

nosciute dai destinatari. Allo stesso modo è del tutto inaccettabile l'esclusione del difensore da alcuni atti processuali. Nella procedura camerale di regola la parte può stare in giudizio personalmente, ma se liberamente sceglie di farsi assistere da un difensore, tale facoltà non può essere in alcun modo ostacolata o contrastata. Va dunque assicurata piena ed adeguata garanzia di difesa a tutte le parti coinvolte nel procedimento.

A scanso di equivoci, va fortemente sottolineato che non si deve privilegiare un modello di giudice freddo, distaccato, arroccato su posizioni di rigido formalismo. Egli deve essere vicino alle parti, aperto ai loro problemi, agendo possibilmente in modo rapido ed efficace. Il suo intervento — come prevede la legge — è assai più incisivo di quello di ogni altro giudice civile: non è in genere vincolato dalle richieste delle parti, e può decidere al di là e contro le loro domande, può svolgere accertamenti, assumere prove d'ufficio, ecc. Ma è da combattere decisamente l'ambiguità di fondo che talora emerge da alcuni atteggiamenti e prassi privilegiati dai giudici minori: il magistrato giudice e al contempo... difensore del minore. Un profondo equivoco si annida in tale — pur radicata — convinzione: al contrario il giudice non può rinunciare alla sua terzietà anche quando è chiamato — e sempre lo deve fare il giudice dei minori, non per una sorta di investitura quasi... metafisica, ma perché è la legge che lo prevede, in ogni atto e fase del procedimento — a proteggere e perseguire l'interesse del fanciullo (48).

MASSIMO DOGLIOTTI

(43) Al riguardo, per tutti, CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994.

(44) Sull'argomento, MORO, *Manuale*, cit., 183 ss.; DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, cit., 213.

(45) Cfr. sul punto, DOGLIOTTI, FIGONE, MAZZA GALANTI, *op. cit.*, 362 ss.

(46) Cfr., al riguardo, per tutte, Cass. S.U., 23-10-1986, n. 6220, *FI*, 1987, I, 3278.

(47) Per alcune indicazioni, in diversa prospettiva, *Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore* a cura di Dusi, Milano, 1990.

(48) Così DOGLIOTTI, *Il giudice della famiglia nel diritto italiano*, *DFF*, 409 ss.; Id., *Diritti del minore e ruolo del giudice*, *QG*, 1983, 819 ss.

## rust

**ibliografia:** nella letteratura italiana, sul diritto inglese dei trust in prospettiva comparatistica si vedano, oltre ai risalenti e pionieristici idii di R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; di GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio uciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548-53; gli studi moderni di: P. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Iano, 1968; LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto lese*, Milano, 1971; CORSO, *Trust e diritto italiano: un primo apccio*, *Q*, 1990, 496; GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà mandatario*, *Q*, 1990; MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a ifronto*, *Q*, 1990, 239 AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*,

Milano, 1991; BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di comon law e di diritto continentale*, *RDC*, 1992, II, 309; GRAZIADEI e RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, *Q*, 1992, 458; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995; ZOPPINI, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995; LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto Inglese. Convenzione dell'Aia. Diritto Italiano*, Milano, 1994; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu, Messineo e Mengoni*, Milano, 1995, 628 ss.; LUPOI, *Trusts*, Milano, 1996; Id., «Trusts: I) profili generali e diritto straniero; II) convenzione dell'Aja e diritto italiano», in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1995; Id. (cur.), *Trust Laws of the World. A Collection of Original Texts*, Roma, s.d., ma 1997; PANFORTI, *Intervento legislativo e reazione giurisprudenziale nella vicenda inglese del trust for sale*, *RDC*, 1996, I, 485; SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996; LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, *Rass. DC*, 1996, 483 ZOPPINI, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, *GI*, 1997, IV, 41; MTR. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1997; ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998.

In materia si veda inoltre la voce di GRAZIADEI, «Trusts nel diritto anglo-Americano», in *Digesto/com.*, XVI, Torino, 256 ss., voce con la quale la presente deve essere coordinata.

Sul trust in Italia e sulla Convenzione de L'Aia in tema di legge applicabile e riconoscimento degli effetti dei trusts, cfr., GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei «trusts» nei paesi di «civil law»*, *RDC*, 1984, I, 93; LAURINI, *Conferenza de L'Aia: l'«avant projet» di convenzione sul riconoscimento dei «trusts»*, *RN*, 1984, 588; CASSONI, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, *RN*, 1985, 240; PICCOLI, *La convenzione de L'Aia sulla legge applicabile ai trusts del 1 luglio 1985, ratificata il 16 ottobre 1989 ed i riflessi di interesse notarile*, *RN*, 1990, 91; MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, *Contratto e Impresa*, 1990, 985; GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI (cur.), *Commentario alla Convenzione relativa alla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, *NLCC*, 1993, 1211; PONZANELLI (cur.), *Gli enti non profit in Italia - Associazioni - Fondazioni - Volontariato - Trust - Fondi pensione*, Padova, 1994; IUDICA, *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, *NGC*, 1994, II, 77; PATON e GROSSO, *The Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition; implementation in Italy*, *RN*, 1995, 561; LENZI, *Operatività del trust in Italia*, *RN*, 1995, 1379; PICCOLI, *Troppi timori in tema di trascrivibilità del «trust» in Italia*, *Notariato*, 1995, 616; ALB. LUPOI, *Trust, sollecitazione del pubblico risparmio, prospetto, tutela del risparmiatore-beneficiario*, *Corriere giur.*, 1995, 752; PICCOLI, CORSO e DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, *RN*, 1995, 1389; CALD, *Dal probate al family trust - Riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Milano, 1996; PALAZZO, *I trusts in materia successoria*, *VN*, 1996, 671; TONDO, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, *RDP*, 1997, 174; BENEVENUTI (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1997; BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, *Jus*, 1997, 11; LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: «trust» e istituti civilistici*, *FI*, 1998, I, 3391.

Sulla circolazione del modello del trust cfr.: R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, *RS*, 1989, 1050; CASTAGNOLI, *La fiducie: il trust francese*, *Dir. comm. internaz.*, 1991, 299; MUNARI, *Trust e fiducie: un importante progetto di legge francese*, *GCo*, 1993, I, 129; FUMAGALLI, *La diffusione del trust negli ordinamenti di civil law*, *Società e dir.*, 1994, 406; GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, I, 495.

Nella letteratura inglese cfr.: CHESHIRE, *Il concetto di trust secondo la common law inglese*, trad. it. Torino, 1933; DIAMOND, *The Trust in English Law*, *RIPP*, 1981, 289; BAKER, *An introduction to English Legal History*<sup>3</sup>, London, 1990; KEETON, *The Law of Trusts. A Statement of the Rules of Law and Equity Applicable to Trusts of Real and Personal property*<sup>9</sup>, London, 1968; LAWSON e RUDDEN, *The Law of Property*, Oxford, 1982; RIDDAL, *The Law of Trusts*<sup>3</sup>, London,

1987; HAYTON e MARSHALL, *Cases and Commentary on the law of Trusts*<sup>9</sup>, London, 1991; UNDERHILL e HAYTON (eds), *Law relating to Trusts and Trustees*<sup>15</sup>, London, 1995; L. D. SMITH, *The Law of Trusting*, Oxford, 1997.

Nella letteratura americana cfr.: SCOTT, *The Law of Trusts*<sup>3</sup>, Boston 1967; BOGERT, *The Law of Trusts and Trustees. A Treatise Covering the Law relating to Trusts and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration with Forms*<sup>2</sup>, rev. St Paul, dal 1984.

Sul panorama della letteratura e delle fonti di informazioni relative al trust nel diritto anglo-Americano cfr. inoltre la guida bibliografica che correde la voce di GRAZIADEI, cit.

**Legislazione:** si fa riferimento al testo.

**Sommario:** 1. La vicenda degli approcci conoscitivi al trust. - 2. Trust e fiducia. - 3. La formazione storica della struttura del trust. - 4. La conformazione della posizione del beneficiary. - 5. Il trust e la contrapposizione tra diritti reali e diritti di credito. - 6. La struttura formale e l'atto di costituzione. - 7. Funzioni economiche e tipologie dei trusts. - 8. Il Trust come modello oggetto di circolazione. - 9. La Convenzione de L'Aia. - 10. Il trust in Italia.

### 1. La vicenda degli approcci conoscitivi al trust.

Il trust è senza dubbio l'istituto più caratteristico del diritto inglese, ed anche quello di maggior successo sul piano mondiale.

In quanto istituto del diritto inglese si deve ricordare che il trust è più precisamente una creazione dell'Equity. Le sue origini storiche si intrecciano dunque alla storia della giurisdizione di Equity, ed, in effetti, l'evoluzione della law of Trust accompagna la vicenda dell'Equity sino a quando questa rimase una giurisdizione separata da quella delle corti di common law.

La conoscenza dell'istituto del trust fuori dai paesi della famiglia di common law è legata allo sviluppo delle indagini comparatistiche. Prima che questo tipo di indagini giuridiche assumesse uno sviluppo adeguato, le peculiarità della law of trusts erano considerate alla lontana come una manifestazione delle stravaganze del diritto inglese (1), ma la loro conoscenza specifica rimaneva remota agli orizzonti conoscitivi dei giuristi continentali. Per ragioni simmetriche, ma con esiti opposti, lo sviluppo delle indagini comparatistiche nel nostro secolo ha condotto a dirigere una acuta attenzione al trust, proprio in quanto considerato come prodotto peculiare dell'esperienza giuridica inglese. Questa impressione di singolarità è stata amplificata in sede sistemologica in cui il trust è divenuto quasi il simbolo di quelle irriducibili singolarità tecniche che demarcano una famiglia giuridica dall'altra (2).

Alla radice di questo sentimento di singolarità si colloca probabilmente la presentazione in termini storicistici dell'istituto (3), poiché essa esalta i necessariamente tortuosi itinerari mediante i quali si è sviluppata la law of trusts. È però da avvertire subito che tutti gli ingredienti giuridici che hanno costituito le basi concettuali del trust erano presenti anche nelle tradizioni giuridiche romanistiche. Sicché quanto sarebbe utile indagare in ambito storico non è solo

l'evoluzione della law of trusts inglese, ma anche le ragioni degli «insuccessi» continentali ove una serie di figure: dal tedesco Treuhand all'olandese Bewind sono simili al trust senza tuttavia integrarne perfettamente la struttura e le funzioni; così come non ne integra la natura e le funzioni quanto è residuo dalla evoluzione della romanistica fiducia.

Ciò non toglie che ai fini della comprensione dello schema basilare del trust è probabilmente necessario riassumere la vicenda storica che ha condotto alla nascita ed allo sviluppo del trust in Inghilterra. Ma non è necessario assumere che codeste storie degli avvenimenti, oltre ad essere didatticamente efficaci, debbano anche alimentare la viva sensazione che i caratteri profondi delle tradizioni di civil law (4), cui appartiene a pieno titolo la nostra, frappongano ostacoli radicali (5) ad una ricezione del modello del trust.

Infatti, alla fine della storia non si può evitare di constatare come in varie forme ed in varie guise si assista oggi ad una sorta di corsa verso il trust ingaggiata da tutte le esperienze giuridiche contemporanee. Molti sistemi giuridici cosiddetti misti, ed anche molti sistemi di civil law, hanno in effetti inserito per via legislativa nel proprio ordinamento giuridico, il trust o istituti strettamente analoghi ad esso.

In questo quadro conviene ricordare da subito come l'Italia sia stato il primo sistema di civil law a sottoscrivere ed a ratificare la convenzione de L'Aia sul riconoscimento degli effetti dei trusts (6), mentre altre esperienze a noi vicine, come quella francese, hanno tentato di introdurre nel proprio diritto positivo una legge che la dotasse di un istituto modellato sull'esempio del trust (7).

(1) È spesso citata la frase che MAITLAND, *Equity, also the Forms of Action at Common Law*, Cambridge, 1913, 23, riferisce a Gierke: «I can't understand your trust said Gierke to me».

(2) Questo atteggiamento è particolarmente ben percepibile nei sistemologi francesi, cfr. RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, 31; FROMONT, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1987, 56; AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, Puf, 1988, 204.

(3) L'esempio è stato dato da MAITLAND, *op. cit.* (che si legge anche in trad. it. — parziale poiché l'opera fu scomposta nelle successive edizioni, — con il titolo: *L'equità*, Milano, 1979). Sono tuttavia da meditare le osservazioni di GRAZIADEI e RUDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, *op. cit.*, 458, 460, quando affermano che: «raramente la categoria storiografica della «continuità» risulta tanto fuorviante come nell'affrontare il tema: «i beni e le forme di appartenenza». In effetti lo studio di questo argomento con riguardo al diritto inglese contemporaneo non pone tanto il problema di chiarire il debito dell'odierna law of property verso il passato, quanto piuttosto quello di comprendere le novità, le discontinuità o le rotture rispetto al passato».

(4) Un effetto collaterale della storia degli avvenimenti è che focalizzando l'attenzione sulla catena di fatti storici avvenuti in un certo luogo, o in un certo paese, essa suggerisce prepotentemente l'idea che da essa non possono non derivare risultati

radicalmente diversi da quelli generati dalla catena dei fatti storici che contemporaneamente si è verificata in un altro luogo. Rispetto al diritto attuale ciò costituisce però un effetto illusorio a svelare il quale basterebbe riflettere che la catena degli avvenimenti che hanno avuto luogo a Londra è sì necessariamente diversa da quella che ha avuto luogo a Parigi, ma ciò è un truismo implicito nel modo di narrare i fatti, ed è perfettamente riproducibile in relazione a quelli che si sono verificati a Bordeaux, o ad Orleans piuttosto che a Parigi, ancorché da simili opposizioni non risulti un diritto diverso vigente nelle diverse località della Francia che pure hanno storie locali diversissime tra loro. Amplius cfr. CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, *Dal medioevo all'epoca contemporanea*<sup>4</sup>, Torino, 1989, 129 s.

(5) Cfr. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria, negozio fiduciario*, op. cit.; BOLGAR, *Why no Trust in the civil Law?*, in 2 Am J. comp. L. 204 (1953); MERRYMAN, *Policy, Autonomy and the Numerus Clausus in Italian and American property law*, in 12 Am. J. comp. L. 244 (1963).

(6) Cfr. GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI (cur.), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, NLCC, 1993, I, 1211 s.

(7) Cfr. GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in Onore di Sacco*, I, Milano, 1994, 495 s., in riferimento, per quanto attiene all'esperienza francese, all'Avant-Projet de Loi relatif à la Fiducie elaborato dal Ministère de la Justice di concerto con il Service de la législation fiscale du Ministère de l'économie et des finances, approvato dal Conseil des ministres il 19 février 1992. Per quanto concerne l'esperienza italiana, cfr. la proposta di legge «Riforma delle società fiduciarie e disciplina del trust (A.C. n. 5-1-94).

## 2. Trust e fiducia.

Essenzialmente l'istituto del trust riproduce lo schema della nostra fiducia, ma la disciplina del trust si distacca notevolmente dalla disciplina della fiducia, per le ragioni che saranno qui di seguito esposte. Nel diritto civile la nozione di fiducia, quando assume un significato tecnico giuridico, designa l'attribuzione ad un soggetto — il fiduciario — di un diritto o di un potere giuridico limitato dalla cura degli interessi di un altro — il fiduciante o beneficiario — (8).

La concretizzazione pratica di questa figura richiede molto spesso che il fiduciario sia investito di un diritto di proprietà (9). Sicché la teoria dei negozi fiduciari si interseca con altrettanta frequenza con la teoria della proprietà fiduciaria.

Non vi sono più dubbi (10) circa l'idoneità della causa fiducia ad integrare il requisito causale necessario per la validità del negozio in sé, ovvero a giustificare l'attribuzione della proprietà al fiduciario (11); nonché alla sua capacità distintiva rispetto alle figure della simulazione, dell'interposizione reale (12) e del mandato, ammesso che i discorsi attinenti ai problemi di demarcazione logica tra figure giuridiche astratte abbiano qualche fruttuosità (13). Tuttavia ciò è accaduto ragionando all'interno di uno schema, denominato «fiducia romanistica», in cui al fiduciario viene trasferita una proprietà piena, mentre il limite rappresentato dalla cura degli interessi altrui trova espressione solo in rapporti obbligatori interni

che intercorrono relativamente al fiduciario ed al fiduciante. Sempre per convenzione linguistica questa fiducia di tipo romanistico, che sostanzialmente mantiene intatta la situazione proprietaria, si contrappone alla fiducia di tipo cosiddetto germanistico ove il fiduciante riceve solo la legittimazione ad esercitare in nome proprio un diritto che continua ad appartenere al fiduciante. Benché corrosa dalle critiche dottrinali (14), questa schematizzazione continua a dominare il mondo della prassi e ciò ha impedito, ed in buona misura continua ad impedire, uno sviluppo operazionalmente significativo dei rapporti fiduciari nel nostro ambiente giuridico, i quali in effetti limitano il loro raggio di influenza all'area dei titoli di credito e di partecipazione (15). Non a caso tale area coincide con quella in cui impinge una serie di leggi speciali, non solo di natura fiscale, volte a correggere l'effetto di velamento che l'intestazione fiduciaria per sua natura consente, ogni volta che si ritenga prevalente l'interesse generale alla trasparenza delle situazioni di appartenenza dei titoli e, specialmente, del controllo societario. Viceversa la mancanza di una disciplina speciale correttiva fuori dall'area segnalata indica bene l'assenza del fenomeno da regolare.

Negli ultimi tempi è divenuto evidente come lo schema della fiducia non sia competitivo con lo schema del trust. In effetti i punti di divergenza sono essenzialmente due. Nello schema cosiddetto romanistico, il fiduciante diviene un creditore del fiduciario, con la conseguenza di essere esposto al concorso di tutti gli altri creditori del medesimo, il che rende incongruo il ricorso a tale schema ogni volta che l'esigenza sottostante sia quella gestoria. Nello schema cosiddetto germanistico, il fiduciante rimane l'effettivo proprietario dei beni, si pone come dominus della loro gestione e può ottenerne la restituzione in qualsiasi momento; il che rende incongruo il riconoscimento di qualsiasi vantaggio fiscale (16), calamita le norme cogenti che tendono a svelare il vero dominus e non sempre pongono al riparo dal concorso con gli altri creditori del fiduciario, essendo all'uopo sufficiente che costui, approfittando illecitamente della sua legittimazione a disporre attui una commistione tra beni del fiduciante ed i propri oppure tra beni del fiduciante e di altri (17). La generale trascuratezza che le costruzioni giuridiche di civil law mostrano verso gli esiti fattuali cui pongono capo, spiega in parte la ragione per cui si sia riusciti ad accumulare tanti svantaggi in capo ad un solo soggetto.

In ogni caso poiché il soggetto svantaggiato è anche colui che deve decidere se avviare o meno l'operazione è evidente che costui potendo agire in una economia aperta tenderà a preferire schemi giuridici meno sadici nei suoi confronti, ricercandoli anche all'estero. La maggior competitività dello schema del

trust rispetto ai paralleli schemi presenti nei sistemi romanistici produce in tal caso effetti ben visibili. Ciò però non ha suggerito da noi come anche in altri sistemi romanistici una revisione delle idee tradizionali, quanto di ricorrere a forme di importazione del trust per via legislativa.

(8) Così GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in AA. VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 2.

(9) Poiché, come si vedrà tra breve, l'essenza del fenomeno ruota attorno ad una dissociazione, può avvenire anche l'inverso, ovvero il titolare di una situazione di appartenenza riconosce di proseguire la propria titolarità in qualità di fiduciario di un altro soggetto nel cui interesse e dietro le cui istruzioni esercita i diritti, i poteri e le facoltà che a tale titolarità si collegano. Questa possibilità, che si denomina fiducia statica, non muta la struttura della fattispecie. Cfr. Cass., 12-6-1986, n. 3898, cit.; Cass., 7-8-1982, n. 4438; Cass., 21-11-1975, n. 3911, *GI*, 1977, I, 1, c. 984.

(10) A parte gli studi di inizio secolo che ebbero il merito di riproporre il tema dei negozi fiduciari nell'ottica della pandettistica — cfr. FR. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di Scialoja*, Milano, 1905, II, 745 ss.; ID., *Della simulazione dei negozi giuridici*<sup>5</sup>, Roma, 1922, 230 ss. (1<sup>a</sup> ed., Acireale, 1890); MESSINA, *I negozi fiduciari*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, 534 (lo scritto risale al 1910) — sono da richiamare gli scritti di GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 244 ss.; ID., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, ivi, 1936, 548; ID., *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, *RDC*, 1941, I, 97; ID., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, cit. Questi sono alla base della impostazione oggi prevalente. Cfr. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in questo Trattato, Milano, 1988, 423 ss. La bibliografia sul negozio fiduciario è assai ampia e può essere rinvenuta nelle voci di V. M. TRIMARCHI, «Negozio fiduciario», in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, 32 ss.; ed in quella, più recente, di CARNEVALI, «Negozio giuridico, III, Negozio fiduciario», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990. Notizie storiche in DIURNI, «Fiducia e negozio fiduciario (storia)», in *Digesto/civ.*, VIII, Torino, 1992, 288.

(11) Circa l'ovvia distinzione tra causa del negozio e causa dell'attribuzione cfr. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1965.

(12) Sul punto cfr. da ultimo NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, 40 ss. e 147 ss.

(13) Data la speciale vocazione della nostra dottrina per tutte le questioni relative a tassonomie, il problema della demarcazione tra interposizione reale, negozio fiduciario e mandato senza rappresentanza è stato tra i più discussi. Cfr. in sintesi: COMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, 109 ss.; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., 206 ss., 402 ss.; SCARDULLA, «Interposizione di persona», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 143 ss.; PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, cit., 34 ss.; GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, 76 ss., e 98 s. Bisognerebbe essere più coscienti del fatto, già chiaro alla mente dei pandettisti — cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., I, 202, nt. 1 —, che, quando si mettono insieme gli elementi concettuali idonei a designare questa o quella figura giuridica, il nome che ad essa si attribuisce è sinonimo di quel gruppo di elementi e non designa alcunché di reale. Sicché, a rigore, non si dovrebbe dire che il mandato si distingue dalla fiducia per questo o per quell'elemento, ma: io costruisco il catalogo degli elementi che designo con il termine mandato in modo tale da porre in rilievo questa o quella differenza con il negozio fiduciario. Per uscire dal nominalismo delle tassonomie è necessario storicizzare il discorso e fare riferimento non ad elementi logici, ma ad una tradizione di ricerca storicamente consolidata. Cfr. in questa

direzione MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA. VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, cit., 17 ss. Per un esame dei problemi metodologici generali in tema di distinzioni tassonomiche rinvio a GAMBARDI, *Property*, in CANDIAN, GAMBARDI, Pozzo, *op. cit.* Per altra via si può pervenire alla medesima conclusione osservando il modo assai fluido con cui la giurisprudenza ricorre alle categorie care alla dottrina, per ottenere effetti di giustizia e senza rimanerne prigioniera. Esempio, nel caso delle distinzioni che concernono i negozi fiduciari, è Cass., 29-5-1993, n. 6024, in *Giur. comm.*, 1994, II, 5, con ampia nota di GIULIANI, *Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale*. Gli è che senza riferimento ai problemi è illusorio pensare ad un sistema che regga alla verifica della casistica giurisprudenziale.

(14) Cfr. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela reale*, in *RTPC*, 1975, 883 ss.; ID., *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, *Cel*, 1993, 482, 494 ss. In una prospettiva più ampia lo stesso fenomeno è analizzato da GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito, valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979.

(15) Questa conclusione è stata disputata sino agli anni sessanta, cfr. per la tesi che nega l'applicabilità del principio consensualistico alla materia dei titoli di credito ASQUINI, *Titoli di credito*, 2<sup>a</sup> rist., Padova, 1966, 58 s., poi è nettamente prevalsa: cfr. BIGIARI, *Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1950, 1 s.; PARTESOTTI, *Il trasferimento della cambiale (profili della circolazione propria ed impropria)*, Padova, 1977; GAMBARDI, *Le transfert de la propriété par actes entre vifs dans le système italien*, in *Rapports nationaux italiens au X<sup>e</sup> Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1978, 206 s. Più recentemente le tesi anticonsensualistiche sono state riformulate da GALGANO, *Sulla circolazione dei titoli di credito*, *Cel*, 1987, 382 s. Una analisi critica delle diverse tendenze si legge in PARTESOTTI, *I titoli all'ordine*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, 106 s.; e in SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari: proposte per ripensare un problema*, in *Il Contratto - Silloge in onore di Oppo*, II, Padova, 1992, 465 s., ove anche una preziosa analisi delle tendenze della giurisprudenza.

(16) In effetti nelle situazioni in cui il costituente non perde il controllo dei beni affidati in trust, molti sistemi di common law, negano validità, almeno sotto il profilo fiscale, al trust, ed anche la validità civilistica di tale schema è incerta potendo tramutare in un rapporto di agency.

(17) Alle punte più estreme di simile modo di pensare ha cercato recentemente di porre riparo Cass., 14-10-1997, n. 10031, *FI*, 1998, I, 851, ove si accoglie la prospettazione suggerita, anni addietro, da P. G. JAEGER, *La separazione*, *op. cit.*

### 3. La formazione storica della struttura del trust.

Se si esamina la struttura generica del trust non vi si ritrovano difformità maiuscole rispetto a quella della fiducia. Nello schema del trust si contemplan normalmente tre soggetti: il settlor, il trustee, ed il beneficiary (arcaico: cestui que trust) i cui ruoli paiono del tutto speculari a quelli che si rinvencono nello schema della fiducia: ovvero il costituente del trust — il settlor — trasferisce un bene o in insieme di beni ad un trustee (il fiduciario), che ne acquista la proprietà fiduciae causa, con l'obbligo di amministrarli a beneficio del costituente medesimo, o di un terzo (beneficiario).

Le peculiarità del trust si rinvencono nel modo con cui sono tutelate le aspettative del fiduciante o del

beneficiario, ed essa si ricollega al fatto che i rimedi a tutela di costoro sono stati approntati dall'Equity con la scioltezza dalle categorie giuridiche dominanti, ma anche con la propensione all'efficacia che ben si addicono ad una giurisdizione di equità. Pertanto il rimedio essenziale è l'injunction, ossia un ordine di fare o non fare impartito dalle Corti che, se disubbidito, può comportare sanzioni non lievi che colpiscono la persona riottosa.

Inoltre è da tener presente che i rimedi approntati dall'Equity, sono stati pensati, in Inghilterra, in un'epoca in cui il trust, o meglio, l'originario *usus*, era utilizzato soprattutto per trasferire *fiduciae* causa un real estate (18) a beneficio di terzi soggetti, normalmente gli eredi del settlor. Poiché era debolissima allora la coscienza dei rapporti obbligatori *ex contractu*, la posizione dei beneficiaries fu pensata sul modello della real property, in quanto lo scopo della costruzione era quello di far godere loro i benefici, economici e sociali, di una proprietà immobiliare.

Originariamente, il common law in senso stretto era incapace di tutelare il beneficiario, perché non riconosceva alcun valore né alle obbligazioni fiduciarie, né alla causa *fiduciae*, mentre dava pieno valore al trasferimento della proprietà avvenuto tra il settlor ed il trustee. Furono i Cancellieri del Re che intervennero a titolo sussidiario per ragioni di moralità e di giustizia, a rimediare, nella sola sfera della giurisdizione di Equity, alle lacune del common law impedendo che i trustee potessero avvantaggiarsi del tradimento della fiducia in essi riposta, ed in definitiva obbligandoli, mediante rimedi inibitori, ossia mediante l'emanazione di injunctions (19), a tener fede alle loro promesse di agire come fiduciari.

In questo quadro la causa *fiduciae* è quindi da intendersi non nel senso di causa del negozio, ma nel senso di causa dell'attribuzione, e la causa fiduciaria dell'attribuzione giustifica non l'acquisto in capo al trustee, ma le limitazioni del suo potere di gestione e le responsabilità che gravano su di lui. Però nella sfera del common law ha rilievo l'atto di trasferimento al quale si riconosce piena efficacia attributiva e, per conseguenza, il trustee è considerato pieno titolare della situazione di appartenenza sui beni, potendo quindi agire con quella libertà e discrezionalità che la situazione giuridica a lui trasferita gli consente. Si attua quindi quella sfera del diritto in senso stretto quella possibilità di abuso che la dottrina pandettistica poneva a fondamento dello schema fiduciario. Tale possibilità è tenuta a freno dall'intervento sussidiario dell'Equity che essendo stata concepita come giurisdizione di coscienza è particolarmente attenta alla repressione delle frodi, della mala fede, e degli abusi.

La giustapposizione tra l'ordinamento di Equity e

quello del common law in senso stretto si coordina in base a due criteri. In base al primo l'Equity rispetta il common law, il che significa, nel caso del trust, rispettare la piena efficacia degli atti di gestione e di disposizione posti in atto dal trustee sino a quando questi non ledono oltre che l'interesse del beneficiario, anche i principii di moralità su cui si fonda l'Equity stessa. In base al secondo criterio, però, là ove interviene a reprimere gli abusi le frodi e la mala fede, l'Equity prevale sul common law, il che significa, nel caso del trust, che il trustee non può invocare il suo titolo per paralizzare i rimedi di cui è assistito il beneficiario, né possono invocarlo i terzi suoi aventi causa quando siano complici dei suoi abusi di fiducia.

L'equilibrio storicamente formatosi tra la sfera dell'Equity e quella del common law è uno dei segreti del successo del trust, perché ne risulta che il trustee, sino a quando non abusa della sua posizione può muoversi nel mondo delle relazioni giuridiche con quella discrezionalità e scioltezza che gli deriva dalla sua piena titolarità dei diritti a lui conferiti; infatti, sempre nei medesimi limiti, l'Equity non ha motivo di intervenire ed il beneficiario non ha alcun che da pretendere, con la conseguenza che il potere di disposizione del trustee si muove incontrastato nella sfera del common law in senso stretto. Ciò naturalmente implica che sino a quando il trustee non abusa della sua posizione, il beneficiario non è legittimato a far valere un suo generico interesse proprietario pronto a concretizzarsi nelle più varie direzioni in funzione della sua volontà, tale interesse infatti esiste solo in Equity e sino a quando questo sistema non ha motivo di intervenire, l'interesse del beneficiario non esiste per l'ordinamento giuridico.

Se, sul piano dei rimedi concessi dall'ordinamento la fonte dei diritti del beneficiario è l'Equity, occorre precisare come sul piano della loro conformazione sostanziale la fonte di tali diritti coincide con il trust deed, ossia con il regolamento dell'atto di attribuzione nella parte in cui esso stabilisce i limiti all'agire del trustee. Così, ad esempio, nel caso dei Charity Trusts, ossia trust di beneficenza, in cui normalmente i beneficiari sono indeterminati, ma determinabili al verificarsi di certe condizioni, la tutela delle loro aspettative può essere assai tenue.

Anche nei trusts non-charity, la funzione di protezione che il trust è spesso chiamato a svolgere aiuta a comprendere agevolmente la ragion per cui la volontà del beneficiario è giuridicamente irrilevante in ordine alla destinazione dei beni. Infatti se è ovvio che taluno affida la gestione dei propri beni ad altri solo quando ritiene per una qualsiasi ragione contingente o duratura di non potersi provvedere direttamente, dovrebbe essere parimenti ovvio che il costituente un trust affida i propri beni ad un trustee,

anziché direttamente al beneficiario, solo quando ritiene che costui per una qualunque ragione non effimera non è in grado di gestirli direttamente. Perciò è implicito nello schema del trust che l'attribuzione al beneficiary non è affatto piena.

Nello schema basilare del trust il trustee correlativamente è gravato dal dovere di gestire ed amministrare i beni che gli sono stati consegnati nell'interesse altrui e nel rispetto delle prescrizioni che gli sono state impartite dal costituente. In Equity i limiti della sua condotta «proprietaria» sono da un lato il rispetto della volontà del costituente così come si è concretizzata nel trust deed, e dall'altro lato gli obblighi di diligenza esigibili in rapporto alla sua qualificazione professionale. Il che impinge nell'ovvio dato che si ricorre al trust quando il beneficiario è incapace, inesperto, assente, etc., e per conseguenza potendo scegliere liberamente il trustee si sceglieranno persone sagge, esperte, professionalmente dedite all'attività di gestione richiesta. Tra le due fonti degli obblighi del trustee si deve quindi osservare la tendenziale prevalenza dei secondi sui primi, con la conseguenza che il trustee è sottoposto ad una fitta rete di obblighi i quali non hanno la propria fonte primaria in discipline legali o di origine giurisprudenziale, quanto in normative tecniche e deontologiche. Lo sviluppo della law of trust avviene infatti in stretta correlazione tra queste fonti, essendo sempre sottointeso che quando un avvocato è trustee egli è tenuto al rispetto dei precetti dell'etica professionale al massimo grado esigibile, e lo stesso accade quando sia trustee un banchiere o un revisore contabile, e via elencando. Sotto un profilo storico occorre quindi tener presente che in una società la quale pratici con larghezza il ricorso all'istituto del trust si sviluppano processi di accumulazione sinergici tra la disciplina giuridica dell'istituto in sé ed i codici di autodisciplina delle diverse corporazioni professionali più sovente impegnate nel ruolo di trustee. Tuttavia all'interno di questi limiti egli gode della normale discrezionalità di qualunque titolare di un diritto di proprietà. Esistono casi in cui il costituente si riserva la facoltà di dare al trustee istruzioni successive, ma si tratta di casi eccezionali che fanno sorgere il problema di verificare se quella posta in essere è una genuina situazione di trust oppure è un'agency. Il potere del trustee può essere però scisso, ed in parte assegnato ad un protector.

(18) Cfr. GAMBARDI, *La proprietà in diritto comparato*.

(19) Sull'Injunction cfr. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974.

**4. La conformazione della posizione del beneficiary.**  
Come si è detto il beneficiary è il soggetto tutelato

dall'Equity, perchè agli occhi del common law in senso stretto esso non esiste.

Che un ordinamento giuridico come l'Equity, il quale assumeva la morale e la giustizia come proprio vessillo dovesse tutelare il beneficiario di una rapporto fiduciario, era, e rimane, del tutto ovvio, ma il fatto storico rilevante, dal quale prese forma la law of Trusts, è che i Cancellieri del Re ed i giudici di Equity, i quali iniziarono a tutelare le aspettative del beneficiary ragionarono secondo gli schemi mentali dei giuristi di common law del loro tempo. Essi quindi ragionarono in primo luogo in termini di rimedi ed in termini di real property in secondo luogo. Non stupisca il fatto che operatori del diritto i quali si contrapponevano al common law ed erano ben coscienti di tale contrapposizione si siano fatti condizionare dagli schemi mentali del ragionamento giuridico dei common lawyers. Le mentalità crittologiche sono infatti assai più agglutinanti delle regole positive, a queste ultime ci si può sottrarre facilmente, alle prime no.

In ogni caso i giudici di Equity non pensavano in termini di rapporto obbligatorio perchè la relativa categoria era pressoché vuota nel diritto inglese dell'epoca e nella mentalità dei suoi operatori; essi piuttosto ragionarono in termini di law of property, e quindi conferirono al beneficiary una tutela sostanzialmente reipersecutoria. La mentalità dell'epoca spiega però la ragione per cui la proprietà in Equity del beneficiario rileva essenzialmente sotto il profilo rimediabile e non già sotto quello volontaristico. Infatti la volontà del beneficiario non è mai rilevante in ordine alla destinazione dei beni che costituiscono l'oggetto materiale del trust. Inoltre poiché la gestione dei beni affidati al trustee è normalmente una gestione dinamica, essi sono stati concepiti come una universalità di cose (detta fund, dal latino fundus) ed è questa e non i singoli beni a suo tempo consegnati al trustee ad essere oggetto delle aspettative tutelate del beneficiary.

In sostanza nella law of Trusts la nozione di property subisce una certa metamorfosi, non solo perchè essa sul lato del beneficiario si presenta del tutto spoglia dei connotati della signoria, ma anche perchè essa assume ad oggetto più la ricchezza che non le cose (20).

Ma proprio dallo scorcio offerto dal profilo rimediabile risorge ai nostri occhi l'aspetto proprietario, con l'avvertenza che esso non è il presupposto della concessione del rimedio, ma, al contrario, un suo sottoprodotto.

In tema di rimedi posti a tutela del beneficiario di un trust assume rilievo fondamentale il cosiddetto tracing (21).

Nel tracing si combinano due concetti analiticamente distinguibili. Il primo deriva dall'idea di rimedio

reipersecutorio, in base al quale il proprietario è legittimato a rivendicare il possesso di quanto gli è stato illegittimamente sottratto da chiunque ne sia il detentore. Sotto il profilo materiale questa possibilità implica il seguire la cosa mentre passa di mano in mano, possibilità o attività che, nella letteratura moderna, si designa più appropriatamente con il nome di *following*.

Il secondo concetto, si collega all'idea di *fund* come oggetto dell'interesse tutelato del beneficiary, e quindi ha riguardo al fenomeno della sostituzione di una cosa con un'altra che si realizza mediante i contratti di scambio. L'esempio più ovvio è quello di un bene materiale che viene sostituito con il denaro. L'idea fondamentale è che l'interesse del beneficiary si concentra sul valore dell'insieme, ma poiché qualsiasi valore economico deriva dai beni e si concretizza in essi, si considera che il beneficiario non perde i suoi diritti se un bene è sostituito da un altro. L'inseguire un bene facente originariamente parte del trust attraverso le sue metamorfosi mediate da scambi è quanto più propriamente si designa con il termine *tracing*. Il *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.

In entrambi i casi ciò che rileva sono le condizioni richieste affinché al *following*, o al *tracing* possa seguire una pretesa — *claim* — fondata.

Tuttavia si deve notare subito che mentre il *following* si basa su una idea comune a tutti i sistemi occidentali, la quale infatti costituisce il nucleo concettuale di tutti i rimedi reipersecutori a partire dalla romana *reivindicatio*, il *tracing* si fonda sull'idea che si possa costituire una connessione tra il fiduciante ed un bene con il quale costui non ha mai avuto nulla a che spartire.

In sé naturalmente simile impostazione non è particolarmente sconvolgente essendo la medesima che si ritrova applicata nel caso degli acquisti mobiliari del mandatario senza rappresentanza. Così come è intuitivo che ove il mandatario acquisti beni con denaro del rappresentato quest'ultimo possa vantare pretese su tali beni (22), diviene altrettanto spontaneo pensare che ove il trustee acquisti beni con denari provenienti dal trust fund, tali beni debbono essere ricompresi nel trust e non già essere considerati come beni propri del trustee in attesa che costui ponga in essere qualche atto formale che ne sancisca tale destinazione. Alla radice di questa visione, vi è sia la massima di *Equity* per cui si deve considerare come già fatto ciò che deve essere fatto, sia il criterio per cui i rapporti fiduciari hanno una particolare natura in base alla quale non si deve far gravare sul fiduciante un inadempimento posto in essere dal fiduciario.

Ciò che giova sottolineare è che per quello che si può considerare un colpo di fortuna, l'idea di *tracing* si è trovata collocata sulla linea evolutiva giusta quando la detenzione della ricchezza è venuta sempre più smaterializzandosi ed a sostanzarsi in pure scritture contabili. Quando ciò è avvenuto, prima in coincidenza con l'affermarsi delle strutture mercantili quali forma egemone di organizzazione sociale e poi, con ancora maggiore rapidità e violenza, con l'avvento delle tecnologie informatiche, le due idee di *fund* e di *tracing*, in accoppiata tra loro, si sono rivelate quasi perfette per accogliere le esigenze di tutela che nascevano dall'una e dall'altra rivoluzione materiale. Al contrario, l'idea che la proprietà ed i suoi rimedi possano riferirsi solo a cose individuate, sicché la posizione del proprietario trasmuta ineluttabilmente in diritto di credito, quando tale requisito si perde per qualunque motivo lecito o illecito che sia, si è trovata sulla linea evolutiva sbagliata.

Nei sistemi di civil law il rapporto di fiducia non è essenzialmente diverso da un qualunque rapporto obbligatorio, con la conseguenza che ove il fiduciante sottragga un bene al patrimonio gestito, oppure non trasferisca in esso un bene acquistato con denaro del fiduciante, quest'ultimo risulterà tutelato come qualsiasi altro creditore e subirà quindi il concorso di tutti gli altri creditori. Nei sistemi di common law invece, l'esistenza di una fiduciary relationship fa sorgere particolari rimedi in *Equity* (23) che diversificano la posizione del beneficiary dalla posizione di tutti gli altri creditori del medesimo soggetto.

Ciò che è più ostico alla mentalità dei giuristi continentali è proprio il punto appena sottolineato, ossia la tendenziale opponibilità dei diritti del beneficiary non solo ai creditori ma anche, in una certa misura, agli aventi causa dal trustee.

La soluzione italiana, ad esempio, è tendenzialmente nel senso che ove il fiduciario mantenga i beni acquistati mediante alienazioni del patrimonio fiduciario separati da esso, il fiduciante è dotato di rimedi in forma specifica atti quindi ad ottenere che tali beni siano riversati nel patrimonio fiduciariamente amministrato; ma prima che il rimedio sia esperito con successo, o prima che siano poste in essere determinate formalità volte ad anticipare gli effetti della sentenza futura, gli stessi beni sono esposti al concorso dei creditori del fiduciario. La soluzione del diritto inglese, e degli altri sistemi che ne hanno accolto l'esempio è tendenzialmente nel senso che l'inadempimento del trustee non può pregiudicare i diritti del beneficiary nemmeno a vantaggio di terzi. Simile idea è d'altra parte essenziale al fine di assicurare il successo pratico dei meccanismi fiduciari. Assunto questo generalissimo assetto di mentalità giuridica si possono considerare molteplici sfaccetta-

ture dell'idea di tracing, la quale è divenuta una idea generalmente operante nei sistemi di common law, e quindi applicabile anche in materia di arricchimento ingiustificato, come in materia di rimedi reipersecutori di common law. Da qui una serie di distinzioni come quella che intercorre tra tracing volti a sostenere pretese fondate su «proprietary rights» e tracing volti a sostenere pretese fondate su «personal rights»; ed ancora tra tracing fondati su interessi riconosciuti dal common law e tracing fondati su interessi riconosciuti solo dall'Equity.

Tutto ciò peraltro è qui segnalato solo per ricordare quanto sia risultata persuasiva l'idea per cui qualunque metamorfosi subiscano i beni assegnati in trust, i diritti del beneficiary rimarranno immutati. Va anche da sé che la persuasività di una idea è sintomo significativo del fatto che essa sia profondamente radicata in una mentalità giuridica.

Per quanto concerne più direttamente la disciplina del trust sarà però bene ricordare subito che un equitable tracing claim come quello che protegge un beneficiary, cede a fronte dell'acquirente di un legal interest (ossia riconosciuto dal common law) di buona fede a titolo oneroso (bona fide purchase of a legal interest for value without notice of a preexisting equitable interest). In tal caso infatti qualsiasi equitable interest si considera estinto e trasferito sul ricavato. Al contrario quando il tracing è esercitato per proteggere un interesse proprietario riconosciuto dal common law, la buona fede ed il titolo oneroso non proteggono sempre l'acquirente dalla rivendica del titolare effettivo del bene «tracciato».

(20) Su questo aspetto della dissonanza della proprietà in Equity rispetto alla visione classica della proprietà cfr. GRAZIADEI e RUDDEN, *op. cit.*; RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, in 14 *Oxford Jour. of Legal Studies*, 81, 82 (1994).

(21) Cfr. L. D. SMITH, *The law of Tracing*, *op. cit.*

(22) Peraltro ciò che dovrebbe essere intuitivo non sempre viene intuito cfr. ad es. L. SALAMONE, la c.d. proprietà del mandatario, *RDC*, 1999, 77 ss.

(23) Cfr. *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson* Ch 547 (Ca), at 566 (1991).

##### 5. Il trust e la contrapposizione tra diritti reali e diritti di credito.

La logica che presiede allo sviluppo dei rimedi reipersecutori posti a tutela del settlor e del beneficiary è la medesima in base alla quale si è pensato che il trustee il quale ottenga dei benefici impropri dalla gestione dei beni, o dalla esecuzione del rapporto fiduciario in generale, debba arricchire il trust fund e non il suo patrimonio personale. È infatti inevitabile che coloro i quali cooperino all'esecuzione di un atto illecito non debbano, del pari, arricchirsi a spese del beneficiary. Tuttavia l'esito finale di questa idea dipende dal confine che si traccia per limitare il vago

concetto di cooperazione. Lungo questo itinerario si è sviluppata la categoria della ricattura dei beni a favore del trust fund anche nei confronti dei terzi aventi causa dal trustee. La «ricattura» dei beni e delle ricchezze di pertinenza del trust fund, avviene mediante ordini del giudice e perciò si denomina costruttive trust, in quanto si tratta di trust costruiti dall'equity a prescindere da atti di volontà dei protagonisti. Schematicamente si può dire che quando un valido atto di disposizione è posto in essere dal trustee, il bene alienato, secondo il common law, esce naturalmente dalla sua sfera proprietaria, ma bisogna ancora verificare se esso è uscito anche dalla sfera del trust fund che è protetta con rimedi di equity. Se il terzo ha pagato il giusto prezzo per il suo acquisto e non era, né poteva essere, a conoscenza che il trustee stava commettendo qualcosa di improprio, allora il suo acquisto è posto al riparo dei rimedi di equity, vuoi perché i Cancellieri non potevano muovere alcun rimprovero morale alla sua posizione proprietaria, vuoi perché egli poteva bloccare mediante estoppel le pretese del beneficiary (24). Simile soluzione ha naturalmente di mira il fatto che ove l'acquirente abbia pagato il giusto prezzo il trust fund dovrebbe risultare di immutata consistenza economica ed in tale ipotesi quindi l'interesse del beneficiary non subisce alcuna lesione. Ove invece il prezzo ricavato dall'alienazione sia stato invece disperso dal trustee, ma il terzo ignorava senza sua colpa che il trustee stava violando i suoi doveri, allora il danno si è verificato interamente nella sfera di rischio del beneficiary che deve sopportarne da solo le conseguenze; qualora però il terzo abbia acquistato a titolo gratuito, ovvero abbia concorso per suo dolo o colpa al verificarsi dell'evento dannoso, allora i beni in questione saranno sempre considerati come facenti parte del trust fund.

Si è ricordato che benché i giuristi inglesi siano soliti considerare il beneficiary come proprietario in equity, tuttavia, tale «proprietà» difetta dell'elemento volontaristico, nel senso che la volontà del beneficiary, lungi dal risultare decisiva in ordine alle destinazioni delle cose, è del tutto irrilevante. Ciò non ostante si è appena visto come il beneficiary sia protetto mediante rimedi reipersecutori e che quindi i suoi interessi ricevano una tutela di tipo reale piuttosto che di carattere creditorio. Ciò spiega perché i giuristi continentali a volte accettino le classificazioni inglesi ed a volte le rifiutino preferendo considerare che lo schema del trust sia inquadrabile in riferimento ad una rete di rapporti obbligatori (25).

Al riguardo occorre osservare come il problema sia metodologicamente mal posto ove le categorie dei diritti a base romanistica siano usate come effettive categorie ordinanti e non in funzione esplicativa. In quest'ultima direzione è invece da sottolineare che

anche le dottrine dei paesi romanistici hanno talvolta proposto visioni in cui la categoria diritti reali è sciolta in una rete di rapporti obbligatori. Chi abbracci questa visione non avrà quindi alcuna difficoltà a considerare lo schema basilare del trust allo stesso modo, espungendo le qualificazioni fondate sui diritti reali. Tuttavia in tal modo non aggiunge molto a quanto era già noto.

Si deve invece considerare che, comunque, se si preferisce parlare di rapporti obbligatori anziché di situazioni proprietarie diviene necessario aggiungere che si tratta di diritti di credito opponibili anche ai terzi, nei termini assai ampi che si sono considerati. Dopo di che, sempre ricordando che le categorie che si usano in questi casi non hanno valore ordinante, poiché a tale funzione provvedono necessariamente le categorie giuridiche inglesi o quelle di un altro sistema di common law, ma solo funzione informativa che serva da guida alla comprensione dei problemi per i giuristi non di common law, ci si avvederà fatalmente che parlare di un diritto di credito opponibile verso chiunque, è solo un contributo alla confusione delle idee, e che, con le opportune avvertenze circa la non perfetta corrispondenza dei concetti, sia preferibile parlare di equitable property, come del resto fanno da sempre i common lawyers, ed in definitiva rassegnarci a caratterizzare la posizione del beneficiary come quella del titolare di una proprietà in Equity.

Il fatto è che la law of trusts è irrispettosa dell'opposizione fondamentale tra diritti di proprietà e diritti di credito (26), e se è vero che essa è stata originariamente pensata all'interno del modello della real property, non è men vero che la successiva evoluzione della law of property nei paesi di common law è avvenuta in buona misura sulla spinta di idee politiche e filosofiche di matrice europea, alle quali essa non poteva adattarsi. In ogni caso, assunto che si tratta solo di categorie orientative della comprensione, a noi pare che rimanga preferibile spiegare il trust in termini di law of property piuttosto che in termini di obblighi e correlativi diritti. Ma ciò è opinabile ed anche non molto rilevante una volta che sia comunque compreso il problema in sé.

Al di là di simili problemi di classificazione, è importante sottolineare come la protezione dell'interesse del beneficiary transiti integralmente attraverso la tutela reintegratoria del trust fund (27). Non è che il beneficiary recuperi la proprietà, o altro diritto reale, sui beni che siano fuoriusciti dal fund. Egli rimane sempre titolare di quei soli diritti che gli sono stati assegnati al momento della costituzione, e che possono ben essere anche del tutto evanescenti. Ciò che il sistema giuridico persegue è la tutela del suo interesse alla preservazione della consistenza economica del fund. Questo interesse è tutelato non solo nei

confronti del trustee mediante una serie di penetranti obbligazioni poste a suo carico, ma anche nei confronti dei terzi creditori di quest'ultimo. La particolarità della law of trust rispetto al nostro diritto delle relazioni fiduciarie nasce dal fatto che il diritto inglese ha avuto meno esitazioni del nostro, e degli altri diritti di civil law, a considerare che se un bene è affidato ad un terzo fiduciae causa con una destinazione di scopo, esso non entra nel patrimonio di costui al medesimo titolo di altri beni, e quindi non è a disposizione dei suoi creditori i quali possono aggredire solo i beni che appartengono a quest'ultimo nel senso che essi sono destinati a soddisfare il suo interesse al quale quello dei creditori è preferibile, mentre qualunque bene entri nella sfera formalmente proprietaria di un soggetto per essere da questo gestito al fine di soddisfare un interesse alieno rimane al servizio di quello scopo e non vi è ragione che ne sia distratto per soddisfare l'interesse dei creditori del suo occasionale gestore (28).

(24) Esistono riguardo alla origine storica della c.d. Bona Fide Purchaser Rule, diverse spiegazioni.

(25) Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia CEE, 17-5-1994, in causa Webb c. Webb, la quale ha deciso circa il carattere personale o reale di una azione nascente da trust, ai fini della giurisdizione esclusiva che l'art. 16, 1° co. Convenzione di Bruxelles riserva in materia di diritti reali immobiliari ai giudici del luogo ove l'immobile si trova. Trattandosi di una questione relativa al titolo e non all'immobile in sé, la Corte, conformemente ad una tradizione lunghissima nella giurisprudenza francese, ha ovviamente deciso che, essendo stato il titolo confezionato in Inghilterra ed essendo entrambe le parti residenti in Inghilterra, mentre l'immobile è sito a Antibes, non vi è alcuna ragione al mondo perché entrambe si trasferiscano ad Antibes per il loro litigio onde far decidere ad un giudice francese circa un negozio redatto in lingua inglese. La nomenclatura usata dalla Corte la quale ha parlato di azione personale ha però tratto in inganno taluno che ha pensato che la Corte avesse optato per qualificare i diritti che nascono dal trust come diritti personali nel senso di diritti di credito. Il che non sembra esatto.

(26) Sul punto aveva già richiamato l'attenzione MAITLAND, *Equity, op. cit.*, 111 ove nel criticare l'opposizione tra jus in rem e jus in personam proposta da Austin sulla base della distinzione romanistica, aveva acidamente commentato: «Now as a piece of speculative jurisprudence this seems to me nonsense, while as an exposition of our English rules, I think it not merely nonsensical but mischievous». Il problema è che, invece, nelle categorie mentali del giurista di civil law quella opposizione ha un valore orientativo che non può essere trascurato, quando ci si rivolge ad esso come ascoltatore.

(27) Hanno opportunamente sottolineato come la nozione di trust fund sia lo snodo essenziale per comprendere il diritto dei trusts: GRAZIADEI e RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund, op. cit.*

(28) Sul punto e sulle sue conseguenze ha richiamato recentemente l'attenzione GOODE: nella giurisprudenza inglese l'estrema dimostrazione di questa tendenza si coglie nella sentenza della House of Lords nel caso Barclays Bank Ltd. v. Quiclose Investments Ltd., 1970 Ac 567 (HL). Su cui cfr. il commento di BRIDGE, *The Quiclose Trust in a World of Secured Transactions*, in 12 *Oxford Jour. of Legal Studies* 333 (1992), sul punto cfr. inoltre LUPOI, *Introduzione*, cit., 29.

#### 6. La struttura formale e l'atto di costituzione.

Si è accennato all'importanza che il trust deed assume al fine di regolare la posizione giuridica delle parti coinvolte. È ora bene chiarire che tale atto è necessario per i cosiddetti «express trusts», ossia per quei trusts che vengono costituiti per atto di volontà del costituente. Gli altri tipi di trusts, detti implied o constructive trusts, hanno peraltro più natura di rimedi che di atti negoziali. Pertanto quando si parla di trusts senza ulteriori specificazioni, si indicano implicitamente solo i trusts espressi. Bene ha fatto quindi la Convenzione de L'Aia a limitare il proprio raggio di applicazione ai soli trusts espressi comprovati per iscritto.

L'atto istitutivo del trust è un atto unilaterale del costituente, per il quale la forma scritta è richiesta solo ad probationem. Il che non toglie che venga pressoché sempre confezionato un documento scritto. Sempre sul piano della normalità il documento è unico, ma esso contiene due negozi: l'atto di trasferimento e l'atto istitutivo del trust. Il primo negozio concerne naturalmente l'attribuzione di beni dal costituente al trustee. Il secondo contiene le regole da seguire nella gestione di tali beni, ivi compresi gli aspetti organizzativi del trust medesimo, quali, ad esempio, il numero dei trustee, le regole per la loro successione, oppure stabiliscono la presenza di un protector del trust. La rilevanza della distinzione tra i due tipi negoziali si coglie pensando che l'atto di attribuzione è un negozio regolato dal common law, mentre il negozio istitutivo è regolato solo dall'Equity. Le regole che ne sanciscono la validità sono dunque diverse. Tuttavia è chiaro che la validità della costituzione di un trust dipende dalla validità del negozio di attribuzione. L'Equity in questo caso «segue il diritto» e non considera vi sia alcun interesse nel tutelare i beneficiari di un trust che sia in sé validamente costituito, ma si collochi nel vuoto creato dalla invalidità dell'atto di attribuzione.

Nel common law inglese il trust deed assumeva sempre forma di atto unilaterale, per la cui validità l'accettazione del trustee non era affatto richiesta, ed avveniva spesso implicitamente per comportamenti concludenti. Attualmente peraltro questa configurazione appare obsoleta e nel mondo della moderna economia prevalgono i trusts cosiddetti contrattuali. Non sempre la struttura del trust è trilatera. Può accadere infatti che il settlor designi se stesso come trustee, oppure come beneficiario; oppure può accadere che i beneficiari non siano individuati, perché è rimesso al trustee il potere discrezionale di individuarli, come avviene normalmente nei cosiddetti charitable trusts; oppure può accadere che il trust persegua uno scopo impersonale (29).

Ciò che giova sottolineare è che ove il costituente designi se medesimo come trustee, si verificherà l'ov-

via conseguenza che da qual momento gestirà i beni nell'interesse altrui. Questa possibilità ha un'infinità di ricadute nei più svariati campi. Tali ricadute sono veicolate dall'idea di implied trust, la quale trova applicazione ad esempio nel caso in cui si proceda ad un acquisto con denaro fornito da altri, ed assumendo quindi la posizione di trustee a tutela del diritto di credito di quest'ultimo. In tal caso ovviamente si assiste alla costituzione di una garanzia. Oppure, campo di applicazione ancora più vasto, nel caso della vendita consensuale in cui il venditore pur rimanendo formalmente proprietario del bene assume rispetto ad esso la posizione di trustee nell'interesse dell'acquirente.

D'altro lato la struttura del trust può divenire quadrilatera mediante l'inserimento nella sua organizzazione della figura del protector. Questa figura è divenuta abbastanza popolare negli ultimi anni, ed è usata con sempre maggiore frequenza. In sostanza si tratta di suddividere i poteri gestori che tradizionalmente venivano affidati al trustee. L'utilità dell'inserimento del protector nella struttura del trust si coglie soprattutto se si pensa che nel mondo attuale trustee sono organizzazioni imprenditoriali di tipo parabancario. Per la gestione professionale della ricchezza in campo finanziario queste organizzazioni sono ideali, ma non sempre è bene attribuire ad esse tutti i poteri di cui gode il trustee. Il protector del trust svolge quindi utili funzioni di sorveglianza dell'attività del trustee ed insieme di titolare di poteri straordinari, come la sostituzione del trustee, o lo spostamento della sede operativa da un luogo ad un altro, il cui esercizio si dovesse rendere necessario per ottimizzare i risultati attesi dei beneficiari.

La durata del trust è limitata dalla rule against perpetuities, oppure da altra disposizione legislativa. La ragione per cui il trust, salvo i Charitable trusts, non può avere durata illimitata è in parte tecnico formale, in parte politica. In questa sede non ci si intratterà sull'aspetto formale (30), bastando ricordare che un trust perpetuo avrebbe consentito una catena di sostituzione fedecommissarie illimitata, bloccando quindi la circolazione dei beni, specie gli immobili. La rule against perpetuities, pone un freno a questa possibilità stabilendo che l'atto di attribuzione è nullo se i diritti del beneficiario non possono incardinarsi in una persona determinata (tecnicamente: vested) entro il periodo massimo di ventuno anni oltre la morte di una persona in esistenza al momento della costituzione del trust. Il modo tortuoso con cui la regola è stata formulata, ed il fatto che in base ad essa un trust diventa nullo ab initio, hanno consigliato l'introduzione di riforme. Per quanto concerne specificatamente il trust la soluzione più semplice consiste nello stabilire un termine fisso di durata espresso in anni. In Inghilterra in base al Perpetui-

ties and Accumulations Act 1964, tale termine è di ottanta anni. Altri paesi hanno adottato legislazioni più liberali che stabiliscono un termine di cento anni. Allo scioglimento del trust tutti i diritti sui beni si consolidano nel beneficiario di turno, il quale quindi ne diviene pieno proprietario.

(29) Sulle diverse configurazioni del trust ha richiamato l'attenzione LUPOT, *Introduzione*, op. cit., 5 s.

(30) Cfr. CHIODI, «Future interest», in *Digesto/civ.*, VIII, Torino, 1992.

### 7. Funzioni economiche e tipologie dei trusts.

Lo schema del trust si specifica in una serie di schemi diversificati a seconda dei diversi scopi che possono essere perseguiti. A rigore quindi si dovrebbe parlare di trusts al plurale perché la concreta disciplina si riferisce a ciascuna singola figura.

Circa la funzione dei trusts nel mondo attuale occorre sottolineare che benché la law of trusts sia considerata dagli scrittori di common law nel contesto dei trasferimenti a titolo gratuito, non sembra che questa corrisponda ad una visione realistica. Nella tradizione di common law i trusts sono stati usati per organizzare la trasmissione della ricchezza da una generazione all'altra in conformità ad un piano, anche assai articolato. In sostanza il trust è stato usato come surrogato delle disposizioni testamentarie ed anche in direzione di sostituzioni fedecommissorie. È quindi assai facile spiegare le ragioni per cui in generale il trust sia considerato come un negozio nell'interesse familiare. In realtà però questa visione non corrisponde alla situazione contemporanea, e nemmeno alle ragioni del successo del trust.

I tipi di trust oggi più usati negli Stati Uniti sono i commercial trusts, i quali custodiscono una parte considerevole della ricchezza del paese sotto forma di pension trusts — disciplinati dall'Employee Retirement Income Security Act del 1974 (ERISA) —, delle diverse forme di Investment trusts e Corporate trusts (31); di investment trusts e di unit trusts. Ancora, lo schema del trust è ampiamente utilizzato nel mondo finanziario per fini di garanzia. È questa anzi una delle funzioni più preziose che il trust svolge nel mondo degli affari ed uno dei principali motivi della corsa verso il trust di cui si è fatto cenno. Al riguardo è bene ricordare che si ricorre al trust al fine di segregare un insieme di beni a garanzia del credito vantato da alcuni creditori, normalmente le banche che concedono finanziamenti di una certa entità (32). Lo stesso effetto si può ottenere creando una nuova società alla quale intestare certi beni che poi saranno retrocessi in locazione al debitore alienante. Tuttavia anche a fronte di questo schema alternativo, al quale si ricorre nelle operazioni cosiddette di assets securitisation, il trust può vantare un mi-

nor costo di costituzione ed amministrazione, ed anche una assai maggior flessibilità. Infatti mediante lo schema del trust è più agevole inserire nuovi creditori tra i beneficiari della garanzia. Del resto non è nemmeno necessario che i creditori assumano formalmente la posizione di beneficiaries, essendo sufficienti le istruzioni date al trustee, di versare i beni, o il loro ricavato, ai creditori, quando si avverino determinati fatti condizionanti. Va da sé che il ricorso a tale meccanismo implica l'inesistenza, almeno sul piano operativo, del divieto di patto commissorio, istituto del resto sconosciuto al diritto inglese, il quale però ha sempre temperato le asprezze che tale patto può comportare mediante il ricorso a valutazioni di equity ed alla regola che rende nulle le patteggiamenti che limitano o rendono troppo gravoso il riscatto (redemption).

Inoltre è necessario tener presente che negli Stati Uniti il business trust sta risorgendo da un periodo di eclissi. Nel secolo scorso tale forma di trust era usata come un surrogato delle corporations, specie in questi sistemi che ponevano ancora non pochi ostacoli al riconoscimento di nuove società di capitali. La sua struttura era quella di un trust normale, tuttavia esso svolgeva attività di impresa ed emetteva certificati attestanti il conferimento di capitale, attestanti la misura degli utili spettanti a ciascun beneficiario. L'eclissi di simile forma di trust diffusa negli Stati Uniti specialmente nella forma regolata dal diritto dello Stato del Massachusetts, è comunemente attribuita alla caduta della barriera relative alla costituzione di società di capitali le quali sono più competitive. La nuova vita del business trust deriva dal fatto che parallelamente al processo che ha condotto a far sì che le normative in tema di società di capitali siano divenute sempre più dispositive, alcuni Stati, ad iniziare dal Maryland, ma seguito subito dopo dal Delaware, hanno introdotto leggi che, parallelamente, rendevano dispositive anche le norme in materia di business trust. Con la conseguenza che la forma societaria e la forma trust sono divenute perfettamente fungibili, e l'intero settore è stato affidato all'autonomia negoziale.

Accanto ai trusts per il mondo degli affari continuano ad avere una notevole vitalità i Charitable trusts. Essenzialmente i Charitable, o charity, trusts svolgono la medesima funzione delle nostre fondazioni, ma a tale scopo usano lo schema del trust. Dal che derivano due conseguenze. Sul piano dello schema formale, ricorrere al trust anziché ad una fondazione significa riferirsi alla tecnica del patrimonio separato e di scopo anziché a quella della soggettivizzazione. In effetti erigere una fondazione significa creare un nuovo soggetto giuridico perché agisca nel mondo giuridico secondo gli scopi inseriti nel suo statuto. Costituire un trust significa affidare ad uno o più

trustees un patrimonio destinato allo scopo fissato nel trust deed. Sul piano sostanziale è ovvio che l'azione condotta attraverso il trust è assai più libera di quella condotta mediante l'erezione di una fondazione, perché tutti i governi hanno sempre rivendicato a sé un controllo sulla creazione di nuovi soggetti giuridici, mentre l'istituzione di un Charity trust è soggetta a controlli che stanno a fronte di agevolazioni fiscali, o di altri privilegi.

Sotto quest'ultimo profilo il problema principale è rappresentato dal fatto che i charity trust non sono soggetti al limite di durata prescritto dalla rule against perpetuities. Ma per acquisire questo privilegio debbono perseguire effettivamente uno scopo caritatevole, altrimenti ricadendo nel raggio di applicazione di detta regola l'atto di attribuzione diviene nullo ab initio travolgendo così anche l'istituzione del trust. Naturalmente anche questo pericolo è attenuato in quei sistemi che adottano forme alternative per limitare la durata dei trusts.

Tradizionalmente sono considerati scopi caritatevoli quelli diretti ad alleviare le condizioni di povertà, a promuovere l'educazione, la religione, e quelli genericamente definiti come di interesse della comunità. In realtà il problema dell'individuazione di uno scopo caritatevole è variamente risolto nelle varie giurisdizioni dei paesi di common law, ove esso si intreccia con considerazioni legate alla particolare disciplina legislativa.

(31) Cfr. J. H. LANGBEIN, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, in 107 *Yale L. J.* 165 (1997).

(32) Sul punto cfr. ANDREOLI, *op. cit.*, 232 ss.

#### 8. Il Trust come modello oggetto di circolazione.

Si è già accennato al successo del Trust (33). Ciò implica una espansione dello strumento del trust fuori dai paesi appartenenti alla famiglia di common law. Al riguardo si deve considerare che il ricorso alle diverse figure di trusts avviene sotto la spinta delle esigenze del mercato finanziario. In particolare il trust sembra essere uno schema di efficienza insuperabile nell'area del project financing; dei trusts di garanzia ai finanziamenti; nella gestione professionale del pubblico risparmio, per incanalare le emissione di titoli obbligazionari, nonché nelle operazioni di smobilizzo dei crediti (asset securitisation) (34). Poiché il mercato finanziario è intensamente globalizzato non stupisce che l'efficienza dei commercial trusts abbia generato due fenomeni.

In primo luogo molti paesi di civil law, tra cui il nostro, hanno introdotto mediante apposite leggi, numerose discipline speciali che paiono modellate sui corrispondenti schemi dei trusts angloamericani (35). Con tutto ciò non stupisce come nel mondo attuale si assista ad una ampia ricezione del modello del

Trust, la quale tocca in primo luogo i sistemi impropriamente detti misti, ossia quelli che hanno ricevuto, per ragioni storiche, una qualche influenza del modello di common law in generale. È un indice del successo del trust il fatto che in presenza di elementi tratti dal diritto inglese e di elementi tratti dai modelli romanistici, il trust non manchi mai di comparire tra i primi (36). Così, rientrano tra i sistemi che riconoscono il Trust: il sistema scozzese, non ostante la sua base romanistica, il sistema del Quebec, nonostante la sua affezione al modello francese, il sistema del Sudafrica, non ostante abbia preservato il *jus commune europeum*. È quasi ovvio che abbiano preservato il Trust sistemi come quello israeliano, o quello indiano e via elencando (37).

Maggior rilievo assume la ricezione del trust nei sistemi puramente di civil law, in quanto ciò può essere addotto a testimonianza del fatto che la radicale estraneità dello schema del trust rispetto alle categorie giuridiche di origine romanistica di cui si è favoleggiato a lungo non rappresenta una barriera significativa, sebbene indubbiamente ponga una serie di difficoltà sia in riferimento al modo di ragionare dei giuristi, sia in riferimento al modo di operare degli apparati amministrativi, specie quelli fiscali (38).

Giova chiarire le ragioni che dal punto di vista delle scelte di politica del diritto inducono a guardare con favore all'istituto del trust; ragioni che sono alla base di quella corsa verso il trust che si è già osservata sul piano mondiale.

Alla domanda: perché il trust è un istituto tanto attraente (39), la risposta è che lo schema del trust costituisce un possente strumento di autonomia privata, il quale, in particolare, consente di risolvere una serie di problemi molto sentiti nella moderna economia mobiliare che richiede di poter costituire patrimoni separati destinati a vari scopi predeterminati.

È diffusa la convinzione che i medesimi scopi possono essere perseguiti nei sistemi non trust attraverso una serie di strumenti giuridici tra i quali si debbono segnalare la creazione di nuove persone giuridiche ed il mandato (40).

L'equivalenza peraltro non è perfetta, anzi è lungi da esserlo se si considerano tutti i quadranti del diritto. Si deve riconoscere infatti che quella generalmente seguita nelle analisi comparatistiche in tema di equivalenza funzionale tra istituti giuridici è una prospettiva settoriale, perché in tali analisi si prendono in considerazione solo gli effetti civilistici (41); una prospettiva più completa si ritrova prendendo in esame i costi economici. È vero quindi che un effetto tipico del trust, ovvero quello di costituire un patrimonio autonomo, può essere perseguito e raggiunto attraverso la costituzione di una nuova persona giuridica, vuoi che si tratti di una nuova società com-

merciale dotata di limitazione di responsabilità, oppure di una fondazione. È tuttavia anche vero che la costituzione e la gestione di una nuova società comporta ovunque costi superiori a quelli di un trust. Le legislazioni attuali seguono oltretutto una traiettoria di accrescimento del fardello di regulations che rendono inevitabilmente più onerosa la gestione di una società di capitali. È appena il caso di ricordare che in economie aperte, ovvero in economie internazionalizzate quando si deve impostare una operazione finanziaria si debbono confrontare tra loro diversi modelli di soluzione, e capita con una certa frequenza che operazioni finanziarie importanti suscitino la competizione tra banche di affari di diversi paesi. In queste gare sono rilevanti anche scarti minimi dell'ordine di un quarto di punto percentuale. Misurata con gli strumenti di un mercato che calcola anche le frazioni di millimetro, l'equivalenza degli effetti civilistici si dimostra un test grossolano. La competizione tra modelli giuridici che si registra nella fase attuale dell'internazionalizzazione dei sistemi economici lo dimostra ad usura (42).

Parlare quindi di equivalenza tra una soluzione societaria e la soluzione imperniata sul trust, è parzialmente fuorviante. Inoltre la tendenza verso la creazione di patrimoni separati con destinazione di scopo non è sospinta solo da esigenze di limitazione del rischio, settore in cui la costituzione di una nuova entità giuridica è in effetti succedanea al trust sia pure nei limiti anzidetti; ma anche dall'esigenza di costituire garanzie specifiche a favore di determinati creditori. A questi fini, che peraltro sono assai diffusi, il trust non ha succedanei competitivi nei sistemi di civil law (43). In generale quindi nella corsa alla costituzione di patrimoni separati con destinazione di scopo, fenomeno questo tanto generalizzato (44) dal dispensarsi in questo momento dal rintracciare le cause di fondo, il trust ha dimostrato di costituire una risposta più efficiente rispetto alla creazione di soggetti separati (45).

Un'altra ragione del successo del trust riguarda i problemi di gestione professionale della ricchezza, specie, ma non esclusivamente, mobiliare (46). Come si è osservato, a questi problemi alcuni sistemi di civil law, come il nostro, ma anche come quello tedesco, rispondono mediante strumenti negoziali che si richiamano alla disciplina del mandato. Il contratto di mandato tuttavia deve essere adattato di volta in volta alla operazione gestoria che si vuole realizzare ed il suo schema tipico mal si adatta ad un rapporto in cui il mandante non può dare istruzioni al mandatario perché non possiede le conoscenze tecniche necessarie. I sistemi di civil law come quello francese che conoscono solo il mandato con rappresentanza sono ancora più impacciati. Nemmeno la generale ammissibilità della intestazione fiduciaria

risolve tutti i problemi. A questo riguardo il mercato è stato buon giudice nel valutare la scarsa competitività della fiducia romanistica, comunque adattata, rispetto allo schema del trust (47), ancorché in questo calcolo occorra anche tener presente la complessiva minor efficienza dei rimedi posti a tutela del fiduciante di civil law rispetto al beneficiary di common law, minor efficienza che deriva in ultima analisi dal più lungo addestramento dei giudici di common law a proteggere gli interessi del beneficiary. In ciò la prassi operativa non fa altro che dare sostanza ad una affermazione espressa nella letteratura comparatistica ove è generalmente accettato che la disciplina dell'attività gestoria messa a punto nella tradizione di civil law è meno perfetta di quella che le tradizioni di common law hanno elaborato attraverso il trust.

La propensione della comunità degli affari a preferire il trust rispetto agli istituti analoghi messi a punto dalle tradizioni di civil law, se è un dato da non sottovalutare, non può peraltro far dimenticare gli ostacoli giuridico formali che si frappongono ad una piena ed incondizionata introduzione dell'istituto del trust nei nostri ordinamenti.

Tuttavia queste difficoltà si stanno sbriciolando sotto l'incalzare di novità normative introdotte da leggi di riforma degli strumenti finanziari.

Per quanto riguarda l'Italia si possono ricordare in quest'ambito: la disciplina sui fondi comuni di investimento; quella relativa all'amministrazione accentrata dei valori mobiliari attraverso la Monte Titoli S.p.a.; la disciplina relativa alle società di intermediazione mobiliare (SIM ed EuroSim); la disciplina relativa ai fondi di previdenza e di assistenza complementare (c.d. Fondi Pensione).

Si delinea con ciò una ben percepibile tendenza la quale ha modo di svilupparsi inseguendo la frastagliata tipologia dei vari tipi di fondi in cui si dispiega il fenomeno della gestione della ricchezza mobiliare e dell'intermediazione finanziaria (48). I tratti salienti di tali discipline sono largamente comuni in quanto tutte prevedono una serie di obblighi a carico del soggetto gestore, sia con riguardo a strutture organizzative interne sia sotto il profilo di limitazioni al potere di disposizione; e, soprattutto, dispongono espressamente la scissione tra la responsabilità patrimoniale del soggetto formalmente proprietario e l'insieme di beni costituiti nel fondo. In altri termini, non sono ammesse azioni dei creditori del soggetto gestore sul fondo stesso, mentre le azioni dei creditori dei soggetti partecipanti al fondo sono ammesse solo sulle quote dei loro debitori. Per iniziativa del legislatore emergono pertanto nel nostro ordinamento una serie di ipotesi di patrimonio separato, o autonomo le quali sono costruite perseguendo una finalità univoca. Da un lato si intende sottrarre la

ricchezza custodita nel fondo al concorso con i creditori del soggetto gestore, in modo da eliminare il principale rischio in cui incorre chi affida ad altri i propri beni; dall'altro lato si intende facoltizzare il soggetto gestore a disporre liberamente di tali beni in modo da consentire una gestione dinamica attuabile solo mediante una serie continua di investimenti e disinvestimenti.

In questa direzione l'imitazione del trust è pedissequa.

Tuttavia giova osservare che il punto cruciale di ogni disciplina che istituisca un patrimonio autonomo o separato concerne le conseguenze delle possibili patologie, ed in particolare le conseguenze che si ricollegano ad una illecita commistione tra fondi e patrimoni diversi. Che sussista un obbligo di mantenere una netta distinzione tra patrimoni, va da sé, ma lo scopo di eliminare il rischio che grava sui beneficiari non è del tutto raggiunto se ci si limita a prevedere un obbligo al riguardo, né la situazione migliora se l'inadempimento di tale obbligo viene penalmente sanzionato. La regola: se non vuoi che una cosa avvenga rendila un crimine, è troppo rozza per essere affidabile; dopo tutto ciò non ha mai scongiurato l'esistenza di criminali. Migliore valutazione sul piano dell'efficacia meritano quelle discipline le quali prevedono una scissione tra il soggetto gestore ed il soggetto depositario in modo da impedire qualunque commistione tra i fondi gestiti per conto altrui. In generale è tuttavia da riflettere che simili discipline speciali, se ormai sono abbastanza numerose da indicare una tendenza ben precisa, rimangono tuttavia confinate nelle materie cui si riferiscono dalla impossibilità di una loro applicazione analogica. L'ostacolo al riguardo non è di natura dogmatica, ma risale invece alla tenacia delle categorie mentali con cui procede l'operatore del diritto ivi compreso il giudice.

Al riguardo è però da richiamare la tendenza a riconoscere il trust come istituto ammissibile anche nei sistemi di civil law. Il che può avvenire in riferimento alla Convenzione predisposta dalla XV sessione della Conférence de La Haye de droit international privé, concernente la legge applicabile ed il riconoscimento dei trusts (49).

(33) Il superiore sviluppo che la disciplina dei rapporti fiduciari ha ricevuto nell'esperienza di common law rispetto a quelle di civil law, è stato naturalmente scoperto dalle ricerche comparative con largo anticipo rispetto alle tendenze degli operatori finanziari. Tuttavia a volte questo riconoscimento si esprime in prose un po' ridondanti. Cfr. LIMPENS, *Presentazione* a DE WULF, *Trust and corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, 1965, 10: «Rome has made a synthesis of the law of contract; France a synthesis of the law of torts; England a synthesis of the law of fiduciary relationships».

(34) Cfr. ANDREOLI, *op. cit.*, 215 ss.

(35) Cfr. R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, RS, 1989, 1050 ss.

(36) Come è ovvio i sistemi misti, oppure quelli che pur rimanendo di civil law, hanno subito per ragioni storiche l'influenza ravvicinata dei modelli di common law, hanno da lungo tempo adottato il trust. Il caso più antico è quello della Scozia (Cfr. W. A. WILSON, *The Trust in Scots Law*, in *Trust and trust like device*, *op. cit.*, 237; WALKER, *Principles of Scottish Private Law*, II, Oxford, Clarendon Press, 1988, 1585 s.); ma ad esso si aggiunge quello, del Sud-Africa, che pure è un sistema, più decisamente misto rispetto a quello scozzese [Cfr. HONORÉ, *South African and Scottish Law of Trust*, in RABELLO (ed.), *Aequitas and Equity*, Jerusalem, 1995, in stampa. Anche la Luisiana ed il Québec, dati questi più significativi, hanno adottato il trust nel loro arsenale giuridico (Cfr. WILSON, *A trust code in the Civil Law*, in 13 Tulane L. Rev. 84 (1938); CARON, *The Trust in Quebec*, in 25 McGill L. Jour. 421 (1980)]. Il sistema israeliano conosce il trust sin dalla sua nascita, ma ha anche provveduto a disciplinarne gli effetti con apposita legge (Cfr. WEISMAN, *Shortcoming in the Trust Law*, 1979, in 15 Israel L. Rev., 372, 1980). In America latina la legge messicana del 1932 in tema di titoli ed operazioni di credito, ha disciplinato una sorta di trust sotto il nome di «fideicomiso»; mentre la legge panamense del 5-1-1984, n. 1 ha ridisciplinato il trust seguendo piuttosto fedelmente modelli americani. Così come uno sforzo ben coordinato rivolto alla piena utilizzazione del modello del trust in un sistema tipicamente romanistico si coglie nella legge venezuelana del 1956, ispirata da R. Goldschmidt (cfr. per le esperienze latino americane le informazioni raccolte in LUPOI, *Introduzione*, *op. cit.*, 81 s.). Tra le esperienze giuridiche europeo continentali si deve ricordare ancora la disciplina introdotta in Lussemburgo, relativamente alle operazioni finanziarie cfr. il Règlement grand-ducal del 19 juillet 1983; su cui cfr. C. WITZ, *Un texte exemplaire: le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit*, in *Droit et pratique du commerce intern.*, 1984, 139. Nonchè infine le leggi speciali introdotte a Malta ed in Liechtenstein (su cui cfr. LUPOI, *op. e loc. cit.*). Se a ciò si aggiunge che la Repubblica federativa Russa, si è affrettata, nel contesto del mutamento radicale dei suoi strumenti giuridici, a disciplinare il trust con Decreto del 24-12-1993 (cfr. LUPOI, *op. cit.*, 98), si avrà la netta impressione che non solo il modello del trust può essere recepito in ambienti giuridici che non hanno mai conosciuto la dicotomia common law-Equity, ma anche, e ciò è rilevante ai fini delle decisioni di politica del diritto, che lo schema del trust è a disposizione della pratica degli affari in tutta una corona di paesi attorno a noi.

(37) Per una rassegna completa cfr. LUPOI, *Trust law*, *op. cit.*

(38) Queste difficoltà sono state in parte approfondite nella dottrina francese nel corso del dibattito relativo alla introduzione del progetto di legge sulla Fiducie. In precedenza cfr. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1981, che ha riaperto un discorso sulla fiducie appannatosi da qualche decennio. Studi più recenti, che risentono del crescente favore verso la figura della fiducie-trust, sono quelli di: LARROUMET, *La fiducie inspirée du trust*, D, 1990, Chr. 119; GRIMALDI, *Réflexions sur la fiducie en droit français*, in *Mélanges Vavoukos*, edito anticipatamente in trad. it. Q, 1990, 273; ID., *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, in *Defrenois*, 1991, 897. Tra i colloqui e gli incontri di studio si possono segnalare: il colloquio sulla Fiducie organizzato in Lussemburgo nel maggio 1989 dall'Institut International de droit d'expression française — I.D.E.F. — (cfr. in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, mai-septembre 1990, n. 2); *La Fiducie*, Colloque de l'Institut du droit des affaires de l'Univ. Paris II-Assas dell'8 giugno 1990, in *Banque et droit*, n. 14, 239, n. 15, 3; *La Fiducie*, Colloque organisé par le centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire de l'Univ. de

Lyon III, il 5 avril 1990, in *Rev. droit bancaire*, n. 19, 106, n. 21, 176.

(39) Questi temi sono stati approfonditi.

(40) Oltre agli studi in lingua italiana già segnalati, si possono indicare, nella letteratura internazionale, opere classiche in tema di comparazione tra il trust e le varie figure giuridiche di civil law mediante le quali si ottengono effetti analoghi. Cfr. in sintesi: KÖTZ, *Trust und Treuhand*, Hamburg, 1963; DE WULF, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, 1965; WILSON (ed.), *Trust and Trust-like Devices*, London, 1981; DYER e VAN LOON, *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, in *Actes et Documents*, cit., II, 10.

(41) Come è noto il metodo della equivalenza funzionale è stato propagandato come principio metodologico fondamentale da ZWIEGERT e KÖTZ nel loro noto manuale che ora si legge anche in trad. it., con il titolo *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992, in particolare a 37. Un approccio alternativo è stato delineato da MATTEI e PULITINI, *Modelli competitivi, regole giuridiche ed analisi economica*, Q, 1990, 77.

(42) Sotto questo profilo il caso del trust costituisce un ottimo esempio dell'avverarsi del modello competitivo teorizzato da Mattei e Pulitini. Sul punto cfr. anche lo studio di LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, RS, 1989, 1050, ove si sottolinea che i sistemi di civil law sono privi di soluzioni appaganti per la gestione dei patrimoni mobiliari e che di conseguenza tutte le legislazioni recenti abbiano istituito meccanismi di gestione dei valori mobiliari che, senza dirlo apertamente, paiono più ispirate allo schema del trust che non a figure o istituti tradizionali della civil law. Ciò si verifica sia a livello di legislazioni nazionali sia a livello di disciplina comunitaria. Cfr. la Direttiva 85/611/CEE del 20-12-1985 sugli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari. La propensione che si è riscontrata nei sistemi europei continentali verso la creazione di istituzioni analoghe agli investment trust ha subito una decisa accelerazione da quando sono cadute le barriere interne alla CEE in materia di trasferimenti finanziari. Sino ad allora il modello del trust esercitava un fascino esclusivamente intellettuale: cfr. AA. VV., *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967; LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1969.

(43) In effetti il movimento a favore dell'introduzione del trust in Francia ha segnalato alcune funzioni specifiche che potrebbero essere utilmente assegnate al trust. Tra queste alcune rispondono a necessità contingenti altre a bisogni più duraturi. Nel novero di queste ultime gli ambienti finanziari hanno sottolineato la funzione di «gestion de sûretés», che si vorrebbe ricalcare dall'esperienza del surety trust di common law (cfr. ad esempio ELLAND-GOLDSMITH, *Fiducie et trust: éléments d'une comparaison*, in *Banque et droit*, novembre-décembre 1990, 241). Al riguardo giova ricordare che i primi esperimenti di introduzione del trust in Europa continentale risalgono appunto alla messa in opera del c.d. piano Young nel 1930, quando una parte della sua attuazione fu affidata alla Banca dei Regolamenti Internazionali. Questa istituzione internazionale creata nell'atmosfera del primo dopoguerra ha tra i propri scopi statutari quello «to act as a trustee or agent in regard to international financial settlements entrusted to it under agreements with the parties concerned» (art. 3). Senonché, a dimostrazione della tipica ignoranza delle differenze esistenti tra i sistemi di civil law e di common law che domina in campo politico ed economico, gli ideatori della stessa dopo aver confezionato uno statuto che affidava alla B.I.S. (bank for international settlements) la funzione di trustee, ne hanno anche stabilito la sede in Basilea, ovvero in un paese che ignora il trust. Da ciò una serie di difficoltà sperimentate dalla banca medesima (cfr. SIMONS e RADICATI, *A Trustee in Continental Europe: the Experience of the Bank for International Settlements*, in *Actes et documents*, cit., II, 124). Difficoltà che peraltro non hanno com-

portato che la B.I.S. abbia rinunciato ad assumere la posizione di trustee, specie in attuazione dei piani di finanziamento alla ricostruzione dell'Europa nel secondo dopoguerra. Ciò è dipeso in gran parte dal fatto che la tecnica del trust non ha succedendo in civil law quando si tratti di organizzare garanzie a favore di un pool di finanziatori. Senza richiamarsi all'esperienza della B.I.S., le persone più sensibili alle esigenze del mondo della finanza hanno sottolineato lo stesso dato per argomentare a favore dell'introduzione del surety trust in Francia. Ovvie ragioni infatti impongono che finanziamenti di una certa consistenza siano effettuati da pool di istituti di credito e che essi ottengano una garanzia sui beni del debitore. Tuttavia operazioni di notevole rilevanza finanziaria sono spesso anche operazioni a medio-lungo termine. Ciò implica possibilità assai concrete di modificazioni soggettive tra i componenti del pool nel corso della durata del rapporto. Lo strumento del surety trust, mediante il quale la garanzia viene conferita ad un unico trustee, ma a beneficio di tutti i partecipanti, permette ai diversi soggetti che partecipano al prestito di beneficiare di garanzie del medesimo rango qualunque sia il momento in cui divengono membri del pool medesimo. In mancanza di questo strumento nei sistemi di civil law è invalso l'uso del c.d. sindacato. Il termine è improprio perché è un anglicismo, ma sostanzialmente tale meccanismo affida ad un capogruppo il ruolo di trustee. Il che può avvenire tranquillamente anche in sistemi di civil law a condizione che il capogruppo sia una istituzione finanziaria di tale solidità da non accrescere in nessuna misura la percentuale di rischiosità dell'intera operazione.

A questa condizione gli operatori finanziari possono ignorare tutte le differenze che intercorrono tra un trustee ed un mandatario, ovvero tra un mandante ed un beneficiario. Ma ciò avviene per la semplice ragione che, ove il debitore sia soggetto solvibile e solvente, non vi è alcuna pratica differenza tra avere un credito di cosa determinata oppure un diritto reale nei suoi confronti. La differenza tra i due sistemi ed il vantaggio competitivo del sistema del surety trust si coglie a questo riguardo osservando che esso non impone che si formi una sorta di oligopolio dei finanziamenti in pool come invece avviene nelle prassi di civil law.

(44) Nell'esperienza francese si parla diffusamente di patrimoine d'affectation: cfr. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, 1976; ma ciò non ha impedito che in Francia si sia sviluppato un forte movimento di opinione favorevole alla introduzione di un istituto modellato sull'esempio del trust. Cfr. GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, cit.

(45) La questione meriterebbe peraltro un approfondimento maggiore essendo probabile che alcune dimensioni organizzative richiedano in effetti la creazione di un soggetto separato. La maggiore efficienza del trust si riscontra nelle ipotesi in cui il raggiungimento degli scopi di autonomia privata richiede la creazione di un patrimonio separato, ma non esige che, accanto ad esso, si dia vita ad una apposita struttura organizzativa che lo gestisca. Il costo della persona giuridica è rappresentato infatti da tale necessario apparato organizzativo che, in molte circostanze, è economicamente necessario.

(46) Ciò è detto in generale. In realtà, come si è avuto modo di accennare a proposito della proprietà fiduciaria, la legislazione più recente in materia di organizzazione della gestione del pubblico risparmio introduce spesso forme nuove e puntuali di attività gestoria le quali richiamano più o meno marcatamente il modello del trust. Ciò accade ad esempio nelle già richiamate leggi sui fondi comuni di investimento (l. 23-3-1983, n. 77), sulla amministrazione accentrata di valori mobiliari attraverso la Monte Titoli s.p.a. (l. 19-6-1986, n. 289), ed ancora in quella istitutiva delle S.I.M. (l. 2-1-1991, n. 1, artt. 8, 16 e 17). Un panorama dei problemi in MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, cit., 17.

(47) Ciò rimane vero anche ammettendo l'intestazione fiduciaria dei titoli di credito secondo le forme della c.d. fiducia ger-

manistica. Cfr. *supra*, e le citate opere di JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968; CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in IRTI (cur.), *Dizionari del diritto privato-Diritto civile*, Milano, 1980, 445; e GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatarario*, cit. Tuttavia questa soluzione non elimina il vantaggio concorrenziale del trust. Infatti i meccanismi di civil law non comprendono il tracing e di conseguenza il fiduciario ha ampie possibilità pratiche di intervenire la sua posizione di legittimato alla gestione e disposizione dei beni che gli sono stati affidati. Basti pensare al caso della società fiduciaria che effettui, magari in violazione degli accordi intercorsi con il fiduciante, una gestione in monte, anziché individualizzata, dei depositi di titoli che le sono stati conferiti. Si pensi ancora al caso del fiduciante che aliena i beni che gli sono stati affidati per poter procedere all'acquisto di altri da lui ritenuti più vantaggiosi per il mandante, e ci si chieda se antecedentemente alla ratifica sia agevole sostenere che la proprietà dei medesimi spetta egualmente al mandante. Accenni in tema in TONDO, *Note sul trust: comparazione con una nostra prassi bancaria*, RN, 1993, 53. Anche la dottrina francese è, nella sua maggioranza, ferma nel considerare che la fiducia romanistica rende il fiduciario proprietario e spoglia il fiduciante di ogni posizione di diritto reale. Cfr. MALAURIE e AYNÉS, *Le biens*, cit., n. 765: «La fiducie ne démembre pas la propriété, le fiduciaire est pleinement propriétaire, et bénéficiaire ou fiduciant n'ont sur le patrimoine fiduciaire aucun droit réel».

(48) Cfr. A. D. CANDIAN, *Fondo e fondi. Itinerari paragiuridici tra gli usi linguistici*, GCo, 1998, I.

(49) Cfr. Acte final, partie E, n. 3 della XIV sessione della Conférence de La Haye, siglato il 25-10-1980. La decisione assunta al termine della XIV sessione riprendeva un suggerimento formulato dal Bureau Permanent in una nota del dicembre 1979.

### 9. La Convenzione de L'Aia.

L'Italia ha ratificato tale Convenzione e l'ha resa esecutiva mediante legge 16-10-1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992. Da quest'ultima data per conseguenza il trust è divenuto istituto riconosciuto nel nostro ordinamento (50). Da ciò l'immediato interesse suscitato da tale Convenzione.

Va chiarito che la Convenzione de L'Aia concerne solo i trusts creati per volontà delle parti mediante un atto scritto, essa non riguarda quindi tutte le applicazioni dello schema del trust, ma solo quei tipi di trusts che, sul piano fattuale, operano sui mercati transnazionali. Sotto il profilo economico il problema cui si è fatto costante riferimento nel corso della redazione della convenzione è stato quello di un investimento operato da un trust anglosassone in un paese non trust, e ciò che la Convenzione si è sforzata di ottenere è che tale decisione potesse essere attuata con i minori costi transattivi. Ne è risultata una convenzione che non segue gli schemi tipici delle convenzioni de L'Aia perché il suo nucleo centrale non è costituito dalla predisposizione di norme di conflitto uniforme, quanto dal riconoscimento da parte di un paese firmatario degli effetti di un meccanismo giuridico ancorché esso sia estraneo al suo sistema tradizionale. In breve la convenzione acquista significato solo ove venga ratificata da un paese non trust.

Infatti le norme di diritto internazionale privato in materia di trust appartengono tutte alle esperienze di common law e benché esistano alcune difformità tra esse, le divergenze non appaiono tali da giustificare l'intervento di una apposita convenzione di diritto internazionale privato uniforme (51). La parte rilevante della Convenzione è in realtà quella relativa al riconoscimento e non certo quella relativa alle regole di conflitto e poiché i paesi che già conoscono il trust non prevedono ostacoli al riconoscimento di trusts stranieri, per essi la convenzione de L'Aia non costituisce fonte di novità giuridiche degne di rilievo (52).

Come si è accennato l'Italia è stato il primo dei paesi non trust a ratificare la convenzione e poiché essa, come si evince chiaramente dagli artt. 1 e 11, è «universale» (53) il riconoscimento è dovuto in Italia a tutti i trusts cui sia applicabile il diritto di uno stato che li preveda. Dal punto di vista italiano perciò successive adesioni alla convenzione sono ininfluenti.

In base al testo della legge di ratifica, nel nostro paese dunque il trust è ormai ammesso nei limiti dettati dall'art. 13 della convenzione ovvero nel caso in cui si tratti di un express trust genuinamente creato in un paese che conosca e disciplini il tipo di trust in questione (54). Chiaramente la Convenzione non ha inteso creare un obbligo a carico degli Stati aderenti che non conoscano il trust come istituzione tipica del loro ordinamento interno, di concedere ai loro cittadini od organizzazioni economiche di utilizzare liberamente questo strumento. Una simile scelta spetta solo al singolo paese aderente. Su questo punto occorre apportare una certa chiarezza. La convenzione de L'Aia sul riconoscimento degli effetti dei trusts, benché presenti le particolarità che si sono testé sottolineate, rimane una convenzione in tema di conflitti di leggi e non ha affatto inteso trasformarsi in una convenzione di diritto uniforme. Perciò l'art. 13 di essa è stata una delle norme alla cui formulazione i vari comitati che ne hanno predisposto il testo hanno dedicato la maggior cura. Il loro sforzo è stato uniformemente diretto ad evitare che in conseguenza della adesione alla convenzione il trust divenisse strumento operativo a disposizione della pratica degli affari in un paese non trust (55). Ciò naturalmente non per miopia o per provincialismo, ma per due ottime ragioni. Anzitutto perché un simile risultato era al di fuori delle funzioni statutarie della Conférence de la Haye e dei poteri dei delegati. In secondo luogo perché era evidente agli esperti ed ai delegati dei paesi partecipanti alla quindicesima sessione che il trust non può collocarsi nel vuoto normativo; ma ciò sarebbe stato esattamente quanto sarebbe avvenuto se il meccanismo del trust fosse stato surrettiziamente importato in un paese non trust (56).

È vero infatti che alla sua disciplina avrebbe provveduto il diritto di un paese che conosce il trust cui si poteva agevolmente collegare tramite l'apposita norma di conflitto, ma ciò non sarebbe stato possibile per le norme di applicazione necessaria, non sarebbe stato possibile per le norme fiscali (57) e via dicendo. A parte ciò, l'ostacolo maggiore che si poteva intravedere alla prospettiva di un largo ricorso al trust in un paese non trust era costituito dalla diffusa impreparazione degli operatori del diritto a maneggiare il trust stesso. (58)

In effetti nell'identificare una norma di applicazione necessaria si adotta un criterio teleologico, ovvero si ha riguardo alle finalità che il legislatore ha perseguito quando ha posto in essere la norma di cui si tratta. Proprio tale teleologismo giustifica allora l'applicazione analogica al trust della regola disciplinante la fattispecie funzionalmente analoga. L'operatore del diritto di un paese non trust sarebbe agevolato in questo caso dal fatto che si tratterebbe di fattispecie preidentificata dall'analisi comparativa (59). Ma non ci si poteva, né ci si può nascondere che tutte le volte in cui sia necessario affidare la giurisdizione, intesa in senso assai lato, agli operatori di un paese non trust si crea con ciò un' lacuna critica a parte subiecti (60), poiché costoro sarebbero nella gran parte dei casi posti nell'impossibilità di conoscere che cosa significhino la maggior parte delle regole strutturali di un trust di un determinato tipo. Così, ad esempio, non vi sono dubbi che ciò che è previsto negli artt. 2358 e 2359 c.c. circa le società fiduciarie si applichi anche ad un passivo trust che detenga azioni proprie della società o della controllata perché in tale caso la titolarità del trustee è soltanto formale; ma è da dubitare che tutti gli operatori italiani siano immediatamente in grado di percepire che ciò non accade nel caso in cui le stesse azioni siano detenute da un pension trust ancorché di esso la società holding figuri come settlor.

La Convenzione perciò è assai prudente nell'imporre ai sistemi non trust obblighi che comportino una mobilitazione del loro apparato di amministrazione della giustizia, sempre intesa in senso latissimo. Essi infatti a ben guardare si riducono a due soli. Il dovere, che nel nostro paese chiama in causa soprattutto i conservatori dei registri immobiliari, di consentire la trascrizione della qualifica di trustee accanto al nominativo dell'acquirente. Il dovere, che nel nostro paese chiama in causa soprattutto i giudici, di riconoscere che il trust fund è un patrimonio separato da quello del trustee e perciò non aggredibile da parte dei suoi creditori personali.

sempre sforzati di riconoscerne gli effetti secondo l'intenzione del costituente. Cfr. Cass. Roma, 21-2-1899, *GI*, 1899, I, 1, c. 216 e *FI*, 1900, I, c. 501, con nt. di GABBA; Cass. Napoli, 11-2-1909, in *Tribuna giudiziaria*, 1909, 249 e in *GI*, 1909, I, 1, c. 649 (indicata con la data 29-3-1909); Trib. Oristano, 15-3-1956, *FI*, 1956, I, c. 1019; Trib. Casale Monferrato (decr.), 13-4-1984, *GI*, 1986, I, c. 574, con nt. di CASSONI, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, *RN*, 1985, 240, con nt. COMOGGIO, *Il caso del trustee straniero che agisce in Italia per la vendita di beni ereditari: un dubbio ricorrente di giurisdizione volontaria internazionale*. Un panorama della giurisprudenza italiana in materia di Trust è offerto da LUPOI, *Trust e sistema italiano; problemi e prospettive*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, cit., 101; TONDO, *Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, *ivi*, 117. Analisi delle decisioni giurisprudenziali citate si trovano naturalmente nella letteratura internazionale-privatistica. Cfr. in sintesi: BERNARDI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, XXXV, 1957, 69; MIGLIAZZA, «Successioni (dir. inter. priv.)», in *NN.D.I.*, XVIII, Torino, 1977, 862, 877; LUZZATTO, «Proprietà (dir. inter. priv.)», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 297, 300. Successivamente alla entrata in vigore della convenzione de L'Aia si vedano però FUMAGALLI, *La convenzione de L'Aia sul trust e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, 533; MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contratto e impresa*, 1990, 985.

(51) Contra LUPOI, *Introduzione ai trusts*, cit., 125, il quale all'opposto ritiene che la finalità della Convenzione sia quella di uniformare le norme di diritto internazionale privato in seno ai paesi di common law, posto che queste, in tema di trust, presentano significative divergenze. Personalmente, avendo partecipato a tutti i lavori della conferenza, come esperto designato e poi come rappresentante del governo italiano, ho ricordi un po' diversi. Del resto non solo sarebbe stato noiosissimo per i rappresentanti di Italia, Francia e Germania, che furono tra i più attivi, assistere alla predisposizione di un testo che non li riguardava, ma ben difficilmente il Segretariato e tutto il Bureau Permanent della Conférence avrebbero così a lungo profuso le loro migliori energie per ottenere una convenzione circa l'uniformazione delle norme di conflitto in tema di trust posto che la più parte dei paesi di common law non ha una tradizionale vocazione ad aderire alle Convenzioni de L'Aia.

(52) Cfr. i rilievi contenuti nel *Rapport explicatif* dovuto a von OVERBECK, in *Actes et documents*, cit., t. II, 370 ss.: «Pour les Etats connaissant le trust, le principal intérêt est évidemment de voir reconnaître les trusts de leur droit dans les pays qui ne connaissent pas l'institution (...). L'intérêt des Etats ne connaissant pas le trust apparaît avec moins d'évidence. Ceux-ci pourraient, au contraire, craindre que les principes de leur système juridique ne soient ébranlés par l'intrusion d'une institution étrangère quelque peu inquiétante. A ce propos, il convient de souligner 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».

(53) La questione è stata discussa durante i lavori preparatori della convenzione. La commissione speciale degli esperti aveva predisposto due possibili formulazioni all'art. 1. Secondo la Variante A: «La présente convention détermine la loi applicable au trust; elle organise également sa reconnaissance dans les rapports entre les Etats contractants». Secondo la Variante B: «La présente Convention détermine la loi applicable au trust et organise sa reconnaissance». Quest'ultima versione fu quella adottata in sede di conferenza diplomatica con un piccolo miglioramento lessicale.

(54) Secondo l'art. 13 della Convenzione «Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus

(50) Va detto peraltro che negli sporadici casi in cui i nostri giudici avevano dovuto affrontare il tema del trust in applicazione delle norme di diritto internazionale privato, si erano

étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause».

(55) Il testo dell'art. 13 è stato forse il più discusso durante i lavori preparatori della convenzione. Il comitato degli esperti aveva predisposto due versioni. La prima (art. 14, Variante A) prevedeva che: «Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont tous les éléments, autres que le choix de la loi ou le lieu d'administration du trust, sont situés, au moment de sa constitution, dans des Etats qui ignorent l'institution du trust ou cette catégorie de trust». La seconda (Variante B) prevedeva che: «Aucun Etat contractant n'est tenu de reconnaître un trust, lorsque le constituant a choisi une loi étrangère pour régir le trust ou a désigné un trustee domicilié à l'étranger, alors que tous les autres éléments de la situation étaient localisés dans cet Etat». In sede di conferenza diplomatica si volle adottare una formulazione più rigorosa e precisa della Variante A ai fini segnalati nel testo.

(56) Ritiene invece che la norma sia stata mal concepita LUPORI, *Introduzione*, cit., 146 ss. L'A. parte dall'assunto che la convenzione preveda un trust amorfo, ovvero un meccanismo fiduciario che trova cittadinanza nel diritto di qualsiasi paese, e che non corrisponde al genuino trust di common law. L'intenzione dei redattori fu certamente diversa e trova espressione nell'art. 5 della Convenzione ai sensi del quale è escluso il riconoscimento ove la legge applicabile non disciplini compiutamente il tipo di trust i cui effetti siano oggetto della istanza di riconoscimento.

(57) L'art. 19 della Convenzione prevede che: «La convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale». Tuttavia si tratta di una previsione che lascia liberi gli Stati di regolarsi come meglio ritengono in tale materia, ma che non risolve affatto il problema delle lacune nella disciplina fiscale in un sistema non-trust. Cfr. TUNDO, *Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del trust*, DPT, 1993, I, 1285, ma si veda, in riferimento al diritto inglese: KERRIDGE, *The Taxation of Trust Income*, in 110 L.Q. Rev. 84 (1994). Similmente l'art 16, 1° co., consente espressamente agli Stati aderenti di far ricorso alle proprie regole di applicazione necessaria. Anche tale norma tuttavia non ha rilevante influenza.

(58) Cfr. alcuni accenni in questo senso nei saggi di altri partecipanti ai lavori della Convenzione: GALLIARD e TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, in 35 Am. J. Comp. Law 307 (1987); KÖRTZ, *Die 15 Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des Trust*, in *RebelsZ*, 1986, 562.

(59) Le ricerche comparative che intraprendono tali analisi sono numerose e in buona parte coincidono con quelle che trattano il tema dell'intestazione fiduciaria (cfr. *supra*).

(60) Per questa terminologia cfr. CONTE, *Completezza e chiusura*, in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, ora in CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Studi, Torino, 1989, 33 e 40.

# 10. Il trust in Italia.

Una volta chiarito l'aspetto concernente gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione de L'Aia sul diritto applicabile e sul riconoscimento degli effetti dei trust, è opportuno distinguere tra questo primo aspetto e quello di diritto interno. Se infatti è inevitabile che un trust il quale presenti maggiori elementi di collegamento con il diritto italiano di quanti non ne presenti con il diritto di un paese che riconosce e disciplina quel tipo di trust, non possa facilmente venir riconosciuto in un paese non trust aderente alla convenzione de

L'Aia, la sua posizione rispetto al diritto interno è più dubbia.

I dubbi discendono da quello che potremmo definire l'effetto riflesso dell'adesione dell'Italia alla convenzione de L'Aia. Al riguardo è da premettere che l'Italia non ha corredato la ratifica della Convenzione de L'Aia con una legge di applicazione, come invece è stato fatto in Olanda, per conseguenza non sono stati introdotti confini alla introduzione dello schema del trust nel nostro ordinamento, al di fuori di quelli previsti nel testo della Convenzione medesima, la quale fa espressamente salve le regole di diritto interno ritenute di applicazione necessaria. Però sino ad ora per escludere la riconoscibilità degli effetti di un trust nel nostro ordinamento si è argomentato sulla base della assoluta incompatibilità tra lo schema della doppia proprietà ed i principi cardinali del nostro sistema proprietario. Ora questo argomento non è più valido alla luce della scelta legislativa che da un lato apre il nostro ambiente giuridico ai trust sicuramente provenienti da un sistema che li prevede, dall'altro non ha dettato norme che diano corpo ed attuazione alla «riserva» espressa dall'art. 13 della convenzione; né esso sarebbe riproducibile, sotto mentite spoglie, sostenendo che la legge 16-10-1989, n. 364 è una norma eccezionale soggetta come tale ad una stretta interpretazione, perché in tal modo si darebbe per dimostrato ciò che si deve dimostrare, e cioè che esista ancora un principio di ordine pubblico che vieta ai trust di operare in Italia, dopo che il legislatore ha dimostrato di non credere alla sua esistenza. Né pare possibile ripiegare su concetti aperti come la meritevolezza dell'interesse perseguito, nell'intento di passare al vaglio delle categorie nazionali tradizionali gli effetti di un atto di costituzione di trust, il quale ovviamente rimane un atto dell'autonomia privata (61). Una volta infatti riconosciuto che il trust fa parte del nostro ordinamento, la meritevolezza degli interessi che esso promuove deve essere data per acquisita. Non potrebbe infatti agevolmente ammettersi che sia meritevole di tutela ciò che viene fatto a Londra, mentre non lo sarebbe l'identica operazione posta in atto a Roma, in quanto simile strabismo non solo sarebbe illogico, ma finirebbe con l'ignorare la comunanza di valori che si riscontra sul piano europeo, per chiudersi invece in una ottica, la quale non solo sarebbe eminentemente parrocchiale, ma anche in frontale contrasto con l'evoluzione di tutto il nostro diritto positivo.

In realtà l'adesione dell'Italia alla convenzione de L'Aia sul riconoscimento degli effetti dei trusts ha inevitabilmente aperto una breccia. Non potendo più sostenersi che il trust è un istituto sconosciuto dal nostro diritto positivo si dovrà necessariamente argomentare sulla base di una ricostruzione attenta

del nostro sistema di organizzazione dei diritti patrimoniali sia per sostenere che il giudice italiano, una volta che sia garantita sul piano interno l'esecuzione degli obblighi assunti dallo Stato sul piano internazionale, è tenuto a rifiutare il riconoscimento a quei trusts che l'Italia non è obbligata a riconoscere, sia per sostenere la tesi contraria. Sicuramente però non pare che siano invocabili norme come l'art. 2740 c.c. per sostenere l'esistenza di un principio generale in base al quale si fa divieto all'autonomia privata di conseguire la creazione di patrimoni separati. In primo luogo perché la portata effettiva della norma citata dipende dal contesto normativo e non prevale su di esso (62); in secondo luogo perché dopo l'introduzione nel nostro sistema delle Sim ed EuroSim, dei fondi pensione, della Società unipersonale, invocare la lettura tradizionale dell'art. 2740 c.c. come fonte di un principio di ordine pubblico appare persino un poco ridicolo. Tra l'atto di autonomia privata che serve a dar vita ad una società unipersonale e l'atto di autonomia privata che serve a trasferire irrevocabilmente un insieme di beni ad un trustee, l'art. 2740 c.c. non serve ad istituire alcuna sensata differenza.

D'altro lato è invece sicuro che non possa costituirsi in Italia un trust il quale indichi il diritto italiano come legge applicabile, perché nessuna disciplina del genere esiste nel nostro ordinamento. Coloro i quali ritengono che la Convenzione de L'Aia abbia aperto una breccia sufficiente per consentire il riconoscimento di trusts i quali presentino il collegamento più stretto con il nostro ordinamento anziché con un ordinamento di common law, i quali quindi si denominano come trusts interni (63), ben avvertono la necessità che l'atto costitutivo designi come applicabile la legge di uno Stato il quale riconosca la figura di trust in questione, ancorché per trovarne uno non è necessario andare troppo lontano potendosi applicare il diritto di Malta, il quale è stato reso opportunamente liberale in proposito.

Ciò che si discute è sulla possibilità di indicare come diritto applicabile un diritto straniero anche in riferimento a beni situati in Italia e quindi di derogare per questa via al criterio della *lex rei sitae*, ed al di là di ciò si discute circa la possibilità di indicare come diritto applicabile un diritto straniero anche quando la situazione regolata non presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano.

Rispetto al primo dubbio si deve tuttavia chiarire come esso non abbia motivo di concernere la disciplina proprietaria in senso statico, la quale rimane invariata qualunque sia il titolare dei beni presenti sul territorio nazionale, sebbene l'opponibilità dell'effetto traslativo rispetto ai creditori del settlor of the trust ed ai suoi eredi necessari. Per quanto riguarda questi ultimi il dubbio è presto risolto, posto

che l'art. 15, lett. c) della Convenzione de L'Aia prevede che essa non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni nazionali per quanto riguarda la devoluzione dei beni in base a successione necessaria. Gli eredi necessari del costituente pertanto potranno invocare la disposizioni in materia di riduzione delle donazioni per integrare la loro quota, dovendosi applicare al negozio di trasferimento al trustee la disposizione estensiva di cui all'art. 809 c.c. per quanto riguarda i creditori, ferma restando la esperibilità dell'azione revocatoria, si deve osservare come non esista nel nostro ordinamento positivo una norma espressa simile a quella contenuta nell'art. 3.84, 3° co., del nuovo codice civile olandese, ai sensi della quale non è atto di trasferimento valido l'atto giuridico che non ha lo scopo di far entrare un bene nel patrimonio di colui che lo riceve. Anzi, all'opposto, una simile disposizione di principio sarebbe in contrasto con numerose norme del nostro sistema ad iniziare da tutte le intestazioni fiduciarie per finire con i trasferimenti alle SIM ed ai fondi pensione.

In linea generale invece non pare si possa invocare un divieto assoluto di scegliere come applicabile ad un rapporto una legge diversa da quella dello Stato cui sono riferibili tutti gli elementi sostanziali di esso. Può darsi che ciò possa concretizzarsi in un abuso dello strumento della *lex voluntatis* (64), ma, fatto è che, l'art. 3 della Convenzione di Roma del 19-6-1980, resa esecutiva in Italia con legge 18-12-1984, n. 975, prevede solo che in tal caso non si possa derogare a quelle che la Convenzione stessa definisce come disposizioni imperative dello Stato al quale si ricollegano tutti gli elementi materiali della fattispecie posta in essere. Sicché si ritorna da capo a contemplare il problema della identificazione delle norme di applicazione necessaria.

In realtà il problema imposto dall'adesione dell'Italia alla Convenzione de L'Aia sul riconoscimento degli effetti dei trusts si colloca su due piani diversi a seconda che lo si assuma come un tema di coordinamento sistematico formale delle regole del trust con le altre regole del diritto italiano, oppure lo si intenda come un tema che attiene alle scelte di politica del diritto sottese all'adozione dello schema del trust come modello generale nella gestione della ricchezza nell'interesse altrui.

In quest'ultima direzione, come si è visto, si affiancano alla ricezione dei trusts anglosassoni le numerose discipline che ne mimano più o meno perfettamente il modello in particolari ambiti operativi. Da qui il dubbio che la ratifica della Convenzione de L'Aia non sia altro che uno dei momenti di emersione di un fenomeno più ampio il quale attiene ad una trasformazione di alcune strutture profonde del nostro diritto patrimoniale.

A lato di questa prospettiva se ne pone un'altra la

quale però riguarda i trusts costituiti per ragioni di carattere familiare e non già i trusts di affari. A parte il potenziale uso del trust ai fini della lesione della legittima, di cui si è già detto, in quanto in proposito esiste una apposita ed esplicita disposizione della Convenzione de L'Aia, inserita non senza consapevolezza in quel testo, è da osservarsi come i momenti di frizione tra lo schema del trust ed il nostro sistema successorio siano a prima vista non pochi.

Iniziamo il catalogo dalla norma relativa al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., perché al riguardo è agevole fugare subito ogni dubbio di incompatibilità, in quanto il trust non può essere assimilato ad un patto successorio difettando l'elemento del rapporto bilaterale tra il costituente ed il beneficiario. Si può però proseguire il catalogo ricordando il divieto di sostituzione fedecommissaria di cui all'art. 692 c.c.; ma anche qui il richiamo serve solo per osservare come la ratio politica di tale divieto male si adatti al sistema del trust il quale non congela affatto certe proprietà nella indisponibilità di una linea familiare. Simile osservazione aiuta a percepire il tipo di sfida che l'irruzione dello schema del trust rappresenta per gli ordinamenti di civil law, ad iniziare dal nostro.

Il fatto è che la corsa verso il trust non è altro che una manifestazione episodica della vorticoso circolazione dei modelli oggi in atto in tutti i sistemi occidentali. Ben inteso una circolazione dei modelli è sempre stata all'opera, ma è da chiedersi appunto se oggi non si assista ad una sua accelerazione la quale non è altro che l'accelerazione del mutamento giuridico il quale corrisponde ad un'accelerazione dei mutamenti strutturali delle società occidentali chiamate a vivere una terza rivoluzione tecnologica nello spazio di due secoli. In simile contesto ogni sistema giuridico è chiamato a giustificare le proprie regole sul piano della razionalità economica e sociale, ma gli è vietato di appellarsi alla sistematicità della propria tradizione giuridica (65) la quale peraltro è una sirena che attira solo i giuristi colti, ma lascia del tutto indifferenti gli altri cittadini.

Quando ci si appella al nostro sistema del diritto successorio, levigato da una secolare sapienza causidica, per imporre l'ostracismo a schemi, come quello del trust, ci si dovrebbe anche interrogare sulla vitalità intrinseca del sistema nazionale vigente. Senza simile controllo sulla perdurante ratio politica della disciplina che ci è stata consegnata dalla storia — controllo che, del resto, coincide con quello già invocato sul piano metodologico da François Geny — nessun controllo di coerenza può essere serio perché omette uno dei parametri essenziali della razionalità giuridica, la quale, specie in periodi di forte accelerazione della storia, non si riduce alla sola assenza di contraddizioni logico formali, ma si

estende alla congruenza tra i diversi obiettivi di policy perseguiti dal legislatore.

Non è però sul piano del nostro diritto successorio, il quale in effetti appare più un reliquato storico sopravvissuto in grazia della sua innocuità, che si misura l'impatto dell'irrompere del modello del trust nel nostro sistema giuridico, quello su cui possono manifestarsi effettivi e non irragionevoli momenti di frizione tra la disciplina dei trusts ed alcuni principi tradizionali nelle esperienze giuridiche di civil law. Questi principi possono essere riassunti come segue: a) la disciplina del trust rimette in discussione in modo marcato i rapporti tra proprietà e credito. Sino a qui infatti la dottrina romanistica ha reagito alla pronunciata dissociazione tra titolarità e gestione della ricchezza, assegnando di preferenza ai titolari la posizione formale di creditori. Il trust tende a ricondurre i primi nella categoria dei proprietari non solo sotto un profilo sociologico, ma sotto un profilo giuridico. Perciò la revisione delle costruzioni giuridiche consolidate che il trust impone è anche più profonda di quanto normalmente si ritenga.

b) La tendenza suddetta si approfondisce ove si consenta al beneficiario di un trust di esercitare il diritto di sequela nei confronti dei beni che siano stati illegittimamente sottratti al trust fund (66). Vi è però una certa contraddizione nell'invocare i principi generali del diritto delle obbligazioni quando si vuole imitare la protezione reale di cui gode il beneficiary di un trust. Il problema tuttavia consiste nel fatto che il trust obbliga a ripensare il problema della protezione dei terzi acquirenti dal trustee (67), ed ancora più in là il problema generale della responsabilità patrimoniale. Problema che comunque è alle porte indipendentemente dal ricorso al trust.

c) Il principio dell'unicità del patrimonio del soggetto si collega a quello della responsabilità patrimoniale universale, all'idea che tutto il patrimonio del debitore sia messo in gage verso i suoi creditori. Il trust impone al riguardo una revisione netta e senza possibilità di compromessi. I beni trasferiti con il negozio costitutivo formano un patrimonio separato (68) rispetto a quello del fiduciario-trustee e non possono essere aggrediti dai suoi creditori. Nemmeno però possono essere aggrediti dai creditori del costituente se non tramite azione pauliana e sempre che ne esistano gli estremi.

A dire il vero non si tratta di novità sconvolgenti. Tutti hanno già osservato come la possibilità di costituire persone giuridiche attraverso le quali gestire le attività imprenditoriali o gli affari più rischiosi contraddice al principio della responsabilità illimitata. L'ultimo prodotto di questa tendenza è la figura della società a responsabilità limitata unipersonale, che ripete su scala europea il modello francese dell'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limi-

tée (E.U.R.L.); sicché si può ormai considerare che i discorsi nei quali ci si attarda a concepire le persone giuridiche come una situazione di privilegio possono considerarsi come fuori moda. Piuttosto è il caso di considerare come il trust proprio per il suo amplissimo raggio di azione obbliga a ridiscutere il principio della responsabilità illimitata anche sotto il profilo della tecnica giuridica.

d) Infine, il trust apre la possibilità di costituire meccanismi di garanzia che nei sistemi di civil law come quello italiano, ma, formalmente anche in altri sistemi europei continentali ad iniziare da quello francese sono condannati dal divieto di patto commissorio (69). Anche in questo caso ci si può chiedere se si tratti di un divieto che ha una sua ragion d'essere nella razionalità complessiva del sistema e nei suoi valori di fondo, oppure si regga solo sull'esistenza di una norma positiva che lo contempla. Nel primo caso il divieto costituirebbe un ostacolo alla utilizzazione del trust nel secondo caso si dovrebbe ritenere abrogato il divieto attuale (70).

Tuttavia a fronte di questi «costi», di tipo giuridico formale sta l'alternativa che i circoli finanziari francesi hanno posto al patrio legislatore e che suona press'a poco così: se noi non abbiamo il trust e gli angloamericani sì, e se inoltre i loro trusts possono essere riconosciuti e produrre effetti anche da noi, si creerà un incentivo a trasferire la gestione delle ricchezze francesi a Londra o a New York, ove esse possono essere gestite con strumenti più flessibili e snelli di quelli che noi possediamo; pertanto prima di ratificare la convenzione de L'Aia, occorre che anche la piazza di Parigi sia dotata della possibilità di ricorrere alla figura del trust. Se così è, bisognerebbe essere consapevoli che qualunque ostilità dei giuristi verso le implicazioni della disciplina del trust è una battaglia perduta in partenza.

ANTONIO GAMBARO

(61) In questa direzione cfr. CASTRONOVO, *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 441.

(62) Cfr. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, RDPr, 1995, 319.

(63) Cfr. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 425.

(64) In questo senso cfr. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 399-411.

(65) Non si può tacere il fatto che già in passato in raffronto ad una giurisprudenza attenta a cogliere gli effetti pratici dei trusts ed ad assecondarne le finalità, la nostra dottrina abbia mostrato un attaccamento alle categorie più ossificate che non può non apparire preoccupante. Cfr. le note di CASSONI e COMOGGIO, cit. Particolarmente bersagliata è la decisione di Trib. Oristano, cit. (cfr. LUZZATTO, *op. cit.*, 307; TONDO, *op. cit.*, 125) accusata di non aver inteso la logica dell'istituto. Ciò peraltro senza considerare che nel caso si trattava di un trust for sale collegato ad una successione testamentaria di cui non era destinataria la moglie del de cuius, che figurava invece tra i trustee — gli altri essendo i figli ed eredi — e l'unica cosa che il Tribunale doveva decidere era se la moglie del de cuius era stata ben identificata come

unica legittimata passiva ad un provvedimento di esproprio, o se i figli dovevano necessariamente essere coinvolti.

In generale sull'impossibilità di dare effetti ai trusts nei sistemi francese ed italiano, cfr. MOTULSKY, *De l'impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, in *Rev. crit. de droit intern. priv.*, 1947, 451; OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, in *Rev. crit. de droit intern. priv.*, 1973, 1; BREDIN, *L'évolution du trust dans la jurisprudence française*, in *Rev. crit. de droit intern. priv.*, 1974, 137; ma cfr. anche REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, Paris, 1983, 170. Per la dottrina italiana cfr. CASSONI, *Il «trust» anglosassone quale istituzione giuridica sconosciuta nel nostro ordinamento*, cit.; e, limitatamente a certi effetti, LUZZATTO, *Proprietà (dir. intern. priv.)*, cit., 307.

(66) È singolare notare come nel progetto di legge francese sulla fiducia, espressamente destinato ad imitare il trust, il tracing non fosse mai nominato, né si sia pensato di organizzare una disciplina analoga. I commentatori supposero che ci si potesse affidare alla subrogation réelle ed all'enrichissement sans cause. Così, ad es., ELLAND-GOLDSMITH, *Fiducie et trust*, cit., 242.

(67) La regola che esenta l'acquirente di buona fede dal rispettare l'equitable interest del beneficiary, è nota come Bona Fide Purchaser Rule. Cfr. Restatement, Trusts, Second, §§ 284-294, 316-320; ed il Restatement, Restitution, §§ 172-176. È acquirente di buona fede colui che abbia acquisito i beni del trust *for value* e senza avere «notice» dell'esistenza di un equity interest. Tale «notice», tuttavia, può essere sia actual che constructive. Le circostanze che inducono i giudici a ritenere l'esistenza di una constructive notice, e, di conseguenza, ad escludere che l'acquirente sia in buona fede, sono naturalmente assai varie. Cfr. per un primo panorama nel diritto americano BOGERT, *Trusts*<sup>6</sup>, St. Paul, 1987, 605.

(68) Cfr. MIR. BIANCA, *op. cit.* e A. D. CANDIAN, *op. cit.*

(69) Cfr. nella giurisprudenza francese: Cass. Req., 23 mai 1933, in *D.H.*, 1933, 378; Cass. comm., 13 janvier 1965, in *Bull. civ.*, III, n. 41; Cass. civ., 8 juillet 1969, in *Rev. crit. dr. inter. priv.*, 1970, 75; Cass. civ., 3 mai 1973, in *Rev. crit. dr. inter. priv.*, 1975, 101. Come si è già ricordato nell'esperienza italiana dopo un periodo tendenzialmente liberale la giurisprudenza è tornata sui suoi passi seguendo l'insegnamento di una dottrina ideologicamente orientata. Cfr. Cass., 3-6-1983, n. 3800, *GC*, 1984, I, 1899, e *FI*, 1984, I, c. 212; Cass., 6-12-1983, n. 7271, *Q*, 1984, 347, con nt. di OBERTO; Cass., 16-4-1987, n. 3784, *NGCC*, 1988, I, 139; Cass., S.U., 3-4-1989, n. 1611, *FI*, 1989, I, c. 1427, con nt. di MARCONDA e osservazioni di REALMONTE; Cass., S.U., 21-4-1989, n. 1907, *GC*, 1989, I, 1821, con nt. di COSTANZA. Sul punto cfr. da ultimo LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *RDC*, 1990, I, 219.

(70) Cfr. ALB. CANDIAN, *Note dubbiose sulla ratio del divieto di patto commissorio*, *FI*, 1999, I, 175.

## Tutela e curatela

**Bibliografia:** anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975: PUGLIATTI, *Della tutela e curatela*, in *Comm. c.c.*, di D'Amelio, Firenze, 1940; DEgni, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1943; STELLA-RICHTER e SGROI, *Delle persone e della famiglia*, *Comm. c.c.*, Torino, 1966.

Dopo la riforma del 1975, nell'ambito delle trattazioni generali: DELL'ORO, *Tutela dei minori*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979; BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela, l'emancipazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, IV; JANNUZZI, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Milano, 1984; tra le voci enciclopediche: FERRANDO, «Giudice tutelare», in *NN.D.I.*, III, Torino, 1982, 983; BISEGNA, «Tutela e curatela», in *NN.D.I.*, VII, Torino, 1987, 938.

Per alcuni profili specifici: NATUZZI, *L'istituto giuridico della tutela: osservazioni e proposte*, *ND*, 1987, 261; A.A. VV., *Un nuovo diritto per il malato di mente*, a cura di Cendon, Napoli, 1988; DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1990; Id., «Giudice tutelare», in *Digesto/civ.*, IX, Torino, 1993, 94.