può più parlarsi di diritto di proprietà come concetto unitario[169]; vi sono, infatti, forme di proprietà caratterizzate dal fatto che le facoltà di godere e di disporre del bene sono attribuite al proprietario non per soddisfare un interesse proprio, bensì un interesse altrui.
Alla luce di tali rilievi risulta, dunque, evidente come il *trust* non introduce, nel nostro ordinamento, nessun nuovo diritto reale né forma di appartenenza atipica.
Del resto riguardo a tale profilo si registra un'apertura anche da parte della dottrina più scettica sulla configurabilità di un *trust* interno. Il riconoscimento dell'istituto, compiuto con la ratifica della Convenzione de L'Aja, «implica che la scissione tra una proprietà formale e una proprietà sostanziale […] diventa lo snodo necessario del

riconoscimento in parola. Questo basta ad escludere che oramai la tradizionale incompatibilità sistematica di una proprietà, che è doppia perché sulla titolarità presente ineludibilmente ne incombe una futura, sia destinata a durare. Dunque il *trust* […] non può essere impedito dal produrre effetti apprezzabili secondo il diritto italiano sulla scorta del solo rilievo che questo non sarebbe disponibile ad attestare la proprietà su due piani, uno soltanto essendo quello della titolarità»[170].
Invero, il rifiuto dell'istituto non potrebbe più fondarsi sull'inscindibilità della proprietà sancita dal nostro ordinamento. Ove si continuasse a opporre tale dogma «ne risulterebbe un atteggiamento contraddittorio rispetto alla volontà manifestata dallo Stato italiano con la firma della Convenzione»[171].

### 3.3. *Segue.* Il problema della trascrivibilità del *trust.*

Risolte le *impasses* relative all'ammissibilità del *trust* l'interprete è tenuto a confrontarsi con un profilo che attiene al funzionamento dell'istituto. La questione riguarda la possibilità di trascrivere il *trust.*
La trascrizione permette di rendere il *trust* (e dunque l'effetto segregativo) opponibile sia ai creditori personali del disponente, sia a quelli del *trustee*.
Al riguardo nessun ostacolo incontra chi ritiene che la Convenzione de L'Aja, sia divenuta, in seguito alla ratifica, legge dello Stato e il *trustee* un proprietario *optimo iure*, titolare, dunque, di un diritto di proprietà tipico[172]. Di conseguenza, il *trustee* potrà trascrivere il suo acquisto *ex* art. 2643, n. 1, c.c.
Altra parte della dottrina, negata alla Convenzione la qualifica di legge interna, si oppone alla trascrivibilità del *trust*[173].
Ciò premesso occorre verificare se la trascrizione del *trust* è compatibile con quanto previsto dalla normativa italiana in relazione a questa forma di pubblicità, in particolare con il principio di tassatività[174] degli atti soggetti a trascrizione *ex* art. 2643 c.c.[175].
La dottrina maggioritaria è dell'avviso che la norma debba essere interpretata in

senso elastico, ossia con riferimento non agli atti bensì agli effetti che da questi promanano[176]. A favore di quest'opinione depone anche il testo dell'art. 2645 c.c. che prevede la trascrivibilità di ogni atto o fatto o provvedimento che produce gli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c. Quindi da questo punto di vista anche se il *trust* non rientra nel novero degli atti di cui all'art. 2643 c.c. produce effetti analoghi a quelli degli atti elencati dalla norma, ossia il trasferimento della proprietà gravata di condizioni e vincoli, e pertanto è trascrivibile per effetto del combinato disposto degli artt. 2643, n.1, e 2645 c.c. Secondo una parte della dottrina, tuttavia, il richiamo all'art. 2645 c.c. sarebbe «del tutto inconferente e risponde all'errata idea che essa abbia il compito di legittimare la trascrizione quando l'effetto dell'atto sia analogo o simile ad uno di quelli previsti dall'art. 2643 c.c. e non già identico, come viceversa deve essere, dovendosi adottare una nozione di effetto giuridico in senso formale e tipico»[177].

A quest'argomento si replica che la trascrizione del *trust* sarebbe comunque ammissibile in base all'art. 12 della Convenzione de L'Aja[178]. Quest'ultima lettura, del resto, «non scomoda virtù intellettuali eroiche»[179]: è sufficiente «ricordare che le norme di una convenzione oggetto di una legge che dà ad esse esecuzione appartengono, nella gerarchia delle fonti, al rango della norma che contiene l'ordine di esecuzione, e quindi nel caso nostro al rango della legge ordinaria, sicché si tratta di norme che prevalgono su quelle codicistiche in base al duplice criterio per cui la legge posteriore prevale su quella anteriore, ed a quello per cui la legge speciale, tale essendo la natura di tutte le norme di diritto convenzionale, prevale sulle norme del diritto nazionale comune»[180].

L'intervento della giurisprudenza, al fine di risolvere, positivamente, la *querelle* relativa alla trascrivibilità del *trust* nei registri immobiliari, si è rivelato decisivo[181]. In particolare, riconosciuto che «il *trustee* è l'unico titolare dei beni e dei conseguenti poteri di gestione e disposizione propri del diritto di proprietà, sia pure qualificati»[182] si ritiene che al riconoscimento *ex lege* del *trust* non può che conseguire l'obbligo di trascrivere l'acquisto a favore del *trustee.* In assenza di trascrizione, infatti, l'effetto segregativo, connotato essenziale dell'istituto, non

sarebbe opponibile ai terzi. Laddove il vincolo che permette di costituire un patrimonio separato rispetto a quello personale del *trustee* non fosse suscettibile di trascrizione e, dunque, si rivelasse inopponibile, si svuoterebbe di significato la ratifica della Convenzione de L'Aja che, all'art. 11[183], prevede quale effetto minimo e automatico del riconoscimento proprio la segregazione patrimoniale.
A suffragio della giurisprudenza è, infine, intervenuto il legislatore che, con la legge n. 51 del 23 febbraio 2006, di conversione di un decreto *omnibus*[184], ha introdotto nel nostro ordinamento l'art. 2645-*ter* c.c.
La norma dispone che «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'art. 1322, co. 2, 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'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».
La nuova disposizione ha suscitato fin da subito perplessità e incertezze[185], non solo per l'approssimativa tecnica di *drafting*, ma anche per la sua collocazione sistematica[186]. Nonostante assurga a lampante esempio del progressivo decadimento della tecnica legislativa la nuova disposizione assume un'importanza straordinaria per i riflessi che irradia su numerosi istituti: primo fra tutti il *trust*.
L'articolato dispositivo pur suscettibile di critiche, sotto diversi profili, nel prevedere l'opponibilità dell'atto di destinazione, apporta un argomento decisivo nella soluzione in senso positivo della *vexata quaestio* della trascrivibilità del *trust*[187].
L'art. 2645-*ter* c.c., infatti, attraverso lo strumento dell'opponibilità dell'atto di destinazione, consente di risolvere il presunto conflitto del *trust* sia con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, sia con quello della responsabilità patrimoniale

*ex* art. 2740 c.c.
In relazione al primo profilo basterà ricordare che uno degli argomenti che veniva avanzato a sostegno della tipicità era il difetto, nella materia dei diritti reali, di una previsione analoga all'art. 1322, comma 2, c.c.[188]. La possibilità, ora prevista dall'art. 2645-*ter* c.c., di dar vita a vincoli atipici di destinazione dei beni, corrispondenti a un interesse di un beneficiario determinato (meritevole di tutela alla stregua del secondo comma dell'art. 1322 c.c.), induce a riflettere sulla perdurante attualità della suddetta tesi.
Quanto al secondo, l'introduzione della nuova disposizione elimina qualsivoglia eventuale incompatibilità tra l'istituto del *trust* e il principio della garanzia patrimoniale generica[189]. Nessun ostacolo si oppone alla sussunzione dell'atto di dotazione del *trust* nel novero di quelli disciplinati dall'art. 2645-*ter* c.c.: «la prevista sottrazione dei beni destinati alla garanzia patrimoniale generica del titolare difatti può ben riguardare il *trustee* che diventa proprietario a tutti gli effetti dei beni che gli vengono ceduti in *trust*»[190].

# CAP. IV
# IL CONTRATTO DI FIDUCIA

## 1. Il contratto di fiducia: luci e ombre nel disegno di legge comunitaria 2010

L'art. 2645-*ter* c.c. pur avendo il merito d'aver definitivamente risolto la *vexata quaestio* relativa alla trascrivibilità del *trust* si è, tuttavia, rivelato inidoneo a rispondere alla crescente domanda di operazioni fiduciarie registrata nel mercato italiano. Per arginare il ricorso degli operatori italiani al *trust* regolato da una legge straniera (cd. *trust* interno) il legislatore ha previsto l'introduzione, nel nostro ordinamento, del contratto di fiducia.
La scelta di predisporre una disciplina del contratto di fiducia, è dettata, inoltre, dalla

necessità di allineamento dell'ordinamento interno rispetto ai principi del diritto comunitario[191].
L'art. 12 del disegno di legge comunitaria 2010[192] contiene la delega al Governo ad adottare (entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge comunitaria) uno o più decreti legislativi recanti la disciplina del contratto di fiducia che verrà inserita nel codice civile e, precisamente, all'interno del titolo III (*Dei singoli contratti*) del libro IV (*Delle obbligazioni*).
Il disegno di legge definisce il nuovo negozio il «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».
Nel tentativo di elaborare un istituto in grado di competere con il *trust* la disciplina della fiducia deve realizzare il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, incluse quelle tributarie, con la normativa comunitaria e con le convenzioni internazionali nonché tenere in considerazione i principali modelli normativi dei Paesi dell'Unione europea.
Il contratto di fiducia ha, di regola, natura consensuale. Al contrario, qualora oggetto del negozio siano somme di denaro il suo perfezionamento dipenderà dal versamento dell'intero importo in un deposito nella disponibilità del fiduciario[193].
Quanto alla forma del negozio, il legislatore ha previsto che il contratto di fiducia debba essere stipulato, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata.
Gli effetti che discendono dal contratto sono la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario al fiduciante e l'opponibilità del contratto sia ai terzi sia ai creditori, mediante il rispetto di formalità pubblicitarie relative ai diritti e ai beni che formano oggetto del contratto stesso.
L'effetto segregativo comporta che nell'ipotesi in cui il fiduciario sia una persona fisica, perciò, i diritti, i beni ovvero le somme di denaro oggetto del contratto non entreranno a far parte della comunione legale tra coniugi né della sua successione.

Indice della duttilità dell'istituto è la circostanza che la delega non si limita a predisporre la disciplina del contratto di fiducia con finalità di mera gestione patrimoniale, bensì regola anche la fiducia a scopo di garanzia e la fiducia a scopo assistenziale[194].
Quanto alla prima ipotesi si tratta di uno strumento che consente di garantire crediti determinati ovvero determinabili. In quest'ultimo caso è necessario che dal contratto risulti l'importo massimo garantito. La disposizione è in linea con quanto, recentemente, stabilito dalla Corte di cassazione che ha esteso il principio dettato in materia di fideiussione dall'art. 1938 c.c. (indicazione del limite massimo garantito) a tutte le garanzie personali atipiche[195]. Si stabilisce, inoltre, che dal negozio debba risultare, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia.
Il contratto di fiducia a scopo di garanzia dev'essere concluso esclusivamente con un fiduciante che agisce per scopi connessi alla propria attività professionale o imprenditoriale.
Si prevede che la fiducia possa garantire debiti diversi da quelli per cui era stata, originariamente, costituita sempreché l'atto costitutivo contempli tale possibilità e si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro determinati limiti temporali.
In ogni caso è sancita 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».
A tal proposito occorre rilevare come tale disposizione sia dettata dalla necessità di rendere compatibile il contratto in esame con il divieto posto dall'art. 2744 c.c.[196].
Qualora i beni concessi in garanzia vengano sostituiti durante il rapporto, il valore dei beni sostitutivi non potrà essere superiore a quello dei beni sostituiti e, in tale eventualità, la garanzia non si estenderà oltre il valore del bene originario.
In relazione al contratto di fiducia a scopo assistenziale, invece, si statuisce che i

decreti legislativi adottati dal Governo debbano prevedere che il valore dei beni conferiti non possa eccedere i bisogni del beneficiario[197] e fare salve le disposizioni a tutela dei legittimari. Tali disposizioni subiscono una deroga: laddove il beneficiario sia una persona disabile esse non trovano applicazione. È evidente il *vulnus* arrecato alla disciplina successoria: il solo precedente in questo senso si rinviene nel disposto dell'art. 692 c.c. Per questo motivo sarebbe opportuna una più ampia disamina dei profili relativi alla possibilità di una deroga alle norme a tutela dei legittimari, nell'ipotesi in cui il beneficiario del contratto sia una persona disabile. Il criterio direttivo indicato, infatti, sembra permettere tale deroga ben al di là degli stretti limiti entro i quali la circoscrive l'art. 692 c.c. Nella relazione di accompagnamento si legge che la *ratio* dell'eccezione va rintracciata nella «particolare condizione del soggetto». Orbene, alla luce di tale giustificazione, non risulta agevole comprendere per quale motivo se questa condizione è, generalmente, considerata inidonea a permettere una deroga alle norme in questione (se non nella limitata ipotesi disciplinata dall'art. 692 c.c.) come possa consentirla in questa particolare fattispecie in relazione, esclusivamente, allo strumento negoziale utilizzato.

Si prevede, altresì, che i decreti legislativi delegati disciplinino i diritti, gli obblighi e i poteri del fiduciario e del fiduciante, ovvero del terzo nominato per far valere gli obblighi del fiduciario[198].

La lettera *e)* (comma 6, art. 12) non contiene alcun riferimento alla figura dell'eventuale beneficiario, né ai rimedi da questi attivabili in caso di violazione, da parte del fiduciario, degli obblighi impostigli dal fiduciante. Laddove il legislatore delegato nulla aggiunga in merito tali aspetti dovranno desumersi dalla disciplina contrattuale.

Ai sensi della lettera *f)* (comma 6, art. 12) i decreti dovranno disciplinare anche l'opponibilità ai terzi aventi causa delle eventuali limitazioni apposte ai poteri del fiduciario nonché l'obbligo di rendicontazione.

La lettera *g)* (comma 6, art. 12) stabilisce che venga disciplinata la cessazione del fiduciario dall'incarico, prevedendo la possibilità di una sua sostituzione, anche

giudiziale, e il subentro del nuovo fiduciario nella titolarità dei beni oggetto del rapporto.
Si prevede che vengano disciplinate anche:
- la durata del contratto (lettera *h)*);
- la revoca ovvero la rinuncia del fiduciario (lettera *h)*);
- la possibilità di nomina di un fiduciario provvisorio da parte del giudice (lettera *h)*);
- le cause di scioglimento del contratto di fiducia (lettera *i)*).
Tra le cause di scioglimento del contratto di fiducia dovrà essere prevista l'unanime deliberazione di tutti i beneficiari, purché siano pienamente capaci di agire. A tal riguardo non si può non segnalare l'anomalia generata dal far discendere una causa di scioglimento dalla manifestazione di volontà di soggetti, in realtà, terzi rispetto alle parti del contratto. Più corretto sarebbe assegnare loro esclusivamente la facoltà di rinuncia al beneficio apportatogli dal contratto.
Come si evince dalla successiva lettera *l)* (comma 6, art. 12) tra le fonti del contratto di fiducia viene annoverata, accanto all'accordo delle parti e al testamento, la sentenza del giudice.
Sarà il legislatore delegato a stabilire i casi in cui il negozio deriverà da una pronuncia giudiziale.
Laddove il contratto discenda da un atto *mortis causa* si applicherà la disciplina della fiducia, salvo quanto disposto dall'art. 627 c.c.[199].
Si stabilisce che la disciplina della fiducia debba trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui il titolare di beni se ne dichiari fiduciario per il perseguimento di uno scopo nell'interesse di terzi beneficiari[200].
Allo scopo di armonizzare il nuovo strumento negoziale con i principi dell'ordinamento si prevede che vengano dettate norme di coordinamento ovvero di deroga alle discipline che regolano:
- la tutela dei creditori (lettera *o)*);
- il contratto a favore di terzo (lettera *o)*);
- la cessione dei crediti futuri (lettera *o)*);
- gli strumenti finanziari (lettera *o)*);

- la materia fallimentare[201] (lettera *p)*).

Allo scopo di assicurare la trasparenza delle operazioni poste in essere in base alla nuova regolamentazione la successiva lettera *q)* (comma 6, art. 12) stabilisce che i decreti legislativi delegati debbano assicurare, in ogni caso, il coordinamento della novella legislativa con le norme vigenti in materia di antiriciclaggio, antimafia, conflitto d'interessi e a tutela dell'ordine pubblico.

Si prevede, infine, il coordinamento della disciplina del contratto di fiducia con quella fiscale vigente in materia di *trust*. Attualmente tale disciplina è contenuta nell'art. 73 del Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR)[202].

L'ultimo comma dell'art. 12 contiene la clausola di invarianza finanziaria, in basa alla quale dall'attuazione dell'articolo non devono derivare nuovi e maggiori oneri per il bilancio dello Stato.

Come è agevole evincere l'adozione di una disciplina italiana della fiducia permette il soddisfacimento di diverse esigenze e il perseguimento di finalità sin'ora difficilmente realizzabili. Si allude ai potenziali impieghi in materia di famiglia, per prevenire o risolvere questioni di disaccordo anche in occasione di una separazione o di un divorzio, per realizzare una pianificazione successoria; in ambito commerciale, per consentire all'imprenditore di tenere separato il suo patrimonio da quello dell'azienda, di giovarsi di forme di garanzia alternative a quelle tradizionali ovvero per consentire il passaggio generazionale dell'impresa. Quanto alle ulteriori finalità attuabili basti pensare alla tutela delle coppie di fatto o dei figli non riconosciuti, all'assistenza dei soggetti deboli, all'istituzione di attività di beneficenza, al perseguimento di scopi filantropici, infine, alla conservazione, gestione e trasmissione di patrimoni artistici.

Alla luce dei criteri direttivi e dei principi dettati dall'art. 12 due si rivelano essere le alternative adottabili dal *conditor* per forgiare uno strumento in grado di competere con il *trust* de L'Aja.

La prima evoca la regolamentazione di un negozio fiduciario che, inverato dal diritto civile e da quello commerciale, si ponga quale contratto atipico di affidamento fiduciario[203]; la seconda consiste nell'adozione di un modello che si ispiri

all'istituto francese della *fiducie*.
E' ancora presto per comprendere quale delle due vie il nostro legislatore sceglierà di percorrere in adempimento della delega conferitagli dall'art. 12 del disegno di legge comunitaria 2010. Al riguardo si rivela, dunque, utile il confronto della delega con le normative che potrebbero assurgere a modelli per il legislatore italiano: la *fiducie* francese e l'affidamento fiduciario sammarinese.

## 2. La legge francese sulla *fiducie.*

Dopo vari tentativi infruttuosi la legge n. 211 del 2007[204] ha introdotto nell'ordinamento francese l'istituto della *fiducie*.
La normativa, frutto d'una travagliata gestazione, è l'epilogo di un *iter* durato circa vent'anni.
L'ostracismo del legislatore transalpino discendeva dal timore che il nuovo istituto celasse uno strumento in grado di favorire l'evasione fiscale, il riciclaggio di denaro nonché il finanziamento del terrorismo[205].
Siffatte preoccupazioni sono state fugate sia con la previsione di misure in grado di contrastare i suesposti fenomeni sia attraverso la creazione di un sistema di controllo capillare delle operazioni fiduciarie[206].
Il tentativo di arginare tali paure, tuttavia, ha generato una disciplina connotata da un ambito applicativo severamente ristretto. La legge n. 211 del 2007 prevedeva che potessero istituire una fiducia soltanto gli enti morali soggetti all'imposta sulle società, che il ruolo del fiduciario potesse essere svolto unicamente da istituti bancari e vietava qualsiasi forma di *fiducie-liberalité*.
Dinanzi allo stretto perimetro disegnato dal legislatore non si è esitato a definire la *fiducie à la française* una «*oeuvre inachevée*»[207].
Le critiche avanzate[208] hanno sollecitato un nuovo intervento legislativo. La *Loi de modernisation de l'économie*[209] ha autorizzato il Governo ad approvare, con ordinanza[210], degli emendamenti miranti a estendere il regime della *fiducie* alle

persone fisiche e alle persone giuridiche non sottoposte all'imposta sulle società; a consentire agli avvocati di assumere la qualifica di fiduciari; a prolungare la durata del contratto da 33 a 99 anni.

La *fiducie*, come dispone l'art. 2011 del codice civile francese, è «l'operazione attraverso la quale uno o più costituenti trasferiscono beni, diritti o garanzie, ovvero un insieme di beni, di diritti o di garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari che, tenendoli separati dal loro patrimonio personale agiscono per uno scopo determinato a vantaggio di uno o più beneficiari».

Fonte dell'istituto, a mente dell'art. 2012 c.c.f., può essere sia la legge sia il contratto[211]: in ogni caso la fiducia deve essere «espressa» e il consenso delle parti esente da vizi.

La natura contrattuale rende la *fiducie* irrevocabile sin dal suo sorgere: a differenza di quanto avviene nelle *stipulations puor autrui*, dunque, non è necessaria l'accettazione del beneficiario.

La disciplina francese preclude la possibilità di dar vita a *fiducies* autodichiarate. La natura traslativa del contratto, ben evidenziata dall'art. 2011 c.c.f., impedisce che un soggetto possa autonominarsi fiduciario dei propri beni rivestendo, contemporaneamente, sia la qualifica di fiduciante sia quella di fiduciario[212].

L'ambito applicativo della *fiducie* viene delineato dall'art. 2011 c.c.f. che individua come potenziali oggetti del trasferimento «*des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou des sûretés*». I beni possono essere presenti o futuri, in quest'ultimo caso tuttavia, la *fiducie* sarà valida solo ove le cose future siano determinabili[213].

Come si evince dalla lettura dell'art. 2011 c.c.f. il fiduciario deve agire per uno scopo determinato nell'interesse del beneficiario. Il fine perseguito dal fiduciario non può, in ogni caso, avere carattere liberale: a norma dell'art. 2013 c.c.f. «il contratto di fiducia è nullo se deriva da un intento liberale a vantaggio del beneficiario»[214].

Pertanto «affinché il contratto di fiducia sia valido, il beneficiario della fiducia, quando non sia il costituente stesso, dovrà fornire una contropartita di valore equivalente a quello dei beni che gli saranno trasmessi dal fiduciario al termine del

contratto»[215].
Per evitare d'arrecare *vulnera* al diritto delle successioni (in particolare alla riserva ereditaria) e delle liberalità e scoraggiare frodi ed evasioni fiscali il legislatore transalpino ha deciso di vietare il ricorso alla *fiducie liberalité**[216]***.
Nonostante la legge abbia rinunciato a definire le finalità perseguibili la prassi ne ha individuate due principali. In base allo scopo perseguito il contratto si configurerà come *fiducie gestion*, ovvero come *fiducie sûreté*.
Nel primo caso il fiduciario assume l'impegno di gestire quanto gli viene trasferito e di restituirlo al beneficiario nei termini stabiliti dal contratto.
La seconda forma consiste, invece, nel trasferimento, da parte del debitore, di un bene di sua proprietà a un fiduciario, il quale si obbliga a restituire il bene, al momento di risolvere il contratto, al fiduciante medesimo se egli si è liberato del debito, ovvero al creditore nell'ipotesi contraria[217]. Non sempre, però, il contratto si risolve con l'estinzione del debito iniziale. Il debitore può, infatti, optare per una «garanzia ricaricabile» e mantenere in vita la *fiducie* a garanzia dei suoi debiti presenti e futuri.
L'introduzione dell'istituto ha reso lecita un'operazione sin'ora vietata nell'ordinamento francese: la creazione di un *patrimoine d'affectation*. Alla costituzione della *fiducie* consegue la nascita d'un patrimonio autonomo[218] che, uscito dalla sfera del costituente, non si confonde con quello del fiduciario ed è aggredibile soltanto dai creditori della fiducia[219]. I creditori personali del fiduciario, infatti, non possono rivalersi sul patrimonio in *fiducie*[220].
La segregazione patrimoniale che promana dalla *fiducie* è, tuttavia, imperfetta: nel caso di incapienza del patrimonio *d'affectation* i creditori fiduciari possono aggredire, in via sussidiaria, il patrimonio del costituente[221].
Ai sensi dell'art. 2025 c.c.f., i creditori del costituente possono rivalersi sul patrimonio trasferito purché titolari di un diritto di sequela relativo a una garanzia pubblicizzata anteriormente alla conclusione del contratto di fiducia ovvero vittime di frode ai loro diritti[222]. I creditori del beneficiario sono tutelati solo dal diritto comune; pertanto, *ex* art. 1166 c.c.f., essi possono avvalersi di tutte le misure conservative necessarie per salvaguardare i loro diritti sul patrimonio del debitore,

che il beneficiario abbia negligentemente omesso.
Parti del contratto di fiducia sono il costituente e il fiduciario.
Il primo è colui il quale trasferisce parte dei suoi beni, diritti o garanzie al fiduciario.
La legge n. 2007-211 circoscriveva alle persone giuridiche assoggettate all'imposta sulle società la possibilità di istituire una *fiducie*. L'abrogazione dell'art. 2014 c.c.f. da parte della legge n. 2008-776 ha esteso tale facoltà a tutte le persone siano esse fisiche ovvero giuridiche[223].
Qualora il costituente sia una persona fisica sottoposta a tutela o curatela l'art. 2022 c.c.f. prevede, in capo al fiduciario, un obbligo di consegna del resoconto al tutore o al curatore almeno una volta all'anno[224].
Per quanto riguarda i minori, invece, si esclude che i beni di cui questi sono proprietari possano formare oggetto di un patrimonio fiduciario[225]. Stesso divieto grava sul tutore: questi non può costituire un contratto di fiducia avente ad oggetto i beni del suo protetto. In caso di morte del costituente il contratto si estingue e il patrimonio fiduciario cade in successione[226]. La norma, giustificabile in caso di *fiducie gestion,* poteva creare problemi nell'ipotesi di *fiducie sûretè*. Per eliminare questo rischio con ordinanza n. 112 del 2009, si è espunto siffatto evento dal novero delle cause di estinzione del contratto di fiducia a scopo di garanzia.
Laddove il costituente non risieda in Francia la legge impone che questi abbia la residenza o in uno Stato membro della Comunità europea o in uno Stato che abbia concluso con la Francia una convenzione fiscale di assistenza amministrativa.
Sul piano rimediale occorre evidenziare il difetto di qualsivoglia diritto di sequela o di prelazione in capo al costituente. Per contrastare le azioni scorrette poste in essere dal fiduciario egli ha a disposizione soltanto un'azione contrattuale e personale tesa a ottenere il rendiconto da parte del fiduciario stesso.
Il fiduciario, in forza del contratto di fiducia, acquista la proprietà dei beni oggetto della *fiducie*[227].
La legge del 2007 riservava l'esercizio della funzione di fiduciario ad alcune organizzazioni finanziarie regolamentate[228] nonché a enti oggetto di molteplici controlli da parte delle autorità competenti. Dal 2008, a seguito dell'emanazione della

legge n. 2008-776, anche gli avvocati possono rivestire il ruolo di fiduciari[229]. Analogamente a quanto previsto per il costituente anche il fiduciario deve essere residente in Francia, in un Paese della Comunità europea ovvero in uno Stato che abbia concluso con la Francia una convenzione fiscale.
Il beneficiario, destinatario della *fiducie,* rimane estraneo al contratto. Gli effetti della *fiducie* iniziano a prodursi nei suoi riguardi solo alla scadenza del termine convenuto. A seguito dell'accettazione da parte del beneficiario la *fiducie* diviene irrevocabile[230].
Pertanto, concluso il contratto, sorge in capo al beneficiario un diritto di credito nei confronti del fiduciario; ove oggetto della *fiducie* sia il trasferimento di un bene questi è titolare di un diritto di rivendica.
Il beneficiario può essere sia una persona fisica sia una persona giuridica, qualunque sia la sua forma e può risiedere in Francia come all'estero. Ai sensi dell'art. 2016 c.c.f., inoltre, «il costituente o il fiduciario possono essere il beneficiario o uno dei beneficiari del contratto di fiducia». È possibile designare il beneficiario anche in un momento successivo alla conclusione del contratto purché le regole per la sua individuazione siano espresse. Nell'ipotesi di designazione successiva si prescrive, a pena di nullità, l'atto scritto e registrato.
L'eventuale difetto di beneficiari comporta lo scioglimento del contratto[231].
Si ispira al diritto inglese la previsione[232] che riconosce al costituente il potere di inserire, in qualunque momento, nel contratto di *fiducie* la clausola che prevede la designazione di un terzo controllore[233].
Questi ha la facoltà di chiedere al fiduciario il rendiconto dell'incarico e di investire il giudice della sostituzione del fiduciario infedele.
Il costituente può attribuire al controllore anche altre prerogative quali la consultazione della contabilità del patrimonio fiduciario, il controllo sulla conservazione dei beni trasferiti e la comunicazione dei contratti conclusi nell'ambito della loro gestione. Il terzo può addirittura assumere i poteri propri del costituente, affinché ciò avvenga, tuttavia, è necessario, ai sensi dell'art. 2017 c.c.f., che il contratto di fiducia contenga una esplicita previsione in tal senso.

Il successivo art. 2018 c.c.f. indica il contenuto obbligatorio del contratto di *fiducie*. A pena di nullità[234], il contratto deve prevedere:
- i beni, i diritti o le garanzie trasferiti (se futuri, devono essere determinabili);
- la durata del trasferimento, che non può eccedere 99 anni a partire dalla conclusione del contratto;
- l'identità del o dei costituenti;
- l'identità del o dei beneficiari o, in mancanza, l'indicazione delle regole che ne governano la designazione;
- il fine che il o i fiduciari devono perseguire nonché l'estensione dei loro poteri di amministrazione e di disposizione[235].

L'inserzione di menzioni obbligatorie impone alle parti il ricorso alla forma scritta. Ad eccezione dell'ipotesi in cui la *fiducie* riguardi beni comuni o indivisi[236] la legge non esige, tuttavia, scritture autenticate.
Il contratto deve essere registrato, a pena di nullità[237], presso l'ufficio delle imposte della sede o della residenza del fiduciario[238] entro un mese dalla data della sua conclusione.
Qualora il trasferimento abbia ad oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari è necessario rispettare anche le formalità di registrazione e di pubblicità richieste al *bureau des hypothèques*[239].
L'art. 2020 c.c.f. prevede l'istituzione di un «*registre national des fiducies*», secondo le modalità precisate dal Consiglio di Stato. In base al decreto n. 2010-219, in conformità alle disposizioni francesi sulla *privacy* il registro contiene i dati dei soggetti coinvolti nell'operazione fiduciaria, della registrazione cui ogni *fiducie* è sottoposta a pena di nullità e di quella, eventuale, compiuta ai fini della pubblicità fondiaria. L'inserimento nel registro non sortisce alcun effetto sull'opponibilità della *fiducie* ai terzi: l'accesso alle informazioni in esso riportate è consentito solo alle autorità giudiziarie, all'amministrazione fiscale e alle autorità incaricate dell'anti-riciclaggio.
Il legislatore ha previsto per il fiduciario un rigoroso regime di responsabilità a tutela dei terzi, del costituente e del beneficiario. Ai sensi dell'art. 2021 c.c.f. il fiduciario

che agisce in forza della *fiducie* deve farne «espressamente menzione», in caso contrario delle obbligazioni assunte risponde con il suo patrimonio personale. Medesima regola opera in presenza di errori commessi dal fiduciario nell'esercizio del suo incarico[240].

Laddove si palesino dubbi circa il buon esito dell'incarico affidato al fiduciario il costituente può revocare la *fiducie*, attraverso l'accordo del beneficiario accettante ovvero con una dichiarazione unilaterale se il beneficiario non ha ancora accettato. Dinanzi al comportamento infedele del fiduciario ne è permessa, inoltre, la sostituzione convenzionale[241].

Il legislatore d'oltralpe ha disciplinato tre cause di estinzione della *fiducie*: la revoca, l'estinzione di diritto e l'estinzione giudiziale.

Il contratto di fiducia può essere revocato dal costituente sino al momento dell'accettazione da parte del beneficiario[242]; successivamente, occorre il consenso del beneficiario o una decisione giudiziale.

L'estinzione di diritto si verifica, *ex* art. 2029, comma 1, c.c.f., alla morte del costituente[243], allo spirare del termine previsto nel contratto o precedentemente a tale scadenza qualora si realizzi il fine perseguito dalla *fiducie*[244]. Il termine è annoverato tra gli elementi essenziali del contratto e, attualmente, non può essere superiore a 99 anni.

Il secondo comma dell'art. 2029 c.c.f. annovera tra le cause d'estinzione di diritto anche la rinuncia espressa dalla totalità dei fiduciari, salvo il contratto preveda le condizioni alle quali la fiducia continua. Sempre in difetto di pattuizione contraria , il contratto si estingue anche in caso di liquidazione giudiziale, scioglimento, cessione o incorporazione dell'ente fiduciario[245].

All'estinzione della *fiducie* consegue il trasferimento al beneficiario del *patrimoine d'affectation.*

Quando la fiducia termina in assenza di beneficiari, i beni, i diritti e le garanzie oggetto del patrimonio fiduciario rientrano nella sfera del costituente[246].

Le modifiche apportate alla *fiducie* dal legislatore dovrebbero far decollare, definitivamente, l'istituto consentendogli d'interpretare al meglio la sua vocazione di

strumento mirante a favorire il rimpatrio delle attività nell'ordinamento francese.

### 3. La fiducia nella Repubblica di San Marino: dalla legge sul *trust* a quella sull'affidamento fiduciario.

Il 17 marzo 2005 la Repubblica di San Marino ha emanato, per la prima volta, la legge sul *trust*[247]. La novella è stata accolta con grande entusiasmo da coloro che si occupano di *trust* in Italia. Il fervore generato dalla normativa è agevolmente comprensibile alla luce della difficoltà, interpretativa e applicativa, profusa dagli operatori italiani nel ricorso a discipline regolatrici espresse in lingue straniere e incardinate in sistemi giuridici distanti, sia geograficamente sia culturalmente, da quello italiano. In proposito sono tuttavia necessarie alcune precisazioni. La legge sul *trust* della piccola *enclave* pur essendo scritta in lingua italiana è pur sempre una legge straniera per i giuristi italiani, che si colloca in un ordinamento profondamente differente dal nostro.

Quello sammarinese è, infatti, un sistema giuridico connotato da numerose peculiarità[248]. Per convincersene basta osservare il sistema delle fonti. L'elenco delle fonti è contenuto nelle *Leges Statutae Republicae Sancti Marini*[249] nella Rubrica XXXI del Libro III.

La gerarchia delineata da tale Rubrica assegna la primazia allo Statuto e alle leggi posteriori che hanno riformato le *Leges Statutae* (cd. *reformationes)*. In caso di lacune nelle fonti indicate, soccorrono le «lodevoli consuetudini locali»; qualora anche queste ultime non contengano disposizioni utili si applica il diritto comune[250].

Nel sistema delle fonti sammarinesi la legge sul *trust* si inscrive nel novero delle *reformationes statutorum* [251].

Di recente il legislatore sammarinese è intervenuto nuovamente in materia emanando, nello stesso giorno, due leggi: una abroga e sostituisce la normativa del 2005 disciplinante il *trust*[252]; l'altra introduce l'istituto dell'affidamento fiduciario[253]. Ai sensi dell'art. 2 della legge n. 42/2010 «si ha *trust* quando un soggetto è titolare di

beni nell'interesse di uno o più beneficiari, o per uno scopo specifico ai sensi della Legge». La legge sammarinese ammette, oltre alla configurabilità di *trust* autodichiarati anche la possibilità che tra i beneficiari del *trust* possano comparire disponente e *trustee*[254]. Quest'ultimo tuttavia non può essere l'unico beneficiario del *trust*.

L'ambito di applicazione della legge è circoscritto ai *trust* costituiti per manifestazione di volontà del disponente[255]. Il *trust* si istituisce per atto scritto *inter vivos* ovvero *mortis causa*. Nel primo caso, quando l'atto è stipulato nel territorio della Repubblica, è prescritta la forma dell'atto pubblico o della scrittura con sottoscrizione autenticata da un notaio che ne assevera la legalità; nell'ipotesi in cui l'atto venga concluso altrove, ad esso deve allegarsi la dichiarazione di un avvocato e notaio della Repubblica di San Marino che ne attesta la validità ai sensi della legge[256].

Il secondo comma dell'art. 6 della legge 42/2010 indica il contenuto necessario dell'atto istitutivo[257]. Ove questo non contenga disposizioni in senso contrario, il *trust* è irrevocabile.

Il *trust* comincia a produrre i suoi effetti dal momento in cui il *trustee* diviene titolare di «alcun bene in *trust*»[258]. A meno che non si tratti di *trust* di scopo, il *trust* non può durare oltre cento anni che decorrono dalla data dell'atto istitutivo[259].

Oggetto del fondo in *trust*[260] può essere «qualsiasi bene»; sono inclusi nel fondo i beni che il *trustee* acquista nell'esercizio del proprio ufficio nonché il lucro conseguito per effetto di atti od omissioni commessi in violazione dei propri obblighi. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il *trustee* può accettare da chiunque vi abbia interesse beni da aggiungere al *trust fund*[261].

Ai sensi dell'art. 12 della legge 42/2010 il fondo in *trust* è separato dai beni personali del *trustee* e da quelli di pertinenza di altri soggetti o di altri *trust*. Dalla previsione dell'effetto segregativo[262] discende:

- l'impossibilità per i creditori personali del *trustee* di aggredire i beni in *trust*;
- in caso di concorso dei creditori o di procedura concorsuale del *trustee* la separazione dei beni in *trust* dagli altri beni del *trustee* e la loro esclusione dal

concorso dei suoi creditori personali;
- la non applicabilità ai beni in *trust* del regime patrimoniale della famiglia e l'esclusione dalla successione del *trustee*.
Oltre che per le cause elencate nell'atto istitutivo il *trust* si estingue a seguito del decorso del termine; per effetto della dichiarazione di revoca; se si tratta di un *trust* di scopo, al perseguimento di questo ovvero per la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo; in caso di *trust* per beneficiari: in conseguenza della mancanza di beneficiari, di soggetti che possano diventarlo e di soggetti che possano designarli, laddove non essendovi beneficiari in vita al momento dell'istituzione del *trust* non ne venga in esistenza almeno uno entro il termine stabilito dall'art. 48, comma 1[263], a causa dell'unanime richiesta dei beneficiari al *trustee ex* art. 50, comma 3; per il venir meno del *trust fund*[264].
La legge disciplina in modo analitico l'ufficio del *trustee*. Le norme indicano i requisiti che egli deve avere[265], ne regolano l'accettazione e il rifiuto della nomina[266], gli obblighi[267], i poteri[268], la cessazione dall'ufficio[269] e la responsabilità[270].
Descritti gli altri soggetti[271] del *trust,* il legislatore enuclea i poteri di cui è titolare l'autorità giudiziaria[272].
Infine, aggiunge le disposizioni penali che regolano la materia[273].
La legge 1° marzo 2010, n. 43 ha introdotto nell'ordinamento sammarinese il contratto di affidamento fiduciario.
L'istituto è stato definito «la prima risposta civilistica ai trust» atteso che è «è la prima volta che un ordinamento di diritto civile si misura pienamente con i trust sul loro stesso terreno in chiave competitiva»[274].
La legge definisce l'affidamento fiduciario «il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni»[275].
Un orientamento coglie nella descrizione dell'istituto la volontà di plasmare una figura che non ingeneri alcuna confusione con il negozio fiduciario[276]. Sembra

opporsi a tale esito ermeneutico l'art. 6 della legge n. 43/2010. La norma, nell'indicare le obbligazioni che gravano sull'affidatario, afferma che questi nell'adempierle «agisce quale fiduciario».

La contemporanea positivizzazione del *trust* e del contratto di affidamento fiduciario palesa un sistema duale che si alimenta della coesistenza di due istituti apparentemente simili, in realtà profondamente differenti. A partire dal momento genetico: il *trust* si istituisce per atto unilaterale[277], l'affidamento fiduciario, invece, nasce dalla conclusione di un contratto[278].

Un'assonanza tra le due figure si registra sul profilo della dotazione dei negozi. Il patrimonio affidato[279] è composto da beni presenti o futuri[280], determinati o determinabili, trasferiti dall'affidante o da terzi all'affidatario, ovvero da questi vincolati all'attuazione del programma destinatorio[281]. La previsione evoca la disciplina della costituzione e dell'incremento del fondo in *trust*[282].

Ulteriore analogia si rinviene nella previsione dell'effetto segregativo. Come nel caso del fondo in *trust*[283] nel disciplinare il patrimonio affidato la legge ne sancisce la segregazione rispetto al patrimonio personale dell'affidatario[284], l'estraneità al suo regime matrimoniale, l'esclusione dalla sua successione ereditaria e dal concorso dei suoi creditori. Il patrimonio, pertanto, è insensibile alle vicende patrimoniali del suo titolare e può costituire oggetto di esecuzione soltanto per le obbligazioni relative all'attuazione del programma destinatorio. Il patrimonio affidato[285] appartiene temporaneamente all'affidatario. Questi può esercitare su di esso qualsiasi facoltà dominicale, salvi i limiti convenuti nel contratto[286].

A pena di invalidità, il contratto deve essere stipulato per iscritto e accompagnato dal parere di un notaio sammarinese che ne attesta la validità[287].

Salvo il caso di impossibilità sopravvenuta, il contratto di affidamento fiduciario non è suscettibile di risoluzione. La *ratio* sottesa alla scelta di escludere l'ipotesi di risoluzione per inadempimento discende dall'importanza assegnata, dal legislatore sammarinese, all'attuazione del programma destinatorio. La continuazione del contratto è, inoltre, assicurata dalla possibilità di sostituire l'affidatario. Ai sensi dell'art. 6, quarto comma, della legge n. 43/2010 «è valida la disposizione che

consente all'affidatario di sostituire altri a sé nei rapporti derivanti dal contratto, liberamente o previo consenso dell'affidante o dei soggetti da lui designati»[288].
Al riguardo occorre notare che l'affidante o i soggetti da lui designati sono autorizzati a trasferire a una diversa persona i rapporti derivanti dal contratto, con liberatoria dell'affidatario nonché a compiere atti reali o con effetti reali sul patrimonio affidato (art. 5, comma 1, lettera c). Medesimi poteri competono all'affidante e ai soggetti da lui designati in caso di morte o sopravvenuta incapacità dell'unico affidatario, ovvero qualora questi chieda di esser liberato dalle proprie obbligazioni[289].
Una rilevante differenza tra i due istituti concerne i beneficiari: nel *trust* essi rimangono estranei all'operazione, laddove nell'affidamento fiduciario possono divenire parti del contratto[290]. Alla luce di tale possibilità si è resa necessaria la precisazione che la posizione giuridica dell'affidante, salvo disposizione contraria, non si trasmette ai suoi eredi[291]. I poteri attribuiti contrattualmente all'affidante nei confronti dell'affidatario, per la realizzazione del programma destinatorio, trasmigrano, infatti, in capo ai soggetti designati dall'affidante.
È il contratto a indicare i beneficiari o le modalità cui attenersi nella loro individuazione. Questa può aver luogo, ad opera dell'affidante, anche in un momento successivo alla stipulazione purché almeno un beneficiario sia indicato nel contratto[292]. È, inoltre, valida la clausola che riserva all'affidatario o a un terzo «l'indicazione dei beneficiari tra più persone determinate o appartenenti a determinate famiglie o categorie di persone»[293].
Affidante e affidatario possono rivestire il ruolo di beneficiari. Circa l'affidatario, la legge pone tuttavia un limite: egli non può essere l'unico beneficiario[294].
L'affidatario ha l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza e nell'adempiere le proprie obbligazioni, agisce quale fiduciario «tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui» impiegando la diligenza che un soggetto avveduto utilizzerebbe, nelle medesime condizioni, verso i propri beni ovvero, trattandosi di affidatario professionale, quella che è ragionevole attendersi da un professionista[295].
Sul versante della responsabilità dell'affidatario, la legge sammarinese disciplina

separatamente i rapporti tra l'affidatario, l'affidante e i beneficiari e quelli dell'affidatario con i terzi. Quanto al primo profilo il legislatore riconosce all'affidante e ai beneficiari[296], che siano stati direttamente danneggiati, un diritto al risarcimento e obbliga l'affidatario a ripristinare il patrimonio affidato nella consistenza che esso avrebbe avuto ove egli si fosse comportato fedelmente[297]. I terzi che contrattano con l'affidatario possono, sempre, esigere che questi giustifichi i propri poteri e gli consegni copia, da lui sottoscritta, delle disposizioni rilevanti contenute nel negozio di affidamento fiduciario[298]. Da questa disposizione promana l'opponibilità ai terzi dei limiti relativi ai poteri attribuiti all'affidatario. Pleonastica, dunque, appare la disposizione che sancisce l'opponibilità dei limiti che insistono sui poteri dell'affidatario ai terzi che ne hanno avuto conoscenza ovvero li abbiano ignorati per propria colpa (art. 9, comma 2). Il mancato esercizio delle facoltà previste dal primo comma dell'art. 9 della legge n. 43/2010 a tutela dei terzi denota il disinteresse di questi configurando una colpa *in re ipsa*.
Verso i terzi l'affidatario risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni[299] con il solo patrimonio affidato[300]. La garanzia muta qualora l'affidatario abbia assunto contrattualmente un'obbligazione, senza menzionare la propria qualità: in questo caso egli è responsabile anche con il proprio patrimonio personale seppur con diritto di rivalsa sul patrimonio affidato.
Il rigoroso regime di responsabilità si riflette sulla sorte dell'atto compiuto dall'affidatario in violazione delle previsioni contrattuali[301], imponendo una disciplina assai rigida.
L'infedeltà dell'affidatario, infatti, si traduce nell'invalidità dell'atto. Medesima sanzione colpisce gli atti dell'affidatario che riducono il patrimonio affidato. In entrambi i casi l'invalidità dell'atto «comporta l'invalidità dei successivi atti di disposizione dei medesimi beni e di quelli che ad essi sono stati sostituiti senza limite, ma non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede che ignoravano senza colpa la causa di invalidità, salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale»[302].
Tuttavia occorre soggiungere che con il consenso di tutti i beneficiari, laddove non ne

possano sopravvenire altri, è possibile convalidare l'atto invalido[303].
L'analisi della legge esige, infine, l'esame delle disposizioni particolari, seconda e ultima sezione del testo normativo.
In questa sede il legislatore disciplina due particolari forme che il contratto di affidamento fiduciario può assumere. Il negozio può essere stipulato in favore di soggetti deboli ovvero esser disposto per testamento.
Nel primo caso vengono annoverati nella categoria dei potenziali beneficiari i disabili, i soggetti che abbiano superato i settantacinque anni, gli interdetti, gli inabilitati, i tossicodipendenti, gli alcol dipendenti ovvero coloro che sono affetti da gravi patologie croniche. Le disposizioni in favore di questi soggetti non assurgono a liberalità se i beni oggetto del patrimonio affidato sono stati trasferiti o vincolati dal coniuge del beneficiario, da un parente entro il terzo grado o da un affine entro il secondo grado e non appaiono manifestamente eccessivi rispetto ai bisogni del beneficiario. L'eccesso viene considerato liberalità dal legislatore[304]. Avverso l'affidamento fiduciario foriero di una liberalità i legittimari possono esperire, a tutela dei loro diritti, l'azione per la determinazione e reintegrazione della quota di legittima. L'azione ha come legittimati passivi l'affidatario e, se esistenti e noti, i destinatari della liberalità. Siffatta tutela spetta anche ai soggetti deboli beneficiari del contratto di cui all'art. 11 legge n. 43/2010, purché i beni del patrimonio affidato, da chiunque trasferiti o vincolati, non risultino manifestamente sufficienti a soddisfare i loro bisogni[305].
La tutela dei creditori è, invece, affidata all'azione revocatoria che può colpire «gli atti che trasferiscono beni all'affidatario o costituiscono vincoli su di essi» e «si propone, se il contratto è in corso, contro l'affidatario e contro i beneficiari titolari di diritti sui beni trasferiti, se esistenti e noti, come se l'atto fosse stato fatto direttamente in loro favore»[306].
Se l'affidamento fiduciario è originato da un testamento[307] si osservano, in quanto applicabili le norme previste dalla legge n. 43/2010.
La legge assegna un ruolo rilevante all'autorità giudiziaria[308].
Su ricorso di qualsiasi interessato l'autorità giudiziaria può:

- in mancanza dell'affidante e di soggetti da lui designati ovvero di loro inerzia, adottare provvedimenti corrispondenti all'esercizio dei poteri previsti dalla lettera c), comma 1, art. 5 («l'affidante o i soggetti da lui designati sono autorizzati a trasferire a una diversa persona i rapporti derivanti dal contratto, con liberatoria dell'affidatario, e a compiere atti reali e atti con effetti reali sul patrimonio affidato in deroga dalle disposizioni del diritto comune»);
- impartire direttive all'affidatario;
- integrare il contratto con nuove disposizioni, modificare e addirittura eliminare disposizioni del contratto se ciò può agevolare l'attuazione del programma destinatorio[309].

Il successivo art. 17 ammette la prova testimoniale a suffragio delle dichiarazioni o degli accordi verbali posteriori alla conclusione del contratto.

Analogamente alla disciplina del *trust* si stabiliscono, infine, le disposizioni penali[310].

**4. Contratto di fiducia: *fiducie* o affidamento fiduciario? Un'aporia risolvibile.**

L'esito dell'analisi offre alcuni spunti per una riflessione che indaghi le opzioni a disposizione del legislatore per adempiere la delega conferitagli dall'art. 12 del disegno di legge comunitaria 2010 .

I modelli cui ispirarsi, come evidenziato, provengono dalla legislazione francese e da quella sammarinese.

La Francia si è dotata, a partire dal 2007, di un istituto (la *fiducie*) volto a concorrere con il *trust* per favorire il rimpatrio dei patrimoni e la sussunzione delle relative attività giuridiche al diritto nazionale.

Si discosta dal sistema monista francese il legislatore sammarinese che, per non alimentare velleità competitive, ha previsto la compresenza di due istituti: il *trust* e l'affidamento fiduciario.

Sebbene una legge italiana che adotti a modello la disciplina transalpina potrebbe rivelarsi una leva di modernizzazione nonché di attrattiva giuridica, l'endiadi sammarinese si rivela più adatta a ispirare la stesura della disciplina del contratto di fiducia.
Al pari dell'Italia la Repubblica di San Marino ha aderito e ratificato la Convenzione de L'Aja[311]; la Francia, invece, dopo aver firmato la Convenzione ha scelto di non ratificarla.
Un argomento decisivo depone, poi, a favore di tale tesi.
Dall'esame comparato delle discipline emergono rilevanti differenze tra la *fiducie* e il contratto di fiducia. Gli stessi aspetti si rivelano, invece, punti di contatto tra il disegno di legge italiano e l'affidamento fiduciario.
In particolare il disegno di legge comunitaria 2010 inserisce la fiducia tra i contratti[312], assegnandole la natura negoziale che connota l'istituto sammarinese[313]; il legislatore francese, al contrario, annovera la *fiducie* tra i modi d'acquisto della proprietà. Ancora, accomunano i negozi la possibilità di perseguire finalità liberali[314] e l'eventualità che i beneficiari possano anche non esser determinati.
Svela, infine, la vicinanza tra i due istituti la previsione della costituzione in via testamentaria[315].
Alla luce di tale sinonimia normativa, sembra preferibile auspicare l'adozione di una disciplina italiana che si giovi dell'osservazione del precedente sammarinese.
Il *favor* legislativo verso tale modello, peraltro, pare doversi rinvenire nel disposto della lettera *r)*, comma 6, art. 12 del disegno di legge comunitaria 2010 laddove si prescrive di «dettare, ove necessario, norme di coordinamento con la disciplina fiscale vigente in materia di *trust*».

Ora che il disegno di legge comunitario delega il governo a emanare la disciplina del contratto di fiducia occorre impegnarsi affinché la legge prenda forma. La novella apporterebbe, infatti, un notevole vantaggio: la gestione di una serie di attività[316], ora regolate da norme straniere, sotto l'egida del diritto italiano. Si tratta di cimentarsi

in un ambito nuovo, ma che si fonda su concetti ben noti al nostro ordinamento.

APPENDICE NORMATIVA

# Convenzione dell'Aja sui *trust*

(L. 16 ottobre 1989, n. 364)

Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985

Art. 1

1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare la convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985.

Art.2

1. Piena ed intera esecuzione è data alla convenzione di cui all'articolo 1 a decorrere dalla sua entrata in vigore in conformità a quanto disposto dall'articolo 30 della convenzione stessa.

Art.3

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Convenzione relativa alla legge sui "trusts" ed al loro riconoscimento.

Gli Stati firmatari della presente Convenzione,
considerando che il trust è un istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della Common Law, adottata da altri paesi con alcune modifiche,
hanno convenuto di stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile al trust e di risolvere i problemi più importanti relativi al suo riconoscimento;
hanno deciso di stipulare a tal fine una Convenzione e di adottare le seguenti disposizioni:

Capitolo I
Campo di applicazione

Articolo 1

La presente Convenzione stabilisce la legge applicabile al trust e regola il suo riconoscimento.

Articolo 2
Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - 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 specifico.
Il trust presenta le seguenti caratteristiche:
a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;
b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona 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 beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.
Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust.

Articolo 3

La Convenzione si applica solo ai trusts costituiti volontariamente e comprovati per iscritto.

Articolo 4
La Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee.

Articolo 5

La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione.

Capitolo II
Legge applicabile

Articolo 6
Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risulta-re dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessa-rio, avvalendosi delle circostanze del caso.
Qualora la legge scelta in applicazione del precedente paragrafo non preveda l'istituzione del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui al-l'articolo 7.

Articolo 7
Qualora non sia stata scelta alcuna legge, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami.
Per determinare la legge con la quale un trust ha più stretti legami, si tiene conto in particolare:
a) del luogo di amministrazione del trust designato dal costituente;
b) della situazione dei beni del trust;
c) della residenza o sede degli affari del trustee;
d) degli obiettivi del trust e dei luoghi dove dovranno essere realizzati.

Articolo 8
La legge specificata agli articoli 6 o 7 regola la validità del trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e l'amministrazione del trust.
In particolare, la legge dovrà regolamentare:
a) la nomina, le dimissioni e la revoca del trustee, la capacità particolare di esercitare le mansioni di trustee e la trasmissione delle funzioni di trustee;
b) i diritti e gli obblighi dei trustees tra di loro;
c) il diritto del trustee di delegare, in tutto o in parte, l'esecuzione dei suoi obblighi o l'esercizio dei suoi poteri;
d) i poteri del trustee di amministrare o disporre dei beni del trust, di darli in garanzia e di acquisire nuovi beni;
e) i poteri del trustee di effettuare investimenti;
f) le restrizioni relative alla durata del trust ed ai poteri di accantonare gli introiti del trust;
g) i rapporti tra il trustee ed i beneficiari, ivi compresa la responsabilità personale del trustee verso i beneficiari;
h) la modifica o la cessazione del trust;
i) la ripartizione dei beni del trust;
j) l'obbligo del trustee di render conto della sua gestione.

Articolo 9
Nell'applicazione del presente capitolo aspetti del trust che possono essere trattati a parte, in parti-colare le questioni amministrative, potranno essere regolati da una legge diversa.

Articolo 10
La legge applicabile alla validità del trust stabilisce la possibilità di sostituire detta legge, o la legge applicabile ad un elemento del trust che può essere trattato a parte, con un'altra legge.

Capitolo III
Riconoscimento

Articolo 11
Un trust costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere ricono-

sciuto come trust. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del trust siano separati dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia le capacità di agire in giudizio ed essere ci-tato in giudizio, o di comparire in qualità di trustee davanti a un notaio o altra persona che rappre-senti un'autorità pubblica.
Qualora la legge applicabile al trust lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:
a) che i creditori personali del trustee non possano sequestrare i beni del trust;
b) che i beni del trust siano separati dal patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta;
c) che i beni del trust non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del trustee;
d) che la rivendicazione dei beni del trust sia permessa qualora il trustee, in violazione degli obbli-ghi derivanti dal trust, abbia confuso i beni del trust con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro.

Articolo 12
Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di ri-chiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo.

Articolo 13
Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione.

Articolo 14
La Convenzione non ostacolerà l'applicazione di norme di legge più favorevoli al riconoscimento di un trust.

Capitolo IV
Disposizioni generali

Articolo 15
La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:
a) la protezione di minori e di incapaci;
b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima;
d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali;
e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità;
f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.
Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici.

Articolo 16
La Convenzione non pregiudica le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate an-che per situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi.
In casi eccezionali, si può altresì dare effetto alle norme della stessa natura di un altro Stato che

abbia con l'oggetto della controversia un rapporto sufficientemente stretto.
Ciascuno Stato contraente potrà, mediante una riserva, dichiarare che non applicherà la disposizione del secondo paragrafo del presente articolo.

Articolo 17
Ai sensi della Convenzione il termine "legge" indica le norme di legge in vigore in uno Stato, ad eccezione delle regole di conflitto di legge.

Articolo 18
Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico.

Articolo 19
La Convenzione non pregiudicherà la competenza degli Stati in materia fiscale.

Articolo 20
Ogni Stato contraente potrà, in qualsiasi momento, dichiarare che le disposizioni della Convenzione saranno estese ai trusts costituiti in base ad una decisione giudiziaria.
Tale dichiarazione sarà notificata al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi ed entrerà in vigore dal giorno di ricevimento della notifica.
L'articolo 31 è applicabile, per analogia, al ritiro di detta dichiarazione.

Articolo 21
Ciascuno Stato contraente potrà riservarsi il diritto di applicare le disposizioni del capitolo III solo ai trusts la cui validità è regolata dalla legge di uno Stato contraente.

Articolo 22

La Convenzione è applicabile ai trusts a prescindere dalla data della loro costituzione.
Tuttavia, uno Stato contraente potrà riservarsi il diritto di non applicare la Convenzione ad un trust costituito prima dell'entrata in vigore della Convenzione per detto Stato.

Articolo 23
Ai fini di identificare la legge applicabile ai sensi della Convenzione, qualora uno Stato comprenda varie unità territoriali, ciascuna con le proprie norme di legge per quanto riguarda il trust, ogni riferimento alla legge di detto Stato sarà considerato come relativo alla legge in vigore nell'unità territoriale in questione.

Articolo 24
Uno Stato all'interno del quale varie unità territoriali hanno le proprie norme di legge in materia di trust non è tenuto ad applicare la Convenzione ai conflitti di legge che interessano unicamente queste unità territoriali.

Articolo 25
La Convenzione non deroga ad alcun altro strumento internazionale di cui uno Stato contraente è o sarà parte e che contengono disposizioni sulle materie regolamentate dalla presente Convenzio-ne.

Capitolo V
Clausole finali

Articolo 26
Ciascuno Stato, al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione o del-

l'adesione, o, al momento di una dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 29, potrà esprimere le riserve previste agli articoli 16, 21 e 22.
Nessun'altra riserva sarà consentita.
Ciascuno Stato contraente potrà, in ogni momento, ritirare una riserva da esso espressa; tale ri-serva cesserà di avere effetto il primo giorno del terzo mese dopo la notifica del ritiro.

Articolo 27
La Convenzione sarà aperta alla firma degli Stati che erano membri della Conferenza de l'Aja di diritto internazionale privato al momento della sua quindicesima sessione.
Sarà ratificata, accettata o approvata e gli strumenti di ratifica, accettazione o approvazione saranno depositati presso il Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi.

Articolo 28
Ogni altro Stato potrà aderire alla Convenone dopo la sua entrata in vigore in virtù dell'articolo 30, par. 1.
Lo strumento di adesione sarà depositato esso il Ministero degli Affari Esteri del Reo dei Paesi Bassi.
L'adesione avrà effetto solo per quanto riguarda i rapporti tra lo Stato aderente e gli Stati contraenti che non avranno mosso obiezioni alla succitata adesione entro dodici mesi dal ricevimento della notifica di cui all'articolo 32.
Ogni Stato membro potrà altresì muovere tali obiezioni al momento della ratifica, accettazione o approvazione della Convenzione, successiva all'adesione. Tali obiezioni saranno notificate al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi.

Articolo 29
Uno Stato che comprenda due o più unità territoriali nelle quali vengono applicati sistemi giuridici diversi, potrà, al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione o dell'adesione, dichiarare che la presente Convenzione sarà applicata a tutte le sue unità territoriali, o solamente a una o più di esse, e potra, in qualunque momento, modificare detta dichiarazione, formulando una nuova dichiarazione. Tali dichiarazioni saranno notificate al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi, e indicheranno espressamente le unità territoriali alle quali si applica la Convenzione.
Se uno Stato non effettuerà dichiarazioni in base al presente articolo, la Convenzione sarà appli-cata a tutte le unità territoriali di detto Stato.

Articolo 30
La Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del terzo mese dopo il deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione o approvazione previsto dall'art. 27.
Successivamente la Convenzione entrerà in vigore:
a) per ogni Stato che la ratifichi, l'accetti, o l'approvi successivamente, il primo giorno del terzo mese dopo il deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione;
b) per ogni Stato aderente, il primo giorno del terzo mese dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 28;
c) per le unità territoriali alle quali la Convenzione è stata estesa in conformità all'articolo 29, il primo giorno del terzo mese dopo la notifica di cui a detto articolo.

Articolo 31
Ogni Stato contraente potrà denunciare la presente Convenzione mediante notifica formale per iscritto, indirizzata al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi, depositario della Convenzione.
La denuncia entrerà in vigore dal primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di sei mesi dopo la data di ricevimento della notifica da parte del depositario, o ad ogni altra data

successiva, specificata nella notifica.

Articolo 32
Il Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi notificherà agli Stati membri della Conferenza, nonché agli Stati che vi avranno aderito, in conformità alle disposizioni dell'articolo 28:
a) le firme e le ratifiche, le accettazioni e le approvazioni di cui all'articolo 27;
b) la data alla quale la Convenzione entrerà in vigore in conformità alle disposizioni dell'articolo 30;
c) le adesioni e le obiezioni alle adesioni di cui all'articolo 28;
d) le estensioni di cui all'articolo 29;
e) le dichiarazioni di cui all'articolo 20;
f) le riserve o i diritti di riserva di cui all'articolo 26;
g) le denunce di cui all'articolo 31.
In fede di che, i sottoscritti, debitamente autorizzati, hanno firmato la presente Convenzione.
Fatto a l'Aja, il 1° luglio 1985, in francese ed inglese, i due testi facenti ugualmente fede, in un unico esemplare che sarà depositato negli archivi del Governo del Regno dei Paesi Bassi, e di cui una copia autenticata sarà consegnata, per le vie diplomatiche, a ciascuno Stato membro della Conferenza de l'Aja di diritto internazionale privato al momento della sua quindicesima sessione.

## Legislatura 16º - Disegno di legge N. 2322

*Attesto che il Senato della Repubblica,*
*il 2 febbraio 2011, ha approvato il seguente disegno di legge, d'iniziativa del Governo:*

Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010

Capo I

DISPOSIZIONI GENERALI
SUI PROCEDIMENTI PER
L'ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI
COMUNITARI

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 di cui al comma 1, 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 specifici previsti dal comma 6, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti, anche tributarie.

3. I decreti legislativi 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 di cui al comma 1 sono trasmessi alle Camere perché sia espresso il parere delle Commissioni parlamentari competenti, 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 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 legislativi di cui al comma 1, il Governo può emanare disposizioni correttive e integrative nel rispetto dei princìpi e dei criteri direttivi di cui al comma 6 e con la procedura di cui al comma 4.

6. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi:

*a)* prevedere, nell'ambito del titolo III del libro IV del codice civile, la disciplina speciale del contratto di fiducia, quale 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;

*b)* prevedere che il contratto di fiducia venga stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata a pena di nullità;

*c)* prevedere, quali effetti del contratto di fiducia, la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'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:

1) escludere che, qualora il fiduciario sia una persona fisica, i diritti e 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;

*d)* dettare una disciplina specifica per:

1) la fiducia a scopo di garanzia, quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito. In particolare 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;

2) il contratto di fiducia a scopo assistenziale, prevedendo che il valore dei beni conferiti non possa eccedere i bisogni del beneficiario e facendo salve le disposizioni a tutela dei diritti dei legittimari. Tali disposizioni non si applicano qualora il beneficiario sia una persona disabile;

*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;

*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 princìpi e criteri direttivi di cui alle lettere da *a)* a *n)*, 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 princìpi e criteri direttivi di cui alle lettere da *a)* a *o)*, 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.*

7. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato.

# *CODE CIVIL*

*(Version consolidée au 24 décembre 2010)*

## *Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété*

### *Titre XIV : De la fiducie*

#### *Article 2011*

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*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.*

#### *Article 2012*

*Modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 1*

*La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.*

*Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité.*

#### *Article 2013*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.*

*Article 2015*

*Modifié par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.*

*Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.*

*Article 2016*

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.*

*Article 2017*

*Modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 2*

*Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.*

*Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté.*

*Article 2018*

*Modifié par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :*

*1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;*

*2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;*

*3° L'identité du ou des constituants ;*

*4° L'identité du ou des fiduciaires ;*

*5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;*

*6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.*

*Article 2018-1*

*Créé par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*Modifié par Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire.*

*Article 2018-2*

*Créé par LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire.*

*Article 2019*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.*

*Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.*

*La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.*

*Article 2020*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat.*

*Article 2021*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.*

*De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités.*

*Article 2022*

*Modifié par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant.*

*Toutefois, lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de tutelle, le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur à la demande de ce dernier au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le contrat. Lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de curatelle, le fiduciaire rend compte de sa mission, dans les mêmes conditions, au constituant et à son curateur.*

*Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat.*

*Article 2023*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.*

*Article 2024*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.*

*Article 2025*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.*

*En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.*

*Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.*

*Article 2026*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.*

*Article 2027*

*Modifié par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant.*

*Article 2028*

*Créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007*

*Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.*

*Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.*

*Article 2029*

*Modifié par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme.*

*Lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, il prend également fin de plein droit, sauf*

*stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit. Sous la même réserve, il prend fin lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau.*

*Article 2030*

*Modifié par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)*

*Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.*

*Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession.*

# BIBLIOGRAFIA

C. Amato, *Commento all'art. 11*, Aa. Vv., *Convenzione relativa alla legge sui* trusts

*ed al loro riconoscimento*, a cura di A. Gambaro, A. Giardina, G. Ponzanelli, in Nuove leggi civ. comm., 1993.

T. Ballarino, *Diritto internazionale privato,* Padova, 1996.

S. Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645* ter *c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e* trust*,* in Corr. merito, 2006.

H.C. Black, Black's law dictionary, St. Paul-Minn, 1990.

Bougartev-Gaudin, La fiducie à l'epreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux, in *Rev. dr. bancaire financier*, 2007.

G. Broggini, *Il* trust nel *diritto internazionale privato italiano*, in *Jus*, 1997.

G. Broggini, Trust *e fiducia nel diritto internazionale privato*, in Eur. dir. priv., 1998.

A. Busani, *San Marino lancia la sfida sui contratti "fiduciari"*, in Il Sole 24 ore, 2 marzo 2010.

A. Busato, *La figura del* trust *negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in Riv. dir. civ., 1992.

M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000.

E. Calò, *Dal* probate *al* family trust, Milano, 1996.

R. Calvo, *La tutela dei beneficiari nel* «trust» *interno*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998.

F. Caringella, *Studi di diritto civile*, Milano, 2003.

U. Carnevali, *Alienazione abusiva del fiduciario e revoca di essa* ex *art. 2901 c.c.*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2007.

G. Cassoni, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento,* in Giur. it., 1986.

C. Castronovo, *Il* trust *e "sostiene Lupoi"*, in Eur. e dir. priv., 1998.

C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, in Vita not., 1998.

G.Ch. Cheshire, *Il concetto del «*trust*» secondo la* common law *inglese* (trad. di C. Grassetti),

Torino, 1998.

G. Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese,* Padova, 1990.

R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980.

A. De Donato, V. De Donato, E. D'Errico, Trust *convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica,* Roma, 1999.

F. De Franchis, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984.

G. De Nova, *Esegesi dell'art. 2645* ter *cod.civ.*, in Atti del Convegno su «Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.», svoltosi a Milano il 19 giugno 2006.

A. di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005.

Y. Emerich, Les fondaments conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contracts et droits des biens, in *Rev. intern. dr. comp.,* 2009.

G. Fanticini, *L'articolo 2645*-ter *del codice civile:"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"*, in Montefameglio, Marullo, Fanticini, Monegat, Tonelli, Manes, *La protezione dei patrimoni*, Santarcangelo di Romagna, 2009.

A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, Aa. Vv., Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003.

P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei atrimoni separati*, in Riv. soc., 2002.

R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935.

W.F. Fratcher, International Encyclopedia of comparative law, IV, Property and trust, II, Trust, Essen, 1973.

F. Galluzzo, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un* trust, nota a Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in Corr. giur., 2006.

A. Gambaro, *Il* trust *in Italia e Francia*, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio, Scritti in onore di Rodolfo Sacco, a cura di P. Cendon, Milano, 1994.

A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995.

A. Gambaro, *I* trust *e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in I *trust* in Italia oggi, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996.

A. Gambaro, Trust, Digesto Discipline Privatistiche, vol. XIX, Torino, 1999.

A. Gambaro, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2000.

A. Gambaro, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del* trustee *in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in Riv. dir. civ., 2002.

A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2007.

F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su* trust *e trascrizione)*, in Riv. not., 2001.

F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagatelle)*, in Riv. not., 2001.

F. Gazzoni, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del* trust, in Riv. not., 2002.

F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645* ter, in Giust. civ., 2006.

A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005.

A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, in Rass. dir. civ., 2007.

V. Giuffré, *L'emersione dei* iura in re aliena *ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992.

C. Grassetti, Trusts *anglosassone*, *proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in Riv. dir. comm., 1936.

M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui.* Undisclosed agency *e* trust *nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995.

D.J. Hayton, Trust, in *Halsbury's law of England*, Londra, 1984.

T. Lewin, Practical treatise on the Law of Trust, Londra, 1964.

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

L. Lonferini, *Elementi di diritto civile sammarinese*, San Marino, 2000.

M. Lupoi, *Il* trust *nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in Vita not., 1992.

M. Lupoi, *Il diritto comune europeo in Inghilterra: profili terminologici*, *Scintillae*

*Iuris*. Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994.

M. Lupoi, *Legittimità dei* trust *interni*, *I* trust *in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996.

M. Lupoi, Trust, Milano, 1997.

M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in Eur. dir. priv., 1998.

M. Lupoi, Trusts. A comparative study, Cambridge University Press, 2000.

M. Lupoi, Trusts, Milano, 2001.

M. Lupoi, *Lettera ad un notaio conoscitore di* trust, in Riv. not., 2001.

M. Lupoi, *I* trust *nel diritto civile*, 2, *I diritti reali*, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, 2004.

M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di* trust, in Riv. not., 2004.

M. Lupoi, *La reazione dell'ordinamento di fronte a* trust *elusivi*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2005.

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

M. Lupoi, *Azione revocatoria e* trust *familiare*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2009.

M. Lupoi, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2010.

P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

F.W. Maitland, Equity. A course of lectures, Cambridge, 1969.

M.C. Malaguti, *Il futuro del* trust *in Italia*, in Contr. Impr., 1990.

M.C. Malaguti, *Il* trust*,* Atlante di diritto privato comparato, a cura di F. Galgano, Bologna, 1992.

P. Manes, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie,* in Contr. impr., 2001.

P. Marini, Enfin la fiducie à la française, in *Recueil Dalloz*, 2007.

S. Mazzamuto, *Il* trust *nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in Vita not., 1998.

S. Mazzamuto, *Il* trust, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, vol. 2, Milano, 2007.

S. Mazzamuto, *Il* trust *nella Convenzione dell'Aja e nei principali ordinamenti europei di* civil law, in Il dir. conc., 3, 2009.

L. Mengoni, *Successioni* mortis causa *e mezzi alternativi di trasmissione della ricchezza*, Conclusioni, in *Jus*, 1997.

A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione,* trust *e responsabilità del debitore,* Milano, 2007.

A. Morace Pinelli, *Struttura dell'atto negoziale e del* trust, *anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in Contr. impr., 2009.

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

R. Nicolò, *Diritto Civile*, Enc. dir. XII, Milano, 1964.

L. Nivarra, *Il* trust *e l'ordinamento italiano,* Aa. Vv., *Mandato, fiducia e* trust.

*Esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003.

M. Nuzzo, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, in Atti del Convegno su «Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.», svoltosi a Milano il 19 giugno 2006.

G. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645*-ter *c.c.) e* trust: *analogie e differenze*, http://giacomooberto.com/2645ter_e_trust.htm.

G. Oppo, *L'esperienza privatistica*, in «Atti dei Lincei», Convegno sul tema «I principi generali del diritto», Roma, 1991.

A.E. von Overbeck, Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaisance, n. 14, http://www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=2949&dtid=3.

A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del* trust, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2002.

G. Palermo, *Sulla riconducibilità del* «trust interno» *alle categorie civilistiche*, in Riv. dir. comm., 2000.

G. Palermo*, Contributo allo studio del* trust *e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in Riv. Dir. Civ., 2001.

G. Palermo*, Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione allo scopo*, Aa.Vv., Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003.

J.E. Penner, The law of trusts², Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2000.

P.H. Pettit, Equity and the Law of Trusts*,* Londra, 1993.

G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Riv. dir. civ., 2006.

A. Picciotto, *Brevi note sull'art. 2645* ter: *il* trust *e l'araba fenice*, in Contr. impr., 2006.

P. Piccoli, *Possibilità operative del* trust *nell'ordinamento italiano. L'operatività del* trustee *dopo la Convenzione de L'Aja*, in Riv. not., 1995.

A. Polimeno, *Verso la trascrizione del* trust*,* in Contr., 11, 2006.

S. Prigent, Premiers pas en fiducie dans le code civil, in *AJDI*, 2007.

G. Ramoino, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, in Aa. Vv., *Le fonti del diritto privato sammarinese*, San Marino, 2000.

L. Ragazzini, Trust *«interno» e ordinamento giuridico italiano*, in Riv. not., 1999.

P. Rescigno, *Notazioni a chiusura di un seminario sul* trust*,* in Eur. dir. priv.*,* 1998.

L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice,* in *Trusts* e fiduciarie, 2001.

L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001.

L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002.

L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2004.

L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2009.

V. Scalisi, *Ancora in ordine alla ammissibilità del* trust *interno*, Aa. Vv., *Mandato, fiducia e* trust*. Esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003.

P. Schlesinger, *Atti istitutivi di vincoli di destinazione. Riflessioni introduttive,* relazione tenuta in occasione del convegno organizzato da Paradigma il 22 maggio 2006 a Milano.

G. Sicchiero, *Ancora sulla revocabilità del* trust *e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in Cont. Impr., 2010.

P. Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo,* in Atti del Convegno su «Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.», svoltosi a Milano il 19 giugno 2006.

F. Treggiani-M. Mularoni-M. Verni, *Il* trust *nella nuova legislazione di San Marino*, Santarcangelo di Romagna,

2005.

A. Vicari, *Le* regulae *relative agli obblighi e alle responsabilità del* trustee*, e il* principium *dell'affidamento del diritto dei* trust *della Repubblica di San Marino: spunti per una nuova teoria della costruzione dei modelli di* trust, in *Il* trustee *nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009.

V. Ugolini, *Il* trust *e la nuova legge francese sulla* fiducie*,* in Contr. impr./Eur.,

2008.

A. Underhill-D.J. Hayton, Law relating to Trusts and Trustees, a cura di D.J. Hayton, Londra-Dublino Edimburgo, 1995.

# Ringraziamenti

---

[1] *Sic* M.C. Malaguti, *Il* trust*,* Atlante di diritto privato comparato, a cura di F. Galgano, Bologna, 1992, 186.
[2] Il lemma inglese deriva dall'*aequitas* del diritto romano e del diritto ecclesiastico.
[3] Si allude ai tribunali d'istituzione regia che dapprima si affiancarono e successivamente sostituirono le cd. *manorial courts*, corti provinciali affidate ai nobili locali che applicavano il diritto consuetudinario del luogo.
[4] Come l'errore nella scelta del *writ* o l'impiego di una parola sbagliata nella formula.
[5] Il *Chancellor* era capo della segreteria dello Stato e del Consiglio del Re. Il Re era solito delegargli quella riserva di giurisdizione per cui il Re medesimo veniva definito *fountain of justice*.
[6] Il termine, nel diritto inglese, indica gli operatori giuridici specializzati nelle operazioni di trasferimento della proprietà immobiliare e nella redazione dei relativi atti.
[7] Il sistema feudale ammetteva la trasmissione delle *realties* solo nei limiti del principio della primogenitura. Di conseguenza se un *tenant* moriva senza lasciare eredi la terra tornava al suo *lord.* Questo sistema se da un lato consentiva di preservare i grandi patrimoni terrieri, comportava, per contro, che una persona non potesse mai, in punto di morte, mettere 1a propria ricchezza a disposizione di tutti i suoi figli in modo paritetico. A quel tempo inoltre, in Inghilterra, la materia era informata ai diritti di *wardship* e di *marriage*. Se la terra detenuta da un concessionario (*tenant)* e assoggettata all'*incident* di *knight service* passava ad un erede minorenne, il concedente (*lord*) acquisiva il *right of wardship* in forza del quale costui vantava il diritto a gestire il patrimonio del *de cuius* (e a trarre dalla terra tutti i profitti) fino a che il minore non avesse raggiunto la maggiore età. In virtù del *right of marriage*, invece, quando un *tenant* moriva lasciando un erede non coniugato il suo *lord* poteva sceglierne il futuro coniuge. Nel caso in cui l'erede non avesse voluto accettare la designazione effettuata dal *lord,* questi acquisiva il diritto ad ottenere un indennizzo pari al valore, da lui stimato, del mancato matrimonio.
[8] Il voto di povertà, infatti, rendeva impossibile, per gli ordini religiosi, acquisire direttamente una proprietà terriera; a ciò si aggiunga che non esisteva a quel tempo alcun espediente che consentisse di trasferire loro, in concessione, a vario titolo, terreni che i religiosi avrebbero potuto utilizzare allo scopo di coltivarli per le necessità personali.
[9] I termini che definiscono i soggetti del rapporto discendono tutti dalla parola *feoffement* a sua volta derivante da *infeudare*, che designa l'atto di trasferimento delle *realties.*
[10] Sembra, infatti, che la parola *use* sia il risultato di un'evoluzione lessicale del termine *opus,*

dapprima in *oes,* poi in *ues* e infine in *use*: v. F.W. Maitland, Equity. A course of lectures, Cambridge, 1969, 24.
[11] A quel tempo la *seisin* indicava il possesso feudale delle *realties*.
[12] E. Jenks, *Short history of english law from the earliest time to the end of the year 1938*, Londra, 1949, 97; R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 60.
[13] L'impedimento dipendeva dall'assenza di un *writ* (la formula per l'azione) e il Cancelliere non poteva crearne di nuovi.
[14] *Uses declared on property other than freehold estates on land.*
[15] Al riguardo si parla di *active uses* e si riferisce che *l'execution* dello *use,* con la conseguente esclusione del *feoffe to use,* fosse da considerarsi incompatibile con i doveri richiesti e che, di conseguenza, lo *Statute of Uses* dovesse ritenersi riferibile solo a quegli *use* che effettivamente conferivano al beneficiario un diritto di proprietà.
[16] V. G.Ch. Cheshire, *Il concetto del «trust» secondo la common law inglese* (trad. di C. Grassetti), Torino, 1998, 17.
[17] R. Franceschelli, cit., 23 s.
[18] J.E. Penner, The law of trusts², Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2000, 34.
[19] W.F. Fratcher, voce Trust, International Encyclopedia of Comparative Law, 1974 rileva che «*the term "trust" refers to the legal relationship created inter vivos or on death by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose*»; L.A. Sheridan-G.W. Keeton, The law of trusts, Chichester, 1983, 2, descrivono il *trust* come una «*relationship which arises wherever a person called the trustee is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustee, but to the beneficiaries or other objects of the trust*».
[20] A. Underhill-D.J. Hayton, Law relating to Trusts and Trustees, a cura di D.J. Hayton, Londra-Dublino Edimburgo, 1995, 3.
[21] La definizione è tratta dall'*Oxford dictionary of law*[4]*,* Oxford, 1997.
[22] Il negozio costitutivo è la fionda che lancia la pietra (il negozio dispositivo): così M.C. Malaguti, *Il futuro del* trust *in Italia*, in Contr. Impr., 1990, 997, che cita la metafora di Hayton. Quest'ultima è ripresa anche da L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice,* in *Trusts* e fiduciarie, 2001, 505, che definisce il *trust* un «missile» liberato da una sorta di «rampa di lancio», rappresentata dal negozio giuridico istitutivo.
[23] Per effetto della dotazione il *trustee* diviene titolare del *legal estate* ovvero *legal ownership.* L'aggettivo *legal* avverte che la posizione giuridica del *trustee* è tutelata *at law*.
[24] Laddove si tratti di *trust* privi di tale figura l'attribuzione avrà come destinatari i soggetti interessati all'attuazione dello scopo perseguito dal *trust*.
[25] Denominata anche *equitable interest* ovvero *equitable ownership*; l'aggettivo *equitable* indica che tale diritto riceve tutela soltanto in *equity.*
[26] Sulla natura di tale diritto v. cap. I, § 5.
[27] Così M, 620.
[28] Si allude alle categorie dei *constructive trusts*, dei *resulting trusts* e degli *statutory trusts*.
[29] V. M. Lupoi, *Trusts*[1], Milano, 1997, 2.
[30] M. Lupoi, *Trusts*[1], cit., 2 e M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui.* Undisclosed agency *e* trust *nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, 289.
[31] Sul punto cfr. la normativa internazionale: Bahamas, *Trustee Act*, 1998, sect. 3; Cayman Islands, *Trusts Law*, 2001, sect. 14; Cook Islands, *International Trusts Act*, 1984, sect. 13C; Jersey, *Trusts Law*, 1984, art. 9A (aggiunto nel 2006).
[32] Sulla nozione di *sham* v. *Snook v. London and West Riding Investments Ltd.* [1967] 2 QB 786, T&AF, 2006, 286; *Rahaman v. Chase Bank Trust Company (CI) Ltd.* [1991] JLR 103 (Jersey); *Re Abacus (CI) Ltd. (Trustee of the Esteem Settlement). Grupo Torras SA v. Al Sabah* (2003) JLR 188, T&AF, 2004, 414 (Jersey); *Minwalla v. Minwalla* [2004] EWHC 2823, T&AF, 2006, 263; *A. v. A. and St. George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 (Fam). Dalle pronunce giuziali si evince che al

fine di riscontrare *sham* è necessario che disponente e *trustee* abbiano avuto l'intenzione di dar vita a un rapporto giuridico diverso dal *trust* in favore del disponente e che questa intenzione sia volta a generare una falsa impressione nei terzi.
[33] Lo si considera, infatti, una figura indefettibile.
[34] A. Underhill-D.J. Hayton, cit., 244.
[35] In merito a questo profilo giova sottolineare che in Italia l'art. 28, I co., n. 3, della legge notarile non consente al notaio di ricevere o autenticare atti che «contengano disposizioni che interessino lui stesso». Il notaio, pertanto, non può ricevere né autenticare un atto che lo nomini *trustee*, anche se la sua accettazione non sia contestuale.
[36] La definizione nasce dall'imitazione, nel campo dell'*equity* di nozioni proprie del diritto comune. L'incomprensione del reale significato di tale espressione ha generato l'equivoco civilistico della doppia proprietà (*fragmentation of ownership*), secondo il quale sul *trust fund* graverebbero due diritti reali: quello del *trustee* e quello dei beneficiari.
[37] Come si vedrà nel prosieguo questa categoria costituisce, nel diritto inglese, un'eccezione alla regola secondo la quale un *trust* non può essere istituito esclusivamente per il perseguimento di uno scopo.
[38] A.W. Scott, *The nature of the rights of the cestui que trust*, 17 *Commonwealth Law Reports*, 1917, 269; J. W. Salmond, *Jurisprudence*, a cura di C.A.W. Manning, Londra, 1930, 284 afferma che la «*trust property is that which is owned by two person at the same time, the relation between the two owners being such that one of them is under an obligation to use his ownership for the benefit of the other. The former is called the trustee, and his ownership is trust-ownership; the latter is called the beneficiary, and his is beneficial ownership*»; W.F. Fratcher, International Encyclopedia of comparative law, IV, Property and trust, II, Trust, Essen, 1973, 3.
[39] V. F.W. Maitland, cit., 32. L'autore sottolinea che «il *trust* non è facilmente collocabile entro quello che essi (gli stranieri) considerano uno schema giuridico essenziale», dal momento che quest'istituto «è uno *ius in personam*, ma trattato in modo (e ciò per molte finalità importanti) da essere assimilabile ad uno *ius in rem*. Un diritto essenzialmente esercitabile contro una persona, cioè il *trustee*, ma trattato in modo da essere quasi equivalente ad un diritto che possa farsi valere *erga omnes*-un *dominium*, un diritto di proprietà, che tuttavia esiste soltanto in termini di equità». Condividono tale opinione E. Jenks, cit. e T. Lewin, Practical treatise on the Law of Trust, Londra, 1964.
[40] A. Underhill-D.J. Hayton, cit., 40. In senso conforme P.H. Pettit, Equity and the Law of Trusts, Londra, 1993, 74 ss. «*It is impossible to say with assurance what is the juristic nature of the interest of a cestui que trust. If one considers the traditional classification of rights into right in rem which are good against persons generally and right in personam which are rights against a specified person or person, the right of a cestui que trust seems to be rather less than one and rather more than the other. The traditional view which was insisted upon by Maitland is that the interest of the cestui que trust is necessarily a right in personam. The main reason why Maitland thought he contrary view untenable was the undoubted rule that an equitable interest will not avail against a subsequent bona fide purchaser for value of a legal estate without notice of the trust […]. This traditional view has met with some criticism. Scott has argued that the right […] is a right in rem because it is available against persons generally, although there are some exceptions […]. Further it has been suggested that the traditional view is not adequate to explain the rules as to following the trust property. In so far as a cestui que trust can do this he is, it is said, exercising a right in rem, a proprietary right which is clearly greater than a right in personam […]. In the light of the considerations, some modern writers have attempted to find a compromise solution. Thus Hanbury regarded equitable interests as hybrids, not quite rights in rem because of the doctrine of the bona fide purchaser, and not quite rights in personam because of the doctrine of following trust funds […]. There seems much to be said for treating the interest of a cestui que trust as sui generis, instead of trying to force it into a classification which is really inadequate*».
[41] R. Franceschelli, cit., 23.
[42] *Ibidem*, 28.

[43] *Ibidem*, 29 ss.
[44] P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, 180 ss.; G. Cassoni, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento,* in Giur. it., 1986, 756 s.
[45] «Di diritto reale se ne vede, nel *trust,* uno solo, quello del *trustee*; se ne deve vedere uno solo, perché l'*equity* proprio per questo può intervenire, per tutelare chi (l'originario disponente od i beneficiari) diritti reali non può vantare. Se potesse vantarli, ci penserebbe la *common law* a proteggerlo»: M. Lupoi, *Il* trust *nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in Vita not., 1992, 975.
[46] Così M. Lupoi, *Trusts*[1], cit., 232 ss. che sottolinea: «Il titolo di proprietà o, più genericamente, di appartenenza è visto dall'*equity,* come non pieno […]. […] Il difetto equitativo del titolo del *trustee* non tocca il contenuto del diritto, ma ne limita l'esercizio o ne vincola la finale destinazione».
[47] A. De Donato, V. De Donato, E. D'Errico, Trust *convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica,* Roma, 1999, 120 ss. e 208 ss.
[48] Corte eur. giust., 17.5.1994, C- 294/92, *Webb v. Webb*, in Giust. civ., 1996, I, 1529 ss., con nota di G. Contaldi. Sul sito eur-lex.europa.eu è possibile leggere la massima della sentenza: «*In order for Article 16 of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil Matters to apply, it is not sufficient that a right in rem in immovable property be involved in the action or that the action have a link with immovable property: the action must be based on a right in rem and not on a right in personam, save in the case of the exception concerning tenancies of immovable property».*
[49] La norma dispone che «in materia di diritti reali immobiliari […] i giudici dello Stato contraente nel quale l'immobile è situato» hanno esclusiva competenza sulla lite.
[50] Per *resulting trust* si intende un *trust* non espresso ma comunque risultante dalle circostanze.
[51] Trattasi della cd. *presumption of advancement*.
[52] Nel merito i giudici inglesi, dedotto dalla circostanza che l'attore aveva continuato a utilizzare l'immobile il difetto dello spirito di liberalità nell'erogazione di denaro compiuta dall'attore a favore del figlio, respingono la ricostruzione della fattispecie nei termini di una donazione.
[53] Corte eur. giust., 17.5.1994, C-294/92, cit. Si riporta, per completezza, la massima della sentenza *de qua*: «L'azione volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di *trustee* e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della *legal ownership* non è un'azione reale ai sensi dell'art. 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968».
[54] In tal senso v. M. Lupoi, cit., 251: «La sentenza comunitaria consacra, dunque, sotto il profilo processuale, l'estraneità del diritto del beneficiario a qualsiasi problematica 'proprietaria' e l'assenza di diritti reali che egli possa far valere contro il *trustee*».
[55] C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, in Vita not., 3, 1998, 1337 e nt. 28, precisa che con riguardo a questa ipotesi «parlare di azione meramente personale significa obliterare la differenza tra realità e no» come capita a chi «indebitamente traspone l'affermazione della natura personale dell'azione con la quale il *settlor*-beneficiario fa accertare l'obbligazione del *trustee* nei suoi confronti, formulata dalla Corte, in una statuizione generale, riferita anche ai rapporti con eventuali terzi acquirenti dal *trustee* infedele, e, dopo aver affermato la natura reipersecutoria del *tracing*, attribuisce natura personale all'azione nei confronti del terzo, non avvertendo la contraddittorietà tra azione *in personam* e qualità di terzo del convenuto». Di medesimo avviso G.C. Cheshire, cit., 19, sottolinea che il *trust* attribuisce al beneficiario «un diritto così largamente protetto, da potersi difficilmente distinguere dal diritto di proprietà, cioè da un diritto *in rem*».

[56] Sul punto v. cap. I, § 4.
[57] Cfr. M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche sui* trusts, in Eur. dir. priv., 1998, 435. D'opposto avviso C. Castronovo, *Il* trust *e "sostiene Lupoi"*, in Eur. e dir. priv., 1998, 442. L'autore ritiene

preferibile l'uso del singolare «perché dire che "l'impiego del plurale '*trusts*' mette in guardia contro le generalizzazioni" ha lo stesso valore di verità dell'affermazione che non esiste il contratto ma i (tipi di) contratto: sulla quale tutti siamo d'accordo senza bisogno di simili avvertenze, alle quali non obbedisce rigorosamente neanche Lupoi che pure abbondantemente fa riferimento al *trust* al singolare. Sul piano linguistico, poi, nella trasposizione preferisco l'invarianza all'aggiunta della s finale del plurale».

[58] Il *Trustee Act* è riformato nel 1925.

[59] Questa legge è stata abrogata nel 2000.

[60] M. Lupoi, *Trusts¹,* cit., 481.

[61] In origine, infatti, il diritto inglese considerava giuridicamente vincolanti solo quegli accordi che erano accompagnati dal compimento di solenni formalità come il *wed*, il *borh* e l'*oath*. Sul punto v. R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980, 282.

[62] R. David, op. ult. cit., 282 s.

[63] G. Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese,* Padova, 1990, 25 ss.

[64] *Res inter alios acta, tertio neque nocet neque prodest*.

[65] *Statute of Frauds* (1677), *section* 8.

[66] Esempi di *implied trust* sono le mance lasciate dagli avventori di un ristorante non direttamente ai dipendenti bensì al titolare; questi diviene *trustee* in favore dei dipendenti. Cfr. M. Lupoi, *Trusts¹*, cit., 22, nt. 6.

[67] Con il sintagma *bare trust* si indica ogni *trust* in cui l'attuale beneficiario sia il beneficiario definitivo di esso (poiché dopo di lui non ne sono stati designati altri) ovvero in cui il potere del *trustee* è tal punto limitato che questi svolge, rispetto al bene trasferitogli, compiti di mera amministrazione conservativa. V. A. Underhill-D.J. Hayton, cit., 44. Riguardo alla figura del *trustee* «*A bare trustee is a person who holds property in trust for the absolute benefit and the absolute disposal of other person who are of full age and sui juris in respect of it, and who has no present beneficial interest in it and no duties to perform in respect of it except to convey or transfer the property accordingly when required to do so*», D.J. Hayton, *Trust*, in *Halsbury's law of England*, Londra, 1984, 357, § 641.

[68] M. Lupoi, *Trusts¹*, cit., 94 ss.

[69] Alla luce di tale circostanza è stato, correttamente, affermato che la diffusa definizione che designa il *constructive trust* come un *trust* creato dall'*equity* contro la volontà del costituente deve considerarsi limitativa: così M. Lupoi, *Trusts¹*, cit., 96 s.

[70] «Dolo, frode, inganno, cattiva fede, errore, abuso di fiducia in genere. In effetti, né la giurisprudenza, né la dottrina hanno mai precisato un concetto generale di *fraud*. L'espressione, a causa della notevole varietà di significati che assume di volta in volta, non trova una corrispondenza esatta nella *civil law*», F. De Franchis, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, 760. Il termine *fraud* indica una situazione che, connotandosi per l'approfittamento attuato da un soggetto (che riveste un ruolo, *lato sensu*, fiduciario) nei confronti del fiduciante è a tal punto *unconscionable* da risultare inaccettabile da un punto di vista etico.

[71] Allorché un soggetto (A), concluso un accordo con un altro soggetto (B) volto a trasferire, gratuitamente, la proprietà di un bene da A a B, premuoia a B e l'accordo in questione non rispetti i requisisti formali richiesti *at law* per detto trasferimento.

[72] A. Underhill-D.J. Hayton, cit., 371 sostengono che l'«*Equity imposes a constructive trust on property [...] where two persons, concerned with disposing of their estates on their death, agree to subject property to a legally binding arrangement and make mutual wills pursuant to the arrangement, which is intended irrevocably to take effect on the first death, and that death occurs without the survivor having repudiated the arrangement to the deceased's knowledge*».

[73] L'ipotesi è descritta da M. Lupoi, *Trusts¹*, cit., 55 ss.

[74] Laddove il *trustee,* violando i suoi obblighi, alieni un bene oggetto di *trust* a un terzo il quale acquista a titolo gratuito ovvero oneroso ma con *notice* del *trust*, il trasferimento è inopponibile al beneficiario del *trust*. L'acquirente sarà, pertanto, dichiarato *constructive trustee* del bene in favore del beneficiario del *trust* originario. V. M. Lupoi, *Trusts¹*, cit., 34 ss.

[75]L'*equity* considera *constructive trustee* anche il soggetto che, con dolo o inescusabile negligenza coopera con l'autore della violazione degli obblighi fiduciari o comunque ne agevola la violazione (*knowing assistance*) ovvero trae vantaggio da tale violazione (*knowing receipt*).
[76] L'atto dispositivo può estrinsecarsi o nell'ambito di un *trust* espressamente costituito da A e nel quale B è il *trustee*, ma che è inidoneo a produrre i suoi effetti, o nel contesto di un *implied trust* istituito da A con B quale *trustee*, ovvero nella dazione di una somma di denaro da A a B, che acquista un bene intestandoselo o cointestandolo a sé e ad A.
[77] Ovvero ciò che è stato acquistato con la somma di denaro che A ha dato a B.
[78] La tutela equitativa consiste nel ritorno del bene nel patrimonio del soggetto A che ha istituito il precedente *trust*, espressamente creato seppur inidoneo, o il precedente *implied trust* ovvero nella costruzione di una fattispecie di *trust* presunta *iuris tantum* dall'*equity* come voluta da A e avente per oggetto il bene acquistato da B con il denaro consegnatogli da A.
[79] Cfr. A. Underhill-D.J. Hayton, cit., 871 ss.; M. Graziadei, cit., 449 s.
[80] H.C. Black, Black's law dictionary, St. Paul-Minn, 1990, ha definito l'*injuction* «*A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or injury. A prohibitive, equitable remedy issued or granted by a court at the suit of a party complainant, directed to a party defendant in the action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding the latter from doing some act which he is threatening or attempting to commit, or restraining him in the continuance thereof, such as being injust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately repressed by an action at law. A judicial process operating in personam and requiring person to whom it is directed to do or refrain from doing a particular thing*».
[81] «*In the area of trusts, an injuction against a trustee usually has an inhibitory purpose, to protect beneficiaries who have reason to fear a breach of the obligations arising out of the trust*», M. Lupoi, Trusts. A comparative study, Cambridge University Press, 2000, 71.
[82] «*Where the court is satisfied that the trust property is in danger […] by reason of the active or passive misconduct of the trustees […] an injunction will be granted […] at the instance of any person with an existing vested or contingent interest […] either compelling the trustees to do their duty, or restraining them from interfering with the trust property, as the case may require*» così A. Underhill-D.J. Hayton, cit., 871 s.
[83] Sul punto v. M. Lupoi, *Il diritto comune europeo in Inghilterra: profili terminologici*. *Scintillae Iuris*. Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, 1065 ss. La materia *de qua* è parzialmente regolata dal *Contempt of Court Act* (1981). Il *contempt* discende unicamente dall'inottemperanza, a nulla rilevando al riguardo né la legittimità dell'ordine né lo stato soggettivo dell'agente: tali circostanze verranno prese in considerazione, successivamente, al momento dell'irrogazione della pena.
[84] Il convenuto, infatti, non è sempre il *trustee* infedele.
[85] A. Gambaro, Trust, Digesto Discipline Privatistiche, vol. XIX, Torino, 1999, 455 ben illustra l'indifferenza della domanda del beneficiario rispetto all'attuale materiale configurazione del *trust fund* nell'affermare che «inseguire un bene originariamente parte del *trust* attraverso le sue metamorfosi mediate da scambi è quanto più propriamente si designa con il termine *tracing*. Il termine *tracing* consente, a certe condizioni, al *beneficiary* di far valere i suoi diritti sul bene che è stato sostituito mediante scambio a quello che originariamente faceva parte del fondo del *trust*».
[86] A tal proposito A. Underhill-D.J. Hayton, cit., 852 descrivono l'*equitable tracing* come «*a process concerned with identifying property against which equity can impose a restitutionary proprietary remedy, whether by way of an equitable lien (or charge) or an equitable proportionate share under a constructive trust. Equity is concerned to identify the value of the original property in new assets so as to ascertain the value surviving in the defendant's hands. The plaintiff thus has to identify proprietary rights in respect of the original property and then show that there are transactional links between the original property and the new assets in the defendant's hands, enabling the value of his property to be matched with the new assets*».
[87] La data assegnata alla Convenzione (1 luglio 1985) coincide con quella in cui i primi tre Stati

(Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi) hanno apposto la propria firma.
[88] Organismo deputato alla progressiva unificazione delle norme di diritto internazionale privato (art. 1 dello Statuto).
[89] La prima stesura dell'art. 2 non conteneva il richiamo alla posizione dei beni sotto il controllo del *trustee* bensì prevedeva, quale presupposto costitutivo del *trust*, il trasferimento dei beni al *trustee*.
[90] Il secondo comma dell'art. 2 stabilisce che «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 dall'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*».
[91] La Convenzione, dunque, non si applica né agli *implied* né ai *constructive trust*.
[92] V. cap. III, § 2.
[93] La metafora di Hayton è riportata da M.C. Malaguti, *Il futuro del* trust *in Italia*, cit., 997.
[94] Si allude, in particolare, ai creditori ovvero agli eredi del costituente, del *trustee*, del beneficiario.
[95] La Convenzione è entrata in vigore, in Italia, l'1 gennaio 1992. I testi originali della Convenzione, in inglese e francese, l'elenco dei paesi che l'hanno sottoscritta, eventualmente ratificata, le date di entrate in vigore e le riserve apposte sono rinvenibili ai seguenti indirizzi http://hcch,e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=59 (versione inglese); http://hcch,e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=59 (versione francese). Sulla Convenzione v. S. Mazzamuto, *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai* trust, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, vol. 2, Milano, 2007, 621 ss.; L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2009, 6 ss.
[96] C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, cit., 1323.
[97] «Date le divergenze o le semplici diversità fra gli ordinamenti delle Parti contraenti, è evidente che l'interpretazione *lege fori* di un medesimo testo convenzionale ha come risultato necessario quello della difformità delle soluzioni nei vari paesi; risultato che è in netta contraddizione con lo stesso scopo fondamentale che gli Stati contraenti intendevano perseguire con la stipulazione del trattato», A. Giardina, *Le Convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno*, in Riv. dir. int., 1973, 703. Al riguardo giova ricordare che l'art. 2, secondo comma, della legge italiana di riforma del sistema di diritto internazionale privato (l. n. 218, 31 maggio1995) stabilisce che nell'interpretazione delle convenzioni internazionali «si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'esigenza della loro applicazione uniforme».
[98] L'efficacia vincolante della Convenzione discende, infatti, non dalla mera sottoscrizione bensì dalla ratifica ovvero dall'accettazione. Ad oggi tra gli Stati firmatari compaiono accanto all'Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Australia, Canada, Cipro, Francia, Regno Unito, Repubblica di San Marino, Stati Uniti e Svizzera. Di questi hanno ratificato la Convenzione, oltre al nostro Paese, Regno Unito, Australia, Paesi Bassi, Canada, Lussemburgo, Svizzera, Repubblica di San Marino e Malta (quest'ultima non è tra gli Stati firmatari, ai sensi dell'art. 28 della Convenzione, dunque, la sua adesione ha effetto solo nei confronti degli Stati firmatari che non abbiano apposto riserve all'atto della ratifica).
[99] In sede di ratifica il legislatore italiano ha optato per l'adattamento speciale, ossia mediante ordine di esecuzione, limitandosi a sancire la «piena ed intera esecuzione» alla convenzione in esame (art. 2).
[100] «Diatriba [che], dopo un rapido sviluppo caratterizzato da toni di confronto poco consoni ad un dibattito scientifico, si è piegata su se stessa, senza produrre risultati di sintesi, acuendo progressivamente le divergenze sino a creare due vere e proprie correnti in irriducibile contrasto» (Trib. Trieste, decreto 23 settembre 2005, in Guida al dir., 2005, n. 41, 57). Sulla *querelle* dottrinale si vedano *ex multis*: M. Lupoi, *Il* trust *nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985,* cit., 966 ss.; C. Castronovo, *Il* trust *e "sostiene Lupoi"*, cit., 441 ss.; Id., Trust *e diritto civile italiano*, cit., 1326 ss.; S. Mazzamuto, *Il* trust *nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in Vita not., 1998, 797; L. Ragazzini, Trust *«interno» e ordinamento giuridico italiano*, in Riv. not., 1999, 279 ss.; G. Palermo, *Sulla riconducibilità del* «trust interno» *alle categorie civilistiche*, in Riv. dir. comm., 2000, 133 ss.; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su* trust *e trascrizione)*, in Riv. not., 2001, I, 11 ss.; M. Lupoi, *Lettera ad un notaio conoscitore di* trust, in Riv. not., 2001, I, 1159 ss.; F. Gazzoni, *In Italia*

*tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagatelle)*, in Riv. not., 2001, I, 1247 ss.; A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del* trustee *ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, in Riv. dir. civ., 2002, II, 257 ss.; F. Gazzoni, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del* trust, in Riv. not., 2002, I, 1107; A. Gambaro, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del* trustee *in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in Riv. dir. civ., 2002, II, 919 ss.; L. Nivarra, *Il* trust *e l'ordinamento italiano,* Aa. Vv., *Mandato, fiducia e* trust*. Esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003, 19 ss. A. di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 95; A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione,* trust *e responsabilità del debitore,* Milano, 2007, 131 ss.

[101] Si definiscono «trust interni» quei *trust* che «vincolano beni in Italia e sono istituiti in Italia da italiani ma sono disciplinati da una legge straniera», M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 23.

[102] T. Ballarino, *Diritto internazionale privato,* Padova, 1996, 574; G. Broggini, *Il* trust nel *diritto internazionale privato italiano*, in *Jus*, 1997, 11 ss.; L. Mengoni, *Successioni* mortis causa *e mezzi alternativi di trasmissione della ricchezza*, Conclusioni, in *Jus*, 1997, 310; A. Gambaro, Trusts, cit., 464; C. Castronovo, *Il* trust *e "sostiene Lupoi"*, cit.; P. Rescigno, *Notazioni a chiusura di un seminario sul* trust*,* in Eur. dir. priv.*,* 1998, 453, 457. Tra i sostenitori di questa tesi v. anche M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche sui* trusts, cit., 437. L'A. pur rifiutando, infatti, d'esser annoverato tra coloro che ritengono che la Convenzione permetta di disciplinare un *trust* di diritto interno, ritiene, tuttavia, che l'istituto non sia ignoto al nostro diritto come figura giuridica che l'autonomia privata è in grado di porre in essere. Prendendo le mosse da tali considerazioni giunge ad affermare che il nostro non sarebbe più un ordinamento tra quelli ai quali il *trust* è ignoto e financo che il diritto italiano potrebbe essere scelto dal costituente, o comunque ritenuto applicabile, secondo i cirteri dell'art. 7 qualora il *trust* presenti i più stretti legami con esso.

[103] G. Broggini, Trust *e fiducia nel diritto internazionale privato*, in Eur. dir. priv., 1998, 413.

[104] Così C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, cit., 1324. Condivide questa opinione anche F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagatelle)*, cit., 1254 ss.

[105] A.E. von Overbeck, Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaisance, n. 14. Il documento è reperibile all'indirizzo *web* http://www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=2949&dtid=3.

[106] Ai sensi dell'art. 5: «La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione».

[107] L'espressione è di M. Lupoi, *Trusts*[1], cit., 411. Per la soluzione affermativa alla configurabilità di un *trust* interno cfr. M. Lupoi, *Legittimità dei* trust *interni*, *I* trust *in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996; V. Scalisi, *Ancora in ordine alla ammissibilità del* trust *interno*, Aa. Vv., *Mandato, fiducia e* trust*. Esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003, 187 ss.; M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di* trust*,* in Riv. not., 2004, 568 ss.

[108] L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, 54.

[109] In questo senso G. Broggini, Trust *e fiducia nel diritto internazionale privato*, cit. 412 ss.; A. Gambaro, *Trusts*, cit.; C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, cit. 1324; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagatelle)*, cit., 1254 ss. nonché L. Santoro, *Il trust in Italia*[2], cit., 55 ss.

[110] Tra le pronunce più significative in questo senso v. Trib. Bologna, 28 aprile 2000; Trib. Pisa (decr.), 22 dicembre 2001; Trib. Bologna (decr.), 16 giugno 2003; Trib. Trieste (decr.), 23 settembre 2005; Trib. Bologna (decr.), 23 settembre 2008.

[111] M. Lupoi, *Legittimità dei* trust *interni*, *I* trust *in Italia oggi*, cit., 41.

[112] R. Calvo, *La tutela dei beneficiari nel* «trust» *interno*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 54. E. Calò, *Dal* probate *al* family trust, Milano, 1996, 99, nt. 86, ritiene la situazione descritta «una sorta di *apartheid* giuridico, nel quale vi siano cittadini che possono accedere ad un istituto ed altri ai quali è precluso. L'esperienza insegna che impostazioni di questo tipo sono anzitutto destinate a non trovare riscontro alcuno nella prassi negoziale».

[113] C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, cit. 1324, nt. 2.

[114] Per disciplina naturale si intende l'ordinamento giuridico cui conducono gli elementi

soggettivi e oggettivi della fattispecie.
[115] Si tratta di una condizione dirimente per l'applicazione della Convenzione ed è intimamente connessa al collegamento con una legge che preveda l'istituto del *trust*.
[116] S. Mazzamuto, *Il* trust *nella Convenzione dell'Aja e nei principali ordinamenti europei di* civil law, in Il dir. conc., 3, 2009, 17; Id., Trust *interno e negozio di destinazione*, in Eur. dir. priv., 3, 2005, 808 evidenzia che «ai fini dell'applicazione della disciplina convenzionale il requisito dell'internazionalità della fattispecie è circostanza assolutamente irrilevante: ben potrà il *trust* convenzionale essere regolato da una legge straniera pur in assenza di alcun criterio, soggettivo od oggettivo, di collegamento con l'ordinamento richiamato, restando impregiudicata la questione relativa al riconoscimento».
[117] S. Mazzamuto, *Il* trust *nella Convenzione dell'Aja e nei principali ordinamenti europei di* civil law, cit., 17.
[118] F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su* trust *e trascrizione*, cit., 13. Id., *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagattelle)*, cit., 1247.
[119] C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, cit. 1328.
[120] «Un divieto, per essere tale, deve essere espresso nei termini precisi di un dovere di non fare alcunché», C. Castronovo, op. ult. cit., 1328.
[121]C. Castronovo, op. ult. cit., 1328.
[122] Per tale ragione C. Castronovo, op. ult. cit., 1328, conclude «L'atto posto in essere è caratterizzato da un difetto di potere dell'autonomia privata, non è antitetico a una norma imperativa come dovrebbe essere perché ne derivi nullità».
[123] Id., op. ult. cit., 1329 s.: «Così è nel caso dell'art. 2740, primo comma. Esso non formula un divieto ai soggetti privati di disporre una separazione dei beni; è, invece, la separazione dei beni un effetto come tale non perseguibile perché dalla norma in questione […] si ricava il principio per cui le ipotesi di separazione patrimoniale possono essere prevedute soltanto dalla legge e rimane fuori dall'ambito proprio dell'autonomia privata un effetto simile. […] Nel caso del *trust*, la separazione dei beni che ne sono oggetto rispetto al patrimonio del *trustee* è soltanto strumentale al perseguimento dell'intento proprio soggiacente al *trust*, se si vuole alla sua causa. Ne consegue che il negozio di *trust* non è nullo».
[124] V. A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del* trustee *ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, cit.
[125] Giunge allo stesso risultato M. Lupoi, *Lettera ad un notaio conoscitore di* trust, cit. 1165. L'a., tuttavia, percorre un diverso itinerario ricostruttivo: «il capoverso dell'art. 2740 c.c. non c'entra per nulla, perché esso riguarda "le limitazioni della responsabilità". La fonte della segregazione è nell'art. 2 Convenzione: "i beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*" e nei singoli commi dell'art. 11, ove la segregazione è individuata quale minima indispensabile conseguenza dell'applicazione della legge straniera regolatrice del *trust*. L'art. 2740 c.c. è fuori gioco nella sua interezza. Nessuno nega che la Convenzione, ratificata in forza di legge, sia legge dello Stato; essa non deroga all'art. 2740 c.c., ma introduce una disposizione diversa per una fattispecie diversa».
[126] P. Manes, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie,* in Contr. impr., 2001, 1390 ss.; L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001; P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei atrimoni separati*, in Riv. soc., 2002, 121 ss.
[127] Trib. Bologna , 1 ottobre 2003, n. 4545, in *Trusts* e fiduciarie, 2004, 67. *Contra* F. Galluzzo, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un* trust, nota a Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in Corr. giur., 2006, 704 s., rileva che nell'adesione alla tesi prospettata dalla giurisprudenza si annida il rischio di un'*interpretatio abrogans* dell'art. 2740 c.c. che vieta ogni forma di limitazione della responsabilità che non sia prevista dalla legge: «non si vede, infatti, per quale motivo, se ai privati fosse davvero concesso di realizzare liberamente ipotesi di separazione atipiche, venga conservata nel nostro codice una norma che, invece, chiaramente vieta di realizzare nuove forme di limitazione di responsabilità al di fuori delle fattispecie ammesse dalla norma».

[128] Ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c. «gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti i 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'art. 1322, co. 2, 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'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

[129] F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645* ter, in Giust. civ., 2006, II, 165.

[130] Sulla progressiva relativizzazione del principio della generale e illimitata responsabilità patrimoniale G. Oppo, *L'esperienza privatistica*, in «Atti dei Lincei», Convegno sul tema «I principi generali del diritto», Roma, 1991; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995.

[131] Così S. Mazzamuto, Trust *interno e negozio di destinazione*, cit., 813 ss. Negano l'esistenza di un conflitto tra le due esigenze anche G. Palermo*, Contributo allo studio del* trust *e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in Riv. dir. civ., 2001; Id., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione allo scopo*, Aa.Vv., Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003; A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, Aa. Vv., Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003, 23; A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, 191 ss.

[132] S. Mazzamuto, *Portata ed efficacia della Convenzione dell'Aja,* in Manuale di diritto privato europeo, cit., 627 s. A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, cit., 199.

[133] «A tale stregua, non v'è conflitto tra tutela del credito ed autonomia negoziale e, di conseguenza, si può affermare che il *trust*, nella misura in cui dà vita ad una separazione patrimoniale non casualmente preordinata allo scopo di sottrarre contenuto alla garanzia generica in pregiudizio dei creditori, non contrasta con l'art. 2740 c.c.», S. Mazzamuto, *Il* trust *nella Convenzione dell'Aja e nei principali ordinamenti europei di* civil law, cit., 18.

[134] Trib. Velletri decreto 8 giugno 2005, in Eur. dir. priv., 2005, 794 s. con nota di S. Mazzamuto.

[135] Trib. Velletri, cit., 795.

[136] Trib. Velletri, cit., 795. *Contra* G. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645*-ter *c.c.) e* trust: *analogie e differenze*, 14, il saggio è disponibile alla pagina *web* http://giacomooberto.com/2645ter_e_trust.htm. L'autore ritiene che aderire alla tesi del Collegio di Velletri sulla necessità di una distinzione tra gli atti in base alla causa di trasferimento equivalga a «negare l'evidenza, posto che la riduzione della garanzia patrimoniale generica è l'inevitabile portato di ogni vincolo di inespropriabilità, a prescindere dalle intenzioni (magari ottime) che ne determinano la costituzione e che l'*eventus damni* è fenomeno obiettivamente rilevante, mentre, dal punto di vista dell'elemento soggettivo (*consilium fraudis*), tutto ciò che conta è la consapevolezza che ben può concorrere, senza perciò perdere di rilievo, con il più altruistico degli intenti che possono muovere il costituente».

[137] Trib. Velletri, cit., 795 s.

[138] L'assenza di antiteticità tra il divieto posto dall'art. 2740 c.c. e la segregazione patrimoniale la si evince anche dalla disciplina del mandato «sia pure con qualche distinguo per quanto riguarda gli immobili e i mobili registrati: l'art. 1707 c.c. prevede che i creditori del mandatario non possano far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio, purché trattandosi di beni mobili o di crediti, il mandato risulti da scrittura privata avente data certa anteriore al pignoramento ovvero, trattandosi di beni immobili o di mobili iscritti in pubblici registri, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo», S. Mazzamuto, *Il* trust *nella Convenzione dell'Aja e nei principali ordinamenti europei di* civil law, cit., 18. Se tali somiglianze permettono di accostare il *trust* al mandato non si può non notare le differenze che separano i due istituti. Come è stato autorevolmente evidenziato «l'art. 1707 […] è una norma che ci rende avvertiti della possibilità di 'segregare' […] certi beni all'interno di un patrimonio, ed è un indice sistematico interessante; ma non nella chiave della omologazione delle due figure del mandato e del *trust*», C. Castronovo, *Il* trust *e "sostiene Lupoi"*, cit. 446. Quanto ai profili che distinguono le due figure basti pensare alle

diverse responsabilità del mandatario e del *trustee*: il primo può liberarsi da un'azione di risarcimento per inadempimento adducendo che l'atto richiesto non rientrava nell'oggetto del mandato ovvero di essersi, diligentemente, attenuto alle istruzioni del mandante; il *trustee*, al contrario, non può sottrarsi alle pretese risarcitorie avanzate dai beneficiari dimostrando che l'atto ineseguito (qualora venga ritenuto necessario per il raggiungimento dello scopo del *trust*) non era contemplato dal'atto istitutivo. Al *trust*, peraltro, non si applicano automaticamente le cause d'estinzione del mandato disciplinate dall'art. 1722 c.c.: il disponente non ha la possibilità di revocare *ad libitum* il *trustee* qualora tale facoltà non sia stata espressamente prevista nell'atto istitutivo, mentre la rinuncia del *trustee* non incide, di regola, sull'efficacia del *trust.*
[139]In tali casi ritengono possibile il ricorso al rimedio costituito dall'azione revocatoria, U. Carnevali, *Alienazione abusiva del fiduciario e revoca di essa* ex *art. 2901 c.c.*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2007, 556 s.; G. Sicchiero, *Ancora sulla revocabilità del* trust *e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in Cont. impr., 2010, 18 ss. *Contra* A. Morace Pinelli, *Struttura dell'atto negoziale e del* trust, *anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in Contr. impr., 2009, 449 ss.
[140] L'itinerario ricostruttivo è di A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, in Rass. dir. civ., 2007, I, 19 s.
[141] Trib. Velletri, cit., 795.

[143] Così M. Lupoi, *La reazione dell'ordinamento di fronte a* trust *elusivi*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2005, 333. In ordine all'azione di riduzione è utile precisare che l'art. 15, lettera *c)*, della Convenzione de L'Aja fa espressamente salvi i limiti della legge nazionale in materia di testamento e di devoluzione dei beni ereditari, con una particolare attenzione alla tutela dei diritti dei legittimari. Logico corollario di tale riserva è la soggezione all'azione di riduzione (artt. 553 e ss. c.c.) della disposizione testamentaria, istitutiva di un *trust*, lesiva della quota spettante ai legittimari. Sul punto in giurisprudenza v. Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in Foro it., 1998, 2, 2007 ss. Il Tribunale, nell'esaminare un *trust* interno, ha ritenuto che «la lesione da parte del *settlor* di un *trust* delle aspettative del relativo legittimario non determina la nullità del *trust,* ma comporta la possibilità di poter applicare quelle disposizioni di diritto interno che sono strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari».
[144] S. Mazzamuto, *Il* trust *nella Convenzione dell'Aja e nei principali ordinamenti europei di* civil law, cit., 18.
[145] V. Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2004, 256, riconosce che «il *trust* non può sottrarsi alla legge italiana in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei suoi creditori; pertanto, qualora il debitore trasferisca la quasi totalità del proprio patrimonio in un *trust* a beneficio solo di alcuni creditori, privandosi in questo modo della garanzia patrimoniale che assiste tutti i creditori di uno stesso soggetto, può trovare applicazione l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c. e, conseguentemente, deve essere disposto il sequestro conservativo non solo di tutti i beni del debitore-disponente, ma anche delle azioni trasferite al *trustee* fino alla concorrenza del credito per la cui riscossione si agisce»; Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2009, 419 ss.: «La legittimazione passiva in un procedimento volto ad ottenere la revoca dell'atto di disposizione dei beni in *trust*, in quanto in pregiudizio degli interessi del creditore procedente con azione revocatoria, sussiste in capo al *trustee* poiché questi gode della capacità processuale attiva e passiva in ordine ai beni in *trust*, mentre i beneficiari hanno soltanto un interesse al trasferimento finale dei beni secondo il programma dettato nel *trust*. Deve essere accolta l'azione *ex* art. 2901 cod. civ., e quindi deve essere disposta la revoca dell'atto di disposizione patrimoniale di un bene immobile compiuto in favore di un *trust* istituito per soddisfare le esigenze della famiglia del disponente allorquando l'intento fraudolento ai danni dei creditori possa presumersi avuto riguardo alla consapevolezza, in capo al disponente e al *trustee*, dato lo stretto rapporto familiare tra di essi intercorrente (suocero-nuora), del pregiudizio arrecato ai creditori, nonché al fatto che il disponente sia anche il

beneficiario del reddito *trust* ed abbia mantenuto per sé il diritto di abitazione nell'immobile stesso, conservando altresì in capo alla famiglia il controllo del patrimonio vincolato»; Trib. Cassino, 1 aprile 2009, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2010, 183 ss.: «La legittimazione passiva in un procedimento volto ad ottenere la revoca dell'atto di disposizione dei beni in *trust*, in quanto in pregiudizio degli interessi del creditore procedente con azione revocatoria, sussiste in capo al *trustee* sia in forza del disposto dell'art. 11 della Convenzione de L'Aja, il quale attribuisce al *trustee* capacità processuale attiva e passiva in ordine ai beni in *trust*, sia in forza della segregazione che il vincolo del *trust* impone sui beni trasferiti al *trustee* rispetto al suo patrimonio personale. Tale legittimazione sussiste anche rispetto ai beneficiari del *trust* allorquando, sebbene il *trust* sia discrezionale, appaia sin da subito che la designazione di beneficiari differenti da parte del *trustee* sia alquanto remota poiché in contrasto con la finalità stessa del *trust*. Deve essere accolta l'azione *ex* art. 2901 cod. civ., e quindi deve essere disposta la revoca degli atti di disposizione patrimoniale di beni immobili compiuti in favore di un *trust* istituito per soddisfare le esigenze della famiglia delle disponenti, allorquando la dotazione patrimoniale del *trust* stesso sia stata esclusivamente fornita dal *trustee* e dal guardiano del *trust* (genitori delle disponenti), nonché da una società di famiglia, facendo ricorso ai rispettivi interi patrimoni personali, e risulti provato che in tal maniera i conferenti i beni in *trust* abbiano voluto sottrarsi alla garanzia fideiussoria che avevano precedentemente prestato in favore della banca procedente per le obbligazioni assunte da altra società di famiglia (dichiarata dopo poco fallita), ovvero che abbiano, quanto meno, inteso rendere in tal maniera maggiormente difficoltosa o incerta l'esazione coattiva del credito»; Trib. Torino, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2010, 83 ss. «Sono inefficaci nei confronti dei creditori, *ex* art. 2901 cod. civ., gli atti di conferimento di beni in tre diversi *trust* posti in essere dai disponenti-debitori allorquando l'istituzione dei *trust* sia avvenuta all'indomani della notifica di un lodo arbitrale che condannava i disponenti a versare ingenti somme di denaro agli attori, non risultando provata l'esistenza di un notevole patrimonio residuo in capo ai debitori sul quale i creditori potessero eventualmente soddisfarsi. Deve essere dichiarata la medesima inefficacia anche nei confronti di altri preesistenti creditori il cui diritto, risultante da decreti ingiuntivi, sia stato accertato dal giudice precedentemente all'istituzione di un *trust*».

[146] M. Lupoi, *Azione revocatoria e* trust *familiare*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2009, 447 s.

[147] Cfr. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 2008, § 34. L'autore fa notare che quando ci si accinge a redigere l'atto istitutivo di un *trust* si deve avere l'accortezza di prevedere con formule inequivoche almeno tre elementi: la volontà di istituire un *trust*; il fondo in *trust*: i beneficiari. Le cosiddette « tre certezze» non sono, tuttavia, equiparabili agli elementi essenziali del contratto. Invero, l'unico elemento necessario perché possa configurarsi un *trust* è la presenza del *trustee*. In difetto il *trust* non può considerarsi validamente istituito. V. M. Lupoi, *Trusts*², cit., 164 e 286 ss. Cfr. cap. I, § 4.2.

[148] M. Lupoi, *Azione revocatoria e* trust *familiare*, cit., 447.

[149] Sul punto v. G. Fanticini, *L'articolo 2645*-ter *del codice civile: "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"*, in Montefameglio, Marullo, Fanticini, Monegat, Tonelli, Manes, *La protezione dei patrimoni*, Santarcangelo di Romagna, 2009, 407 ss.: «Ritiene lo scrivente che l'articolo 2645-*ter* – nella parte in cui stabilisce che "I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione" – non abbia introdotto una semplice norma sulla trascrizione (accompagnata dalla "normale" sanzione di inefficacia di cui si è detto), ma abbia coniato una disposizione di diritto "sostanziale" (applicabile a tutti i negozi destinatori che sono annoverabili nella prima parte e resi conoscibili mediante la trascrizione) e – più precisamente – una norma imperativa alla cui violazione consegue la più pregnante sanzione di nullità *ex* art. 1418 cod. civ. Alla luce di quanto sopra esposto, le conseguenze che deriverebbero da una comminatoria di nullità (anziché di inefficacia) degli atti compiuti in violazione del vincolo di destinazione sarebbero molto più favorevoli al beneficiario, consentendo al conferente (o disponente, o fiduciante), al beneficiario stesso, al guardiano del trust e, più in generale, a chiunque abbia interesse alla salvaguardia del vincolo di destinazione impresso sui beni, di porre nel nulla tutti i negozi che distolgano le *res* o i loro frutti dallo scopo prestabilito, mediante l'esercizio di un'azione imprescrittibile (art. 1422 cod. civ.) tesa ad ottenere una pronuncia avente effetti *erga omnes*. Elementi testuali e logici fanno propendere per la tesi qui suggerita. *In primis*, la legittimazione ad agire attribuita dall'articolo 2645-*ter* a "qualsiasi interessato" ha notevole assonanza col disposto dell'art. 1421 cod. civ. (secondo

cui "la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse"), mentre l'inefficacia può essere fatta valere soltanto dai soggetti nel cui interesse gli oneri pubblicitari sono prescritti. In secondo luogo, la disposizione usa il termine "impiegati": l' "impiego" non concerne esclusivamente gli atti dispositivi assoggettati a trascrizione, ma qualunque forma di utilizzo dei beni conferiti, che risulta vietata se non conforme alla finalità. Inoltre, la giurisprudenza di legittimità ha già statuito la nullità degli atti con cui i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza costituiti dall'imprenditore erano stati distratti dalla finalità prefissata *ex lege* (e, cioè, dal vincolo di destinazione impresso sui fondi stessi dall'art. 2117 cod. civ.). Riguardo al vincolo di destinazione impresso col fondo patrimoniale, la giurisprudenza di merito ha ritenuto che "l'atto di alienazione dei beni del fondo patrimoniale realizzato in violazione dell'art. 169 c.c. è nullo perché illecito". L'analogia tra i casi considerati dalle suddette pronunce e la violazione dell'articolo 2645-*ter* appare evidente.».

[150] R. Franceschelli, *Il* trust *nel diritto inglese*, cit., 138.

[151] Aderiscono alle teoria C. Grassetti, Trusts *anglosassone*, *proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in Riv. dir. comm., 1936, I, 550; M.C. Malaguti, *Il futuro del* trust *in Italia*, cit., 985; A. Busato, *La figura del* trust *negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in Riv. dir. civ., 1992, II, 309 s., 316, 341 s.; C. Amato, *Commento all'art. 11*, Aa. Vv., *Convenzione relativa alla legge sui* trusts *ed al loro riconoscimento*, a cura di A. Gambaro, A. Giardina, G. Ponzanelli, in Nuove leggi civ. comm., 1993, 1270 s. In giurisprudenza v. Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in Foro it., 1956, I, c. 1020-1021.

[152] Ai sensi dell'art. 832 c.c. il diritto di proprietà consiste nel «diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico». La norma sancirebbe, secondo i fautori di questa corrente, l'incompatibilità tra le due distinte e coesistenti situazioni dominicali tipiche della *trust property* e il principio di tipicità dei diritti reali.

[153] Sul *trust fund* insisterebbero due domini: quello legale, di cui è titolare il *trustee*, tutelato dalla *common law* e quello equitativo, che spetta al beneficiario ed è tutelato in *equità*. Sottolinea il fenomeno, realizzato dal *trust*, della scissione della proprietà in due titolarità G.Ch. Cheshire, *Il concetto del* «trust» *secondo la* common law *inglese*, cit., 13. A tal riguardo, l'autore ricorda che con l'istituto del *trust* «ebbe origine quel concetto dualistico di proprietà che è fondamentale nel diritto inglese ed è ad esso peculiare» Di tale opinione anche F. Caringella, *Studi di diritto civile*, Milano, 2003, 2542: «il negozio di *trust* comporta uno sdoppiamento tra la proprietà sostanziale (*equitable estate*) che spetta al beneficiario del *trust,* e proprietà formale (*legal estate*), che spetta, invece, al *trustee*, il quale pur essendo formalmente proprietario dei beni conferiti in *trust*, non potrà disporre e godere in maniera piena ed esclusiva degli stessi, costituendo essi un patrimonio separato a vantaggio del beneficiario».

[154] Il *trust* «implica una proprietà che al sistema è ignota, scissa com'è tra una titolarità vuota (quella del *trustee*) e una pienezza senza investitura formale (quella del beneficiario)», C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, cit., 1335.

[155] F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagatelle)*, cit., 1224.

[156] A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del* trustee *ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, cit.

[157] M. Lupoi, *I* trust *nel diritto civile*, 2, *I diritti reali*, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 12.

[158] M. Lupoi, *Il* trust *nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, cit., 973.

[159] M. Lupoi, op. ult. cit., 975.

[160] In questo senso v. P. Piccoli, *Possibilità operative del* trust *nell'ordinamento italiano. L'operatività del* trustee *dopo la Convenzione de L'Aja*, in Riv. not., 1995, 63, che pone in evidenza come «la struttura in cui si sostanzia il *trust* porta a ritenere che non si sia in presenza di uno sdoppiamento del diritto di proprietà, né della coesistenza di due diritti reali, ma, piuttosto, in un limite all'utilizzabilità ed alla disponibilità che si pone al *trustee*, titolare della proprietà dei beni», nonché C. Licini, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di «fiducia anglosassone»* (trust), in Riv. Not., 1996, 125. Infine, A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del* trust, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2002, 338, nt. 1, che non ritiene vera «la tralaticia contrapposizione, vista fin'ora nel *trust*, tra due diverse forme di proprietà: una legale, in capo al *trustee*, e una equitativa, in capo al beneficiario. La sentenza della Corte di giustizia della Comunità europea, 17 maggio 1994, n. C-294/92 (Webb c. Webb), si è intanto pronunziata per la natura personale dell'azione proposta dal beneficiario contro il *trustee*. L'unico proprietario dei beni in *trust* è dunque il *trustee*, il quale però è obbligato in ordine al modo di esercizio del suo diritto e al trasferimento finale dello

stesso, secondo il programma dettato nell'atto di affidamento […] Il diritto del beneficiario del *trust*, pur essendo opponibile ai terzi, è di natura obbligatoria».

[161] Lo rileva M. Lupoi, *I* trust *nel diritto civile*, cit., 19 s. «il concetto di "*equitable ownership*" è di una sconcertante semplicità se ci si colloca all'interno del sistema. Nella delimitazione fra la competenza del diritto comune e quella dell'*Equity* è pacifico che la determinazione dei diritti di proprietà spetti al diritto comune mentre spetti all'*Equity* decidere quali siano i comportamenti contrari alle norme di coscienza. L'*Equity,* secondo una proposizione risalente, agisce sempre e soltanto *in personam* ed è questa la ragione per la quale la sentenza che ordina il ritrasferimento né costituisce né accerta un diritto di proprietà del primo acquirente e la relativa azione giudiziaria appartiene alle categorie delle azioni personali, non a quella delle azioni reali. L'aggiunta di "*equitable*" al sostantivo "*ownership*" mostra allora che l'*Equity*, come afferma una antica e indubitata massima, opera per similitudine, non per equivalenza: di proprietà quindi ce n'è una sola».

[162] M. Lupoi, *Trusts*[1], cit., 426.

[163] «Il *trustee* acquista lo stesso diritto che acquisterebbe un donatario o un acquirente o un mandatario senza rappresentanza […] il diritto del *trustee* sui beni in *trust* (beni in senso generico comprensivo di diritti e obbligazioni) è lo stesso diritto che aveva il disponente e che il disponente gli ha trasferito», M. Lupoi, *I* trust *in diritto civile*, in Riv. not., 2003, 612. *Contra* F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagatelle)*, cit., 1253 s., che, sorpreso dall'affermazione secondo la quale «il *trustee* è un proprietario *optimo iure*, senza limitazioni o condizionamenti, titolare, dunque, di un diritto reale tipico», obietta «ma allora tutte le discussioni sulla proprietà fiduciaria, sulla scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale o tra intestazione e proprietà o tra fiducia germanistica e fiducia romanistica, sull'ammissibilità di una proprietà temporanea e quant'altro, sono discussioni inutili e superflue?».

[164] Trib. Velletri decreto 8 giugno 2005, cit., 794.

[165] R. Luzzato, *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e trascrizione*, in Riv. dir. civ., 1913, 764 s. V., inoltre, R. Nicolò, *Diritto Civile*, Enc. dir. XII, Milano, 1964, che definì il dogma del *numerus clausus* «poco più di un pregiudizio».

[166] Cfr. V. Giuffré, *L'emersione dei* iura in re aliena *ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992; L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, 236 ss.

[167] Per un approfondimento sul tema v. A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2007, 169 ss.

[168] Si allude agli istituti della rappresentanza indiretta, ai patrimoni societari dedicati a uno specifico affare (art. 2447-bis c.c.), al fondo patrimoniale (art. 167 c.c.) ovvero agli atti di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c.

[169] A. Gambaro, *I* trust *e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in I *trust* in Italia oggi, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, 57 ss.; Id., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2000, 155 ss.

[170] C. Castronovo, Trust *e diritto civile italiano*, cit., 1338.

[171] C. Castronovo, op. ult. cit., 1338.

[172] Di tale avviso A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del* trust, cit., 338 ss.; M. Lupoi, *Lettera ad un notaio conoscitore di* trust, cit., 1164.

[173] *Ex multis* F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su* trust *e trascrizione)*, cit., 11 ss.

[174] Recentemente la giurisprudenza ha individuato «una frattura al principio di tassatività» nell'«attuale ritenuta ammissibilità della trascrizione di istituti quali le obbligazioni *propter rem* (Cass. 22 luglio 1969 n. 2764) ovvero convenzioni che impongono limiti di natura amministrativa»: Trib. Bologna, 28 aprile 2000, in Not., 2001, 45.

[175] Ai sensi dell'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 beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta; 3) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti; 4) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto di uso

sopra beni immobili, il diritto di abitazione; 5) gli atti tra vivi di rinunzia ai diritti menzionati nei numeri precedenti; 6) i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente; 7) gli atti e le sentenze di affrancazione del fondo enfiteutico; 8) i contratti di locazione dei beni immobili che hanno durata superiore a nove anni; 9) gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni; 10) i contratti di società e di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell`associazione eccede i nove anni o è indeterminata; 11) gli atti di costituzione dei consorzi che hanno l`effetto indicato dal numero precedente; 12) i contratti di anticresi; 13) le transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti; 14) le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti.».

[176] A. Polimeno, *Verso la trascrizione del* trust*,* in Contr., 11, 2006, 1000 ss.

[177] F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su* trust *e trascrizione)*, cit., 17.

[178] Ai sensi dell'art. 12 l. 16 ottobre 1989, n. 364 «Il *trustee* che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa.».

[179] A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del* trustee *ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, cit., 260.

[180] A. Gambaro, op. ult. cit., 260 s.

[181] Tra le pronunce favorevoli alla trascrizione del *trust* v. Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2000, 372 ss.; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2002, 241 ss.; Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2003, 270 ss.; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2003, 409 ss.; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2004, 73 ss.; Trib. Trieste (decr.), 23 settembre 2005, in Guida al dir., 2005, n. 41, 57 ss., con nota di G. Fanticini-A. Tonelli, *Il giudice ha il compito di verificare che l'atto sia compatibile con il sistema.* Nel regime di pubblicità tavolare si segnalano Trib. Trento - sez. distaccata di Cavalese (decr.), 20 luglio 2004, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2004, 574 ss.; Trib. Trento - sez. distaccata di Cles (decr.), 7 aprile 2005, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2005, 406 ss.; Trib. Rovereto (decr.), 28 ottobre 2005, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2006, 419 ss.; Trib. Trento - sez. distaccata di Cles (decr.), 25 gennaio 2006, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2006, 419 ss.; Trib. Bolzano - sez. distaccata di Bressanone (decr.), 16 agosto 2006, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2007, 60 ss. Questi provvedimenti ordinano l'annotazione della costituzione in *trust* e dell'atto istitutivo di *trust* secondo la Legge Tavolare. La pubblicità tavolare si attua mediante un complesso sistema di scritture, organizzate in registri e raccolte di documenti che formano il Libro Fondiario. Il *discrimen* con i registri immobiliari previsti dal codice civile risiede nella differente base del regime di pubblicità. Il Libro Fondiario, infatti, è strutturato su base reale e non personale come i registri immobiliari.

[182] Trib. Bologna, 28 aprile 2000. La decisione ha ad oggetto la trascrizione con riserva, motivata in base al principio di tassatività degli atti assoggettabili a trascrizione e alla mancanza di effetti riconducibili alla trascrizione dell'atto, di un atto istitutivo di *trust*. Il Tribunale afferma che il concetto di «trasferimento della proprietà», di cui all'art. 2643 c.c., si presta ad una visione più aperta generata dallo sviluppo di nuovi istituti; pertanto, non ravvisa ostacoli ad assimilare gli effetti di un atto di *trust* ad almeno uno di quelli conseguenti ai «contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili», dei quali l'art. 2645 c.c. ammette la trascrizione.

[183] La norma prevede che il «riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in *trust* rimangano distinti dal patrimonio personale del *trustee*».

[184] Si tratta del decreto n. 273 del 30 dicembre 2005.

[185] Cfr. P. Schlesinger, *Atti istitutivi di vincoli di destinazione. Riflessioni introduttive,* relazione tenuta in occasione del convegno organizzato da Paradigma il 22 maggio 2006 a Milano, 1, il quale

afferma che «il livello tecnico della disposizione, valutata tra le peggiori degli ultimi tempi (in una graduatoria particolarmente abbondante di supposti primati), non richiede commenti, essendo evidente quanto si presenti numerosa la serie di dubbi ed incertezze delle possibili interpretazioni». Appare scettico sulla necessità della novella F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645* ter, cit., 165, dal momento che l'art. 2645-*ter* c.c. appare «a tal punto extravagante rispetto ai principi che disciplinano la materia, da suscitare più problemi di quanti, forse, ne risolva». Per un commento sulla nuova disposizione v. anche S. Bartoli, *Prime riflessioni sull'art. 2645* ter *c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e* trust*,* in Corr. merito, 2006, 697 ss.; G. De Nova, *Esegesi dell'art. 2645* ter *cod.civ.*, in Atti del Convegno su «Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.», svoltosi a Milano il 19 giugno 2006; M. Nuzzo, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, in Atti del Convegno su «Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.», cit.; P. Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo,* in Atti del Convegno su «Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c.», cit.; Id., *Destinazioni patrimoniali e impresa*, relazione al Convegno della Facoltà di Economia dell'Università Tor Vergata, Roma, 28-29 settembre 2006; A. Picciotto, *Brevi note sull'art. 2645* ter: *il* trust *e l'araba fenice*, in Contr. impr., 2006, 1322 ss.; E. Quadri, *L'art. 2645* ter *e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in Contr. impr., 2006, 1722 ss. A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 1 ss.

[186] Sul punto v. G. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645*-ter *c.c.) e* trust: *analogie e differenze*, cit., 2 rileva che la riforma, portato di «sciatteria e ignoranza dei principi fondamentali, sembra dischiudere le porte a una "terza fase" dei rapporti tra normativa di fattispecie e normativa pubblicitaria. Dopo una prima "età dell'oro" […] nella quale il codice disciplinava, da un lato, gli istituti concernenti le diverse materie nei vari libri di rispettiva competenza e forniva poi le regole pubblicitarie nel titolo primo del libro sesto, venne un' "età del ferro", nella quale alla creazione di nuovi istituti sostanziali non corrispondeva una […] disciplina pubblicitaria: le note e tormentate vicende della pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia […] sono quanto mai emblematiche al riguardo. Infine, ecco sopraggiungere una "terza età" […] nella quale il legislatore fornisce direttamente la disciplina pubblicitaria di istituti che si è dimenticato di disciplinare».

[187] «Il nuovo art. 2645-*ter* c.c. non incide sulla questione dell'ammissibilità del *trust* interno […] tale disposizione sembra, invece risolvere definitivamente il problema della trascrivibilità del *trust*, contenendo una norma che – oltre a legittimare espressamente la trascrizione di atti di destinazione – prevede testualmente ed in linea generale il "fine di rendere opponibile a terzi il vincolo di destinazione", e dispone specificamente la preclusione dell'esecuzione forzata sui beni oggetto di vincolo, salvo che per i debiti contratti per lo scopo di destinazione»: G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Riv. dir. civ., 2006, II, 162.

[188] La disposizione richiamata prevede la possibilità di creare figure atipiche in materia contrattuale.

[189] Anzi, come nota F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645* ter, cit., 165, la previsione del vincolo di destinazione comporta «un tale ampliamento delle ipotesi collegate alla limitazione della responsabilità, da rischiare la completa vanificazione della riserva di legge posta a tutela dei creditori dall'art. 2740² c.c.».

[190] S. Mazzamuto, *Il* trust *nella Convenzione dell'Aja e nei principali ordinamenti europei di* civil law, cit., 19.

[191] Al riguardo occorre ricordare che il *Draft Common Frame of Reference* dedica un intero libro, il X, alla disciplina della titolarità fiduciaria.

[192] Il testo del disegno di legge è disponibile al *link* http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlmess&leg=16&id=522082.

[193] In questi casi, perciò, il contratto di fiducia diviene un contratto reale per cui il versamento dell'intera somma condiziona la genesi del contratto stesso e la possibilità che questo produca i suoi effetti.

[194] V. art. 12, comma 6, lettera *d)* del disegno di legge comunitaria 2010, cit.

[195] Cass. 21 gennaio 2010, n. 1520. La Corte, pronunciandosi per la prima volta sull'argomento ha

stabilito che l'art. 1938 cod. civ., come modificato dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154, nel prevedere la necessità dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, nell'ambito della disciplina della fideiussione, pone un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, valevole anche per le garanzie personali atipiche.
[196] Ai sensi dell'art. 2744 c.c. «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».
[197] La previsione sembra evocare quanto disposto, nell'ordinamento sammarinese, dall'art. 11 della l. 1° marzo 2010, n. 43 (v. *infra* cap. IV, § 3).
[198] Nel contratto di fiducia a scopo assistenziale emerge, dunque, una tipica figura della *common law*: il *guardian*.
[199] L'art. 627 c.c. sancisce l'inammissibilità dell'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. Ciononostante qualora la persona dichiarata nel testamento abbia spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal *de cuius*, non potrà agire in ripetizione, salvo si tratti di un incapace. La norma non trova applicazione nel caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore di soggetti incapaci a ricevere.
[200] Cfr. art. 12, comma 6, lettera *n)* del disegno di legge comunitaria 2010, cit.
[201] In questo caso si dovrà prevedere espressamente la possibilità a favore del curatore fallimentare di concludere il contratto di fiducia al fine di agevolare il riparto dell'attivo tra i creditori.
[202] Ai sensi dell'art. 73 TUIR sono soggetti all'imposta sul reddito delle società:
a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato;
b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società nonché i *trust*, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
d) le società e gli enti di ogni tipo compresi i *trust*, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato. L'articolo precisa poi che nei casi in cui i beneficiari del *trust* siano individuati, i redditi conseguiti dal *trust* sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del *trust* o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali. Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i *trust* e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-*bis*, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del *trust* siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i *trust* istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-*bis*, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del *trust* un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.
[203] Istituto introdotto recentemente nell'ordinamento sanmarinese con la l. 1° marzo 2010, n. 43. L'art. 1 definisce l'affidamento fiduciario «il contratto con il quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari,

parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni».
[204] *Loi* n. 211 del 19 febbraio 2007, in *Trust* e attività fiduciarie, 2007, 469 s. Per un commento del testo normativo cfr. V. Ugolini, *Il* trust *e la nuova legge francese sulla* fiducie*,* in Contr. impr./Eur., 2008, 309 ss.; A. Neri, *Un'altra tappa nel percorso della* fiducie *francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trust* e attività fiduciarie, 2008, 595 ss.; Y. Emerich, Les fondaments conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contracts et droits des biens, in *Rev. intern. dr. comp.,* 2009, 49 ss.
[205] Evidenzia tali timori A. Gambaro, *Il* trust *in Italia e Francia*, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio, Scritti in onore di Rodolfo Sacco, a cura di P. Cendon, Milano, 1994, 497.
[206] Accanto agli obblighi di dichiarazione dell'esistenza del contratto, la legge n. 211/2007 ha apportato una serie di modifiche al *code monetaire et financiaire* al fine di completare la disciplina vigente sulla lotta contro il riciclaggio di danaro. In questo senso v. artt. 562-1 e 562-2 *code monetaire et financière*; Bougartev-Gaudin, La fiducie à l'epreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux, in *Rev. dr. bancaire financier*, 2007, 36 ss.
[207] L'espressione è di G. Blanluet- J.P. Le Gall, *La Semaine Juridique,* 7.9.2007.
[208] Alcune mosse dallo stesso senatore Marini in sede di commento alla legge che porta il suo nome: P. Marini, Enfin la fiducie à la française, in *Recueil Dalloz*, 2007, 1347.
[209] Art. 18, l. n. 2008-776 del 4 agosto 2008.
[210] Ord. n. 2009-112 del 30 gennaio 2009.
[211] Rimangono, pertanto, esclusi dal novero delle fonti gli atti unilaterali. Il *trust* anglosassone, invece, sorge tramite una dichiarazione unilaterale del disponente.
[212] Sotto questo profilo la *fiducie* si differenzia dal *trust* che, al contrario, ammette la possibilità che le qualifiche di *settlor* e *trustee* siano rivestite dalla stessa persona.
[213] Cfr. art. 2018 c.c.f.
[214] Per la nullità sancita dall'art. 2013 c.c.f. è prevista, dall'art. 792-*bis* del codice generale delle imposte, anche una sanzione fiscale dissuasiva. La sanzione comporta l'applicazione della tassa di trasferimento a titolo gratuito sul valore dei beni o dei diritti trasferiti, calcolata in base al tariffario relativo ai trasferimenti tra persone non imparentate tra loro (al tasso del 60%) con una maggiorazione dell'80% delle tasse eluse, innalzando al 108% il livello di tassazione globale.
[215] Art. 893 c.c.f.
[216] Del resto la riforma del diritto delle successioni e delle liberalità (l. n. 2006-728 del 23 giugno 2006) ha introdotto nell'ordinamento francese i seguenti istituti: mandato a effetto postumo (art. 812 c.c.f.); liberalità graduale (art. 1048 c.c.f.); liberalità residuali (art. 1049 c.c.f.). A tal riguardo giova ricordare anche l'istituto del *mecenat* che consente alle persone giuridiche di destinare beni e risorse a opere di interesse generale. Dinanzi a tale panorama normativo non è sembrato indispensabile disciplinare operazioni fiduciarie con fini di liberalità, di mecenatismo ovvero di pubblica utilità. In argomento v. S. Prigent, Premiers pas en fiducie dans le code civil, in *AJDI*, 2007, 280 s.
[217] La previsione costituisce un'eccezione al divieto di patto commissorio. La novella si aggiunge alla numerosa serie di regole, di recente introduzione, che disciplinando una varietà eterogenea di trasferimenti a scopo di garanzia sembrano apportare altrettante deroghe alla regola proibitiva. Basti pensare alla *cession bail*; alle cessioni in garanzia introdotte dalla *loi Dailly* (2.1.1981); alla *pension* o al *gage de compte d'instruments financiers*. In Francia il referente legislativo del divieto di patto commissorio si compone di due articoli del c.c.f. (artt. 2078, per il pegno, e 2088, in materia di anticresi), dell'art. 93 del *code de commerce* sul *gage commercial* e dell'art. 742 del *code de procédure civile (ancien)*, che sancisce la nullità di ogni clausola pattizia finalizzata a derogare alle formalità prescritte per le procedure esecutive immobiliari. Come già evidenziato, al di fuori del perimetro tracciato da questo quadrilatero legislativo sono copiosi, nell'ordinamento transalpino, gli esempi di norme che consentono ciò che il divieto mira a scongiurare. Al fine di soddisfare esigenze di flessibilità e semplicità nell'ambito della tutela del credito il legislatore francese non ha esitato a disciplinare figure plasmate su trasferimenti di proprietà o cessioni di crediti a scopo di garanzia. Per un'approfondita disamina sul tema v. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, 97 ss. e 283 ss.

[218] L'effetto segregativo è il principale punto di contatto tra l'istituto francese e il *trust*.
[219] Si allude a coloro che possono vantare un credito collegato alla conservazione ovvero alla gestione del patrimonio fiduciario (art. 2025 c.c.f.).
[220] A tal proposito l'art. 2024 c.c.f. stabilisce che l'apertura di una procedura concorsuale di *sauvegarde*, di una procedura fallimentare di *redressement judiciaire* o di una liquidazione giudiziaria a vantaggio del fiduciario, non coinvolga i beni e i diritti oggetto della fiducia.
[221] La norma è stata introdotta in funzione antielusiva dell'amministrazione finanziaria che, nell'ipotesi di insufficienza del patrimonio fiduciario al momento delle richieste del fisco, temeva di non potersi rivalere su alcun soggetto.
[222] V. art. 1167 c.c.f.
[223] A seguito della novella del 2008 è stata, quindi, finalmente accolta l'originaria proposta del senatore Marini.
[224] Per evitare conflitti di interesse si stabilisce, inoltre, che il fiduciario non può rivestire, contemporaneamente, i ruoli di fiduciario e di tutore o curatore.
[225] V. art. 408-1 c.c.f.
[226] Cfr. art. 2033 c.c.f.
[227] Al riguardo va precisato che nel 2008 per favorire, in determinate circostanze, il mantenimento del diritto di godimento del patrimonio fiduciario da parte del costituente è stata introdotta una deroga alla disposizione che prevede il trasferimento della proprietà assoluta al fiduciario. La novella stabilisce che nel caso in cui il disponente conserva l'uso o il godimento di un esercizio commerciale o di un immobile a uso professionale trasferiti nel patrimonio fiduciario la disciplina del *franchising* e delle locazioni commerciali non troverà applicazione.
[228] Rientrano in tale categoria gli istituti di credito, le società di investimento e le società assicurative.
[229] Come già prevedeva il progetto di legge del senatore Marini.
[230] Art. 2028 c.c.f.
[231] Cfr. artt. 2029, comma 2, e 2030 c.c.f.
[232] Art. 2017 c.c.f.
[233] La figura evoca il *guardian* della *law of trust*.
[234] In tutti i casi contemplati dall'art. 2018 c.c.f. la nullità comminata è assoluta dal momento che la sua previsione mira alla salvaguardia dell'ordine pubblico.
[235] In aggiunta a tali elementi in caso di *fiducie sûreté*, il contratto, ai sensi dell'art. 2488, secondo comma, c.c.f., deve menzionare a pena di nullità anche il debito garantito e il valore stimato dell'immobile trasferito nel patrimonio fiduciario.
[236] In questo caso la legge n. 2008-776 prescrive, a pena di nullità, il ricorso all'atto notarile.
[237] Cfr. art. 2019 c.c.f.
[238] In caso di fiduciario non domiciliato in Francia, la *fiducie* deve essere registrata presso l'ufficio dei non residenti.
[239] In caso di mancata osservanza la sanzione comminata è la nullità del contratto.
[240] V. art. 2026 c.c.f. Il fiduciario può, inoltre, incorrere anche in responsabilità penale in caso debba rispondere di sottrazione di elementi dall'attivo.
[241] Tale possibilità è stata introdotta dalla l. n. 2008-776. L'originaria previsione dell'art. 2027 c.c.f., infatti, regolava soltanto la sostituzione disposta giudizialmente su richiesta del costituente, del beneficiario o del terzo controllore.
[242] Cfr. art 2028, comma 1, c.c.f.
[243] L'ordinanza 2009-112, tuttavia, ha escluso l'evento dal novero di quelli estintivi della *fiducie sûreté.*
[244] Per questo motivo nelle ipotesi di *fiducie sûreté* la volontà di dar vita al particolare tipo a «garanzia ricaricabile» dev'essere espressa altrimenti si rischia che, esaurita la garanzia per i debiti dedotti in contratto, la *fiducie* si risolva di diritto.
[245] Se il fiduciario è una persona fisica (avvocato), la *fiducie* termina in caso di interdizione temporanea, di radiazione o di cancellazione dall'albo.

[246] L'esito delineato si verifica sia in caso di rinuncia o scomparsa del beneficiario sia in caso di estinzione accidentale del contratto prima della designazione del beneficiario.
[247] L. 17 marzo 2005, n. 37. Sull'istituto del *trust* sammarinese v. F. Treggiani-M. Mularoni-M. Verni, *Il* trust *nella nuova legislazione di San Marino*, Santarcangelo di Romagna, 2005.
[248] Per un'approfondita analisi sul diritto privato sammarinese cfr. L. Lonferini, *Elementi di diritto civile sammarinese*, San Marino, 2000.

[249] Lo Statuto, pubblicato l'8 ottobre 1600, sancisce i principi istituzionali e organizzativi della Repubblica di San Marino. In particolare, le *Leges Statutae* sono il settimo e ultimo degli statuti comunali adottati a San Marino a partire dal XII secolo. Le *Leges Statutae* si compongono di sei libri.

[250] Per diritto comune si intende quell'insieme di regole vigenti negli Stati europei prima delle codificazioni ottocentesche, portato della sintesi del diritto romano con quello canonico e con la consuetudine. In proposito G. Ramoino, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, in Aa. Vv., *Le fonti del diritto privato sammarinese*, San Marino, 2000, 20 s. osserva che «tutti gli scrittori di diritto comune forniscono utili insegnamenti, tuttavia sono da preferirsi quelli dei sec. XVI, XVII e XVIII: dell' epoca, cioè, in cui il diritto comune si trovava nel suo maggior splendore. Inoltre il diritto comune è più da cercare negli scrittori pratici che nei culti o teorici. In via particolare, poi, possono consultarsi le seguenti opere che vengono, normalmente, citate avanti i Tribunali di questa Repubblica: A - Tra i numerosi compendi, sunti, breviari o repertori: 1) la *Summa Diversorum Tractatuum* pubblicata sulla fine del seicento da Marco Antonio Sabelli, uditore della Rota Toscana. È un ottimo libro di rinvio e di bibliografia che fa conoscere i migliori trattati di diritto comune in ciascuna parte di questo. Le materie sono disposte per ordine alfabetico come in un vocabolario; 2) la *Prompta Bibliotheca* del cardinale Lucio Ferraris pubblicata nel settecento: utile specialmente nelle parti dominate dal diritto canonico. Essa pure tratta le singole materie per ordine alfabetico. B - Tra le opere di indole generale: 1) il *Theatrum Veritatis et Justitiae* del cardinale G. B. De Luca (1607-1687) di Venosa. È una delle migliori opere del sec. XVII anche perché contempera giustamente il metodo pratico col teorico. Comprende in diciotto volumi tutto lo *ius* civile, feudale, canonico, commerciale e giudiziario. Ogni libro ha una rubrica e consta di un certo numero, più o meno grande, di trattatelli (*decisivi discursus*) che rientrano nella materia del libro. Dello stesso autore si hanno due altre buone opere di indole istituzionale: il "*Dottor Volgare*" in lingua volgare (è tra gli autori di Crusca) e le "*Istituta*" accresciute e perfezionate dal dott. Simbeni (in Pesaro 1743); 2) la *Universa Civili et Criminali Jurisprudentia* del piemontese Tommaso Maurizio Richeri pubblicata nel sec. XVIII. È divisa in quattro libri suddivisi in titoli, capitoli, sezioni, paragrafi con ampi sommari. Tratta tutta la materia civile, commerciale, penale e processuale. Non v'è controversia, per quanto piccola, che non vi sia risolta. È, per San Marino, opera utilissima: 3) il *Commentarium ad Pandectas* dell'olandese Giovanni Voet (1647-1713). È opera meritatamente celebre, elegante e minuta, che ha esercitato molta efficacia sui codici moderni specialmente sull'austriaco; 4) quelle dello anconetano Benvenuto Strucca (1509-1578); dei genovesi Scaccia (1618), De Turris (1641) e Caseregis (1670-1737); del fiorentino Ansaldo (1651-1719) per quanto si riferisce, al diritto mercantile o commerciale, il quale deve considerarsi parte del diritto comune generale in cui si inquadra». Il diritto comune assume, peraltro, una notevole importanza nell'attività ermeneutica. Nell'ordinamento sammarinese, infatti, tutto ciò che non è espressamente contemplato dalle eccezioni legislative rientra nella regola prevista dal diritto comune; le parole della legge devono essere sempre interpretate nel senso maggiormente coerente con la disciplina del diritto comune; qualsiasi dubbio interpretativo va risolto, per quanto possibile, mediante le regole del diritto comune.
[251] Medesimo rango hanno assunto le recenti leggi della piccola Repubblica in materia di *trust* (l. 1° marzo 2010, n. 42) e di affidamento fiduciario (l. 1° marzo 2010, n. 43).
[252] L. 1° marzo 2010, n. 42. Il testo è reperibile al *link* http://www.bcsm.sm/images/pdf/Normativa/042_2010_l_trust.pdf .
[253] L. 1° marzo 2010, n. 43. Il testo è reperibile al *link* http://www.bcsm.sm/images/pdf/Normativa/043_2010.pdf .
[254] V. art. 2 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.

[255] Art. 3 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[256] Art. 6 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[257] *Ex* art. 6, secondo comma, l. 1° marzo 2010, n. 42, cit., dall'atto istitutivo deve risultare: la volontà del disponente di istituire il *trust*; l'individuazione del *trustee*; l'individuazione dell'agente residente qualora il *trustee* sia un *trustee* non residente; l'individuazione dei beni in *trust* o i criteri che conducono alla medesima; l'obbligazione del *trustee* di comunicare all'agente residente ogni fatto o atto che debba risultare dal Libro degli eventi, di cui all'articolo 28; nei *trust* di scopo: l'individuazione di uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume e l'individuazione del guardiano che abbia l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo o i criteri che conducono alla medesima; nei *trust* per beneficiari: l'individuazione dei beneficiari, o i criteri che conducono alla medesima, o l'individuazione del soggetto che ha il potere di individuare i beneficiari e le regole che assicurino la presenza di un guardiano, legittimato ad agire contro il *trustee* in caso di inadempimento quando per qualsiasi ragione non esistano beneficiari e negli altri casi previsti dalla legge; il criterio di distribuzione del fondo al termine del *trust* per cause diverse dalla revoca del *trust*. Il difetto di uno di questi requisiti o la sua indeterminatezza comporta l'invalidità del *trust* (art. 10 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.).

[258] Art. 9 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[259] Art. 9 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[260] Si noti che all'adozione del sostantivo patrimonio si è preferita la trasposizione letterale dell'anglosassone *trust fund*.
[261] Art. 11 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[262] Art. 12 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[263] La norma prevede la cessazione del *trust* qualora, non essendovi stati beneficiari in vita al momento dell'istituzione del *trust*, almeno uno di essi non venga in essere entro i successivi trenta anni.
[264] Art. 15 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[265] Ai sensi dell'art. 18 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit. «L'ufficio di *trustee* può essere ricoperto da una o più persone, fisiche o giuridiche, nessuna delle quali sia *trustee* di più di un *trust* sottoposto alla Legge ovvero da una o più persone, fisiche o giuridiche, indicati quali soggetti designati nell'ambito delle normative antiriciclaggio emanate dalla Repubblica di San Marino o da altri Stati in attuazione delle direttive dell'Unione Europea o a queste ultime sostanzialmente equivalenti». Al riguardo è necessario precisare che nella Repubblica di San Marino l'esercizio professionale dell'attività di *trustee* è regolato dal decreto delegato n. 49 del 16 marzo 2010.
[266] V. art. 17 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[267] Cfr. artt. 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit. Sul punto v. A. Vicari, *Le* regulae *relative agli obblighi e alle responsabilità del* trustee*, e il* principium *dell'affidamento del diritto dei* trust *della Repubblica di San Marino: spunti per una nuova teoria della costruzione dei modelli di* trust, in *Il* trustee *nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009, 783.
[268] V. artt. 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[269] Art. 39 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[270] V. artt. 42, 43, 44, 45, 46 e 47 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[271] Gli artt. 48, 49, 50 e 51 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit. delineano la posizione dei beneficiari; l'art. 52, invece, tratteggia l'ufficio del guardiano. La previsione di tale figura evoca la *law of trusts* inglese.
[272] *Ex* art. 53 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit. «L'Autorità giudiziaria è titolare di un generale potere giurisdizionale di controllo e supervisione di qualsiasi *trust* regolato dalla Legge, che esercita emettendo i provvedimenti del caso». Sui poteri dell'autorità giudiziaria v. anche gli artt. 54 e 55 art. 53 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[273] In particolare si prevedono le sanzioni in caso di esercizio abusivo dell'ufficio di *trustee* (art. 57); di sottrazione e distrazione di beni in *trust* (art. 58); di conflitto d'interessi (art. 59); di violazione dell'obbligo di rendicontazione (art. 60); di falsità nelle scritture contabili relative al *trust* (art. 61).
[274] M. Lupoi, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trusts* e attività fiduciarie, 2010, 469.

[275] Art. 1 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[276] «"Affidamento fiduciario" e non "fiducia", "affidante" e "affidatario" e non "fiduciante" e "fiduciario" mostrano una terminologia strategica per non indurre alcuna commistione con il negozio fiduciario, sterilizzato dalla sua matrice pandettistica e banalizzato nella alternativa fra la c.d. fiducia romanistica e la c.d. fiducia germanistica», M. Lupoi, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, cit., 469.
[277] Art. 6 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[278] A. Busani, *San Marino lancia la sfida sui contratti "fiduciari"*, in Il Sole 24 ore, 2 marzo 2010, 35. V. art. 1 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[279] Art. 3 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[280] I beni oggetto del patrimonio affidato possono essere anche futuri come avviene nei *trust* di garanzia.
[281] V. art. 1, comma 2, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[282] Cfr. art. 11 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[283] V. art. 12 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.
[284] Così art. 3, comma 2, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[285] Al riguardo si noti che «il contratto può attribuire una denominazione al patrimonio affidato», art. 3, comma 4, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[286] A mente dell'art. 31 l. 1° marzo 2010, n. 42, cit., il *trustee* «esercita sui beni in trust tutti i poteri spettanti al titolare del diritto, salve le limitazioni risultanti nel Registro dei trust».
[287] Art. 1 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[288] La cessazione del *trustee* dal proprio ufficio, invece, consegue oltre che alle cause previste dall'atto istitutivo, alla revoca o alla rinuncia (entrambe secondo le modalità stabilite nell'atto istitutivo), alla sostituzione per opera dell'autorità giudiziaria, alla morte ovvero all'inidoneità (alla liquidazione se l'ufficio è ricoperto da una persona giuridica) del *trustee*.
[289] Cfr. art. 5, comma 2, lettera b) l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[290] V. art. 1 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[291] Art. 2, comma 1, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit. L'affidante è la controparte contrattuale dell'affidatario, il disponente, invece, a meno che non sia anche beneficiario, a seguito dell'istituzione del *trust* esce di scena. Per questo motivo la *law of trusts* non contiene disposizioni analoghe.
[292] Art. 4, comma 2, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit. La disposizione mira a prevenire eventuali abusi.
[293] La disposizione sembra riprodurre quanto previsto dal secondo comma dell'art. 631 c.c. Non si rifà, al contrario, al nostro codice civile la norma che ammette la possibilità di indicare quali beneficiari i discendenti di una determinata persona vivente al momento della conclusione del contratto, benché non ancora concepiti (art. 4, comma 4,. l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.). La possibilità, assegnata all'affidatario, di scegliere i beneficiari entro una classe richiama, inoltre, la disciplina dei *discretionary trusts*.
[294] Cfr. art. 4, comma 5, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit. La norma è mutuata dalla disciplina del *trust* (v. cap. I, § 4.2.). Come noto, il *trustee* può essere uno dei beneficiari ma non l'unico.
[295] Art. 6 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[296] Per completezza occorre sottolineare che ai sensi dell'art. 15 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit., «i diritti di un beneficiario contro l'affidatario si prescrivono con il decorso di dieci anni dalla data nella quale egli ebbe notizia del fatto sul quale si fonda la sua pretesa».
[297] V. art. 8 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[298] Art. 9 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[299] Qualunque sia la loro fonte: legale, contrattuale o extracontrattuale.
[300] In questo caso, dunque, si realizza un'autonomia patrimoniale perfetta tra il patrimonio personale dell'affidatario e quello affidatogli dal contratto.
[301] Si allude alle ipotesi contemplate dal primo comma dell'art. 10 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[302] Art. 10, comma 2, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[303] Siffatta eventualità è prevista dal terzo comma dell'art. 10 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.

[304] Cfr. art. 11 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[305] Art. 12 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[306] Art. 13, comma 1, l. 1° marzo 2010, n. 43, cit. Per esercitare l'azione è sufficiente che i presupposti ricorrano nei confronti dell'affidatario ovvero di uno tra i beneficiari. Il termine di prescrizione è di cinque anni.
[307] La disposizione per testamento può avvenire gravando un erede o un legatario ovvero commettendone la realizzazione all'esecutore testamentario.
[308] V. art. 16 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[309] Al riguardo si noti la differenza con la disciplina del *trust*: in quel caso il giudice, su istanza del *trustee*, può apportare le modificazioni all'atto istitutivo che si siano rese necessarie od opportune (art. 53, comma 4, l. 1° marzo 2010, n. 42, cit.)
[310] V. art. 18 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[311] A tal proposito giova, inoltre, ricordare che il legislatore sammarinese, a differenza del nostro, ha disciplinato il *trust* evitando al disponente l'obbligatorio rinvio a una legge straniera (v. art. 6 Convenzione de L'Aja).
[312] V. art. 12, comma 6, lettera *a)* del disegno di legge comunitaria 2010, cit.
[313] Cfr. art. 1 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit.
[314] V. art. 6, lettera *d)* del disegno di legge comunitaria 2010, cit.; art. 11 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit. Al contrario ai sensi dell'art. 2013 c.c.f. «il contratto di fiducia è nullo se deriva da un intento liberale a vantaggio del beneficiario».
[315] Cfr. art. 12, comma 6, lettera *m)* del disegno di legge comunitaria 2010, cit.; art. 14 l. 1° marzo 2010, n. 43, cit. Il testamento, invece, non è contemplato tra le fonti della *fiducie.*
[316] Si pensi, a titolo esemplificativo, alle fattispecie inerenti l'ambito successorio, la garanzia dei creditori ovvero la tutela giuridica e dei beni dei soggetti vulnerabili.