



Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

I limiti della fiducia.

*Sul destino del negozio fiduciario e del trust
nell'ordinamento italiano*

Relatore:
Ch.mo Prof. Stefano Delle Monache

Laureanda:
Chiara Ferrari
Matricola: 2053936

Correlatore
Ch.mo Prof. Torquato Giordano Tasso

Anno Accademico 2025/2026

Indice

Introduzione	5
Capitolo I - Le origini della fiducia	9
1. Introduzione	9
2. La fiducia romana	10
2.1 La fiducia nei rapporti <i>mortis causa</i> : il fedecommesso romano	14
3. La fiducia germanica.....	17
4. Lo <i>use</i> e le origini del trust.....	18
4.1 La centralità della Chiesa	22
5. Conclusione.....	23
Capitolo II - Il negozio fiduciario	25
1. Definizione.....	25
2. Tra fiducia romanistica e germanistica	30
2.1 La fiducia romanistica.....	31
2.2 La fiducia germanistica	32
2.3 Il posizionamento della dottrina italiana	33
2.4 Il superamento della dialettica	34
3. Il rapporto tra il mezzo e lo scopo.....	36
3.1 Eccedenza del mezzo sullo scopo	37
3.2 La potestà di abuso.....	40
3.3 Il superamento della prospettiva	41
4. La struttura del negozio fiduciario	48
4.1 Duplicità.....	49

4.2	Unitarietà.....	52
4.3	Corrispettività e risoluzione per inadempimento	54
4.4	Fiducia dinamica e fiducia statica	65
5.	La causa.....	67
5.1	L'astrattezza e la causa concreta	67
5.2	La <i>causa fiduciae</i>	71
6.	Sull'ammissibilità	74
6.1	L'invalidità del <i>numerus clausus</i> : tra ossequio e insofferenza	75
6.2	La proprietà e la fiducia	80
6.2.1	La proprietà in generale	81
6.2.2	La proprietà fiduciaria.....	83
6.3	Tra causalità ed astrattezza.....	95
6.4	Il negozio causale tipico adattato a scopi fiduciari	98
7.	Proposte legislative per un contratto di fiducia tipico.....	100
Capitolo III - Il <i>trust</i> : tra l'ordinamento di origine e la Convenzione dell'Aja...		105
1.	Introduzione	105
2.	Il <i>Trust</i> nell'ordinamento di origine	106
2.1	Definizione.....	107
2.2	I doveri del <i>trustee</i> e le violazioni del <i>trust</i>	115
2.3	Il polimorfismo dei <i>trust</i>	121
2.4	La fortuna del <i>trust</i>	125
3.	La Convenzione dell'Aja del 1985	127
3.1	La nozione di <i>trust ex art. 2</i>	128
3.2	La legge del <i>trust</i> e il riconoscimento	131
4.	L'ordinamento italiano e il <i>trust</i> interno	133

4.1	Il <i>trust</i> interno e l'incapacità	138
4.1.1	La legge sul “dopo di noi”	153
4.2	Il <i>trust</i> interno come strumento successorio.....	162
4.2.1	Le vicende successorie dell'impresa e dei beni produttivi.....	176
4.3	Il <i>trust</i> interno per la soluzione della crisi d'impresa.....	182
5.	Conclusioni	192
Conclusioni		203
BIBLIOGRAFIA.....		213

Introduzione

La fiducia consiste nell'affidamento di diritti che attengono alla propria sfera giuridica a un soggetto incaricato del compito di gestirli secondo specifiche indicazioni sulla base della sua affidabilità¹.

La fiducia, d'altra parte, rappresenta un istituto che attraversa la storia del diritto, affermandosi trasversalmente nelle varie epoche e in una molteplicità di ordinamenti, europei e non². A riprova della sua capacità unica di rispondere ad esigenze fondamentali del mondo economico, dopo ogni battuta di arresto, la fiducia si è imposta nuovamente, con forme e contenuti evoluti³. Si assiste, dunque, a un andamento altalenante di scoperta, abbandono e riscoperta di mezzi giuridici volti a farsi carico delle esigenze fiduciarie, della necessità di affidare i propri beni a un terzo perché li gestisca conformemente alle indicazioni ricevute. Adottando uno sguardo evolutivo, si propone di studiare le attuali tensioni innovative che spingono la fiducia verso nuovi approdi.

In particolare, la presente ricerca si concentra sulle pratiche fiduciarie che si sono affermate nel contesto italiano, caratterizzato dall'assenza di una disciplina positiva in materia che cristallizzi le forme accolte nell'ordinamento.

Si indugia, in primo luogo, sul negozio fiduciario. Si tratta del meccanismo fiduciario di tradizione civilistica. Erede degli schemi romani e delle interpretazioni pandettistiche degli stessi, il negozio fiduciario presenta delle tensioni che la dottrina e la giurisprudenza non riescono a pacificare.

¹ CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, CEDAM, 1933, p.5; GRASSETTI G., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936, p.548.; MESSINA G., *I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, in *Scritti giuridici, vol.1*, Giuffrè, 1948, p.6; PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951; LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, 1964, p.9; TRIMARCHI V.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p.35; PUTTI P.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2003, p.913; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p.197.

² GVELESIANI I., *The Origin of the Trust. A Comparative Linguistics and Law Perspective*, Springer, 2024, p.24; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p.36.

³ SANTORO L., *op.cit.*, p.1; MESSINA G., *Scritti giuridici, vol.1, I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, Giuffrè, 1948, p.1.

Rispetto al dibattito dottrinale che circonda la figura, si indagano i punti più controversi della disciplina del negozio fiduciario. In primo luogo, si esamina il rapporto tra il mezzo e lo scopo e se tra i due elementi sia ravvisabile una sproporzione. Secondo questa interpretazione, il fiduciario sarebbe investito di poteri eccedenti rispetto allo scopo che le parti vogliono conseguire. In secondo luogo, ci si sofferma sulla struttura del negozio fiduciario. In questo ambito si scontrano gli interpreti che costruiscono il negozio fiduciario come la somma di due distinti e autonomi negozi e gli interpreti che, al contrario, sostengono l'unitarietà dell'operazione. Si procede, quindi, con lo studio dell'elemento causale in relazione al trasferimento di diritti che si verifica nel negozio fiduciario. Parte della dottrina non ritiene riscontrabile alcuna causa, condannando il negozio fiduciario all'instabilità che caratterizza i negozi astratti. Altri studiosi, invece, parlano di una specifica declinazione causale, la c.d. *causa fiduciae*. Infine, si verifica l'ammissibilità del negozio fiduciario nel sistema di diritto italiano.

In particolare, si propone un andamento di tipo dialogico per cui sono presentati i nodi concettuali secondo l'impostazione tradizionale accanto alle interpretazioni che tentano di scioglierli per cercare di giungere a una sintesi.

In secondo luogo, si passa ad analizzare la figura del *trust*. In particolare, si configura un *trust* quando viene affidato al *trustee* un insieme beni e/o diritti, *trust property*, per il perseguimento di determinati fini o nell'interesse di altri soggetti, i beneficiari o *cestuis que trust*⁴⁴. Si studiano le peculiarità di questa figura, proponendo un'indagine funzionale all'affermazione del *trust* nel contesto italiano.

Infatti, l'istituto sorto nei sistemi di *Common Law* si è affacciato nei sistemi di *Civil Law* a partire dalla Convenzione dell'Aja del 1989 che disciplina il riconoscimento del *trust* da parte dei sistemi che non lo prevedono. Il testo internazionale, che pure si propone di introdurre l'istituto di *Common Law* nei sistemi che appartengono alla famiglia giuridica opposta, dà vita a un modello nuovo, parzialmente differente dalle premesse.

⁴⁴ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Sixteenth Edition, Butterworths, 2003, p.1.

Inoltre, per come viene formulata, la Convenzione dell'Aja, ratificata dall'Italia nel 1992, dà vita a un fenomeno peculiare nel sistema italiano: il c.d. *trust* interno. Si tratta del modello utilizzato dagli operatori economici italiani per istituire un *trust* in assenza di una disciplina positiva che lo permetta. Infatti, disponenti con nazionalità o residenza italiana affidano le proprie ricchezze site sul territorio a *trustee* con nazionalità o residenza italiana, sottoponendo, però, tale conformazione a una legge straniera così da poter rientrare nell'alveo della Convenzione.

In particolare, ci si sofferma sull'impiego di tale strumento in tre ambiti particolarmente sensibili dell'ordinamento: protezione dei soggetti privati parzialmente o totalmente della capacità, pianificazione successoria, gestione della crisi di impresa. Analizzare l'impiego del *trust* interno relative a questi temi permette di apprezzare l'estrema flessibilità dello strumento, capace di rispondere alle esigenze più varie, ma anche le difficoltà rispetto alla compatibilità rispetto un ordinamento che non prevede tale sistema di segregazione patrimoniale.

Capitolo I - Le origini della fiducia

1. Introduzione

Chi studia la fiducia da storico è costretto a rilevare la morte di un istituto, ad analizzare una figura svanita nella storia del passato giuridico⁵. La fiducia, infatti, dopo essere fiorita in epoca romana classica, svanisce in epoca imperiale. Parimenti sorge in epoca medioevale per scomparire una seconda volta. Nondimeno, lo studio dei precedenti storici è fondamentale per le suggestioni che tali fenomeni hanno esercitato sulla conformazione della realtà giuridica attuale in ambito fiduciario. Infatti, grazie alla mediazione della pandettistica, la realtà giuridica del passato si è connessa alle soluzioni moderne in tema di fiducia⁶.

Si assiste, così, a un andamento ondivago per cui si scoprono, abbandonano e riscoprono strumenti in grado di rispondere alle esigenze fiduciarie, alla necessità di affidare i propri beni a un terzo perché li gestisca conformemente alle indicazioni ricevute.

L'indagine che segue si concentra in primo luogo sui dati esperienziali del mondo romano e del mondo germanico, ai fini di investigare le origini del negozio fiduciario. Rispetto al primo profilo, si analizzano le analogie e i tratti differenzianti la fiducia nel diritto romano e in quello germanico-comune. Infatti, entrambi i sistemi prevedono lo schema giuridico di concessione di un potere giuridico ad un fiduciario per il conseguimento di uno scopo più ristretto, ma sono profonde le differenze relative alla consistenza delle due esperienze.

L'analisi, invece, in un secondo momento si sposta in ambito anglosassone per sondare lo *use*, terreno da cui è sorto il trust. Si verificano le diverse opzioni ricostruttive per concentrarsi sul ruolo che ha giocato la Chiesa nell'evoluzione della fiducia medioevale. Proprio l'approccio storico comparativo ha rivelato un

⁵ SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 1; MESSINA G., *Scritti giuridici, vol. I, I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, Giuffrè, 1948, p. 1

⁶ VACCA L., *I negozi fiduciari nell'esperienza giuridica romana*, in *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022, p. 12.

nucleo fondamentale comune al fenomeno fiduciario nelle esperienze giuridiche del passato europeo, forse da rapportarsi a una matrice storica indoeuropea unitaria.

2. La fiducia romana

La fiducia è uno schema negoziale ampiamente diffuso nella romanità come dimostrato dalle numerose fonti che se ne occupano: Plauto, Cicerone, Probo, Pomponio, Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino⁷...

Tradizionalmente gli autori che si occupano di negozio fiduciario, tendono a concentrare l'analisi storica rispetto a quanto tramandato da Gaio⁸. La figura della fiducia, in questo modo, viene erroneamente limitata alle due figure riportate nelle *Istituzioni* —fiducia *cum amico* e *cum creditore*⁹. Questa configurazione del negozio fiduciario si è imposta e ha portato i romanisti a ridurre la fiducia allo schema del contratto reale, nascondendo le molteplici forme di cui Gaio non parla¹⁰.

La dottrina più recente, invece, si caratterizza per l'apertura agli altri schemi negoziali, risultando capace di evidenziare la vastità di un fenomeno, quello fiduciario, che ha vissuto una propria evoluzione. Proprio lo studio delle esperienze pregaiane permette di confermare la bontà di questa impostazione e rilevare la polivalenza dello schema negoziale fiduciario¹¹.

In effetti, dalla lettura delle fonti pregaiane si rileva un vasto spazio di applicazione della fiducia¹². L'adempimento dell'obbligo fiduciario, in questa prima fase, ha mera rilevanza etico-sociale e la sua unica garanzia consiste nel timore della

⁷ Si indicano solo alcune delle fonti esaminate da BERTOLDI F., *Il negozio romano nel diritto romano classico*, Mucchi, 2012.

⁸ Tale tendenza si afferma già nella scuola della pandettistica e viene sposata anche in ambito italiano. Tra gli altri, si considerino gli studi di SEGRÉ, CARIOTA FERRARA, MESSINA che sono approfonditi nel seguito dell'indagine. SEGRÉ T., *Sul trasferimento della proprietà di merci a scopo di garanzia e i suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva del dominio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, a cura di S. Galgano, vol. II-III, Giuffrè, 1929; CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, CEDAM, 1933; MESSINA G., *I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1948.

⁹ VACCA L., *op. cit.*, p. 12.

¹⁰ VACCA L., *op. cit.*, p. 12.

¹¹ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 11.

¹² BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 209; MILANI M., *La 'fiducia' in diritto romano. Atti costitutivi, causa, oggetto*, Jovene, 2022, p. 177.

riprovazione sociale conseguente alla violazione della *fides*, valore etico-religioso profondamente radicato nella romanità¹³.

Il meccanismo fiduciario è testimoniato fin dall'epoca di Plauto¹⁴. Il commediografo richiama una fiducia con valenza giuridica impiegata per finalità di deposito¹⁵. Dagli scritti ciceroniani, peraltro, emerge che è già conosciuta l'*actio fiduciae*¹⁶. Si tratta di un'azione che sanziona ogni comportamento doloso di chi infrange la *fides* ed è principalmente finalizzata alla *restitutio* del bene¹⁷. A partire dal I secolo d.C, invece, la fiducia assume la struttura di un trasferimento formale della proprietà completata da un'obbligazione finalizzata a contenere l'effetto attributivo nel tempo¹⁸.

Ad ogni modo, la ricostruzione storica della fiducia all'interno dell'esperienza romana si basa principalmente sulle *Institutiones* di Gaio a partire dalla scoperta del manoscritto gaiano che tratta il tema nel 1816¹⁹. Il negozio fiduciario sorge per mezzo di una *datio*, con il trasferimento della proprietà, mediante la *mancipatio* o *in iure cessio*²⁰. Infatti, il diritto romano non conosce il principio del consenso traslativo e dunque la *causa fiduciae* non giustifica il trasferimento della cosa in seguito alla *datio*, ma è necessario ricorrere ad atti solenni come *mancipatio* e *in iure cessio*²¹. Ciò è completato da un *pactum fiduciae* per regolare il rapporto tra le parti²². In questo modo nasce l'obbligazione gravante sul fiduciario di ritrasferire la cosa al fiduciante con una *mancipatio* o *in iure cessio* in senso inverso. Lo stesso

¹³ SANTORO L., *op. cit.*, pp. 8-9; VACCA L., *op. cit.*, p. 15.

¹⁴ Plaut.*Epidic.* 696-701; Plaut.*Most.* 34-38; Plaut. *Aul.* 584-586; Plaut.*Trinumm.* 116-122 e 140-144.

¹⁵ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 24.

¹⁶ Cic. *p. Caec.*, 3 e 7; Cic. *p. Rosc.com.* 6 e 17; Cic.*ad fam.* 7, 21,2; Cic.*de off.* 3,17,70.

¹⁷ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 27; GROSSO G., voce *Fiducia*, in *Enc.dir.rom.*, XVII, Giuffrè, 1968, p. 387.

¹⁸ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 209.

¹⁹ VACCA L., *I negozi fiduciari nell'esperienza giuridica romana*, in *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022; Gai, *Inst.* 2.60: *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa ususcapio competit.*

²⁰ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 211; GROSSO G., *op. cit.* p. 384; GROSSO G., *op. cit.*, p. 384; DIURNI G., voce *Fiducia e negozio fiduciario* (storia), in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1992, pp. 288 ss.

²¹ MILANI M., *op. cit.*, p. 49.

²² GROSSO G., *op. cit.*, p. 387.

storico, però, indica che in alternativa si raggiunge lo stesso scopo con l'*usurectio*, particolare forma di usucapione a favore del fiduciante²³. Il meccanismo dell'*usurectio* permette al fiduciante di riacquistare la proprietà dei beni, anche immobili, con il semplice possesso per un anno, in deroga alla regola generale delle XII Tavole che richiede due anni di possesso per l'*usucapio* degli immobili²⁴. In generale, il *mancipio dans* fiduciante compie la *datio fiduciae causae*, confidando nell'onestà del *mancipio accipiens* fiduciario che acquista la piena titolarità dei beni *erga omnes*.

Nelle *Institutiones* sono indicate due figure, perdendo alcuni degli impieghi che la fiducia aveva ricoperto in precedenza: *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*²⁵.

La *fiducia cum amico* conferisce al fiduciario il potere di amministrazione dei beni sulla base delle sue qualità personali²⁶. Utilizzata perlopiù per raggiungere finalità analoghe a quelle del comodato, del mandato o del deposito, tale strumento può perseguire anche scopi non meritevoli di tutela²⁷. Si pensi all'accordo tra fiduciante e fiduciario per sottrarre beni alla garanzia patrimoniale generica o eludere le disposizioni in tema di legittimari o le previsioni fiscali.

La *fiducia cum creditore*, invece, persegue una funzione di garanzia reale del rapporto obbligatorio: il fiduciante trasferisce al fiduciario creditore un bene che gli sarà restituito in caso di esatto adempimento dell'obbligazione o sarà trattenuto in caso di inadempimento²⁸. Rispetto alla *fiducia cum creditore* si deve tenere in mente anche la *Tabula Baetica* che riporta un formulario per la redazione di documenti probatori in ambito di *fiducia cum creditore*²⁹. Secondo gli interpreti, la tavola individua due diverse *mancipationes* che danno vita a un rapporto di fiducia sulla base di un *pactum conventum* tra fiduciante e fiduciario³⁰.

²³ SANTORO L., *op. cit.*, p. 8; GROSSO G., *op. cit.*, p. 386.

²⁴ MILANI M., *op. cit.*, p. 50.

²⁵ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 111; MILANI M., *op. cit.*, p. 11.

²⁶ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 115; GROSSO G., *op. cit.*, p. 385.

²⁷ BERTOLDI F., *op. loc.cit.*; SANTORO L., *op. cit.*, p. 7.

²⁸ BERTOLDI F., *op. cit.*, p. 116; SANTORO L., *op. loc.cit.*; GROSSO G., *op. loc.cit.*

²⁹ Si tratta di una lamina bronzea datata al I, o al massimo al II secolo d.C., trovata nei territori della provincia iberica.

³⁰ MILANI M., *op. cit.*, p. 57.

Tale breve ricognizione mette in luce l'evoluzione della fiducia dalle origini all'età classica, quando la casistica risulta più nutrita rispetto alle fattispecie gaiane³¹. Tali applicazioni della fiducia sono il riflesso di una comunità statuale in cui la solidarietà si esprime nel rapporto istituzionale dell'*amicitia*, riflessa nella *fides*³².

In effetti, l'istituto comincia a vacillare proprio nel momento storico caratterizzato dalla scomparsa dell'elemento fondamentale dell'*amicitia* e dal sistema-etico valoriale che la nutriva³³. Alla fine della fase classica, la formazione di una società di sudditi sottoposti al potere assoluto dell'imperatore comporta il tramonto del negozio fiduciario. L'autonomia privata perde rilievo in un'età in cui l'imperatore è l'unica fonte del diritto. La progressiva scomparsa della fiducia è da ricollegarsi anche al declino di *mancipatio* e *in iure cessio* in epoca postclassica³⁴.

Questo fenomeno ha delle ricadute anche sulla possibilità di ricostruire il fenomeno da un punto di vista di storia del diritto. Infatti, non più utilizzata nel mondo postclassico, la fiducia è eliminata dalla compilazione di Giustiniano³⁵.

Ad ogni modo, il negozio fiduciario, nell'esperienza romana, costituisce uno strumento nelle mani dell'autonomia privata per il raggiungimento di scopi che né altri negozi tipici, né altri negozi atipici possono realizzare³⁶. Per questo motivo, il vuoto che si viene a creare con la scomparsa della fiducia di epoca classica è presto colmato da nuovi istituti fondati sulle stesse esigenze.

³¹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 8; Bertoldi F., *op. cit.*, p. 111; MILANI M., *op. cit.*, p. 11.

³² VACCA L., *op. cit.*, p. 13.

³³ SANTORO L., *op. cit.*, p. 8.

³⁴ MILANI M., *op. cit.*, p. 129; GROSSO G., *op. cit.*, p. 385.

³⁵ VACCA L., *I negozi fiduciari nell'esperienza giuridica romana*, in *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022, p. 11.

³⁶ SANTORO L., *op. cit.*, p. 12.

2.1 La fiducia nei rapporti *mortis causa*: il fedecompresso romano

Il profilo in cui si rileva una maggiore linea di continuità storica tra l'epoca romana e quella successiva è rappresentato dalla fiducia nelle vicende *mortis causa*³⁷. Più in particolare, è interessante esaminare la figura della *mancipatio familiae*.

Essa viene posta in essere da chi si trova in imminente pericolo di vita (*si subita morte urgebatur*) e non può disporre un testamento nelle forme ordinarie (*calatis comitiis* oppure *in procinctu*).

Consiste in due atti solenni: l'alienazione di tutti i beni (*familiam suam, id est patrimonium suum*) ad un amico con l'intesa di trasferire i beni ai soggetti da lui indicati e l'offerta dell'eredità all'erede che deve solo accettarla dopo la morte del testatore³⁸. L'amico (*familiae emptor*) acquista la titolarità di tali beni e l'esecuzione della volontà del *de cuius* è rimessa al rispetto della *fides*, non essendo garantita da alcuna sanzione giuridica³⁹.

Nel caso in cui all'acquisto da parte del *familiae emptor* non segua immediatamente la morte del disponente, si pone un delicato problema circa l'individuazione dell'esatto momento dell'acquisto dei beni⁴⁰. Da una certa epoca in poi l'effetto della *mancipatio* si verifica al momento della morte del disponente ed è subordinato alla sopravvivenza del *familiae emptor*⁴¹. Tuttavia, è da escludersi che anche all'origine dell'istituto gli effetti fossero prodotti a partire dalla morte del disponente. La *mancipatio* era costruita come uno strumento *inter vivos* e, nel lasso di tempo tra il negozio e la morte del disponente, il *familiae emptor* svolge anche funzioni amministrativo-gestorie⁴². Così, il *familiae emptor* non si limita al semplice ritrasferimento dei beni ai soggetti designati dal disponente alla sua morte,

³⁷ SANTORO L., *op. cit.*, p. 13.

³⁸ Gai, Inst., 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet*; GVELESIANI I., *The Origin of the Trust. A Comparative Linguistics and Law Perspective*, Springer, 2024, p. 41.

³⁹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 13.

⁴¹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 13.

⁴² SANTORO L., *op. cit.*, p. 14.

ma amministra e gestisce il patrimonio affidatogli nel lasso temporale tra l'acquisto dei beni e la morte del disponente.

Successivamente tale profilo viene meno perché la *mancipatio familiae* assume il carattere di atto unilaterale *mortis causa* e ha effetto a partire dalla morte del disponente, a patto della sopravvivenza del *familiae emptor*, e le esigenze, cui originariamente si risponde con l'impiego di tale istituto, vengono successivamente soddisfatte dal fedecommissio⁴³.

Il legame del fedecommissio con la fiducia è rivelato dalla terminologia impiegata dalle fonti romane: *heres fiduciarius* o *hereditas fiduciaria* sono utilizzati sinonimicamente a *hereditas fideicommissa*⁴⁴. Il *de cuius*, imponendo all'erede l'obbligo di restituire tutta o una parte dell'eredità ad un soggetto, beneficia indirettamente il fedecommissario.

Tale regime comporta gravi problematiche. In primo luogo, si pone il problema del rispetto della volontà del *de cuius*: in origine l'erede è vincolato solo sul piano della *fides* e non esiste uno strumento idoneo a garantire il trasferimento dei beni al fedecommissario⁴⁵. Inoltre, vi è il rischio che il rifiuto dell'eredità faccia cadere il fedecommissio. Infine, si pone anche la questione relativa alla tutela dei terzi creditori il cui credito sia parte della *hereditas fideicommissa*: questi non hanno titolo contro il fedecommissario a causa dell'intrasferibilità dei debiti e dei crediti⁴⁶.

In epoca neroniana, nel 56 d.C., il senatoconsulto *Trebellianum* stabilisce che l'*hereditas fideicommissa* sia da considerarsi trasferita al fedecommissario al momento convenuto con l'erede e, dunque, che l'erede sia tale solo fino a quello stesso momento⁴⁷. Nelle more, l'erede gestisce i beni oggetto del fedecommissio, con il vincolo della responsabilità per colpa qualora non avesse conservato il valore

⁴³ SANTORO L., *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴ *Digesto*, XXXVI, 1, 46 e 69; XII, 1,9.

⁴⁵ SANTORO L., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶ SANTORO L., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁷ SANTORO L., *op. cit.*, p. 15.

Gai Institutiones, 2.253: *Postea Nero[nis] Caesaris temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta esset, actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur; cui ex fideicommissio restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum coeperunt praetores utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem dare, quasi heredi et in heredem.*

economico dei medesimi. Al momento del trasferimento, il fedecommissario acquista la qualità di *heredis loco* con effetto retroattivo⁴⁸. In tal modo acquista anche debiti e crediti gravanti sui beni.

Tra il 69 e il 70 d.C., sotto Vespasiano, è emanato anche il senatoconsulto *Pegasianum*⁴⁹. Si estende l'istituto della *quarta Falcidia* ai fedecommissi: un quarto dell'intero asse ereditario è riservato ai chiamati a titolo di erede. In questo modo l'erede ha interesse ad accettare l'eredità, anche se gravata da un fedecommissio a titolo universale⁵⁰. Di conseguenza, i fedecommissi disposti oltre il limite stabilito sono suscettibili di venire proporzionalmente ridotti per garantire la *quarta Falcidia*. Inoltre, per assicurarsi che l'erede acquistasse l'eredità, in modo da garantire il fedecommissio, si riconosce in favore del fedecommissario un diritto a costringerlo a ciò. In quest'ultimo caso l'erede non riceve dall'eredità stessa alcun danno o alcun vantaggio, perdendo il diritto alla *quarta Falcidia*.

In epoca giustinianea il sistema viene semplificato e le due figure sono sovrapposte e ricondotte a unità⁵¹. Inoltre, il fedecommissario è ritenuto effettivamente erede, anche se l'etichetta formale resta riservata all'istituto.

La ricognizione dell'istituto del fedecommissio permette di dimostrare come i fedecommissi non siano impiegati prevalentemente con scopi fraudolenti⁵². Nonostante le fonti riportino casi in cui si ricorre all'istituto per superare i divieti imposti dalla legge in relazione alla disposizione in favore di donne, minori o stranieri, non si può limitare la figura a ciò. Inoltre, lo studio delle origini storiche dimostrano che il fedecommissio romano non consiste nel ritrasferimento dei beni da parte dell'erede, ma nel compimento di una serie di attività non specificamente

⁴⁸ SANTORO L., *op. cit.*, p. 16.

⁴⁹ Gai institutiones, 2.254: *Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam rogabantur restituere, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id exstinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur.*

⁵⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 16.

⁵¹ Inst. Iust. 2.23.5: *Sed cum senatusconsultum Trebellianum (...) quodammodo confundeatur con senatusconsulto Pegasiano (...) nos, perosi huiusmodi scrupulositatem, uno et lucido senatusconsulto Trebelliani iura composuimus, ut (...) et quartam partem habeat et actiones pro rata parte ad utrumque concurrant.*

⁵² SANTORO L., *op. cit.*, p. 18.

individuare. In effetti, in un passaggio del Digesto, si dà notizia di un fedecommesso costituito da Lucio Lentulo a carico dell'imperatore Augusto, suo erede, *ut facere aliquid*⁵³. Si può qui ravvisare una conferma dell'idea di fiducia moderna per cui l'affidamento non attiene al trasferimento dei beni, ma al raggiungimento degli scopi individuati da parte del fiduciante

3. La fiducia germanica

Diversi istituti di diritto consuetudinario barbarico presentano punti di contatto con la fiducia romana. Tuttavia, nonostante il riferimento lessicale alla fiducia nelle fonti medievali e l'apparente analogia con la fiducia romana, scendendo in profondità tali atti si differenziano dalla stessa⁵⁴.

È possibile intravedere alcuni elementi della fiducia romana nell'istituto dell'*affiduciatium* di diritto longobardo⁵⁵. Si tratta di una forma particolare di pegno in cui il debitore trasmette al creditore il possesso di dati beni perché questi ne usi fino alla soddisfazione del suo credito⁵⁶. A meno di pattuirlo espressamente, la proprietà resta in capo al debitore e il creditore ottiene il mero possesso dei beni⁵⁷.

Tra il IX e l'XI secolo si fa strada nel diritto longobardo una forma particolare di disposizione fiduciaria che permette a un soggetto di compiere un'attribuzione con effetti *inter vivos* o *mortis causa*⁵⁸. Ciò è permesso dall'intermediazione di un altro soggetto a cui trasferisce la piena proprietà dei beni per mezzo di una regolare compravendita, indicando contestualmente i soggetti a cui ritrasferire i beni stessi. Si realizza un trasferimento pieno ed illimitato del diritto di proprietà in favore di un soggetto, dalla cui *fides* dipende l'adempimento delle disposizioni dell'alienante in assenza di tutela sul piano legale. Dunque, manca il dato romano che ricollega

⁵³ Gai, 2.25 pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius impleset, cuius deinceps reliqui auctoritatem secuti fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata quae iure non debebat solvit.*

⁵⁴ SANTORO L., *op. cit.*, p. 24.

⁵⁵ *Edictum Rothari*, c. 224.

⁵⁶ DIURNI G., *op. cit.*, pp. 288 ss.

⁵⁷ SANTORO L., *op. cit.*, p. 24.

⁵⁸ SANTORO L., *op. cit.*, p. 25.

alla fiducia legale la coazione legale: le disposizioni fiduciarie di diritto consuetudinario si fondano propriamente sull'affidamento, sul rispetto della *fides*⁵⁹. Non si può escludere che tale natura meramente fiduciaria sia giustificata dal forte sentimento religioso che caratterizza quella società.

Ad ogni modo la vicinanza alla fiducia romana è più evidente nelle figure del diritto longobardo che rappresentano l'antecedente storico dell'esecutore testamentario⁶⁰. Istituto nato nell'VIII secolo in relazione all'esecuzione di liberalità pie, dal XII secolo amplia la sfera applicativa e ricomprende anche disposizioni a contenuto privatistico⁶¹. La figura dell'esecuzione testamentaria nasce nel diritto consuetudinario sul piano della mera *fides*, solo in un secondo momento viene legislativamente regolamentato, prevedendo anche la coazione legale. Le fonti riportano l'intervento di un soggetto, *manusfidelis*, chiamato a realizzare una *donatio pro anima* o ad adempiere una serie di obblighi⁶². Il *manusfidelis* acquista la proprietà piena dei beni per farne un uso determinato.

Si colloca in un simile orizzonte l'istituto del *Salmann* del diritto germanico⁶³. Tuttavia, questo istituto si esplica anche rispetto ad atti di alienazione *inter vivos*. In particolare, le fonti rivelano il ricorso a questa figura per beneficiare enti religiosi, conservare il patrimonio di un soggetto qualora dovesse intraprendere un viaggio lungo o partire per una guerra, tutelare la vedova o il figlio e tutti i soggetti a cui la legge preclude l'acquisto della proprietà di beni⁶⁴.

4. Lo *use* e le origini del trust

Non è possibile capire l'essenza del *trust* senza analizzarne le sue origini perché si tratta di un istituto giuridico profondamente radicato nella storia del diritto inglese⁶⁵. Il *trust* moderno, sviluppato sulle radici dello *use*, è uno dei figli della

⁵⁹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 26; DIURNI G., *op. cit.*, pp. 288 ss.

⁶¹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 26.

⁶² SANTORO L., *op. cit.*, p. 27.

⁶³ *Edictum Rothari*, c. 172; *Leges Liutprandi*, c. 6; *Cartul. Lang.*, Formula 15; GVELESIANI I., *op. cit.*, p. 59.

⁶⁴ SANTORO L., *op. cit.*, p. 27.

⁶⁵ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 58.

battaglia di Hastings del 1066⁶⁶. Infatti, dopo che il normanno duca Guglielmo vince l'esercito anglosassone e diviene re di Inghilterra, la società è strutturata secondo il sistema feudale importato dal nord della Francia⁶⁷. Questa struttura organizzativa societaria prevede che solo la Corona sia legittima proprietaria della terra, nonostante sia affidata ai *lord* locali che ne hanno la mera gestione o che subconcedono la terra a vassalli di rango inferiore⁶⁸. Non è, invece, condivisibile la ricostruzione in voga nel XIX secolo che individua una derivazione diretta dello *use*, diretto antenato del *trust*, da istituti della tradizione romana⁶⁹. L'istituto medievale dello *use*, dunque, nasce in relazione alla strutturazione feudale della proprietà terriera: il *lord* concede la terra al vassallo che contestualmente si impegna in una serie di obbligazioni accessorie, prestazioni a carico del vassallo in favore del *lord*⁷⁰.

Allo stesso tempo, l'antenato del *trust* è impiegato anche per aggirare i divieti relativi agli ordini religiosi in tema di proprietà: in linea con il voto di povertà, questi non possono essere titolati di alcuna proprietà⁷¹. I benefattori, quindi, sono obbligati a trasferire i propri diritti immobiliari a soggetti che li gestiscono nell'interesse degli ordini religiosi⁷².

La vita dello *use* è tradizionalmente suddivisa in quattro fasi differenti⁷³. La prima si sviluppa lungo il XV secolo ed è caratterizzata dal riconoscimento formale dell'istituto a seguito dell'intervento del *Chancellor* e delle Corti di *Equity*⁷⁴. Di fronte al moltiplicarsi delle doglianze delle cause che riguardano *uses*, la giurisdizione di *Equity* si incarica di rispondere a un'esigenza sociale divenuta ineludibile⁷⁵. Così, i cancellieri del Re intervengono —nella loro funzione di

⁶⁶ RUSSO T.V., *Il Trust*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni scientifiche italiane, 2023, p. 2; GVELESIANI I., *op. cit.*, p. 51.

⁶⁷ BARTOLI S., *Il trust*, Giuffrè, 2001, p. 29.

⁶⁸ HAYTON D.J., *The Law of Trusts*, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, 2003, p. 10; BARTOLI S., *op. loc.cit.*

⁶⁹ GVELESIANI I., *op. cit.*, p. 18.

⁷⁰ GAMBARO A., Voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, pp. 449 ss.; SANTORO L., *op. cit.*, p. 29.

⁷¹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 31; CERRI F., *Trust, affidamento fiduciario e fiducie. Tre modi di declinare la fiducia nel quadro del diritto europeo*, Giuffrè, 2015, p. 3.

⁷² RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 3.

⁷³ SANTORO L., *op. cit.*, p. 32.

⁷⁴ SANTORO L., *op. cit.*, p. 32; GAMBARO A., *op. cit.*, pp. 449 ss.

⁷⁵ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 63.

«keeper of the King's conscience»⁷⁶— a garanzia della giustizia sostanziale⁷⁷. I cancellieri trovano nell'*Equity* gli appigli mancanti nel *Common Law*, in quanto solo le pretese rientranti in un elenco chiuso potevano essere portate di fronte a tale sistema, per impedire che i *trustee* si avvantaggiassero dal tradimento della fiducia⁷⁸. Le regole di *Equity*, in particolare, comportano la condanna di fare o non fare: «*Equity acts in personam*»⁷⁹.

La seconda era segnala l'incremento dell'influenza del *Chancellor* rispetto alle cause che coinvolgono lo *use*. Si fa coincidere la fine di questa fase con l'emanazione dello *Statutes of Uses* del 1536 ad opera di Enrico VIII⁸⁰. Tale intervento rappresenta l'ultimo tentativo del sistema feudale, parzialmente eluso dalla pratica dello *use*, di combattere per assicurarsi la sopravvivenza⁸¹. Così, dopo che l'impiego del *trust* si afferma e diviene una costante del diritto anglosassone, si oppone una reazione legislativa volta a favorire la circolazione dei beni⁸².

Si apre, quindi, la terza fase in cui il diritto positivo ridimensiona notevolmente l'importanza dell'istituto. Tuttavia, la grande diffusione che ha già raggiunto e le esigenze pratiche alla sua base determinano in breve il rifiorire della figura, a dispetto di quanto previsto nel testo del 1536⁸³. Infatti, la legge in esame incontra delle forti reazioni, in primo luogo dal Cancelliere del Re che dà vita a una sua interpretazione restrittiva, escludendone nei fatti l'applicazione⁸⁴.

L'ultima era, dunque, vede la rinascita della figura che si avvicina sempre maggiormente alla configurazione moderna del *trust*⁸⁵. Proprio questa breve linea del tempo dimostra come l'equilibrio storico tra *Equity* e *Common Law* sia uno dei segreti del successo del *trust*⁸⁶. Ciò permette, infatti, che il *trustee*, a patto che non

⁷⁶ CERRI F., *op. cit.*, p. 2; LUPOI M., *Istituzioni al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 14.

⁷⁷ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 11.

⁷⁸ GAMBARO A., *op. loc.cit.*; LUPOI M., *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ LUPOI M., *op. cit.*, p. 15.

⁸⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 33.

⁸¹ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 64.

⁸² LUPOI M., *op. cit.*, p. 16.

⁸³ SANTORO L., *op. cit.*, p. 33.

⁸⁴ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 64.

⁸⁵ SANTORO L., *op. cit.*, p. 34.

⁸⁶ GAMBARO A., *op. cit.*, pp. 449 ss.

violò i limiti dei suoi poteri, possa muoversi con scioltezza rispetto ai diritti di cui ha piena titolarità.

Quanto alle origini dello *use*, l'ipotesi della derivazione dal fedecommesso romano è generalmente negata, anche perché il fedecommesso ha natura di atto *mortis causa*, mentre lo *use* è un atto *inter vivos*⁸⁷. D'altra parte, i risultati storiografici dimostrano che tale forma di fiduciarietà è da ricondursi direttamente al sistema normativo barbarico⁸⁸. Nondimeno il diritto romano ha esercitato indirettamente una profonda influenza sullo sviluppo di questo istituto tramite l'opera delle Corti ecclesiastiche e del Cancelliere inglese. Proprio quest'ultimo gestisce le cause sulle controversie rispetto all'affidamento sulla base dell'*Equity*. In questa sede prende forma una prassi interpretativa che concede dei rimedi per far rispettare i vincoli di destinazione impressi sui beni, anche attraverso forme di tutela reale.

Non mancano ipotesi ricostruttive che rintracciano le radici dello *use* nella cultura giuridica islamica e nel particolare istituto del *waqf*⁸⁹. Ciò sarebbe dovuto all'opera dei frati francescani di ritorno dalle Crociate⁹⁰. Tuttavia, proprio in vista delle Crociate, si sviluppa la prassi degli *equitable estates* per cui i soldati affidano la propria terra, ma anche la moglie e i figli ad amici fidati fino al proprio ritorno⁹¹.

D'altra parte, alcuni interpreti individuano la fonte del *waqf* nei testi delle *piae causae* scoperte dagli Arabi nelle terre bizantine dopo la Conquista⁹². Le *piae causae* costituiscono un insieme di beni destinati a scopi di culto o beneficenza che godono degli stessi privilegi delle chiese⁹³. Ad ogni modo l'istituto cristiano e quello islamico sono accomunati dalla soluzione che propongono al problema pratico di destinare un patrimonio a uno scopo preciso: attribuzione di esso a un ente con la clausola che lo utilizzi a un determinato scopo⁹⁴.

⁸⁷ SANTORO L., *op. cit.*, p. 35.

⁸⁸ SANTORO L., *op. cit.*, p. 35.

⁸⁹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 36.

⁹⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 36; GVELESIANI I., *op. cit.*, p. 23.

⁹¹ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 10.

⁹² GVELESIANI I., *op. cit.*, p. 24.

⁹³ SANTORO L., *op. cit.*, p. 37.

⁹⁴ SANTORO L., *op. cit.*, p. 38.

Nonostante, l'indiscutibile vicinanza tra l'istituto di diritto islamico e la configurazione del *charitable trust*, non si può giungere all'affermazione di una derivazione storica tra i due⁹⁵. La stessa indagine storica non indirizza verso tali conclusioni.

Infine, le teorie che riconoscono le radici dello *use* nella civiltà barbarica non sono esenti da critiche in quanto spesso mosse da un più generale interesse all'affermazione dell'antitesi tra la civiltà romana e quella barbarica⁹⁶. Secondo questo indirizzo di pensiero, lo *use* e il *trust* deriverebbero dal germanico *Salmann*. Tale tesi non è supportata dal riscontro con le fonti medievali inglesi in cui la presenza di riferimenti al *Salmann* è scarsa.

Ad ogni modo si deve tenere a mente che il moderno *trust* include una casistica più ampia dell'antico *use*: il suo oggetto è più ampio in quanto non ricomprende solo la terra, ma qualsiasi diritto ed è più ampio anche l'apparato normativo di riferimento⁹⁷.

4.1 La centralità della Chiesa

Al di là dei dibattiti dottrinali rispetto alle origini del *trust*, non vi è dubbio sulla rilevanza del fattore religioso. Il ruolo centrale svolto dalla Chiesa si coglie in due direzioni: in primo luogo l'operato della Chiesa è caratterizzato da una spinta creatrice di nuove fattispecie e, secondariamente, è da attribuirsi alla Chiesa stessa la conciliazione di diritto inglese medievale e diritto romano, attraverso il filtro del diritto canonico⁹⁸. Punto comune delle diverse teorie proposte dalla dottrina è proprio il ruolo svolto dalle corti ecclesiastiche, almeno fino all'intervento della Cancelleria regia dal XV secolo.

In effetti la Chiesa è innanzitutto l'organismo deputato alla difesa dei principi morali attinenti agli imperativi di coscienza⁹⁹. Inoltre, rappresenta il punto di fusione tra le

⁹⁵ SANTORO L., *op. cit.*, p. 39.

⁹⁶ SANTORO L., *op. cit.*, p. 42.

⁹⁷ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 67.

⁹⁸ SANTORO L., *op. cit.*, p. 46.

⁹⁹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 46.

nuove istanze originate dalle civiltà barbariche e le regole del diritto romano su cui il diritto canonico si forma¹⁰⁰.

Rispetto al nostro specifico campo di indagine, le disposizioni fiduciarie hanno trovato nel diritto ecclesiastico una forma di tutela già nell'Alto Medioevo: la Chiesa predica il principio morale della restituzione di quanto trattenuto indebitamente. Infine, il carattere universale della Chiesa giustifica il ruolo determinante del diritto ecclesiastico rispetto al diritto civile. In effetti chi lamenta la violazione del patto di fiducia da parte del fiduciario trova tutela nei tribunali ecclesiastici mediante il ricorso all'*aequitas canonica* ancora prima che nei tribunali civili.

5. Conclusioni

In conclusione, l'indagine storica permette di individuare un andamento ondulatorio dell'istituto fiduciario: si assiste a una prima nascita nel diritto romano classico seguita dalla sua morte nel diritto romano imperiale; si vede una nuova nascita nel diritto barbarico e una seconda morte con il superamento del feudalesimo. Più in generale, assistere all'affermazione di istituti di fiducia in tre ordinamenti giuridici diversi dimostra che la fiducia risponde a esigenze pratiche che si presentano con urgenza in ognuno di tali ordinamenti¹⁰¹.

Nel diritto romano, la fiducia si nutre della *fides* tra amici e la giuridicità del rapporto tra fiduciante e fiduciario è rimessa alla volontà delle parti che si vincolano sul piano etico-religioso, prima che giuridico. Anche quando tutelata da azioni giuridicamente riconosciute, la fiducia resta collegata al piano dell'*amicitia*. Così, il mutamento delle istituzioni sociali e la perdita di rilievo di quel valore, insieme all'affermazione della concezione normativa del diritto, determinano la scomparsa dell'istituto in epoca post-classica.

¹⁰⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 47.

¹⁰¹ GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936, p. 378.

Ad ogni modo, i principi alla base della fiducia permangono anche oltre il tramonto della civiltà romana. Nelle civiltà barbariche trovano nuova linfa nel principio di solidarietà alla base della coesione dei gruppi sociali. Nell'età intermedia, tale solidarietà si svincola dal legame di sangue e dalla parentela in generale, venendo a comprendere anche gli estranei. Di qui la nascita di rapporti di fiduciarità, tra i quali spicca il germanico *Salmann*.

Allo stesso modo, in origine lo *use* si inserisce nell'ambito della configurazione fiduciaria originaria che rileva solo sul piano dei principi della morale. Rispetto a ciò, la Chiesa svolge un ruolo fondamentale di difesa dei principi di ordine religioso coinvolti. L'intervento, in un secondo momento, della Cancelleria regia comporta il riconoscimento giuridico in senso stretto: le fondamenta dello *use* sono trasferite dal piano etico sociale a quello giuridico, caratterizzato dalla coazione legale.

Tale percorso storico individua l'esistenza di un presupposto comune alla prassi del diritto romano, del diritto germanico e del diritto inglese: l'esistenza di relazioni private istituzionalizzate dall'amicizia e alimentate dal valore etico-religioso della fedeltà.

Proprio le soluzioni proposte nelle civiltà del passato sono alla base degli sviluppi moderni in tema di fiducia. L'istituto torna ad occupare un ruolo di rilievo a partire dalle riflessioni della pandettistica. Così, alla fine del XIX secolo, gli interpreti si confrontano sulla consistenza della fiducia, ponendovi a base ora quanto sviluppato in ambito romano, ora quanto sviluppato in ambito germanico.

Ad oggi la fiducia e il *trust* costituiscono istituti dotati di piena tutela giuridica in cui si è perso il legame con il piano del pensiero metagiuridico dei valori morali. L'affermazione progressiva del carattere legale della fiducia è la cifra caratterizzante della fiducia attuale.

Capitolo II - Il negozio fiduciario

1. Definizione

Il fenomeno fiduciario consiste in un'operazione negoziale complessa in cui una parte —fiduciante— trasferisce all'altra —fiduciario— la proprietà di un proprio bene perché esso lo amministri o lo gestisca nell'interesse altrui o per finalità particolari, sottostando a un complesso di obblighi, tra cui il ritrasferimento del bene al fiduciante o a un terzo da lui designato¹⁰². Non esistendo un complesso normativo che disciplini la materia in modo compiuto, manca una definizione di diritto positivo e risulta indispensabile ricorrere alle elaborazioni dottrinali prospettate per la configurazione dell'istituto¹⁰³.

Questo è riportato nell'alveo dell'art. 1322 c.c. e dell'autonomia privata che riconosce la possibilità di forgiare strumenti negoziali diversi dai tipi legislativamente determinati¹⁰⁴. In particolare, la ricostruzione della fiducia è stata inserita nel contesto più ampio dell'interposizione di persona, a partire dalle suggestioni storiche di figure classiche quali la fiducia *cum amico* e *cum creditore*¹⁰⁵.

Il negozio fiduciario, dunque, è l'accordo tra due parti —fiduciante e fiduciario— con cui il primo soggetto trasferisce o costituisce in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva, a nome proprio, per il conseguimento di uno scopo pratico

¹⁰² FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, 1922, p. 56; CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, CEDAM, 1933, p. 5; GRASSETTI G., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936, p. 548.; MESSINA G., *I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, in *Scritti giuridici*, vol.1, Giuffrè, 1948, p. 6; PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951; LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, 1964, p. 9; TRIMARCHI V.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 34; PUTTI P.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2003, p. 913; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 197; BIANCA C.M., 3. *Il contratto*, in *Diritto civile*, Terza edizione, Giuffrè, 2019, p. 668; ROPPO V., *Il contratto*, Terza Edizione, Giuffrè, 2025, p. 592.

¹⁰³ PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 913; BUSANI A., *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, Terza edizione, Cedam, 2025, p. 150; ROTA F. E BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Seconda Edizione, Giuffrè, 2012, p. 271.

¹⁰⁴ TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 35; GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936, p. 359.

¹⁰⁵ PUTTI P.M., *op. loc.cit.*

nell'interesse —o anche nell'interesse— del trasferente o di un terzo¹⁰⁶. Il fiduciario diventa titolare in senso pieno ed *erga omnes*, ma i suoi poteri sono limitati *inter partes* dall'assunzione di un vincolo obbligatorio in ordine alla destinazione o all'impiego di quanto ricevuto per il raggiungimento dello scopo concordato¹⁰⁷. Infatti, il negozio fiduciario è caratterizzato dalla combinazione di effetti reali in capo al fiduciario e obbligatori a vantaggio del fiduciante¹⁰⁸. In questo modo le parti realizzano uno scopo atipico, fuori dalla legge perché non previsto in via specifica dall'ordinamento giuridico¹⁰⁹.

Il cuore del negozio fiduciario risiede nella fiducia, nell'affidamento del fiduciante sulla lealtà del comportamento del fiduciario perché questi attui un comportamento coerente e congruo con lo scopo individuato dal primo¹¹⁰. Dunque, il fiduciante individua un fiduciario sulla base delle caratteristiche personali, confidando in un suo comportamento leale. Il pericolo si insinua proprio in questo passaggio: non è eliminabile la possibilità che il fiduciario agisca in violazione della fiducia riposta in lui, compiendo un'attività contraria a quanto voluto dal fiduciante¹¹¹. Coerentemente, l'elemento fiduciario si spiegava tradizionalmente anche alla luce della mancanza di strumenti di coazione giuridica per obbligare il fiduciario ad agire in conformità all'obbligazione assunta o per impedirgli di abusare dei propri poteri¹¹². Con il ricorso al *pactum fiduciae*, le parti affidavano il conseguimento dello scopo pratico voluto allo spontaneo comportamento del fiduciario; la fiducia

¹⁰⁶ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 5; GRASSETTI G., *op. cit.*, p. 548.; MESSINA G., *op. cit.*, p. 6; PUGLIATTI S., *op. cit.*; LIPARI N., *op. cit.*, p. 9; TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 34; PUTTI P.M., *op. loc.cit.*; SANTORO L., *op. cit.*, p. 197; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 668.

¹⁰⁷ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 227; PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 332; DE MARTINI A., *Il concetto del negozio fiduciario*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, p. 326; LIPARI N., *op. cit.*, pp. 200 ss.; TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁸ ROPPO V., *op. cit.*, p. 592.

¹⁰⁹ GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936, p. 352. *Contra* MESSINA G., *I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, in *Scritti giuridici*, vol.1, Giuffrè, 1948, p. 34 per cui non è possibile dimostrare che nessuna figura tipica corrisponda a quella conformazione di interessi. Secondo l'autore, il negozio fiduciario non sarebbe volto a colmare alcuna lacuna dell'ordinamento, ma piuttosto «vuol semplicemente andare contro la legge».

¹¹⁰ TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 34; CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 1

¹¹¹ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 2.

¹¹² FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, 1922, p. 56; LIPARI N., *op. cit.*, p. 392; TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 36.; PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 917.

si assesta su un piano metagiuridico, estraneo all'impiego di strumenti coercitivi formali¹¹³.

D'altra parte, pur essendo nato per operare al di fuori degli strumenti legali, il negozio fiduciario è coinvolto nel processo di schematizzazione dell'ordinamento¹¹⁴. La distinzione tra piano giuridico e metagiuridico è tipica di una visione dogmatica rigida che non riesce a elasticizzare i confini del sistema ordinamentale per farvi rientrare nuovi rapporti. Il concetto di ordinamento, invece, deve assumere la portata dinamica che include «*l'ordinato, l'ordinarsi e le forze ordinanti*»¹¹⁵. Secondo questa impostazione, l'autonomia privata è riconosciuta *ab origine* tra i poteri di autodeterminazione. Di conseguenza, il *pactum fiduciae* è un accordo di ordinamento privato, anche se atipico. Dunque, se storicamente si sosteneva che, nel caso in cui il fiduciario avesse disposto dei beni in violazione del vincolo obbligatorio, al fiduciante non sarebbe restato che agire per il risarcimento del danno, attualmente si è superato questo profilo¹¹⁶.

Oggi, in particolare, si ritiene possibile fare affidamento sull'art. 2932 c.c., esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare, nel caso in cui il fiduciario si rifiutasse di ritrasferire i beni al fiduciante o al terzo beneficiario¹¹⁷. Si tratta di un'attuazione coattiva di un'obbligazione di trasferire mediante una pronuncia costitutiva¹¹⁸. Tale orientamento trova conferma in una serie di pronunce della Cassazione che tutelano il fiduciante anche mediante l'esecuzione forzata in forma specifica *ex art.* 2932 c.c.¹¹⁹. Tuttavia, in relazione alle esperibilità di tale rimedio, non è raro che il fiduciante si trovi concretamente nella materiale impossibilità di attivarlo. Infatti, vista la connotazione fiduciaria del rapporto, nella maggior parte dei casi non si dispone di una forma scritta di *pactum fiduciae*. Ciò

¹¹³ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 355.

¹¹⁴ SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 215.

¹¹⁵ SANTORO L., *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁶ A supporto del solo rimedio risarcitorio: Cass. Civ., 25/07/2025, n. 21346; Cass. Civ., 25/10/2013, n. 24166. Per il superamento della dimensione, vd. PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 917.

¹¹⁷ PUTTI P.M., *op. loc.cit.*; LIPARI N., *op. cit.*, p. 78; SATURNO A., *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, p. 28; ROPPO V., *op. cit.*, p. 596.

¹¹⁸ ANELLI F., *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto, III, Effetti*, II ed. a cura di COSTANZA M., Giuffrè, 2023, p. 659; ROPPO V., *op. cit.*, p. 597.

¹¹⁹ Cass. Civ., 03/04/1995, n.6024. Cass. Civ., 19/02/2000, n.1898.

espone il fiduciante a rischi particolarmente gravi in relazione agli immobili, in quanto ne consegue la nullità del *pactum* in questione¹²⁰.

Il negozio fiduciario è uno strumento che sorge ad opera dell'iniziativa privata per rispondere a nuovi interessi e nuove esigenze, laddove i rigidi schemi formali si mostrano inadatti a cogliere l'evoluzione dei rapporti socioeconomici¹²¹. Su questa base, il negozio fiduciario si presta a una «lettura storica» così come a una «lettura evolutiva»¹²². Mentre la prima studia il percorso storico che ha portato all'affermazione del negozio fiduciario, la seconda analizza gli utilizzi operativi del negozio fiduciario in risposta alle nuove questioni pratiche. Rispetto a quest'ultimo profilo, parte della dottrina ha rilevato la capacità del negozio fiduciario di esercitare una funzione di dinamizzazione rispetto all'«inerzia» dell'ordinamento¹²³. Infatti, velocizza il lento processo di rinnovamento delle forme giuridiche sotto la spinta di nuove esigenze sociali per cui i vecchi schemi si trovano ad adempiere a nuove funzioni. Si accelera, così, il movimento dell'attività commerciale¹²⁴.

L'autonomia privata diventa, quindi, lo strumento per ritagliare uno spazio di libertà rispetto alla «consolidata struttura di moduli [...] inadatti nella loro schematica funzionalità ad esprimere [...] la realtà in evoluzione»¹²⁵. Infatti, la «gabbia normativa» è necessariamente in ritardo rispetto alle esigenze che la determinano¹²⁶. L'inarrestabile evoluzione storica mal si concilia con la cristallizzazione delle forme del diritto positivo. Per questo motivo, la rigida natura degli istituti codificati deve assumere un carattere elastico, nello sforzo di progressivo adattamento a funzioni sociali rinnovate che il legislatore non può anticipare¹²⁷. La tendenza ad adattare e limare gli istituti già esistenti, al posto di una continua demolizione e ricostruzione da zero, rappresenta un buon equilibrio

¹²⁰ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 372.

¹²¹ FERRARA F., *op. cit.*, p. 56; PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 921; DIURNI G., voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc.priv.*, UTET, 1992, p. 292 ss.

¹²² PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 911.

¹²³ ASCARELLI T., *Il negozio indiretto*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, 1949, p. 149.

¹²⁴ FERRARA F., *op. cit.*, p. 56.

¹²⁵ DIURNI G., *op. cit.*, p. 292

¹²⁶ DIURNI G., *op. cit.*, p. 289.

¹²⁷ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 219.

tra le nuove esigenze espresse dalla società e la necessità di certezza e sicurezza del mondo del diritto.

Sulla base di tali riflessioni si apprezza la capacità del negozio fiduciario di cogliere la tensione naturale insita nel mondo del diritto: il difficile equilibrio tra l'ossequio alla lettera della legge cristallizzata e la risoluzione dei nuovi problemi dovuti all'evoluzione economica e politica della società; la tensione tra l'anima conservatrice e la spinta creativa¹²⁸. Infatti, è impossibile che il legislatore gestisca in via specifica e tempestiva ogni nuovo bisogno della vita sociale. Di qui l'indagine sull'elasticità degli istituti positivi per sondare la loro impiegabilità rispetto ad esigenze nuove o, al contrario, il loro punto di rottura¹²⁹. In particolare, il tema del negozio fiduciario si pone sul crinale tra l'ordinamento positivo di un certo momento storico e la necessità di soddisfare le tensioni evolutive che spingono per la sua modifica¹³⁰. Il negozio fiduciario, in questo modo, dialoga con l'ordinamento, costringendo l'interprete a sottoporre continuamente ad analisi e critica anche le nozioni e i principi giuridici tradizionali.

Nello specifico, il fenomeno fiduciario si occupa di rispondere ad una molteplicità di bisogni dalla natura eterogenea che si esprimono nella pratica, «*non soltanto [...] molteplici, ma [...] sempre nuovi e diversi*»¹³¹. Così il negozio fiduciario può soccorrere a fini di custodia, amministrazione o gestione provvisoria, garanzia, liquidazione o interposizione personale... A tal riguardo si è affermato che il negozio giuridico si presenta non tanto come una fattispecie, ma come una «*casistica*» cui si riconducono operazioni differenti per struttura, funzione ed effetti¹³². Per tale ragione sarebbe più corretto declinare il tema al plurale, «*I negozi fiduciari*»¹³³, nel tentativo di evidenziare il carattere polifunzionale della figura.

¹²⁸ LIPARI N., *op. cit.*, p. 10.

¹²⁹ LIPARI N., *op. loc.cit.*

¹³⁰ LIPARI N., *op. cit.*, p. 11.

¹³¹ PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 921.

¹³² TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 219 §51-bis.

¹³³ Colgono tale profilo FERRARA, CARIOTA FERRARA e MESSINA: i tre autori, nel titolo delle loro opere dedicata alla fiducia, preferiscono riferirsi ai negozi fiduciari al plurale. Dimostrano, infatti, una peculiare sensibilità al polimorfismo dello strumento negoziale. FERRARA F., *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici in onore di Vittorio Scialoja per il suo XXV anno di insegnamento*, vol. II, Hoepli, 1905; CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Cedam, 1933; MESSINA G., *I negozi fiduciari*, *Introduzione e parte I*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1948

Nel presente capitolo, saranno affrontati i profili su cui si è concentrato tradizionalmente il pensiero giuridico per sondare la tenuta delle soluzioni di volta in volta proposte. In particolare, l'indagine si apre con l'esame del posizionamento della dottrina italiana rispetto all'annosa questione dell'adozione del modello romano o germanico. Si prosegue esaminando il rapporto tra il mezzo e lo scopo e il tema dell'abuso di potere del fiduciario. Un altro elemento di dibattito dottrinale è rappresentato dalla struttura del negozio fiduciario. Gli interpreti, infatti, esaminano se il negozio fiduciario risulti dalla somma dell'elemento traslativo e del *pactum fiduciae* o se sia un negozio unico con una propria causa autonoma. In seguito, si analizza il tema della causa del negozio fiduciario e il suo rapporto con il tema dell'astrattezza. L'analisi si concentra, poi, sull'attitudine dell'ordinamento italiano ad accogliere o rigettare il negozio fiduciario.

2. Tra fiducia romanistica e germanistica

Verso la metà del XIX secolo la fiducia ha trovato un'intensa elaborazione dottrinale e pratica nella Pandettistica tedesca, punto di partenza delle riflessioni moderne in tema di fiducia¹³⁴. In seno alla Pandettistica, si scontrano due correnti ricostruttive: l'una di stampo romanistico¹³⁵ e l'altra di stampo germanistico¹³⁶. Entrambe si fondano sulla concessione di un potere giuridico a un fiduciario per il conseguimento di uno scopo più ristretto, ma «*l'essenza e i limiti del potere giuridico conferito al fiduciario*» differenziano le due figure¹³⁷.

Rispetto a tale dialettica, gli studiosi italiani tendono ad aderire alla prima ricostruzione e prendere le distanze dalla seconda. Tuttavia, l'impostazione che contrappone le due prospettive storiche viene successivamente abbandonata.

¹³⁴ Prova ne sia l'attitudine degli studiosi italiani di avviare le proprie analisi a partire dalle ricostruzioni pandettistiche. Si tratta di un elemento che accomuna tutti gli scritti fondamentali in materia di negozio fiduciario. Si vedano, tra gli altri, CARIOTA FERRARA, GRASSETTI, MESSINA, PUGLIATTI e LIPARI nei contributi che vengono citati nel prosieguo.

¹³⁵ Capostipite di questa scuola è Regelsberger che, per primo, ricollega le figure moderne di fiducia alla tradizione romana; v.d. sotto. Egli, dunque, inserisce le figure fiduciarie nel solco di *fiducia cum amico* e *cum creditore* delle Istituzioni gaiane.

¹³⁶ Tale ricostruzione è dovuta, invece, a Schultze; v.d. sotto. Egli individua una linea rossa che unisce le costruzioni di diritto germanico alla fiducia moderna.

¹³⁷ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 10.

2.1 La fiducia romanistica

L'originaria teorizzazione del negozio fiduciario si deve a Regelsberger che riconduce tale struttura all'antica *fides* romana, inaugurando la teoria romanistica¹³⁸. L'autore ha individuato una struttura complessa, caratterizzata dalla compresenza di due negozi giuridici, teleologicamente collegati¹³⁹. Al negozio reale ed astratto con cui avviene il trasferimento del diritto, se ne affianca un altro meramente obbligatorio con cui si limitano poteri e facoltà del fiduciario nei rapporti interni¹⁴⁰. Il fiduciario, infatti, si obbliga a realizzare uno scopo ulteriore e diverso e cioè amministrare e gestire i beni secondo le istruzioni e poi ritrasferire il diritto al fiduciante o a un altro soggetto indicato da quest'ultimo. Di qui tre corollari principali.

Il primo consiste nella sproporzione tra il mezzo di cui i contraenti si sono serviti (negozio-mezzo) e il fine perseguito (negozio-fine)¹⁴¹. Il contratto fiduciario è considerato eccessivo rispetto all'interesse perseguito dai contraenti, ritenendo che si potrebbe far ricorso al mandato o al pegno per raggiungere gli stessi esiti. Proprio tale eccesso comporta la necessità di una pattuizione accessoria con cui il fiduciario assume specifici obblighi nei confronti del fiduciante¹⁴².

Il secondo corollario è rappresentato dal rischio di abusi del potere da parte del fiduciario¹⁴³. Questi potrebbe, infatti, perseguire scopi diversi, ulteriori e incompatibili rispetto a quelli previsti dal fiduciante. Ciò deriva dal fatto che il fiduciario acquista la piena e assoluta proprietà del bene¹⁴⁴. Può, di conseguenza, compiere validamente ed efficacemente ogni atto dispositivo.

¹³⁸ REGELSBERGER F., *Zwei Beiträge der fiduziarischen Geschäften*, 1880.

¹³⁹ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 28; (A cura di) GUERRIERI G., GIOVANNI LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T., *Fiducia e destinazione patrimoniale percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022, p. 70 e 132.

¹⁴⁰ MESSINA G., *op. cit.*, p. 18; CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 10; GALGANO F., *La fiducia romanistica*, in *Atlante di diritto privato comparato*, XIII, Giuffrè, 1992, pag. 181; MONTEFAMEGLIO M., *Il contratto fiduciario*, in *La rivista on;line sul diritto dei trusts*, n. 9; ottobre/novembre/dicembre, 2006, pp. 6 e 9.

¹⁴¹ FERRARA F., *op. cit.*, p. 745 ss.; CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, 1933, p. 25 ss.; MESSINA G., *op. cit.*, p. 1 ss.; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 198.

¹⁴² CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 28.

¹⁴³ PARODI N., *I contratti fiduciari riservati*, Giappichelli, 2024, p. 6 e 14.

¹⁴⁴ SEMPRINI A., *op. cit.*, p. 48.

Il terzo corollario riguarda il profilo di tutela del fiduciante in caso di inadempimento da parte del fiduciario: la tutela si realizza solo sul piano del diritto obbligatorio e non del diritto reale. Quindi il fiduciante non può agire per la restituzione del bene, ma solo per ottenere il risarcimento del danno da responsabilità contrattuale¹⁴⁵.

2.2 La fiducia germanistica

La costruzione germanistica è dovuta principalmente a Schultze¹⁴⁶. Secondo la tesi fondamentale dell'autore, il potere giuridico del fiduciario è limitato da una condizione risolutiva, sul piano reale¹⁴⁷. Così, il diritto del fiduciario è destinato a ritornare al fiduciante, se il primo violi i suoi obblighi, disponendo del bene in contraddizione allo scopo stabilito¹⁴⁸. D'altra parte, la fiducia di stampo germanistico è caratterizzata dalla possibilità di scindere l'attribuzione della titolarità di un bene e della sua legittimazione: il fiduciario esercita diritti e poteri proprietari, ma il diritto dominicale rimane nella titolarità del fiduciante¹⁴⁹.

L'impostazione germanistica interpreta il negozio fiduciario come un contratto condizionato risolutivamente all'infedeltà del fiduciario¹⁵⁰.

Spostandosi sul piano delle conseguenze logiche di tale ricostruzione, è realmente inefficace ogni disposizione del fiduciario in violazione dello scopo. Non si può, quindi, riscontrare la sproporzione tra il negozio-mezzo e il negozio-fine.

¹⁴⁵ MONTEFAMEGLIO M., *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁶ SCHULTZE A., *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rech.*, 1901.

¹⁴⁷ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 11; MONTEFAMEGLIO M., *op. cit.*, 2006, p. 9.

¹⁴⁸ CARIOTA FERRARA L., *op. loc.cit.*.

¹⁴⁹ (A cura di) GUERRIERI G., GIOVANNI LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T., *op. cit.*, pp. 74 e 133; MONTEFAMEGLIO M., *op. cit.*, p. 7. Tale impostazione non è permessa nel sistema italiano dove manca una disposizione del tenore del §185 BGB per cui un atto dispositivo compiuto da chi non sia titolare, è efficace qualora avvenga con il previo consenso da parte dell'avente diritto.

¹⁵⁰ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 13; ¹⁵⁰ (A cura di) GUERRIERI G., GIOVANNI LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T., *op. cit.*, p. 73.

Un secondo corollario: la tutela del fiduciante si esplica sul piano dei diritti reali. Il fiduciante può rivendicare *erga omnes* il bene rispetto a tutti i terzi, anche in buona fede, acquirenti del bene in forza di atti contrari allo scopo fiduciario¹⁵¹.

2.3 Il posizionamento della dottrina italiana

Rispetto a tale confronto, è fondamentale valutare la posizione degli autori italiani visto che la scelta in una direzione o nell'altra è densa di implicazioni: aderire a un modello piuttosto che all'altro comporta rilevanti corollari di disciplina.

Il modello della fiducia germanistica non ha riscosso particolare favore in Italia a causa di un importante limite ordinamentale. Infatti, il nostro sistema si scontra con l'impossibilità di sdoppiare la proprietà e attribuire le singole prerogative che compongono il diritto dominicale a soggetti differenti¹⁵². Non è possibile attribuire il potere di piena e libera disposizione del bene in capo a un soggetto diverso dal proprietario dello stesso¹⁵³. In effetti una scissione tra titolarità del diritto e legittimazione a disporre non si concilia con i caratteri essenziali del diritto di proprietà *ex art. 832 c.c.*: pienezza, assolutezza ed esclusività impediscono tale ricostruzione. Ulteriore ostacolo è stato a lungo ravvisato nel *numerus clausus* dei diritti reali.

Al contrario la dottrina italiana ha, sin dai primi scritti¹⁵⁴, adottato il modello romanistico. Di conseguenza ha interpretato il negozio fiduciario come la sommatoria di un atto ad effetti reali, idoneo al trasferimento della proprietà piena, e un altro ad effetti obbligatori, funzionale all'assunzione degli obblighi da parte del fiduciario. In particolare, il secondo atto costituisce un vincolo meramente fiduciario, destinato ad operare solo nei rapporti *inter partes*. Dunque, ogni atto dispositivo del diritto in contrasto con l'obbligo assunto non è né invalido né

¹⁵¹ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 12.

¹⁵² PUTTI P.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2003, p. 915; „, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, Terza edizione, Cedam, 2025, p. 157.

¹⁵³ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁴ FERRARA F., *op. cit.*, p. 745 ss.; CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Cedam, 1933, p. 16; GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936, p. 348; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, p. 988.

inefficace. Di conseguenza, limitazioni derivanti dal *pactum fiduciae* sono inopponibili ai terzi sulla base del principio generale contenuto all'art. 1372¹⁵⁵.

Ad ogni modo, l'adattamento delle conclusioni pandettistiche all'ordinamento italiano porta la riflessione scientifica a concentrarsi su alcuni temi fondamentali: il rapporto tra il mezzo e lo scopo e l'eccesso del primo rispetto al secondo; la struttura del negozio fiduciario, perlopiù riconosciuto come somma di due negozi autonomi; e natura della *causa fiduciae* e l'ammissibilità del negozio fiduciario stesso.

2.4 Il superamento della dialettica

La dottrina in seguito supera la contrapposizione tra fiducia di tipo romanistico e di tipo germanistico¹⁵⁶. Si prende coscienza del fatto che i due schemi sono il riflesso di diverse esperienze giuridiche: non rappresentano due lenti alternative attraverso cui considerare la realtà, ma due possibili soluzioni alle esigenze concrete e, in particolare, al problema relativo all'ampiezza del potere conferito al fiduciario¹⁵⁷.

Originariamente, infatti, il rapporto tra le due opzioni è impostato al fine di individuare «a quale di esse [...] dare in linea di massima la preferenza»¹⁵⁸. La dottrina si pone il compito di decidere quale costruzione accogliere, ossia quale conformazione dare ai negozi fiduciari, viste le importanti differenziazioni in termini di effetti, per ricondurvi i fenomeni empirici, limitando l'indagine¹⁵⁹. Si tratta, quindi, di un processo di individuazione dei confini del negozio fiduciario. La dottrina non si limita a «riesumere figure svanite nella storia del passato giuridico», ma si occupa di precisare la disciplina di «complessi negozi della vita moderna»¹⁶⁰.

Tuttavia, la contrapposizione tra i due tipi di fiducia non può essere utilizzata come criterio di individuazione dei limiti o della direzione dell'indagine in tema di

¹⁵⁵ GAZZONI F., *op. loc.cit.*

¹⁵⁶ LIPARI N., *op. cit.*, pp. 75 e ss.

¹⁵⁷ LIPARI N., *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁸ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁹ CARIOTA FERRARA L., *op. loc.cit.*

¹⁶⁰ MESSINA G., *I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1948, p. 1.

fiducia: rileva rispetto all'individuazione della disciplina, ma non può essere utilizzata preventivamente per determinare i confini del negozio fiduciario¹⁶¹. Non si può sostenere aprioristicamente che l'unico tipo di fiducia ammissibile nel nostro ordinamento sia quello romanistico, ma tale conclusione semmai deve basarsi su dati di ordine positivo¹⁶². In termini astratti, tanto la ricostruzione romanistica, quanto quella germanistica sono legittime. Si ribalta la prospettiva: non si tratta più di decidere aprioristicamente a quale accordare la propria preferenza, ma di determinare la disciplina da applicare al fenomeno fiduciario come si presenta nell'attuale esperienza giuridica¹⁶³.

D'altra parte, la distanza tra le due forme è sensibilmente ridotta nell'ordinamento attuale¹⁶⁴. Fino al precedente Codice civile, il fiduciante non disponeva di un mezzo per poter ottenere il bene alienato dal fiduciario in caso di abuso o inadempienza da parte di quest'ultimo. Il fiduciante poteva solo agire per il risarcimento dei danni. Tuttavia, ad oggi, è possibile fare affidamento sull'art. 2932 c.c. che disciplina l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Secondo la lettera della previsione, se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Per analogia, si estende la stessa disciplina rispetto all'esecuzione degli obblighi di *facere* infungibili¹⁶⁵. L'art. 2932 c.c., infatti, si riferisce a un obbligo di *facere* giuridico, di per sé infungibile.

Di qui la base per l'attenuazione della distanza tra il modello germanistico e quello romanistico. Infatti, nel primo caso la condotta del fiduciario in violazione delle direttive del fiduciante comporta l'attivazione di una clausola risolutiva e la titolarità dei beni oggetto dell'operazione negoziale torna in capo al fiduciante stesso. Attivando il rimedio *ex art. 2932 c.c.*, lo stesso effetto reale può essere raggiunto nella fiducia di stampo romanistico attraverso il meccanismo processuale¹⁶⁶. Questa dinamica, però, comporta un'attenuazione dell'intensità

¹⁶¹ LIPARI N., *op. cit.*, p. 78.

¹⁶² PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 248.

¹⁶³ LIPARI N., *op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁴ PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 920.

¹⁶⁵ PUTTI P.M., *op. loc.cit.*; LIPARI N., *op. cit.*, p. 78.; TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *op. cit.*, p. 572 §337; GAZZONI F., *op. cit.*, p. 988.

¹⁶⁶ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 247.

dell'elemento fiduciario. Tradizionalmente, infatti, la fiducia riposta nel soggetto del fiduciario è massima perché, in caso di violazione degli obblighi gravanti sullo stesso, non sono previsti rimedi giuridici per restaurare la precedente posizione del fiduciante in forma specifica.

3. Il rapporto tra il mezzo e lo scopo

Lo studio del rapporto tra il mezzo e lo scopo del negozio fiduciario è un elemento centrale dell'analisi dello strumento. Si tratta di uno dei corollari principali dell'adesione allo schema della fiducia romanistica¹⁶⁷. In effetti, secondo la concezione tradizionale e dominante, l'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo è considerata il tratto caratterizzante del negozio fiduciario¹⁶⁸. Inoltre, la non coincidenza tra scopo immediato (mezzo) e scopo ulteriore (fine voluto dalle parti) che costituisce la base e l'essenza del dato in esame è stata declinata anche in termini diversi. A tal proposito è stata impiegata la formula di potestà di abuso¹⁶⁹. Essa mette in luce la possibilità empirica che il fiduciario agisca in violazione dei limiti imposti dal fiduciante senza che quest'ultimo abbia alcun mezzo di tutela sul piano reale. Dunque, il rispetto di quanto previsto è affidato alla sola buona fede del fiduciario¹⁷⁰. Tuttavia, la dottrina non è unanime nell'individuazione di tale disomogeneità. Alcuni autori sostengono, al contrario, che il negozio fiduciario non sia necessariamente caratterizzato dallo scarto tra il mezzo giuridico impiegato e il risultato voluto¹⁷¹.

¹⁶⁷ REGELSBERGER F., *Zwei Beiträge der fiduziarischen Geschäften*, 1880, p. 173.

¹⁶⁸ REGELSBERGER F., *Zwei Beiträge der fiduziarischen Geschäften*, 1880, p. 173; FERRARA F., *op. cit.*, p. 745 ss.; CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 25 ss.; MESSINA G., *op. cit.*, p. 1 ss.; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 198.

¹⁶⁹ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 355; MESSINA G., *op. cit.*, p. 18

¹⁷⁰ MESSINA G., *op. cit.*, p. 19.

¹⁷¹ Tra tutti GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936.

3.1 Eccedenza del mezzo sullo scopo

Mutuando la ricostruzione tedesca, la prima dottrina italiana richiama il tema dell'eccesso del mezzo impiegato dalle parti rispetto allo scopo economico che le parti vogliono raggiungere¹⁷². Proprio tale inomogeneità è ritenuta l'essenza dei negozi fiduciari¹⁷³.

I contraenti fanno ricorso a un negozio che produce effetti giuridici più ampi rispetto al soddisfacimento dello scopo economico individuato dal negozio obbligatorio¹⁷⁴. In effetti il negozio fiduciario è volto alla realizzazione degli interessi contenuti nel *pactum fiduciae* e questi richiedono che il fiduciario sia investito della titolarità dei beni e dei diritti su cui deve esplicare il proprio intervento solo per il tempo necessario a tali fini. Soddisfatti gli interessi del fiduciante, quindi, il fiduciario procede a spogliarsi dei diritti affidatigli con un retrotrasferimento al fiduciante o il trasferimento a soggetti terzi da lui individuati.

Gli effetti reali del negozio, che pure sono seri e voluti, non corrispondono al risultato finale che le parti vogliono raggiungere, ma questi derivano dalla sua combinazione con l'elemento fiduciario¹⁷⁵. Si tratta dell'elemento che differenzia il negozio fiduciario dalla simulazione. In effetti il fenomeno del negozio fiduciario è qualificato in termini di interposizione reale da distinguersi dall'interposizione fittizia che caratterizza la simulazione¹⁷⁶. Le due figure presentano un'analogia di fondo, in quanto entrambe vedono un acquisto da parte di un intermediario destinato

¹⁷² FERRARA F., *op. ult.cit.*, p. 48 ss.; FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, p. 66; CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 25 ss.; MESSINA G., *op. cit.*, pp. 1, 18 ss.; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 198.

¹⁷³ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁴ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 25 ss.; MESSINA G., *op. cit.*, pp. 1, 18 ss.; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 669.

¹⁷⁵ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 27, nota 4; ANELLI F., *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto, III, Effetti*, II ed. a cura di COSTANZA M., Giuffrè, 2023, p. 655; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 365; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 204.

¹⁷⁶ È premura di parte della dottrina sottolineare la distanza del negozio fiduciario rispetto alla figura della simulazione; v.d. FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, quinta edizione riveduta, Athenaum, 1922, p. 56; ANELLI F., *op. cit.*, p. 672; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 670; ROPPO V., *op. cit.*, p. 593. *Contra* GAZZONI F. *op. cit.*, p. 988 che, pur ammettendo la diversità della fiducia dalla simulazione assoluta, parla di «affinità di situazioni», addirittura inserendo la trattazione del negozio fiduciario nella sezione dedicata alla simulazione, capitolo LII, pp. 979 ss. *Contra* anche MESSINA G., *op. cit.*, p. 37 per cui i «seguaci del negozio fiduciario» non farebbero che supporre l'esistenza di una volontà.

ad altri¹⁷⁷. Tuttavia, la differenza è profonda. Più nello specifico, l'interposizione fittizia si colloca nel contesto della simulazione relativa soggettiva. Ne deriva che il rapporto negoziale si instaura tra un terzo e l'interposto che presta il proprio nome, sebbene l'interponente sia il vero *dominus* dell'operazione economica¹⁷⁸. Al contrario, l'interposizione reale rileva rispetto a un accordo bilaterale in cui partecipano solamente l'interponente e l'interposto. Quest'ultimo agisce in nome proprio, ma nell'interesse del primo che non entra in rapporto con il terzo¹⁷⁹. In altre parole, nella simulazione c'è uno scarto tra quanto appare e quanto è voluto tra le parti, mentre nella fiducia il trasferimento è funzionale al soddisfacimento delle esigenze cristallizzate nel *pactum fiduciae*. I due istituti, in definitiva, sono radicalmente differenti in quanto il trasferimento simulato è solo apparente e non voluto, a differenza di quello fiduciario¹⁸⁰.

Tornando ad occuparsi del tema dell'ecedenza del mezzo sullo scopo, lo scarto tra il mezzo impiegato dalle parti e il fine dalle stesse voluto si può avvertire attraverso un esempio¹⁸¹. Immaginiamo che Tizio sia titolare di alcuni immobili situati in un Paese, di cui egli non sia cittadino, in guerra. Una delle misure di guerra prevede che i beni appartenenti a cittadini stranieri siano confiscati. Tizio trasferisce, quindi, i beni all'amico Caio, cittadino del Paese, per non incappare negli effetti della misura. I due si accordano perché, terminato il conflitto, Caio restituisca i beni a Tizio. In questo caso il mezzo dell'alienazione da Tizio a Caio implica il trasferimento pieno e definitivo della titolarità. Tuttavia, per il perseguimento del risultato finale voluto dalle parti, sarebbe sufficiente il trasferimento temporaneo della titolarità.

¹⁷⁷ PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951, p. 290.

¹⁷⁸ ANELLI F., *op. cit.*, p. 673.

¹⁷⁹ ANELLI F., *op. loc.cit.*

¹⁸⁰ ANELLI F., *op. cit.*, p. 655; Cass. Civ., 29/05/1993, n. 6024; Cass. Civ. 23/01/1971, n.146.

¹⁸¹ Si propone un riadattamento dell'esempio utilizzato da GRASSETTI C., *op. cit.*, pp. 348 ss. per dimostrare l'assenza di tale sproporzione. Si ritiene, infatti, particolarmente significativo presentare la stessa situazione pratica a fondamento delle due contrapposte teorie in modo da evidenziare l'evoluzione del pensiero dottrinale.

D'altra parte, tale sproporzione si avverte esaminando il profilo giuridico del negozio fiduciario, mentre scompare nell'analisi del piano economico¹⁸². In effetti, il bene oggetto del negozio fiduciario fuoriesce dalla proprietà del fiduciante, ma non dal suo patrimonio economico, in quanto questi ha diritto alla restituzione o all'equivalente. Ciò porterebbe persino a individuare una simulazione dal punto di vista economico: il fiduciario diventa il proprietario, ma non lo è dal punto di vista economico¹⁸³. Secondo questa impostazione, il fiduciario non diventa economicamente il proprietario: gli effetti reali scaturiti dal negozio di trasferimento non coincidono al risultato economico voluto dalle parti. Sotto la lente economica, il profilo obbligatorio assume la massima espansione: il contenuto dell'obbligazione impedisce il trasferimento pieno¹⁸⁴.

Ad ogni modo, l'aspetto giuridico e quello economico devono essere tenuti distinti e, anzi, per il primo è assolutamente irrilevante il secondo¹⁸⁵. L'intento economico delle parti, dunque, non è in grado di affiorare alla superficie del piano giuridicamente irrilevante, ma si situa nella penombra dei motivi giuridici, ragione che fonda la volontà negoziale delle parti, ma non è rilevante, a differenza della causa oggettiva¹⁸⁶.

Del resto, il cuore del negozio fiduciario risiederebbe proprio nella dissonanza tra l'effetto reale e l'intento economico per cui è necessaria la fiducia di una parte rispetto all'altra. Se, infatti, l'effetto reale fosse anche economicamente voluto, non sarebbe più necessaria la fiducia perché non vi sarebbe alcun pericolo per il fiduciante e nessuna possibilità di abuso per il fiduciario¹⁸⁷.

Parte della dottrina riconduce alla contrapposizione tra il mezzo e lo scopo anche la contrapposizione tra il lato reale e il lato obbligatorio del negozio, siccome l'uno

¹⁸² CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 26; GAZZONI F. *op. cit.*, p. 988: l'autore avvicina il negozio fiduciario alla simulazione. Come nella simulazione assoluta il titolare apparente può disporre del bene nei confronti di terzi che, se di buona fede, vedranno salvi i loro diritti, così sono salvi i diritti degli acquirenti dal fiduciario. Rispetto a questi, peraltro, non rileva la buona fede perché le limitazioni del *pactum fiduciae* sono inopponibili ai terzi.

¹⁸³ GOLTZ, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechselund Konkurs*, 1901, pp. 21-22.

¹⁸⁴ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁵ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁶ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 419; ROPPO V., *op. cit.*, p. 322.

¹⁸⁷ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, pp. 26-27.

esercita sull'altro un'influenza solo «*mediata e riflessa*»¹⁸⁸. Dunque, siccome il negozio di trasferimento esplica i suoi effetti in modo pieno *erga omnes* e il negozio obbligatorio li limita solo *inter partes*, il negozio-mezzo e l'elemento reale rivestono una posizione di prevalenza sul negozio-fine e sull'effetto obbligatorio.

In effetti il negozio reale esplica tutti gli effetti ordinari: il fiduciario acquista la proprietà piena e irrevocabile del bene o del credito e i suoi poteri proprietari sono limitati solo sul piano obbligatorio dal fine individuato dal fiduciante¹⁸⁹. Di conseguenza eventuali atti dispositivi compiuti in violazione del *pactum fiduciae* non possono essere opposti ai terzi. Per questo motivo si può affermare che dall'eccesso-prevalenza del mezzo rispetto allo scopo deriva il potere di abuso del fiduciario, come si approfondisce nella prossima sezione.

3.2 La potestà di abuso

Anche la potestà di abuso —che deriva direttamente dall'eccedenza del mezzo sullo scopo— è stata ritenuta caratteristica del negozio fiduciario¹⁹⁰. La potestà di abuso nasce dal fatto che il fiduciario è investito di una posizione giuridica più ampia rispetto a quanto previsto nel negozio obbligatorio per la realizzazione dello scopo¹⁹¹. Si concretizza nella potestà in capo al fiduciario di servirsi dei poteri che derivano dal trasferimento della titolarità del diritto oltre gli scopi pattuiti con il *pactum fiduciae*, ma conformemente al contenuto del diritto trasferito¹⁹².

Essa rappresenta l'altra faccia della medaglia rispetto all'affidamento fiduciario. La fiducia, infatti, consiste nell'affidamento al leale comportamento del fiduciario: la (auto)limitazione dei poteri trasmessi in relazione al fine del negozio è affidata allo spontaneo comportamento del fiduciario¹⁹³. Il potere di abuso è insito nella

¹⁸⁸ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁹ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 227; PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951, p. 332; DE MARTINI A., *Il concetto del negozio fiduciario*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, p. 326; LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, 1964, p. 200 ss.; TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 35.

¹⁹⁰ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 355; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 669.

¹⁹¹ BIANCA C.M., *op. loc.cit.*

¹⁹² SANTORO L., *op. cit.*, p. 198.

¹⁹³ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 335.

conclusione del negozio traslativo che comporta la configurazione di poteri in capo al fiduciario più ampi rispetto a quelli che sarebbero necessari al raggiungimento del risultato pratico voluto dalle parti¹⁹⁴. Con la formula potestà di abuso, quindi, si individua tale scarto. Così nulla impedisce al fiduciario, titolare di una posizione soggettiva *erga omnes*, di utilizzare i propri poteri in una direzione differente dall'accordo delle parti. Anzi, il cuore del negozio fiduciario risiede proprio in ciò: qualora fossero previsti dei mezzi ordinamentali per imporre al fiduciario il rispetto delle sue obbligazioni, verrebbe meno la stessa nozione di fiducia¹⁹⁵.

3.3 Il superamento della prospettiva

L'idea per cui lo scarto tra mezzo e scopo individuerebbe il negozio fiduciario è criticata da un diverso indirizzo interpretativo negli anni '30 e sviluppato ulteriormente nel corso della seconda metà del Novecento¹⁹⁶.

Il primo profilo critico è connaturato allo stesso concetto di sproporzione tra il mezzo e lo scopo: si instaura un confronto tra elementi eterogenei¹⁹⁷. Infatti, il mezzo è relativo alla qualificazione formale del fenomeno e lo scopo si rapporta all'aspetto empirico del comportamento¹⁹⁸. Non sarebbe, dunque, possibile porre a raffronto due elementi intrinsecamente incomparabili. Inoltre, la nozione di sproporzione cede anche sotto un diverso profilo: pur immaginando possibile riportare a omogeneità i termini del confronto, non è comunque possibile misurare l'estensione, esprimere quantitativamente la differenza tra i due elementi¹⁹⁹. Analoghe criticità si sollevano in relazione alle teorie che ravvisano una differenza di intensità anziché di estensione. Secondo queste ricostruzioni, infatti, il fiduciante attribuirebbe al fiduciario una posizione giuridica più forte di quanto normalmente sufficiente per il conseguimento dello scopo pratico²⁰⁰. In definitiva la nozione di

¹⁹⁴ ROPPO V., *op. cit.*, p. 595.

¹⁹⁵ GRASSETTI C., *op. loc.cit.*.

¹⁹⁶ GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento* giuridico, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936, p. 348 e ss. L'evoluzione della disciplina avviene, invece, principalmente ad opera di PUGLIATTI S. e LIPARI N..

¹⁹⁷ LIPARI N., *op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁸ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 252; LIPARI N., *op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁹ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 251.

²⁰⁰ PUGLIATTI S., *op. loc.cit.*.

sproporzione nell'intensità si scontra con la totale assenza di unità di misura relative alla forza delle posizioni giuridiche. In generale, la prospettiva quantitativa mal si adatta alla realtà giuridica che perlopiù è organizzata in schemi non raffrontabili sotto un profilo di tipo quantitativo²⁰¹.

La conclusione non cambia se si abbandona la prospettiva quantitativa e si adotta la visuale di una differenziazione qualitativa perché ci si scontra nuovamente con il limite dell'eterogeneità di termini di raffronto. Mezzo e scopo sono elementi che afferiscono a profili differenti di un negozio e, per contro, si può procedere al loro confronto solo riportando entrambi gli elementi alla stessa categoria²⁰². Si tratta, dunque, di ricondurre lo scopo nella sfera dei tipi negoziali e delle forme della volontà negoziale o il mezzo nell'intento dei soggetti. Tuttavia, è tautologico dire che lo schema del negozio fiduciario non corrisponde a quello della vendita o del mandato e che l'intento pratico perseguito dalle parti non corrisponde all'intento tipico del negozio traslativo. Si tratta, semplicemente, di rilevare gli elementi caratteristici del negozio fiduciario.

La dottrina non si limita a negare l'esistenza di una sproporzione tra mezzo e scopo solo sul piano teorico, ma muovendo dall'esame pratico della maggior parte delle ipotesi tradizionalmente ricondotte al negozio fiduciario, si intravedono gli elementi per superare tale aspetto²⁰³. L'esame dei casi concreti rivela che il trasferimento della titolarità reale dei beni dal fiduciante al fiduciario è condizione essenziale per il raggiungimento dei fini programmati²⁰⁴. Perlopiù, le parti non possono ottenere il risultato prefissato senza il particolare procedimento del negozio fiduciario: il mezzo tecnico impiegato non è più ampio dell'intento economico perseguito visto che l'attribuzione patrimoniale è indispensabile per il conseguimento del fine pratico individuato dalle parti.

D'altra parte, rispetto al mezzo giuridico impiegato, sarebbe più corretto individuare una sproporzione dello scopo pratico —diverso da quello tipico del negozio

²⁰¹ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 251; LIPARI N., *op. cit.*, p. 90, nota 48.

²⁰² PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 252.

²⁰³ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 350.

²⁰⁴ SANTORO L., *op. cit.*, p. 212.

impiegato— e non dello scopo economico²⁰⁵. Due esempi possono chiarire tale conclusione²⁰⁶. Tizio teme la confisca dei propri immobili situati in un paese straniero in un contesto conflittuale e ne trasferisce la proprietà a Caio, amico e cittadino del Paese in cui si trovano gli immobili. I due si accordano perché, cessati i pericoli, il secondo restituisca la proprietà degli immobili al primo. In questo caso l'attribuzione patrimoniale corrisponde allo scopo economico avuto di mira: solo questa operazione economica impedisce che i beni immobili di Tizio siano confiscati. Allo stesso modo, Tizio ludopatico non vuole correre il rischio di sperperare l'ingente patrimonio e quindi trasferisce le sue proprietà al fratello, Caio. Ancora una volta solo il trasferimento della proprietà permette lo scopo voluto. Gli esempi aiutano a comprendere la funzione economica e sociale del negozio fiduciario: attribuzione di titolarità piena a nome proprio, ma nell'interesse altrui.

Inoltre, la dottrina rileva come sia prospettabile anche un'eccedenza in senso inverso rispetto a quanto tradizionalmente prospettato: l'alienazione rappresenta un *minus* rispetto all'esito voluto dalle parti²⁰⁷. In effetti, il negozio fiduciario è composto di due elementi: l'alienazione e il rapporto obbligatorio. L'operazione fiduciaria non è meramente volta al trasferimento della titolarità del diritto alienato al fiduciario, ma è funzionale anche al raggiungimento di una destinazione ulteriore. Tuttavia, l'alienazione del diritto reale si limita a trasferire al fiduciario la titolarità del diritto alienato e non è in grado di soddisfare anche lo scopo rappresentato dal *pactum fiduciae*. Dunque, raffrontando il mezzo impiegato in relazione al risultato finale voluto dalle parti, si produce un *minus* di effetti: dà luogo unicamente all'acquisto transitorio e non alla realizzazione del fine ultimo voluto dalle parti.

Infine, si deve riprendere quanto affermato in precedenza in tema di distinzione tra il piano economico degli interessi avuti di mira e il piano giuridico degli effetti prodotti dal negozio fiduciario. A tal proposito, l'impostazione tradizionale afferma che il profilo economico non rileva in ambito giuridico: il primo è trattato alla stregua di un motivo²⁰⁸. Il motivo è la finalità individuale che spinge un soggetto a

²⁰⁵ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 348.

²⁰⁶ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 349

²⁰⁷ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 253; LIPARI N., *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁸ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 27.

porre in essere un negozio, l'insieme delle esigenze e dei bisogni che si propone di realizzare mediante l'operazione economico-giuridica. Nel nostro sistema vige il principio dell'irrelevanza dei motivi: i motivi individuali restano estranei al contenuto negoziale e di conseguenza sono irrilevanti anche se avessero determinato la volontà di una parte²⁰⁹.

L'impostazione per cui il piano giuridico non subisce gli effetti del piano economico è colpevole di cristallizzare l'ordinamento giuridico, rendendolo incapace di evolvere²¹⁰. Al contrario, il piano economico è il motore dell'evoluzione giuridica. Così, il cronico ritardo che contraddistingue l'evoluzione del diritto positivo rispetto al piano economico viene meno, se il giurista tiene in giusta considerazione gli interessi che determinano l'autonomia negoziale²¹¹. Non si tratta, dunque, di escludere la rilevanza delle esigenze economiche, ma di considerarne il ruolo di catalizzatori rispetto all'individuazione di nuove soluzioni ad opera dell'autonomia privata.

Nondimeno la teorica dell'eccedenza del mezzo sullo scopo ha il merito di cogliere un «*nocciolo di verità*»²¹²: nonostante l'attribuzione patrimoniale piena e definitiva conferita al fiduciario, l'intento pratico perseguito dalle parti richiederebbe più correttamente un'attribuzione patrimoniale piena, ma solo provvisoria. Si rimanda al seguito dello studio l'analisi più dettagliata della proprietà di stampo fiduciario. In questa sede ci si limita a rilevare che tradizionalmente si nega l'ammissibilità di una proprietà temporanea nel nostro sistema. Secondo questa impostazione, immaginare il trasferimento della proprietà con un termine estintivo avente efficacia reale anche contro i terzi implicherebbe problematiche nel campo della tutela dei terzi e alla circolazione dei beni. D'altra parte, anche immaginando l'ammissibilità di una proprietà temporanea, non si eliminerebbe il rischio di abuso rispetto ai negozi fiduciari puri (*fiducia cum amico* o altruistica)²¹³. Nei negozi fiduciari puri l'operazione economica è realizzata nell'interesse esclusivo del fiduciante ed è immaginabile che il fiduciario abusi dei poteri affidatigli nel proprio interesse

²⁰⁹ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 419; ROPPO V., *op. cit.*, p. 325.

²¹⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 202.

²¹¹ ASCARELLI T., *op. cit.*, p. 149.

²¹² GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 354.

²¹³ ANELLI F., *op. cit.*, p. 665; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 669; ROPPO V., *op. cit.*, p. 591.

personale. I negozi fiduciari puri si distinguono da quelli misti in cui la traslazione del diritto soddisfa anche un interesse del fiduciario (*fiducia cum creditore* o egoistica)²¹⁴.

Tuttavia, a ben vedere, neppure l'elemento della potestà di abuso sembra cogliere la specificità del fenomeno fiduciario. Non è, infatti, capace di distinguere il negozio fiduciario da altri fenomeni concreti²¹⁵. Si pensi al caso dei trasferimenti proprietari *sub modo*²¹⁶. Il modo è un elemento accessorio che può essere apposto a una liberalità o ad un negozio gratuito e consiste nell'imposizione di un determinato dovere al beneficiario della liberalità. Dunque, anche nel caso in cui l'investitura reale a titolo gratuito sia accompagnata da un'obbligazione a carico del beneficiario, è pensabile un abuso. La vicinanza con la figura del negozio fiduciario è maggiormente apprezzabile rispetto alla donazione modale per cui è proprio l'attribuzione della titolarità a rendere possibile l'adempimento del *modus*²¹⁷.

D'altra parte, è la nozione stessa di potestà di abuso ad apparire «*assolutamente inaccettabile*»²¹⁸. L'abuso, infatti, implica che un soggetto ponga in essere un comportamento eccedente rispetto ai propri poteri, ma ciò non avviene in ambito fiduciario: il fiduciario dispone dei pieni poteri dominicali sulla base dell'elemento del trasferimento reale, sola componente del negozio fiduciario che esplica i propri effetti *erga omnes*. Al contrario, il *pactum fiduciae* implica un restringimento dei poteri in capo al fiduciario solo sul piano obbligatorio *inter partes*, senza rilevanza esterna²¹⁹. Dunque, l'utilizzo dei pieni poteri proprietari, benché in violazione del rapporto obbligatorio interno, non comporta un abuso. Si tratta, anzi, del cuore della fiducia: la configurazione in capo al fiduciario della proprietà piena²²⁰. In altre parole, si tratta di riaffermare la pienezza dell'investitura, escludendo la stessa nozione di abuso²²¹.

²¹⁴ ANELLI F., *op. cit.*, p. 663; BIANCA C.M., *op. loc.cit.*; ROPPO V., *op. loc.cit.*

²¹⁵ LIPARI N., *op. cit.*, p. 103.

²¹⁶ LIPARI N., *op. loc.cit.*

²¹⁷ LIPARI N., *op. loc.cit.*

²¹⁸ LIPARI N., *op. cit.*, p. 104.

²¹⁹ TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 35; GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 359; TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *op. cit.*, p. 573 §337.

²²⁰ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 2; TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 36.; PUTTI P.M., *op. cit.*, p. 917.

²²¹ LIPARI N., *op. cit.*, p. 105.

La nozione di potestà di abuso può essere esaminata anche in relazione al tema dell'abuso di diritto. Si tratta di un concetto relativamente nuovo nel mondo del diritto, sorto in relazione allo sviluppo e alle contraddizioni della società liberale e del sistema capitalistico²²². La nozione di abuso del diritto non trova una definizione positiva nell'ordinamento italiano, a differenza di altri sistemi europei, e per l'interprete non è sempre di agevole comprensione perché, a una prima lettura, sembra l'esito di una contraddizione di fondo: l'esercizio illecito di un diritto²²³. Il diritto, infatti, rappresenta un'area di libertà garantita all'individuo, mentre i profili di abusività sono insiti nei comportamenti che si pongono oltre i confini dell'esercizio di un diritto. Tuttavia, è possibile superare quest'antinomia solo apparente, riconoscendo la distinzione tra attribuzione ed esercizio del diritto²²⁴. Infatti, l'attribuzione si colloca sul piano astratto della titolarità, mentre l'esercizio sul piano concreto. Dunque, l'abuso del diritto consiste nell'«*esercizio anomalo*»²²⁵, nell'«*uso oggettivamente anormale*»²²⁶ delle prerogative che il sistema riconosce in capo al titolare del diritto: l'operatore giuridico volge a proprio beneficio una situazione potenzialmente favorevole a sé, creando un danno a terzi. Un siffatto principio generale di correttezza è confermato, come evidenzia la dottrina classica, dal divieto di atti emulativi per il proprietario di cui all'art. 833 c.c.²²⁷. L'esercizio di un diritto è abusivo quando il titolare si avvale dei poteri che ne derivano per raggiungere finalità eccedenti rispetto all'interesse meritevole che la legge tutela.

La teorica dell'abuso del diritto riguarda i casi in cui un soggetto, ponendo in essere un comportamento astrattamente riconducibile alla posizione giuridica di cui è titolare secondo gli schemi formali dell'ordinamento, nel caso concreto entra in

²²² RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, 1998, p. 31

²²³ Al pari del sistema francese, nel sistema italiano il legislatore non si è occupato di abuso del diritto. Ciò è avvenuto, invece, nei codici tedesco, svizzero e russo. RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 13; MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 25; MAZZARIOL R., *Riflessioni in tema di abuso del diritto: aspetti sostanziali e processuali*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, n. 4, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Fondazione del Consiglio Nazionale Forense, 2014, p. 123.

²²⁴ DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in Riv. dir. civ., 2007, p. 681.

²²⁵ TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 127 §27-bis.

²²⁶ PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in Dig.Disc.Priv., UTET, 1987, p. 7.

²²⁷ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 276; vd. MESSINA M., *op. cit.*, p. 117, n.96.

contrasto con alcuni dei principi che lo informano²²⁸. In linea con ciò, la Corte di legittimità si è assestata nel senso di accogliere l'esistenza di un principio generale diretto a reprimere l'abuso del diritto che ritiene consistere in una sproporzione ingiustificata tra il beneficio che il titolare del diritto ricava, alimentando il sacrificio cui è soggetta la controparte²²⁹. L'ordinamento, infatti, non appresta tutela ai poteri e ai diritti esercitati in modo abusivo, in senso contrario alla buona fede oggettiva²³⁰.

Ciò si fonda sull'obbligo generale di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., ma bisogna tenere a mente che, pur riconoscendo una contiguità tra mala fede oggettiva e abuso del diritto, non è possibile la sovrapposizione esatta tra le due nozioni²³¹. Infatti, la buona fede è un criterio di valutazione del comportamento nel concreto avvicinarsi del rapporto tra più parti, mentre l'abuso si coglie nello scarto tra il comportamento di un titolare e i fini per cui la norma gli aveva attribuito il potere di agire²³². In altre parole, il profilo di abuso del diritto si coglie nella relazione con la norma.

Ad ogni modo, la conseguenza della configurazione dell'abuso del diritto consiste nell'applicazione del trattamento riservato agli illeciti²³³.

Strutturalmente la situazione è analoga a quanto accade con il negozio fiduciario: il fiduciario tiene un comportamento corrispondente al contenuto del diritto di cui è investito, ma in violazione del *pactum fiduciae*. Tuttavia, la figura dell'abuso del diritto non si adatta con precisione al caso in esame. Infatti, vi è una differenza essenziale tra le due casistiche: l'abuso del diritto mette in luce uno scarto tra il contenuto astratto di una posizione giuridica soggettiva e il modo in cui la stessa è stata esercitata, mentre nella fiducia la divaricazione si avverte rispetto alle «modalità concrete dell'investitura»²³⁴.

²²⁸ MESSINA M., *op. cit.*, p. 31.

²²⁹ Una volta per tutte nella Cass. Civ., 18/09/2009, n.20106.

²³⁰ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 66; BUSNELLI D. e NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato, III, L'abuso del diritto*, CEDAM, Padova 1998, p. 171.

²³¹ MESSINA M., *op. cit.*, p. 148; MAZZARIOL R., *op. cit.*, p. 125.

²³² MESSINA M., *op. cit.*, p. 178.

²³³ SACCO R., voce *Abuso del diritto*, Dig.disc.priv., UTET, 2012, p. 1; MESSINA M., *op. cit.*, p. 194.

²³⁴ LIPARI N., *op. cit.*, p. 107.

Infatti, a seconda dell'angolo visuale che si adotta, il comportamento del fiduciario è coerente rispetto alla situazione proprietaria di cui è investito, ma incoerente rispetto all'obbligo fiduciario assunto. Proprio tale rilievo mostra la non perfetta adattabilità della figura rispetto al negozio fiduciario: non è possibile parlare di abuso quando un diritto sia riconosciuto nella completezza dei suoi attributi²³⁵. Di qui un'alternativa: limitare la posizione soggettiva del fiduciario per individuare dei limiti oltre cui sia configurabile un abuso o escludere la configurabilità dell'abuso del diritto²³⁶. Ammettere che l'ampiezza dei poteri del fiduciario siano delimitati dal fine voluto dalle parti annullerebbe il problema tradizionale della fiducia: la figura sarebbe riassorbita nell'ambito della coazione giuridica²³⁷.

Ad ogni modo, accostare il negozio fiduciario all'abuso di diritto permette di cogliere un profilo critico: anche qualora il soggetto ponga in essere un comportamento astrattamente corrispondente al contenuto della posizione giudica a lui riconosciuta, sul piano metagiuridico sconfina dalla stessa²³⁸. La contraddizione è insita nel comportamento del fiduciario in violazione del *pactum fiduciae* che, seppur apparentemente coincidente con il diritto di cui è titolare, si risolve in un atto che non doveva compiere. Tali rilievi scardinano la teorica dello squilibrio tra mezzo e scopo, anche quando intesa con la forma della potestà di abuso.

4. La struttura del negozio fiduciario

Il tema della contrapposizione tra rapporto reale e rapporto obbligatorio implica l'esame della struttura del negozio fiduciario: se questo sia un negozio unico o risulti dalla combinazione di più negozi economicamente connessi, ma giuridicamente distinti. Fin dalle prime analisi di dottrina e giurisprudenza si impone la ricostruzione che enfatizza la natura complessa del negozio fiduciario, esito della combinazione di un negozio reale e un negozio ad effetti obbligatori.

²³⁵ LIPARI N., *op. cit.*, p. 108.

²³⁶ LIPARI N., *op. loc.cit.*

²³⁷ LIPARI N., *op. cit.*, p. 115.

²³⁸ LIPARI N., *op. cit.*, p. 116.

Questa ipotesi è andata incontro ad autorevoli critiche mosse da chi, invece, ritiene il negozio fiduciario un *unicum* in cui le due parti dialogano e si completano vicendevolmente grazie all'elemento unificante della *causa fiduciae*. Si prosegue analizzando la possibilità di ricondurre la struttura del negozio fiduciario a quello del negozio a prestazioni corrispettive. Tale operazione è densa di implicazioni, soprattutto dal punto di vista delle tutele. Infine, si traggono le conclusioni che derivano dalla differenziazione della fiducia statica da quella dinamica.

4.1 Duplicità

La dottrina italiana del primo Novecento, in ossequio alla ricostruzione romanistica, ritiene che il negozio fiduciario consista in due negozi strutturalmente e causalmente autonomi: il primo reale-positivo e il secondo obbligatorio-negativo²³⁹. Dunque, il negozio fiduciario risulta dalla somma di due negozi indipendenti e autonomi collegati dall'elemento della fiducia. Tale orientamento ricostruisce il negozio fiduciario in chiave pluralistica. In particolare, il primo negozio costituisce un diritto *erga omnes* in capo al fiduciario, mentre il secondo negozio opera esclusivamente sul piano obbligatorio *inter partes* per limitare i poteri del fiduciario²⁴⁰.

Siffatta interpretazione esclude la possibilità di ricondurre il fenomeno a una categoria giuridica unitaria: «*se si [...] scind[e] il piano di efficacia del momento traslativo rispetto al momento obbligatorio, la qualificazione del fenomeno come combinazione di negozi ne discenderà, di solito, quasi come conseguenza necessaria*»²⁴¹. Il negozio fiduciario, così impostato, risulta in una fattispecie composita in cui convivono un negozio traslativo ad effetti reali astratto e un negozio ad effetti obbligatori che limita il primo, tra loro finalisticamente collegati dalla *causa fiduciae*. Dunque, il negozio fiduciario sorge a partire dal collegamento

²³⁹ FERRARA F., *op. cit.*, p. 57; CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, p. 103.

²⁴⁰ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, pp. 27 ss.

²⁴¹ LIPARI N., *op. cit.*, 1964, p. 304.

tra due negozi e, salva l'identità dei soggetti, la situazione giuridica reale e il rapporto obbligatorio non condividono altri elementi²⁴².

Le teorie che hanno sostenuto la duplicità strutturale del negozio fiduciario —e di conseguenza l'inammissibilità di un negozio fiduciario dotato di un'unitaria configurazione sociale nel nostro ordinamento— sono state accolte dalla giurisprudenza. Così, le Corti hanno perlopiù ricostruito la fattispecie fiduciaria come una pluralità di negozi connessi funzionalmente o economicamente, spingendosi addirittura a considerare il patto di fiducia quale negozio accessorio e complementare a quello reale²⁴³.

Il negozio fiduciario sarebbe, quindi, l'esito del fenomeno del collegamento negoziale. Il collegamento è un espediente a servizio dell'autonomia privata che ibrida i tipi contrattuali contenuti nel Codice civile per creare nuovi strumenti e superare l'assenza di mezzi tipici volti a soddisfare gli interessi che sorgono nella pratica²⁴⁴. Il ricorso a questo strumento si è intensificato progressivamente dagli anni '70, quando i contratti tipici hanno mostrato la loro inadeguatezza rispetto al mondo degli scambi commerciali²⁴⁵. Il collegamento negoziale, più nello specifico, si configura quando una pluralità di negozi distinti è, in maniera univoca, coordinata e teleologicamente finalizzata al perseguimento di un interesse voluto dalle parti e ulteriore rispetto alla somma dei due singoli contratti²⁴⁶. Tale definizione pone in luce le tre componenti del collegamento: (I) l'elemento oggettivo del nesso teleologico, (II) l'elemento soggettivo della comune volontà delle parti volta alla realizzazione di un fine ulteriore rispetto agli effetti tipici delle componenti e (III) la non occasionalità del collegamento.

La giurisprudenza ha sottolineato a più riprese come il collegamento non dia vita a un nuovo negozio unitario, ma unitario sia solo il risultato economico che le parti

²⁴² PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 278.

²⁴³ Cass. Civ., 12/01/1952, n.59; Cass. Civ., 07/08/1982, n.4438; Cass. Civ., 29/05/1993, n.6024.; Cass. Civ., 01/04/2003, n.4886; Cass. Civ., 06/05/2005, n.9403; Cass. Civ., 08/05/2009, n.10590.

²⁴⁴ ALPA V., MARICONDA V., *Art. 1322 in Codice civile commentato, Tomo II*, III Ed., Ipsoa, 2013, pp. 13.

²⁴⁵ SACCO R., voce *Contratto collegato*, in *Digesto disc.priv.*, UTET, 2011, p. 240; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 440.

²⁴⁶ BUONFRATE A., voce *Contratti collegati*, in *Digesto disc.priv.*, UTET, 2007, pp. 286 ss.; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 437.

perseguono con una pluralità coordinata di contratti che restano autonomi. L'istituto del collegamento si rinviene anche nella ricostruzione prevalente del negozio fiduciario: esso vive del collegamento tra il negozio ad effetti reali efficace verso terzi e il negozio obbligatorio interno²⁴⁷.

In particolare, nel caso in esame si concretizza una figura di collegamento genetico. L'espressione denota i casi in cui i negozi sono, *ab origine*, funzionali a completarsi vicendevolmente per dare vita agli esiti voluti dalle parti²⁴⁸. In effetti, il negozio fiduciario nasce come plurale: richiede necessariamente il collegamento tra i due negozi di cui è composto per poter esplicare i propri effetti. Il nesso di collegamento è rappresentato dalla fiducia: trasferimenti e obblighi attuano il programma fiduciario. Così, il negozio fiduciario, per la sua stessa natura e funzione, è composto di due negozi che sono destinati ad influire l'uno sull'altro. Più nello specifico, il *pactum fiduciae* è destinato a modificare l'ampiezza del negozio traslativo.

Così vengono ricollegate due anime al negozio fiduciario: il carattere esterno del negozio di trasferimento che si esplica anche nei confronti dei terzi e il carattere interno dell'elemento obbligatorio che si esprime *inter partes*²⁴⁹. Proprio questa duplicità di prospettive comporta l'assenza di mezzi coercitivi per obbligare il fiduciario a rispettare gli obblighi assunti: divenuto pieno titolare dei beni *erga omnes*, non vi è un modo per limitare i poteri di godimento e disposizione del fiduciario nei confronti dei terzi. Il fiduciante, dunque, confida nello spontaneo adempimento del fiduciario relativamente agli obblighi che questi ha assunto unicamente nei confronti della controparte, senza alcun riflesso su chi sia estraneo al negozio. L'elemento fiduciario è insito proprio in questo passaggio: la fiducia rileva solo rispetto al fiduciante che affida la realizzazione dello scopo complessivo del negozio alla collaborazione del fiduciario²⁵⁰.

²⁴⁷ Cass. Civ., 26/05/2014, n. 11757; Cass. Civ., 20/02/2013, n. 4262; Cass. Civ., 15/05/2014, n. 10633; Cass.civ., 06/05/2005, n.9402; Cass. Civ., 01/04/2003, n.4886; Cass. Civ., 16/02/1996, n.481.

²⁴⁸ BUONFRATE A., voce *Contratti collegati*, in *Digesto disc.priv.*, UTET, 2007, pp. 286 ss.

²⁴⁹ FERRARA F., *I negozi fiduciari*, Hoepli, 1905, p. 57; CARIOTA FERRARA L *op. cit.*, p. 103.

²⁵⁰ TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 34.

Nonostante la duplicità del negozio fiduciario, non vi è scarto tra rapporto esterno ed interno relativamente al trasferimento del diritto di proprietà. Il fiduciario diventa proprietario *erga omnes*, non solo di fronte ai terzi, ma anche di fronte al fiduciante²⁵¹. Vengono rispettati tutti i crismi regolarmente ricollegati al diritto dominicale: diritto reale fondamentale i cui relativi poteri di godimento e disposizione sono pieni, esclusivi e perpetui. Il fiduciario acquista la proprietà assoluta e si deve negare la possibilità di sdoppiare le prerogative dominicali tra fiduciante e fiduciario perché «*la proprietà non è nel suo contenuto frazionabile*»²⁵². L'impostazione pluralista che costruisce il negozio fiduciario a partire da una duplicità di negozi non lascia spazio all'affermazione di una posizione intermedia tra chi sia proprietario e chi non lo sia: una sorta di proprietario nominale di fronte a determinate persone non è ammissibile. Tale riflessione porta a prendere le distanze dalla teorizzazione di una «*proprietà fiduciaria*» che d'altra parte, non trova alcun supporto nel dato testuale, siccome l'ordinamento positivo prevede solo la proprietà piena. Si approfondisce questo rilievo quando si tratta specificamente della proprietà fiduciaria.

4.2 Unitarietà

Adottando la prospettiva opposta, il negozio fiduciario è interpretato quale negozio unitario atipico, dotato di una causa propria, idonea al trasferimento della proprietà²⁵³. Tale tesi ricostruttiva richiama il tema dell'autonomia privata, cui riconosce rilievo primario e capacità espansiva massima²⁵⁴. A livello positivo, il riconoscimento dell'unitarietà del negozio fiduciario può fondarsi sul combinato disposto degli artt. 1322 e 1376 c.c.. La libertà creativa dell'autonomia privata rispetto a nuovi schemi negoziali atipici e la trasmissibilità dei diritti sulla base del mero consenso giustificano l'esistenza di un negozio fiduciario unitario in cui l'elemento traslativo del diritto reali è fondato sulla *causa fiduciae*. Per quanto

²⁵¹ FERRARA F., *op. cit.*, p. 746; 747; Cariota FERRARA L., *op. cit.*, p. 29.

²⁵² LIPARI N., *op. cit.*, 1964, p. 304.

²⁵³ GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss.

²⁵⁴ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 367.

riguarda la prima disposizione, il principio dell'autonomia privata ha un contenuto ampio: implica che le parti si vincolino solo se lo vogliano —libertà di contrarre— e anche che possano dare il contenuto che ritengono più adatto al loro rapporto —libertà contrattuale. Rispetto all'ultimo profilo, si consente ai privati di modificare il contenuto dei contratti tipici, ma anche di creare nuovi schemi non perfettamente rispondenti ai modelli fissati dal legislatore. Si torna più a fondo sul tema dell'autonomia contrattuale quando si esamina la possibilità di configurare la proprietà fiduciaria.

Assodato che la *causa fiduciae* sia lecita in virtù dell'autonomia privata, la stessa assicura l'unitaria natura dell'operazione giuridico-economica del negozio fiduciario²⁵⁵. Il significato sociale del fenomeno fiduciario, infatti, si coglie solo nell'unitarietà del fenomeno, caratterizzato dall'elemento teologico della fiducia in tutta la sua estensione²⁵⁶. Di conseguenza il negozio fiduciario non è il risultato della presenza di un generico elemento fiduciario, ma sorge dall'incisività della fiducia rispetto all'intero schema causale²⁵⁷. In questo unico negozio finalizzato al trasferimento di un diritto reale, il contenuto giuridico formale coincide esattamente con il lato economico materiale²⁵⁸.

Così, l'atto attributivo della titolarità reale in capo al fiduciario è compiuto esclusivamente in funzione dello scopo che il comportamento del fiduciario deve realizzare: la *causa fiduciae* sorregge l'intera operazione economica²⁵⁹. Se l'atto traslativo del fiduciante è giustificato e finalizzato alla realizzazione di un particolare risultato pratico ad opera del fiduciario non è possibile negarne l'unitarietà²⁶⁰.

Generalmente, quando uno stesso negozio comporta effetti reali e obbligatori, il rapporto tra di essi è caratterizzato dall'interdipendenza. Si veda, a titolo esemplificativo, il rapporto tra il trasferimento della proprietà e l'obbligazione di

²⁵⁵ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 369.

²⁵⁶ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 279.

²⁵⁷ PUGLIATTI S., *op. loc.cit.*; SANTORO L., *op. cit.*, p. 210.

²⁵⁸ SANTORO L., *op. cit.*, p. 202.

²⁵⁹ DE MARTINI A., *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 326.

²⁶⁰ Cass. Civ., 23/01/1971, n.146.

corrispondere il prezzo nella compravendita. Al pari di qualsiasi negozio di scambio, anche nel negozio fiduciario l'attribuzione patrimoniale è giustificata dall'assunzione di un obbligo da parte del fiduciante. Non deve trarre in inganno il fatto che l'obbligazione non rappresenti il corrispettivo economico del trasferimento, ma semplicemente il mezzo che regola il comportamento dell'accipiente rispetto all'oggetto del trasferimento. Così, nel negozio fiduciario, l'effetto di diritto reale trova causa giustificatrice nell'effetto obbligatorio del negozio. Si rimanda, a tal proposito, alle riflessioni svolte in tema di corrispettività nel prossimo paragrafo.

4.3 Corrispettività e risoluzione per inadempimento

Tradizionalmente si afferma che il fiduciante possa agire contro la violazione del *pactum fiduciae* da parte del fiduciario solo sul piano risarcitorio. Non sarebbe, invece, azionabile uno strumento per la ricostituzione della situazione patrimoniale del fiduciante antecedente alla conclusione del rapporto negoziale. Questi, quindi, perderebbe completamente la possibilità di tutelare i suoi diritti da un punto di vista reale. La conseguente vulnerabilità della posizione del fiduciante indebolisce l'intera costruzione del negozio fiduciario.

È possibile superare parzialmente questi rilievi critici riconducendo il negozio fiduciario all'alveo dei negozi a prestazioni corrispettive; in questo modo il fiduciante, di fronte all'inadempimento del fiduciario, può risolvere il rapporto giuridico e riottenere i beni trasmessi con effetto retroattivo.

Si può giungere all'accoglimento della risoluzione in reazione alle violazioni del *pactum fiduciae* per gradi. Si indaga, in primo luogo, il posizionamento del contratto del mandato rispetto alla corrispettività. Infatti, il mandato, al pari del negozio fiduciario, è caratterizzato dal ruolo fondamentale della fiducia. Quindi, se fosse possibile riconoscere la compresenza di fiducia e corrispettività nel contratto tipico, si potrebbe sostenere la stessa conclusione in tema di negozio fiduciario. In secondo luogo, si esamina il tema della corrispettività anche rispetto al collegamento negoziale. Infatti, anche se non si aderisse alla ricostruzione unitaria

del negozio fiduciario, qualora fosse possibile ricondurre le fattispecie di collegamento all'area della corrispettività, sarebbe possibile procedere con la tutela *ex art. 1453 c.c.* nel caso di violazione del *pactum fiduciae*. Si segue con i requisiti e gli effetti della risoluzione per inadempimento. Infine, ci si sofferma sui limiti della risoluzione in ambito fiduciario a causa della salvezza dei diritti costituiti in capo ai terzi²⁶¹.

In generale, la nozione di corrispettività, introdotta nel nostro sistema a partire dal 1942, caratterizza i rapporti giuridici in cui sono previste prestazioni reciproche a carico di entrambe le parti e ogni prestazione giustifica quella opposta²⁶². Quando il sacrificio di una parte trova la propria giustificazione nella controprestazione a carico dell'altra, il legame che si instaura tra prestazione e controprestazione, il sinallagma, è talmente forte da rendere le due interdipendenti²⁶³. In altre parole, ogni parte accetta di sottomettersi a un sacrificio solo a condizione che anche l'altra parte si sottometta a un proprio sacrificio²⁶⁴. In particolare, nel caso del negozio fiduciario, si avrebbe un sinallagma genetico: il reciproco rapporto di giustificazione causale tra prestazione e controprestazione nasce al momento della stipulazione.

Per raffigurare i confini della corrispettività soccorre l'immagine di una città: il cuore della nozione risiede nel centro storico racchiuso dalle mura; attorno allo stesso si sviluppa una prima periferia caratterizzata da uno stile simile; la stessa è seguita da ulteriori quartieri satelliti notevolmente differenti.

Muovendo dal nucleo tematico, la corrispettività consiste nell'interdipendenza o reciprocità delle prestazioni contrattuali²⁶⁵. Rispetto a ciò, si consideri che il legislatore afferma la corrispettività solo nei confronti dei contratti e la mancanza di qualsiasi riferimento a rapporti con prestazioni corrispettive, esclude che si possa

²⁶¹ Art. 1458, co.2, c.c..

²⁶² SACCO R., voce *Contratto sinallagmatico o con prestazioni corrispettive*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2010, pp. 272 ss.; ROPPO V., *op. cit.*, p. 817; SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Cisalpino, 1960, p. 10; PINO A., *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, CEDAM, 1963, p. 3; BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 75.

²⁶³ SACCO R., *op. loc.cit.*

²⁶⁴ SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, IV edizione, UTET, 2016, p. 1436.

²⁶⁵ SACCO R., *op. cit.*, pp. 272 ss.; SACCO R. e DE NOVA G., *op. cit.*, p. 1591.

estendere il tema della corrispettività al di fuori dell'ambito contrattuale²⁶⁶. In generale, la nozione di corrispettività sottolinea l'esistenza di un nesso qualificato che lega le prestazioni dedotte nel contratto: l'una rappresenta il fatto giustificativo dell'altra²⁶⁷. In altre parole, la prestazione di una parte trova remunerazione nella controprestazione dell'altra²⁶⁸. La figura teorica tradizionalmente impiegata per definire tale legame è quella del sinallagma. Il sinallagma indica l'interdipendenza delle prestazioni nell'attuazione del contratto²⁶⁹. Proprio tale nozione fonda la distinzione tra i contratti a prestazioni corrispettive e i contratti caratterizzati dalla mera onerosità in cui, pur essendo previsti sacrifici economici a carico di entrambi i contraenti, essi non sono legati da un nesso di interdipendenza²⁷⁰. Il contratto oneroso, infatti, non prevede che una parte si impegni ad adempiere una prestazione allo scopo di procurarsi un vantaggio. In altre parole, un contratto oneroso può essere corrispettivo, ma non vi è un legame di necessità: onerosità e corrispettività sono concetti tra loro compatibili, ma non coessenziali²⁷¹.

La differenza pratica più rilevante che separa le figure di onerosità e corrispettività si traduce proprio nel problema dell'applicabilità o meno della risoluzione per inadempimento. Infatti, nel caso della corrispettività, il principio dell'interdipendenza delle prestazioni comporta che una parte possa rifiutarsi di eseguire la propria prestazione di fronte all'inadempimento dell'altra e possa essere liberata dal vincolo contrattuale quando l'inadempimento della controprestazione presenta alcuni caratteri che esamineremo nel seguito²⁷². In altre parole, il legislatore tutela il contraente quando supporti degli oneri solo in relazione ai vantaggi che gli deriveranno dagli oneri supportati dalla controparte²⁷³.

²⁶⁶ PINO A., *op. cit.*, p. 147.

²⁶⁷ AMADIO G., *La risoluzione per inadempimento: considerazioni generali*, in *Trattato del contratto*, V, *Rimedi*; 2 a cura di Roppo V., Giuffrè, 2006, p. 33

²⁶⁸ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 443.

²⁶⁹ BIANCA C.M., *op. loc.cit.*

²⁷⁰ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 444; PINO A., *op. cit.*, p. 107.

²⁷¹ BISCONTINI G., *op. cit.*, p. 34.

²⁷² BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 443.

²⁷³ BISCONTINI G., *op. cit.*, p. 36.

Il tema assume una portata fondamentale rispetto alla qualificazione dei contratti onerosi di mandato, mutuo e deposito che tradizionalmente si riconducono alla categoria dei contratti onerosi non corrispettivi. Si parlava al riguardo di contratti bilaterali imperfetti, solo accidentalmente caratterizzati da nesso di corrispettività tra le prestazioni²⁷⁴. Anche nella variante onerosa, il contratto di mandato non sarebbe sinallagmatico perché le obbligazioni, pur reciproche, non sarebbero corrispettive: la causa della prestazione del mandatario non è il compenso che questo riceva, ma la fiducia. Tuttavia, tale tesi non convince perché la reciproca causalità che caratterizza la struttura dei contratti con prestazioni corrispettive prescinde dal loro fondamento causale²⁷⁵.

Inoltre, la corrispettività descrive il rapporto tra le prestazioni e, anche se il mandato trovasse la propria ragion d'essere nella fiducia, non verrebbe meno la struttura reciprocamente causale tra il compenso e la prestazione del mandatario. L'elemento fiduciario nel mandato rappresenta meramente una caratteristica del contratto, pienamente compatibile con il rapporto di corrispettività tra l'obbligazione di *facere* del mandatario e quella di dare del mandante.

In definitiva, non vi sono ostacoli insormontabili e si deve ammettere il carattere sinallagmatico anche del contratto di mandato, qualora questo preveda un compenso. Dunque, sulla base dell'attuale configurazione concreta del fenomeno del mandato, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie includono perlomeno il mandato oneroso nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive²⁷⁶. Di conseguenza, l'inadempimento di uno degli obblighi a carico delle parti potrebbe integrare la fattispecie dell'inadempimento risolutorio.

Le stesse conclusioni possono riflettersi in tema di negozio fiduciario. Il negozio fiduciario, infatti, al pari del mandato, è ricondotto alla figura dell'interposizione

²⁷⁴ MONTANARI A., *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Europa e diritto privato*, n.3, Giuffrè, 2010, p. 972, nota 19; BISCONTINI G., *op. cit.*, p. 110; SCALFI G., *op. cit.*, p. 18.

²⁷⁵ BISCONTINI G., *op. cit.*, p. 33; AMADIO G., *La risoluzione per inadempimento: considerazioni generali*, in *Trattato del contratto, V, Rimedi*; 2, II ed., a cura di Roppo V., Giuffrè, 2022, p. 46

²⁷⁶ MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Tratt. Vassalli, VIII, 1, UTET, 1952, p. 205 ss. e 211 ss.; SCALFI G., *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 460; LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, 1984, p. 387; Cass. Civ., 02/07/1981, n.4282. Cass. Civ., 26/08/1982, n.4719. Cass. Civ., 09/06/1994, n.5622.

reale e la differenza tra le due figure consiste nella diversa natura dell'incarico di fiduciario e mandatario: l'attività del fiduciario si esplica in una serie di operazioni complesse che compie sulla base delle esigenze del momento o della convenienza, mentre al mandatario è demandato il compimento di uno o più atti determinati²⁷⁷.

Se si aderisce alla ricostruzione dello stesso in termini di negozio unitario —dove il trasferimento del fiduciante è giustificato dalle obbligazioni in capo al fiduciario— si intravede un nesso sinallagmatico. Le prestazioni di fiduciante e fiduciario sono reciproche e trovano l'una la propria giustificazione nell'altra. Da una parte, il trasferimento dei diritti si fonda sulla specifica estensione accordata ai poteri del fiduciario in ordine alla loro gestione e disposizione e, dall'altra, i poteri fiduciari trovano la propria giustificazione nel trasferimento e nella restituzione che normalmente segue al soddisfacimento degli scopi negoziali.

In particolare, siccome la fattispecie risolutiva è accolta rispetto al mandato oneroso, ma rigettata rispetto alla costruzione gratuita, analoghe differenziazioni possono compiersi tra fiducia *cum creditore* e *cum amico*. Partendo dal secondo caso, la fiducia *cum amico*, il negozio fiduciario è altruistico e il fiduciario agisce nell'esclusivo interesse del fiduciante²⁷⁸. In questo caso, quindi, il negozio fiduciario sarebbe assimilabile al mandato di stampo gratuito.

Opposta la conclusione in tema di fiducia *cum creditore* in cui il trasferimento dei titoli da parte del fiduciante avviene anche nell'interesse del fiduciario²⁷⁹. Questi gestisce i beni che gli sono affidati anche per un fine di tipo egoistico, per ricavarne un proprio vantaggio personale. La corrispettività si coglie proprio in questo aspetto. La reciprocità delle posizioni di fiduciante e fiduciario stringe il negozio fiduciario intorno al fine voluto dalle parti.

Seguendo, quindi, quanto affermato sul rapporto tra corrispettività e fiducia rispetto al mandato oneroso, l'inadempimento di una porzione del programma negoziale

²⁷⁷ ROTA F. e BIASINI G., *op. cit.*, p. 274.

²⁷⁸ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 9; CARRARO L., *Il mandato ad alienare*, Cedam, 1947, p. 77; GRASSETTI C., *op. cit.*, pp. 364 ss.; SEMPRINI A., *I rapporti fiduciari con funzione accessoria, contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, Giappichelli, 2022, p. 46.

²⁷⁹ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 9; CARRARO L., *Il mandato ad alienare*, Cedam, 1947, p. 77; GRASSETTI C., *op. cit.*, pp. 364 ss.; SEMPRINI A., *op. cit.*, p. 46.

può dare luogo a risoluzione per inadempimento. Infatti, dalla corrispettività deriva il legame che la legge crea tra mancato adempimento e risoluzione²⁸⁰. All'inadempimento o inesatto adempimento da parte del fiduciario rispetto ai propri obblighi non consegue solo il sorgere del diritto al risarcimento, ma il fiduciante può risolvere il negozio.

Tale profilo rappresenta una deviazione rispetto al contenuto dell'art. 1372 c.c. per cui il contratto ha forza di legge tra le parti²⁸¹. Infatti, quando il contraente si sia assunto un sacrificio sulla base del sacrificio assunto dal contraente, se risulti frustrato dall'inadempimento della controparte, potrà a sua volta sollevarsi dell'obbligo di cui si era preso carico. Dunque, il contraente si può liberare del contratto ineseguito in modo da reperire sul mercato una prestazione uguale a quella che gli era stata promessa²⁸². In questo modo si giunge alla ricostituzione della situazione patrimoniale *ex ante*, salvi i diritti dei terzi. Il fiduciante, quindi, dispone di una potente arma: può ottenere la restituzione dei propri beni anche qualora il fiduciario li avesse gestiti in violazione del programma stabilito tra le parti. Ci si concentra in seguito sugli effetti dell'inadempimento risolutorio.

Per concludere la ricognizione del rapporto tra fiducia e area della corrispettività e delle prestazioni rilevanti a fini risolutori, bisogna considerare il fenomeno dei contratti collegati, fattispecie che si collocano al confine di essa. Il collegamento negoziale, in generale, è funzionale alla realizzazione di operazioni economiche complesse, ma unitarie²⁸³. Come già visto in precedenza, si tratta dei casi in cui le parti optano per la soluzione della scomposizione, dell'articolazione del rapporto economico in una pluralità di negozi.

Esaminiamo, in particolare, il collegamento in funzione di scambio. La funzione di scambio si realizza quando le attribuzioni patrimoniali dei singoli contratti non riproducono lo schema dello scambio, ma la loro corrispettività si coglie solo nel collegamento con l'altro contratto²⁸⁴. Rispetto a ciò, la giurisprudenza dà luogo ad

²⁸⁰ SACCO R. e DE NOVA G., *op. cit.*, p. 1436.

²⁸¹ PINO A., *op. cit.*, p. 154.

²⁸² SACCO R. e DE NOVA G., *op. cit.*, p. 1585.

²⁸³ BUONFRATE A., voce *Contratti collegati*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2007, pp. 286 ss.; ROPPO V., *op. cit.*, p. 333.

²⁸⁴ BUONFRATE A., *op. cit.*, pp. 286 ss.; AMADIO G., *op. ult.cit.*, p. 70.

affermazioni in apparenza contraddittorie: afferma l'autonomia strutturale di ciascun contratto che compone il collegamento —dunque ciascuno di loro rimane nei binari del tipo cui appartiene, restando subordinato all'applicazione della disciplina corrispondente—, ma attribuisce rilievo specifico al collegamento per cui i contratti collegati sono sensibili alle circostanze invalidanti e alle vicende caducatorie che colpiscono uno solo di essi²⁸⁵.

Di fronte alla «*schizofrenia*»²⁸⁶ della giurisprudenza che separa elementi nati sulla base del loro legame, ai fini dell'indagine sulla fiducia, si tratta di stabilire a quali condizioni il legame tra più negozi assuma rilievo in sede di risoluzione per inadempimento.

Ad ogni modo quando le attribuzioni patrimoniali programmate dal singolo contratto non riproducono al loro interno lo schema dello scambio, la valutazione in termini di corrispettività si basa sulla considerazione delle ulteriori prestazioni previste nell'altro contratto: si realizza una complessiva funzione di scambio grazie al collegamento stesso²⁸⁷. Si pensi ad un esempio. Tizio è il proprietario di un frutteto e Caio è il proprietario dell'allevamento bovino confinante. I due concludono un primo contratto in modo da permettere a Tizio di impiegare i prodotti dell'allevamento per concimare la terra gratuitamente. In un secondo contratto prevedono, invece che Tizio, a fine stagione, trasferisca parte del raccolto a Caio a titolo gratuito. I due contratti sono gratuiti e quindi, di per sé, non sono risolvibili per inadempimento. Tuttavia, allargando la visuale e considerando la complessiva operazione economica che ha luogo tra le parti, è facile rilevare che un contratto rappresenta la prestazione corrispettiva dell'altro. Di conseguenza è possibile che l'inadempimento di una delle prestazioni, porti allo scioglimento dei contratti collegati²⁸⁸.

Lo stesso accade in ambito fiduciario: il trasferimento da parte del fiduciante avviene a titolo gratuito, così come risulta gratuita la gestione dei beni trasferiti ad opera del fiduciario. Risulta chiaro, però, che le due parti siano l'una il corrispettivo

²⁸⁵ AMADIO G., *op. loc.cit.*

²⁸⁶ AMADIO G., *op. ult.cit.*, p. 71.

²⁸⁷ AMADIO G., *op. ult.cit.*, p. 72.

²⁸⁸ BUONFRATE A., *op. cit.*, pp. 286 ss

dell'altro. Lo scambio riguarda il fatto che il fiduciante trasferisce la titolarità, ottenendo dal fiduciario la gestione prevista nel *pactum fiduciae*.

In particolare, la giurisprudenza ha accolto il compito di individuare le condizioni perché sia possibile prevedere la risoluzione per inadempimento in tema di collegamento negoziale. In questa direzione, la Cassazione ha tipizzato due indici di riconoscimento: contestualità temporale e collegamento economico-funzionale reso palese dalla volontà dei contraenti di regolare in tal modo definitivamente tutti i loro rapporti²⁸⁹. Tale nesso di interdipendenza assume rilievo tale da rendere sostanzialmente unico il rapporto obbligatorio tra le parti. Dunque, nel caso di collegamento in funzione di scambio, il risultato complessivamente programmato da ciascun contratto fungerà da prestazione corrispettiva rispetto all'altro, tanto da legittimare, in caso di mancata attuazione di uno di tali risultati, il ricorso ai tipici rimedi sinallagmatici.

Il negozio fiduciario risponde a entrambi i requisiti designati dalla Suprema Corte. Infatti, nel caso di esame, il collegamento economico-funzionale è genetico. Il negozio di trasferimento e il negozio che contiene gli obblighi in capo al fiduciario sorgono allo stesso momento perché *ab origine* consistono uno nella giustificazione dell'altro. È assolutamente evidente nel negozio fiduciario dove le prestazioni delle due parti risultano da un'unica progettualità. Di qui il fatto che il risultato complessivamente programmato da ciascun negozio funge da corrispettivo rispetto all'altro. Di conseguenza, il mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni di uno, legittimano il ricorso al rimedio della risoluzione per inadempimento.

A questo punto dell'indagine, l'attenzione deve essere rivolta alla configurazione dell'inadempimento risolutorio. Infatti, non ogni forma di inadempimento giustifica il ricorso al rimedio della risoluzione. In altre parole, la parte non inadempiente, c.d. parte fedele, può sciogliersi dal rapporto contrattuale quando la controprestazione sia inadempita²⁹⁰. Si deve, quindi, esaminare se i requisiti

²⁸⁹ Cass. Civ., 19/12/2003, n.19556.

²⁹⁰ BIANCA C.M., 5. *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Terza edizione, Giuffrè, 2021, p. 277.

dell'inadempimento risolutorio siano ravvisabili anche in ambito fiduciario. Essi sono individuati da tre formule: imputabilità, definitività, non scarsa importanza²⁹¹.

L'inadempimento è imputabile quando la prestazione sarebbe ragionevolmente esigibile rispetto alla parte che dovrebbe sostenerla²⁹². Infatti, non è possibile esigere dal debitore uno sforzo fino al limite dell'impossibilità assoluta e, se le modalità di esecuzione sono eccessivamente gravose, non vi è responsabilità. In questo caso grava sul debitore dimostrare di essere stato diligente, ma che l'esecuzione fosse divenuta troppo gravosa.

Il requisito della definitività, invece, fa riferimento al fatto che la mancata esecuzione della prestazione si sia protratta a tal punto nel tempo che il debitore non può più rimediare, adempiendo in ritardo²⁹³. La dottrina qualifica la definitività non come impossibilità, ma piuttosto individua la situazione in cui la prestazione non sia più esigibile da parte dell'obbligato: la mancata o inesatta esecuzione della prestazione non può più essere sanata dal debitore inadempiente mediante un'esecuzione tardiva e il creditore non può più esigere la prestazione.

Infine, la non scarsa importanza è il *proprium* che distingue l'inadempimento *ex art.* 1453 c.c.²⁹⁴. Non è necessaria la gravità, ma è sufficiente che l'inadempimento non sia lieve, trascurabile²⁹⁵. In altre parole, l'inadempimento deve turbare l'intera funzione economica del contratto²⁹⁶.

La giurisprudenza e la dottrina individuano due criteri per valutare la non scarsa importanza, espressi all'art. 1455: un'indicazione oggettiva di misura —importanza non scarsa— e un parametro di riferimento —interesse della parte fedele²⁹⁷. Il criterio oggettivo relativo all'entità dell'inattuazione del programma è ricavabile dal confronto tra quanto era previsto come prestazione esatta (programma contrattuale) e quanto effettivamente eseguito²⁹⁸. Esso consiste in uno squilibrio

²⁹¹ SACCO R., voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1998, pp. 56 ss..

²⁹² BIANCA C.M., *op. ult.cit.*, p. 296; ROPPO V., *op. cit.*, p. 833.

²⁹³ AMADIO G., *op. cit.*, pp. 96 ss.

²⁹⁴ AMADIO G., *op. cit.*, pp. 133 ss.; ROPPO V., *op. cit.*, p. 834.

²⁹⁵ BIANCA C.M., *op. ult.cit.*, p. 289.

²⁹⁶ PINO A., *op. cit.*, p. 156.

²⁹⁷ ROPPO V., *op. cit.*, p. 835.

²⁹⁸ BIANCA C.M., *op. ult.cit.*, p. 291; AMADIO G., *op. cit.*, p. 137.

sensibile del sinallagma contrattuale. Non si tratta di un criterio rigido e astratto, ma da valutarsi rispetto alla situazione concreta. Invece, il criterio soggettivo dell'interesse del creditore si riconosce nel fatto che l'inadempimento impedisca il raggiungimento degli scopi voluti dalle parti²⁹⁹. La pratica tende a contemperare vicendevolmente i due criteri, utilizzandoli cumulativamente.

Rispetto alla violazione del *pactum fiduciae* è possibile immaginare tutti i requisiti risolutori. Nonostante ciascun caso debba essere singolarmente sottoposto al triplice esame, non è difficile immaginare il soddisfacimento di ogni requisito quando il fiduciario disponga dei beni in modo incompatibile con il programma del negozio fiduciario.

Rispetto al profilo degli effetti che derivano dalla risoluzione per inadempimento, si deve sondare la tenuta della regola generale rispetto alle specificità del negozio fiduciario. Il Codice civile dedica il Capo XIV del Titolo II del Libro IV alla risoluzione del contratto. In particolare, la risoluzione per inadempimento è una forma di reazione apprestata dall'ordinamento contro l'inadempimento contrattuale³⁰⁰. Il sistema, in questo modo, permette di rimuovere l'assetto di interessi predisposto dal contratto, ricostituendo la composizione qualitativa del patrimonio del contraente fedele *ex quo ante* sulla base di una valutazione discrezionale dello stesso contraente³⁰¹.

Quando le componenti di un negozio sono caratterizzate da tale nesso sinallagmatico, l'inadempimento di una parte comporta la possibilità di sciogliere il vincolo che è regolarmente considerato esplicitare forza di legge tra le parti: il contraente insoddisfatto può scegliere di rimuovere l'intero rapporto e rivolgersi nuovamente al mercato per l'ottenimento dell'utilità desiderata³⁰². La risoluzione comporta che non siano più dovute le prestazioni soddisfatorie delle obbligazioni

²⁹⁹ BIANCA C.M., *op. ult.cit.*, p. 292; AMADIO G., *op. cit.*, p. 143. *Contra* PINO A., *op. cit.*, p. 156; BISCONTINI G., *op. cit.*, p. 69.

³⁰⁰ SACCO R., *op. ult.cit.*, pp. 56 ss.

³⁰¹ AMADIO G., *op. cit.*, p. 6.

³⁰² SACCO R., voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1998, pp. 56 ss..

assunte —effetto liberatorio *ex nunc*— e di ricostituire la situazione antecedente alla conclusione del rapporto negoziale —effetto recuperatorio *ex tunc*³⁰³.

Così le parti sono liberate delle obbligazioni derivanti dal contratto, quanto già eseguito deve essere restituito e l'alienante riacquista la titolarità dei beni trasferiti con effetto retroattivo. Rispetto alla regola della retroattività degli effetti della risoluzione, fanno eccezione i «*contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite*», art. 1458, co.1 c.c.. Il negozio fiduciario, in effetti, può imporre al fiduciario una gestione prolungata nel tempo. In questo caso, le prestazioni precedenti al verificarsi dell'inadempimento risolutorio non sono investite dagli effetti della risoluzione.

Ad ogni modo, la risoluzione non pregiudica i diritti dei terzi visto che, per espressa previsione normativa, la risoluzione ha effetto retroattivo «*tra le parti*»³⁰⁴. I diritti dei terzi non vengono pregiudicati neanche quando il loro acquisto sia avvenuto a titolo gratuito o nella piena consapevolezza dell'inadempimento, «*salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*»³⁰⁵. Dunque, la risoluzione è opponibile al terzo solo quando il suo acquisto sia successivo rispetto alla trascrizione della domanda. La previsione positiva protegge al massimo la posizione del terzo acquirente allo scopo generale di garantire la massima circolazione dei beni.

Questo profilo ha importanti ricadute in termini di protezione del fiduciante. Di fronte all'inadempimento del fiduciario in ordine alla corretta gestione dei beni affidatigli, il fiduciante può agire in risoluzione e ottenere la restituzione dei beni, ma qualora il primo abbia disposto dei beni in violazione del *pactum fiduciae*, non vi è alcuna possibilità di aggredire i terzi. Proprio queste conclusioni mostrano i limiti dell'impiego della figura della corrispettività e della risoluzione per inadempimento in ambito fiduciario.

³⁰³ ALPA V., MARICONDA V., *Art. 1372 in Codice civile commentato, Tomo II*, III Ed., Ipsoa, 2013, pp. 310 ss.

³⁰⁴ *Art. 1458, co.1, c.c.*

³⁰⁵ *Art. 1458, co.2, c.c.*

Ricondurre il negozio fiduciario alla categoria della corrispettività permette al fiduciante di risolvere il vincolo di natura contrattuale che lo collega al fiduciario qualora questi non adempia gli obblighi assunti. Tuttavia, l'inadempimento del fiduciario può assumere una molteplicità di forme. Può, infatti, consistere nella scorretta gestione dei beni che gli sono stati affidati così come della disposizione degli stessi al di fuori dei limiti individuati dalla volontà del fiduciante. Se nel primo caso, essendo i beni ancora nelle mani del fiduciario, il fiduciante con la risoluzione può ottenere la restituzione dei beni, sono diverse le conclusioni nel secondo caso. Qualora il fiduciario abbia alienato i beni a terzi, per il fiduciante sono svanite le possibilità di ottenere la restituzione dei beni che aveva trasferito al fiduciario.

In definitiva, l'applicazione di quanto previsto riguardo alla corrispettività e alla risoluzione per inadempimento in ambito fiduciario sortisce effetti di tutela del fiduciante assai limitati: si proteggono le situazioni in cui il negozio fiduciario sia concluso anche nell'interesse del fiduciario, in analogia con quanto previsto in tema di mandato oneroso, e una tutela di tipo reale è possibile solo quando non si scontri con diritti di terzi.

4.4 Fiducia dinamica e fiducia statica

Alla figura del negozio fiduciario possono essere ricondotte fattispecie diverse. In particolare, è possibile distinguere la fiducia dinamica dalla fiducia statica, nonostante le definizioni tradizionali si concentrino perlopiù sulla prima.

La fiducia dinamica è la figura classica costituita da due negozi collegati tra loro: uno di carattere esterno effettivamente voluto che comporta il trasferimento di un diritto e l'altro di carattere interno e obbligatorio che comporta l'obbligo del fiduciario di attenersi alle indicazioni del fiduciante³⁰⁶. In altre parole, con la fiducia di tipo dinamico, viene a crearsi un nuovo assetto di posizioni giuridiche per il tramite del trasferimento di diritti dal fiduciante al fiduciario³⁰⁷.

³⁰⁶ TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 34; PUTTI P.M., *op. loc.cit.*; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 197.

³⁰⁷ ROTA F. e BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Seconda edizione, Giuffrè, 2012, p. 273.

Nella fiducia statica, invece, preesiste una situazione giuridica attiva facente capo a un soggetto che si impegna a modificarla nel senso voluto dal fiduciante³⁰⁸. Il soggetto è già il titolare di una determinata posizione giuridica, ma dalla nascita del rapporto fiduciario si comporta da semplice fiduciario, vincolandosi a un certo utilizzo³⁰⁹. Dunque, la situazione giuridica attiva in capo al fiduciario preesiste, ma solo dal momento della pattuizione questi si impegna a gestirla nel senso voluto dal fiduciante³¹⁰. In queste ipotesi, la situazione giuridica in capo al fiduciario non rappresenta lo strumento, ma il presupposto perché sia possibile soddisfare gli interessi sottostanti al negozio fiduciario.

Tenere a mente le fattispecie di fiducia statica permette di eliminare alla radice alcune delle problematiche più divisive della dottrina: si superano, infatti, le questioni in tema di eccesso del mezzo rispetto allo scopo, astrattezza del trasferimento dei diritti e anche le questioni strutturali e le alternative tra collegamento tra negozi o unitarietà della *causa fidei*³¹¹.

Rispetto al primo profilo, nella fiducia statica non vi è alcun trasferimento perché i diritti sono già nella titolarità del fiduciario, non è dunque possibile ravvisare un eccesso del mezzo traslativo rispetto allo scopo fiduciario voluto dalle parti³¹². Per la stessa ragione della mancanza del negozio traslativo non è possibile fondare l'inammissibilità del negozio fiduciario sull'astrattezza del trasferimento. Rispetto al secondo profilo, nella fiducia statica, il fiduciario accetta di assumere su di sé degli obblighi rispetto a diritti di cui è già titolare: viene meno la duplicità tra negozio ad effetti reali e negozio obbligatorio. La fiducia supporta l'unico negozio obbligatorio.

³⁰⁸ LIPARI N., *op. cit.*, pp. 153 ss., 182, 187 ss., 303 ss., 390 ss; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 214; TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 49; SACCO R., voce *Fiducia*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2012, p. 511; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 402.

³⁰⁹ LIPARI N., *op. loc.cit.*; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 214; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 217; Cass. Civ. 21/11/1975, n.3911; Cass. Civ., 21/11/1975, n. 3911; Cass. Civ., 12/06/1986, n. 3898; Cass. Civ., 29/05/1993, n.6024.

³¹⁰ ROTA F. e BIASINI G., *op. cit.*, p. 273.

³¹¹ LIPARI N., *op. cit.*, pp. 392 ss.

³¹² SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 214.

5. La causa

Nei seguenti paragrafi si analizza il tema —che deriva a cascata dalle conclusioni analizzate nella sezione in tema di struttura— della causa del negozio fiduciario. In particolare, la teoria della struttura duplice deve fare i conti con il tema dell'astrattezza, mentre la costruzione unitaria comporta l'analisi della *causa fiduciae*.

5.1 L'astrattezza e la causa concreta

Aderire alla teoria della duplicità del negozio fiduciario comporta delle difficoltà rispetto al tema della causa. Infatti, la combinazione tra i due negozi presenta la difficoltà di assegnare una base causale a ciascuno dei due in modo da fugare le conseguenze dell'astrattezza. In generale, il nostro ordinamento accoglie il principio causalista: la causa è un elemento essenziale del contratto ex art. 1325 c.c.³¹³. Analogicamente, in linea di principio, non sono ammessi negozi privi di causa, i c.d. negozi astratti. Rispetto al tema della nostra analisi, interpretare il negozio traslativo come un negozio astratto si scontra con il principio causalistico che informa il nostro ordinamento.

Questa impostazione condanna il negozio fiduciario a un'ineliminabile instabilità. Infatti, in questo caso il legislatore non impone la nullità dell'atto privo di causa, ma contestualmente assegna al soggetto impoverito la possibilità di esperire un'azione personale restitutoria. Dunque, seppur in difetto di una causa espressa, il negozio è comunque valido ed efficace, ma esposto all'esercizio dell'azione di ingiustificato arricchimento da parte del fiduciante. Sulla base dell'art. 2041 c.c., infatti, chi si sia arricchito senza una giusta causa è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. È possibile superare tale impasse, riconducendo la causa del trasferimento di titolarità del negozio fiduciario a quella del rapporto obbligatorio che individua le obbligazioni a carico del fiduciario.

³¹³ ROPPO V., *op. cit.*, pp. 309 e 338.

Si impone, a questo punto, una ricognizione dell'evoluzione relativa al tema della causa per sondarne gli effetti sulla materia di studio³¹⁴. In effetti la legge richiede la causa come elemento essenziale, ma non la definisce. Dunque, il primo profilo da esaminare riguarda propriamente il contenuto della nozione di causa. Si procede, conseguentemente, a valutare il tema dell'astrazione nel contesto dell'ordinamento italiano. Infine, si compie una ricostruzione del tema della causa rispetto al collegamento negoziale.

La disciplina relativa alla causa ha una storia antica quanto la sistematizzazione del diritto civile. La causa è indicata tra gli elementi essenziali del contratto già dal code Napoléon e dal Codice civile italiano del 1865 (art. 1104 c.c. abr.³¹⁵). Siccome in quei contesti giuridici esisteva solo il contratto obbligatorio, agli albori si faceva riferimento alla causa dell'obbligazione³¹⁶. In seguito, introiettando la nozione di derivazione tedesca, si sostituisce la prestazione all'obbligazione in modo da indicare anche le vicende traslative. Infine, con l'affermazione del contratto ad effetti reali e dell'efficacia traslativa del consenso, la causa viene riferita al contratto stesso e non più alle singole obbligazioni.

Quando viene emanato il nuovo Codice civile, la nozione di causa è interpretata come espressione della funzione economico-sociale del contratto e viene fatta coincidere con il tipo negoziale —causa astratta³¹⁷. In questa fase, dunque, la causa è slegata dalla volontà negoziale e interpretata in relazione all'assetto di interessi regolato dal negozio. Ciò non sorprende se si tiene a mente il contesto storico coevo al 1942: l'autonomia privata è concessa in quanto previamente autorizzata dallo Stato che filtra e indirizza la libertà degli operatori economici sulla base dei propri obiettivi. Per questo motivo si parla anche di teoria dirigista della causa³¹⁸. Breve la strada necessaria all'ideologia dirigista fascista per piegare la nozione di causa

³¹⁴ Nella ricostruzione della storia della nozione di causa si adotta l'impostazione generale assunta in FERRI G.B., voce *Il negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1995, p. 174 di volta in volta arricchita con spunti ulteriori.

³¹⁵ Art. 1104 c.c. abr.: "I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono: La capacità di contrattare; Il consenso valido dei contraenti; Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione; Una causa lecita per obbligarsi".

³¹⁶ SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014, p. 40; ROPPO V., *op. cit.*, p. 311.

³¹⁷ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 410.

³¹⁸ ROPPO V., *op. cit.*, p. 313.

come funzione economico-sociale in chiave politica: la causa diventa lo strumento dell'autorità per verificare la coerenza dei fini privati alle finalità generali indicate dallo Stato. Il discorso politico intorno al diritto privato in quella fase storica «pretende di smentire gli assunti del liberalismo classico»³¹⁹.

La Costituzione liberal-democratica nel 1948 abbandona tale impostazione e ripropone con forza il negozio quale strumento di autonomia privata. Le conseguenze sul tema della causa non tardano ed essa è declinata in campo economico-individuale, rappresentando la funzione del singolo negozio rispetto agli interessi che le parti hanno voluto regolare. Si abbandona, quindi, la nozione di funzione economico-sociale e si declina la funzione della causa in campo economico-individuale³²⁰. La causa individua, così, il momento di raccordo e sintesi dei profili soggettivi e oggettivi del negozio, rappresentando la ragione giustificativa della genesi del contratto³²¹. Si parla al proposito di causa concreta, elemento che combina l'intento delle parti con il concreto assetto dato agli interessi. In altre parole, la causa è la ragione pratica del contratto, l'interesse che l'operazione contrattuale è volta a soddisfare³²².

Per contro, si utilizza la formula «negozi astratti» per indicare i negozi sprovvisti di una causa nel senso tradizionale, non essendo ravvisabile la coincidenza tra la funzione concreta dell'operazione negoziale e la funzione economico-sociale tipica³²³. Tuttavia, parte della dottrina prende le distanze da questa interpretazione, auspicando un'elasticizzazione del dato causale basata sul superamento del dato oggettivato nel contratto e sulla valorizzazione della causa in concreto³²⁴. Di conseguenza, interpretare la causa come funzione individuale del negozio rende difficile individuare la stessa categoria negozi astratti: tutti i negozi hanno una funzione individuale e quindi una causa³²⁵. La Cassazione ha avallato questa

³¹⁹ GRAZIADEI M., *La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i trust. Un itinerario*, in *Trusts*, 2022, p. 26.

³²⁰ In tempi più recenti, questa interpretazione è stata confermata anche in Cassazione. V.d. Cass.civ. 06/03/2015, n.4628; Cass.civ. 19/03/2018 n.6675

³²¹ ROPPO V., *op. cit.*, p. 309.

³²² BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 409.

³²³ SACCO R., *op. cit.*, pp. 37 ss..

³²⁴ FERRI G.B., voce *Il negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1995, p. 174; SACCO R., *op. loc.cit.*

³²⁵ FERRI G.B., *op. cit.*, pp. 174 ss..

posizione dottrinale: anche per i negozi astratti è possibile individuare la causa concreta³²⁶.

Tale ricostruzione potrebbe soccorrere in tema di negozio fiduciario non unitariamente ricostruito. Permetterebbe, infatti, di superare il vicolo cieco dell'astrazione nel caso in cui si adotti la prospettiva del collegamento come visto sopra. La causa, infatti, si coglie nella fiducia che agisce da collante tra le due parti dell'unitario contratto o tra il negozio ad effetti reali e quello obbligatorio se si aderisce alla duplicità. Rispetto a ciò, particolare attenzione deve essere accordata alle operazioni complesse in cui la causa non è immediatamente percepibile nei singoli negozi di cui sono composti. Piuttosto, la qualificazione causale di tali negozi si apprezza quando essi sono calati nel contesto del rapporto complessivo tra le parti³²⁷. Esistono, infatti, operazioni economiche complesse tra le parti in cui il singolo negozio non soddisfa l'interesse dei soggetti, ma è necessario il collegamento di più negozi. In questi casi emerge anche una causa che contraddistingue l'intera operazione economica realizzata dalle parti³²⁸.

Così, nel mandato senza rappresentanza, quando il mandatario, in esecuzione del proprio ruolo, trasferisce al mandante i diritti e gli obblighi assunti, il negozio non è astratto, ma giustificato da una causa esterna. Lo stesso si afferma rispetto ai negozi «che preparano negozi futuri, o integrano negozi già compiuti o ad essi accedono»³²⁹. In questi casi, in sostanza, si deve rilevare come la giustificazione emerga dal collegamento delle componenti³³⁰. In definitiva, apprezzare l'unitarietà di operazioni economiche complesse permette di cogliere un profilo funzionale, una causa al di là delle caratterizzazioni casuali dei singoli negozi ricompresi³³¹.

In definitiva, si propone di leggere il negozio fiduciario come un'operazione economica complessa, in cui i due negozi che la compongono, benché non giustificati singolarmente, trovano una causa nel loro collegamento funzionale.

³²⁶ Cass.civ. 18/03/2010, n.6538.

³²⁷ FERRI G.B., *op. cit.*, pp. 174 ss.; BUONFRATE A., voce *Contratti collegati*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2007, pp. 268 ss..

³²⁸ FERRI G.B., *op. loc.cit.*

³²⁹ RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, 1990, p. 310

³³⁰ BUONFRATE A., *op. cit.*, pp. 268 ss..

³³¹ FERRI G.B., *op. cit.*, pp. 174 ss.; BUONFRATE A., *op. loc.cit.*

Per contro, l'ordinamento positivo non offre numerosi appigli normativi per puntellare questa teoria. A tal fine si potrebbero scomodare, ed espandere, i fondamenti della contrattualistica. Si giungerebbe, così, a scomodare il principio di interpretazione in buona fede *ex art. 1366 c.c.* e il principio interpretativo che mira a cogliere la comune intenzione delle parti *ex art. 1362 c.c.*

5.2 La causa *fiduciae*

La stessa soluzione può essere adattata alla ricostruzione unitaria del fenomeno fiduciario³³². È possibile immaginare —rispetto all'interpretazione vista prima che riconduce gli effetti obbligatori e gli effetti reali al medesimo negozio— che la causa nel negozio fiduciario consista nel trasferimento della proprietà fiduciaria finalizzata all'adempimento degli obblighi pattuiti dalle parti³³³. Così l'atto di trasferimento astratto trova la sua causa sempre all'interno del negozio, nel contratto obbligatorio che contiene la reale volontà delle parti³³⁴. Si abbandona l'idea per cui l'elemento obbligatorio sia limitato ad annullare gli effetti del contratto di trasferimento: lo stesso costituisce l'elemento che giustifica il trasferimento. Nei negozi fiduciari, la fiducia è «*particolarmente operativa*»³³⁵: non si limita ad imprimere ai rapporti un colorito personale, ma è un elemento specifico, la causa giuridica.

D'altra parte, il nostro ordinamento è ispirato al principio di libertà contrattuale che permette all'autonomia privata di rispondere alle necessità della vita con nuovi strumenti legali in modo da realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico³³⁶. In linea con questa considerazione, il legislatore non ha fissato tassativamente gli scopi pratici perseguibili dalle parti e le parti stesse possono prendere le distanze dagli schemi contrattuali tipici³³⁷. Purché il negozio sia coerente con i principi costituzionali fondamentali, non vi sono limiti ulteriori

³³² GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 378; PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 279.

³³³ GAMBARO A., voce *Diritti reali (dir. internaz. e comp.)*, in *Annali I*, Giuffrè, 2007, 488.

³³⁴ GAZZONI F., *op. cit.*, p. 989.

³³⁵ MESSINA G., *op. cit.*, p. 1.

³³⁶ Art. 1322, co.2 c.c.

³³⁷ FERRI G.B., *op. loc.cit.*

per i privati. Infatti, in linea con l'interpretazione della causa quale funzione individuale economico-sociale, si è giunti a riconoscere la libertà delle parti rispetto al perseguimento di qualsiasi interesse, salvo il limite della illiceità³³⁸.

Per corroborare questa ricostruzione, è necessario sondare quella opposta che è puntellata, tra gli altri dati, sulla chiusura in tema di negozi ad effetti reali. Demandando l'esame puntuale di questo elemento nel paragrafo dedicato all'ammissibilità dell'istituto nell'ordinamento italiano, si tenga a mente un dato: anche riconoscendo che i diritti reali siano rigorosamente tipici, ciò non comporta la tipicità dei negozi ad effetto reale³³⁹. In effetti è possibile mantenere fermo il *numerus clausus* dei negozi reali e affermare meramente il numero aperto dei negozi di trasferimento degli stessi³⁴⁰. D'altra parte, non è sostenibile che l'ordinamento giuridico avrebbe previsto la tipicità dei diritti reali per tutelare le esigenze dei terzi³⁴¹. Infatti, la tutela dei terzi non implica la tipicità delle cause idonee al trasferimento, ma la necessaria osservanza di date forme di pubblicità. In effetti, a tutela dei terzi, il legislatore prevede forma di pubblicità perché il negozio possa avere efficacia reale *erga omnes*, mentre il tema della causa è separato.

Proprio riconoscere l'autonomia privata nell'ambito dei diritti reali permette di abbandonare la duplicità del negozio fiduciario, riconducendolo a uno schema negoziale unico con una propria causa tipica «*dare per avere da riavere*»³⁴². In altri termini, la *causa fiduciae* consiste nella costituzione di un diritto reale atipico che risponde agli scopi perseguiti dalle parti.

Così configurata, la *causa fiduciae* risulta la combinazione di due parti: causa-justificazione e causa-fine³⁴³. Si tratta della distinzione tra causa naturale permanente e causa accidentale eventuale³⁴⁴: le parti subiscono necessariamente la causa del negozio di trasferimento che pongono in essere, ma possono elevare al grado di concausa qualsiasi elemento eventuale che abbia determinato la loro

³³⁸ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 413.

³³⁹ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 365.

³⁴⁰ SANTORO L., *op. cit.*, p. 207.

³⁴¹ GAZZONI F., *op. cit.*, p. 252.

³⁴² GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 362.

³⁴³ SANTORO L., *op. cit.*, p. 207.

³⁴⁴ PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, Giuffrè, 1951, p. 78.

volontà. In un primo momento la causa fonda il rapporto costituito tra i contraenti, ma successivamente si proietta alla realizzazione dei fini che le parti vogliono raggiungere.

È possibile ricondurre causa-giustificazione e causa-fine alle figure tradizionali di funzione economico-sociale e economico-individuale del rapporto³⁴⁵. In questa prospettiva, una delle caratteristiche del negozio fiduciario consiste nell'accentuazione del momento finalistico in virtù della molteplicità di scopi perseguibili³⁴⁶. La causa del negozio fiduciario, in definitiva, è una causa complessa: è costituita da una causa generica —la causa mezzo — che dà vita alla proprietà fiduciaria per il raggiungimento di una varietà di scopi che costituiscono le cause particolari —cause fini³⁴⁷. Tale complessità, che si apprezza sul piano scientifico, è ricondotta a unitarietà nella pratica negoziale.

In definitiva, si deve abbandonare la prospettiva per cui il rapporto giuridico obbligatorio nella fiducia è esclusivamente funzionale alla limitazione dei poteri proprietari per il raggiungimento dello scopo³⁴⁸. Il rapporto obbligatorio non ha la funzione principale di indebolire il contratto reale. Esso, invece, contiene la causa per la costituzione del potere giuridico del fiduciario³⁴⁹. Quindi, il rapporto obbligatorio rappresenta la causa del trasferimento del dominio, lo scopo economico-sociale pratico del negozio. Così la *causa fiduciae* diventa il centro di gravità del negozio.

La *causa fiduciae* consiste proprio nell'affidamento del fiduciante sul leale comportamento del fiduciario e il negozio fiduciario è volto alla «creazione d'una posizione fiduciaria» che si concretizza «nella funzione di utilizzazione della titolarità di un diritto reale ad un fine più ristretto di ciò che la titolarità medesima comporterebbe e quindi nel circoscrivere con effetti obbligatori una attribuzione effettuata senza limiti sul piano reale»³⁵⁰. Su queste basi oggi è pacifica l'idoneità

³⁴⁵ SANTORO L., *op. loc. cit.*

³⁴⁶ SANTORO L., *op. cit.*, p. 10.

³⁴⁷ SANTORO L., *op. cit.*, p. 11.

³⁴⁸ MESSINA G., *op. cit.*, p. 1

³⁴⁹ Cass. Civ., 19/05/1960, n. 1261.

³⁵⁰ DE MARTINI A., *Il concetto del negozio fiduciario*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, p. 326.

della *causa fiduciae* ad integrare il requisito causale necessario per fondare la validità del negozio in sé e l'attribuzione della proprietà al fiduciario³⁵¹.

6. Sull'ammissibilità

L'indagine relativa all'ammissibilità del negozio fiduciario nel nostro ordinamento ha portato a esiti opposti. Gli autori hanno interpretato gli artt. 1103 c.c. abr.³⁵² e 1322 c.c. vig. sia per fondarvi la possibilità di creare rapporti atipici, sia negando tale possibilità *in toto*.

Nel corso del capitolo si propone di prendere le mosse dai singoli rilievi critici, presentando contestualmente le prospettive di superamento in un andamento di tipo dialettico. In primo luogo, si indaga il tema del *numerus clausus* dei diritti reali. A tale rispetto si scontrano due posizioni diametralmente opposte: alcuni autori sostengono la necessità di tributare rispetto a tale principio e altri, invece, la necessità di superare un elemento avvertito come un dogma. Secondariamente, ci si sofferma sulla possibilità di prevedere nuove forme di proprietà, limitate sotto al profilo della durata o del contenuto. In terzo luogo, si procede con l'esame delle soluzioni prospettate in tema di causalità ed astrazione. Si sonda l'ammissibilità, nell'ordinamento italiano, di una traslazione astratta giustificata da una causa esterna e della configurazione della *causa fiduciae*. Infine, si vaglia la teoria che propone di adattare negozi causali tipici agli scopi propri della fiducia.

In particolare, è possibile ravvisare nelle teorie di Pugliatti una rielaborazione completa dei maggiori temi a sfavore dell'ammissibilità del negozio fiduciario nel sistema italiano³⁵³. L'Autore rileva come il negozio fiduciario sia destinato all'inammissibilità, sia che esso sia interpretato come la combinazione di due negozi autonomi, sia che si aderisca alla costruzione unitaria. Infatti, la scissione

³⁵¹ GAMBARO A., voce *Diritti reali (dir. internaz. e comp.)*, in *Annali I*, Giuffrè, 2007, p. 488.

³⁵² Art. 1103, c.c. abr.:

1. I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo.
2. Le regole particolari a certi contratti civili sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi, e quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel codice di commercio.

³⁵³ PUGLIATTI S., *op. loc.cit.*

del negozio fiduciario in due negozi autonomi è arbitraria ed è sconfessata sulla base dell'inammissibilità di due negozi astratti. Inoltre, la ricostruzione unitaria si scontra con l'ostacolo della proprietà fiduciaria. Di conseguenza, il negozio astratto, così come la proprietà fiduciaria, sono del tutto estranei al nostro ordinamento positivo.

6.1 L'invalidità del *numerus clausus*: tra ossequio e insofferenza

Il tema del *numerus clausus* dei diritti reali ricopre un ruolo di primo rilievo per comprendere se il negozio fiduciario sia ammissibile o meno nel sistema italiano. Tradizionalmente, infatti, si afferma che l'ordinamento italiano è caratterizzato dal *numerus clausus* dei diritti reali e tale principio è richiamato per negare l'ammissibilità del negozio fiduciario in quanto la sua costruzione implica la creazione di un nuovo negozio ad effetto reale o un nuovo diritto reale³⁵⁴.

In questo paragrafo si analizza, in primo luogo, il principio della tipicità dei diritti reali nei suoi tratti generali e i possibili profili di superamento. Segue la presentazione più puntuale delle teorie che permettono di superare la chiusura rispetto alla creazione di un nuovo diritto reale, che supportano l'ammissibilità di un nuovo diritto reale, della proprietà fiduciaria.

I diritti reali hanno per oggetto immediato una cosa, valgono *erga omnes* e impongono a chiunque l'obbligo, sempre negativo, di rispettarne l'esercizio³⁵⁵. Sono, dunque, caratterizzati da alcune peculiarità: l'immediatezza, la prerogativa del titolare di esercitare il potere sulla cosa in modo diretto, senza la cooperazione di altri; l'assolutezza, la possibilità per il titolare di agire contro chi contesti o pregiudichi il suo diritto in conseguenza del divieto per tutti i consociati di interferire nel rapporto tra il titolare del diritto e il bene; l'inerenza, l'opponibilità a

³⁵⁴ PUGLIESE G., voce *Diritti reali*, in *Enc.dir.*, XII, Giuffrè, 1964, p. 772; CHIARELLA M.L., voce *Diritti reali di godimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2022, p. 249; SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014, p. 37; MARRA P., voce *Fiducia e causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2019, pp. 215 ss.; SANTORO L., *op. ult.cit.*, p. 237; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 143; SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014, p. 37; MARRA P., voce *Fiducia e causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2019, pp. 215 ss.

³⁵⁵ PUGLIESE G., voce *Diritti reali*, in *Enc.dir.*, XII, Giuffrè, 1964, p. 755.

chiunque possieda o vanti diritto sulla cosa³⁵⁶. In generale i concetti di assolutezza, ossia l'efficacia *erga omnes*, e di inerenza sono ricollegati alla nozione di diritto di seguito: il titolare del diritto persegue la cosa dovunque e in mano di chiunque si trovi.

Dal punto di vista positivo, il principio del numero chiuso non ha una formulazione positiva specifica. Perlopiù è ricondotto all'art. 1322, co.1 c.c. che riconosce l'autonomia privata «nei limiti imposti dalla legge».

Infatti, il numero chiuso comporta l'eliminazione della capacità innovativa privata in ambito di diritti reali: i privati non possono introdurre nuovi tipi opponibili *erga omnes*³⁵⁷. In particolare, il divieto rispetto alla creazione di figure diverse da quelle individuate dal legislatore si riflette anche nell'impossibilità di modificare il regime specificamente delineato nelle figure positive. In questo modo si impedisce ai privati di porre in essere vincoli che frammentano la proprietà, ostacolando l'utilizzabilità e la commerciabilità dei beni³⁵⁸. Si tutela, così, l'interesse generale alla libera circolazione giuridica dei beni. Allo stesso tempo ciò si riflette in certezza del diritto e tutela dei terzi³⁵⁹.

Allo stesso tempo ciò si riflette in certezza del diritto e tutela dei terzi³⁶⁰. Infatti, i terzi che acquistano un bene devono poter conoscere gli eventuali vincoli che gravano sullo stesso. Se questo è reso possibile anche dalla tipicità dei diritti reali e dal relativo regime pubblicistico, sarebbe impossibile verificare i titoli in un sistema denotato da atipicità e libertà delle forme. Sempre rispetto ai terzi, si tenga a mente che i diritti reali sono opponibili *erga omnes*. Il principio del numero chiuso, così interpretato, ha una chiara attitudine protettiva dei terzi: questi, a causa dell'opponibilità nei loro confronti dei diritti reali, subiscono limitazioni sulla base della mera conoscibilità. I diritti reali, infatti, si distinguono dai diritti di credito

³⁵⁶ GUARNIERI A., voce *Diritti soggettivi* (categorie di), in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1989; CHIARELLA M.L., voce *Diritti reali di godimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2022, p. 249; PUGLIESE G., *op. cit.*, p. 775.

³⁵⁷ CHIARELLA M.L., voce *Diritti reali di godimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2022, p. 249; SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014, p. 37; MARRA P., voce *Fiducia e causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2019, pp. 215 ss.

³⁵⁸ CHIARELLA M.L., voce *Diritti reali di godimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2022, p. 249.

³⁵⁹ GAZZONI F. *op. cit.*, p. 252.

³⁶⁰ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 154.

perché sono opposti indipendentemente dalla loro accettazione e conoscenza³⁶¹. Si richiama, in questa direzione, l'art. 1372 c.c. per cui il contratto ha forza di legge tra le parti, salvi i casi previsti dalla legge. Se la regola è la relatività degli effetti e solo la legge può individuare le eccezioni, allora solo la legge può dare vita a nuovi diritti reali, ossia a nuove situazioni giuridiche dotate del carattere dell'assolutezza, dell'efficacia *erga omnes*³⁶².

Tuttavia, nonostante la dottrina tradizionalmente abbia argomentato per ancorare il principio ad appigli positivi, proprio la mancanza di un esplicito fondamento normativo che escluda la creazione di nuovi diritti reali è la base per chi opta per il superamento di questo principio. D'altra parte, l'opera classificatrice della scienza del diritto non ha il compito di costruire compartimenti stagni o elevare schermi insuperabili³⁶³.

Inoltre, il nostro ordinamento è ispirato al principio di libertà contrattuale che permette all'autonomia privata di rispondere alle necessità della vita con nuovi strumenti legali³⁶⁴. In linea con questa considerazione, il legislatore non ha fissato tassativamente gli scopi pratici perseguibili dalle parti e le parti stesse possono prendere le distanze dagli schemi contrattuali tipici, pur rispettando i «*limiti imposti dalla legge*» ex art. 1322 c.c.. Tali limiti legislativi necessitano di specifiche previsioni legislative e non possono includere la costituzione dei nuovi diritti reali per interpretazione estensiva. In particolare, gli autori tendono a dare una lettura costituzionalmente fondata del criterio della meritevolezza ex art. 1322, co.2 c.c..

Nonostante la Carta fondamentale non indugi espressamente sull'autonomia contrattuale, essa sarebbe tutelata dal combinato disposto di una molteplicità di articoli costituzionali³⁶⁵. In primo luogo, si richiama l'art. 3 Cost. che tutela l'esplicazione della personalità del singolo, collegata a diritti inviolabili.

³⁶¹ NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, Cedam, 1961, p. 157.

³⁶² ROPPO V., *op. cit.*, p. 487; BIANCA C.M., *op. cit.*, p.515; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 241; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 148.

³⁶³ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 211.

³⁶⁴ PUGLIATTI S., voce *Autonomia privata*, in *Enc.dir.* IV, Giuffrè, 1959, p. 367; ALPA V., MARICONDA V., *Art. 1322 in Codice civile commentato, Tomo II*, III Ed., Ipsoa, 2013, pp. 9 ss.; PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, p. 450.

³⁶⁵ ALPA V., MARICONDA V., *Art. 1322 in Codice civile commentato, Tomo II*, III Ed., Ipsoa, 2013, pp. 9;10.

Egualemente rilevanti anche gli artt.41 e 42 Cost. in tema di iniziativa economica privata e proprietà privata. Dunque, queste teorie mettono in luce che i limiti all'autonomia privata debbano rispondere a precise esigenze di carattere generale immanenti nel sistema.

La stessa esperienza storica dimostra che il legislatore interviene spesso a regolamentare situazioni già affermatesi nel piano della tipicità sociale. D'altra parte, nella categoria dei contratti tipici, convivono fianco a fianco i tipi definiti in via legale, ma anche quelli dichiarati tali dopo un processo di «tipizzazione giurisprudenziale»³⁶⁶. Uno schema tipico ricorrente nella prassi viene elevato a tipo negoziale dalla giurisprudenza se è ritenuto meritevole di trovare regolamentazione nel sistema in quanto capace di soddisfare un bisogno diffuso nella società, pur nel rispetto di norme imperative, ordine pubblico e buon costume. D'altra parte, il nostro sistema è improntato al principio di autonomia negoziale e libertà delle forme³⁶⁷. Si tratta di un elemento che distanzia l'ordinamento attuale dal sistema romano che non accoglieva eccezioni al sistema dei contratti tipici³⁶⁸. La rigidità dei tipi legali costituisce l'eccezione e, dunque, tale eccezione deve essere giustificata dai sostenitori del numero chiuso.

In secondo luogo, si devono prendere le distanze dalla teoria per cui la *ratio* del numero chiuso si muove sul piano della protezione dei terzi perché la tipicità impedirebbe che questi risultino gravati di doveri in assenza della piena conoscenza degli stessi, visto che i negozi ad effetto reale esplicano i loro effetti *erga omnes*³⁶⁹. Tuttavia, analizzando con attenzione il fenomeno, si giunge alla conclusione per cui l'ordinamento giuridico non ha previsto la tipicità dei diritti reali per tutelare le esigenze dei terzi. Questi, piuttosto, sono garantiti dal rigoroso sistema di pubblicità³⁷⁰. L'osservanza di date forme di pubblicità permette ai terzi di

³⁶⁶ TRABUCCHI A., *op. cit.*,

³⁶⁷ ROPPO V., *op. cit.*, p. 361; ALPA V., MARICONDA V., *Art. 1325 in Codice civile commentato, Tomo II*, III Ed., Ipsoa, 2013, p. 48; ALPA V., MARICONDA V., *Art. 1350 in op. cit.*, p. 174

³⁶⁸ ROPPO V., *op. cit.*, p. 361.

³⁶⁹ GAZZONI F. *op. cit.*, p. 252; NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, Cedam, 1961, p. 157; CHIARELLA M.L., *op. cit.*, pp. 249 ss.

³⁷⁰ ALPA V., MARICONDA V., *Art. 2643 in Codice civile commentato, Tomo III*, III Ed., Ipsoa, 2013, p. 2850.

assicurarsi che un bene sia libero da vincoli reali siccome il legislatore subordina l'efficacia reale *erga omnes* al rispetto di tali forme³⁷¹.

Inoltre, si argomenta che i diritti reali impongono dei doveri in capo ai terzi, ma di fronte a un diritto reale il terzo è soggetto solo al generale dovere di astensione. Così, i riflessi dei diritti reali non si distinguono da quanto avviene per le situazioni obbligatorie: chi non sia parte dell'operazione giuridica che modifica il piano reale o il piano obbligatorio ha il mero dovere di astenersi da ogni interferenza³⁷².

Inoltre, poiché rispetto alla proprietà il dovere estensivo dei terzi raggiunge la massima espansione e non è possibile immaginare un diritto reale atipico con contenuto più esteso della proprietà stessa, allora non è possibile immaginare vincoli più ampi per i terzi di quelli già esistenti³⁷³. Di qui una conseguenza di rilievo: per i terzi non vi è differenza tra l'astensione dalla lesione della proprietà di un solo titolare o l'astensione dalla lesione di singoli diritti reali minori nei confronti della pluralità di soggettività cui fanno³⁷⁴. Non vi è alcuna differenza rispetto alle condotte che il soggetto non può porre in essere, ma semmai l'unica differenza consiste nell'ampliamento del novero dei soggetti rispetto a cui vige il dovere di astensione.

È possibile superare il tema della tutela dei terzi e dei rischi insiti nell'assolutezza dei diritti reali, proponendo una diversa interpretazione all'art. 1372 c.c., spesso richiamato quale fondamento dell'inopponibilità nei confronti dei terzi. In effetti, non è corretto limitarsi alla considerazione della singola disposizione dettata in tema di relatività degli effetti contrattuali, ma si impone la necessità di una lettura sistemica. In particolare, l'art. 1153 c.c. nega che il diritto reale sia caratterizzato dalla opponibilità: per il tramite del possesso in buona fede, qualora sussista un titolo astrattamente idoneo al trasferimento, il terzo acquista *a non domino* la proprietà del bene, sgombra di qualsiasi peso.

³⁷¹ ALPA V., MARICONDA V., *op. loc.cit.*

³⁷² SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 248.

³⁷³ SANTORO L., *op. loc.cit.*

³⁷⁴ SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 249.

La regola «*possession vale titolo*» dimostra che l'essenza del diritto reale consiste e si conclude nella relazione diretta tra il titolare e la cosa³⁷⁵. Di conseguenza, i terzi, rispetto al diritto reale, rilevano solo in negativo, quali eventuali autori di attacchi alla relazione tra il titolare e la cosa. Si tratta del preciso opposto del rapporto obbligatorio dove la relazione tra un soggetto e un bene è intermediata dalla partecipazione di un altro soggetto.

In definitiva, il tema del numero chiuso può essere superato semplicemente adottando una prospettiva di indagine differente da quella tradizionale. Infatti, domandarsi se l'autonomia privata abbia il potere di forzare il numero chiuso dei diritti reali, dando vita a una nuova figura traslativa o ad una nuova figura di proprietà, implica di per sé una risposta negativa perché la stessa formulazione dell'interrogativo introduce un ragionamento di tipo circolare³⁷⁶: se si assume il postulato del numero chiuso dei diritti reali nell'ordinamento, è inevitabile trarre forti limitazioni all'autonomia privata³⁷⁷.

6.2 La proprietà e la fiducia

Calando queste considerazioni più concretamente nell'ambito del negozio fiduciario, si indaga la possibilità di introdurre un nuovo diritto reale, la proprietà fiduciaria.

Negli ordinamenti di *Civil Law* la nozione di proprietà è un *unicum* che ricomprende il diritto di godere e di disporre³⁷⁸. Tale nozione, però, deve essere parzialmente superata per perseguire l'obiettivo fiduciario di dissociazione tra titolarità astratta del diritto e gestione nell'interessi altrui. Nasce, così, la proprietà fiduciaria. La *ratio* sottostante alla creazione di tale figura è quella di individuare una figura

³⁷⁵ SANTORO L. *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 243.

³⁷⁶ (A cura di) GUERRIERI G., GIOVANNI LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T., *Fiducia e destinazione patrimoniale percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022, p. 44; GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato Iudica Zatti*, 2^a ed., Giuffrè, 2017, p. 32.

³⁷⁷ Questo, in effetti, è quanto accaduto alle analisi in tema di negozio fiduciario nella prima metà del Novecento. Persino gli autori, come Cesare Grassetti e Salvatore Pugliatti, più favorevoli al negozio fiduciario sono costretti a ritenere inammissibile la proprietà fiduciaria. Si veda meglio nel seguito.

³⁷⁸ Si veda, a titolo esemplificativo, la formulazione dell'*art. 832 c.c.*.

opponibile *erga omnes* in modo da accedere alla tutela reale nel caso di infedeltà del fiduciario. La più grande difficoltà di inquadramento sistematico del negozio fiduciario nell'ordinamento italiano risiede proprio in questo passaggio: si tratta di coordinare con il sistema vigente una nozione di proprietà limitata dall'obbligo di essere esercitata nell'interesse del fiduciante o di un terzo diverso dal fiduciario.

6.2.1 La proprietà in generale

Prima di immergerci nelle considerazioni più propriamente legate al tema di indagine, si impone una rassegna della nozione generale di proprietà. È, infatti, necessario presentare la figura tradizionale per poter apprezzare, in un secondo momento, i singoli profili messi in crisi dalla figura della proprietà fiduciaria.

Il concetto di proprietà è lo specchio del sistema economico politico, l'«*immagine più fedele*»³⁷⁹. In effetti ogni svolta epocale, ogni radicale trasformazione socioeconomica nella storia dell'uomo si è tradotta in una trasformazione della nozione di proprietà³⁸⁰. La società e la proprietà evolvono di pari passo e così è possibile ripercorrere l'evoluzione umana attraverso l'esame della proprietà. I popoli primitivi sono organizzati in strutture sociopolitiche a stampo familiare e, dunque, la proprietà si articola nella dimensione familiare e collettiva, prima che individuale³⁸¹. La proprietà collettiva della terra, invece, è abbandonata in epoca romana, dove il concetto di proprietà individuale sbaraglia le alternative³⁸². La proprietà si concentra nelle mani del *pater familias*, titolare esclusivo e assoluto del *dominium* —che si rivolge ai beni e agli schiavi, ma è declinato in termini di *patria potestas* sui figli e di *manus maritalis* sulla moglie³⁸³.

Compiendo un salto temporale per avvicinarci all'antecedente diretto del nostro Codice civile, il *code Napoléon* declina il diritto di proprietà come il riflesso della persona. Ribellione rispetto al privilegio feudale, la proprietà è l'emblema della

³⁷⁹ BALESTRA L., *Proprietà e diritti reali*; Vol.1, UTET, 2011, p. 3

³⁸⁰ BALESTRA L., *op. loc.cit.*; MATTEI U., voce *Proprietà (nuove forme)*, in *Enc.dir.*, Annali V, Giuffrè, 2012, p. 111.7

³⁸¹ BALESTRA L., *op. cit.*, p. 5.

³⁸² BALESTRA L., *op. cit.*, p. 7.

³⁸³ RESCIGNO P., voce *Proprietà*, in *Enc.dir.*, XXXVII, Giuffrè, 1988, p. 160.

libertà e della sovranità dell'individuo, diventando il diritto più esteso, pieno e assoluto, libero dalle ingerenze della sfera pubblica³⁸⁴. Il Codice civile italiano del 1865 si appropria di questa visuale che ispira il codice napoleonico: gli artt.436 e 440 c.c. abr. affermano che la proprietà è il «*diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti*», stabilendo che «*la proprietà si estende allo spazio sovrastante e a tutto ciò che si trova sopra o sotto la superficie*»³⁸⁵.

Tale illimitatezza del diritto di proprietà cede, nel 1942, di fronte all'ideologia dirigista fascista per cui la proprietà individuale deve contribuire al perseguimento dei fini dello Stato. Nel 1948, invece, la Costituzione assegna un nuovo ruolo alla proprietà, subordinando l'interesse individuale a quello collettivo³⁸⁶. In questa direzione, la proprietà viene subordinata ai vincoli che permettono alla Repubblica di rendere la proprietà accessibile a tutti per il mezzo di programmi di redistribuzione delle ricchezze³⁸⁷. La proprietà privata, inoltre, viene garantita dalla Carta fondamentale sulla base della sua funzione sociale³⁸⁸.

Per quanto riguarda l'ambito del diritto privato, il libro terzo del nostro Codice civile è intestato proprio alla proprietà, nonostante contenga una materia più ampia, per sottolineare l'importanza fondamentale di questo diritto³⁸⁹. Il Codice civile costruisce la proprietà sulla base dell'interesse individuale a godere e disporre in modo pieno ed esclusivo dei beni. La proprietà è intrinsecamente legata alla sfera degli interessi individuali del proprietario. Si esclude, così, che lo stesso potere sia posto al servizio dell'interesse altrui³⁹⁰.

La proprietà, come articolata nel Codice civile, è l'esito della combinazione di sette caratteristiche principali: realtà, pienezza, elasticità, esclusività, indipendenza, imprescrittibilità e perpetuità³⁹¹. Il carattere della realtà testimonia come la

³⁸⁴ ALPA V., MARICONDA V., *Art. 832 in Codice civile commentato, Tomo I*, III Ed., Ipsoa, 2013, p. 2504; RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 255.

³⁸⁵ Riprendendo il brocardo «*Usque ad sidera, usque ad inferos*».

³⁸⁶ ALPA V., MARICONDA V., *Art. 832 in Codice civile commentato, Tomo I*, III Ed., Ipsoa, 2013, p. 2505.

³⁸⁷ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 270.

³⁸⁸ *Art. 42 Cost.*

³⁸⁹ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 254.

³⁹⁰ BALESTRA L., *op. cit.*, pp. 26/27.

³⁹¹ ALPA V., MARICONDA V., *op. cit.*, p. 2508.

proprietà sia il diritto reale per definizione, il paradigma del sistema dei diritti reali³⁹². La realtà, attributo essenziale del diritto di proprietà, comporta che il proprietario non abbia bisogno di alcuna collaborazione da parte di terzi, ma si trovi in una relazione immediata con il bene materiale di cui è titolare e possa far valere contro chiunque il suo titolo³⁹³. La pienezza, invece, indica la generalità del potere di godimento e disposizione del bene: il proprietario può fare tutto quello che vuole nei limiti previsti dalla legge³⁹⁴. Elasticità, inoltre, indica le modificazioni dell'estensione del titolo proprietario in relazione a diritti reali minori: la proprietà viene compressa in presenza di diritti reali minori e si riespande quando questi cessino. L'esclusività, invece, rappresenta il potere del proprietario di escludere i terzi dal godimento della cosa; *ius excludendi omnes alios*. Il carattere dell'indipendenza, inoltre, sottolinea la differenza con gli *iura in re aliena*: la proprietà è per definizione indipendente da altri diritti sulla cosa³⁹⁵. Infine, imprescrittibilità e perpetuità fanno riferimento al profilo temporale-cronologico del diritto di proprietà: non vi sono limiti temporali per la tutela del diritto di proprietà e, salvi gli effetti dell'usucapione, il non uso del bene non fa venire meno il diritto³⁹⁶.

6.2.2 La proprietà fiduciaria

Proprio lo studio del negozio fiduciario prospetta il parziale superamento rispetto ai profili classicamente ricondotti alla nozione di proprietà. A tal proposito si analizzano le teorie più recenti sviluppate dai sostenitori del negozio fiduciario³⁹⁷. Esse mirano alla configurazione di un diritto dal contenuto perfettamente rispondente alle esigenze della pratica che hanno dato vita al negozio fiduciario. In

³⁹² MATTEI U., voce *Proprietà*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1997, pp. 342 ss.; ALPA V., MARICONDA V., *op. cit.*, p. 2508.

³⁹³ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 294; ALPA V., MARICONDA V., *op. cit.*, p. 2509.

³⁹⁴ ALPA V., MARICONDA V., *op. cit.*, p. 2509.

³⁹⁵ RESCIGNO P., *op. cit.*, pp. 288 ss.; ALPA V., MARICONDA V., *op. cit.*, p. 2510; PUGLIATTI S., *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè, 1938, p. 272.

³⁹⁶ ALPA V., MARICONDA V., *op. cit.*, p. 2510.

³⁹⁷ SANTORO L., *op. cit.*, pp. 218 ss.; ROPPO V., *op. cit.*, p. 599.

particolare, si preoccupano di individuare soluzioni che permettano di tutelare il fiduciante dalle violazioni del fiduciario sul piano reale.

Secondo tale visuale, la posizione giuridica oggetto di trasferimento dal fiduciante al fiduciario è caratterizzata da alcuni degli elementi tipici della proprietà — assoluta ed opponibilità — e allo stesso tempo introduce dei profili di differenziazione — la temporaneità e il soddisfacimento di interessi altrui. Il seguito dell'analisi propone di studiare i due profili.

Si parla al proposito di proprietà fiduciaria, in modo da individuare l'intervento degli strumenti dell'autonomia privata sullo statuto proprietario tradizionale al fine di soddisfare le esigenze fiduciarie³⁹⁸. In effetti la proprietà fiduciaria si allontana dalla proprietà del Codice civile principalmente sotto il profilo cronologico: la perpetuità cede alla temporaneità, alla delimitazione della durata del diritto. Inoltre, la proprietà fiduciaria confligge con il preconconcetto tradizionale per cui la stessa è sempre funzionale a soddisfare interessi personali del titolare, visto che si esprime in direzione altruistica.

In particolare, la dottrina si interroga sulle conseguenze qualificatorie: se sia possibile ricondurre la proprietà fiduciaria nel solco della proprietà secondo la formulazione codicistica o di un diritto su cosa altrui tipico senza infrangere il *numerus clausus* dei diritti reali o se, invece, sia stato effettivamente creato un nuovo diritto reale distinto tanto dalla proprietà quanto dagli altri diritti reali. In effetti i caratteri peculiari dell'istituto fiduciario hanno portato alcuni interpreti a ravvisarvi l'introduzione di un nuovo diritto reale, come tale vietato dal principio del numero chiuso³⁹⁹.

D'altra parte, rispetto alla nozione stessa di proprietà, negli ultimi decenni si è assistito alla tendenza del legislatore ad introdurre nuove figure che si distaccano dai connotati classici. Si pensi, a tal proposito, all'intervento legislativo che ha condotto all'introduzione della multiproprietà agli artt.69 ss. del Codice del

³⁹⁸ SANTORO L., *op. cit.*, p. 218.

³⁹⁹ PUGLIESE G., voce *Diritti reali*, in *Enc.dir.*, XII, Giuffrè, 1964, p. 772; CHIARELLA M.L., voce *Diritti reali di godimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2022, p. 249; SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014, p. 37; MARRA P., voce *Fiducia e causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2019, pp. 215 ss.

consumo⁴⁰⁰. La presenza di simili figure può essere la base per permettere l'ingresso nel sistema di nuove formulazioni del diritto di proprietà come si vede più sotto in tema di proprietà temporale.

La proprietà fiduciaria si allontana principalmente dalla proprietà codicistica sotto al profilo della durata visto che si immagina che il fiduciario sia il titolare del diritto trasferitogli solo fino al momento in cui ciò risulti necessario per il conseguimento dei fini voluti dalle parti⁴⁰¹. Dopo che questi sono raggiunti, allora la proprietà sarebbe esaurita e tornerebbe al fiduciante. In particolare, la proprietà fiduciaria ricollega la temporaneità dell'attribuzione patrimoniale direttamente al contenuto del diritto trasferito e non a quanto previsto dal *pactum fiduciae*⁴⁰².

Si potrebbe parlare, al riguardo, di proprietà temporanea. La formula indica l'apposizione di un termine (iniziale o finale) a qualsiasi negozio traslativo della proprietà⁴⁰³. Lo stesso sistema di diritto positivo attuale prevede delle ipotesi di proprietà temporanea. Si pensi all'art. 953 c.c. che prevede possibilità di delimitare temporalmente la proprietà di una costruzione nel caso in cui il titolare sia differente da quello del suolo. In questo caso, il diritto di proprietà del superficiario è destinato a cessare alla scadenza del termine⁴⁰⁴.

Tuttavia, tradizionalmente si adducono alcune ragioni contro l'ammissibilità della proprietà temporanea. In primo luogo, si sostiene che la proprietà sia un diritto perpetuo e non sia possibile un trasferimento provvisorio di essa⁴⁰⁵. Secondo questa interpretazione, l'esistenza di un termine finale si riflette in una menomazione dei poteri di godere e disporre, nuclei primigeni della proprietà. Infatti, l'apposizione del termine finale comporta che il proprietario *ad tempus* non possa compiere atti i

⁴⁰⁰ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 19

⁴⁰¹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 219.

⁴⁰² *Contra* GRASSETTI C. per cui ciò comporta lo snaturamento della fiducia. Secondo l'autore, la fiducia si coglie nella possibilità che il fiduciario abusi dei propri poteri. Questo profilo, infatti, implica che il fiduciante si debba affidare alle qualità personali del fiduciario. Al contrario, eliminare la possibilità che i fiduciari agisca contrariamente a quanto pattuito, comporta l'eliminazione della fiducia in senso tecnico.

⁴⁰³ ALLARA M., *La proprietà temporanea*, in *Il Circolo Giuridico*, n.2, Tipografia Michele Montaina, 1930, p. 10; PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, 1975, p. 436

⁴⁰⁴ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 132.

⁴⁰⁵ PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951, p. 272; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 135.

cui effetti perdurino oltre il tempo fissato per la durata del suo diritto⁴⁰⁶. Ciò è incompatibile con il carattere dell'assolutezza.

D'altra parte, ammettere una proprietà temporanea implica necessariamente ammettere che due soggetti siano titolari della proprietà sullo stesso bene allo stesso tempo: si avrebbe la proprietà sottoposta a termine finale di un soggetto e la proprietà sottoposta a termine iniziale di un altro⁴⁰⁷.

Infine, i detrattori della proprietà temporanea fanno anche presente come questa costituisca un danno all'economia sociale perché il titolare *ad tempus* non avrebbe alcun incentivo nel miglioramento dei beni⁴⁰⁸.

Di contro, altri interpreti hanno confutato tali rilievi. Così, pur riconoscendo che l'apposizione di un termine comporti di necessità una diminuzione delle prerogative dominicali, non si ritiene intaccato il *minimum* positivo indispensabile che caratterizza il contenuto del diritto di proprietà⁴⁰⁹. Dunque, la temporaneità della proprietà è da rigettarsi solo nei casi in cui la limitazione temporale elimina del tutto lo sfruttamento per cui la cosa è destinata per sua natura. Ciò avviene, per esempio, rispetto ai beni consumabili.

Per quanto riguarda il rilievo che la temporaneità comporterebbe l'esistenza di due proprietari sullo stesso bene durante la decorrenza del termine —il proprietario a termine finale e il proprietario a termine iniziale—, si parla più correttamente di coesistenza tra le due proprietà concorrenti⁴¹⁰. Si viene, dunque, a creare un equilibrio tra le stesse per cui ciascun proprietario può agire nel modo che ritiene a patto di non diminuire le prerogative del proprietario concorrente.

Infine, non è possibile prospettare l'invalidità della proprietà temporanea per contrarietà all'ordine pubblico a causa del parziale ostacolo alla libera circolazione dei beni.

⁴⁰⁶ ALLARA M., *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰⁷ ALLARA M., *op. cit.*, p. 14; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 135.

⁴⁰⁸ ALLARA M., *op. loc.cit.*

⁴⁰⁹ ALLARA M., *op. cit.*, p. 17.

⁴¹⁰ ALLARA M., *op. cit.*, p. 19.

Ad ogni modo, le rimozioni tradizionalmente opposte alla proprietà temporanea sono volte a negare una proprietà puramente limitata dal termine, ma non sono in grado di impedire l'affermazione di un frazionamento del diritto di proprietà con riguardo alla sua efficacia nel tempo⁴¹¹. Infatti, il tema della proprietà temporanea, secondo alcuni interpreti, è stato sottoposto a nuove tensioni negli ultimi decenni sulla base di una nuova acquisizione dalla pratica degli affari: la multiproprietà immobiliare⁴¹².

L'idea che la mancanza di *perpetuitas* escluda la proprietà appare ormai superata⁴¹³. La multiproprietà di un bene immobiliare comporta la coesistenza di una pluralità di diritti dal contenuto analogo sul bene comune, ciascuno di essi esercitato periodicamente, secondo un andamento turnario fissato al momento dell'acquisto⁴¹⁴. Il diritto del multiproprietario è individuale e non collettivo, benché delimitato a un certo periodo dell'anno: ciascun titolare ha diritto di godere e disporre del bene per il proprio periodo temporale⁴¹⁵.

Allo schema della proprietà temporanea si avvicina a quello della proprietà risolubile per cui, all'avverarsi della condizione risolutiva, il diritto dominicale cessa di esistere. Infatti, se nella proprietà temporanea, il diritto cessa inevitabilmente alla scadenza del termine, nella proprietà risolubile, vi è l'incertezza tipica delle condizioni. Proiettando ciò in ambito di negozio fiduciario, si potrebbe immaginare che, all'avversarsi della condizione che consiste nel raggiungimento degli scopi immaginati, il trasferimento fiduciario venga meno con effetto retroattivo. La dinamica si avvicina, così, a quanto previsto in tema di fiducia di tipo romanistico.

⁴¹¹ ALLARA M., *op. cit.*, p. 17.

⁴¹² RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 19; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 133; introdotta nel sistema in un primo tempo con il D.Lgs.427/1998 in attuazione di una direttiva CE del 1994. Il legislatore aveva introdotto norme per tutelare il consumatore quando il contratto c.d. di *Timesharing* fosse stato concluso con un professionista al di fuori della propria attività personale. Successivamente la disciplina confluisce nel Codice del consumo (D.Lgs.206/2005), agli artt.69 e ss. Da ultimo, la normativa ha subito delle modifiche nel 2011 in attuazione di una direttiva CE del 2008.

⁴¹³ SATURNO A., *op. cit.*, p. 135.

⁴¹⁴ Morello U., voce *Multiproprietà*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1994, p. 490; MORELLO U. & TASSONI G., voce *Multiproprietà*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2003, p. 896.

⁴¹⁵ RESCIGNO P., voce *Proprietà*, in *Enc.dir.*, XXXVII, Giuffrè, 1988, p. 289 §21.

Per proprietà risolubile si intende la posizione giuridica soggettiva ricollegata all'acquirente di un diritto sotto condizione risolutiva⁴¹⁶. Secondo il dato letterale dell'art. 1356, co.2 c.c., «[l']acquirente di un diritto sotto condizione risolutiva può, in pendenza di questa, esercitarlo». Immaginando di applicare tale costruzione al negozio fiduciario, il titolare provvisorio può esercitare il diritto di proprietà *medio tempore*, ma non si tratta del diritto pieno. Infatti, durante la pendenza sono previsti rilevanti limiti e obblighi nell'esercizio delle prerogative dominicali, funzionali a salvaguardare la proprietà per il tempo in cui la condizione si sarà verificata⁴¹⁷.

Ne deriva che il contenuto del diritto di proprietà risolubile si discosta dalla proprietà *tout court* perché si espande limitatamente ai confini individuati dai limiti e dagli obblighi che gravano sul titolare provvisorio. La proprietà risolubile, infatti, si distingue dalla proprietà dell'art. 832 c.c. tanto rispetto al profilo della facoltà godimento quanto al potere di disposizione.

Per quanto attiene al godimento, il proprietario temporaneo deve comportarsi in buona fede, in modo da non intaccare la posizione del titolare dell'aspettativa⁴¹⁸. Di conseguenza, per esempio, non può distruggere o deteriorare l'oggetto del negozio condizionale. Si potrebbe obiettare che si tratti dell'usuale dovere dei terzi di astenersi da ingerenze nel godimento della cosa non propria. Tale posizione, però, è agevolmente sconfessabile: il bene non è altrui rispetto alla posizione del titolare temporaneo⁴¹⁹.

I limiti nel godimento, al contrario, derivano da uno specifico obbligo sancito all'art. 1358 c.c. che regola i rapporti tra proprietario interinale e titolare dell'aspettativa. In concreto ne deriva che il primo deve agire in vista dell'eventualità che il bene sia consegnato o restituito al titolare dell'aspettativa dopo l'avveramento della condizione⁴²⁰. D'altra parte, l'obbligo di conservazione a carico del titolare della proprietà risolubile è confermato dall'art. 1356, co. 2, ultima

⁴¹⁶ PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, 1975.

⁴¹⁷ PELOSI A.C., *op. cit.*, p. 374.

⁴¹⁸ PELOSI A.C., *op. cit.*, p. 376.

⁴¹⁹ PELOSI A.C., *op. cit.*, p. 378.

⁴²⁰ PELOSI A.C., *op. cit.*, p. 379.

parte c.c. che prevede il potere del titolare dell'aspettativa di compiere atti conservativi.

Rispetto al potere di disposizione, invece, devono essere bilanciate due esigenze: consentire il trasferimento della proprietà risolubile e non pregiudicare l'interesse del titolare dell'aspettativa a conseguire in natura il bene o il diritto oggetto della proprietà risolubile⁴²¹. In effetti lo stesso dato positivo, all'art. 1357 c.c., stabilisce che il proprietario sotto condizione possa disporre del bene o del diritto in pendenza di questa, ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione. Proprio la configurazione del trasferimento della proprietà risolubile come tale, e non come proprietà piena, costituisce il cuore della tutela *erga omnes* dell'aspettativa⁴²². Dunque, gli obblighi a carico del titolare della proprietà risolubile sono intrinseci e si trasferiscono anche sul cessionario, con la precisazione per cui il cedente resta obbligato in solido a meno del consenso del titolare dell'aspettativa alla sua liberazione.

D'altra parte, il potere di disposizione si concretizza anche nella possibilità di costituire diritti reali limitati sul diritto sottoposto a condizione. Allo stesso modo anche questi sono risolubili, salvi gli effetti di trascrizione e possesso di buona fede.

Costruire il diritto di proprietà del fiduciario secondo questo schema, per alcuni, comporta lo snaturamento della fiducia, il cui *proprium* si coglierebbe nella possibilità che il fiduciario abusi dei propri poteri⁴²³. La fiducia stessa, infatti, implica che il fiduciante si debba affidare alle qualità personali del fiduciario. Al contrario, eliminare la possibilità che il fiduciario agisca contrariamente a quanto pattuito, comporta l'eliminazione della fiducia in senso tecnico.

Tuttavia, l'efficacia temporale dell'attribuzione del diritto al fiduciario esclude l'affidamento del fiduciante solo rispetto al retrotrasferimento del diritto. Il fiduciante, invece, deve affidarsi al fiduciario circa il compimento dell'attività di amministrazione e gestione che gli ha demandato⁴²⁴. La fiducia sarebbe insita

⁴²¹ PELOSI A.C., *op. cit.*, p. 412.

⁴²² PELOSI A.C., *op. cit.*, p. 414.

⁴²³ GRASSETTI C., *op. cit.*

⁴²⁴ SANTORO L., *op. cit.*, p. 222.

proprio in ciò: la fiducia non si esplica rispetto al trasferimento del bene, ma è intrinsecamente collegata al raggiungimento dei fini che il fiduciante vuole realizzare⁴²⁵. In effetti, sebbene temporalmente limitato, vi è comunque un trasferimento pieno che comporta l'assolutezza del dominio del fiduciario per il tempo in cui è proprietario.

Dunque, la ricostruzione della proprietà fiduciaria contrasterebbe con quella tradizionale che nega una tutela al fiduciante al di fuori del piano meramente obbligatorio⁴²⁶. Per alcuni autori, però, ciò mostra una confusione tra il piano strutturale e quello funzionale⁴²⁷. Se l'atto traslativo è compiuto a favore del fiduciario esclusivamente in funzione del risultato —che consiste in un suo comportamento rispettoso delle direttive imposte da fiduciante—, allora non si può escludere a priori che il risultato sia collegato sul piano strutturale alla disciplina della condizione risolutiva o del termine finale⁴²⁸. Prendendo atto del fatto che il trasferimento del diritto compiuto dal fiduciante è giustificato e finalizzato alla realizzazione del particolare risultato pratico ad opera del fiduciario, qualora quest'ultimo ponga in essere un comportamento che rende impossibile il fine programmato, si propone una forma di tutela reale per il fiduciante⁴²⁹.

Non si supera l'ostacolo della limitazione temporale neppure immaginando la proprietà fiduciaria come una proprietà limitata. La proprietà, infatti, può subire qualsiasi limitazione: «[i] limiti che comprimono, riducono o vulnerano queste facoltà [proprietarie] o ne ostacolano l'esercizio, lasciando il diritto di propria, nella sua essenza, inalterato»⁴³⁰ sono possibili sulla base dell'intrinseca elasticità

⁴²⁵ SANTORO L., *op. loc.cit.*

⁴²⁶ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 227; PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951, p. 332); DE MARTINI A., *Il concetto del negozio fiduciario*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, p. 326; TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 35.

⁴²⁷ SANTORO L., *op. cit.*, p. 221.

⁴²⁸ SANTORO L., *op. loc.cit.* Ciò, tra l'altro, è il *proprium* dell'impostazione germanistica, v.d. SCHULTZE A., *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rech*, 1901. Una simile conclusione permette di lasciarsi alle spalle uno dei problemi fondamentali dell'impostazione romanistica che consiste nella mancanza della possibilità di tutelare sul piano reale il fiduciante.

⁴²⁹ SANTORO L., *op. cit.*, p. 221. Tuttavia tale impostazione non risolve i problemi della fiducia che derivano dall'impostazione romanistica. Restano aperte le questioni relative ad eccesso del mezzo sullo scopo, abuso del fiduciario e mancanza di una tutela reale. Si propongono, invece le conclusioni cui era giunta la dottrina a favore della impostazione germanistica: il fiduciante può opporre al terzo avente causa l'operatività della condizione con efficacia retroattiva o la scadenza del termine dell'acquisto.

⁴³⁰ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 273.

della proprietà⁴³¹. Inoltre, perché si possa parlare di una proprietà fiduciaria limitata, sarebbe necessario che il limite apposto avesse contenuto negativo. Nel caso di specie, invece, la proprietà fiduciaria non è limitata perché il preteso limite ha un contenuto positivo, risultando da vincoli obbligatori a carico del titolare.

L'interpretazione della fiducia come affidamento nel raggiungimento dei fini voluti attraverso l'adempimento degli obblighi del fiduciario rileva anche rispetto alla genesi del negozio fiduciario. In effetti la delimitazione temporale non deriva *a posteriori* sulla base della violazione del fiduciario, ma è preventivamente stabilito che il diritto si estinguerà dopo aver assicurato il soddisfacimento dell'interesse del fiduciante⁴³². Di conseguenza il profilo temporale limitato è una caratteristica intrinseca della proprietà fiduciaria che si fonde con la funzione economico-sociale di questa operazione economica: la connotazione temporale è essenziale e giustifica la creazione della proprietà fiduciaria⁴³³.

La proprietà fiduciaria, inoltre, si discosta dalla proprietà tradizionale perché le prerogative dominicali nelle mani del fiduciario sono volte al soddisfacimento di interessi altrui. Il diritto soggettivo, invece, nasce per attribuire un vantaggio ad un soggetto, per esprimere un interesse individuale ed egoistico. Al contrario, la proprietà per conto altrui non conferisce al titolare il diritto di concepirne e consumarne i redditi o di trarre profitto del bene e alienarlo liberamente.

Tuttavia, l'interpretazione che nega la declinazione altruistica della proprietà è messa in crisi dalla Carta costituzionale: il dovere solidaristico dell'art. 2 Cost. e la subordinazione della proprietà privata alla funzione sociale *ex art.* 42, co. 2 Cost. affermano il valore dei rapporti sociali⁴³⁴.

D'altra parte, la convinzione per cui la completa assenza o la limitazione dei poteri di godere e disporre comporti la negazione della proprietà è superata anche a livello di legge ordinaria. Si pensi, infatti, a situazioni di proprietà come quella edilizia,

⁴³¹ ALPA V., MARICONDA V., *op. cit.*, p. 2510.

⁴³² SANTORO L., *op. cit.*, p. 223.

⁴³³ SANTORO L., *op. cit.*, pp. 223-224.

⁴³⁴ SATURNO A., *op. cit.*, p. 144.

agraria o di beni culturali in cui sono escluse totalmente o parzialmente la facoltà di godimento o disposizione⁴³⁵.

Inoltre, non sono sconosciute nel nostro ordinamento figure di proprietà caratterizzate dal fatto che i poteri di godere e disporre siano attribuiti al proprietario per soddisfare un interesse altrui⁴³⁶. Il tema è massimamente evidente rispetto al negozio fiduciario dove la proprietà fiduciaria costituisce un'immagine di proprietà formale e strumentale nell'interesse altrui⁴³⁷.

Tuttavia, nei Paesi a tradizione romanistica, gli studiosi faticano ad ammettere che nella proprietà per conto altrui il titolare dell'interesse sia effettivamente un proprietario e non un mero creditore⁴³⁸. Si tende, quindi, ad attribuire al fiduciario una proprietà ordinaria, piena e illimitata, mentre il vincolo fiduciario risultante dal *pactum fiduciae* rileva meramente sul piano interno delle parti.

Ammettere, al contrario, l'opponibilità di simile vincolo anche a creditori e aventi causa del proprietario metterebbe in discussione il rapporto tra proprietà e credito e alcuni dei principi fondamentali che reggono il sistema⁴³⁹. Si pensi al conflitto tra la fiducia a scopo di attribuzione dei beni a un terzo e le norme in tema di successione e solidarietà familiare⁴⁴⁰. Similmente, la fiducia a scopo di garanzia rappresenta un rischio per l'elusione del divieto di patto commissorio a protezione del debitore e, più in generale, rappresenta una minaccia per la legislazione sull'insolvenza⁴⁴¹.

Ad ogni modo, la dissociazione tra diritto e interesse sottostante non esclude di necessità la figura della proprietà⁴⁴². Il fiduciario, infatti, è pur sempre titolare di una proprietà che il fiduciante limita e controlla. D'altra parte, il tema della proprietà nell'interesse altrui si connette strettamente al tema della limitazione

⁴³⁵ SATURNO A., *op. cit.*, p. 135.

⁴³⁶ SATURNO A., *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 7.

⁴³⁷ SATURNO A., *op. cit.*, p. 25.

⁴³⁸ SATURNO A., *op. cit.*, p. 125.

⁴³⁹ SATURNO A., *op. cit.*, p. 126.

⁴⁴⁰ SATURNO A., *op. cit.*, p. 127.

⁴⁴¹ SATURNO A., *op. cit.*, p. 128.

⁴⁴² SATURNO A., *op. cit.*, p. 140.

temporale: a causa della revocabilità della sua attribuzione, anch'essa è proprietà risolubile e, dunque, temporanea⁴⁴³.

Ciò si connette anche con la nozione di «*proprietà funzione*» che rileva quando il diritto di proprietà si accompagna ad obblighi positivi relativi all'utilizzazione dei beni, vincolati rispetto al godimento dei beni stessi⁴⁴⁴. La destinazione della proprietà a un interesse non del titolare, infatti, non deve essere interpretata solo come limite negativo, ma la stessa dà vita a una vera e propria funzionalizzazione della proprietà⁴⁴⁵. Alcuni interpreti, però, negano che si possa parlare di proprietà funzione, riconoscendola solo rispetto alle situazioni positive in cui il legislatore impone al proprietario obblighi determinati. Se tali specificazioni possono derivare solo dalla legge, si deve negare la sussistenza della figura nel caso fiduciario dove la funzionalizzazione avviene per opera dei privati⁴⁴⁶.

La dottrina si interpreta sulla natura di questa figura, oscillando tra considerarla un'articolazione temporalmente limitata del diritto di proprietà o una forma speciale di comunione su diritti reali caratterizzati da una particolare regolamentazione contrattuale o un nuovo diritto reale.

Inoltre, non è possibile ancorare l'interpretazione della proprietà fiduciaria come una proprietà temporale alla disciplina della multiproprietà perché essa si presenta radicalmente diversa⁴⁴⁷. In effetti, nonostante la delimitazione della frazione temporale in cui il singolo può esercitare il proprio diritto, la multiproprietà garantisce la pienezza dei poteri dominicali, connotati anche dal carattere della perpetuità⁴⁴⁸. Dunque, la figura non può essere utilizzata come precedente per sostenere la proprietà temporanea.

Le peculiarità appena ricordate escludono che sia possibile inquadrare la proprietà risolubile nella categoria della proprietà generale. Si immagina, invece, che la stessa copra una posizione intermedia tra la proprietà e i diritti reali su cosa altrui. In altre

⁴⁴³ SATURNO A., *op. cit.*, p. 130.

⁴⁴⁴ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 274.

⁴⁴⁵ SATURNO A., *op. cit.*, p. 146.

⁴⁴⁶ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 275.

⁴⁴⁷ RESCIGNO P., voce *Proprietà*, in *Enc.dir.*, XXXVII, Giuffrè, 1988, p. 289 §21.

⁴⁴⁸ GAZZONI F., *op. loc.cit.*

parole, si propone di superare la valutazione meramente negativa della proprietà risolubile sulla base delle divergenze con la proprietà dell'art. 832 c.c. e di considerare anche gli aspetti positivi delle eventuali somiglianze con contenuto e struttura dei diritti reali su cosa altrui⁴⁴⁹.

Si tratterebbe, dunque, di un nuovo diritto reale nato ad opera dell'autonomia privata. Articolato alla stregua di un diritto di proprietà sottoposto ad una condizione risolutiva, lo stesso incontra i limiti e i vincoli legati alla salvaguardia dell'aspettativa di colui che diventerebbe titolare dopo l'eventuale avveramento della condizione.

Il legislatore, da ultimo, si sta avvicinando alle soluzioni del diritto inglese in tema di proprietà fiduciaria⁴⁵⁰. Nel sistema anglosassone, infatti, tradizionalmente si impedisce ai creditori personali del *trustee* di aggredire il patrimonio affidato. Accogliendo le suggestioni derivate da questo sistema, le recenti riforme in tema di società fiduciarie, di fondi comuni di investimento e di cartolarizzazione hanno comportato l'ingresso nel sistema di patrimoni separati a cui è riconducibile una proprietà di tipo fiduciario⁴⁵¹.

Potrebbe argomentarsi, tuttavia, che tutte queste soluzioni sono il risultato di un intervento legislativo. Non l'autonomia privata, ma il legislatore ha tradotto delle esigenze pratiche in formule positive. Queste considerazioni, però, sembrano dimenticare che il legislatore non interviene in modo arbitrario o capriccioso, ma che la sua azione è ispirata a schemi ben collaudati, noti in numerosi Paesi⁴⁵². Il legislatore italiano, infatti, ha recepito e tradotto in dato positivo soluzioni e schemi della prassi degli affari.

In conclusione, si può notare come il sistema italiano sia attraversato da tensioni opposte: da un lato subisce le trasformazioni socio-economiche che si realizzano in altre sistemi —*in primis* gli USA—, ma dall'altro rivendica i tratti giuridici

⁴⁴⁹ PELOSI A.C., *op. cit.*, p. 375.

⁴⁵⁰ GAMBARO A., *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵¹ (A cura di) GUERRIERI G., GIOVANNI LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T., *Fiducia e destinazione patrimoniale percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022, p. 49.

⁴⁵² (A cura di) GUERRIERI G., GIOVANNI LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T., *op. cit.*, p. 50

caratterizzanti del proprio ordinamento⁴⁵³. Le nuove esigenze economiche che si presentano in virtù della globalizzazione dei mercati hanno un impatto dirompente sul diritto di proprietà⁴⁵⁴.

Rispetto a ciò, è necessario trovare un equilibrio tra l'adesione cieca ai principi tradizionali e l'apertura a istituti che mettono in crisi la tenuta del sistema. Se la seconda strada comporta dei rischi su cui non è necessario indugiare, anche l'irrigidimento del sistema è pericoloso. Incapace di flettersi di fronte alle nuove esigenze e lasciare che le stesse trovino spazio per esprimersi nell'ordinamento, tale rigidità condanna il sistema italiano a perdere in termini di competitività nel confronto con altri sistemi di diritto positivo come approfondiremo meglio nel prossimo capitolo. Non si tratta solo di una sconfitta in termini pratici, ma di un andamento che coinvolge anche il pensiero scientifico: di fronte ai limiti interni, si tende a favorire formule esterne per rispondere a determinate spinte concrete e ne consegue la generale disattenzione rispetto alla possibile individuazione di istituti interni. Sarebbe auspicabile, invece, che il legislatore non abdicasse al proprio ruolo, ma cogliesse le esigenze della pratica economica e accogliesse nell'ordinamento le suggestioni di sistemi diversi. Potrebbe, così, giungere a tradurre tali spinte socioeconomiche in un modo coerente rispetto al sistema. In questo modo l'ordinamento italiano diventerebbe pienamente e agevolmente fruibile dalla prassi economica, interna e internazionale, e affidarsi al diritto straniero risulterebbe superfluo.

6.3 Tra causalità ed astrattezza

Il tema dell'asserita assenza di una causa e dell'astrattezza rileva non solo rispetto al tema già affrontato della ricostruzione strutturale del negozio fiduciario, ma assume un ruolo altrettanto fondamentale relativamente all'indagine circa l'ammissibilità della figura nell'ordinamento⁴⁵⁵. La prospettiva comporta delle riflessioni

⁴⁵³ MATTEI U., voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc.dir., Annali V*, Giuffrè, 2012, p. 1118.

⁴⁵⁴ MATTEI U., *op. loc.cit.*

⁴⁵⁵ SEGRÈ T., *Sul trasferimento della proprietà di merci a scopo di garanzia e i suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva del dominio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi*

parzialmente differenti da quanto menzionato sopra. In particolare, l'esame del tema in questo paragrafo impone, in primo luogo, di ignorare le possibili soluzioni ravvisate per fondare l'intera operazione economica sulla base di una causa, adottando una visuale più tradizionale. È questo, infatti, il punto di partenza considerato dagli autori che richiamiamo.

Dapprima negli anni '30, si ricollega il tema dell'ammissibilità del negozio fiduciario al tema della validità nel nostro sistema di un trasferimento astratto del dominio⁴⁵⁶. Secondo questa visuale, nel nostro sistema contrattuale sono idonee al trasferimento della proprietà e alla costituzione dei diritti reali solo le cause tassativamente fissate. Nel solco di questa impostazione, si nega che il nostro diritto conosca l'atto astratto di trasferimento⁴⁵⁷. Inoltre, non si potrebbe nemmeno parlare di un trasferimento di proprietà a scopo di rivendita, ad eccezione dei casi di apposizione di un patto di riscatto o della promessa *de retrovendendo*.

In effetti, nel diritto italiano non esiste un negozio di trasferimento per sé stesso, negozio astratto con la sola funzione di trasferire il diritto da un soggetto all'altro⁴⁵⁸. Esistono, invece, diversi negozi causali, la cui causa è intimamente connessa al passaggio del diritto. Dunque, non esiste un atto di trasferimento della proprietà, ma esistono i contratti tipici disciplinati in cui si verifica tale effetto reale: la vendita, la permuta, la donazione che producono il trasferimento⁴⁵⁹. Lo stesso per la cessione dei diritti di credito che è parimenti un negozio causale⁴⁶⁰. Così, l'impostazione della prima metà del Novecento, ritiene che il mandato e i diritti reali di garanzia soddisfino gli scopi di amministrazione e di garanzia, ma non possano essere anche cause idonee al trasferimento del diritto di proprietà⁴⁶¹. Tale conclusione è supportata dall'individuazione di un nesso biunivoco tra causa e singolo negozio: se la causa e il negozio costituiscono un'unità inscindibile, il negozio non può che combaciare e identificarsi con la sua causa astratta. In

legislativi, a cura di S. Galgano, vol. II/III, Giuffrè, 1929, 834 ss.; CARIOTA FERRARA L *op. cit.*, p. 122

⁴⁵⁶ SEGRÈ T., *op. cit.*, 834 ss.

⁴⁵⁷ CARIOTA FERRARA L *op. cit.*, p. 122

⁴⁵⁸ SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014, p. 37.

⁴⁵⁹ Rispettivamente: artt.1470 ss.; artt.1552 ss.; artt.769 ss. c.c..

⁴⁶⁰ Art. 1260 c.c.

⁴⁶¹ SEGRÈ T., *op. cit.*, 834 ss.; FERRARA F., *op. cit.*, p. 57; CARIOTA FERRARA L *op. cit.*, p. 122

definitiva, l'assenza della possibilità di immaginare un trasferimento astratto di diritti comporta che nel nostro ordinamento non vi sia il mezzo indispensabile per attuare il negozio fiduciario. «Ora, se l'astrattezza è il presupposto della fiducia vera e propria, non vi possono essere negozi fiduciari negli ordinamenti giuridici che non conoscono negozi astratti. Pel diritto italiano che tali negozi non ammette si deve, quindi, concludere che non v'è posto per la fiducia»⁴⁶².

D'altra parte, abbiamo già esaminato le alternative ricostruttive che permetterebbero di superare la costruzione viziata da astrattezza. Senza immergerci nuovamente nell'analisi completa, basti notare che tutte le difficoltà operative legate al tema dell'astrattezza cadono quando si faccia riferimento alla causa concreta⁴⁶³ oppure quando si valorizzi la figura del collegamento negoziale⁴⁶⁴ o quando si aderisca alla teoria dell'unicità del negozio fiduciario fondato sulla *causa fiduciae*⁴⁶⁵. D'altra parte, i dubbi se la causa riscontrabile nei negozi fiduciari sia sufficiente a giustificare il trasferimento del diritto in capo al fiduciario sono superati costantemente dalla giurisprudenza che riconosce uno spazio di operatività al negozio fiduciario⁴⁶⁶.

In particolare, accolta l'unitarietà della figura fiduciaria sostenuta dalla *causa fiduciae*, perde di rilievo ogni considerazione legata all'astrattezza in quanto non vi è più la necessità di indagare l'ammissibilità dell'astratto negozio traslativo perché lo stesso perde di rilievo individuale⁴⁶⁷. Il negozio fiduciario non consiste più nel collegamento di due distinti negozi, ma è un'unica fattispecie in cui le singole componenti si giustificano e completano vicendevolmente, venendo giustificate da un'unica causa.

⁴⁶² CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 128

⁴⁶³ SACCO R., voce *Negozio astratto*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1995, pp. 48 ss.; FERRI G.B., voce *Il negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1995, p. 174.

⁴⁶⁴ FERRI G.B., *op. cit.*, pp. 174 ss.; BUONFRATE A., voce *Contratti collegati*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2007, pp. 268 ss..

⁴⁶⁵ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 362; FERRI G.B., *op. loc.cit.*; SANTORO L., *op. cit.*, pp. 207 ss.

⁴⁶⁶ BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 670.

⁴⁶⁷ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 362.

6.4 Il negozio causale tipico adattato a scopi fiduciari

Un'altra strada ipotizzata per superare l'*impasse* dei negozi astratti di trasferimento consiste nell'adattamento di negozi causali tipici di trasferimento per soddisfare gli scopi fiduciari⁴⁶⁸. Questa teoria permette *in primis* di superare i limiti dovuti all'astrattezza del negozio fiduciario in quanto prevede di impiegare gli strumenti tipici previsti dall'ordinamento, sorretti dalle rispettive cause tipiche⁴⁶⁹. Le parti, quindi, si inserirebbero nell'alveo di un contratto tipico per piegarlo al soddisfacimento delle esigenze alla base del negozio fiduciario.

Ci si è interrogati se la natura causale del negozio impedisca alle parti di servirsi dello strumento per uno scopo diverso da quello tradizionalmente abbinatogli⁴⁷⁰. Nulla, però, sembra vietare che i negozi tipici vengano configurati dalle parti per realizzare anche scopi ulteriori⁴⁷¹. In effetti, quando viene adottato uno strumento negoziale tipico, la causa rileva in senso formale: essa sussiste anche quando l'intento delle parti sia «*dominato dal raggiungimento di quello scopo ulteriore [...] considerato quale semplice motivo*»⁴⁷². Non si influisce sulla struttura tradizionale dei contratti tipici e l'intento delle parti volto al raggiungimento dello scopo ulteriore è giuridicamente qualificato quale semplice motivo.

Dunque, la *causa fiduciae* assume i connotati del motivo, determinazione accessoria della volontà⁴⁷³. Il motivo è lo scopo individuale e soggettivo, che spinge una parte a concludere il negozio; normalmente non ha rilievo giuridico a differenza della causa oggettiva.

In particolare, ai fini della teorica fiduciaria, sembrerebbe che solo donazione e vendita siano adattabili a uno scopo diverso da quello contenuto nella relativa disciplina positiva⁴⁷⁴. In questo modo i fini fiduciari sono soddisfatti per il tramite di un'operazione complessa: essa è costituita da un contratto reale tipico, un trasferimento tipico con la propria causa, rispetto a cui lo scopo fiduciario avuto di

⁴⁶⁸ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, pp. 131 ss.

⁴⁶⁹ SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014, p. 37.

⁴⁷⁰ CARIOTA FERRARA L., *op. loc.cit.*

⁴⁷¹ ASCARELLI T., *op. cit.*, p. 21; CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, pp. 131 ss.

⁴⁷² ASCARELLI T., *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷³ TRIMARCHI V.M., *op. cit.*, p. 40.

⁴⁷⁴ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 133.

mira rileva come un mero fine economico. Il risultato permetterebbe di soddisfare proprio le esigenze pratico-economiche che avevano spinto i privati alla ricerca di nuovi mezzi fuori dall'ordinamento⁴⁷⁵.

Tuttavia, non è corretto assimilare i negozi causali adattati a scopi diversi e i negozi fiduciari⁴⁷⁶: la differenza tra i due è profonda e riguarda tanto la natura del negozio reale, quanto la causa⁴⁷⁷. Mentre i primi si fondano sulle cause degli schemi negoziali tipici cui aderiscono pienamente, i secondi si fondano sulla *causa fiduciae* che si identifica con lo scopo pratico avuto di mira. Quindi, solo i primi sono supportati da una causa astratta riconosciuta dall'ordinamento come valida per giustificare l'acquisto definitivo. Dunque, è chiaro che i negozi causali adattati a scopi diversi non rientrano nella categoria dei negozi fiduciari, venendo a mancare lo stesso elemento fondamentale della fiducia vera e propria⁴⁷⁸.

D'altra parte, non si possono negare le affinità, soprattutto in rapporto alla funzione che esplicano: creare nuovi mezzi rispondenti alle finalità peculiari delle parti. Sotto questo profilo, affermare la possibilità di un adattamento di dati negozi causali a scopi diversi e minori dei loro tipici riduce di molto la forza della tesi che nega l'ammissibilità del negozio fiduciario⁴⁷⁹.

Dunque, si creerebbe un'incongruenza sistematica per cui nel nostro ordinamento il negozio fiduciario sarebbe inammissibile per l'inidoneità della *causa fiduciae* a giustificare l'attribuzione patrimoniale, ma lo stesso intento economico-sociale supporterebbe il trasferimento quando dissimulato sotto uno schema tipico causale. Non è logico sostenere che la causa possa valere quando dissimulata, ma non quando dichiarata espressamente⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 352.

⁴⁷⁶ Si muove, invece, in questa direzione FERRARA F. che nel suo *I negozi fiduciari* si occupa anche della vendita a scopo di garanzia e della donazione fiduciaria.

⁴⁷⁷ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 138.

⁴⁷⁸ CARIOTA FERRARA L., *op. cit.*, p. 138.

⁴⁷⁹ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 347.

⁴⁸⁰ GRASSETTI C., *op. cit.*, p. 374.

7. Proposte legislative per un contratto di fiducia tipico

Al di là delle riflessioni dottrinali, le esigenze della pratica non cessano di aprire il dibattito circa il negozio fiduciario. Di fronte al panorama tratteggiato, non sono mancate le riflessioni relative alla possibilità di introdurre una figura positiva di negozio fiduciario. Sulla scia del legislatore francese che ha introdotto la *fiducie* agli artt. 2011-2030 *Code civil* con la L.11/2007 del 19 gennaio 2007, non sono mancate delle iniziative legislative in ambito italiano.

In particolare, a partire dal 2010, si sono succedute diverse proposte di codificazione del contratto tipico di fiducia, ma sono tutte rimaste senza seguito. Rappresenta un'eccezione l'emanazione della L.112/2016, *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*. Ad ogni modo, l'andamento —che vede la presentazione di proposte e il loro successivo abbandono— è indice del fatto che il tema della fiducia non sia avvertito dalla popolazione e dalla politica come un ambito che richiede attenzione prioritaria.

Le forze politiche non disconoscono in modo assoluto l'importanza di tale disciplina, prova ne sia il ricorrente tentativo di regolarla, ma la relegano a un piano secondario, lasciando che vada incontro a interruzioni fisiologiche, dovute al susseguirsi delle legislature, o patologiche, dovute all'interruzione dell'esame.

Ripercorriamo di seguito le sorti delle iniziative legislative in ambito di fiducia succedutesi tra il 2010 e il 2015.

In primo luogo, si impone l'esame del d.d.l. 2284/2010⁴⁸¹. Su proposta del Ministro della Giustizia viene presentato al Senato un disegno di riforma che contiene il conferimento di una delega al Governo per l'introduzione del contratto di fiducia nel titolo III del libro IV del Codice civile⁴⁸². Il fine dichiarato è quello dell'«*allineamento dell'ordinamento interno rispetto ai principi del diritto*

⁴⁸¹ Disegno di legge Senato n. 2284, XVI Legislatura, *Delega al Governo per la riforma del codice civile*, presentato dal Ministro della giustizia (Alfano) il 15 luglio 2010.

⁴⁸² Angelino Alfano, Governo Berlusconi IV, Ministro della Giustizia dal 2008 al 2011.

comunitario in corso di consolidamento [...] che precisa fin nei dettagli la disciplina applicabile alle ipotesi di titolarità fiduciari»⁴⁸³.

Secondo la proposta, il legislatore delegato avrebbe dovuto disciplinare la fiducia, il contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili. Si procede all'individuazione dei profili più rilevanti di cui si occupa il disegno di delega.

In primo luogo, per il contratto fiduciario, si prevedevano dei requisiti formali *ad substantiam*: atto pubblico o scrittura privata autenticata. Il contratto così formulato sarebbe stato caratterizzato da: separazione patrimoniale, surrogazione del fiduciario e opponibilità del contratto a terzi grazie ad apposite formalità pubblicitarie.

In parallelo, il legislatore delegato veniva incaricato di determinare diritti, obblighi e poteri di fiduciante, fiduciario, eventuale terzo nominato per far valere gli obblighi del fiduciario.

Inoltre, dovevano trovare disciplina anche la cessazione dell'incarico fiduciario, la revoca e la rinuncia del fiduciario e la possibilità di una sua sostituzione o la possibilità di una nomina giudiziaria di un fiduciario provvisorio.

In aggiunta a ciò, il legislatore delegato avrebbe dovuto anche dettare una disciplina specifica per la fiducia a scopo di garanzia e il contratto di fiducia a scopo assistenziale. Infine, vi era la premura di coordinare tale nuova disciplina rispetto a diversi settori del diritto: in tema di tutela dei creditori, in materia fallimentare e in materia di antiriciclaggio e antimafia.

Tale disegno di legge, tuttavia, passa in secondo piano rispetto ad altri temi considerati di priorità politica, non divenendo mai legge. In particolare, siccome, con lo scioglimento delle Camere, tutti i progetti di legge non definitivamente approvati decadono in modo automatico, il d.d.l. 2284/2010, ancora all'esame della

⁴⁸³ Relazione al d.d.l. (cfr. Senato della Repubblica, Atti parlamentari, XVI Legislatura, Disegni di Legge e Relazioni; Documenti, n. 2284, 4).

Commissione Giustizia al Senato, è decaduto con la fine della XVI Legislatura nel 2013⁴⁸⁴.

Una simile delega era contenuta nell'art. 12, d.d.l. 2322-B recante Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010, approvato dal Senato della Repubblica il 2 febbraio 2011⁴⁸⁵. Questa è stata cancellata nel testo approvato dalla Camera dei Deputati il 26 luglio dello stesso anno.

Non ha avuto seguito neppure la p.d.l. 4554/2011, presentata dal deputato Cambursano⁴⁸⁶. La proposta di legge voleva introdurre gli artt. da 1741-bis a 1741-duodecies nel libro quarto del Codice civile. Questi avrebbero dovuto disciplinare il contratto di fiducia e sostituire l'art. 2645-ter c.c. con l'art. 2648-bis c.c. per disciplinare la trascrizione del contratto di fiducia avente ad oggetto, rispettivamente, beni immobili e beni mobili registrati.

In seguito, la p.d.l. 2682/2014 del deputato Rondini —che all'art. 9 delega al Governo la disciplina del contratto di fiducia a beneficio dei soggetti «*non autosufficienti affetti da disabilità e da disabilità grave*»— non ha condotto ad alcuna innovazione di diritto positivo visto che è stata unificata ad altre proposte di legge in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare che non prevedevano la delega a legiferare⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Si tratta dell'automatica decadenza dei disegni e delle proposte di legge non definitivamente approvati quando prima che abbia avvio una nuova legislatura. Questo fenomeno non trova esplicita formulazione positiva, ma si ricava *a contrario* dall'art. 74, co.2, Regolamento Senato, dove si afferma: «*Per i disegni di legge di iniziativa popolare presentati nella precedente legislatura non è necessaria la ripresentazione. Essi, all'inizio della nuova legislatura, sono nuovamente assegnati alle Commissioni e seguono la procedura normale [...]*». Allo stesso modo dall'art. 81, Regolamento Senato che tratta della ripresentazione dei disegni di legge decaduti, si ricava che prima un disegno debba essere decaduto. Similmente l'art. 107, Regolamento Camera lascia intendere il fenomeno della decadenza dei disegni e delle proposte di legge a fine legislatura. D'altra parte, sono le stesse prassi e giurisprudenza parlamentare che propongono il principio di discontinuità per impedire che una nuova legislatura, espressione di una rinnovata volontà popolare, sia vincolata dai lavori non conclusi dalla rappresentanza precedente.

⁴⁸⁵ Disegno di legge Camera n. 2322-B, XVI Legislatura, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee; Legge comunitaria 2009, approvato dalla Camera dei deputati il 21 luglio 2009, modificato dal Senato della Repubblica il 1° giugno 2010.

⁴⁸⁶ Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Proposta di legge n. 4554, *Introduzione del capo IX-bis del titolo III del libro IV del codice civile, concernente il contratto di fiducia (trust)*, iniziativa del deputato Renato Cambursano, presentata il 27 luglio 2011. Renato Cambursano, Italia dei Valori.

⁴⁸⁷ .

Infine, è naufragata anche la p. d.l.1826/2015 presentata dal senatore Cuomo, non venendo neppure esaminata alla commissione parlamentare in sede referente cui era stata assegnata⁴⁸⁸.

Cinque prospettive di codificazione vengono bloccate in cinque anni. Il fenomeno indica uno scarso interesse della politica rispetto al tema. La fiducia viene, così, spesso tralasciata a favore di tematiche considerate prioritarie dall'opinione comune o semplicemente dotate di maggiore impatto in termini elettorali o propagandistici.

D'altra parte, non si può escludere che l'ordinamento italiano sia stato, almeno in parte, appagato dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, esecutiva in Italia a partire dalla L.364/1989. Si tratta della riforma che ha aperto le porte dell'ordinamento italiano al *trust* di origine anglosassone. Ideata per disciplinare la figura del *trust* internazionale, la Convenzione permette a un *trust* straniero di esplicare i propri effetti anche sul territorio nazionale, aprendo alla segregazione patrimoniale atipica. Inoltre, la prassi ha portato alla nascita del c.d. *trust* interno.

Questo fenomeno è caratterizzato per il fatto che disponente, beneficiario, beni sono italiani, ma la legge regolatrice è straniera. In questo modo si supera l'assenza di un corrispettivo istituto di diritto italiano. Proprio queste possibilità potrebbero aver addolcito la necessità urgente di una riforma interna che disciplini da sé il tema della fiducia e della segregazione patrimoniale.

Tuttavia, più voci hanno sollevato il dubbio che l'utilizzo del *Trust* e la sua promozione non siano stati accompagnati doverosamente dalla piena consapevolezza delle difficoltà operative che ne conseguono, soprattutto in termini processuali rispetto all'*enforcement*.

Così, la ratifica della Convenzione dell'Aja è riuscita a nascondere il vero problema dell'ordinamento italiano⁴⁸⁹: l'inesistenza di una proprietà nell'interesse altrui. Nel sistema oggi vigente manca uno statuto normativo cui riportare la proprietà del

⁴⁸⁸ Marco Rondini, Lega Nord; Senato, XVII Legislatura, Disegno di legge n. 1826, *Introduzione del capo IX-bis del titolo III del libro IV del codice civile, recante disposizioni in materia di contratto di fiducia*, iniziativa dei senatori Cuomo, Lumia, Giacobbe e Saggese, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2015.

⁴⁸⁹ Uno su tutti, si veda AMADIO G., *Negozi fiduciario e destinazione patrimoniale*, in *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, Giuffrè, 2016, p. 3.

trustee. Ciò non ha rappresentato un ostacolo per abbandonare il «sogno nel cassetto»⁴⁹⁰ del negozio fiduciario della tradizione di *Civil Law* e accogliere l'«ospite straniero»⁹³ del *Trust* di *Common Law*. Tuttavia, la Convenzione dell'Aja si limita ad offrire una «chimera»⁹³: il *trust* interno è inevitabilmente viziato *ab origine* a causa dell'impossibilità di importare nel nostro ordinamento il modello rimediale tipico di *Common Law*.

⁴⁹⁰ BIANCA M., *Le ragioni di uno studio applicativo del negozio fiduciario*, in *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, Giuffrè, 2016, p. 8.

Capitolo III - Il *trust*: tra l'ordinamento di origine e la Convenzione dell'Aja

1. Introduzione

Nei capitoli precedenti sono stati fatti numerosi riferimenti al *trust*. La figura, in particolare, viene spesso accostata al negozio fiduciario siccome entrambi trovano la loro essenza nella fiducia. Nati dagli stessi «*ingredienti giuridici*»⁴⁹¹, i due istituti hanno vissuto parabole che hanno diversificato profondamente i loro destini, soprattutto in termini di tutela ed *enforcement*. Proprio tali diversificazioni comportano una competizione tra il negozio fiduciario e il *trust* rispetto alla capacità di rispondere alle esigenze della realtà socioeconomica⁴⁹².

Il *trust* si affaccia nell'ordinamento italiano a partire dalla ratifica della Convenzione dell'Aja che impone il riconoscimento dei *trust* sorti in altri ordinamenti. Tuttavia, a ciò, si aggiunga il fenomeno pratico dell'affermazione dello strumento relativo a soggetti e ricchezze italiane e solo formalmente ancorato a una legge straniera per la sua attitudine a superare i problemi evidenziati nello scorso capitolo in materia di fiducia di *Civil Law*. Disponenti e beneficiari italiani rispetto a beni siti in Italia ancorano il *trust* che istituiscono a una legge straniera per sfruttare i meccanismi dell'art. 1 della Convenzione dell'Aja in modo da superare l'assenza di una disciplina domestica in tema di *trust*.

In questa sezione si propone di studiare la figura del *trust* in una forma dialogante rispetto a quanto affermato in tema di negozio fiduciario. L'obiettivo consiste nel sondare l'effettiva attitudine dello strumento di *Common Law* a porsi come alternativa al negozio fiduciario nel nostro sistema.

Nella prima parte del capitolo, si richiama l'attenzione sulla conformazione del *trust* nell'ordinamento britannico di origine e, in generale, sulle caratteristiche che denotano l'istituto nei principali sistemi di *Common Law*. Si propone un'analisi per

⁴⁹¹ GAMBARO A., Voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, p. 449.

⁴⁹² GAMBARO A., Voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, pp. 449 ss.; MATTEI U., voce *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Annali I*, Giuffrè, 2007, p. 177.

punti fondamentali della figura del *trust* nell'ordinamento originario in modo da cogliere il *proprium* della figura, dismettendo temporalmente le lenti del giurista di *Civil Law*. In un secondo momento, invece, si analizzano le conseguenze della ratifica della Convenzione dell'Aja sull'ordinamento italiano. Non si propone un'analisi delle forzature che tale fonte ha operato nel sistema italiano sulla base del dato che tali «*sgrammaticature*» sono divenute parte integrante del sistema.

Maggiore spazio, invece, è dedicato ad alcuni profili critici sollevati dalla figura del *trust* interno a livello operativo. In particolare, si studiano tre applicazioni dello stesso: in materia di tutela degli incapaci, in materia successoria e in materia di insolvenza. I tre ambiti disciplinari sono individuati sulla base dell'art. 15, Convenzione dell'Aja che ricorda come il testo internazionalprivatistico non comporti deroghe alla *lex fori* in alcune materie che coinvolgono soggetti dalle specifiche esigenze di tutela.

2. Il *Trust* nell'ordinamento di origine

Prima di procedere all'esame dettagliato della figura accolta nel sistema italiano in seguito alla ratifica della Convenzione dell'Aja⁴⁹³, è necessario mettere a fuoco le caratteristiche fondamentali che danno corpo al *trust* nell'ordinamento di origine.

Il *trust* è una figura che attraversa trasversalmente la storia del diritto britannico, «*senza dubbio l'istituto più caratteristico*»⁴⁹⁴, e per questo motivo operare una ricognizione dei profili di maggiore rilievo non è agevole. Tuttavia, il focus di questa ricerca non è il *trust* di diritto britannico e, per questo motivo, lo spazio dedicatogli sarà ridotto. Tutti gli elementi richiamati, invero, sono rivolti in una precisa direzione: individuare le differenze rispetto al negozio fiduciario e presentare le ragioni alla base della fortuna di tale istituto.

Ci si concentra, quindi, sulla struttura base dell'istituto che determina l'effetto della segregazione patrimoniale. Ci si dedica, infine, a due aspetti fondamentali: la figura del *trustee* —in particolare il novero di doveri legati a questa figura e la disciplina

⁴⁹³ Resa esecutiva in Italia con la l.16 ottobre 1989, n.364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

⁴⁹⁴ GAMBARO A., *op. cit.*, p. 449.

delle eventuali violazioni degli stessi— e la multifunzionalità dell’istituto —la sua estrema flessibilità e la capacità di rispondere ad esigenze pratiche differenti.

2.1 Definizione

In assenza di una definizione di diritto positivo, definire il *trust* in modo esaustivo ha sempre sfidato gli interpreti dei sistemi di origine, prova ne sia il susseguirsi di una molteplicità di definizioni che pongono in luce differenti caratteristiche dell’istituto⁴⁹⁵. Ciascuna di queste assume una prospettiva troppo ampia o troppo limitata e incontra il limite insito nell’attività classificatoria relativa ad un istituto che vive e si modifica nella prassi: ciascuna formulazione definitoria ha vita breve e non può opporre resistenza all’inevitabile decomposizione dovuta al processo di reazione giuridica⁴⁹⁶.

Nella presente analisi ci si concentra sul *trust* di matrice negoziale. Si parla, al proposito, di *trust* espresso per indicare il *trust* che deriva dalla volontà di un soggetto che dà un impulso creativo. Non si tratta dell’unica tipologia di *trust* nell’ordinamento di origine in quanto esso può scaturire anche dalla legge o da una sentenza. Tuttavia, il *trust* espresso è la figura che si è imposta a livello internazionale e nel nostro ordinamento. Di qui la scelta di concentrare lo studio su questa configurazione, tralasciando i casi in cui la nascita del *trust* sia dovuta alla legge o ad una sentenza.

In generale si può affermare che il *trust* è un rapporto giuridico in cui un soggetto, il *trustee*, gestisce e amministra la proprietà o dei diritti sui beni affidatigli dal disponente nell’interesse dei beneficiari o per uno specifico scopo.

Dunque, il *trust* è un atto *inter vivos* o *mortis causa* che si basa sull’*Equity*; sorge quando il disponente trasferisce dei diritti ad un soggetto, il *trustee*, vincolato a gestire la proprietà affidatagli, *trust property*, per il perseguimento di determinati

⁴⁹⁵ KEETON G.W., *The Law of Trusts*, Fifth edition, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1950, p. 1; O'TOOLE E.J., *Law of Trusts*, Brooklyn, New York, 1933, p. 10; HAYTON D.J., *The Law of Trusts*, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, 2003, p. 6; SATURNO A., *La proprietà nell’interesse altrui nel diritto civile Italiano e comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 107.

⁴⁹⁶ O'TOOLE E.J., *op. cit.*, p. 10.

fini o nell'interesse di altri soggetti, i beneficiari o *cestuis que trust*, di cui potrebbe anche essere parte e che potrebbero agire per il rispetto del vincolo di *trust*⁴⁹⁷. Alternativamente il termine *trust* è stato interpretato come il riferimento alle obbligazioni in capo ad un soggetto, il *trustee*, relativamente alla proprietà di cui dispone e che deve amministrare secondo quanto previsto dal *trust* o, in assenza di specifiche previsioni, in linea con i principi dell'*Equity*⁴⁹⁸.

Il riferimento a questa figura ci permette di esaminare i soggetti del *trust*. Regolarmente distribuite su una pluralità di soggetti diversi, le stesse categorie possono accumularsi in capo ad un unico soggetto⁴⁹⁹.

Il disponente è colui che istituisce il *trust*, vincolando beni mobili e/o immobili, diritti reali e/o personali⁵⁰⁰. Usualmente il ruolo giuridico del disponente inizia e finisce al momento dell'istituzione del *trust*, salvo che l'atto istitutivo contenga disposizioni sul punto contrastanti⁵⁰¹. Tuttavia, la prassi restituisce come spesso il disponente desideri controllare come lavora il *trust* e verificare la correttezza dell'operato del *trustee*. A tal fine, il disponente può riservarsi un ruolo giuridico, inserendo espresse clausole a ciò dedicate nell'atto istitutivo del *trust*⁵⁰². Nel caso in cui non si sia premurato di fare ciò, il disponente può comunque realizzare lettere di desideri in cui esprime il proprio punto di vista sul futuro del *trust*, ma queste non obbligano mai il *trustee*⁵⁰³. Infatti, non hanno valore giuridicamente vincolante per il *trustee* che può prendere in considerazione i desideri, ma anche disattenderli⁵⁰⁴.

⁴⁹⁸ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Sixteenth Edition, Butterworths, 2003, p. 1; KEETON G.W., *op. cit.*, p.11.

⁴⁹⁹ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 89.

⁵⁰⁰ HAYTON D.J., *The Law of Trusts*, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, 2003, p. 129; MOJA A., *op. cit.*, p. 34.

⁵⁰¹ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 135; MOJA A., *op. cit.*, p. 35.

⁵⁰² HAYTON D.J., *op. loc.cit.*; MOJA A., *op. cit.*, p. 36.

⁵⁰³ LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 286; LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Seconda edizione ampliata, CEDAM, 2010, p. 169; LUPOI M., *I Trust nel Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile, I Diritti Reali-2*, diretto da SACCO R, UTET, 2004, p. 308.

⁵⁰⁴ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 136; MOJA A., *op. loc.cit.*

La seconda categoria di soggetti da analizzare è quella del *trustee*. Il *trustee* è l'unico dato ineludibile, non può mai mancare rispetto all'istituzione di un *trust*⁵⁰⁵. Vi sono, infatti, casi in cui un *trust* scaturisce non dalla volontà di un disponente, che non vi è, ma dalla legge o dalla pronuncia di un giudice. Allo stesso modo non ogni *trust* è volto nella direzione di soggetti beneficiari. Infatti, in alternativa è possibile dedicare il *trust* al raggiungimento di uno specifico scopo senza l'individuazione di beneficiari⁵⁰⁶.

Il *trustee* è il proprietario dei beni posti in *trust*. Tuttavia, l'intervento dell'*Equity* rende non pieno l'assetto proprietario di questo soggetto⁵⁰⁷. Infatti, il *trustee* è titolare di un ufficio per tutta la durata del *trust* da cui derivano specifici doveri indirizzati a vantaggio dei beneficiari o alla realizzazione di un determinato scopo. Il *trustee*, dunque, deve esercitare i poteri proprietari ricollegati alla sua posizione in modo da soddisfare gli obiettivi per cui il disponente ha istituito il *trust*, dotandolo di beni e risorse.

Per quanto riguarda i *trust* istituiti nell'interesse di uno o più soggetti, sorge la figura dei beneficiari del *trust*. In questi casi, di regola, dalla corretta gestione del *trustee* derivano dei benefici che il *trustee* deve distribuire in capo ai beneficiari, *cestuis que trust*.

Si distinguono due categorie di beneficiari: i beneficiari del reddito cui spettano i frutti prodotti dai beni del *trust* e i beneficiari finali del *trust* cui sono trasferiti i beni dello stesso al termine della durata⁵⁰⁸. Tale distinzione rileva perché alcuni diritti competono esclusivamente ai beneficiari finali e perché nel sistema anglosassone si impedisce un *trust* con durata infinita⁵⁰⁹. Inoltre, i beneficiari devono essere identificati o quantomeno identificabili sulla base dell'atto istitutivo del *trust* o in base a scelte successive⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ LUPOI M., *op. cit.*, p. 315.

⁵⁰⁶ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 91.

⁵⁰⁷ LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 287.

⁵⁰⁸ MOJA A., *op. cit.*, p. 44; LUPOI M., *I Trust nel Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile, I Diritti Reali-2*, diretto da SACCO R., UTET, 2004, p. 317.

⁵⁰⁹ Si tratta della c.d. *rules against perpetuities* che impedisce, da una parte, che il disponente mantenga uno stato di potere sui beneficiari troppo a lungo e, dall'altra, che i beni siano sottratti alle logiche del mercato.

⁵¹⁰ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 87; MOJA A., *op. cit.*, pp. 46-47.

Siccome i beneficiari non sono formalmente i proprietari dei beni del *trust fund* per tutta la durata del *trust*, ma hanno diritto al trasferimento della *trust property* dopo la scadenza del termine di durata dello stesso, sono definiti *beneficial* o *equitable owners*. In realtà, le nozioni di *beneficial* o *equitable property* non sono perfettamente coincidenti⁵¹¹. La distinzione consiste nel fatto che, mentre il *beneficial owner* farà propri i frutti dell'esercizio del potere inerente a quella posizione, l'*equitable owner* è colui che subentrerà nella posizione oggettiva del titolare⁵¹². Ad ogni modo, le due condizioni vengono a sommarsi nella figura del beneficiario e, dunque, in questa sede, utilizziamo i due termini in modo interscambiabile.

Quanto appena affermato conduce all'affermazione che il cuore del *trust* risieda nella possibilità di scindere la possibilità di disporre di un bene dal suo godimento⁵¹³. Nella dinamica del *trust*, infatti, la proprietà è in capo al *trustee*, ma sono i beneficiari a godere dei beni. In altre parole, il fondo in *trust* rientra nella sfera giuridica del *trustee*, ma il suo utilizzo è vincolato a favore dei beneficiari o per la realizzazione di un determinato scopo.

Ciò deriva dall'operare dell'*Equity* e dalla sua contrapposizione al *Common Law*, tipica conseguenza della duplicità di giurisdizione storicamente affermatasi nel Regno Unito⁵¹⁴. La coesistenza tra i sistemi comporta che elementi ritenuti irrilevanti da un complesso di norme abbiano, invece, conseguenze importanti nell'altro⁵¹⁵. L'*Equity*, infatti, interpreta gli stessi fenomeni sotto gli occhi del diritto comune, ma con lenti diverse⁵¹⁶.

⁵¹¹ LUPOI M., *op. cit.*, p. 24.

⁵¹² LUPOI M., *op. loc.cit.*

⁵¹³ MOJA A., *Il trust nel diritto civile e tributario*, Maggioli Editore, 2007, p. 31.

⁵¹⁴ SATURNO A., *op. cit.*, p. 116; ANELLI F., *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto, III, Effetti*, II ed. a cura di COSTANZA M., Giuffrè, 2023, p. 771.

⁵¹⁵ LUPOI M., *op. cit.*, p. 20.

⁵¹⁶ LUPOI M., *op. loc.cit.*

In ambito di *trust* ciò si riflette nello scarto indicato dalle formule inglesi *legal owner* ed *equitable* o *beneficial owner* che descrivono rispettivamente la posizione dominicale del *trustee* e dei beneficiari.

La prima è di più immediato apprezzamento, essendo ricollegata alla titolarità formale dei beni. Il *trustee*, infatti, è l'intestatario dei beni che il disponente ha conferito in *trust*, non essendo quest'ultimo un soggetto giuridico⁵¹⁷. Di conseguenza la formula *legal owner* individua tutti i poteri che normalmente competono al proprietario⁵¹⁸. La proprietà del *trustee*, infatti, è piena quanto al profilo della titolarità del diritto, ma è limitata nell'esercizio, come si rileva dalla considerazione dell'*equitable property*⁵¹⁹.

La seconda, invece, si pone al di fuori della teoria dei diritti reali e caratterizza i titolari effettivi dei beni e dei diritti vincolati in *trust*⁵²⁰. Il *beneficial owner* è colui che, cessato il *trust*, ha diritto a ricevere i beni e i diritti che compongono il *trust fund*. Per questo motivo, la sua posizione è corredata del potere di controllo sull'amministrazione dei beni in *trust*⁵²¹. D'altra parte, non tutti i *trust* prevedono l'esistenza di beneficiari. Quindi, potrebbero esservi situazioni in cui, accanto alla *legal ownership*, non esista la *beneficial ownership*.

Sulla base di tale differenziazione, la prima dottrina italiana che si è accostata allo studio del *trust* ha dato vita alla teoria dello sdoppiamento del diritto di proprietà⁵²². Secondo tale impostazione, con il *trust* si assiste allo sdoppiamento della proprietà originaria in due nuovi diritti di proprietà, contestuali e relativi al medesimo bene in capo a soggetti diversi⁵²³. Infatti, *trustee* e beneficiario si vedrebbero attribuire una proprietà distinta sui beni in *trust*, la signoria legale e quella equitativa⁵²⁴.

⁵¹⁷ RUSSO T.V., *Il trust in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, p. 132.

⁵¹⁸ BUSANI A., *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, Terza edizione, CEDAM, 2025, p. 351.

⁵¹⁹ ROTA F. e BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Seconda edizione, Giuffrè, 2012, p. 26.

⁵²⁰ BUSANI A., *op. loc.cit.*

⁵²¹ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 133.

⁵²² FRANCESCHELLI R., *Il trust nel diritto inglese*, CEDAM, 1935, p. 23.

⁵²³ FRANCESCHELLI R., *op. loc.cit.*

⁵²⁴ FRANCESCHELLI R., *op. cit.*, p. 29.

Ciò comporterebbe che le regolari prerogative del diritto di proprietà, le facoltà di disposizione e godimento verrebbero distribuite tra due soggetti nel senso che le prime sarebbero attribuite al *trustee* e le seconde al beneficiario⁵²⁵. Inoltre, le prerogative del *trustee* sarebbero funzionali rispetto ai diritti del beneficiario: il potere di disposizione è funzionale ad assicurare che il beneficiario goda dei suoi frutti. Così, il *trustee* sarebbe il proprietario legale, l'intestatario dei beni in *trust*, titolare del *trust fund* rispetto a cui esercita le facoltà proprie del titolare dei beni vincolati⁵²⁶. Parallelamente, i beneficiari sarebbero i titolari effettivi, sostanziali degli stessi beni e diritti⁵²⁷.

Questa ricostruzione si basa su un'errata trasposizione dei concetti di *legal* ed *equitable ownership* nel mondo del *Civil Law*. È, inoltre, ulteriormente supportata dalla scorretta interpretazione della posizione giuridica del beneficiario.

Questa impostazione, che distingue la proprietà di tipo formale da quella sostanziale, ha goduto di ampia fortuna nel panorama italiano, almeno fino alla ratifica della Convenzione dell'Aja⁵²⁸.

La teoria, infatti, è stata sconfessata dopo il 1985, anche grazie al crescente livello di approfondimento degli studi sul *trust*. Si è giunti, quindi, a ritenere che il *trust* sia fonte di un unico diritto di proprietà in capo al *trustee* e che la posizione del beneficiario abbia natura obbligatoria⁵²⁹. Il fatto che il diritto di seguito del diritto del beneficiario sia opponibile a terzi, non è sufficiente a qualificare la posizione giuridica come reale⁵³⁰. Infatti, il funzionamento dell'azione di *tracing* esperibile dal beneficiario a tutela del suo diritto sul *trust fund* non è configurato alla stregua di un'azione di rivendica, ma ciò è affrontato nella sede in cui si indagano le possibilità del beneficiario rispetto al comportamento del *trustee* lesivo della fiducia riposta in lui.

⁵²⁵ FRANCESCHELLI R., *op. cit.*, p. 33.

⁵²⁶ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 135.

⁵²⁷ BUSANI A., *op. cit.*, p. 352.

⁵²⁸ Tra gli altri, è stata sostenuta da Grassetti, Saturno e Gambaro, che muta opinione in un secondo momento; vd. BARTOLI S., *op. cit.*, p. 96.

⁵²⁹ LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, p. 975; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 99; BUSANI A., *op. loc.*, p. 353.

⁵³⁰ LUPOI M., *op. cit.*, p. 21; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 101.

Se il ruolo del *trustee* è di gestire le proprietà conferite in *trust* e distribuire i frutti della sua attività di amministrazione ai beneficiari, può sorgere la necessità di verificare la correttezza del suo comportamento. Come si vedrà più nel dettaglio nel prossimo paragrafo, ogni azione del *trustee* che non si basi su una previsione del *trust* o non sia autorizzata dalla legge dà luogo a una violazione del *trust*⁵³¹. In questi casi il *trustee* è responsabile tanto per la restituzione dei profitti indebiti quanto per le perdite⁵³². A tal riguardo i beneficiari si occupano di controllare la condotta del *trustee* ed eventualmente attivarsi quando agisse in violazione dei limiti previsti dal disponente⁵³³. Tale profilo rappresenta la capacità del *trust* di superare la debolezza che accompagna il concetto di contratto⁵³⁴. Infatti, fino al 1999, nel sistema inglese solo una delle parti può agire per far rispettare il programma contrattuale⁵³⁵.

L'analisi del rapporto tra *trustee* e beneficiari è alla base dell'introduzione di una nuova figura. Infatti, è possibile che esista una figura terza, sviluppatasi soprattutto nel contesto dei c.d. *offshore trust*, il guardiano, designato appositamente per assicurare il rispetto del programma fiduciario⁵³⁶. Oggi il guardiano può svolgere un'ampia serie di compiti dall'interpretazione delle intenzioni espresse dal disponente nelle lettere dei desideri, all'approvazione di investimenti, all'approvazione di anticipi di distribuzioni a vantaggio di alcuni beneficiari⁵³⁷. Dal punto di vista logico, il guardiano interferisce nella discrezionalità del *trustee* con diversi gradi di intensità, potendo anche giungere ad eliminarla⁵³⁸.

Dopo aver esaminato i soggetti del *trust* espresso, è necessario compiere alcune precisazioni di carattere generale. Il *trust* di diritto inglese si basa su alcuni pilastri fondamentali⁵³⁹. In primo luogo, il *trust* non è una persona legale e la *trust property* (o *trust fund*) è trasferita in capo a un *trustee*⁵⁴⁰. Il trasferimento non comporta la

⁵³¹ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 851. KEETON G.W., *op. cit.*, p. 343.

⁵³² HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 140.

⁵³³ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 156.

⁵³⁴ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 5.

⁵³⁵ Fino al *Contract Act* del 1999 che introduce la nozione di diritti dei terzi.

⁵³⁶ MOJA A., *op. cit.*, p. 50.

⁵³⁷ MOJA A., *op. cit.*, p. 52.

⁵³⁸ LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Seconda edizione ampliata, CEDAM, 2010, p. 142.

⁵³⁹ I fattori elencati nel prosieguo sono individuati da UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 36.

⁵⁴⁰ MOJA A., *op. cit.*, p. 32.

confusione tra i beni del *trustee* e la titolarità dei beni conferiti in *trust*, ma si produce l'effetto della segregazione patrimoniale⁵⁴¹. Ne consegue che i creditori del *trustee* non possono aggredire il fondo in *trust*, che l'eventuale fallimento del *trustee* non comporta effetti per i beni, che gli incrementi dei beni in *trust* non sono a vantaggio del *trustee*⁵⁴². I beni del *trust*, infatti, sono al salvo da ogni pretesa relativa ai beni del *trustee*, sia da parte dei creditori, sia da parte degli eredi. D'altra parte, i beni sono posti sotto il controllo del *trustee*, ma questo non può dirsi proprietario degli stessi secondo la nozione di proprietà tipica dei sistemi di *Civil Law* eredi del diritto romano.

Come già visto, i beneficiari sono titolari di una *equitable ownership*. L'aggettivo *equitable* colloca la posizione dei diritti al di fuori dal campo dei diritti reali⁵⁴³. La posizione giuridica dei beneficiari, quindi, si avvicina a quella di creditori del *trustee* caratterizzati da alcune peculiarità: in virtù della segregazione patrimoniale, il beneficiario gode di una tutela più forte di quella dei terzi. In effetti, i diritti del beneficiario rispetto ai fondi in *trust* hanno una duplice conformazione. In primo luogo, si articolano nel diritto di seguire i beni del fondo nelle mani del *trustee* o anche di terzi. In secondo luogo, il beneficiario ha il diritto anche di seguire i beni del fondo nelle loro trasformazioni⁵⁴⁴. Si parla, al proposito, di diritto di *tracing*⁵⁴⁵. Così, se il *trustee* liquidasse i beni del *trust* e utilizzasse il denaro ricavato dalla vendita per acquistare un'auto di lusso, i beneficiari potrebbero soddisfare le proprie pretese sull'auto. Al proposito si parla di declinazione *equitable* del diritto di *tracing*, visto che la connotazione di *Common Law* si riferisce alla rivendicazione dello specifico bene identificabile, anche quando trasformato⁵⁴⁶.

Inoltre, qualora acquisiti in violazione del programma del *trust*, anche i diritti dei terzi sono travolti dalle rivendicazioni dei beneficiari, a meno della presenza di buona fede. Al contrario, il disponente, non ha alcun potere per far valere il proprio

⁵⁴¹ GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato Iudica Zatti*, 2ª ed., Giuffrè, 2017, p. 490.

⁵⁴² LUPOI M., *op. cit.*, p. 9

⁵⁴³ LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Seconda edizione ampliata, CEDAM, 2010, p. 121.

⁵⁴⁴ LUPOI M., *op. ult. cit.*, p. 122.

⁵⁴⁵ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 169; LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 48.

⁵⁴⁶ LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, pp. 49-50.

trust, a meno che non sia egli stesso parte dei beneficiari o si sia riservato tale diritto in via eccezionale. D'altra parte, quando il disponente trasferisce i titoli legali al *trustee*, si deve spogliare di ogni interesse a favore dei beneficiari, a meno che non sia egli stesso parte della categoria, o dello scopo di beneficenza.

Tale rilievo ci permette di chiarire un dato relativo alle tre figure fondamentali coinvolte nella vita di un *trust*: usualmente il disponente, il *trustee* e il beneficiario sono soggetti differenti, ma non si può escludere che due qualità coesistano nella stessa figura. In effetti lo stesso *trustee* potrebbe rientrare nella categoria dei beneficiari e, quindi, essere egli stesso destinatario della ricchezza prodotta dalla corretta gestione dei beni in *trust*. Altrimenti egli deve rispettare le obbligazioni altruistiche fiduciarie che sorgono per legge, non potendo sfruttare la posizione di *trustee* a proprio vantaggio⁵⁴⁷. Inoltre, si dà anche il caso in cui il disponente si sdoppi e sia anche il *trustee*, trasferendo beni dalla propria mano destra a quella sinistra⁵⁴⁸. Così cessa di essere il proprietario *tout court* dei propri beni che diventano parte della *trust property*, assumendo il compito di amministrarli nell'interesse altrui⁵⁴⁹. Si tratta del c.d. *trust* autodichiarato. In questa configurazione del *trust*, non vi è alcun trasferimento di beni ad un *trustee* in quanto è lo stesso disponente ad assumere questa qualifica, apponendo un vincolo su propri beni⁵⁵⁰.

2.2 I doveri del *trustee* e le violazioni del *trust*

Esaminiamo i principali doveri in capo al *trustee* per soffermarci, poi, sulle conseguenze rispetto alle eventuali violazioni. Secondo la prospettiva che indaga i doveri ricollegati al *trustee*, si individua la posizione di «*non completo dominio*»⁵⁵¹ del *trustee* rispetto a beni o diritti a causa delle limitazioni imposte dall'*Equity*. Il *trustee*, infatti, è sottoposto alle limitazioni ricollegate all'integrale esercizio dei

⁵⁴⁷ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 5.

⁵⁴⁸ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 129.

⁵⁴⁹ LUPOI M., *Istituzioni al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 5.

⁵⁵⁰ ROTA F. e BIASINI G., *op. cit.*, p. 40.

⁵⁵¹ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 72

diritti connessi ai beni trasferitigli⁵⁵². I limiti derivanti dall'*Equity* compongono un fascio di obbligazioni e potestà dal carattere sia negativo sia positivo. Le stesse possono essere raccolte in due insiemi: *equitable duties* e *fiduciary duties*⁵⁵³.

È da ricondursi al primo caso il dovere del *trustee* alla gestione e al mantenimento dei diritti conferiti in *trust*: il *trustee* deve salvaguardare il valore dei beni conferiti in *trust*⁵⁵⁴. Non deve lasciare che quanto affidatogli perisca e non può disporre arbitrariamente della *trust property*. In questa direzione deve seguire quanto previsto dal disponente o, in assenza di disposizione, agire in vista dell'accrescimento di quanto affidatogli. Il *trustee*, inoltre, ha il dovere di investire i beni per aumentarne il valore⁵⁵⁵. Soprattutto quando siano stati nominati i beneficiari in vista della successiva distribuzione dei beni⁵⁵⁶. Tipicamente il potere del *trustee* in questo campo è pieno e, sulla base di quanto disposto nel *Trustee Act* del 2000, egli può compiere ogni investimento che potrebbe realizzare il proprietario⁵⁵⁷. Ovviamente, è tenuto a diligenza e prudenza. Inoltre, se il *trustee* sia un soggetto specializzato in investimenti, è possibile richiedere allo stesso il grado di perizia che è ragionevole aspettarsi da un professionista⁵⁵⁸. D'altra parte, quando si configuri un'ampia discrezionalità di tale soggetto, il disponente può recapitargli richieste non vincolanti circa l'esercizio della stessa. Si utilizza, in questo caso, il mezzo della lettera dei desideri. Come già visto in precedenza, la stessa può essere predisposta non solo rispetto agli investimenti, ma anche riguardo all'intera attività meramente gestionale.

Per quanto riguarda, invece, i *fiduciary duties*, in primo luogo il *trustee* ha il dovere di rispettare i termini del *trust* come configurati dal disponente, salve le eccezioni imposte dalla legge⁵⁵⁹. In effetti, ciò si interseca con il diritto base del beneficiario

⁵⁵² ROTA F. E BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Seconda edizione, Giuffrè, 2012, p. 61.

⁵⁵³ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 139; MOJA A., *op. cit.*, p. 38.

⁵⁵⁴ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 141; LUPOI M., *I Trust nel Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile, I Diritti Reali-2*, diretto da SACCO R., UTET, 2004, p. 300.

⁵⁵⁵ HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 142.

⁵⁵⁶ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, pp. 530 e ss.; KEETON G.W., *op. cit.*, p. 291 e ss..

⁵⁵⁷ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 252; HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 142.

⁵⁵⁸ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 572; KEETON G.W., *op. cit.*, p. 258; HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 141; MOJA A., *op. cit.*, p. 39.

⁵⁵⁹ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 494; LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Seconda edizione ampliata, CEDAM, 2010, p. 163.

a che il *trust* sia amministrato nel rispetto di quanto previsto nell'atto da cui è sorto. L'atto istitutivo è la guida di ogni comportamento del *trustee* e allontanarsi dai binari espone lo stesso a responsabilità⁵⁶⁰. Riguardo a tale profilo, la responsabilità del *trustee* è massima e i confini della sua azione sono stretti: non è rilevante l'elemento soggettivo di dolo o colpa e il *trustee* è responsabile anche quando convinto di aver agito nell'interesse del beneficiario.

Il *trustee* ha anche il dovere di evitare il verificarsi di conflitti di interesse tra la propria posizione personale e quella dei beneficiari nel cui interesse deve agire: «*A trustee may not profit from his trust*»⁵⁶¹. Si tratta di una specificazione dell'obbligo di *loyalty*, in forza del quale il *trustee* deve agire solo negli interessi dei beneficiari⁵⁶². Allo stesso tempo gli è richiesto anche di essere imparziale, mantenere un giusto equilibrio tra i vari beneficiari⁵⁶³. Deve, quindi, agire in modo imparziale, corretto e disinteressato. Ciò comporta che il *trustee* non debba mai favorire uno dei beneficiari alle spese del resto della categoria⁵⁶⁴. Tra l'altro, i beneficiari possono chiedere al *trustee* di rendere conto della propria azione⁵⁶⁵. Il *trustee*, infatti, ha il dovere di compiere una divulgazione tempestiva e corretta di tutte le informazioni relative al *trust* nei confronti dei beneficiari che lo richiedano. Tuttavia, il generale diritto dei beneficiari a visionare la documentazione relativa al *trust* si deve bilanciare con la confidenzialità commerciale e simili profili che richiedono la riservatezza massima. Per questo, può essere richiesto alle Corti di trovare l'equilibrio tra le opposte esigenze.

Il controllo del rispetto dei doveri del *trustee* è demandato ai beneficiari o ai guardiani e, nel caso di *trust* a scopi di beneficenza, la protezione del pubblico interesse giustifica l'intervento del procuratore generale o ai membri della Charity Commission⁵⁶⁶ di agire per il rispetto delle previsioni.

⁵⁶⁰ LUPOI M., *op. loc.cit.*

⁵⁶¹ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 310.

⁵⁶² LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 165; LUPOI M., *I Trust nel Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile, I Diritti Reali-2*, diretto da SACCO R, UTET, 2004, p. 300.

⁵⁶³ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 529.

⁵⁶⁴ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 270.

⁵⁶⁵ LUPOI M., *op. ult.cit.*, p. 164.

⁵⁶⁶ Ente governativo britannico che regola e supervisiona le organizzazioni non profit e di beneficenza.

Un errore ricorrente nell'approccio dei civilisti italiani al *trust* è ritenere che le limitazioni all'esercizio del diritto del *trustee* siano l'altra faccia della medaglia rispetto alla posizione giuridica dei beneficiari⁵⁶⁷. Anche se questi ultimi sono i destinatari delle utilità derivanti dal *trust*, ciò non implica che il *trustee* non abbia diritto di trarre quelle utilità, ma anzi è suo compito ottenerle, lasciando tuttavia che siano i beneficiari a goderne. Solo in questo modo si realizza lo scopo del disponente.

D'altra parte, l'articolazione dei doveri gravanti sul *trustee* è potenzialmente infinita quanto infinite le possibili sfaccettature della volontà del disponente, in grado di dare vita ad altrettanti infiniti *trust*. È, dunque, impossibile un'elencazione esaustiva. I doveri passati in rassegna, invero, sono quelli statisticamente più ricorrenti a causa della loro ampia portata. Senza indugiare su ulteriori profili dell'attività del *trustee*, si passa ad esaminare il profilo legato alla responsabilità dello stesso.

In generale, ogni qualvolta la condotta del *trustee* non sia autorizzata dai termini del *trust* o dalla legge, egli sta compiendo una violazione del *trust* ed è personalmente responsabile per ogni perdita che non si sarebbe verificata qualora non avesse violato i confini dei suoi poteri⁵⁶⁸. La responsabilità del *trustee* non viene meno qualora dalle violazioni dei suoi doveri non conseguano perdite: non si adotta la prospettiva della prognosi postuma, ma si considera la condotta *ex ante* per cui in ogni caso è venuta meno la fiducia nella futura condotta del *trustee*. Ciò non differenzia la posizione del *trustee* da quella di fiduciario o mandatario⁵⁶⁹. In effetti il vincolo del *trust* si basa sul fatto che il disponente riponga la propria fiducia sul *trustee* che se ne fa carico e si impegna a comportarsi lealmente nei confronti dei beneficiari. Su questa base, si deve restaurare il patrimonio in *trust* ogni volta che questo subisca delle variazioni a causa del comportamento scorretto, imprudente o doloso del *trustee*.

⁵⁶⁷ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 76.

⁵⁶⁸ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 851. KEETON G.W., *op. cit.*, p. 343.

⁵⁶⁹ SATURNO A., *op. cit.*, p. 109.

Tuttavia, la vera differenziazione rispetto a quanto accade in tema di negozio fiduciario, riguarda la possibilità per il beneficiario di avvalersi del *tracing remedy*⁵⁷⁰. Come anticipato, si tratta della possibilità di rivendicare la proprietà in natura o l'*exchange product*, ossia il profitto della vendita dell'originaria proprietà. In particolare, sulla base dei principi di *Equity*, il diritto di seguito del beneficiario è triplice⁵⁷¹. Si svolge in primo luogo nei confronti del *trustee* che si sia appropriato dei beni conferiti in *trust*. In secondo luogo, il beneficiario, sulla base di alcune condizioni, può seguire la proprietà persino nelle mani dei terzi. Infine, il diritto di seguito si espleta anche nei confronti degli altri beneficiari.

Rispetto alla prima casistica, il beneficiario può reclamare i beni conferiti in *trust* nei confronti del *trustee* a condizione che siano identificabili⁵⁷². Il requisito è soddisfatto agevolmente quando i beni restano distinti dalle altre proprietà del *trustee*, ma le difficoltà sono maggiori quando si confondano con il suo patrimonio⁵⁷³. Si pensi al caso in cui il *trustee* sottragga del denaro ai fondi conferiti in *trust* per appropriarsene. Per superare tale inconveniente, la giurisprudenza inglese ha individuato una presunzione: laddove un *trustee* trasferisca dei fondi monetari del *trust* nei propri conti, vi è una presunzione rispetto all'intenzione del *trustee* di commettere una violazione del *trust*⁵⁷⁴. Quindi, anche se vi fosse commistione tra il proprio denaro e quello distratto dal *trust*, sarebbe ugualmente esposto alle pretese dei beneficiari.

Inoltre, i beneficiari possono seguire beni conferiti in *trust* anche quando cambi la loro forma. È questo il caso in cui il denaro di un *trust* sia utilizzato dal *trustee* nell'ambito di investimenti o per acquistare del terreno.

Per quanto riguarda il diritto di seguito nei confronti di terzi, il diritto del beneficiario è sottoposto a tre condizioni: il terzo non deve avere ottenuto alcun titolo legale, non deve aver agito in buona fede e deve essere stato consapevole che la transazione fosse in violazione del *trust* prima del completamento del

⁵⁷⁰ SATURNO A., *op. cit.*, p. 110.

⁵⁷¹ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 359.

⁵⁷² UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 880.

⁵⁷³ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 885.

⁵⁷⁴ Re Hallett's Estate, 1880.

trasferimento dei beni⁵⁷⁵. Soltanto il titolo del *bona fide purchaser* a titolo oneroso è inattaccabile⁵⁷⁶. Quando non ricorrano queste condizioni, i diritti acquisiti dai terzi sono fatti salvi perché i principi di *Equity* non possono limitare la posizione giuridica di chi abbia agito senza aver contezza della violazione del *trust* in favore di quella del beneficiario.

Infine, il beneficiario ha diritto di seguito anche nei confronti di violazioni del *trust* avvenute a favore di altri beneficiari. La posizione di un beneficiario, infatti, potrebbe risultare compromessa qualora il *trustee* si ritrovasse ad aver distribuito i beni al beneficiario sbagliato o aver superato il confine della quota che gli sarebbe spettata. Il beneficiario la cui posizione sarebbe lesa potrebbe agire personalmente nei confronti del *trust* che poi avrebbe diritto di rivalsa nei confronti del beneficiario favorito; alternatively potrebbe agire direttamente contro quest'ultimo⁵⁷⁷.

Tradizionalmente, gli studiosi dei sistemi di *Civil Law* hanno interpretato il diritto di *tracing* come un diritto reale. Tuttavia, oggi si è affermata l'idea della natura obbligatoria di tale potere di reazione alle violazioni del *trustee*⁵⁷⁸. In primo luogo, infatti, la funzione dell'*Equity* è quella di rispondere alle esigenze non trattate dal *Common Law*, senza però sconfessarne i principi. Se è vero che «*Equity follows the law*», allora non avrebbe potuto dare vita a un nuovo diritto di proprietà in contrasto con quello di *Common Law*⁵⁷⁹. Inoltre, il beneficiario non ha sempre diritto all'attribuzione di rendite o beni del *trust fund*, ma può avere meramente diritto al corretto esercizio della discrezionalità attribuita al *trustee*. Infine, il *tracing* non può essere paragonato a una *rei vindicatio* in quanto mira al recupero non di una determinata *res*, ma del valore economico che rappresenta. Prova ne sia che il diritto del beneficiario si esplica anche quando la *res* originaria sia stata trasformata dal punto di vista economico, aggredendo, per esempio, il denaro ricavato dalla sua vendita⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 365.

⁵⁷⁶ SATURNO A., *op. cit.*, p. 111.

⁵⁷⁷ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 372.

⁵⁷⁸ LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, p. 975; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 99.

⁵⁷⁹ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 99; LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 40.

⁵⁸⁰ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 102.

Ad oggi la dottrina e la giurisprudenza hanno accolto la teoria della natura obbligatoria⁵⁸¹.

Le garanzie approntate rispetto al beneficiario rendono l'istituto del *trust* altamente appetibile. Infatti, la possibilità di una tutela che si espliciti anche sul piano reale rafforza il programma approntato dal disponente. Tuttavia, bisogna tener conto che tale disciplina supera solo parzialmente i punti di debolezza del negozio fiduciario. Nel negozio fiduciario, infatti, il fiduciante non ha alcun mezzo reale per tutelarsi dalle violazioni del fiduciario, ma neppure nel *trust* il disponente vanta mezzi di tutela per reagire alle violazioni del *trustee*. Infatti, nel *trust*, la fiducia non permea in maniera giuridicamente rilevante il rapporto tra disponente e *trustee* che «nasce e muore in un unico contesto»⁵⁸².

La fiducia è sicuramente l'origine del *trust* —all'origine dei motivi per cui un disponente sceglie un particolare *trustee* —, ma perde di rilevanza perché l'ordinamento giuridico la considera un semplice moto dell'animo privo di mezzi per reagire contro eventuali infedeltà rispetto al programma fiduciario. D'altra parte, è necessario rilevare che non tutti i tipi di *trust* prevedono dei beneficiari. I *trust* istituiti con fini caritatevoli, infatti, non sono indirizzati nell'interesse di alcun beneficiario specifico, ma della comunità in generale. Questo rilievo consente di apprezzare come la fiducia sia semplicemente un criterio valutativo dell'operato del *trustee*: si limita a individuare i confini dei suoi doveri e dei suoi poteri. In definitiva la fiducia è semplicemente il faro dell'attività del *trustee*: in presenza così come in assenza di beneficiari, la fiducia individua le azioni che il *trustee* può, deve o non deve compiere per il raggiungimento dello scopo del *trust*.

2.3 Il polimorfismo dei *trust*

Di fronte alla teorica possibilità di dare vita a un numero infinito di *trust*, la dottrina ha parlato di natura camaleontica del *trust* e ha individuato innumerevoli criteri per

⁵⁸¹ Vd. BARTOLI S., *op. cit.*, p. 103: autori come Graziadei, Alpa, Arrigo, Gambaro e, a titolo esemplificativo, Trib. Bologna 18/04/2000.

⁵⁸² LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 75..

procedere a una categorizzazione⁵⁸³. In questo paragrafo si dà conto delle linee classificatorie maggioritarie. La scelta di presentare alcune delle categorie che caratterizzano il *trust* nel sistema di origine risponde ad una specifica esigenza: dare l'idea del polimorfismo della figura in esame⁵⁸⁴. Infatti, per comprendere appieno il *trust*, è necessario entrare in contatto con la sua natura mutevole, capace di adattarsi alle più svariate esigenze della prassi. Proprio tale profilo è alla base della fortuna di questo istituto. D'altra parte, la multifunzionalità dell'istituto è un profilo non pienamente apprezzabile dal giurista di *Civil Law*, visto che gli approdi del *trust* nei nostri ordinamenti non presentano la stessa versatilità. Nondimeno, anche in Italia, la prassi ha dato vita a numerosi impieghi⁵⁸⁵. Sulla base delle molteplici finalità per cui può essere impiegato il *trust* si parla di negozio a causa variabile⁵⁸⁶.

Un elemento classificatorio molto comune contrappone il *trust* semplice al *trust* speciale⁵⁸⁷. Il *trust* semplice è il diretto erede dello *use*. Nel *trust* semplice, il beneficiario ha il diritto di disporre della proprietà in modo diretto (*ius habendi*) e inoltre può costringere il *trustee* a disporre dei beni secondo la propria volontà (*ius disponendi*). Invece, nel *trust* speciale il *trustee* deve soddisfare alcuni doveri. Usualmente consistono nel raccogliere le rendite e i profitti derivanti dai beni in *trust* e trasferirli al beneficiario.

Un'altra suddivisione fondamentale separa i *trust* che derivano dalla volontà delle parti da quelli che trovano origine in assenza di una decisione delle parti⁵⁸⁸. La prima categoria si suddivide a sua volta in *trust* espressi e *trust* impliciti⁵⁸⁹. Com'è facilmente immaginabile, i *trust* espliciti sorgono in seguito a un'espressa volontà del disponente in tale direzione. Al contrario, i *trust* impliciti si ricavano da un comportamento fattuale delle parti. Accanto alla categoria dei *trust* che derivano,

⁵⁸³ GVELESIANI I., *The Origin of the Trust. A Comparative Linguistics and Law Perspective*, Springer, 2024, p. 7.

⁵⁸⁴ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *Trust e crisi d'impresa*, IPSOA, 2013, p. 10.

⁵⁸⁵ TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 224 §51-ter. Si pensi, al proposto, ai *trust* familiari dove il vincolo fiduciario è volto al perseguimento degli interessi attinenti alla famiglia del disponente. Sono diffusi anche i *trust* istituiti dai genitori a favore dei figli minori. Esiste anche la pratica del c.d. *trust* liquidatorio in tema di soluzione della crisi di impresa. Il *trust* è stato impiegato altresì in materia successoria come alternativa al testamento. L'istituto vede, inoltre, una declinazione assistenziale.

⁵⁸⁶ ROTA F. e BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Seconda edizione, Giuffrè, 2012, p. 18.

⁵⁸⁷ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 30. UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 57.

⁵⁸⁸ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁸⁹ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 71.

esplicitamente o implicitamente, dalla volontà delle parti, esistono anche forme di *trust* che trovano la loro origine nel sistema legale, nelle regole di *Equity*, nelle pronunce delle corti o persino in previsioni positive.

Gli stessi *trust* espressi possono essere a loro volta suddivisi in *trust executed* ed *executory*⁵⁹⁰. Rispetto ai primi, dalla volontà del disponente si ricavano gli specifici compiti in capo al *trustee*, ma nel caso dei secondi il *trustee* agisce in modo più libero.

Ancora, una distinzione di primo rilievo riguarda le pretese dei beneficiari: *trust* fissi, misti o discrezionali⁵⁹¹. Nei *trust* fissi, le quote dovute a ciascun beneficiario sono predeterminate e il *trust* deve distribuire i beni in *trust* secondo tale programmazione. Avviene esattamente l'opposto nei *trust* discrezionali: il *trustee* non ha vincoli, ma agisce in modo discrezionale rispetto al *quantum* da distribuire a ciascun beneficiario e, persino, rispetto all'*an*.

Infine, bisogna tenere a mente anche la differenza tra *trust* pubblici e privati⁵⁹². Nel primo caso, beneficiario è, in generale, la società o almeno una porzione consistente del pubblico. In tale categoria rivestono un ruolo fondamentale i *trust* a fini di beneficenza. Al contrario, nel *trust* privato, sono individuati i soggetti che ne beneficeranno. Se in questo secondo caso i beneficiari possono agire perché le disposizioni del *trust* siano rispettate, nel caso del *trust* pubblico tale ruolo è svolto dal procuratore generale.

Tale rassegna di categorie non mira assolutamente ad essere esclusiva: la stessa figura del *trust* si lascia difficilmente imprigionare da categorie rigide e le singole applicazioni pratiche sfumano i confini rigidi dei modelli.

Ad ogni modo, ci permette di affrontare un tema sollevato da parte della dottrina che critica la traduzione della nozione di *trust* in termini di sostantivo singolare

⁵⁹⁰ KEETON G.W., *op. cit.*, p. 35. UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 66.

⁵⁹¹ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 64.

⁵⁹² KEETON G.W., *op. cit.*, p. 36.

siccome le applicazioni del *trust* anglosassone lo rendono una categoria complessa e di stampo plurale⁵⁹³.

È chiaro come non ogni idioma sia perfettamente adatto a veicolare ogni concetto e ciò si riflette, a maggior ragione, nell'ambito giuridico dove ciascun termine è il frutto di una precisa evoluzione nozionistica e terminologica. Infatti, i singoli termini giuridici nutrono e si nutrono di universi culturali e tecnici differenti. Non sorprende, dunque, che l'interprete di diritto italiano che si accosti alla definizione di *trust* incontri subito una prima barriera linguistica. In lingua inglese l'istituto in esame ha una connotazione plurale: non esiste il *trust*, ma un *trust* tra le molteplici configurazioni possibili dei *trusts*⁵⁹⁴. Nonostante a prima vista possa sembrare una questione secondaria, il diverso uso linguistico —lo scarto tra l'impiego del plurale o del singolare relativamente all'istituto del *trust*— comporta delle precise implicazioni⁵⁹⁵. Il plurale è funzionale a sottolineare il polimorfismo dell'istituto quale si rileva dalla prassi negoziale⁵⁹⁶. È ben possibile raggiungere un livello di astrazione tale da individuare una nozione di *trust* che tenga conto delle molteplici manifestazioni dell'istituto, ma ci si allontana irrimediabilmente dal dato pratico, scadendo nel generico e nell'ovvio. Si tratta, d'altra parte, della scelta compiuta dai redattori della Convenzione dell'Aja del 1985 da cui è nato il *trust* «amorfo» come approfondiremo nel seguito⁵⁹⁷.

Ad ogni modo, il diritto comparato si scontra con i limiti che affliggono gli esseri umani a partire dalla Torre di Babele per cui esistono dei termini in traducibili⁵⁹⁸. Il fenomeno, però, non deve essere esagerato e, persino in una materia così tecnica

⁵⁹³ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5.

⁵⁹⁴ Tale scarto linguistico si apprezza anche rispetto alle versioni ufficiali della Convenzione dell'Aja del 1985. Se la denominazione inglese evidenzia la polifunzionalità dell'istituto del *trust* già dal titolo, «*Convention on the Law applicable to trust and on their recognition*», la tradizione francese preferisce il riferimento a un singolo istituto unitario, «*Convention relative à loi applicable au trust et à sa reconnaissance*». Nel contesto italiano, benché la relativa versione della Convenzione dell'Aja presenti il plurale, usualmente si impiega il singolare.

⁵⁹⁵ LUPOI M., *Il trust amorfo*, in *Vita notarile*, 1995, p. 54; LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5.

⁵⁹⁶ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 10.

⁵⁹⁷ LUPOI M., *op. loc.cit.*, nota 16.

⁵⁹⁸ HAYTON D., *Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 Years*, *Journal of Private International Law*, 12(1), 2016, p. 7 dove l'Autore sottolinea i problemi linguistici che derivano dall'impiego di concetti come «*ownership of property, title to property and possession of property*».

come quella dei *trust*, è molto raro scontrarsi con l'intraducibilità dei termini. Inoltre, le difficoltà insite nella trasposizione di concetti giuridici propri di un sistema in un altro non devono portare l'interprete ad abdicare al proprio ruolo. La maggior parte delle volte decidere di non tradurre denota piuttosto ignoranza, non sapere, non poter fare apprendere⁵⁹⁹.

A monte di qualsiasi questione terminologica, la difficoltà massima rispetto al *trust* riguarda la traduzione di un istituto di origine e sviluppo giurisprudenziale nelle forme della legislazione positiva. Tale rilievo ha il compito fondamentale di allertare l'interprete circa l'applicazione di leggi proprie del sistema di origine allo studio di un istituto straniero. Tuttavia, è indubitabile che quando un istituto è accolto in un dato sistema, i connotati originari sfumano e l'incontro con la tradizione di arrivo dà vita a lineamenti parzialmente rinnovati. Nel nostro sistema, in particolare, si perde l'elevato grado di polifunzionalismo che caratterizza il *trust* di natura anglosassone e approda, perlopiù, una funzione gestoria-amministrativa dello strumento. Di qui la scelta di preferire l'impiego del termine *trust* al singolare, nella consapevolezza del parziale scostamento dal sistema di origine, ma nel tentativo di abbracciare la consistenza del fenomeno nell'ordinamento interno.

2.4 La fortuna del *trust*

A questo punto dell'analisi, ci si sofferma sulle qualità che rendono il *trust* una figura commercialmente appetibile. La chiave dell'attrazione esercitata dalla figura del *trust* è da ritrovarsi nella sua natura: il *trust* è un «*possente strumento di autonomia privata*»⁶⁰⁰ che permette di rivolgere questioni fondamentali sollevate dalla moderna economia. Essenzialmente il *trust* consiste in una relazione fiduciaria che riguarda la proprietà di alcuni beni, trasferiti al *trustee* perché li gestisca nell'interesse del beneficiario; il *trustee* è una persona fisica o legale, mentre il *trust* non possiede una propria personalità legale.

⁵⁹⁹ LUPOI M., *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰⁰ GAMBARO A., *op. cit.*, pp. 449 ss.

Questo scheletro essenziale permette di rilevare due principali ragioni che hanno fondato la fortuna di tale istituto⁶⁰¹. In primo luogo, il *trust* è una figura caratterizzata da estrema flessibilità: i suoi impieghi sono astrattamente infiniti. L'assenza di rigidi requisiti formali per l'operatività del *trust*, combinata alla possibilità di personalizzare l'istituto con un'ampia varietà di clausole, rendono il *trust* uno strumento in grado di raggiungere qualsiasi scopo negoziale⁶⁰². Si attestano forme di *trust* in ambito commerciale, di investimenti, successorio, di beneficenza, di protezione dei beni ... Il *trust* si propone come una figura capace di trasportare nella realtà legale le più svariate fantasie degli operatori giuridicoeconomici.

In secondo luogo, i beni del *trust* costituiscono un fondo separato dalla proprietà del *trustee*: i creditori e gli eredi di quest'ultimo non possono avanzare pretese rispetto ai beni del *trust* che sono gestiti nell'esclusivo interesse dei beneficiari o dello scopo da raggiungere. Gli stessi beneficiari sono titolari della *equitable ownership*. Sulla base di tale diritto, nel caso di violazioni del programma del *trust*, i beneficiari possono seguire i propri beni nelle mani di qualunque terzo acquirente non in buona fede. Proprio la formulazione di una tutela così solida a favore dei beneficiari è la chiave del successo di tale istituto.

Tali profili sono in grado di giustificare l'innegabile tendenza cui si assiste nell'esperienza giuridica contemporanea: la corsa verso il *trust* a cui non si sottrae alcun ordinamento⁶⁰³. Si deve sottolineare come il ricorso alle diverse esplicazioni concrete del *trust* avvenga specialmente sotto la spinta delle esigenze del mercato, in particolare quello finanziario, caratterizzato da un'intensa globalizzazione⁶⁰⁴. Anche il profilo dei problemi di gestione professionale della ricchezza, soprattutto mobiliare, spinge verso la figura del *trust*. D'altra parte, oggi è evidente che lo schema della fiducia abbia ceduto il passo e non abbia retto la competizione con lo schema del *trust*⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 39.

⁶⁰² UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰³ GAMBARO A., *op. cit.*, pp. 449 ss.

⁶⁰⁴ GAMBARO A., *op. cit.*, pp. 449 ss.; BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *Trust e crisi d'impresa*, IPSOA, 2013, p. 9.

⁶⁰⁵ GAMBARO A., *op. cit.*, pp. 449 ss.; SATURNO A., *op. cit.*, p. 98.

3. La Convenzione dell'Aja del 1985

L'ordinamento italiano riconosce effetti giuridici al *trust* a partire dalla ratifica della Convenzione dell'Aja con la L.364/1989 entrata in vigore il 1° gennaio 1992⁶⁰⁶.

La Convenzione dell'Aja nel 1989 reca, nel proprio titolo, una duplice declamatoria di intenti: individuare la legge regolatrice e permettere il riconoscimento dei *trust* nei paesi sottoscriventi⁶⁰⁷. Di qui un'anomalia nel diritto internazionale privato: il nucleo centrale della Convenzione non riguarda strettamente norme di conflitto, ma impone allo stato aderente di riconoscere un istituto giuridico straniero⁶⁰⁸. Per questo motivo, secondo alcuni interpreti, di conseguenza, la Convenzione contiene anche norme di diritto sostanziale uniforme⁶⁰⁹.

Inoltre, le divergenze esistenti nelle varie esperienze di *Common Law* relative al *trust* non hanno rilievo tale da giustificare l'intervento di un'apposita convenzione di diritto internazionale privato e gli ordinamenti che già contemplavano il *trust* non prevedevano ostacoli di sorta al riconoscimento di *trust* stranieri⁶¹⁰. Dunque, si può concludere che la Convenzione acquisisce rilevanza solo rispetto ai sistemi che non prevedono il *trust*⁶¹¹. In questa direzione, alcuni interpreti si sono detti delusi perché solo otto Stati non *trust* di *Civil Law* hanno ratificato la Convenzione⁶¹².

⁶⁰⁶ Si noti che l'Italia è stato il primo dei paesi non *trust* a ratificare la convenzione, a riprova della necessità di rispondere a importanti esigenze del mondo dell'economia.

⁶⁰⁷ «Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento»; LUPOI M., *op. cit.*, p. 125; MANES P., voce *Trust interni*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2013, pp. 769 ss.; LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 243.

⁶⁰⁸ MANES P., *op. cit.*, p. 769; GAMBARO A., *op. cit.*, p. 449 ss.; RUSSO T.V., *Il trust come strumento per disciplinare il passaggio generazionale e le dinamiche successorie*, in *I contratti*, n.4, 2024.

⁶⁰⁹ ANELLI F., *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto, III, Effetti*, II ed. a cura di COSTANZA M., Giuffrè, 2023, p. 781; BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 19. Vd. artt.2, 11 e 12. Il primo contiene la definizione del *trust* ai sensi della Convenzione dell'Aja, mentre il secondo e il terzo trattano rispettivamente il riconoscimento del *trust* straniero e la possibilità di registrarlo nei pubblici registri. *Contra* GAZZONI F., *op. cit.*, p. 990. Assume una via intermedia LUPOI M., *op. cit.*, p. 127 che nega la natura di diritto sostantivo uniforme della Convenzione. Lo stesso autore, però, ammette la necessità di apportare alcune correzioni all'idea che i suoi effetti si esplicino esclusivamente nei settori del diritto internazionale privato.

⁶¹⁰ GAMBARO A., *op. cit.*, pp. 449 ss

⁶¹¹ GAMBARO A., *op. loc.cit.*; TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *op. cit.*, p. 574 §337-bis

⁶¹² HAYTON D., *Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 Years*, *Journal of Private International Law*, 12(1), 2016, p. 2.

Le finalità della Convenzione dell'Aja del 1985, dunque, non attengono tanto al rapporto tra gli ordinamenti di *Common Law* e quelli di *Civil Law*, ma piuttosto mirano al raggiungimento degli interessi degli ordinamenti non civilistici al riconoscimento di un proprio istituto di fondamentale importanza⁶¹³. Questa affermazione deve essere parzialmente corretta alla luce del contenuto concreto della Convenzione dell'Aja che crea un modello internazionale di *trust* differente dal modello originale di *Common Law*, per cui oggi è possibile che un sistema *trust* si trovi a riconoscere un istituto che, secondo la propria normativa interna, non sarebbe un *trust*⁶¹⁴. La figura di *trust* individuata nel testo internazionalprivatistico non coincide esattamente con il *trust* degli ordinamenti di origine⁶¹⁵.

D'altra parte, non è pienamente corretto neppure affermare che l'effetto principale della Convenzione ha permesso ai *trust* di *Common Law* di operare al di fuori dalla tradizionale area. Infatti, la giurisprudenza di numerosi ordinamenti di *Civil Law*⁶¹⁶ si era già pronunciata favorevolmente al riconoscimento dei *trust* anglosassoni, anche se una Convenzione internazionale garantisce maggiore certezza rispetto alla giurisprudenza che può sempre cambiare o essere fraintesa⁶¹⁷.

3.1 La nozione di *trust ex art. 2*

I redattori della Convenzione si sono scontrati sin da subito con una difficoltà operativa: individuare il minimo comune denominatore tra i *trust* del sistema di *Common Law* e renderlo comprensibile ai giuristi dell'altra famiglia⁶¹⁸. La definizione che scaturisce dal tavolo convenzionale mette in luce questo fenomeno: la Convenzione adotta la terminologia più neutra possibile, anche allontanandosi da

⁶¹³ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5., p. 125.

⁶¹⁴ LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 243.

⁶¹⁵ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5., p. 126; GAMBARO A., *op. cit.*, p. 449 ss.

⁶¹⁶ LUPOI M., *o Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5., p. 125.

⁶¹⁷ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5., p. 126;

⁶¹⁸ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5., p. 128; LUPOI M., *The Civil Law Trust*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol.32-967, 1999, p. 979; HAYTON D., *op. cit.*, p. 4.

quella tipica del *trust* negli ordinamenti di provenienza per avvicinare istituti di origine civilistica con caratteristiche simili⁶¹⁹. Su questa base, gli interpreti sono soliti distinguere tra il «*modello inglese*» e il «*modello internazionale*»⁶²⁰.

Il risultato definitorio è condensato nella prima parte dell'art. 2 della Convenzione: «*Ai fini della presente Convenzione, per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente —con atto tra vivi o mortis causa — qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico*»⁶²¹. Alcuni autori sostengono che la voluta ampiezza della definizione sia da ricollegarsi al carattere di un atto normativo di diritto internazionale volto a risolvere i conflitti e non dettare una disciplina di diritto materiale⁶²². Inoltre, la neutralità definitoria consente di superare gli ostacoli relativi alla compatibilità di detto schema negoziale con gli ordinamenti di *Civil Law*⁶²³. Nei fatti, però, ne deriva un istituto «*amorfo*»⁶²⁴. La definizione convenzionale, infatti, pulisce la nozione di *trust* da tutti i suoi tratti tipici in favore di una visione più neutra, capace di ricomprendere una grande varietà di situazioni tanto di *Common Law* quanto di *Civil Law*⁶²⁵. Di conseguenza, si comprende una realtà più ampia del *trust* anglosassone, dando spazio anche a istituti analoghi tipici

⁶¹⁹ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 1014; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 95.

⁶²⁰ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 10; HAYTON D., *op. cit.*, p. 7.

⁶²¹ Il primo dato da notarsi è che il *trust* della Convenzione dell'Aja sorge necessariamente dalla volontà del disponente, da una dichiarazione unilaterale o un atto bilaterale. Si tratta di una differenziazione notevole rispetto a quanto previsto nella disciplina di *Common Law* che riconosce anche *trust* di fonte legale o giudiziaria. Vd. GAMBARO A., Voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, pp. 449 ss e LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 248. Peraltro, l'art. 20 contiene un meccanismo affidato alla volontà dei singoli stati contraenti: possono estendere la Convenzione anche a queste formule.

⁶²² RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 7.

⁶²³ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 16

⁶²⁴ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 72, p. 129; LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 245; LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 492; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 95; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 38.

⁶²⁵ LUPOI M., *op. cit.*, p. 134; MANES P., voce *Trust interni*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2013, pp. 769 ss.; SANTORO L. *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 101. La conseguenza travolge l'impianto della Convenzione stessa: non ha più senso distinguere tra gli ordinamenti giuridici che conoscono l'esistenza del *trust* e gli altri in quanto appartengono tutti alla prima categoria. *Contra* GAMBARO A., *Il trust in Italia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1216.

delle esperienze di *Civil Law*, anche quando non vi sia alcun trasferimento di proprietà o altro diritto reale⁶²⁶.

Ciò si scontra con la scelta fuorviante dell'intitolazione della Convenzione che decide di privilegiare il riferimento al *trust*, nonostante ne snaturi l'essenza e ne prenda le distanze⁶²⁷. Nonostante il *nomen iuris* impiegato farebbe pensare al *trust* di diritto inglese, si viene a creare una nuova categoria, il *trust* internazionale. Si pensi al portato dell'art. 3 che restringe l'ambito di applicazione della Convenzione ai soli *trust* volontari costituiti volontariamente e comprovati per iscritto. Si esclude, così, la casistica anglosassone dei *trust* impliciti, imposti giudizialmente o dalla legge⁶²⁸.

A riprova dell'insoddisfacente genericità definitoria, il *continuum* dell'art. 2 si assume il compito di esplicitare le caratteristiche del *trust*. In primo luogo, si specifica che i beni del *trust* costituiscono un patrimonio separato rispetto a quelli del *trustee*⁶²⁹. In secondo luogo, questi ha il potere e l'obbligo di amministrare, utilizzare e disporre dei beni conformemente alle disposizioni del *trust* e alle norme di legge. In aggiunta sono individuati due elementi «non [...] necessariamente incompatibil[i] con l'esistenza di un *trust*»: il costituente può mantenere alcuni diritti o poteri sui beni in *trust*; il *trustee* può anche essere beneficiario del *trust*. Tuttavia, neppure queste indicazioni rappresentano un sentiero sicuro per l'individuazione del *trust*: il giudice dello Stato in cui venga chiesto il riconoscimento di un rapporto giuridico retto da una legge straniera è privo di

⁶²⁶ Nella Relazione n.36 alla Convenzione dell'Aja si afferma esplicitamente: «L'art. 2 Vuole solo indicare le caratteristiche che deve presentare un istituto —che si tratti del *trust* di un paese di Common Law o di un'istituzione analoga in un altro Paese— per entrare nell'ambito della Convenzione»; LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 244.

⁶²⁷ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 39; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 97.

⁶²⁸ HAYTON D., *Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 Years*, *Journal of Private International Law*, 12(1), 2016, p. 9; SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 40.

⁶²⁹ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 22; BUONFRATE A., voce *Patrimonio destinato e separato*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2007, pp. 878 ss; PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, *Studio n. 305-2015/I*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, p. 2.

qualsiasi guida⁶³⁰. In effetti, l'art. 2 non è in grado di distinguere il *trust* da altre figure contigue.

Un esempio permette di chiarire: anche il rapporto che si instaura tra il cliente e una società di intermediazione immobiliare secondo il diritto italiano soddisfa i requisiti dell'art. 2⁶³¹. Infatti, la società di intermediazione immobiliare è titolare dei beni — che sono sotto il suo controllo, ma non nel suo patrimonio — li deve amministrare, utilizzare e disporne secondo quanto stipulato con il cliente e nel suo interesse.

3.2 La legge del *trust* e il riconoscimento

Si esaminano in questa sezione i due obiettivi principali della Convenzione dell'Aja del 1985 consistenti nell'individuazione della legge regolatrice della validità e dell'interpretazione del *trust* e nel suo riconoscimento negli ordinamenti non *trust*. La prospettiva adottata non è volta a un'analisi completa ed esaustiva, ma a porre in luce gli effetti che sono seguiti sul piano ordinamentale italiano.

Rispetto al primo punto, per determinare la legge che regola un *trust*, la Convenzione indica due principi: (a) la volontà del disponente, espressa o implicita e ricavabile dall'atto istitutivo del *trust*; (b) la legge con cui il *trust* intrattiene i rapporti più stretti in caso di inapplicabilità del punto (a)⁶³². Siccome nella moderna prassi negoziale il secondo criterio è perlopiù lettera morta, si può affermare che il principio fondamentale che informa l'intera costruzione è l'assoluta libertà di scelta della legge del *trust* da parte del disponente⁶³³.

La legge scelta dalle parti non deve necessariamente presentare un collegamento materiale con il *trust* e l'indicazione di un ordinamento differente dal foro è sufficiente a soddisfare il criterio di estraneità richiesto dalla Convenzione. Il

⁶³⁰ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 5., p. 130

⁶³¹ LUPOI M., *op. loc.cit.*

⁶³² LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 250.

⁶³³ LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 521; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 98; LUPOI M., *The Civil Law Trust*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol.32:967, 1999, p. 980; MANES P., voce *Trust interni*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2013, pp. 769 ss.

disponente deve solamente individuare la legge di uno stato che prevede l'istituto del *trust* senza alcuna limitazione⁶³⁴. Si tratta di una deviazione importante rispetto ai sistemi di origine: nonostante l'approccio dei sistemi di *Common Law* permetta al disponente di individuare la legge da applicarsi al *trust* istituito, nondimeno questi deve indirizzare la propria volontà rispetto a una legge che presenti elementi di connessione con il *trust*⁶³⁵. In materia di Convenzione dell'Aja, invece, l'elemento dell'estraneità è il solo presupposto di applicazione delle norme in esame. Solo nei casi in cui non vi sia stata una scelta esplicita da parte del disponente, il *trust* sarà regolato dal sistema con cui intrattiene i legami più stretti.

L'assoluta libertà di scelta del disponente comporta una conseguenza copernicana: se la scelta della legge del *trust* è rimessa al disponente senza alcuna limitazione, allora anche il cittadino di un ordinamento non *trust* può istituire un *trust* riconoscibile in tutti gli Stati aderenti alla Convenzione a patto di fondarlo sulla legge di un ordinamento che lo conosca⁶³⁶. Si approfondisce questo tema in relazione al dibattito sul *trust* interno.

In mancanza di una scelta da parte del disponente l'art. 7 afferma che si deve applicare al *trust* la legge con cui il *trust* intrattiene i legami più stretti. «*Per determinare la legge con la quale un trust ha più stretti legami, si tiene conto in particolare: a) del luogo di amministrazione del trust designato dal costituente; b) della situazione dei beni del trust; c) della residenza o sede degli affari del trustee; d) degli obiettivi del trust e dei luoghi dove dovranno essere realizzati*».

Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo è previsto in generale che quando un *trust* sia conforme al modello delineato nella Convenzione, ogni Stato debba riconoscerne l'operatività⁶³⁷. L'art. 11 Convenzione, elenca il contenuto minimo che deriva dal riconoscimento di qualsiasi *trust*⁶³⁸. In primo luogo, vi è segregazione patrimoniale dei beni in *trust*. In secondo luogo, si riconosce la

⁶³⁴ LUPOI M., *op. ult.cit.*, p. 981.

⁶³⁵ UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *op. cit.*, p. 1031.

⁶³⁶ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 141.

⁶³⁷ SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 98.

⁶³⁸ LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 250; LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 529.

legittimazione processuale del *trustee* rispetto ad ogni azione che coinvolga il *trust*. In terzo luogo, il *trustee* dispone anche della piena legittimazione negoziale.

Inoltre, l'art. 11 introduce una distinzione, trattando separatamente al co. 1 gli effetti che, in ogni caso, discendono dal riconoscimento e al co. 2 gli effetti che si riconoscono al *trust* «qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda»⁶³⁹.

4. L'ordinamento italiano e il *trust* interno

A differenza di altri ordinamenti, l'Italia non ha emanato una legge nazionale di portata generale per disciplinare il *trust* e per questo motivo la ratifica della Convenzione dell'Aja ha comportato un effetto peculiare nel nostro territorio⁶⁴⁰. «Base normativa fortemente malleabile»⁶⁴¹, la Convenzione non ha solo imposto all'Italia il riconoscimento dei *trust* stranieri, ma ha favorito anche l'insorgere di *trust* con profili di rilievo nazionale —locazione dei beni, residenza del disponente, del *trustee* e dei beneficiari, nazionalità degli stessi— che rientrano nell'ambito della fonte internazionale per il solo fatto di essere sottoposti a una legge straniera. Si tratta del fenomeno c.d. *trust* interno⁶⁴². Nonostante gli iniziali tentativi di resistenza, ad oggi il *trust* interno in Italia si è affermato, trovando supporto sia in autorevole dottrina sia nella giurisprudenza⁶⁴³.

⁶³⁹ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 70.

⁶⁴⁰ Si pensi al caso francese. Accusata di ritardo nella ratifica della Convenzione, non avendo ancora proceduto in questa direzione, prima di procedere a ciò la Francia si è dotata di una disciplina interna in tema di fiducia; vd. SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 93, nota 4.

⁶⁴¹ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 14; LUPOI M., *The Civil Law Trust*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol.32:967, 1999, p. 980.

⁶⁴² LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, p. 976; LUPOI M., *Introduzione ai trusts*, Giuffrè, 1994, pp. 148 ss; LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 268; LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 546.

⁶⁴³ GAMBARO A., *Voce Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, pp. 449 ss.; MANES P., *op. loc.cit.*; PETRELLI G., *Trust interno*, Art. 2645 *ter c.c.* e «*Trust Italiano*», in *Rivista di diritto civile*, vol.1, 2016; BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 10; PANZANI L., *L'opponibilità del conferimento dei beni in trust nella liquidazione giudiziale*, in *Procedure concorsuali e crisi di impresa*, n.2, IPSOA, 2026, p. 51; BARTOLI S. e MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, UTET, 2017, p. 3; BARTOLI S., GRAZIADEI M., MURITANO S., RISSO L.F., *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007; Trib. Genova 01/04/2008; Trib.Pordenone 20/12/2005; Trib.Mondovì, 16/06/2005; Cass. Civ. 19/05/2014, n.10105; Cass. Civ., 10/02/2020, n.3127.

D'altra parte, lo stesso art. 6 della Convenzione, relativo all'individuazione della legge applicabile non impone alcun limite alla libera scelta del disponente: non è richiesto alcun elemento di internazionalità⁶⁴⁴. Ciò sembra confermato dalla stessa dinamica che ha condotto all'adozione di questa formulazione. Infatti, durante i lavori preparatori viene considerata l'ipotesi di introdurre una clausola per limitare l'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja a *trust* con elementi di internazionali. La scelta di espungere tale elemento conferma il principio alla base dell'art. 6: la piena libertà di scelta in capo al disponente⁶⁴⁵.

Particolare attenzione può essere rivolta alla sentenza della Corte di Cassazione del 19 aprile 2018, n.9637. La Cassazione ritiene che la ratifica della Convenzione dell'Aja abbia «*dato cittadinanza*» nel nostro ordinamento al *trust*, rendendolo un istituto tipico⁶⁴⁶.

Tale tesi sembra triplicemente confermata sul piano positivo: dall'introduzione della disciplina tributaria del 2006 in tema di tassazione dei redditi prodotti dai *trust* in Italia⁶⁴⁷, dall'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. nel 2005 —che permette la trascrizione di atti di destinazione di beni assimilabili a quelli di un *trust*⁶⁴⁸— e dalla l.112 del 22 giugno 2016 (c.d. legge sul dopo di noi) —che ha espressamente dedicato lo strumento del *trust* alla tutela di persone affette da disabilità grave.

Esaminiamo più nel dettaglio le conseguenze dell'art. 2645-ter che introdurrebbe una figura dal respiro generale⁶⁴⁹. Si consideri che le maggiori difficoltà sistematiche all'accoglimento del *trust* nell'ordinamento italiano sorgono, non solo rispetto al tema del *numerus clausus* dei diritti reali come visto in tema di negozio

⁶⁴⁴ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 56.

⁶⁴⁵ SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 56.

⁶⁴⁶ Cass. Civ. 19/04/2018, n.9637. A p. 7 si legge: «*la valutazione (astratta) della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore. La legge 16 ottobre 1989, n. 364 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Ala il 10luglio 1985), infatti, riconoscendo piena validità alla citata convenzione dell'Aja, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto in oggetto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dal citato art. 1322 cod. civ.*».

⁶⁴⁷ Testo Unico delle imposte sui redditi d.p. r. 917/1986 in seguito alla modifica operata dalla l.96/2006.

⁶⁴⁸ TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *op. cit.*, p. 574 §337-ter; DE NOVA G., *op. cit.*, pp. 15 ss.

⁶⁴⁹ BUONFRATE A., voce *Patrimonio destinato e separato*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2007, pp. 878 ss.; DE NOVA G., voce *Contratto alieno*, in *Dig.disc.priv.*, 2009, pp. 15 ss.

fiduciario, ma soprattutto rispetto al rapporto con l'art. 2740 c.c. e alla possibilità di derogare al principio generale della responsabilità patrimoniale solo sulla base di un'espressa previsione di legge⁶⁵⁰. Tuttavia, si ritiene che l'intervento del 2005, come sopra anticipato, benedendo l'atto di destinazione a fini meritevoli, abbia aperto le porte al *trust* interno⁶⁵¹.

Con la riforma del 2005, il legislatore interviene in tema di pubblicità per introdurre anche una norma sulla fattispecie, benché non corredata di un'indicazione completa degli elementi identificativi del fatto giuridico e della disciplina⁶⁵². Alcuni autori parlano al proposito di «*trust di diritto italiano*»⁶⁵³. In effetti, nell'art. 2645-ter si riscontra il contenuto minimo del *trust* come enucleato dal già ricordato art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1985: ricorre l'effetto di separazione patrimoniale, l'oggettiva funzionalizzazione dei beni a un determinato scopo, la conseguente opponibilità ai terzi, il dovere di amministrazione in capo al gestore⁶⁵⁴.

Seguendo questa impostazione, tale figura, che trova il nucleo della disciplina all'art. 2645-ter e un completamento in altre norme del codice civile, «è certamente un *trust*, nel senso fatto proprio dalla Convenzione dell'Aja, [...] applicabile anche quando i criteri di collegamento [...] conducano all'ordinamento italiano», rendendo di fatto l'Italia un «*trust country*»⁶⁵⁵. Per altri autori, invece, con l'art. 2645-ter si introduce solo un «*frammento di trust*», formula che denota una mancanza della completezza di regolamentazione⁶⁵⁶.

Anche volendo restare più cauti, la disciplina dell'art. 2645-ter cancella ogni dubbio sulla legittimità delle operazioni di autonomia privata che creano vincoli di

⁶⁵⁰ Art. 2740, co. 2 come indicato in LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 269; BARTOLI S., GRAZIADEI M., MURITANO S., RISSO L.F., *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007, p. 35

⁶⁵¹ DE NOVA G., *op. loc.cit.*; BUONFRATE A., *op. ult.cit.* *Contra* Bonilini G. e CONFORTINI M., *Codice Civile commentato*, III edizione, UTET, 2009, p. 6543.

⁶⁵² CIAN G. e TRABUCCHI A., *Art. 2645-ter*, in *Commentario breve al codice civile*, XVI edizione, CEDAM, 2024, p. 3435.

⁶⁵³ PETRELLI G., *Trust interno, Art. 2645 ter c.c. e «Trust Italiano»*, in *Rivista di diritto civile*, vol.1, 2016, p. 180.

⁶⁵⁴ PETRELLI G., *op. loc.cit.*

⁶⁵⁵ PETRELLI G., *op. cit.*, p. 184; Cass. Civ., ord., 12/02/2026, n. 3176.

⁶⁵⁶ LUPOI M., *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, pp. 169 ss.

destinazione di beni a uno scopo opponibili ai terzi⁶⁵⁷. Infatti, l'intervento legislativo permette di superare il maggior ostacolo: la riserva di legge introdotta all'art. 2740, co. 2 in tema di eccezioni alla responsabilità patrimoniale piena⁶⁵⁸. In questa direzione, è stato osservato che il sistema delle limitazioni della responsabilità patrimoniale e di graduazione dei creditori sta progressivamente arretrando a vantaggio dell'autonomia privata⁶⁵⁹. In altre parole, l'art. 2645-ter c.c. ha aperto alla possibilità per l'autonomia di destinare beni ai più disparati scopi con il limite della meritevolezza degli interessi nel singolo caso concreto⁶⁶⁰.

In tema di *trust* interno è fondamentale rilevare anche i limiti che l'ordinamento italiano può opporre al riconoscimento del *trust*⁶⁶¹. Riconoscendo l'esistenza di una serie di interessi contrapposti a quelli che giustificano l'istituzione di un *trust*, è la stessa Convenzione dell'Aja che si premura di disciplinare un serie di norme di salvaguardia. Le stesse si riferiscono a materie particolarmente delicate in cui la necessaria tutela dei soggetti coinvolti non permette di imporre il riconoscimento di un *trust ex art. 2*. In quei casi la *lex fori* non può essere derogata ad opera della fonte internazionalprivatistica⁶⁶².

In primo luogo, all'art. 15 si individua un'area franca legata alle norme inderogabili: non si ostacola l'applicazione delle disposizioni che non possono essere derivate da una manifestazione di volontà privata. Segue, poi, un'elencazione meramente esemplificativa di materie accomunate dal carattere dell'imperatività. Proprio il rispetto delle norme imperative rappresenta uno degli ostacoli principali all'applicazione del *trust* in Italia⁶⁶³. Tuttavia, in presenza di un *trust* interno non è del tutto corretto parlare di riconoscimento, trattandosi piuttosto di un giudizio di validità. La nozione riconoscimento, infatti, si fonda sull'esistenza

⁶⁵⁷ CIAN G. e TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 3436; BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 23.

⁶⁵⁸ CIAN G. e TRABUCCHI A., *op. loc.cit.*

⁶⁵⁹ D'ARRIGO C., *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in *La crisi d'impresa; questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Casa Editrice dott. Antonio Milani, 2010, p. 452.

⁶⁶⁰ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 23.

⁶⁶¹ LUPOI M., *Trust in Italia... Tra passato, presente e futuro*, UTET, 2017, p. 39; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 637.

⁶⁶² BARTOLI S., GRAZIADEI M., MURITANO S., RISSO L.F., *op. cit.*, p. 35.

⁶⁶³ LUPOI M., *op. loc.cit.*

di elementi internazionali che caratterizzano la fattispecie, ma nel caso del *trust* interno essi si limitano alla mera scelta della legge regolatrice⁶⁶⁴.

In particolare, è prevista un'elencazione esemplificativa di materie in cui, tra le altre, figurano: a) la protezione di minori e di incapaci, c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima, e) la protezione dei creditori in casi di insolvenza. Proprio tali tre profili sono al centro delle indagini dei prossimi paragrafi per sondare la tenuta del sistema di fronte al *trust* interno in quelle materie.

Anche l'art. 16 contiene un limite al riconoscimento del *trust*. Si parla al proposito di norme di applicazione necessaria, norme che devono essere applicate indipendentemente a qualsiasi situazione, anche internazionale⁶⁶⁵. Il riconoscimento del *trust* non può contrastare le norme inderogabili che operano come scudo preventivo all'applicazione del diritto internazionale e devono essere osservate da chiunque si trovi sul territorio nazionale per garantire la tenuta del sistema stesso⁶⁶⁶. Infine, il rispetto dell'ordine pubblico è garantito dall'art. 18 della Convenzione.

Il *trust* deve anche superare il vaglio della meritevolezza degli interessi perseguiti per non essere dichiarato nullo o inefficace⁶⁶⁷. Se dopo la ratifica della Convenzione dell'Aja non è più necessario valutare la liceità del tipo contrattuale che è stata ritenuta meritevole a monte, comunque la natura duttile dello strumento richiede una verifica della causa in concreto⁶⁶⁸. Inoltre, il *trust* deve rispettare gli artt. 1343-1345 c.c.: non deve essere contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, non deve conseguire un effetto altrimenti vietato dalla legge e non deve essere illecito. Il *trust* interno, dunque, pur essendo ampiamente consolidato nell'ordinamento italiano, deve muoversi all'interno di questa cornice normativa.

⁶⁶⁴ LUPOI M., *op. loc.cit.*

⁶⁶⁵ ZIINO S., *op. cit.*, p. 120. In particolare, l'Autore svolge tali riflessioni in occasione dell'analisi dell'impiego del *trust* in tema di crisi dell'impresa. Nondimeno, le riflessioni svolte in quella sede possono essere generalizzate fino a ricomprendere l'intera disciplina del *trust* interno.

⁶⁶⁶ ZIINO S., *Trust e procedure concorsuali*, in *Trust in Italia... Tra passato, presente e futuro* (a cura di LUPOI M.), UTET, 2017, p. 120.

⁶⁶⁷ ZIINO S., *op. cit.*, p. 121.

⁶⁶⁸ ZIINO S., *op. cit.*, p. 122.

Per altro verso, nell'ordinamento italiano ci si è domandati come tutelare il beneficiario nel caso di *breach of trust*⁶⁶⁹. Parte della dottrina ha ragionato in termini di annullamento dell'atto dispositivo stipulato dal *trustee* in conflitto di interessi; altri interpreti hanno parlato di risarcimento in forma specifica; altri hanno ritenuto proponibile l'esperimento dell'azione revocatoria; infine, l'opponibilità diretta è stata considerata un rimedio preferibile perché consente di recuperare il bene nel patrimonio vincolato in *trust* pur rispettando le regole in materia di tutela del terzo acquirente di buona fede⁶⁷⁰.

Infine, vale la pena ricordare che, nel corso dei lavori preparatori era stata vagliata una versione dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja che prevedeva la possibilità per gli Stati di non riconoscere un *trust* istituito da un disponente sulla base di una legge straniera, nonostante tutti gli altri elementi fossero ubicati in tale Stato. Aver accantonato tale formulazione non può che indicare una presa di distanza dal contenuto che veicolava⁶⁷¹.

4.1 Il *trust* interno e l'incapacità

Il sistema di protezione dei deboli è stato oggetto di importanti innovazioni normative negli ultimi decenni e di altrettanti studi dottrinali; inoltre l'attenzione per la tematica della tutela dei vulnerabili si è intersecata anche con gli studi in tema di *trust*. Prima di scendere nel dettaglio della figura, è necessario inquadrare il fenomeno dell'incapacità.

La materia della capacità è trattata nei primi articoli del c.c. dove è inserita una distinzione fondamentale tra capacità giuridica, all'art. 1 e capacità di agire all'art. 2. La capacità giuridica è l'attitudine a essere titolari di diritti e di doveri ed è riconosciuta ad ogni essere umano in modo pieno a partire dal momento della nascita. La capacità di agire, invece, è l'attitudine del soggetto a porre in essere atti

⁶⁶⁹ GRUPPUSO M.C., *Interesse dell'impresa e interesse dei legittimari negli atti di liberalità. Uno studio su patto di famiglia e trust per la trasmissione dell'impresa*, Giappichelli, 2026, p. 107.

⁶⁷⁰ GRUPPUSO M.C., *op. loc.cit.*, p. 108.

⁶⁷¹ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 597.

idonei a incidere sulla propria sfera giuridica e si acquista con il raggiungimento della maggiore età, al compimento del diciottesimo anno.

Il legislatore ha, però, previsto delle situazioni in cui la necessità di proteggere un soggetto, seppure con un'impostazione di tipo paternalistico, o proteggere i terzi che venissero in contatto con lo stesso, comportano la limitazione o l'esclusione della sua capacità di agire, nonostante la maggiore età. Così, la capacità d'agire, a prescindere dall'età anagrafica, è esclusa, parzialmente o totalmente, per i soggetti nei confronti dei quali sia stata pronunciata una sentenza di interdizione o inabilitazione o sia stato emesso un decreto di nomina di un amministratore di sostegno. La capacità d'agire è necessaria per porre in essere atti negoziali validi, mentre sono annullabili quelli compiuti dal soggetto privo della stessa.

L'impianto codicistico originario prevede due sole forme di incapacità: interdizione e inabilitazione⁶⁷². Tuttavia, il modo in cui la società si rapporta all'incapacità è mutato profondamente e tale evoluzione si è riflessa anche nel mondo del diritto. In particolare, questo fenomeno sociale ha portato ad un ripensamento del sistema che trovato esito nella l.6/2004. L'intervento legislativo contiene una dichiarazione di intenti all'art. 1 che permette di inquadrare le novità introdotte⁶⁷³: *«tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana»*. Tale intervento normativo ha portato all'introduzione dell'amministrazione di sostegno, istituto che viene in considerazione rispetto ai soggetti impossibilitati, in modo totale o parziale, a compiere *«gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana»*⁶⁷⁴.

Si tratta di una nuova forma di protezione del soggetto debole che non possa provvedere ai propri interessi in modo autonomo. A differenza di quanto accade in materia di interdizione e inabilitazione, l'amministrazione si propone prioritariamente di conservare la capacità di agire dell'amministrato, affiancando una figura di sostegno i cui poteri siano calibrati volta per volta sulle concrete

⁶⁷² GAZZONI F., *op. cit.*, p. 137.

⁶⁷³ CIAN G., e TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 458; MOJA A., *op. cit.*, p. 211.

⁶⁷⁴ Art. 409, co. 2 c.c..

esigenze del singolo caso⁶⁷⁵. Dunque, mentre interdizione e inabilitazione sono misure ablative statiche che si fondano su presupposti legali predefiniti con conseguenze predeterminate, invece l'amministrazione di sostegno è caratterizzata da flessibilità e dinamismo.

La riforma del 2004 comporta una rivoluzione copernicana, il ribaltamento della prospettiva: il beneficiario conserva la piena capacità di agire per tutti gli atti per cui il giudice non impone l'intervento dell'amministratore di sostegno a pena di annullabilità⁶⁷⁶. Si ricorre alla compressione della capacità dell'assistito solo per atti specificamente individuati dal provvedimento del giudice, restando pienamente capace per tutto il resto⁶⁷⁷. Nell'amministrazione di sostegno, inoltre, aumenta l'influenza del beneficiario rispetto all'individuazione dell'amministratore di sostegno. Infatti, nel momento in cui sia perfettamente capace, può esprimere la propria preferenza rispetto al soggetto che assumerà il ruolo di amministratore di sostegno con atto pubblico o scrittura privata autenticata in previsione della futura incapacità⁶⁷⁸. L'amministratore di sostegno, comunque, sarà nominato dal giudice tutelare, ma l'audizione personale dell'interessato da parte del giudice è una fase centrale: la richiesta di nominare ad amministratore un determinato soggetto rappresenta il criterio preferenziale da seguire⁶⁷⁹.

L'introduzione di questo istituto, quindi, ha il merito di superare definitivamente la dicotomia capacità-incapacità, in vista di una più adeguata protezione del soggetto vulnerabile⁶⁸⁰. Inoltre, dall'impianto riformato risulta il carattere residuale di interdizione e inabilitazione rispetto alle altre misure previste⁶⁸¹. Divenute un'*extrema ratio*, in generale vi si ricorre solo quando non siano sufficienti gli altri strumenti e comunque quando siano indispensabili per assicurare all'interessato una protezione adeguata⁶⁸².

⁶⁷⁵ MOJA A., *op. cit.*, p. 211.

⁶⁷⁶ GAZZONI F., *op. cit.*, p. 139.

⁶⁷⁷ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 300.

⁶⁷⁸ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 496; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 301.

⁶⁷⁹ TORRENTE A., SCHLESINGER P. e ANELLI F., *op. cit.*, p. 90 §52.

⁶⁸⁰ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 299.

⁶⁸¹ MOJA A., *op. cit.*, p. 215.

⁶⁸² DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 494; DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 505; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 301; CIPRIANI G. e TRABUCHI A., *op. cit.*, p. 459.

Si aprono, quindi ampi spazi per l'amministrazione di sostegno, quanto a beneficiari potenziali e presupposti concreti. In particolare, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno non deve essere distinto da interdizione e inabilitazione rispetto alla minor intensità del grado di infermità o impossibilità di attendere i propri interessi, ma alla maggiore capacità dello strumento di adeguarsi alle esigenze del soggetto debole in relazione alla maggiore flessibilità e adattabilità al caso concreto⁶⁸³. Infatti, i suoi effetti non sono predeterminati dalla legge, ma individuati dal giudice tutelare nel caso concreto, spaziando tra un'amministrazione sostitutiva o di assistenza⁶⁸⁴. D'altra parte, l'amministrazione di sostegno non ha una portata esclusivamente rivolta alla tutela degli interessi patrimoniali, ma può riguardare anche la soddisfazione di bisogni di ordine non patrimoniale⁶⁸⁵. Oggi l'amministrazione di sostegno è considerata strumento ordinario per la protezione dei soggetti vulnerabili, soprattutto quando gli stessi risultino inseriti in una rete familiare e sociale attenta e vigile⁶⁸⁶.

Da ultimo, con la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con disabilità nel 2009, il panorama della protezione della vulnerabilità è profondamente mutato⁶⁸⁷. In primo luogo, si propone un modello di tutela dell'incapace fondato sulla dignità della persona che impone di abbandonare il precedente modello di sostituzione nell'assunzione delle decisioni per sostituirlo con un sistema di sostegno al soggetto la cui capacità sia limitata⁶⁸⁸. L'art. 12 del testo obbliga gli Stati a riconoscere l'autonomia delle persone con disabilità in tema di sostegno di fonte volontaria, valorizzando la volontà della persona per l'individuazione dell'assetto protettivo più idoneo alle proprie esigenze⁶⁸⁹.

⁶⁸³ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 495.

⁶⁸⁴ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 496.

⁶⁸⁵ CIAN G. e TRABUCHI A., *op. cit.*, p. 460.

⁶⁸⁶ Trib. Trieste, 05/10/2006; Trib. Milano, 04/02/2008; Trib. Messina, 13/03/2007.

⁶⁸⁷ L. 03/03/2009, n. 18.

⁶⁸⁸ LENZI R., *Il ruolo dell'autonomia privata nel nuovo sistema di protezione degli adulti vulnerabili*, in *Supplemento digitale NCC*, n.6, 2024, p. 97.

⁶⁸⁹ LENZI R., *op. cit.*, p.97.

In quest'ambito è stata suggerita l'opportunità di impiegare il *trust* in favore di soggetti totalmente o parzialmente privati della capacità di agire⁶⁹⁰. In effetti, soprattutto in relazione alle disposizioni di natura patrimoniale, un *trust* redatto con attenzione quanto all'indicazione dei poteri del *trustee* è uno strumento efficace per assicurare la cura della persona non capace in senso assoluto o parziale⁶⁹¹. Tale riflessione è sorta sulla base delle critiche mosse agli istituti di interdizione e inabilitazione, strumenti di protezione dell'incapacità ritenuti troppo rigidi rispetto a vicende che incidono particolarmente nella sfera giuridica del soggetto⁶⁹². Le stesse critiche, come già sottolineato, hanno trovato una prima risposta parziale nella riforma del 2004 che ha modificato alcune disposizioni del sistema previgente e ha introdotto la nuova figura dell'amministratore di sostegno⁶⁹³.

L'impiego del *trust* è pienamente coerente con lo spirito della riforma che valorizza l'autodeterminazione del soggetto debole, adattandosi alle diverse e graduali sfumature di incapacità⁶⁹⁴. Infatti, accanto alle misure legali di protezione dei soggetti deboli appena considerate, il nostro ordinamento può contare anche sull'istituzione del *trust* in favore dei soggetti deboli.

I vantaggi del ricorso al *trust* sono innumerevoli. In primo luogo, il procedimento è molto più semplice e snello rispetto all'attivazione di una misura istituzionale che implichi il ricorso all'attività giudiziale e la sottoposizione a uno specifico regime di pubblicità che impone l'annotazione del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno non solo nel registro a ciò dedicato, ma anche a margine dell'atto di nascita del beneficiario e infine nel casellario giudiziale⁶⁹⁵. Inoltre, nella disciplina legale, la tutela dell'incapace è basata sul sistema dell'autorizzazione atto per atto, venendo a mancare una visione complessiva e programmatica della gestione; questo profilo può essere invece valorizzato nel *trust*⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ DI LANDRO A.C., *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione e atti di destinazione e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.5, 2009, pp. 493 ss.; CIPRIANI G., *L'amministrazione di sostegno e il trust interno*, in NGCC, Parte seconda, 2006, pp. 299 ss.

⁶⁹¹ TONELLI A. e BULGARELLI A., *Il trust di sostegno*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.4, 2010, p. 375.

⁶⁹² CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 300.

⁶⁹³ L.09/01/2004, n.6; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 299.

⁶⁹⁴ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 309.

⁶⁹⁵ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 499; TONELLI A. e BULGARELLI A., *op. cit.*, p. 379.

⁶⁹⁶ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 499.

Lo strumento può anche contenere disposizioni sugli aspetti più pratici della vita del soggetto vulnerabile. Proprio la programmazione delle risorse necessarie per affrontare l'incapacità e la pianificazione della scansione di alcuni aspetti della vita del soggetto fragile consentono di migliorare la gestione delle problematiche legate a ciò⁶⁹⁷. D'altra parte, nell'atto di *trust* non è solo possibile individuare il *trustee*, ma anche dettare le regole per la successione e la sostituzione dello stesso, assicurandosi che siano sempre persone di fiducia. In aggiunta a ciò, il *trust* risulta lo strumento più adatto a soddisfare gli interessi legati alla pianificazione familiare⁶⁹⁸. Così permette di destinare un patrimonio a vantaggio di un soggetto disabile quando non è possibile attribuire a lui la titolarità e l'amministrazione dei beni.

Nell'atto istitutivo è anche possibile designare il beneficiario del reddito, la persona vulnerabile, distinguendolo dal beneficiario finale, eventuali coeredi e fratelli, favorendo soggetti diversi per momenti diversi⁶⁹⁹. La differenziazione sulla base della dimensione temporale è di grande interesse: l'istituzione di un *trust* permette di articolare l'attribuzione di beni eventualmente in momenti diversi, anche facendo partecipare qualunque altro soggetto terzo.

Ci si dedica, in particolare, all'analisi delle situazioni partiche di istituzione del *trust* in tema di amministrazione di sostegno. In generale i principi che ispirano tale impiego del *trust* sono perfettamente coerenti con l'impianto dettato agli artt.404 ss. c.c. e, anzi, rafforzando l'autonomia di chi sia soggetto ad amministrazione di sostegno⁴⁰, si inserisce pienamente nello spirito del Titolo XII del Libro I⁷⁰⁰. Un nodo problematico è rappresentato dalla possibilità di far coincidere in capo al medesimo soggetto tanto la qualifica di amministratore di sostegno quanto la figura del *trustee*. Infatti, mediante lo strumento del *trust*, il disponente potrebbe nominare come *trustee* lo stesso soggetto verso cui indirizza le proprie preferenze quale amministratore di sostegno, in vista di un futuro stato di incapacità.

⁶⁹⁷ SANSONI R., *op. cit.*, n.5, 2024, p. 566.

⁶⁹⁸ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 499.

⁶⁹⁹ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 499.

⁷⁰⁰ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 367.

In questo contesto il giudice tutelare assume un ruolo fondamentale di controllo e vigilanza sul corretto svolgimento delle prerogative dell'amministratore-*trustee*. In questa prospettiva, potrebbe egli stesso assumere il ruolo di guardiano dei beni in *trust* per verificare la coerenza tra le decisioni del *trustee* rispetto alle esigenze di cura del beneficiario dell'amministrazione di sostegno⁷⁰¹. Alternativamente, il ruolo di guardiano potrebbe essere affidato anche ad un soggetto terzo riconosciuto come affidabile nel settore, come ad esempio un'organizzazione senza scopo di lucro che si dedichi alla protezione delle vulnerabilità. Nel caso in cui, nonostante le premure adottate, il *trustee*-amministratore di sostegno agisca in violazione dei propri doveri fiduciari, si applica l'art. 412 c.c. per cui tali atti possono essere annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi ed aventi causa (co. 1) entro cinque anni che decorrono dal termine dell'amministrazione di sostegno (co. 3)⁷⁰².

Ci si chiede, inoltre, se il giudice tutelare debba prescrivere un obbligo periodico per l'amministratore-*trustee* di rendere conto delle sue attività⁷⁰³. La giurisprudenza sembra orientarsi in questa direzione perché solo tale attività di controllo pubblicistico ad opera del giudice tutelare permette di verificare la piena realizzazione dell'interesse del beneficiario⁷⁰⁴.

Probabilmente la possibilità di maggiore rilievo riguarda la pianificazione per il proprio futuro: è ben possibile che il disponente, in un momento in cui è perfettamente in grado di intendere e volere, nomini sé stesso beneficiario di un *trust* istituito in vista della propria futura eventuale incapacità⁷⁰⁵. Oggi, infatti, si può pensare a una nuova definizione della capacità quale il privilegio di prendersi cura in maniera autonoma di sé stessi e dei propri cari⁷⁰⁶. La mancanza di autonomia, per converso, può creare problemi anche nello svolgimento delle azioni più scontate, rendendo necessario l'affidamento a un soggetto esterno. In questi casi, l'assistenza da parte di un soggetto di fiducia con cui sentirsi in confidenza è

⁷⁰¹ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 310.

⁷⁰² CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 310.

⁷⁰³ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 313.

⁷⁰⁴ Trib. Monferrato, 13.04.1984; Trib. Perugia, decr. 16.04.2002

⁷⁰⁵ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 499; SANSONI R., *op. cit.*, p. 575.

⁷⁰⁶ SANSONI R., *Pianificare l'incapacità*, in *I contratti*, n.5, 2024, p. 566.

fondamentale⁷⁰⁷. Rispetto a tali profili, il mondo del diritto, di fronte all'inadeguatezza degli strumenti civilistici tradizionali, si sta adoperando per individuare degli strumenti capaci di pianificare «*ora per allora*» in maniera vincolante la gestione della propria vulnerabilità dal punto di vista psico-fisico e patrimoniale⁷⁰⁸. Si parla, al proposito, di *trust* autodestinato. Nel *trust* di protezione autodestinato, il disponente e il beneficiario coincidono e sono una persona soggetta ad amministrazione di sostegno; lo scopo è di assicurare che il patrimonio della persona soggetta alla misura di sostegno sia impiegato ad esclusivo vantaggio delle esigenze di vita del medesimo⁷⁰⁹.

In un nuovo quadro valoriale dell'incapacità, stimolato anche dal livello internazionale come visto in precedenza, in cui si valorizza la dimensione volontaria del sostegno, è necessario riconoscere la possibilità che un soggetto capace, in previsione della futura perdita di capacità, regoli la propria sfera personale e patrimoniale indicando a soggetti professionali o di fiducia come declinare le attività di cura⁷¹⁰. Inoltre, l'utilità del *trust* è strettamente legata alla flessibilità dello strumento, capace di modulare l'assistenza nel tempo rispetto all'intensità dei bisogni dell'assistendo, sia in relazione alla *cura patrimonii* sia alla *cura personae*⁷¹¹. Così il *trust* assistenziale in vista della propria futura mancanza di autonomia assume un ruolo principale nella gestione delle problematiche derivanti dalla cura della persona non autonoma. In particolare, lo strumento permette una pianificazione flessibile e personalizzata dei programmi assistenziali che investono tanto la sfera personale quanto quella patrimoniale⁷¹².

In particolare, i *trust* auto-destinati sono strumenti capaci di costituire una misura di protezione per le persone fisiche totalmente o parzialmente prive di autonomia in alternativa alle misure legali del Libro I del Codice civile⁷¹³. Nel 2008 un giudice

⁷⁰⁷ SANSONI R., *op. cit.*, p. 566.

⁷⁰⁸ SANSONI R., *op. cit.*, p. 566 e 575; EPIFANIA M., *Trust a favore della persona anziana*, in *Un diritto gentile per la persona anziana*, Pacini Giuridica, 2023, p. 299.

⁷⁰⁹ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 366.

⁷¹⁰ LENZI R., *op. cit.*, p. 97;

⁷¹¹ TONELLI A. e BULGARELLI A., *op. cit.*, p. 375.

⁷¹² BUGETTI M.N., *Il trust per remunerare, compensare o premiare chi assiste persone fragili non autonome*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.2, 2026, p. 239.

⁷¹³ DI SAPIO A., *Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) -II parte*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.4, 2009, p. 364.

tutelare ha avallato la compatibilità di questa configurazione di *trust* interno con l'amministrazione di sostegno⁷¹⁴. La decisione rappresenta un tassello importante nel «processo di metabolizzazione»⁷¹⁵ del *trust* interno in materia di protezione delle persone prive di autonomia.

Nel citato caso concreto del Trib. di Bologna⁷¹⁶ il *trustee* è un soggetto professionale, una *trust company* esperta nel settore, la cui credibilità è ulteriormente aumentata dalla copertura assicurativa che vanta⁷¹⁷. Nel caso di specie, il beneficiario della misura di protezione, nel recuperare progressivamente le proprie capacità psico-fisiche, trova particolarmente gravoso doversi interfacciare con l'amministratore di sostegno per ogni esigenza di natura economica. Di qui la scelta di istituire il *trust* e fare riferimento a una figura differente e terza rispetto a qualsiasi coinvolgimento di natura personale o affettiva nei propri confronti⁷¹⁸. Indaghiamo più nel dettaglio la scelta di nominare un *trustee* differente dall'amministratore di sostegno. Si tratta di una scelta efficiente che stronca *ab origine* ogni discussione in tema di conflitto di interessi⁷¹⁹.

Il *trust* mira a soddisfare un'esigenza lasciata scoperta dall'amministrazione di sostegno, strumento che non permette alla persona nel pieno delle sue facoltà mentali di prevedere espressamente in che modo, nel momento del bisogno, dovrà essere modulata la cura della sua persona e quali fini dovranno essere perseguiti con il suo patrimonio⁷²⁰. D'altra parte, un *trust* ben congegnato può anche evitare il ricorso all'amministrazione di sostegno in *toto*, con effetti positivi per il singolo — in termini di riservatezza e di maggiore adesione alle esigenze specifiche del singolo caso — e per la comunità — in termini di riduzione del carico di lavoro dei giudici e, a cascata, riduzione dei tempi e dei costi della giustizia⁷²¹.

⁷¹⁴ Trib. Bologna, G.T., 23/09/2008. D'altra parte, non si tratta del primo intervento in questa direzione nella storia della giurisprudenza italiana; vd. Trib. Modena, G.T., 11/08/2005 e Trib. Genova, 14/03/2006.

⁷¹⁵ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 365.

⁷¹⁶ Trib. Bologna, 23/09/2008.

⁷¹⁷ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 367.

⁷¹⁸ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 371, nota 34.

⁷¹⁹ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 371. 4

⁷²⁰ TONELLI A. e BULGARELLI A., *op. cit.*, p. 378.

⁷²¹ TONELLI A. e BULGARELLI A., *op. cit.*, p. 380.

Ad ogni modo non si deve dimenticare il dettato dell'art. 15, lett.a) della Convenzione dell'Aja che tutela le norme inderogabili in tema di protezione di minori e incapaci. Il problema principale riguarda l'ampiezza dei poteri del *trustee* in relazione alle norme imperative dettate dal nostro ordinamento a tutela che incapaci. Infatti, le stesse non devono cedere il passo quando il *trust* sia stato istituito per provvedere a soggetti deboli. Rispetto a questo tema, ci si chiede se nella gestione di un *trust* che abbia a beneficiario un incapace il *trustee* debba rispettare le regole in tema di autorizzazione *ex* artt.320, 374 e 747 c.c. per l'amministrazione straordinaria⁷²². In particolare, ci si interroga se la disciplina autorizzatoria sia derogabile o possa essere esclusa da una precisa scelta del disponente nell'atto istitutivo. Tale possibilità viene ricondotta agli artt.169 e 356 c.c. che, dettati in materia di fondo patrimoniale e donazione o disposizione testamentaria a favore del minore, permettono di superare le autorizzazioni degli artt.374 e 375 c.c..

Peraltro, parte della dottrina nega la necessità di un controllo giudiziale e ritiene sufficiente una verifica costante da parte del guardiano rispetto all'operato del *trustee*⁷²³. Infatti, nel *trust* di protezione è particolarmente frequente la nomina di un guardiano che controlli le attività del *trustee*⁷²⁴. Il guardiano potrà porre il veto rispetto a operazioni prospettate dal *trustee*, sostituire il *trustee* che abbia male amministrato, nominarne uno nuovo... Tuttavia, si deve rilevare la differenza di peso tra l'autorizzazione giudiziaria e il consenso preventivo del guardiano: quando il *trustee* agisca in violazione di quanto disposto dal guardiano, il beneficiario può agire solo in via risarcitoria, ma l'atto del *trustee* compiuto in assenza delle autorizzazioni giudiziali è annullabile⁷²⁵.

Il *trust* a tutela delle figure vulnerabili, inoltre, impone di confrontarsi con la disciplina della sostituzione fedecommissaria prevista all'art. 692 c.c. per impedire limitazioni alla libera circolazione dei beni⁷²⁶. Non si può negare che la rigidità dell'istituto, in tema di soggetti legittimati ad attivarla e soggetti rispetto a cui è

⁷²² DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 501.

⁷²³ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 502.

⁷²⁴ SANSONI R., *op. cit.*, p. 575; BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 243.

⁷²⁵ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 503.

⁷²⁶ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 503.

invocabile, ha comportato la scarsa fortuna pratica dell'istituto. Proprio rispetto alla scarsità dei casi in cui la sostituzione fedecommissaria è ammessa, il *trust* rappresenta una figura alternativa utile per provvedere a un soggetto debole che non sia interdetto o non si trovi in una relazione di parentela o coniugio come richiede la norma⁷²⁷. Ad ogni modo, non si tratta di figure perfettamente sovrapponibili.

Infatti, nel *trust* non è rinvenibile una doppia istituzione, neanche quando sia previsto che il soggetto portatore di disabilità si beneficiario intermedio che percepisce il reddito dei beni in *trust* e un diverso beneficiario finale⁷²⁸. Non è neppure rinvenibile l'obbligo in esame di conservare e restituire i beni devoluti perché il beneficiario incapace non diviene mai proprietario e il *trustee*, effettivo proprietario, è libero nella disposizione dei beni, nonostante i limiti del *trust* e l'eventuale controllo del guardiano e del giudice tutelare⁷²⁹.

Viene, invece, rimandata al paragrafo successivo l'analisi relativa ai profili successori, legati per esempio al fatto che l'istituzione di un *trust* a favore di un figlio disabile configura donazione indiretta e dunque entra in relazione agli istituti di tutela dei legittimari.

D'altra parte, non si deve dimenticare che il *trust* non rappresenta necessariamente uno strumento alternativo al meccanismo legale, ma può limitarsi a completare le misure degli artt.404 ss.⁷³⁰. In considerazione dell'adeguatezza alle esigenze di cura della persona, è immaginabile che il *trust* di protezione sia autorizzato con lo stesso decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, contestualmente all'apertura del sistema di protezione⁷³¹. Il *trust* potrebbe, addirittura, essere istituito dalle parti su invito del giudice o direttamente *ope iudicis*. Infatti, l'ordinamento italiano attribuisce al giudice il potere di assumere provvedimenti di conservazione e amministrazione nei confronti delle persone prive di autonomia⁷³². Per questo

⁷²⁷ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 503.

⁷²⁸ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 503.

⁷²⁹ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 504.

⁷³⁰ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 369; DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 505.

⁷³¹ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 370.

⁷³² Artt.316, co. 3, 333-334, 361, 371, 405, co. 4, 410, co. 2 e 418, co. 3 cc. cod. civ.

motivo è possibile la sovrapposizione ed è necessario il coordinamento tra il *trust* e istituti legali a protezione degli incapaci⁷³³.

Più in generale, l'atto istitutivo deve delimitare i diversi ambiti operativi evitando di sovrapporre il *trustee* a tutore, curatore o amministratore di sostegno e può prevedere l'obbligo di attivare canali informativi in direzione di questi ultimi soggetti rispetto all'operato del *trustee*, perlopiù a scadenza annuale⁷³⁴. È, peraltro, possibile che lo stesso tutore, curatore o amministratore di sostegno siano nominati quali *trustee* qualora siano professionisti nell'amministrazione di patrimoni e nella gestione della relazione con il disabile. D'altra parte, è possibile ipotizzare una strategia di frazionamento del patrimonio del disponente: una parte confluisce nel *trust* e l'altra parte rimane nella titolarità del disponente e sarà assoggettata al regime codicistico della gestione degli incapaci⁷³⁵. Tra le altre cose ciò permette di diversificare il rischio della gestione.

Nondimeno, è in chiave di alternatività che il *trust* realizza le sue potenzialità maggiori⁷³⁶. Perlopiù si imposta il sistema sulla base di un'alternativa: non esercitare alcun potere di autodeterminazione e lasciare che operino i meccanismi legali o esercitarlo per dare vita a un assetto negoziale di amministrazione dei beni delle persone prive di autonomie più confacente alle loro esigenze, fatto su misura⁷³⁷. Infatti, come affermato a più riprese, il *trust* è uno strumento estremamente elastico e tale caratteristica permette di apprestare uno strumento efficiente nella garanzia e nella tutela dell'interesse del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Il *trust*, da questo punto di vista, non è solo uno strumento di pianificazione a fini di protezione, ma la sua malleabilità lo rende anche uno strumento di promozione e sviluppo dei concreti interessi della persona la cui autonomia è stata limitata⁷³⁸. In questa prospettiva, il vaglio preventivo del giudice assicura l'adeguatezza del singolo *trust*.

⁷³³ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 505.

⁷³⁴ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 505.

⁷³⁵ SANSONI R., *op. cit.*, p. 575.

⁷³⁶ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 505.

⁷³⁷ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 368; DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 505.

⁷³⁸ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 369.

Infine, si propone di considerare le proiezioni della disabilità di una persona sulla rete familiare e sociale in cui è inserita. L'importanza e l'entità del lavoro di cura di un prossimo incapace è tale che la società riconosce sempre di più il valore di tale attività. In questa direzione, il *trust* diventa lo strumento principe per riconoscere la cura ricevuta e valorizzarla in termini economici⁷³⁹. Il *trust* rispetto a ciò si afferma come strumento giuridico estremamente utile per realizzare la finalità compensativa/remuneratoria del *caregiver*⁷⁴⁰.

A questo punto può essere utile inserire una disamina riassuntiva degli istituti civilistici funzionali alla remunerazione o compensazione dell'assistenza ricevuta o alla premiazione di un'attività.

Si comincia dall'analisi del contratto vitalizio assistenziale, contratto atipico con cui il vitaliziato cede un bene, perlopiù immobile, o un capitale al vitalizante in cambio di assistenza morale e materiale per la durata della vita⁷⁴¹. Il contratto — che presenta importanti elementi fiduciari in quanto consiste in una serie di obblighi legati all'assistenza — rientra nella categoria dei contratti aleatori: le parti si assumono il rischio della sproporzione tra prestazione e controprestazione dovuto all'impossibilità di predire con certezza la durata della vita del vitaliziato. Tale contratto ha una natura prettamente remuneratoria, distinzione fondamentale rispetto alla donazione gravata da *modus*. Infatti, la stessa donazione modale, sottoposta alla prestazione di obblighi assistenziali, può rispondere alle esigenze in esame⁷⁴². Tuttavia, tale contratto non risulta conveniente per il futuro assistito perché implica, qualora non sottoposta a condizione sospensiva, la perdita immediata del bene a favore del *caregiver*. Se, dunque, il donatario risultasse inadempiente rispetto agli obblighi di assistenza, il donante, ma anche qualunque soggetto interessato, dovrebbe attivare il meccanismo dell'art. 793 c.c., provando egli stesso l'inadempimento.

⁷³⁹ BUGETTI M.N., *Il trust per remunerare, compensare o premiare chi assiste persone fragili non autonome*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.2, 2026, p. 239.

⁷⁴⁰ BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 240.

⁷⁴¹ BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 241.

⁷⁴² BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 241.

Alcune di queste problematiche trovano soluzione nella donazione condizionata: l'effetto traslativo è subordinato all'adempimento degli obblighi di cura⁷⁴³. Si rischia, però, un ribaltamento per cui il *caregiver* deve attendere la fine del bisogno di cura, spesso coincidente con il decesso, per vedere un riconoscimento patrimoniale della propria opera, con il rischio che l'assistito, nel frattempo, abbia notevolmente ridotto la propria garanzia patrimoniale generale. Un meccanismo per superare questo limite potrebbe consistere nella previsione di una pluralità di donazioni condizionate.

Infine, l'art. 700 c.c. disciplina la donazione remuneratoria: la donazione è effettuata proprio per riconoscenza dei servizi non dovuti per legge o per obblighi sociali⁷⁴⁴. La donazione remuneratoria non riguarda solo servizi resi, ma può essere rivolta anche a servizi che devono ancora rendersi.

Da questi brevi cenni si ricava che gli strumenti negoziali volti a riconoscere l'operato del *caregiver* possono essere supportati da cause differenti: remuneratoria, compensativa, liberale. Le prime due si distinguono sul crinale del *quantum*: la compensazione nel primo caso non è parametrata al valore effettivo dei servizi⁷⁴⁵. Invece quando l'elargizione sia mossa dalla riconoscenza, la causa è la liberalità. È necessario, rispetto a queste alternative, verificare l'elemento causale del *trust* assistenziale. La causa del *trust* si identifica nella funzione economico-sociale dell'operazione nel suo complesso. Nel caso specifico, si tratta di uno strumento di organizzazione e cura dei bisogni della persona non autonoma, rispetto a cui la dimensione patrimoniale è asservita⁷⁴⁶. Dunque, l'attribuzione patrimoniale al *caregiver* non è aprioristicamente qualificabile come remunerazione o liberalità, ma è necessaria una verifica del caso concreto. Infatti, la remunerazione è incompatibile con l'adempimento di obblighi di fonte positiva, come quelli che intervengono tra coniugi o in capo ai genitori rispetto ai figli, o in un dovere morale-sociale giuridicamente rilevante, come quello tra i fratelli⁷⁴⁷. Dunque, quando l'attività di cura del *caregiver* rientri nella sfera delle obbligazioni morali, di cui

⁷⁴³ BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁷⁴⁴ BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 242.

⁷⁴⁵ BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁷⁴⁶ BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁷⁴⁷ BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 243.

all'art. 2034 c.c., essa non costituisce oggetto di remunerazione⁷⁴⁸. La prestazione di cura, infatti, è riconducibile a un piano di doverosità morale che esclude la remunerazione. Di conseguenza, quando un *trust* predisponga attribuzioni patrimoniali a favore del *caregiver* le cui prestazioni costituiscano adempimento a un obbligo giuridico o un'obbligazione morale, non si ravvede una causa remuneratoria o compensativa visto che la cura non rappresenta un *quid iuris* rispetto a quanto dovuto in forza del rapporto che lega le parti⁷⁴⁹. Nondimeno ciò non comporta che tali attribuzioni patrimoniali a favore del soggetto che presta le cure siano prive di causa, ma questa è ravvisabile nello spirito liberale. L'attribuzione finale dei beni in *trust*, quindi, è una donazione. Non si tratta di un meccanismo differente da quello che vede l'assistito premiare la dedizione di un soggetto professionale, attribuendo somme ulteriori rispetto a quelle dovute sulla base del contratto di lavoro⁷⁵⁰.

Qualificare il supporto causale del *trust* come liberale ha delle conseguenze rilevanti in tema di riflessi successori, dovendo sottoporre le attribuzioni così realizzate alla disciplina prevista a tutela dei legittimari. Dunque, le attribuzioni liberali operate mediante lo strumento del *trust* assistenziale sono soggette a collazione, se il beneficiario rientri nel novero dei legittimari, e a riduzione, se vi sia stata una lesione degli altri legittimari⁷⁵¹. Ciò non rappresenta un limite del *trust* successorio, ma uno dei suoi punti di forza: esso consente al disponente una pianificazione consapevole dei riflessi successori della propria cura⁷⁵². La possibilità di distinguere le attribuzioni in categorie differenti —remunerazione, compensazione e liberalità— permette al disponente di valorizzare le prestazioni di cura senza compromettere l'equilibrio tra i legittimari e conseguentemente ridurre il rischio di contenzioso successorio⁷⁵³.

Maggiore difficoltà operativa sorge in relazione alle ipotesi di causa mista dove il *trust* sia volto a realizzare contestualmente funzioni remuneratorie o compensative

⁷⁴⁸ BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁷⁴⁹ BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁷⁵⁰ BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁷⁵¹ BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 244.

⁷⁵² BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 245.

⁷⁵³ BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

e premiali. Si ammette, in questi casi, la scomposizione dell'attribuzione ai fini dell'applicazione della disciplina successoria: si assoggetta a collazione e riduzione solamente il differenziale eccedente la giustificazione casuale non liberale⁷⁵⁴.

4.1.1 La legge sul “dopo di noi”

L'esigenza di introdurre nell'ordinamento una disciplina positiva relativa a una specifica forma di *trust* dedicata ai soggetti disabili aleggia da diverso tempo⁷⁵⁵. Si pensi alla prima proposta presentata dall'On. Paissan che già nel 1998 immagina una disciplina del *trust* a favore dei portatori di handicap, alla proposta di legge n. 2733 a firma dell'On. Laura Cima del 2002, all'iniziativa dell'On. Antonio Pepe nel 2003 relativamente alla disciplina della destinazione di beni in favore dei soggetti portatori di gravi handicap in modo da favorirne l'autosufficienza o al disegno dell'On. Migliori del 2008⁷⁵⁶.

Il 22 giugno 2016 viene pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la Legge n.112 dedicata al «*Dopo di Noi*». La denominazione ufficiale, «*Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*», potrebbe far cadere il lettore nell'equivoco di pensare che lo strumento sia attivabile solo al ricorrere dell'assenza di sostegno familiare, solo quando il nucleo familiare è venuto meno⁷⁵⁷. Al contrario, l'intervento normativo è volto a favorire la creazione graduale e progressiva del progetto assistenziale del soggetto debole anche durante la vita dei genitori e proprio in vista del venir meno del loro

⁷⁵⁴BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁷⁵⁵ DI LANDRO A.C., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n.1, 2017, p. 51; AMORE G., *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella “legge sul dopo di noi”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n.6, 2017, p. 1197.

⁷⁵⁶ Rispettivamente: proposta di legge n. 5494/1998 «*Norme in materia di trust a favore di soggetti portatori di handicap*»; proposta di legge n. 2733/02 «*Norme in materia di trust a favore di portatori di handicap*»; d.d.l. n. 3972/03 per la disciplina della destinazione di beni in favore di soggetti portatori di gravi handicap per favorirne l'autosufficienza; d.d.l. n. 1471/2008 «*Disciplina dei trust istituiti in favore di persone portatrici di handicap*»

⁷⁵⁷ MURITANO D., *La legge 112/16 sul dopo di noi: impressioni, proposte*, Studio n. 3-2017/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 3; CAMPOSEO V.R., *Gli strumenti per l'assistenza ai disabili: note sugli aspetti civilistici della L. n. 112/2016 (c.d. “dopo di noi”)*, in *Notariato*, n.4, 2017, p. 433.

supporto, coinvolgendo la famiglia e il disabile stesso quando possibile⁷⁵⁸. Lo stesso art. 1 estende la disciplina *«in vista del venir meno del sostegno familiare»*.

L'esigenza che ha messo in moto il meccanismo parlamentare è principalmente la volontà dei genitori di provvedere all'assistenza, personale ed economica, del figlio disabile per quando non potranno più farlo personalmente a causa del proprio decesso o del peggioramento delle condizioni di salute⁷⁵⁹. D'altra parte, nel contesto dell'assistenza alle persone affette da disabilità, la famiglia copre un ruolo protagonista in un contesto sociologico, quello italiano, dove il sostegno familiare è pari al 68,2 % del supporto ricevuto dalle persone affette da disabilità⁷⁶⁰. In questa direzione, la legge di *welfare* in esame, apprestata prevede un'integrazione tra il piano privato e l'intervento pubblico in un sistema largamente ispirato al principio di solidarietà di cui agli artt. 2 e 3 Cost.⁷⁶¹.

La L. 112/2016 individua l'ambito soggettivo cui sono dedicate le disposizioni nell'art. 1, co. 1 attraverso il richiamo all'art. 3, co. 3 della Legge 5 febbraio 1992, n. 104: soggetti colpiti da una minorazione che ne riduca l'autonomia personale, *«in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione»*⁷⁶². Si individua in tal modo lo stato di disabilità grave, da accertarsi secondo le modalità di cui all'art. 4 della stessa legge⁷⁶³. Tale rilievo non esclude che gli strumenti previsti nella legge siano impiegati anche a vantaggio di disabili non gravi, ma

⁷⁵⁸ (A cura di) LA TORRE G., *Trust e "Dopo di noi"*, IPSOA, 2016, p. 195; CORTE DEI CONTI, *Attuazione delle misure previste dalla legge 22 giugno 2016, n. 112, volte a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare - fondo "dopo di noi"*, Deliberazione 23 dicembre 2022, n. 55/2022/G, p. 15; CAMPOSEO V.R., *op. cit.*, p. 433.

⁷⁵⁹ ARCONZO G., *La legge sul dopo di noi e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in *Quaderni costituzionali*, n.4, Il Mulino, 2016, p. 787.

⁷⁶⁰ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 195.

⁷⁶¹ CAMPOSEO V.R., *op. cit.*, p. 434.

⁷⁶² Art. 3, co. 3 della Legge 5 febbraio 1992, n.104

⁷⁶³ *«Gli accertamenti relativi alla minorazione, alle difficoltà, alla necessità dell'intervento assistenziale permanente e alla capacità complessiva individuale residua, di cui all'articolo 3, sono effettuati dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche di cui all'articolo 1 della legge 15 ottobre 1990, n. 295, che sono integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le unità sanitarie locali»*.

esclude che in questi casi sia possibile beneficiare del trattamento fiscale agevolativo ivi previsto⁷⁶⁴.

L'art. 6 della L.112/2016, invece, è dedicato a promuovere l'istituzione di *trust*, vincoli di destinazione e fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione attraverso la predisposizione di un regime fiscale di favore. In linea con il tema dell'indagine, ci si dedica allo studio del primo.

Per la prima volta una fonte nazionale compie un riferimento esplicito al *trust*. La legge, però, non fornisce una definizione positiva di questo istituto, limitandosi a prendere atto della sua esistenza nell'ordinamento e regolando esplicitamente solo una serie di profili fiscali del *trust*⁷⁶⁵. Nel silenzio normativo, quindi, bisogna risolvere la questione circa al tipo di *trust* cui il legislatore ha fatto riferimento. Non avendo nel frattempo introdotto una figura generale di *trust* di diritto italiano, la L. 112/2016 contempla di necessità gli istituti dell'art. 2, co. 1 della Convenzione dell'Aja del 1985⁷⁶⁶. Tuttavia, l'ammissibilità del *trust* interno nell'ordinamento italiano non è pacifica prima di tale intervento e di conseguenza ci si chiede se la L. 112/2016 lo abbia accolto nel sistema.

In astratto si presentano tre alternative⁷⁶⁷. In primo luogo, si può ritenere che la legge in esame abbia rilevanza meramente fiscale, senza esprimersi sul profilo civilistico degli istituti richiamati. In secondo luogo, si ritiene che la stessa abbia rilevanza anche civilistica, ma limitata all'ambito da essa regolato. Infine, si può attribuire alla legge rilevanza civilistica a livello sistematico generale.

Ad oggi, l'impostazione prevalente rifiuta la prima ricostruzione, in quanto la novella ha il merito di aver conferito rilevanza normativa al *trust* nell'ordinamento italiano⁷⁶⁸. Infatti, la L. 112/2016 consente di risolvere definitivamente in senso positivo i dubbi sull'ammissibilità del *trust* interno⁷⁶⁹. Più precisamente, la L.

⁷⁶⁴ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 196.

⁷⁶⁵ BARTOLI D., *Strumenti di protezione dei soggetti deboli e legge sul dopo di noi*. *Trust, atto di destinazione e affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2022, p. 25; AMORE G., *op.cit.*, p. 1198.

⁷⁶⁶ CAMPOSEO V.R., *op. cit.*, p. 435.

⁷⁶⁷ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 27.

⁷⁶⁸ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 55; AMORE G., *op.cit.*, p. 1201.

⁷⁶⁹ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 35; MURITANO D., *op. ult.cit.*, p. 5; BUSANI A., *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, Terza edizione, CEDAM, 2025, p. 104; CAMPOSEO V.R., *op. cit.*, p. 435; ROPPO V., *op. cit.*, p. 601.

112/2016, pur non rendendo l'Italia un ordinamento *trust* in senso stretto in quanto continua a mancare una disciplina generale dedicata allo strumento, ha pienamente accolto e legittimato il *trust* di tipo interno.

Si tratta, ad ogni modo, di una scelta con importanti ricadute pratiche visto che permette di superare l'insufficienza del diritto civile tradizionale rispetto a determinate esigenze. Infatti, la flessibilità dello strumento più volte elogiata nel corso di questo studio esprime le sue potenzialità massime rispetto alla creazione di percorsi individualizzati di cura personale e patrimoniale della persona affetta da disabilità.

Le situazioni pratiche che portano alla nascita di un siffatto *trust* sono le più varie e disomogenee, ma tutte accomunate da alcune caratteristiche: il desiderio di tutelare il familiare in una situazione di disabilità, di rispettarne la dignità e le aspirazioni, di assicurargli continuità nella sfera degli affetti e delle cure, di provvedere ai suoi bisogni di tipo economico⁷⁷⁰. Viene predisposto uno strumento per assicurare al soggetto debole, perlopiù improduttivo di redditi propri, lo stile di vita cui è abituato anche dopo la scomparsa dei soggetti che si sono occupati di lui.

È possibile, così, creare reti assistenziali di natura privata-familiare che garantiscano percorsi individualizzati di assistenza alla cura della persona e del patrimonio. Il principio guida dell'intervento, infatti, è la deistituzionalizzazione alla luce dei rischi di segregazione che le persone con disabilità corrono quando entrano nel circuito dei centri residenziali assistenziali.⁷⁷¹

Concentrandosi sui profili civilistici, rispetto alle tematiche sollevate dal *trust* così istituito, si pone particolare attenzione alle peculiarità ricollegate alle soggettività coinvolte.

In particolare, l'art. 6, co. 3, lett. d) prevede che gli «*esclusivi beneficiari*» del *trust* siano le persone con disabilità grave. Tuttavia, l'aggettivazione relativa all'esclusività è impropria e smentita dai commi successivi: i co. 4 e 5 permettono che, deceduto il disabile grave, i beni possano essere trasferiti ai c.d. beneficiari

⁷⁷⁰ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷¹ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 197; ARCONZO G., *op. cit.*, p. 788.

finali. In effetti l'esclusività fa riferimento al fatto che, durante la vigenza del negozio, vi debba essere un solo beneficiario, senza escludere ulteriori beneficiari dopo la sua morte⁷⁷². Inoltre, è pacifico che i negozi previsti nella L. 112/2016 possano essere stipulati anche in favore di persone la cui disabilità non integra la qualificazione di grave, seppur senza poter godere del regime fiscale di favore⁷⁷³.

Sul piano della forma, siffatto *trust* deve derivare da un atto pubblico che chiarisca in maniera univoca i soggetti coinvolti e i ruoli che gli stessi ricoprono⁷⁷⁴. Devono essere indicati i bisogni specifici del beneficiario con disabilità grave e le attività assistenziali necessarie per garantirne la cura.

Per quanto riguarda il soggetto disponente, la legge si riferisce espressamente ad esso solo in due occasioni. All'art. 6, co. 4 introduce un riferimento ai soggetti che hanno istituito il *trust* e al co. 5 è impiegato proprio il termine disponente⁷⁷⁵. Secondo alcuni autori il tenore letterale dell'art. 1, co. 2 impone che il disponente debba necessariamente essere il genitore del disabile grave beneficiario⁷⁷⁶.

Tuttavia, la tesi prevalente ritiene possibile che il disponente sia un soggetto diverso dal genitore del disabile grave visto che la stessa legge contempla anche l'ipotesi del disabile grave privo dei genitori o del disabile grave con genitori che non sono in grado di sostenerlo adeguatamente⁷⁷⁷. Per altro verso, non sembrerebbe consentito che il *trust* sia istituito da un disabile grave a favore di sé stesso o anche di soggetti terzi. Tuttavia, un diffuso orientamento dottrinale e alcune pronunce giudiziarie in relazione a *trust* istituiti da soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno sembrano estendere la L. 122/2016 anche a questa ipotesi⁷⁷⁸.

Si procede, quindi, con l'esame della figura del *trustee*. Infatti, se la scelta del *trustee* è sempre una questione delicata, è particolarmente complesso individuare

⁷⁷² BARTOLI S., *op. cit.*, p. 134.

⁷⁷³ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 52.

⁷⁷⁴ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 215

⁷⁷⁵ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 99.

⁷⁷⁶ CARDINALE C., *Dopo di noi il trust. Prime note sulla legge 22 giugno 2016 n. 112*, in *Vita notarile*, n.3, 2016, p. 1148.

⁷⁷⁷ TASSANI T., *La legge sul "Dopo di noi" e la fiscalità degli strumenti di destinazione patrimoniale*, Studio 33-2017/T, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 4; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 102.

⁷⁷⁸ MURITANO D., *op. cit.*, pp. 18-19; Trib. Siena, G.T., 11/03/2017; Trib. Roma, G.T., 10/10/2017.

una figura che, insieme alla sfera patrimoniale, sia anche in grado di assicurare l'assistenza necessaria alla persona affetta da disabilità⁷⁷⁹.

Usualmente il disponente individua il *trustee* nelle figure più capaci a realizzare lo scopo di cura personale del beneficiario: soggetti vicini alla famiglia, ma anche professionisti o persone giuridiche note nel campo. In particolare, nel settore dell'imprenditoria sociale si distinguono operatori di alta specializzazione capaci di assistere i soggetti privi di autonomia, oltre a commercialisti, avvocati, medici che operano con le persone affette da disabilità⁷⁸⁰. Inoltre, in tale ambito, è fondamentale il contatto umano: il disponente perlopiù conosce personalmente e confida nel *trustee*, sia esso un professionista-persona fisica o l'interlocutore che rappresenta la persona giuridica. Non è raro, infatti, che tali soggetti si siano guadagnati la fiducia del disponente, collaborando con lo stesso nel tempo, ben prima dell'istituzione del *trust*.

È anche possibile immaginare un *trustee* in forma collegiale in cui convivano le competenze di professionalità differenti tra loro, in grado di cooperare per le finalità del *trust*, a prescindere dagli individuali campi di sapere e formazione⁷⁸¹.

Inoltre, al fine di tutelare al meglio l'interesse del disabile grave, è necessario prevedere meccanismi idonei a consentire l'avvicendamento nell'ufficio al *trustee*⁷⁸². La legge li disciplina espressamente in relazione alla figura cui spetta il compito di controllare il *trustee*, ma è senz'altro opportuno estendere.

In primo luogo, si esamina la possibilità che revoca e nomina del *trustee* siano demandate all'autorità giudiziaria. La questione è controversa rispetto al *trust* perché in tema di volontaria giurisdizione vige il principio di tipicità e non vi sono norme interne che prevedano i provvedimenti in esame⁷⁸³. Non di meno si è affermata la soluzione opposta. Tuttavia, appare consigliabile inserire nel negozio istitutivo del *trust* una clausola che disciplina le questioni per prevenire alla radice i problemi.

⁷⁷⁹ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 51.

⁷⁸⁰ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 49.

⁷⁸¹ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 50.

⁷⁸² BARTOLI S., *op. cit.*, p. 110.

⁷⁸³ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 110.

La questione fondamentale, in ogni caso, si articola intorno al destino dei beni in *trust*: in caso di cessazione del gestore dall'ufficio, questi passano automaticamente al nuovo gestore? In effetti il *trust* non è una persona giuridica e quindi, cessato il *trustee* dall'ufficio, si pone la questione del proseguimento dell'esecuzione e di conseguenza del trasferimento dei beni destinati nella titolarità del gestore subentrante⁷⁸⁴. Appare preferibile ritenere che tale trasferimento avvenga *ipso jure*. Inoltre, per superare le incertezze interpretative sono approntabili alcune cautele. Il *trustee* potrebbe intestare i beni in un *trust* a mandatarî con la qualità di società fiduciarie o di gestione del risparmio perché, nel caso della sua sostituzione, questi soggetti registreranno il cambiamento del soggetto che riveste il ruolo senza dover procedere ad alcun trasferimento⁷⁸⁵. Tuttavia, tale soluzione è praticabile solo rispetto ai beni mobili. In alternativa, è stato proposto di eseguire le formalità pubblicitarie relative ai beni in *trust* non a nome del soggetto *trustee*, ma «a nome del *trust*»⁷⁸⁶. Il meccanismo si fonda su una prassi giudiziaria assunta da parte della dottrina⁷⁸⁷. In questo modo, l'avvicendamento tra *trustee* comporterebbe la mera annotazione del nominativo del *trustee* subentrante a margine delle suddette formalità.

Tuttavia, ciò sarebbe possibile solo a patto della personificazione del *trust*, operazione costantemente negata dalla giurisprudenza di legittimità. Infine, si è ipotizzato di prevenire il problema del trasferimento dei beni in *trust* da *trustee* a *trustee* per il tramite di una clausola con cui l'accettazione dell'ufficio di *trustee* comporta il contestuale rilascio di un mandato con procura irrevocabile a favore di un terzo, come il guardiano, che potrà trasferire i beni all'eventuale nuovo *trustee*⁷⁸⁸. Tale ricostruzione, però, non riesce a proteggere il *trust* da eventuali condotte ostruzionistiche del *trustee* uscente. Di qui l'opportunità di immaginare, invece, una clausola per cui l'accettazione dell'ufficio di *trustee* comporta il

⁷⁸⁴ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 116.

⁷⁸⁵ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 121.

⁷⁸⁶ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 122.

⁷⁸⁷ Trib.Torino, 10/02/2011; Trib.Torino, 10/03/2014; Corte App. Venezia, 10/07/2014.

⁷⁸⁸ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 124.

contestuale rilascio di un preventivo consenso al trasferimento dei beni in *trust* al *trustee* subentrante per il momento in cui cesserà dall'ufficio⁷⁸⁹.

In questa figura assume, inoltre, grande rilievo la figura del controllore. La presenza del «*soggetto preposto al controllo delle obbligazioni imposte al*» *trustee* è obbligatorio per tutta la durata del *trust* ex art. 6, co. 3 della L. 112/2016. In particolare, la legge non pone limiti riguardo ai soggetti che possono assumere l'ufficio di controllore e quindi può essere ricoperto da qualunque persona fisica o giuridica. La stessa disposizione appena richiamata impone che l'ufficio di controllore non sia mai vacante e dunque il negozio istitutivo del *trust* deve individuare il soggetto dotato del potere di revocare il controllore e di nominarne di nuovi⁷⁹⁰.

Anche in questo caso si pone il tema del ruolo dell'autorità giudiziaria. Ciò sembra ammesso sulla base di tre decisioni che ammettono nomina e revoca giudiziale del guardiano del *trust* in sede di volontaria giurisdizione⁷⁹¹. Più in generale, il controllore può rilasciare pareri al *trustee* o vietargli di compiere certi atti sia in ambito patrimoniale, sia rispetto ai profili non patrimoniali di cura della persona disabile grave⁷⁹².

In aggiunta alle considerazioni appena svolte, la L. 112/2016 non contiene alcuna previsione di coordinamento con le misure istituite a tutela dei soggetti. D'altra parte, per come configurata, la disciplina di questa forma specifica di *trust* non si pone in competizione con le forme istituzionali di tutela dell'incapace — interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno — in quanto non si tratta di amministrare i beni e assistere la persona svantaggiata, ma gestire i beni individuati da coloro che provvedono ai bisogni della persona svantaggiata e non potranno più farlo in futuro⁷⁹³. Tuttavia, è innegabile un profilo di contiguità tra il *trust* del dopo di noi e gli istituti di protezione che potrebbe dare vita a delle

⁷⁸⁹ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 125.

⁷⁹⁰ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 130.

⁷⁹¹ Trib.Modena, 11/12/2008; Trib.Bologna, 27/06/2017.

⁷⁹² BARTOLI S., *op. cit.*, p. 132.

⁷⁹³ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 66.

problematiche in relazione al rapporto tra *trustee*, tutore, curatore o amministratore di sostegno.

In conclusione di questa sezione, è necessario fare luce sulle differenziazioni rispetto all'implementazione delle novità della L.112/2016 che si rilevano rispetto alla distribuzione sul territorio nazionale⁷⁹⁴. In effetti, l'art. 2 affida alle Regioni e alle Province autonome l'assistenza sanitario-sociale ai soggetti con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare o in vista del venire meno dello Stesso. D'altra parte, la materia dell'assistenza sociale è riservata alle Regioni, mentre lo Stato si limita a individuare i livelli essenziali delle prestazioni (LEP) da garantire.

L'analisi della rendicontazione delle spese regionali mostra una forte eterogeneità a livello nazionale. Inoltre, complessivamente, una tendenza decrescente nella percentuale delle risorse assegnate nel corso del tempo e solo un numero esiguo Regioni hanno potuto godere di un flusso di risorse costante nel tempo, in grado di sostenere la programmazione nell'erogazione delle prestazioni⁷⁹⁵. Ciò si riflette anche nella diffidenza delle famiglie che temono l'interruzione dei percorsi avviati per mancanza di risorse⁷⁹⁶. È, dunque, prioritaria la garanzia di continuità nel tempo.

Inoltre, i dati mostrano la scarsa conoscenza degli strumenti di protezione e destinazione del patrimonio⁷⁹⁷. Proprio al fine di diffondere la conoscenza di quanto previsto nella L.112/2021, la Presidenza del Consiglio dei ministri ha il compito di avviare campagne informative. Ciò comporterebbe anche l'effetto di sensibilizzare l'opinione pubblica circa la necessità di favorire l'inclusione sociale dei destinatari delle misure.

⁷⁹⁴ CORTE DEI CONTI, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁹⁵ CORTE DEI CONTI, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁹⁶ CORTE DEI CONTI, *op. cit.*, p. 56; RUSSO T.V., *Il trust in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, p. 233.

⁷⁹⁷ CORTE DEI CONTI, *op. cit.*, p. 56.

4.2 Il *trust* interno come strumento successorio

Il nostro ordinamento si fonda sul principio della più ampia libertà testamentaria: il testamento è un atto unilaterale, essenzialmente revocabile (art. 679 c.c.)⁷⁹⁸. È, però, assodato che l'atto testamentario, pur sempre mezzo privilegiato di pianificazione della vicenda successoria, sia in recessione, specialmente in relazione ai patrimoni più ingenti⁷⁹⁹. Infatti, è emersa la percezione dell'inadeguatezza del testamento di fronte alla realtà pratica che mostra come gli interessi coinvolti nella successione non si limitino alla programmazione di una vicenda successoria, ma comprendano anche la realizzazione di scopi specifici come la tutela dei soggetti deboli della propria famiglia, l'interesse alla continuità dell'impresa, alla prevenzione di frammentazioni proprietarie⁸⁰⁰...

In aggiunta a ciò, sempre più spesso si mette in dubbio l'affidabilità del testamento, negozio stilato prevalentemente in tarda età con il rischio fisiologico della prassi dell'anziano che redige testamento per favorire l'ultima persona che gli tenga compagnia⁸⁰¹.

D'altra parte, sul piano storico, i *trust* sono sorti in ambito anglosassone per l'amministrazione dei beni a beneficio dei discendenti del disponente secondo precise direttive di scopo⁸⁰². Sotto tale profilo, ancora oggi, il *trust* non trova istituti competitivi nei sistemi di *Civil Law* e si afferma come strumento più adatto per la progettazione dinamica del transito patrimoniale⁸⁰³. La prassi negoziale, infatti, testimonia la malleabilità del *trust*, capace di realizzare le più diverse esigenze del disponente⁸⁰⁴. Per questo motivo, superate alcune perplessità iniziali, l'istituto del *trust* registra un'ampia diffusione come strumento alternativo al testamento,

⁷⁹⁸ MOJA A., *Il trust nel diritto civile e tributario*, Maggioli Editore, 2007, p. 201.

⁷⁹⁹ DELLE MONACHE S., La libertà di disporre mortis causa, in *Riv.dir.civ.*, n.2, 2019, p. 466; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 315.

⁸⁰⁰ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, pp. 467-468; LEUZZI S., *I trust successori*, Giuffrè, 2011, p. 5; Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 6.

⁸⁰¹ LEUZZI S., *op. cit.*, p. 19.

⁸⁰² LEUZZI S., *op. cit.*, p. 5.

⁸⁰³ LEUZZI S., *op. cit.*, p. 24.

⁸⁰⁴ RUSSO T.V., *Il trust come strumento per disciplinare il passaggio generazionale e le dinamiche successorie*, in *I contratti*, n.4, 2024, p. 447.

assumendo un ruolo di primo piano nella pianificazione successoria⁸⁰⁵. A tal proposito, si parla di *trust* successorio per ogni fattispecie che contempla l'utilizzo del *trust* per finalità che attengono alla pianificazione del passaggio di beni tra le generazioni; il *trust* testamentario rappresenta una sottocategoria caratterizzata dal fatto che è istituito mediante atto di ultima volontà⁸⁰⁶.

Ad ogni modo, la vicenda successoria deve fare i conti con i principi del diritto ereditario⁸⁰⁷. In materia di *trust* la stessa Convenzione dell'Aja, all'art. 15, lett.c), fa salva l'applicazione delle norme imperative in materia di testamento e successione necessaria. Occorre, quindi, svolgere un'indagine del rapporto tra il *trust* e i principi del nostro sistema successorio: il divieto del patto successorio⁸⁰⁸, il principio per cui l'eredità si devolve per testamento o per legge⁸⁰⁹, il divieto del fedecommesso⁸¹⁰ e dell'usufrutto successivo⁸¹¹ e la successione necessaria⁸¹². Nel seguito del paragrafo si propone di analizzare ciascuno di questi temi in relazione al *trust* interno dopo aver inquadrato la disciplina di ciascuna figura.

Il nostro ordinamento vieta l'istituzione di patti successori. Im particolare è possibile distinguere tre sottocategorie: i patti istitutivi, accordi di natura contrattuale con cui l'ereditando istituisce il proprio futuro erede e regola l'intero assetto della propria vicenda successoria; i patti dispositivi, accordi con cui un soggetto potenzialmente erede dispone dei diritti che acquisterà da una successione non ancora aperta; i patti rinunciativi con cui un soggetto potenziale erede rinuncia ai diritti che acquisterà da una successione non ancora aperta⁸¹³. Ex art. 458 c.c. è dichiarata nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione.

⁸⁰⁵ PATTI S., *Testamento e strumenti di pianificazione successoria*, in *Riv.cir.civ.*4/2025, p. 622; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 315.

⁸⁰⁶ LEUZZI S., *op. cit.*, p. 17

⁸⁰⁷ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 645.

⁸⁰⁸ Art. 458 c.c.

⁸⁰⁹ Art. 457 c.c.

⁸¹⁰ Art. 692 c.c.

⁸¹¹ Art. 698 c.c.

⁸¹² Artt. 536 ss. cc.

⁸¹³ CIAN G. e TRABUCCHI A., *Art. 458*, in *Commentario breve al codice civile*, XVI edizione, CEDAM, 2024, p. 520; LEUZZI S., *op. cit.*, p. 20.

Si tratta della naturale conseguenza del contenuto del precedente art. 457 c.c.: se le uniche forme consentite per devolvere l'eredità sono la legge o il testamento, allora non si possono prevedere forme contrattuali a tal fine⁸¹⁴. Il contenuto del divieto dei patti successori, quindi, si limita a indicare che il mezzo contrattuale non può contenere profili rispondenti alla funzione tipica del negozio testamentario⁸¹⁵. Di conseguenza è legittimo l'accordo contrattuale funzionale a realizzare l'assetto di interessi in vista della morte di una o di entrambe le parti quando non si spinga a disporre di beni o risorse per quello che ne residuerà alla morte dell'ereditando o prevedere obblighi gravanti sui successibili di tale ereditando⁸¹⁶. Inoltre, tali limiti vigono per l'autonomia privata, ma nulla impedisce al legislatore di forzare i confini dell'art. 458 c.c..

Emblematico, in questo caso, il *trust* che appare suscettibile di essere attratto nell'ambito di applicazione del divieto dei patti successori istitutivi⁸¹⁷. Tuttavia, proprio l'indagine della *ratio* dello strumento sconfessa il contrasto solo apparente tra l'art. 458 c.c. e il *trust*. Di conseguenza, in dottrina e in giurisprudenza non si reputa il *trust* successorio non testamentario in conflitto con il divieto dei patti successori⁸¹⁸. Infatti, il *trust* successorio è un atto *inter vivos* e non *mortis causa*: la morte del disponente non ha alcuna rilevanza causale, ma si limita a individuare il momento di esecuzione dell'attribuzione finale⁸¹⁹. Si parla al riguardo di atti *post mortem*⁸²⁰. Inoltre, il disponente dispone dei beni quando è ancora in vita e non gestisce l'asse ereditario, ma il patrimonio⁸²¹. Ad ogni modo, la valutazione della compatibilità del singolo *trust* rispetto all'art. 458 c.c. necessita una verifica nel caso concreto⁸²². Altri autori rilevano che la legge di ratifica della Convenzione

⁸¹⁴ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, p. 470; LEUZZI S., *op. cit.*, p. 20.

⁸¹⁵ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, p. 487; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 315

⁸¹⁶ DELLE MONACHE S., *op. loc.cit*

⁸¹⁷ ,116.

⁸¹⁸ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 694; MOJA A., *op. cit.*, p. 204; Trib.Lucca 23/09/1997; Corte d'Appello di Firenze, 09/08/2001, Cass. Civ., 18/12/1995, n. 12906.

⁸¹⁹ Cass. Civ., SU., 12/07/2019, n.18831.

⁸²⁰ LEUZZI S., *op. cit.*, p. 23; Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 911; CENINI M., *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, in *Giurisprudenza italiana*, luglio 2023, p. 1536; RUSSO T.V., *Il trust come strumento per disciplinare il passaggio generazionale e le dinamiche successorie*, in *I contratti*, n.4, 2024, p. 448; Cass. Civ., ord. 17/02/2023, n. 5073.

⁸²¹ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, pp. 108-109; LEUZZI S., *op. cit.*, p. 23.

⁸²² GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 117.

abbia implicitamente derogato all'art. 458 c.c., ammettendo una devoluzione dei beni non testamentaria, ma avente il suo titolo in un *trust*⁸²³. Nonostante la clausola di salvaguardia dettata all'art. 15, lett.c), posto il *favor* verso il *trust* che pervade il testo convenzionale, pare contraddittorio vanificare il riconoscimento del *trust* conforme alla legge individuata dal disponente⁸²⁴.

Inoltre, il *trust* non viola il divieto di sostituzione fedecommissaria —disposizione con cui l'erede è vincolato a conservare i beni al fine di ritrasmetterli, alla sua morte, secondo una linea già predeterminata— perché non sussiste una doppia istituzione di erede, non essendo tale il *trustee*⁸²⁵.

Infine, il *trust* non viola in sé e per sé la quota di riserva dei legittimari, ma è possibile che comporti una lesione in questo senso, come si vedrà più nello specifico nel seguito. Per legittima si intende la quota di diritti all'apertura della successione che il nostro ordinamento riserva ai parenti più stretti del *de cuius*. La materia è disciplinata al Capo X del Titolo I del Libro II del Codice civile. Gli articoli a ciò dedicati mostrano la composizione di due tensioni che attraversano il diritto privato: l'autonomia dei singoli soggetti e gli interessi del diritto di famiglia. Ciò si traduce nel diritto che, all'apertura della successione, i legittimari maturano su una quota del patrimonio del *de cuius*, patrimonio individuato come la differenza tra il valore dei beni del *relictum*, la consistenza del patrimonio al momento del decesso, e i debiti a cui si aggiunge il *donatum*, i beni usciti per effetto di donazione durante la vita. La categoria dei legittimari è individuata agli artt.536 ss. cui segue l'indicazione delle quote che spettano a ciascun legittimario.

Le disposizioni in tema di successione nella legittima non sono derogabili ad opera dell'autonomia privata e il diritto alla legittima è intangibile. Infatti, il legittimario pretermesso può agire in riduzione e reintegrazione per ottenere i propri diritti in natura, con i beni facenti parte dell'asse ereditario. L'azione di riduzione consiste nel mezzo che permette al legittimario, facendo valere il proprio titolo, di aggredire le disposizioni testamentarie e, solo quando ciò non risulti sufficiente, anche le

⁸²³ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, p. 490.

⁸²⁴ DELLE MONACHE S., *op. loc.cit.*

⁸²⁵ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 668; MOJA A., *op. cit.*, p. 204; LEUZZI S., *op. cit.*, p. 25; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 315.

donazioni, dirette e indirette secondo quanto previsto agli artt. 554 e 555 c.c.. Secondo quanto disposto all'art. 558 c.c., la riduzione delle disposizioni testamentarie avviene in modo proporzionale, senza compiere alcuna distinzione tra eredi e legatari, salva una diversa volontà del testatore. Il criterio proporzionale delle disposizioni testamentarie cede in materia di donazioni che si riducono secondo il criterio cronologico ascendente. In questo caso, il criterio cronologico è tassativo e inderogabile⁸²⁶. Siccome si interpreta il *trust* quale donazione indiretta, come sarà spiegato più nel dettaglio nel continuo, l'azione di riduzione è esperibile anche nei suoi confronti. Per questo motivo si indugia sui temi di riduzione e restituzione relativamente alle donazioni.

Con la riduzione, il legittimario fa dichiarare senza effetto le disposizioni lesive, ma non è di per sé un'azione recuperatoria⁸²⁷. Tuttavia, se la riduzione è domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione, vi è un limite alla retroattività reale dell'azione di restituzione a vantaggio di chi abbia iscritto ipoteca sui beni del donatario, salvo l'obbligo per quest'ultimo di compensare in denaro i legittimari per il minor valore dei beni se la domanda sia proposta entro dieci anni dell'apertura della successione. L'effetto reale, per converso, deriva dall'azione di restituzione che il legittimario può esercitare per soddisfare concretamente i suoi diritti. Il soggetto passivo dell'azione di restituzione può coincidere anche con terzi diversi dal donatario diretto o indiretto. Infatti, qualora il beneficiario della liberalità abbia alienato beni a terzi, il legittimario leso può agire in restituzione nei confronti di tali terzi, previa l'escussione dei beni del donatario. Il terzo, però, può impedire la restituzione dei beni, pagando l'equivalente in denaro al legittimario e si sottrae alla restituzione se il suo atto di acquisto immobiliare sia avvenuto a titolo oneroso e sia stato trascritto prima della domanda di riduzione che sia stata, a sua volta, trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione.

La valutazione del *trust* si avvicina a quanto stabilito in tema di donazione: entrambi non hanno la funzione di infrangere la legittima, ma è possibile che si verifichi una

⁸²⁶ CIAN G. e TRABUCCHI A., *Art. 559*, in *op. cit.*, p. 573.

⁸²⁷ TORRENTE A., SCHLESINGER P. e ANELLI F., *op. cit.*, p. 1238 §646; GAZZONI F., *op. cit.*, p. 482.

lesione⁸²⁸. Scendendo nello specifico del caso in esame, qualora si verifichi una lesione della quota di riserva, allora il successore necessario potrà impugnare il *trust* perché questo sia dichiarato inefficace nella misura necessaria al reintegrare la porzione spettante.

La prima problematica operativa che si deve affrontare rispetto alla riduzione del *trust* lesivo dei diritti dei legittimari riguarda l'individuazione del legittimato passivo nell'azione di riduzione, non essendo chiaro se l'azione di riduzione vada esercitata contro il *trustee* e/o il beneficiario⁸²⁹. Si parla, rispetto a tale tema, di «*emblema dell'incertezza*» che caratterizza questa materia in cui la giurisprudenza non è ancora stata dirimente⁸³⁰.

Si distinguono tre ipotesi⁸³¹. In primo luogo, alcuni autori ritengono che l'azione di riduzione debba essere esperita nei confronti del *trustee* che è il soggetto avente causa del *de cuius*⁸³². Nel caso, però, in cui il *trust* sia già estinto o il *trustee* abbia già compiuto distribuzioni in favore dei beneficiari, questa tesi mostra i propri limiti: il *trustee*, infatti, ha perso la disponibilità dei beni⁸³³. Tuttavia, il legittimario istante vittorioso potrebbe agire in restituzione contro il beneficiario destinatario delle distribuzioni *ex art.* 563 c.c., come agirebbe contro l'avente causa del donatario o del successore *mortis causa*⁸³⁴.

All'opposto si ritiene che il legittimato passivo dell'azione di riduzione sia il beneficiario del *trust* a prescindere dalla distribuzione finale o da erogazioni parziali siccome è l'unico effettivo destinatario dell'arricchimento economico. Infine, è prevista una posizione intermedia che propone un approccio variabile e pragmatico: l'azione di riduzione è esperita nei confronti di chi abbia la disponibilità dei beni in

⁸²⁸ MOJA A., *op. cit.*, p. 205; SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 673.

⁸²⁹ BARTOLI S., *op. cit.*, p. 654; MOJA A., *op. cit.*, p. 205; Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 30; RUSSO T.V., *op. ult.cit.*, p. 451; ERRANI G., *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti*, in *Contratto e impresa*, n.2, 2020, p. 948; SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 679.

⁸³⁰ MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.6, 2017, p. 601.

⁸³¹ SANSONI R., *op. cit.*, p. 411; MOJA A., *op. cit.*, p. 206.

⁸³² Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 34.

⁸³³ MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *op. cit.*, p. 602.

⁸³⁴ ERRANI G., *op. cit.*, p. 951; MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *op. cit.*, p. 603.

trust al momento dell'azione di riduzione⁸³⁵. Dunque, se il *trust* abbia avuto completa esecuzione, il legittimato passivo sarà il beneficiario finale, ma nel caso in cui il *trust* sia ancora *in itinere*, allora si deve agire contro il *trustee*⁸³⁶.

Nei pochissimi precedenti che si sono espressi rispetto a ciò, la giurisprudenza sembra essersi orientata in quest'ultima direzione, preferendo un approccio elastico⁸³⁷. Nei casi in cui i beneficiari hanno già maturato il diritto alla distribuzione, il giudice permette l'azione di riduzione direttamente nei confronti del beneficiario stesso⁸³⁸; nelle altre ipotesi in cui il vincolo costituito con il *trust* perdura dopo la morte del disponente, allora l'azione è direzionata contro il *trustee* per non coinvolgere un soggetto che non ha ancora ricevuto alcuna liberalità⁸³⁹. Anche questa ricostruzione si espone a delle critiche.

Si può obiettare che il *trustee* non sia destinatario di alcun arricchimento liberale dovuto al *trust*, siccome la sua titolarità del fondo è meramente strumentale a quanto previsto nell'atto istitutivo, risultando «ontologicamente eterodiretta»⁸⁴⁰. Parte della dottrina propone di risolvere questo interrogativo a partire dal momento della lesione patrimoniale, interrogandosi se questa avvenga nel momento in cui i beni escono dal patrimonio del disponente o quando entrano in quello del beneficiario della disposizione lesiva⁸⁴¹.

Se si considera il dato positivo che assoggetta a riduzione le disposizioni testamentarie eccedenti la quota di cui il *de cuius* poteva legittimamente disporre⁸⁴² e le donazioni che comportino la stessa conseguenza⁸⁴³, risulta che la lesione è scatenata dal meccanismo negoziale⁸⁴⁴. Quindi, il beneficiario leso, quanto all'azione di riduzione, deve sempre agire nei confronti del *trustee*. Diverso nel caso

⁸³⁵ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, p. 493; Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 33; RUSSO T.V., *op. ult.cit.*, p. 451.

⁸³⁶ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 33; ERRANI G., *op. cit.*, p. 951.

⁸³⁷ Cass. Civ.17/02/2023, n. 5073; SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 679.

⁸³⁸ Trib. Venezia, 04/01/2005.

⁸³⁹ Cass. Civ.17/02/2023, n. 5073; Trib. Lucca 23/09/1997; Corte App. Firenze, 09/08/2001

⁸⁴⁰ ERRANI G., *op. cit.*, p. 951.

⁸⁴¹ MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *op. cit.*, p. 603.

⁸⁴² Art. 554 c.c.

⁸⁴³ Art. 555 c.c.

⁸⁴⁴ MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *op. cit.*, p. 604.

dell'azione di restituzione per cui il legittimario agisce contro il *trustee* se i beni siano ancora nella sua disponibilità, dovendo altrimenti rivolgersi contro il beneficiario⁸⁴⁵. Ad ogni modo tale interrogativo probabilmente assume meno importanza dal punto di vista pratico perché la domanda di riduzione può essere spiegata nel medesimo processo contro entrambe le figure, *trustee* e beneficiario⁸⁴⁶.

Si esamina, a questo punto, il tema dell'oggetto dell'azione di riduzione. Rispetto alla pluralità dei casi concreti che si danno nella pratica, si comincia l'analisi dalla figura del *trust* testamentario, il *trust* che trova la propria fonte nel testamento. Quanto ai rimedi azionabili dai legittimari lesi, siccome la fonte del *trust* è il testamento, non vi sono ostacoli all'applicazione delle norme successorie *tout court*⁸⁴⁷. In caso di lesione quantitativa della legittima, l'azione di riduzione ha ad oggetto proporzionalmente tutte le disposizioni testamentarie, anche il *trust* che vede diminuire o azzerare la dotazione iniziale. Il *trust* lesivo dei diritti dei legittimari è valido ed efficace, ma riducibile⁸⁴⁸. Risulta eccessivo, invece, il ricorso all'azione di nullità⁸⁴⁹. In effetti, il ricorso alla categoria della nullità, amplierebbe il novero dei legittimati attivi: si legittimerebbe ogni interessato, senza termini di prescrizione, a richiedere la dichiarativa di nullità.

Diverso il caso di lesione qualitativa che ricorre nei casi in cui i legittimari siano nominati beneficiari del *trust* e lamentino di non aver ricevuto la legittima loro spettante in piena proprietà all'apertura della successione. Per agire contro lesioni di tipo qualitativo è possibile azionare il rimedio dell'art. 549 c.c.: si fa valere il

⁸⁴⁵ MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *op. loc.cit.*

⁸⁴⁶ MOJA A., *op. cit.*, p. 206.

⁸⁴⁷ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 405.

⁸⁴⁸ MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.6, 2017, p. 600; SANSONI R., *op. loc.cit.*; MURITANO D. e CARMINE R., *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 31.

⁸⁴⁹ CENINI M., *op. cit.*, p. 1535; RUSSO T.V., *op. ult.cit.*, p. 450; MURITANO D. e CARMINE R., *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 31; SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 673 e 676; Cass. Civ., ord. 17/02/2023, n.5073; Cass. Civ. SU, 12/07/2019, n.18831; ERRANI G., *op. cit.*, p. 950.

divieto di pesi e condizioni per ottenere la legittima libera, in piena proprietà, senza attendere il termine finale del *trust*⁸⁵⁰.

Un'altra strada percorribile è introdotta dal precedente di diritto britannico *Saunders v Vautier*⁸⁵¹: se i beneficiari sono tutti determinati, maggiori di età, capaci e con diritti individuati, gli stessi possono porre fine al *trust* con il consenso comune. In questo modo i beneficiari possono ottenere tutti i beni confluiti nello stesso. Nella versione originale del precedente, vi è un solo beneficiario ventunenne di un *trust* sottoposto al termine iniziale del raggiungimento del venticinquesimo anno di età. Capace di agire e *vested*, titolare di diritti certi, questi agisce per l'ottenimento anticipato del fondo in *trust*. La Corte concede ciò, con la conseguenza che la posizione del beneficiario è qualificata alla stregua di un diritto potestativo nei confronti del *trustee* per ottenere il fondo in *trust* a prescindere dal termine inserito nell'atto istitutivo⁸⁵². Nel caso in cui i beneficiari siano plurimi, è necessario il consenso di ciascuno di loro.

Pone più problemi operativi il *trust* successorio istituito per atto *inter vivos* rispetto all'oggetto dell'azione restitutoria esercitabile contro il legittimato passivo dell'azione di riduzione⁸⁵³. A questo punto occorre fare un passo indietro e verificare l'inquadramento del *trust* sotto il profilo causale.

Il *trust* attuato con spirito di liberalità si riflette in un depauperamento del disponente e nell'arricchimento del beneficiario, secondo la stessa dinamica tipica della donazione. Il profilo liberale non si coglie rispetto al rapporto tra disponente e *trustee* perché in capo a questi manca qualsiasi tipo di arricchimento, ma il carattere liberale si coglie rispetto al beneficiario: con l'istituzione del *trust*, il disponente attua una liberalità non donativa nei confronti dei beneficiari per il tramite del *trustee*⁸⁵⁴. In effetti, lo scopo liberale di arricchire un altro soggetto si

⁸⁵⁰ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 406.

⁸⁵¹ *Saunders v. Vautier* 1841 4 Beav. 115; RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 212.

⁸⁵² SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 686.6

⁸⁵³ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 32.; SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 406.

⁸⁵⁴ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 405; BARTOLI S., *Trust interno e liberalità non donativa*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I quaderni della fondazione italiana per il Notariato, 2008, p. 59; SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I*

raggiunge anche con schemi negoziali diversi dalla donazione formale; il donante attua la liberalità con un mezzo giuridico differente dalla donazione, arrecando il beneficio solo di riflesso. Quando l'incentivo del disponente è di arricchire i beneficiari finali, intestando in capo al *trustee* diritti rivolti ad essi, si ha una donazione indiretta.

Nel caso di specie, in materia di *trust* successori, il *trust* risponde all'interesse non patrimoniale del disponente di provvedere al mantenimento del benessere della propria famiglia nel tempo⁸⁵⁵. Essendo il singolo *trust* caratterizzato da un intento liberale, si qualifica come donazione indiretta e dunque, nel caso di lesione della quota di legittima, bisogna tenere a mente la disciplina in tema di successione necessaria come previsto dall'art. 809 c.c..

Rispetto a ciò il primo tema da affrontare è l'individuazione dell'oggetto della liberalità attuata per il tramite del *trust* per poterla contabilizzare nella riunione fittizia in modo da determinare l'entità di disponibile e legittima⁸⁵⁶. Come già ricordato, la riunione fittizia corrisponde alla somma algebrica di *relictum* a cui detrarre il *debitum* e aggiungere il *donatum*.

A seconda dei casi, il *trust fund* è ricondotto al *relictum* o al *donatum*. Infatti, rispetto ai *trust* istituiti con il testamento si propende per la prima opzione, mentre i *trust* istituiti mediante atti *inter vivos* sono da ricondursi al *donatum*⁸⁵⁷.

Se per i *trust mortis causa* la situazione è più lineare e l'oggetto della liberalità corrisponde al valore dei beni in *trust*, non è altrettanto facile individuare l'oggetto del *trust inter vivos*⁸⁵⁸. In primo luogo, a tal fine, rileva il valore dei beni istituiti in *trust* al momento dell'apertura della successione come previsto dalla regola generale all'art. 556 c.c.. Tuttavia, questa affermazione richiede alcune specificazioni in tre casi. Nel caso dei *trust* a gestione statica, il fondo in *trust* non subisce variazioni di

Contratti, n.6, 2023, p. 675; ERRANI G., *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti*, in *Contratto e impresa*, n.2, 2020, p. 946; Cass. Civ., 17/02/2023, n. 5073; Cass. Civ. SU, 12/07/2019, n.18831.

⁸⁵⁵ SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 676.

⁸⁵⁶ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 406.

⁸⁵⁷ SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 680.

⁸⁵⁸ SANSONI R., *op. ult.cit.*, p. 681

consistenza nel tempo e dunque non si pongono problemi di sorta per individuare il valore della liberalità: il depauperamento del *de cuius* coincide con il valore del fondo in *trust*⁸⁵⁹. A conclusioni simili si giunge rispetto al *trust* a gestione dinamica nel caso in cui la gestione non abbia alterato il valore di quanto trasferito dal disponente, anche se l'entità dei beni del *trust* è differente⁸⁶⁰. Infine, quando la gestione dinamica del *trustee* abbia prodotto un differenziale nel valore del fondo in *trust*, diventa più complicata l'individuazione dell'oggetto della liberalità.

Le alternative si muovono tra due poli: considerare oggetto della liberalità il depauperamento del disponente o l'arricchimento al momento dell'apertura della successione⁸⁶¹. Può essere utile fare riferimento alle liberalità atipiche per risolvere il punto. In questo caso, quando il depauperamento del *de cuius* e l'arricchimento dell'*accipiens* non coincidano, la Cassazione ha stabilito, rispetto alle donazioni indirette, che l'oggetto della liberalità —ai fini di riunione fittizia, collazione e riduzione— è quanto entra nel patrimonio del soggetto beneficiario⁸⁶². Questa impostazione è ritenuta applicabile anche al caso del *trust*.

Altri autori, invece, ritengono di applicare il principio di cui all'art. 1923, co. 2 c.c.⁸⁶³. Dettato in tema di assicurazione sulla vita, si prevede che le disposizioni relative a collazione, imputazione e riduzione delle donazioni sono salve rispetto ai premi pagati. Nel caso di assicurazione sulla vita, l'oggetto di collazione, riunione fittizia, imputazione e riduzione non sono le indennità pagate dall'assicuratore, ma i premi pagati dall'assicurato⁸⁶⁴.

La dottrina prevalente, oggi, aderisce a una diversa teoria: oggetto di riunione fittizia, imputazione, collazione e riduzione è il valore del depauperamento del disponente e non dei beni presenti nel fondo in *trust* o di quanto ricevuto dai

⁸⁵⁹ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 407; SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 680.

⁸⁶⁰ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, p. 495; SANSONI R., *op. ult.cit.*, p. 480.

⁸⁶¹ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 407.

⁸⁶² Cass. Civ., Su.05/08/1992, n. 9282; Cass. Civ., 12/05/2010, n. 11496; Cass. Civ., 17/10/2022, n.35461 12.

⁸⁶³ SANSONI R., *op. ult.cit.*, p. 407; MERCATI G. e RIZZONELLI G., *op. cit.*, p. 604.

⁸⁶⁴ Cass. Civ., 23/03/2006, n. 6531.

beneficiari⁸⁶⁵. Di conseguenza, nei *trust* a gestione dinamica, gli eventuali incrementi di valore rimangono a vantaggio dei beneficiari⁸⁶⁶.

Si pensi, inoltre, al caso in cui il legittimario risulti tra i beneficiari del *trust*⁸⁶⁷. Nel caso in cui la successione sia stata aperta e sia seguita la distribuzione dei beni in *trust*, il legittimario-beneficiario deve compiere l'imputazione e anche la collazione di quanto ricevuto sulla base del combinato disposto degli artt. 564 e 737 c.c.. A tal fine, si fa riferimento al valore dell'impoverimento del disponente. Al netto di tali imputazioni, il legittimario può comunque esperire l'azione di riduzione per l'eventuale lesione residua.

Diverso il caso in cui il beneficiario-legittimario non abbia ancora ricevuto alcunché. Tale lesione completa della legittima integra una lesione di tipo qualitativo⁸⁶⁸. In questo caso si crea un bivio dinnanzi al beneficiario-legittimario: può decidere di mantenere la legittima segregata in *trust*, non avendone l'immediata disponibilità, oppure può optare per ottenere subito la legittima in piena e libera disponibilità, agendo in riduzione⁸⁶⁹. L'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione permette al beneficiario-legittimario di ottenere la propria quota di legittima in piena proprietà.

D'altra parte, è possibile che il disponente si adoperi per prevenire l'esercizio dell'azione di riduzione da parte del legittimario. Per raggiungere tale obiettivo inserisce nell'atto dispositivo clausole di decadenza per liberare la parte di fondo in *trust* necessaria alla reintegrazione della legittima⁸⁷⁰. In caso di lesione quantitativa, tali clausole permettono al legittimario pretermesso o leso di ottenere il delta, mentre nel caso di lesione qualitativa, il legittimario può ricevere la legittima libera da pesi e condizioni. Tali clausole possono permettere al *de cuius* anche di individuare l'ordine delle disposizioni da ridurre.

⁸⁶⁵ SANSONI R., *op. ult.cit.*, p. 408.

⁸⁶⁶ SANSONI R., *op. ult.cit.*, p. 408.

⁸⁶⁷ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 41.

⁸⁶⁸ Studio n. 219-2019/C, *op. loc.cit.*

⁸⁶⁹ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 409.

⁸⁷⁰ SANSONI R., *op. loc.cit.*

Si deve approfondire, a questo punto dell'analisi, il tema dell'efficacia retroattiva reale dell'azione di restituzione a favore del legittimario. L'azione di restituzione, infatti, è un'azione reale con funzione recuperatoria: essa è volta a ottenere la restituzione di quanto sia stato trasferito in violazione delle quote spettanti ai legittimari. Tuttavia, nel caso di specie vi è incertezza rispetto all'individuazione dei beni oggetto della restituzione. Infatti, l'atto da cui deriva il depauperamento del patrimonio del *de cuius* non corrisponde all'atto da cui deriva l'arricchimento del beneficiario e che non coincidono necessariamente i loro oggetti⁸⁷¹.

Il *trust*, però, non rappresenta l'unico caso di liberalità indiretta dove l'impovertimento del donante non corrisponde all'arricchimento del donatario. Rispetto a tale profilo si ritiene che l'effetto recuperatorio seguito all'azione di restituzione riguardi esclusivamente l'atto che ha provocato l'impovertimento del disponente⁸⁷². Tuttavia, tradizionalmente si ritiene che l'azione di restituzione sia applicabile solo alle donazioni dirette perché solo in questo caso il terzo avente causa può valutare la natura liberale del suo acquisto sulla base del titolo⁸⁷³. Siccome i *trust* successori rientrano nella categoria delle liberalità indirette, si potrebbe ritenere esclusa l'azione di restituzione. Tuttavia, sono necessarie alcune specificazioni.

In primo luogo, l'azione di restituzione può rivolgersi solo a beni usciti dal patrimonio del disponente⁸⁷⁴. Nondimeno, in materia di *trust* non è ancora stata indicata una soluzione univoca e pacifica⁸⁷⁵. Ad oggi si auspica una valutazione caso per caso⁸⁷⁶. In particolare, quando i beni del *trust* siano infungibili e affidati al *trustee* per una gestione statica, allora il legittimario può giovare dell'effetto recuperatorio in natura; nel caso in cui il *trust* sia caratterizzato da una gestione dinamica del fondo, al legittimario spetta solo il *tantundem*⁸⁷⁷. Tuttavia, la

⁸⁷¹ ERRANI G., *op. cit.*, p. 956.

⁸⁷² ERRANI G., *op. cit.*, p. 958.

⁸⁷³ SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 684.

⁸⁷⁴ SANSONI R., *op. loc.cit.*

⁸⁷⁵ SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, pp. 685 ss.

⁸⁷⁶ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, pp. 494 ss.

⁸⁷⁷ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, p. 495.

distinzione tra gestione statica e a gestione dinamica non è sempre perfettamente chiara nelle situazioni concrete e può richiedere di attendere fino al termine del *trust* per valutare effettivamente la natura della gestione, ma una valutazione *a posteriori* ha delle conseguenze negative in tema di certezza dei rapporti⁸⁷⁸.

In aggiunta a quanto esaminato finora, occorre evidenziare che esistono categorie di *trust* che gravano sulla legittima, ma non ne costituiscono una lesione⁸⁷⁹. Si pensi al *trust* istituito per testamento con funzione divisionali con cui il disponente attribuisce al *trustee* il compito di realizzare il disegno distributivo dell'asse ereditario⁸⁸⁰. Ciò è reso possibile dall'«ombrello protettivo» dell'art. 549 c.c. che fa salve le disposizioni divisionali, tutte le disposizioni finalizzate all'apporzionamento.

Da ultimo, si considera il tema della trascrizione dei *trust* successori. L'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. permette la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Vi sono, però, delle differenze rilevanti rispetto al *trust*⁸⁸¹. Gli atti di destinazione hanno per oggetto esclusivamente immobili e mobili registrati, mentre il *trust* può inglobare qualsiasi tipo di utilità economicamente valutabile. Inoltre, se i primi hanno una durata non superiore a novant'anni o alla vita della persona beneficiaria, al *trust* è attribuita una durata riconosciuta dalla legge straniera che lo disciplina. Non di meno, prevedendo che l'atto di destinazione che risulti da atto pubblico sia trascritto e quindi opponibile ai terzi, si permette anche la trascrizione dei *trust* successori che abbiano ad oggetto immobili e mobili registrati⁸⁸².

In definitiva, le problematiche che derivano dall'interazione tra il diritto dei *trust* e la disciplina successoria italiana rappresentano uno dei terreni più controversi nell'adattamento dell'istituto di diritto anglosassone al nostro sistema⁸⁸³.

⁸⁷⁸ ERRANI G., *op. cit.*, p. 959.

⁸⁷⁹ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 42; SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 681.

⁸⁸⁰ SANSONI R., *op. loc.cit.*

⁸⁸¹ LEUZZI S., *op. cit.*, p. 79.

⁸⁸² LEUZZI S., *op. cit.*, p. 80.

⁸⁸³ ERRANI G., *op. cit.*, p. 968.

4.2.1 Le vicende successorie dell'impresa e dei beni produttivi

Un ambito in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di strumenti per la trasmissione della ricchezza più flessibili del testamento è quello della trasmissione dei beni produttivi⁸⁸⁴. Infatti, il diritto italiano non è particolarmente attento a garantire la continuità imprenditoriale attraverso le generazioni e il *trust* rappresenta un valido strumento successorio per garantire la continuità e l'efficienza dell'impresa dopo la morte dell'imprenditore⁸⁸⁵. D'altra parte, non si tratta esclusivamente di servire l'interesse dell'impresa e dell'imprenditore, ma occorre tenere in considerazione che un'attività economica è anche uno strumento di creazione e diffusione di ricchezza, interesse della comunità⁸⁸⁶.

In particolare, il *trust* è in grado di soccorrere rispetto alle problematiche che occorrono essenzialmente nella piccola e media attività produttiva, caratterizzata da proprietà e gestioni familiari: scarse capacità manageriali delle generazioni successive all'imprenditore originale, litigiosità, mancanza di successori⁸⁸⁷. Il tema è di particolare rilievo per il tessuto economico italiano e, peraltro, l'Unione Europea con una raccomandazione del 7 dicembre 1994 ha invitato gli Stati membri a dotarsi di misure dirette per facilitare il passaggio generazionale nelle PMI e assicurare la continuità dell'attività imprenditoriale⁸⁸⁸.

D'altra parte, l'ordinamento italiano ha introdotto nel 2006 l'istituto del patto di famiglia agli artt. 768-*bis* ss. c.c., prevedendo un'eccezione legale al divieto dei patti successori⁸⁸⁹. Spesso il patto di famiglia e il *trust* sono considerati come strumenti

⁸⁸⁴ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 7; RUSSO T.V., *op. ult.cit.*, p. 448; RUSSO T.V., *Il trust in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, p. 193.

⁸⁸⁵ MOJA A., *op. cit.*, p. 200; GRUPPUSO M.C., *Interesse dell'impresa e interesse dei legittimari negli atti di liberalità, uno studio su patto di famiglia e trust per la trasmissione dell'impresa*, Giappichelli, 2026, p. 100; Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 8.

⁸⁸⁶ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 119.

⁸⁸⁷ MOJA A., *op. cit.*, p. 200.

⁸⁸⁸ Il cui contesto socio-imprenditoriale è prevalentemente basato su piccole e medie realtà imprenditoriali, perlopiù a gestione familiare, v.d. RUSSO T.V., *Il trust in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, p. 193. Raccomandazione della Commissione Europea, 94/1069/CE.

⁸⁸⁹ L. 14/02/2006, n.55

alternativi al testamento e in competizione tra di loro⁸⁹⁰. In effetti anche il patto di famiglia è in grado di impedire la frammentazione della titolarità di un'azienda dovuta alla sua trasmissione *mortis causa*. L'imprenditore, infatti, con questo contratto può stabilizzare il futuro della propria attività, attribuendola al discendente che ritiene più idoneo alla prosecuzione di tale attività.

Il patto di famiglia è il contratto con cui l'imprenditore trasferisce, totalmente o parzialmente, l'azienda —e il titolare di partecipazioni societarie le proprie quote— a uno o più discendenti. Si qualifica come contratto plurilaterale perché vi devono partecipare anche il coniuge e la parte dell'unione civile e tutti coloro che sarebbero legittimari, se la successione si aprisse in quel momento preciso. Il loro consenso, infatti, è necessario per la validità del patto di famiglia.

È, inoltre, prevista la forma dell'atto pubblico. L'oggetto di questo nuovo tipo contrattuale consiste nell'azienda o in un suo ramo o nelle partecipazioni societarie o parti di esse. Il contratto comprende una parte attributiva di natura reale e un effetto obbligatorio: il disponente trasferisce l'azienda o le quote partecipative a un discendente e contestualmente, in capo allo stesso assegnatario, sorge l'obbligo di liquidare gli altri legittimari non assegnatari con il pagamento di una somma che corrisponda al valore della loro quota di legittima. Proprio perché vi è una sorta di anticipazione di successione, l'art. 768-*quater* esclude quanto ricevuto dai contraenti alla disciplina di collazione e riduzione.

Senza scendere nei dettagli del patto di famiglia, si procede a indicare le maggiori differenze rispetto al *trust*, al di là del fatto che per il *trust* non rileva la qualifica di imprenditore.

In primo luogo, il patto di famiglia si distanzia dal *trust* perché il primo è condizionato all'adesione di tutti coloro che sarebbero legittimari al momento della sua conclusione come disposto dall'art. 768-*quater*. La mancata partecipazione anche di un solo legittimario determina l'inapplicabilità dell'istituto intero. Una seconda differenza risiede nel fatto che il *trust* può avere ad oggetto anche beni diversi da quelli elencati all'art. 768-*bis*. Inoltre, se nel patto di famiglia è prevista

⁸⁹⁰ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 101.

la liquidazione delle quote dei non assegnatari da parte dell'assegnatario che spesso non ha i mezzi per farli fronte, il *trust* potrebbe essere dotato dallo stesso imprenditore delle risorse per soddisfare ciò. Inoltre, rispetto al patto di famiglia, sul piano gestionale manca una figura di riferimento comparabile a quella del *trustee*, terzo che provvede alla gestione del bene produttivo può nominare gli amministratori preposti a ciò⁸⁹¹. Infine, nel patto di famiglia è assente l'effetto segregativo/separativo del patrimonio da trasmettere⁸⁹².

Ad ogni modo, la diffusione del *trust* per la trasmissione dell'impresa è indubbiamente connessa ai vantaggi che l'operazione cerca di ottenere. Infatti, attraverso l'effetto segregativo, aziende e partecipazioni sociali confluite nel *trust* sono insensibili alle vicende patrimoniali del disponente⁸⁹³. Inoltre, tale strumento permette di assicurare una gestione unitaria qualificata del complesso aziendale o delle partecipazioni da parte del *trustee* che solitamente è il potenziale erede maggiormente in grado di gestire l'azienda, non di rado essendo un professionista formatosi per questo scopo⁸⁹⁴. Infine, l'imprenditore disponente può inserire disposizioni precise nell'atto istitutivo o nelle lettere di desiderio per regolamentare in modo dettagliato la gestione del complesso aziendale o i diritti relativi alle partecipazioni⁸⁹⁵. Si ricordi, però, che le lettere di desiderio, come si ha già avuto modo di specificare, non vincolano in alcun modo il *trustee*⁸⁹⁶.

Considerare il rapporto tra trasmissione dell'impresa e successione richiede di prestare attenzione alla tutela dei legittimari. Come visto prima, dottrina e giurisprudenza si sono ormai consolidate e affermano che il *trust* per la trasmissione dell'impresa configura una liberalità diversa dalla donazione, volta ad avvantaggiare il beneficiario finale⁸⁹⁷. A rigor di logica si dovrebbe provare la sussistenza dell'*animus donandi*, ma in giurisprudenza si è ritenuta operante una

⁸⁹¹ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 9.

⁸⁹² RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 195.

⁸⁹³ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 111.

⁸⁹⁴ GRUPPUSO M.C., *op. loc.cit.*; RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 194.

⁸⁹⁵ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 113.

⁸⁹⁶ LUPOI M., *I Trust nel Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile, I Diritti Reali-2*, diretto da SACCO R, UTET, 2004, p. 308.

⁸⁹⁷ BARTOLI S., *Trust interno e liberalità non donativa*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I quaderni della fondazione italiana per il Notariato, 2008, p. 59; GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 193.

presunzione di liberalità fondata sul rapporto tra disponente e beneficiario quando quest'ultimo sia un discendente del primo⁸⁹⁸. Se il beneficiario è un legittimario, allora l'*animus donandi* si presume, confluendo nell'interesse ad anticipare la successione.

La Cassazione ha poi precisato che, in presenza di una lesione dei diritti dei legittimari, è esperibile l'azione di riduzione nei confronti del beneficiario finale qualora il *trust* abbia avuto esecuzione e nei confronti del *trustee* se il *trust* sia ancora in fase di esecuzione⁸⁹⁹. Dunque, nel *trust* per la trasmissione dell'impresa, lo spirito di liberalità del disponente nei confronti del beneficiario è prevalente ai fini della qualificazione come donazioni indirette: l'arricchimento del beneficiario viene realizzato dal disponente non mediante una donazione, ma attraverso la creazione di un ufficio di diritto privato, quello del *trustee*⁹⁰⁰. Di qui l'applicazione della disciplina comune in tema di liberalità, le norme in tema di revocazione, riduzione e collazione a tutela di quei terzi —i familiari— che potrebbero essere danneggiati da un atto di liberalità.

Rispetto a tale profilo, alcuni autori hanno operato una distinzione tra *trust* a gestione statica e *trust* a gestione dinamica: nel primo caso il *trustee* si limita alla conservazione del valore dei beni, mentre nel secondo caso ha poteri gestionali più ampi e il beneficiario finale finirà per ricevere beni o utilità diverse da quelli originariamente conferiti in *trust* dal disponente⁹⁰¹. La questione rileva in tema di individuazione dell'oggetto della liberalità visto che nell'ultima ipotesi non vi è coincidenza tra depauperamento del disponente e arricchimento del beneficiario e di natura della tutela. Infatti, riportando il *trust* ai casi in cui la liberalità è attuata per mezzo di un atto da parte del terzo —la liberalità è attuata con l'atto di distribuzione da parte del *trustee*— la tutela non può essere reale, ma è

⁸⁹⁸ Cass. Civ., ord. 17/02/2023, n. 5073; Cass. Civ., 12/07/2019, n. 18831; Cass. Civ., 26/10/2016, n.21614.

⁸⁹⁹ Cass. Civ., ord. 17/02/2023, n. 5073.

⁹⁰⁰ Cass. Civ., SU., 12/07/2019, n. 18831; CENINI M., *op. cit.*, p. 1535; BARTOLI S., *op. cit.*, p. 59; RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 196.

⁹⁰¹ DELLE MONACHE S., *La libertà di disporre*, in *Rivista di diritto civile*, n. 2, 2019, p. 495; SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 406; GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 216

necessariamente obbligatoria: il legittimario vittorioso vanta un diritto di credito pecuniario nei confronti del beneficiario finale⁹⁰².

Il rimedio, invece, ha effetto recuperatorio quando il *trust* ha ad oggetto una gestione statica di beni infungibili⁹⁰³. Si pongono delle problematiche anche rispetto al momento da prendere in considerazione per il calcolo dei valori dei beni oggetto delle azioni di riduzione, dell'imputazione e della collazione. Muovendo dalla disciplina di quest'ultima, *ex art. 750 c.c.* la collazione dei beni mobili si fa per imputazione ed *ex art. 746 c.c.* la collazione dei beni mobili si fa per natura o imputazione sulla base del valore calcolato al momento dell'apertura della successione. Tuttavia, l'impresa è un fenomeno dinamico che vede incrementi e decrementi di valore per cui l'adozione del criterio del valore al tempo dell'apertura della successione comporta dei rischi⁹⁰⁴.

Per impedire tali esiti irragionevoli si è argomentato *ex art. 748 c.c.* che devono essere dedotte dall'oggetto della collazione tutte le spese per le migliorie o le spese straordinarie sostenute dal donatario in modo che il valore oggetto della collazione non comprenda incrementi o decrementi a opera del terzo. Di conseguenza si propone di adottare il criterio del valore dell'azienda o della partecipazione al momento della liberalità, capitalizzando al momento dell'apertura della successione per cui occorre fare riferimento ai valori dei beni al momento della costituzione del *trust*⁹⁰⁵.

Nondimeno l'interesse perseguito e l'interesse della continuità dell'impresa conducono all'individuazione di uno strumento per assicurare la gestione unitaria qualificata del complesso aziendale o delle partecipazioni per proteggere i beni produttivi conferiti nel *trust* similmente a quanto avviene con l'impiego del patto di famiglia⁹⁰⁶. Questo rilievo porta a chiedersi se la disciplina del patto di famiglia sia estendibile anche al *trust* per analogia. In particolare, si esamina se anche per il

⁹⁰² Cass. Civ., 12/10/2010, n.11496; MURITANO D. e ROMANO C., *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in *consiglio nazionale del notariato*, Studio n.219-2019/C, p. 37.77

⁹⁰³ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, p. 495.

⁹⁰⁴ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 217.

⁹⁰⁵ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 407; MURITANO D. e ROMANO C., *op. cit.*, p. 40; GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 217.

⁹⁰⁶ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 220.

trust valga quanto previsto all'art. 768-*quater*, co. 4 per il patto di famiglia che, al fine di assicurare continuità e stabilità dell'attività di impresa, esclude l'azienda e le partecipazioni sociali assegnate con il patto di famiglia da collazione e riduzione.

Questa ultima considerazione impone di verificare che l'applicabilità della disciplina del patto di famiglia al *trust* non comporti lesioni dell'interesse dei legittimari. Tuttavia, proprio la disciplina del patto di famiglia, presta attenzione a non violare le prerogative dei legittimari: essi devono essere tutti convocati al fine di partecipare al patto e negoziare il valore dei beni produttivi su cui si basa il calcolo della legittima visto che i diritti dei legittimari non assegnatari vengono soddisfatti in via anticipata con il riconoscimento del credito pecuniario. In effetti l'intangibilità della legittima ha solo carattere quantitativo e non qualitativo. Al contrario, il *trust* avviene di regola con un atto unilaterale del disponente⁹⁰⁷.

Ad ogni modo, parte della dottrina prospetta una diversa ipotesi. Il disponente, infatti, potrebbe inserire nell'atto istitutivo delle clausole per concedere ai beneficiari il potere di modificare il *trust* stesso⁹⁰⁸. Così, immaginando il dissenso di alcuni legittimari beneficiari rispetto alla determinazione del valore dei beni produttivi e il conseguente quantum della liquidazione, si potrebbe procedere a una modifica con una decisione all'unanimità o a maggioranza. Prospettando la tutela dei legittimari in questo modo, anche nel *trust* vi sarebbe un'ipotesi di conversione della legittima in natura a legittima per equivalente.

In conclusione, si potrebbe valutare di applicare le regole del patto di famiglia al *trust* per evitare la frammentazione della trasmissione di impresa e favorire la circolazione dei beni produttivi, pur salvaguardando gli interessi dei legittimari. D'altra parte, è necessario rilevare come solo l'atto di conferimento dei beni in *trust* sia potenzialmente lesivo dei diritti dei legittimari e non l'atto istituivo del *trust*⁹⁰⁹. Quindi, l'eventuale azione del legittimario leso nelle sue aspettative sarà volta a far dichiarare l'inefficacia dei trasferimenti di beni in *trust* e non a travolgere l'intero istituto.

⁹⁰⁷ LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001, p. 161.

⁹⁰⁸ GRUPPUSO M.C., *op. cit.*, p. 270.

⁹⁰⁹ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 202.

4.3 Il *trust* interno per la soluzione della crisi d'impresa

L'effetto della segregazione patrimoniale, conseguenza caratterizzante dell'istituzione di un *trust*, può essere uno strumento utile nella ricerca di soluzioni nel campo della crisi patrimoniale dell'imprenditore⁹¹⁰. Proprio per questo motivo, *trust* e fallimento sono concetti sempre più intrecciati nelle analisi della dottrina e nella prassi giudiziaria⁹¹¹. Il disponente può istituire un *trust* trasferendo un bene o un diritto al *trustee* che lo gestisca nell'interesse dei creditori. La tutela degli interessi creditizi può essere affidata allo strumento del *trust* che è allo stesso tempo capace di consentire al debitore di superare il momento di crisi in modo alternativo alle procedure concorsuali⁹¹².

Il *trust* in materia concorsuale sta guadagnando sempre maggiore successo, anche giustificato alla luce dell'elasticità del fenomeno, capace di adattarsi alle diverse esigenze⁹¹³. Inoltre, l'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza incentiva l'utilizzo di forme privatizzate di soluzione della crisi, al punto da rovesciare l'equilibrio: la soluzione della crisi con strumenti conservativi diventa la regola e la liquidazione giudiziale l'*extrema ratio*⁹¹⁴. Nella stagione della «*crisi di impresa privatizzata*»⁹¹⁵, si apre uno spazio che il *trust* può occupare nella direzione di prevenzione e gestione della crisi dell'impresa: il *trust* può scongiurare la dichiarazione di fallimento, aiutare a superare il momento di crisi o accelerare la definizione delle procedure concorsuali avviate.

Non va, peraltro, dimenticato come la disciplina delle procedure concorsuali tuteli interessi di primaria importanza nell'ordinamento: gli interessi del ceto creditizio, gli interessi del singolo creditore coinvolto nel caso concreto, gli interessi dei

⁹¹⁰ ZIINO S., *op. cit.*, p. 119.

⁹¹¹ D'ARRIGO C., *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in *La crisi d'impresa; questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Casa Editrice dott. Antonio Milani, 2010, p. 451.

⁹¹² ZIINO S., *op. cit.*, p. 117; D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 474.

⁹¹³ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto processuale*, n.4-5, 2014, p. 913.

⁹¹⁴ PALAZZO M., *op. cit.*, p. 11.

⁹¹⁴ FAROLFI A., *L'utilizzo del trust nella liquidazione delle società e nel nuovo Codice della crisi, in Trusts e attività fiduciarie*, n.4, 2024, p. 656.

⁹¹⁵ D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 452.

debitori, gli interessi sottesi alla tutela dei rapporti di lavoro e più in generale all'economia⁹¹⁶. Questa riflessione giustifica la scelta di analizzare le barriere opposte dall'ordinamento al riconoscimento del *trust* nell'ambito di crisi di impresa. Il *trust* in questa sfera, infatti, deve muoversi all'interno di una precisa cornice che ne delimita l'ampiezza a favore della tenuta dei principi dell'ordinamento italiano in cui si inserisce⁹¹⁷.

In primo luogo, come accennato sopra, l'art. 15 lett.e) della Convenzione pone l'accento sulla protezione degli interessi creditori in situazioni di insolvibilità, affermando che la Convenzione non possa forzare il sistema e imporre il riconoscimento di un *trust* a scapito delle norme imperative. A questa considerazione si aggiunga che l'art. 16 della stessa fonte introduce il limite delle norme di applicazione necessaria, cioè le norme che si applicano indipendentemente dalla situazione che viene posta in essere sul territorio nazionale. Infine, l'art. 18 ricorda il limite dell'ordine pubblico. Tali elementi devono essere presi in seria considerazione in una materia che tocca aspetti estremamente delicati del mondo dell'impresa e del lavoro più in generale.

Il singolo *trust* deve anche superare il vaglio della meritevolezza degli interessi perseguiti ex art. 1322 c.c.. Di conseguenza non è riconoscibile il *trust* quando il ricorso alla segregazione dei beni risulti abnorme, abusivo o diretto a perseguire risultati ripugnanti per l'ordinamento, in quanto volto ad operare in frode alla legge⁹¹⁸. Quanto all'esame di ciò, la giurisprudenza si riserva la possibilità di adottare anche una visuale *ex post* che prenda in considerazione la condotta del disponente, del *trustee* o del guardiano⁹¹⁹. Lasciamo che l'analisi di un caso concreto nel seguito presenti le conseguenze del superamento di tali confini⁹²⁰.

Giungendo al cuore di questa sezione, si procede allo studio del *trust* liquidatorio. La formula «*trust liquidatorio*» indica la categoria di *trust* interno che si pone come alternativa alla liquidazione giudiziale⁹²¹. L'imprenditore in crisi trasferisce tutto o

⁹¹⁶ ZIINO S., *op. cit.*, p. 120.

⁹¹⁷ ZIINO S., *op. cit.*, p. 120.

⁹¹⁸ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto processuale*, n.4, 2014, p. 910.

⁹¹⁹ Trib. Genova, 20/01/2022, n. 114.

⁹²⁰ Cass. Civ., 03/07/2025, n.18084.

⁹²¹ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 34; PANZANI L., *op. cit.*, p. 62

parte del patrimonio ad un *trustee* perché questi gestisca la fase di soddisfacimento dei creditori. Secondo alcuni interpreti, i *trust* liquidatori si distinguono sulla base dello scopo e la Cassazione riconosce tutte le tipologie, mostrando un'apertura maggiore rispetto ai giudici di merito⁹²².

In primo luogo, i *trust* possono essere protettivi con funzione pre-liquidatoria⁹²³: essi sono istituiti da un imprenditore *in bonis* e tuttavia in crisi di liquidità per assicurare i creditori beneficiari del *trust* —e prevenire loro azioni esecutive— con la costituzione di una prelazione atipica⁹²⁴. In questo modo l'imprenditore si mette al riparo da azioni esecutive sui beni aziendali, potendo proseguire nell'attività di impresa. Dal punto di vista creditorio, simile *trust* svolge una funzione di garanzia in modo più vantaggioso rispetto alle tradizionali garanzie reali. Ad esempio, anche il reddito che *medio tempore* è generato dal bene vincolato in *trust* è destinato al soddisfacimento dei creditori o l'eventuale vendita del bene sarà effettuata in via privata da parte del *trustee* con tempi rapidi e modalità efficienti⁹²⁵.

Esistono anche i *trust* di salvataggio o anticoncorsuali, istituiti da un imprenditore in stato di crisi reversibile per scongiurare un'istanza di fallimento o incentivare una soluzione negoziale della crisi⁹²⁶. Si tratta probabilmente del caso di *trust* con funzioni liquidatorie con le maggiori prospettive di riuscita e dunque la maggiore crescita nel futuro⁹²⁷. In effetti il *trust* è impiegato in un'ottica preventiva del fallimento e della liquidazione giudiziale: sono liquidati alcuni beni e il ricavato è destinato ai creditori per impedire il sopraggiungere dello stato di insolvenza dell'impresa disponente. La funzione del *trust*, in questo caso, è persuasiva, volta a far desistere i creditori dall'apertura della liquidazione giudiziale⁹²⁸. Perché l'operazione sia credibile, i creditori dovranno sentirsi assicurati dalla prospettiva di riscuotere i propri crediti e, per aumentare la credibilità, è consigliato fare

⁹²² BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*; PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, *Studio n. 305/2015/I*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, pp. 3 e 7.

⁹²³ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, pp. 56 ss.

⁹²⁴ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 234.

⁹²⁵ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 57.

⁹²⁶ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, pp. 58 ss.; RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 235; Cass. Civ. 19/05/2014, n.10105, p. 17.7

⁹²⁷ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 59.

⁹²⁸ D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 457; RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 238.

affidamento a un *trustee* esterno all'impresa disponente, possibilmente espressione del ceto creditorio⁹²⁹.

Accanto a queste due tipologie, troviamo anche i *trust* puramente liquidatori: essi rappresentano una pura alternativa alla liquidazione volontaria della società⁹³⁰. In questo caso il *trustee* si occupa delle operazioni di liquidazione e ne consegue la cancellazione dal registro per l'impresa liquidata. Il *trust* si sostituisce completamente alla procedura liquidatoria per realizzare gli stessi risultati di recupero dell'attivo, pagamento del passivo, ripartizione del residuo e cancellazione della società⁹³¹.

A patto che la sua istituzione non pregiudichi gli interessi dei creditori, tale figura ha innumerevoli impieghi in tema di liquidazione⁹³². Infatti, il *trust* può essere uno strumento di agevolazione della riscossione di crediti di imposta maturati nel corso della liquidazione giudiziale ed esigibili solo dopo la chiusura oppure impiegato per regolare la destinazione delle somme ricavate da una revocatoria vittoriosa che dovrebbe ottenere la chiusura nella liquidazione o ancora per recuperare crediti vantati nei confronti dell'erario⁹³³.

Di recente la giurisprudenza di legittimità ha avallato questa figura⁹³⁴. In generale la Suprema Corte afferma la legittimità del *trust* in relazione alla legittimità dell'intera operazione nel cui ambito si inserisce: quando debitori e terzi agiscano nei limiti consentiti dalla legge della crisi di insolvenza, allora «*nulla osta a che il programma di risanamento o di liquidazione dell'impresa passi anche per il tramite di un trust*»⁹³⁵.

In questa direzione, la giurisprudenza mostra maggiore apertura rispetto alle prime due figure e richiede maggiore prudenza rispetto all'ultima⁹³⁶. Ciò è dovuto soprattutto alla quarta categoria di *trust*, deriva patologica che assume le sue stesse

⁹²⁹ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 60; D'ARRIGO C., *op. loc.cit.*

⁹³⁰ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, pp. 65 ss.

⁹³¹ ZIINO S., *op. cit.*, p. 124.

⁹³² BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 164.

⁹³³ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. loc.cit.*

⁹³⁴ Cass. Civ., 10/02/2020, n.3128.

⁹³⁵ Cass. Civ., 10/02/2020, n.3128.

⁹³⁶ PALAZZO M., *op. cit.*, p. 11.

forme⁹³⁷. Si tratta del *trust* falsamente liquidatorio che viene istituito da un imprenditore insolvente al solo scopo di ostacolare le pretese dei creditori e procrastinare il fallimento di un'impresa già in stato di conclamata insolvenza⁹³⁸.

Rispetto a quest'ultima categoria sono fondamentali le conclusioni cui sono giunte la Cassazione civile e quella penale. Sul versante civilistico, si esamina la Cassazione nel 2014⁹³⁹. Il caso di specie riguarda un *trust* falsamente liquidatorio istituito da una società già posta in liquidazione. Dopo aver dotato il *trustee* dell'intero patrimonio societario, il disponente si cancella dal registro delle imprese. Nel termine annuale previsto dall'art. 10 legge del fallimento il Tribunale di Roma dichiara il fallimento della società disponente e dichiara il *trust* liquidatorio nullo perché volto a sottrarre i beni del fallito agli organi della procedura fallimentare⁹⁴⁰. Proposto appello, viene confermata la soluzione del primo grado. Si giunge, quindi, in Cassazione. Anche la Suprema Corte condivide le considerazioni dei gradi precedenti, precisando che l'ordinamento non accorda tutela al *trust* la cui causa concreta sia di eludere la disciplina fallimentare: è nullo, in base a quanto disposto all'art. 1418 c.c., il *trust* istituito con l'effetto di sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni in contrasto con le norme imperative concorsuali⁹⁴¹. *Ex art. 15 (f) Convenzione dell'Aja, la contrarietà a norme inderogabili in tema di protezione di creditori in casi di insolvibilità ne «determina la [...] inesistenza giuridica [...] nel diritto interno»*⁹⁴².

Il punto nevralgico è lo stato di preesistente insolvenza nel caso concreto, c.d. test di insolvenza⁹⁴³. Infatti, implicitamente si ricava che il *trust* interno liquidatorio da parte di una società *in bonis* senza danno agli interessi dei crediti è astrattamente legittimo, ma ai fini della valutazione di legittimità occorre considerare la causa concreta del regolamento di interessi effettivamente perseguito nel singolo caso

⁹³⁷ FAROLFI A., *op. cit.*, p. 633; RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 236.

⁹³⁸ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, pp. 71 ss.; LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 387; D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 453.

⁹³⁹ Cass. Civ. 19/05/2014, n.10105. Le stesse conclusioni sono confermate in Cass. Civ., ord., 12/02/2026, n. 3176.

⁹⁴⁰ Oggi, *mutatis mutandis*, tale disciplina è contenuta all'art. 33 CCII.

⁹⁴¹ Cass. Civ. 09/05/2014, n.10105, p. 16.

⁹⁴² Cass. Civ. 09/05/2014, n.10105, p. 21.

⁹⁴³ PALAZZO M., *op. cit.*, p. 4; confermato anche in Cass. Civ., 10/02/2020, n.3128.

concreto⁹⁴⁴. In conclusione, nel caso di insolvenza dell'imprenditore già sfociata in fallimento, non si può istituire un *trust* a sostituzione della procedura fallimentare⁹⁴⁵.

Sul versante penalistico, invece, si esamina un precedente di Cassazione del 2023⁹⁴⁶. La sentenza si inserisce nella linea risultante dalla vicenda civilistica appena presentata: il *trust* istituito con i beni aziendali quando l'impresa era già in stato di insolvenza per fini solo apparentemente liquidatori è nullo. Si aggiunge, in tale sede, che il professionista coinvolto in tale operazione e i *trustee* che hanno ricoperto l'incarico rispondono di bancarotta fraudolenta qualora l'azienda in *trust* sia stata affittata a società riconducibili al socio di maggioranza che in questo modo si assicura la continuità nell'incamerazione dei profitti della gestione aziendale⁹⁴⁷.

Nel caso di specie, l'amministratore di una S.r.l. posta in stato di liquidazione istituisce un *trust* e vi conferisce l'intero patrimonio dell'impresa con asserite finalità liquidatorie; il *trustee*, tra le attività gestorie, concede in affitto l'intera azienda a un'altra società di cui l'amministratore unico della prima società è il rappresentante e, prima della dichiarazione di fallimento della S.r.l. originaria, vi è un avvicendamento nella figura del *trustee*. Tra le questioni affrontate dalla sentenza in tema di responsabilità dei *trustee*, si procede ad accertare la reale natura del *trust*.

Di qui l'impiego di alcuni indici probatori che testimoniano la natura solo apparente delle asserite finalità liquidatorie del *trust* e, invece, la natura distrattiva dell'intera operazione economica del patrimonio aziendale dalla garanzia patrimoniale generica⁹⁴⁸. Gli stessi indici erano stati richiamati anche nella relativa sentenza civile che aveva dichiarato nullo il *trust* sorto in danno dei creditori. La sentenza procede riconoscendo un contributo concorsuale dei *trustee* sulla base della loro

⁹⁴⁴ BARTOLI S., *Nota a Cass. 9 maggio 2014 n. 10105*, in *Notariato*, 2015, p. 84; PALAZZO M., *op. cit.*, p. 5; BERTI C. E BERTOCCHI A., *Il ricorso al trust liquidatorio nella gestione della crisi d'impresa*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.4, 2024, p. 648, dove peraltro si auspica di completare il test di insolvenza con una disamina più precisa incentrata sulla causa concreta del *trust*.

⁹⁴⁵ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto processuale*, n.4;5, 2014, p. 909; BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 41; BERTI C. E BERTOCCHI A., *op. loc.cit.*

⁹⁴⁶ Cass.Pen., 14/09/2023, n. 37761.

⁹⁴⁷ MAZZACUVA F., *Trust liquidatorio simulato e bancarotta fraudolenta (Cass. 14 settembre 2023, n.37761)*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.4, 2024, p. 642.

⁹⁴⁸ MAZZACUVA F., *op. cit.*, p. 643.

consapevolezza rispetto alla vera natura dell'impiego dello strumento segregativo. Si confermano l'impostazione giurisprudenziale per cui valutare la legittimità dell'istituzione di un *trust* liquidatorio richiede l'esame della complessiva operazione alla luce della causa concreta del programma negoziale e alla meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti⁹⁴⁹.

Da tali considerazioni si può concludere che il *trust* liquidatorio in sé non è riprovevole per il nostro ordinamento, ma solo quelle forme apparenti che sono istituite per impedire l'applicazione delle regole della concorsualità o mettere il patrimonio della società al riparo dalle pretese dei creditori⁹⁵⁰. Non è possibile ostacolare a priori l'utilizzo di un *trust* liquidatorio quando una società sia incorsa in una causa di scioglimento e voglia procedere alla liquidazione in modo efficiente⁹⁵¹. Come già accennato, a questo proposito, la dottrina e la giurisprudenza individuano alcuni indici sistematici che rendono evidente l'assenza di intenti fraudolenti: la nomina di un guardiano con poteri effettivi di enforcement, la nomina a *trustee* del liquidatore, l'individuazione di un programma di liquidazione dettagliato, l'individuazione dei beneficiari nei creditori con gli importi dovuti⁹⁵²... In altre parole, il *trust* liquidatorio è pienamente legittimo quando riferito all'impresa *in bonis*⁹⁵³.

La stessa Cass.Civ. 10105/2014 ipotizza che il *trust* possa trovare un impiego anche in funzione endo-concorsuale, ritagliandosi uno spazio all'interno di piani attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti o concordato preventivo⁹⁵⁴.

L'art. 56 ccii descrive i piani attestati come atti unilaterali dell'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza che progetta il risanamento della situazione debitoria e il riequilibrio della situazione patrimoniale ed economico-finanziaria. I pagamenti effettuati in esecuzione del piano attestato sono esenti da revocatoria⁹⁵⁵. Ci si chiede, quindi, se il piano attestato possa estendere il proprio «ombrello protettivo»

⁹⁴⁹ MAZZACUVA F., *op. cit.*, p. 644; v.d. Cass. Civ., 10/02/2020, n.3128.

⁹⁵⁰ FAROLFI A., *op. cit.*, p. 655.

⁹⁵¹ FAROLFI A., *op. loc.cit.*

⁹⁵² FAROLFI A., *op. loc.cit.*; BERTI C. E BERTOCCHI A., *op. cit.*, p. 649.

⁹⁵³ BERTI C. E BERTOCCHI A., *op. cit.*, p. 648.

⁹⁵⁴ Cass. Civ. 19/05/2014, n.10105, p. 16; D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 458.

⁹⁵⁵ Art. 166, co. 3, lett.d) ccii.

a coprire anche l'istituzione di un *trust* istituito per soddisfare alcuni creditori⁹⁵⁶. In teoria non vi sono limiti rispetto alla strategia di ripianamento delle esposizioni debitorie: questa può prevedere l'impiego di strumenti come il *trust* con funzione liquidatoria di alcuni beni per soddisfare i creditori beneficiari. D'altra parte, distogliere alcune risorse patrimoniali dalla garanzia patrimoniale generica per soddisfare solo alcuni creditori altera la *par condicio creditorum*. Tuttavia, se la tradizione giuridica si oppone all'arbitraria preferenza di alcuni creditori sugli altri, oggi giorno la prassi non è altrettanto rigida⁹⁵⁷.

In tema di accordi di ristrutturazione, la differenza fondamentale rispetto a quanto affermato in tema di *trust* liquidatori è che i *trust* endo-concorsuali si basano sull'accordo con almeno una parte dei creditori. Secondo quanto dettato agli artt. 57 ss. ccii, il raggiungimento dell'accordo tra imprenditore e creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti è il punto di partenza per ottenere l'omologazione da parte del tribunale. Tale accordo di per sé non è sufficiente e deve essere accompagnato dal piano economico-finanziario che ne consente l'esecuzione. In questa direzione il conferimento dei beni del debitore in *trust*, e l'effetto segregativo che ne consegue, permette di vincolare legittimamente i beni all'adempimento dell'accordo di ristrutturazione⁹⁵⁸.

L'estrema flessibilità della disciplina in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti permette anche all'imprenditore di offrire la propria azienda a garanzia delle pretese dei creditori aderenti all'accordo⁹⁵⁹. In tale ipotesi la scelta del *trust* è vincente: consente al disponente di stabilire le modalità di gestione del complesso aziendale, ferma la discrezionalità del *trustee* per la realizzazione dello scopo per cui il *trust* è stato istituito⁹⁶⁰. Lo stesso rispetto ad accordi di ristrutturazione che prevedano la liquidazione di parte dei beni del debitore e la ripartizione del ricavato tra i creditori: istituendo un *trust* è possibile regolare con l'atto costitutivo l'attività liquidatoria

⁹⁵⁶ D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 459.

⁹⁵⁷ D'ARRIGO C., *op. loc.cit.* *Contra* alcuni tribunali che hanno ravvisato la nullità radicale dell'atto istitutivo del *trust* perché in alterazione della *par condicio creditorum*, principio imperativo e inderogabile. Vd. Trib. Milano, 16/06/2009 e Trib. Milano 17/09/2009.

⁹⁵⁸ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 112.

⁹⁵⁹ DONZELLI R., *op. cit.*, p. 913.

⁹⁶⁰ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 122.

affidata al *trustee*⁹⁶¹. D'altra parte, sono previsti dei profili di tutela per la riuscita dell'operazione economica.

In primo luogo, è fondamentale che il *trust* istituito presenti la clausola di irrevocabilità: il disponente non può revocare l'attribuzione patrimoniale al *trustee* perché la tutela creditoria non può essere affidata a uno strumento che disponente potrebbe neutralizzare⁹⁶². Parallelamente il *trust* deve essere sottoposto a una clausola risolutiva espressa per cui esso perde efficacia quando il tribunale non accetti l'omologazione o dichiari la relativa domanda inammissibile⁹⁶³. Inoltre, se si individua il *trust* quale strumento per attuare il piano di risanamento dell'impresa, l'esperto attestatore deve anche esaminare la funzionalità del *trust* nell'accordo raggiunto con i creditori. Infine, non si deve dimenticare che l'interesse primario del *trust* è la tutela dei creditori e dunque è opportuno coinvolgere la figura di un guardiano, anche riservando tale ruolo al tribunale concorsuale⁹⁶⁴.

Per quanto riguarda il concordato preventivo, ex art. 84 ccii, l'imprenditore che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale. In particolare, rispetto al concordato con garanzia del co. 4 —per cui è necessario un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al venti per cento del loro ammontare complessivo— è immaginabile l'istituzione di un *trust* ad opera di un terzo disponente⁹⁶⁵.

In tema di liquidazione giudiziale, un altro tema fondamentale riguarda il rapporto tra il regime pubblicitario del trasferimento dei beni e la possibilità di opporre il conferimento dei beni in *trust* nella liquidazione giudiziale⁹⁶⁶. In particolare, il

⁹⁶¹ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. loc.cit.*

FERRO M., *In itinere: novità giurisprudenziali*, in

⁹⁶² BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 125.

⁹⁶³ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 126.

⁹⁶⁴ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 127.

⁹⁶⁵ D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 465.

⁹⁶⁶ PANZANI L., *L'opponibilità del conferimento dei beni in trust nella liquidazione giudiziale*, in *Procedure concorsuali e crisi di impresa*, n.2, IPSOA, 2026, pp. 61 ss.; COPPINI P., *Chiaro;scuri*

quesito si articola intorno al punto della legge applicabile: ci si chiede se l'opponibilità del *trust* ai terzi e i relativi effetti giuridici siano regolati dalla legge scelta dal disponente per la sua istituzione o dalla legge italiana. La Cassazione risolve il punto ricordando l'inderogabilità delle regole in tema di opponibilità ai terzi dei trasferimenti di beni⁹⁶⁷.

Rientra in questa categoria la disciplina in tema di registrazione e data certa anteriore. Di conseguenza, le formalità compiute dopo l'apertura della liquidazione giudiziale sono inopponibili per espressa previsione dell'art. 145 ccii⁹⁶⁸. È la stessa Convenzione dell'Aja, peraltro, che all'art. 15 permette di applicare la *lex fori* in tema di disciplina imperativa, esplicitamente richiamando la protezione dei creditori in caso di insolvenza. Dunque, la Cassazione pone la regola condivisibile per cui il *trust*, per essere opponibile *erga omnes*, deve rispettare le norme pubblicitarie del nostro ordinamento⁹⁶⁹. Tuttavia, alcuni interpreti parlano di «occasione sprecata» in quanto non si affronta il tema delle modalità di trascrizione del *trust* e la soluzione proposta in tema di beni mobili non sembra convincere⁹⁷⁰. La Suprema Corte avrebbe potuto affrontare la questione in termini più ampi per fornire una linea chiara all'interprete.

In conclusione, si indugia sulle linee evolutive del *trust* liquidatorio alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Proprio questa fonte potenzia significativamente il ricorso a soluzioni incentrate o caratterizzate da elementi di negoziabilità⁹⁷¹. L'ordinamento sembra, così, superare il tradizionale sfavore riservato agli atti di destinazione del patrimonio che l'imprenditore insolvente poneva in essere, ritenuti lesivi della *par condicio creditorum*⁹⁷². D'altra parte, proprio la previsione di strumenti negoziali tipici, configurati come immuni all'azione revocatoria dal diritto positivo, può causare il declino del *trust* in ambito

sull'opponibilità del *trust*: l'ultima pronuncia della Cassazione, in *Giurisprudenza Italiana*, n.4, 2026, p. 806.

⁹⁶⁷ Cass. Civ., 03/07/2025, n.18084.

⁹⁶⁸ *Ration temporis* nel caso concreto si parla di dichiarazione di fallimento e si richiama l'art. 45, l.fall..

⁹⁶⁹ PANZANI L., *op. cit.*, p. 64.; COPPINI P., *op. cit.*, p. 812.

⁹⁷⁰ COPPINI P., *op. cit.*, p. 813.

⁹⁷¹ BERTI C. E BERTOCCHI A., *op. cit.*, p. 649.

⁹⁷² BERTI C. E BERTOCCHI A., *op. loc.cit.*

liquidatorio⁹⁷³. Per questi motivi è possibile che in futuro il *trust* liquidatorio assuma una funzione satellitare rispetto ai nuovi istituti tipici.

5. Conclusioni

Il *trust* entra nell'ordinamento italiano a partire dalla ratifica della Convenzione dell'Aja che impone il riconoscimento dei *trust* sorti in altri ordinamenti. Nonostante il *nomen iuris* richiamato nell'intestazione del testo internazionale faccia pensare all'istituto tipico dei sistemi di *Common Law*, in particolare di derivazione anglosassone, la Convenzione introduce un nuovo modello di *trust*. Si parla, al proposito di modello internazionale per indicare le differenziazioni rispetto allo schema originario.

In ogni caso, la Convenzione dell'Aja del 1985 dichiara un duplice intento: guidare l'individuazione della legge regolatrice della validità e dell'interpretazione del *trust* e permettere il riconoscimento dell'istituto negli ordinamenti non *trust*. Proprio in relazione al secondo elemento ricordato, siccome il testo internazionalprivatistico non si limita a considerare conflitti di legge, secondo alcuni interpreti è possibile individuare anche un carattere di diritto sostanziale uniforme⁹⁷⁴.

Inoltre, nel contesto italiano, la ratifica della Convenzione dell'Aja comporta un fenomeno peculiare, il c.d. *trust* interno. La Convenzione, infatti, subordina l'individuazione della legge del *trust* alla volontà del disponente, espressa o implicita, ricavabile dall'atto istitutivo del *trust*. Rispetto alla volontà del disponente, inoltre, si deve specificare che questi gode dell'assoluta libertà di scelta della legge del *trust*, senza che sia subordinata ad alcun tipo di collegamento materiale con lo stesso⁹⁷⁵. Di qui una conseguenza dirompente: il cittadino di un

⁹⁷³ BERTI C. E BERTOCCHI A., *op. cit.*, p. 650.

⁹⁷⁴ ANELLI F., *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto, III, Effetti*, II ed. a cura di COSTANZA M., Giuffrè, 2023, p. 781; BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 19. Vd. artt. 2, 11 e 12. Il primo contiene la definizione del *trust* ai sensi della Convenzione dell'Aja, mentre il secondo e il terzo trattano rispettivamente il riconoscimento del *trust* straniero e la possibilità di registrarlo nei pubblici registri. *Contra* GAZZONI F., *op. cit.*, p. 990. Assume una via intermedia LUPOI M., *op. cit.*, p. 127 che nega la natura di diritto sostantivo uniforme della Convenzione. Lo stesso autore, però, ammette la necessità di apportare alcune correzioni all'idea che i suoi effetti si esplicino esclusivamente nei settori del diritto internazionale privato.

⁹⁷⁵ SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p. 98; LUPOI M., *The Civil Law Trust*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol.32:967, 1999, p. 980; MANES P., voce *Trust interni*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2013, pp. 769 ss.

ordinamento non *trust* può istituire un *trust* a patto di fondarlo sulla legge di un ordinamento che lo preveda⁹⁷⁶.

Ciò ha condotto alla nascita del c.d. *trust* interno, *trust* collegato al territorio italiano per ogni aspetto —locazione dei beni, cittadinanza e residenza del disponente, del *trustee* e dei beneficiari— ad eccezione della sottoposizione a una legge straniera. Nonostante gli iniziali tentativi di resistenza, ad oggi il *trust* interno in Italia è accolto a livello dottrinale e giurisprudenziale⁹⁷⁷.

D'altra parte, la forza dirompente del *trust* interno è limitata, per espressa previsione della Convenzione dell'Aja, dai principi fondamentali dell'ordinamento. Infatti, in materie di particolare delicatezza a causa dei soggetti coinvolti, la *lex fori* non può essere derogata⁹⁷⁸. Tra le altre, figurano gli ambiti su cui si è concentrata la ricerca: a) la protezione di minori e di incapaci, c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima, e) la protezione dei creditori in casi di insolvibilità. Inoltre, all'art. 16 della convenzione è inserito un altro limite, rappresentato dalle norme di applicazione necessaria, norme che devono essere applicate a qualsiasi situazione che si realizzi sul territorio nazionale per garantire la tenuta del sistema stesso⁹⁷⁹.

Traendo, invece, le conclusioni dall'attuale configurazione del *trust* interno in alcuni ambiti operativi dell'ordinamento, si muove dal sistema di protezione dei deboli. Oggetto di importanti innovazioni normative negli ultimi decenni, la tutela dei vulnerabili ad oggi è ispirata alla personalizzazione dei sistemi di cura in modo da ridurre il meno possibile gli spazi di autonomia del soggetto.

⁹⁷⁶ LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994, p. 141.

⁹⁷⁷ GAMBARO A., Voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, pp. 449 ss.; MANES P., *op. loc.cit.*; PETRELLI G., *Trust interno, Art. 2645 ter c.c. e «Trust Italiano»*, in *Rivista di diritto civile*, vol.1, 2016; BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, p. 10; PANZANI L., *L'opponibilità del conferimento dei beni in trust nella liquidazione giudiziale*, in *Procedure concorsuali e crisi di impresa*, n.2, IPSOA, 2026, p. 51; BARTOLI S. e MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, UTET, 2017, p. 3; BARTOLI S., GRAZIADEI M., MURITANO S., RISSO L.F., *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007; Trib. Genova 01/04/2008; Trib.Pordenone 20/12/2005; Trib.Mondovì, 16/06/2005; Cass. Civ. 19/05/2014, n.10105; Cass. Civ. 19/04/2018, n.9637; Cass. Civ., 10/02/2020, n.3127.

⁹⁷⁸ BARTOLI S., GRAZIADEI M., MURITANO S., RISSO L.F., *op. cit.*, p. 35.

⁹⁷⁹ ZIINO S., *Trust e procedure concorsuali*, in *Trust in Italia... Tra passato, presente e futuro* (a cura di LUPOI M.), UTET, 2017, p. 120.

In questo ambito, l'impiego del *trust* sembra particolarmente appetibile per la sua capacità di garantire tutela in due direzioni, proponendo programmi di cura rivolti alla sfera patrimoniale e anche alla sfera personale di soggetti totalmente o parzialmente privati della capacità di agire⁹⁸⁰. La possibilità di articolare con precisione la sfera dei poteri del *trustee* in relazione al programma di vita previsto supera l'eccessiva rigidità cui sono condannate interdizione e inabilitazione⁹⁸¹.

Tali profili, peraltro, erano stati superati parzialmente dalla riforma del 2004 che introduce la figura dell'amministratore di sostegno per modulare la tutela sulle concrete esigenze di volta in volta ravvisate⁹⁸². L'impiego del *trust* è pienamente coerente con lo spirito di questo intervento, valorizzando l'autodeterminazione del soggetto debole e adattandosi alle diverse e graduali sfumature di incapacità⁹⁸³.

I vantaggi del ricorso al *trust* sono innumerevoli rispetto alle forme istituzionali di tutela dell'incapace: semplicità nell'istituzione; predisposizione di una visione complessiva e programmatica della gestione a livello patrimoniale e personale; individuazione di disposizioni legate anche agli aspetti più pratici della vita del soggetto vulnerabile; possibilità di valorizzare anche la pianificazione familiare, distinguendo il beneficiario del reddito da quello finale⁹⁸⁴.

Un punto che merita attenzione critica riguarda, invece, il sistema di controllo e vigilanza sul corretto svolgimento delle prerogative dell'amministratore-*trustee*. Infatti, nello schema tipico del *trust*, il disponente non ha alcun potere al riguardo in quanto sono i beneficiari a verificare il corretto esercizio delle prerogative in capo al *trustee*. Laddove, invece, il beneficiario non possa svolgere questo ruolo è fondamentale individuare la figura del guardiano.

È immaginabile che sia assunto dal giudice, ma anche da un soggetto terzo riconosciuto come affidabile nel settore, come ad esempio un'organizzazione senza scopo di lucro che si dedichi alla protezione delle vulnerabilità. Inoltre, è possibile

⁹⁸⁰ DI LANDRO A.C., *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione e atti di destinazione e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.5, 2009, pp. 493 ss.; CIPRIANI G., *L'amministrazione di sostegno e il trust interno*, in NGCC, Parte seconda, 2006, pp. 299 ss.

⁹⁸¹ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 300.

⁹⁸² L.09/01/2004, n.6; CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 299.

⁹⁸³ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 309.

⁹⁸⁴ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 499.

predisporre ulteriori cautele come l'introduzione di un obbligo periodico per l'amministratore-*trustee* di rendere conto delle sue attività⁹⁸⁵.

Ad ogni modo, l'impiego più rivoluzionario del *trust* si coglie rispetto alla possibilità che un soggetto nel pieno delle sue capacità psico-fisiche proceda alla pianificazione della propria cura in vista di un futuro in cui tali capacità scemeranno totalmente o parzialmente⁹⁸⁶. Proprio la pianificazione «*ora per allora*» in modo da individuare un programma vincolante di gestione della propria vulnerabilità dal punto di vista psico-fisico e patrimoniale sembra il profilo più promettente di impiego del *trust* nel futuro⁹⁸⁷. Il *trust* secondo questa declinazione si occupa di soddisfare un'esigenza lasciata scoperta dalle misure istituzionali classiche e anche dall'amministrazione di sostegno. D'altra parte, un *trust* ben congegnato può anche evitare il ricorso all'amministrazione di sostegno, con effetti positivi non solo per il singolo, ma anche per la comunità che godrebbe della riduzione del carico di lavoro dei giudici⁹⁸⁸.

Ad ogni modo, l'impiego del *trust* rispetto alle soggettività con riduzione della capacità non deve scontrarsi contro le norme inderogabili previste per la loro tutela. D'altra parte, è possibile immaginare anche un utilizzo del *trust* in direzione complementare, e non alternativa, al meccanismo legale, soprattutto in ambito di amministrazione di sostegno⁹⁸⁹. Rispetto a ciò, si pensi all'opportunità di autorizzare l'istituzione di un *trust* di protezione con lo stesso decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, contestualmente all'apertura del sistema di protezione⁹⁹⁰.

Infine, il *trust* può rappresentare uno strumento utile in tema di tutela del soggetto fragile rispetto all'impiego per riconoscere la cura ricevuta e valorizzarla in termini economici, programmando la dimensione compensativa/remuneratoria del *caregiver*⁹⁹¹. In questo modo si consente al disponente una pianificazione

⁹⁸⁵ CIPRIANI G., *op. cit.*, p. 313.

⁹⁸⁶ DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 499; SANSONI R., *op. cit.*, p. 575.

⁹⁸⁷ SANSONI R., *op. cit.*, p. 566 e 575; EPIFANIA M., *Trust a favore della persona anziana*, in *Un diritto gentile per la persona anziana*, Pacini Giuridica, 2023, p. 299.

⁹⁸⁸ TONELLI A. e BULGARELLI A., *op. cit.*, p. 380.

⁹⁸⁹ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 369; DI LANDRO A.C., *op. cit.*, p. 505.

⁹⁹⁰ DI SAPIO, *op. cit.*, p. 370.

⁹⁹¹ BUGETTI M.N., *op. cit.*, p. 240.

consapevole dei riflessi successori della propria cura, valorizzando le prestazioni di cura senza compromettere l'equilibrio tra i legittimari e riducendo di conseguenza il rischio di contenzioso successorio⁹⁹².

Si procede, quindi, a trarre le conseguenze dell'impiego del *trust* in ambito successorio. In questo ambito, il *trust* si propone di superare la parziale inadeguatezza del testamento di fronte alla realtà pratica attuale per cui la successione non si limita più a considerare esclusivamente interessi di tipo patrimoniali, ma perlopiù comprende anche la realizzazione di scopi specifici come la tutela dei soggetti deboli della propria famiglia o l'interesse alla continuità dell'impresa per prevenire fenomeni di frammentazione proprietaria⁹⁹³.

A tal proposito, si parla di *trust* successorio per ogni fattispecie che contempla l'utilizzo del *trust* per finalità che attengono alla pianificazione del passaggio di beni tra le generazioni; il *trust* testamentario rappresenta una sottocategoria caratterizzata dal fatto che è istituito mediante atto di ultima volontà⁹⁹⁴.

I detrattori dell'utilizzo del *trust* in questo ambito invocano una lesione dei principi del diritto ereditario. Tuttavia, l'analisi compiuta nel paragrafo dedicato ha dimostrato come il *trust* successorio non entri in contrasto con il divieto dei patti successori, il divieto del fedecommesso e dell'usufrutto successivo e la disciplina della successione necessaria.

In particolare, rispetto a quest'ultimo elemento, il *trust* è ricondotto alla categoria degli atti caratterizzati da intento liberale, delle donazioni indirette. Infatti, risponde all'interesse non patrimoniale del disponente di provvedere al mantenimento del benessere della propria famiglia nel tempo⁹⁹⁵. Dunque, nel caso di lesione della quota di legittima, si applica la disciplina in tema di successione necessaria come previsto dall'art. 809 c.c..

⁹⁹² BUGETTI M.N., *op. loc.cit.*

⁹⁹³ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, pp. 467-468; LEUZZI S., *I trust successori*, Giuffrè, 2011, p. 5; Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 6.

⁹⁹⁴ LEUZZI S., *op. cit.*, p. 17

⁹⁹⁵ SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 676.

Tuttavia, si creano delle difficoltà pratiche peculiari rispetto al *trust*. In primo luogo, è necessario soffermarsi sull'individuazione dell'oggetto della liberalità attuata per il tramite del *trust* ai fini della sua considerazione nella riunione fittizia in modo da determinare entità di disponibile e legittima⁹⁹⁶. La riunione fittizia, infatti, corrisponde alla somma algebrica di *relictum* a cui detrarre il *debitum* e aggiungere il *donatum*. Rispetto a questa ricostruzione, i *trust* istituiti con il testamento sono ricondotti al *relictum*, mentre i *trust* istituiti mediante atti *inter vivos* sono da ricondursi al *donatum*⁹⁹⁷. Inoltre, quanto alla quantificazione dell'oggetto del *trust*, in generale rileva il valore dei beni al momento dell'apertura della successione come previsto dalla regola generale all'art. 556 c.c..

Ciò pone dei problemi, però, quando il fondo in *trust* subisce variazioni di consistenza nel tempo e l'entità del depauperamento sofferto dal *de cuius* non coincide con il valore del fondo in *trust*. La dottrina prevalente, oggi, ritiene che oggetto di riunione fittizia, imputazione, collazione e riduzione sia il valore del depauperamento del disponente e non dei beni presenti nel fondo in *trust* o di quanto ricevuto dai beneficiari⁹⁹⁸.

Sorgono delle difficoltà anche in tema di azione di restituzione, sempre dovuti alla possibilità che vi sia uno scarto tra i beni usciti dal patrimonio del disponente e quelli entrati nella sfera giuridica dei beneficiari. La restituzione, infatti, può aggredire solo i beni del disponente. Nondimeno, in materia di *trust* non è ancora stata indicata una soluzione univoca e pacifica⁹⁹⁹. Ad oggi si auspica una valutazione caso per caso¹⁰⁰⁰.

Nell'ambito della successione, l'esigenza di strumenti per la trasmissione della ricchezza più flessibili del testamento è stata avvertita con particolare intensità rispetto alla trasmissione dei beni produttivi¹⁰⁰¹. In un tessuto economico

⁹⁹⁶ SANSONI R., *La tutela dei legittimari al banco di prova del trust*, in *Notariato*, n.4, 2021, p. 406.

⁹⁹⁷ SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, p. 680.

⁹⁹⁸ SANSONI R., *op. ult.cit.*, p. 408.

⁹⁹⁹ SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *I Contratti*, n.6, 2023, pp. 685 ss.

¹⁰⁰⁰ DELLE MONACHE S., *op. cit.*, pp. 494 ss.

¹⁰⁰¹ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 7; RUSSO T.V., *op. ult.cit.*, p. 448; RUSSO T.V., *Il trust in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, p. 193.

caratterizzato principalmente da piccola e media attività produttiva a gestione familiare, è particolarmente delicato il passaggio generazionale e la necessità di evitare i rischi legati a scarse capacità manageriali delle generazioni successive all'imprenditore originale, litigiosità, mancanza di successori¹⁰⁰². Il legislatore ha parzialmente risposto a tale esigenze nel 2010 con l'introduzione del patto di famiglia.

Il *trust*, tuttavia, riesce a superare i profili più problematici di questo strumento. In primo luogo, in quanto, a differenza di quanto avviene in tema di patto di famiglia, il *trust* non è condizionato all'adesione di tutti coloro che sarebbero legittimari al momento della sua conclusione. Inoltre, il *trust* può avere ad oggetto anche beni diversi da quelli elencati all'art. 768-bis. In aggiunta a ciò, nel patto di famiglia è prevista che l'assegnatario, che spesso non ha i mezzi per farvi fronte, debba liquidare le quote dei non assegnatari, ma nel *trust* lo stesso imprenditore potrebbe procedere a ciò. D'altra parte, i benefici del *trust* sul piano gestionale sono innegabili e ruotano intorno alla figura del *trustee*, terzo che provvede alla gestione unitaria del bene produttivo¹⁰⁰³. Infine, nel patto di famiglia è assente l'effetto segregativo/separativo del patrimonio da trasmettere¹⁰⁰⁴.

Sempre in ambito successorio, ricopre particolare importanza la disciplina contenuta nella Legge n.112/2016 dedicata al «*Dopo di Noi*». L'intervento normativo, volto a favorire l'individuazione del progetto assistenziale del soggetto portatore di disabilità in vista del venir meno del supporto familiare, è la prima fonte interna che fa espresso riferimento al *trust*, mettendo a tacere definitivamente le controversie circa la sua ammissibilità nel sistema italiano.

Così declinato, il *trust* risponde al desiderio di tutelare il familiare in una situazione di disabilità, di rispettarne la dignità e le aspirazioni, di assicurargli continuità nella sfera degli affetti e delle cure, di provvedere ai suoi bisogni di tipo economico¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² MOJA A., *op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁰³ Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 9.

¹⁰⁰⁴ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 195.

¹⁰⁰⁵ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 9.

Un profilo di particolare interesse in questo ambito è rappresentato dall'individuazione del *trustee*, in quanto è particolarmente delicato l'equilibrio tra la gestione patrimoniale e la cura necessaria per la persona affetta da disabilità¹⁰⁰⁶. Se usualmente il disponente individua il *trustee* in soggetti vicini alla famiglia, ad oggi aumenta la richiesta rivolta a professionisti o persone giuridiche note nel campo. Si tratta di operatori di alta specializzazione capaci di assistere i soggetti privi di autonomia oltre a commercialisti, avvocati, medici che operano con le persone affette da disabilità¹⁰⁰⁷.

Inoltre, per garantire al soggetto portatore di disabilità una tutela completa tanto sul piano economico quanto personale, è possibile immaginare un *trustee* in forma collegiale in cui convivano le competenze di professionalità differenti tra loro¹⁰⁰⁸. Ad oggi, appare preferibile inserire nei *trust* clausole specificamente dedicate a questo profilo. In questo modo è possibile prevedere meccanismi di avvicendamento o rivestire il giudice del potere di occuparsi di questo delicato momento.

D'altra parte, la questione fondamentale riguarda il destino dei beni in *trust* e se gli stessi siano trasmessi automaticamente al nuovo gestore. Oggi si tende a dare una risposta affermativa e ritenere che tale trasferimento avvenga *ipso jure*.

Ad ogni modo, accanto al rilievo della figura del *trustee*, nel *trust* per il dopo di noi assume un'importanza fondamentale anche la figura del controllore, la cui presenza è imposta direttamente dall'art. 6, co. 3 della L. 112/2016.

Infine, è stato esaminato un ulteriore impiego del *trust* interno, modellandolo rispetto alla crisi d'impresa. Infatti, l'effetto della segregazione patrimoniale che caratterizza l'istituzione di un *trust* rende lo strumento particolarmente appetibile¹⁰⁰⁹. Inoltre, il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza incentiva l'utilizzo di forme privatizzate di soluzione della crisi che diventa la regola, sorpassando la liquidazione giudiziale¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁶ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁰⁷ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁰⁸ (A cura di) LA TORRE G., *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁰⁹ ZIINO S., *op. cit.*, p. 119.

¹⁰¹⁰ PALAZZO M., *op. cit.*, p. 11.

D'altra parte, il *trust* si afferma in una molteplicità di moduli rispetto all'impresa in crisi. Infatti, può presentare: funzione pre-liquidatoria, istituiti da un imprenditore *in bonis* e tuttavia in crisi di liquidità per assicurare i creditori beneficiari del *trust* con la costituzione di una prelazione atipica¹⁰¹¹; funzione di salvataggio o anticoncorsuale, istituiti da un imprenditore in stato di crisi reversibile per scongiurare un'istanza di fallimento o incentivare una soluzione negoziale della crisi¹⁰¹²; funzione puramente liquidatoria, pura alternativa alla liquidazione volontaria della società¹⁰¹³. Tuttavia, la giurisprudenza non mostra la stessa apertura rispetto a tutte le figure, mostrandosi più cauta in relazione all'ultima¹⁰¹⁴. Ciò è dovuto soprattutto alla deriva patologica che si presenta sotto le stesse forme: il *trust* falsamente liquidatorio, istituito dall'imprenditore insolvente al solo scopo di ostacolare le pretese dei creditori e procrastinare il fallimento di un'impresa già in stato di conclamata insolvenza¹⁰¹⁵.

Ciò ricorda che il *trust* in ambito liquidatorio deve fare i conti con la protezione degli interessi del ceto creditizio e più in generale all'economia¹⁰¹⁶. In questa direzione, non è riconoscibile il *trust* quando il ricorso alla segregazione dei beni risulti abnorme, abusivo o diretto ad operare in frode alla legge¹⁰¹⁷.

In particolare, rispetto al *trust* liquidatorio, la giurisprudenza di legittimità ha avallato questa figura, affermandone la legittimità nei limiti della disciplina della crisi di insolvenza¹⁰¹⁸. Di conseguenza, l'ordinamento non accorda tutela al *trust* la cui causa concreta sia di eludere la disciplina fallimentare¹⁰¹⁹. Perlopiù si rileva la volontà elusiva sulla base del preesistente stato di insolvenza nel caso concreto, c.d.

¹⁰¹⁰ FAROLFI A., *L'utilizzo del trust nella liquidazione delle società e nel nuovo Codice della crisi, in Trusts e attività fiduciarie*, n.4, 2024, p. 656.

¹⁰¹¹ RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 234.

¹⁰¹² BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, pp. 58 ss.; RUSSO T.V., *op. cit.*, p. 235; Cass. Civ. 19/05/2014, n.10105, p. 17.7

¹⁰¹³ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, pp. 65 ss.

¹⁰¹⁴ PALAZZO M., *op. cit.*, p. 11.

¹⁰¹⁵ BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *op. cit.*, pp. 71 ss.; LUPOI M., *Introduzione al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019, p. 387; D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 453.

¹⁰¹⁶ ZIINO S., *op. cit.*, p. 120.

¹⁰¹⁷ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto processuale*, n.4, 2014, p. 910.

¹⁰¹⁸ Cass. Civ., 10/02/2020, n.3128.

¹⁰¹⁹ Cass. Civ. 09/05/2014, n.10105, p. 16.

test di insolvenza¹⁰²⁰. Sono, inoltre, stati individuati alcuni indici probatori tipici che testimoniano la natura solo apparente delle asserite finalità liquidatorie del *trust*¹⁰²¹.

Da tali considerazioni si può concludere che il *trust* liquidatorio è uno strumento che scontra le garanzie previste dal nostro sistema rispetto al ceto creditorio e ai singoli creditori del caso concreto solo quando istituito per impedire l'applicazione delle regole della concorsualità o mettere il patrimonio della società al riparo dalle pretese dei creditori¹⁰²².

Infine, la Cassazione ipotizza che il *trust* possa trovare un impiego anche in funzione endo-concorsuale, ritagliandosi uno spazio all'interno di piani attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti o concordato preventivo¹⁰²³.

¹⁰²⁰ PALAZZO M., *op. cit.*, p. 4; confermato anche in Cass. Civ., 10/02/2020, n.3128.

¹⁰²¹ MAZZACUVA F., *op. cit.*, p. 643.

¹⁰²² FAROLFI A., *op. cit.*, p. 655.

¹⁰²³ Cass. Civ. 19/05/2014, n.10105, p. 16; D'ARRIGO C., *op. cit.*, p. 458.

Conclusioni

Nel corso della ricerca è stato esaminato il tema della fiducia e, in particolare, le proposte approntate per rispondere alle esigenze fiduciarie nel sistema italiano.

A tal fine è stato necessario muovere dalle esperienze storiche del passato. Lo sguardo storico ha permesso di riscontrare la persistenza della fiducia non solo in momenti storici differenti, ma anche in diversi contesti geografici. Questo dato conferma l'immanenza delle esigenze riconnesse ai rapporti fiduciari rispetto all'esperienza umana. Il mondo degli operatori economici avverte, sin dal passato romano classico e attraverso tutto il medioevo, sia in ambito europeo sia mediorientale, la necessità di incaricare soggetti fidati della gestione dei propri beni a vantaggio proprio o di soggetti terzi. Tale elemento, dunque, impedisce che il giurista si disinteressi delle problematiche riconnesse dalla fiducia, ma anzi richiede che si faccia carico delle questioni sollevate per darvi risposte soddisfacenti.

Volgendo l'attenzione al presente per cercare di leggerci i semi delle tendenze future, ci si è concentrati sulle esperienze fiduciarie che trovano spazio nel sistema italiano. In questa direzione è stato necessario tenere a mente tanto un istituto di origine propriamente civilistica quanto un istituto importato dai sistemi di *Common Law*. In effetti, nel nostro ordinamento si confrontano e scontrano il negozio fiduciario e il *trust*.

Strumenti nati dagli stessi «ingredienti giuridici», negozio fiduciario e *trust* presentano delle analogie, ma anche dei profili di profonda differenziazione¹⁰²⁴. Da una parte, entrambi sono fenomeni gestori che prevedono il trasferimento di un diritto da un soggetto a un altro e all'impegno, da parte del nuovo titolare, di esercitare i propri poteri nella direzione e per gli scopi indicati o a vantaggio dei soggetti indicati e di restituire o trasferire a un terzo il bene che ne è oggetto¹⁰²⁵. Dall'altra, nonostante la base condivisa dell'elemento fiduciario, lo stesso è declinato secondo schemi differenti. Proprio modulare la consistenza della fiducia

¹⁰²⁴ GAMBARO A., Voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, p.449.

¹⁰²⁵ BARTOLI S., *Il trust*, Giuffrè, 2001, p.369; BUSANI A., *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, Terza edizione, Cedam, 2025, p.149.

in modo diverso ha comportato differenziazioni in termini di tutela della fiducia violata, determinando a sua volta la sfortuna o la fortuna dei due istituti.

Si analizzano, per punti, i profili in cui i due strumenti si allontanano maggiormente.

In primo luogo, vi è una differenza di base che investe il piano strutturale¹⁰²⁶. Mentre il *trust* ha fonte in una manifestazione unilaterale di volontà da parte del disponente, il negozio fiduciario ha struttura bilaterale. Quest'ultimo, infatti, trae origine dalla conclusione del *pactum fiduciae* che richiede anche la volontà del fiduciario. Questi si obbliga allo svolgimento di determinate attività con riguardo ai beni trasferitigli dal fiduciante. Dalla diversità strutturale, inoltre, deriva una conseguenza rispetto ai differenti poteri di disponente e fiduciante. Infatti, con riguardo al *trust*, il disponente non dispone di alcuno strumento per reagire alle violazioni del *trustee*, ma ciò è lasciato nelle mani dei beneficiari. Al contrario, rispetto al negozio fiduciario, il fiduciante può agire contro il fiduciario.

Al riguardo, però, si deve indugiare sulla possibilità di contrattualizzare il *trust*¹⁰²⁷. Analizzando la parabola storica del *trust*, da strumento di trasmissione della terra a mezzo di gestione degli *asset* perlopiù di natura finanziaria, esso si sarebbe trasformato in un accordo. Infatti, il *trust* non sarebbe più volto principalmente al trasferimento della proprietà al *trustee*, ma alla sua gestione dei beni in *trust*¹⁰²⁸. Inoltre, anche l'oggetto del *trust* ha vissuto una mutazione: da proprietà terriera a *asset* con consistenza finanziaria, bisognosi di una gestione più competente. Ciò si è riflesso anche nell'evoluzione della figura del *trustee*, da soggetto personalmente considerato degno di fiducia a soggetti professionisti perlopiù retribuiti. L'intero approccio al *trust* è diverso e riflette una natura di tipo contrattuale¹⁰²⁹. Dunque, benché formalmente atto unilaterale, la sua formazione sottintende una negoziazione di tipo bilaterale¹⁰³⁰.

¹⁰²⁶ BUSANI A., *op.cit.*, p.162.

¹⁰²⁷ PARDOLESI P., *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, n.5, p.503; LANGBEIN J.H., *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105Yale L.J. 637, 1995, p.637.

¹⁰²⁸ PARDOLESI P., *op.cit.*, p.505; LANGBEIN J.H., *op.loc.cit.*

¹⁰²⁹ PARDOLESI P., *op.loc.cit.*

¹⁰³⁰ PARDOLESI P., *op.cit.*, p.506.

In secondo luogo, le due figure si differenziano per il profilo della segregazione patrimoniale. Infatti, i beni che il disponente trasferisce al *trustee* al momento dell'istituzione del *trust* sono separati dal patrimonio personale del *trustee* stesso¹⁰³¹. L'effetto segregativo, invece, non si verifica nel negozio fiduciario. Di conseguenza, i diritti che il fiduciante trasferisca al fiduciario entrano a far parte del suo patrimonio.

In terzo luogo, a differenza di quanto avviene nell'ambito del *trust*, nella costruzione del negozio fiduciario non sono previsti strumenti giuridici di tipo recuperatorio per reagire al comportamento del beneficiario in violazione del programma contenuto nel *pactum fiduciae*. Né il disponente, né gli eventuali beneficiari dispongono di mezzi di tutela contro le trasgressioni del fiduciario titolare dei beni. Al contrario, il beneficiario vanta il diritto di *tracing* rispetto alle azioni del *trustee* per tutelare la propria posizione giuridica e opporla ad eventuali terzi.

Ciò si riflette in una quarta differenza¹⁰³². Mentre il *pactum fiduciae* si esprime *inter partes*, il *trust* è opponibile ai terzi. Così, nel primo caso, qualora il fiduciario non proceda al ritrasferimento dei beni al disponente o al trasferimento ai terzi dallo stesso indicati, si può applicare la norma relativa all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, l'art. 2932 c.c.. Tuttavia, non esistono strumenti per opporre il *pactum fiduciae* ai creditori del fiduciario o ai suoi aventi causa. Se il fiduciario disponga dei diritti oggetto del *pactum fiduciae* in violazione delle istruzioni del fiduciante, non vi è alcun rimedio a carattere reale¹⁰³³. Il fiduciante, quindi, deve accontentarsi di rimedi di natura risarcitoria. Al contrario, in tema di *trust*, i beneficiari possono attivare una tutela che, pur avendo natura obbligatoria, ottiene effetti *lato sensu* reali¹⁰³⁴. Inoltre, il diritto dei beneficiari non si esprime solo rispetto ai beni originariamente parte del *trust fund*, ma la

¹⁰³¹ Almeno per quanto riguarda l'ambito internazionale di applicazione della Convenzione dell'Aja, ciò è stabilito a livello positivo. Infatti, l'art. 11, co.1 contiene l'affermazione del principio della separazione dei beni in *trust* rispetto alle altre proprietà del *trustee*.

¹⁰³² BUSANI A., *op.cit.*, p.165.

¹⁰³³ BUSANI A., *op.loc.cit.*

¹⁰³⁴ BARTOLI S., *Il trust*, Giuffrè, 2001, p.371.

configurazione del *tracing* permette di aggredire anche tutte le eventuali e successive trasformazioni materiali ed economiche¹⁰³⁵.

In realtà, anche rispetto all'istituto del negozio fiduciario è possibile enucleare alcuni profili di opponibilità *erga omnes*. Dapprima, non vi sono dubbi circa la trascrivibilità della domanda giudiziale che il fiduciante *ex art.* 2932 c.c. rivolga contro il fiduciario per ottenere il ritrasferimento del bene immobile o mobile registrato¹⁰³⁶. In aggiunta a ciò, è immaginabile la trascrizione del *pactum fiduciae* relativo a beni immobili o mobili registrati *ex art.* 2645-*bis*¹⁰³⁷. In questo modo il fiduciante potrebbe godere di una tutela di tipo reale contro eventuali vendite dei beni a terzi trascritte successivamente.

Infine, non si può escludere l'opponibilità della fiducia agli aventi causa e ai creditori del fiduciario sulla base della disciplina del mandato non rappresentativo¹⁰³⁸. Infatti, la dottrina ha elaborato l'idea che la materia della fiducia sia riconducibile nell'alveo del mandato senza rappresentanza. Tale tesi è supportata dal fatto che anche nel mandato senza rappresentanza, al pari di quanto previsto nel *pactum fiduciae*, il mandatorio assume l'obbligo di svolgere una data attività nell'interesse del mandante.

Quindi, accogliendo l'identificazione del negozio fiduciario con il mandato non rappresentativo, le soluzioni interpretative legate a quest'ultima figura vengono proiettate sul negozio fiduciario. D'altra parte, anche per gli interpreti per cui le figure devono essere mantenute distinte sulla base del fatto che nel negozio fiduciario le operazioni del fiduciante si protraggono nel tempo, è possibile un'applicazione analogica di quanto previsto per il mandato. Inoltre, la stessa Cassazione afferma che la disciplina del mandato sia applicabile al negozio fiduciario, tanto in via diretta quanto in via analogica¹⁰³⁹.

Dunque, in base agli artt. 1706, co.1 e 1707 c.c., è possibile opporre il mandato non rappresentativo ad acquistare nei confronti degli aventi causa e dei creditori del

¹⁰³⁵ BARTOLI S., *op.cit.*, p.356.

¹⁰³⁶ BARTOLI S., *op.cit.*, p.375.

¹⁰³⁷ BARTOLI S., *op.cit.*, p.375.

¹⁰³⁸ BARTOLI S., *op.cit.*, p.377; BUSANI A., *op.cit.*, p.167.

¹⁰³⁹ Cass.Civ., 23/06/1998, n. 624; Cass.Civ., 21/05/1999, n. 4943; Cass.Civ., 08/05/2009, n. 10590

mandatario¹⁰⁴⁰. Proprio il combinato disposto delle due norme fonda l'esistenza di un vincolo di destinazione *lato sensu* reale sui beni oggetti del mandato. Tuttavia, tale forma di separazione patrimoniale è valida solo rispetto ad aventi causa e creditori dell'incaricato —mandatario o fiduciario— e non anche per quelli del soggetto incaricante —mandante o fiduciante¹⁰⁴¹.

Si può immaginare un ulteriore profilo che erode il dogma dell'assenza di meccanismi di coazione giuridica nelle mani del fiduciante contro alla condotta del fiduciario in violazione del *pactum fiduciae*. In effetti non si può escludere che il fiduciante esperisca l'azione risarcitoria contro il fiduciario infedele nella forma del risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*¹⁰⁴².

Nonostante questi spunti, ad ogni modo, la fiducia non riesce a competere con il *trust*. Infatti, solo nel secondo caso l'opponibilità ai terzi si fonda su basi positive inequivoche e inoltre l'opponibilità del vincolo che trova origine nel *trust* non riguarda una specifica *res*, ma la ricchezza in essa incorporata, risultando così insensibile alle possibili trasformazioni materiali ed economiche¹⁰⁴³.

Inoltre, si deve prendere atto del processo di ibridazione tra sistemi di *Common Law* e *Civil Law* che ha condotto all'affermazione del *trust* interno. Lo strumento, internazionale solo perché appoggiato a una legge differente da quella italiana, dialoga con i principi dell'ordinamento italiano, presentando soluzioni alternative a quelle interne. Si crea, dunque, uno spazio in cui il *trust* si interseca con il diritto italiano, anche forzandone i confini.

Capace di adattarsi a una molteplicità di situazioni pratiche differenti, il *trust* interno si è mostrato in grado di rispondere alle esigenze degli operatori giuridici in una vasta area del diritto, spaziando dal diritto di famiglia, al diritto successorio, al diritto societario e oltre.

Le riflessioni svolte in tema di *trust* possono permetterci di leggere sotto una nuova prospettiva alcune delle problematiche rilevate in tema di negozio fiduciario.

¹⁰⁴⁰ BARTOLI S., *op.cit.*, p.353.

¹⁰⁴¹ BARTOLI S., *op.cit.*, p.354.

¹⁰⁴² BARTOLI S., *op.cit.*, p.379.

¹⁰⁴³ BARTOLI S., *op.cit.*, p.383.

Infatti, senza giungere ad assimilare l'atto istitutivo del *trust* con l'atto costitutivo della proprietà fiduciaria, ossia il negozio fiduciario, si possono trarre alcune considerazioni sulla base delle loro somiglianze e divergenze.

In particolare, l'affermazione pratica dei *trust* interni nell'ordinamento italiano fornisce l'occasione per interrogarsi sulla tenuta delle categorie teoriche proprie dell'ordinamento italiano e, più nel dettaglio, degli ordinamenti di *Civil Law*. Si tratta di approfondire i riflessi del *trust*, soprattutto nella variante interna, rispetto alle stesse categorie teoriche invocate dalla dottrina come barriera per l'accettazione del negozio fiduciario. In particolare, i dubbi teorico-sistematici avanzati rispetto all'accoglimento del negozio fiduciario e della proprietà fiduciaria, sono stati messi in crisi dal *trust* interno. Infatti, tale strumento supera agevolmente le categorie teoriche che si sono trasformate in dogmi che comprimono l'istituto della proprietà e impediscono il radicamento della proprietà fiduciaria¹⁰⁴⁴. Ciò gli è permesso sulla base di un dato meramente formale: il *trust*, anche nella variante interna, si appoggia a una legge straniera. La Convenzione dell'Aja, infatti, impone il riconoscimento dei *trust* stranieri, laddove tale carattere deriva dal semplice ancoraggio a una legge straniera sulla base della scelta del disponente, anche laddove soggetti e ricchezze siano collegate al territorio italiano.

Ciò testimonia una duplice anima dell'ordinamento italiano: la volontà di proteggere i dati giuridici alla base della tenuta del sistema, ma anche l'impossibilità di resistere alle nuove esigenze che si manifestano nella società civile. Si assiste, di conseguenza, alla flessibilizzazione del sistema italiano per rispondere alle istanze di adeguamento ad un contesto globale sempre più competitivo, accogliendo nuove declinazioni della responsabilità patrimoniale e con l'abbandono di categorie dogmatiche tradizionali, caratterizzate da eccessiva rigidità e chiusura¹⁰⁴⁵. Si tratta di un'evoluzione in linea con quella degli altri ordinamenti europei.

Si può, però, notare un elemento peculiare che distingue la posizione dell'ordinamento italiano da scelte compiute in altri sistemi di diritto civile. Si pensi

¹⁰⁴⁴ SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002, p.151.

¹⁰⁴⁵ LENZI R., voce *Destinazione patrimoniale*, in *Annali V*, Giuffrè, 2012, p.56

al modo in cui si è mossa la Repubblica Francese in modo da garantire la protezione dei propri principi. Infatti, il sistema francese non ha ratificato la Convenzione dell'Aja, non permettendo il riconoscimento dei *trust* stranieri in virtù di una fonte internazionale, ma riconosce le esigenze alla base di ciò e le rielabora nella predisposizione di un istituto proprio, la *fiducie*¹⁰⁴⁶. Avvertite le esigenze che richiedono l'apertura a meccanismi fiduciari di gestione della proprietà, il legislatore francese non si chiude nei propri dogmi per poi cedere a strumenti stranieri più flessibili.

Questo, invece, è quanto si è verificato nel caso italiano. La dottrina ha correttamente individuato gli elementi di ostacolo alla piena valorizzazione del negozio fiduciario, mantenendosi cauta nelle aperture a un istituto che si scontra con i fondamenti in tema di proprietà. Tuttavia, di fronte alle incessanti e sempre più intense esigenze del mondo del commercio, ha finito per cedere a uno strumento straniero, la cui forza erosiva degli stessi principi invocati contro la proprietà fiduciaria è innegabile.

Il *trust*, che è senza dubbio l'istituto più caratteristico del diritto inglese ed anche quello di maggior successo sul piano mondiale, oggi mostra appieno le proprie potenzialità, affermandosi a livello internazionale. Infatti, non si può evitare di constatare «*corsa verso il trust*» ingaggiata da tutte le esperienze giuridiche contemporanee, sebbene con forme e modalità differenti¹⁰⁴⁷.

Il fenomeno richiede di esaminare il tema della circolazione e del trapianto dei modelli giuridici. Adottare una prospettiva geograficamente e cronologicamente abbastanza ampia permette di toccare con mano i flussi giuridici, i continui trasferimenti di soluzioni, regole e modelli, inventati in un luogo e in una determinata epoca storica per poi essere scoperti, adattati e imitati altrove¹⁰⁴⁸. Tale fenomenologia è, peraltro, ancora più evidente in un'epoca di globalizzazione dei

¹⁰⁴⁶ Con la legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211, modificativa degli art. 2011 ss. c.c. fr.. Successivamente, si introduce anche la disciplina dell'*entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (Eirl), con la legge 15 giugno 2010, n. 2010-658, modificativa degli art. L526-6 ss. c. comm. fr..

¹⁰⁴⁷ GAMBARO A., voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999, p.449.

¹⁰⁴⁸ MATTEI U., voce *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Annali I*, Giuffrè, 2007, p.173.

mercati e del diritto¹⁰⁴⁹. Proprio la visione funzionalista del diritto sposta il baricentro della produzione giuridica verso gli Stati Uniti, esportando peculiarità del *Common Law* anche nella direzione dei sistemi civili.

Tradizionalmente si distinguono, in particolare, due principali ragioni alla base della circolazione dei modelli giuridici: l'imposizione e il prestigio. Più di recente, si fa riferimento all'efficienza quale causa del fenomeno circolatorio¹⁰⁵⁰. Tale tesi si adatta anche a quanto riguarda specificamente il *trust*¹⁰⁵¹. Di qui l'idea di competizione normativa per cui, sotto lo standard dell'efficienza, istituti derivanti da alcuni ordinamenti scalzano quelli della tradizione di altri.

Cogliere tutte queste suggestioni evoca l'auspicabilità di un intervento del legislatore italiano in materia di fiducia. Sono immaginabili, al proposito, due strade divergenti.

Da una parte, infatti, il legislatore italiano potrebbe inserirsi nel solco del caso francese. Si tratterebbe, dunque, di configurare la forma domestica di fiducia, il negozio fiduciario, prestando attenzione alle esigenze dei mercati senza sconfessare in modo radicale i principi fondamentali che reggono il sistema. La possibilità, a tal riguardo, di addolcire alcuni dogmi, elasticizzando i confini di nozioni come causalità, *numerus clausus* dei diritti reali e proprietà potrebbe sorreggere l'intervento senza negare in senso assoluto validità agli stessi. Si muove in questa direzione la proposta elaborata dalla dottrina del contratto di affidamento fiduciario¹⁰⁵². L'idea è di formulare un'alternativa di diritto civile capace di competere con il *trust*, superando le problematiche che non hanno consentito di cogliere tale sfida nel passato. Si fa riferimento, in particolare, all'occasione mancata dal nostro legislatore delegato nel 2010 rispetto all'introduzione del contratto della fiducia¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ KENNEDY D., *Two Globalizations of Law and Legal Theory: 1850-1968*, in *Suffolk University Law Review*, 2003, pp.631 ss.

¹⁰⁵⁰ MATTEI U., *op.cit.*, p.177.

¹⁰⁵¹ GAMBARO A., *Il trust in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di R.Sacco*, I, Giuffrè 1994, pp.497 ss.

¹⁰⁵² LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2014

¹⁰⁵³ Disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri in data 1° marzo 2010.

Dall'altra parte, in direzione opposta, il legislatore potrebbe fermarsi di fronte alla difficoltà di formulare uno strumento di diritto civile per concentrarsi sul *trust*. In questo campo, sarebbe auspicabile una fonte positiva di carattere generale per coniugare lo strumento esterno con il sistema italiano. Ciò permetterebbe di superare almeno alcune storture che derivano dal collegamento di situazioni giuridiche fondamentalmente legate al territorio italiano —con soggetti e ricchezze italiani— con una legge straniera. L'andamento, invece, cui si assiste oggi è di accogliere lo strumento relativamente a singole esigenze e singoli campi della società e del diritto, comportando problemi di ricostruzione generale.

In definitiva, di fronte al ciclico riproporsi di figure giuridiche fondate sulla fiducia e all'insopprimibilità delle esigenze economiche ad esse sottese, il giurista non può negare strumenti e tutele, invocando principi e dogmi come barriere. Innalzare il valore della tenuta dei principi di un ordinamento al di sopra del soddisfacimento delle esigenze della società civile comporta un rischio: l'eccessiva rigidità allontana il mondo del diritto domestico dalle esigenze della società civile e sancisce, di contro, la fortuna di strumenti esteri cui rivolgersi per superare le difficoltà riscontrate internamente. Questo meccanismo, dunque, provoca delle sgrammaticature nel sistema, in quanto i principi che si vogliono proteggere risultano forzati dall'esterno.

Il giurista, dunque, deve incaricarsi dello studio attento delle necessità della società e degli strumenti per rispondervi, senza abbandonare il tentativo di mantenere l'armonia del sistema, approntando soluzioni interne o prendendo in prestito soluzioni esterne in modo consapevole.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ALLARA M., *La proprietà temporanea*, in *Il Circolo Giuridico*, n. 2, Tipografia Michele Montaina, 1930

AMADIO G., *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Studi CNN-Studio n. 160-2020/C*, 2022

AMADIO G., *Negozi fiduciario e destinazione patrimoniale*, in *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, Giuffrè, 2016

AMADIO G., *La risoluzione per inadempimento: considerazioni generali*, in *Trattato del contratto, V, Rimedi-2*, Seconda edizione, a cura di ROPPO V., Giuffrè, 2022

AMORE G., *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella “legge sul dopo di noi”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 6, 2017

ANELLI F., *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto, III, Effetti*, Seconda edizione, a cura di COSTANZA M., Giuffrè, 2023

ALPA V., MARICONDA V., *Codice civile commentato, Tomo I*, Terza edizione, IPSOA, 2013

ALPA V., MARICONDA V., *Codice civile commentato, Tomo II*, Terza edizione, IPSOA, 2013

ALPA V., MARICONDA V., *Codice civile commentato, Tomo III*, Terza edizione, IPSOA, 2013

ARCONZO G., *La legge sul dopo di noi e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, Il Mulino, 2016

ASCARELLI T., *Il negozio indiretto*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, 1949

BALESTRA L., *Proprietà e diritti reali - Vol.1*, UTET, 2011

- BARTOLI S., *Strumenti di protezione dei soggetti deboli e legge sul “dopo di noi”. Trust, atto di destinazione e affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2022
- BARTOLI S., *Il trust*, Giuffrè, 2001
- BARTOLI S., *Il Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle imprese*, Giuffrè, 2001
- BARTOLI S., *Trust interno e liberalità non donativa*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I quaderni della fondazione italiana per il Notariato, 2008
- BARTOLI S., GRAZIADEI M., MURITANO S., RISSO L.F., *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007
- BARTOLI S., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle imprese*, Giuffrè, 2011
- BARTOLI S., *Nota a Cass. 9 maggio 2014 n. 10105*, in *Notariato*, 2015
- BARTOLI S. e MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, UTET, 2017
- BERTI C. e BERTOCCHI A., *Il ricorso al trust liquidatorio nella gestione della crisi d'impresa*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 4, 2024
- BERTOLDI F., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Mucchi Editore, 2012
- BIANCA C.M., 5. *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Terza edizione, Giuffrè, 2021
- BIANCA C.M., 3. *Il contratto*, in *Diritto civile*, Terza edizione, Giuffrè, 2019
- BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984
- BONILINI G. e CONFORTINI M., *Codice Civile commentato*, Terza edizione, UTET, 2009
- BUGETTI M.N., *Il trust per remunerare, compensare o premiare chi assiste persone fragili non autonome*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 2, 2026
- BUONFRATE A., voce *Contratti collegati*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2007

BUONFRATE A., voce *Patrimonio destinato e separato*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2007

BUSANI A., *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, Terza edizione, CEDAM, 2025

BUSANI A., FANARA C., MANNELLA G.O., *Trust e crisi d'impresa*, IPSOA, 2013

BUSNELLI D. e NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato, III, L'abuso del diritto*, CEDAM, Padova 1998

CAMPOSEO V.R., *Gli strumenti per l'assistenza ai disabili: note sugli aspetti civilistici della L. n. 112/2016 (c.d. "dopo di noi")*, in *Notariato*, n. 4, 2017

CARDINALE C., *Dopo di noi il trust. Prime note sulla legge 22 giugno 2016 n. 112*, in *Vita notarile*, n. 3, 2016

CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, CEDAM, 1933

CARRARO L., *Il mandato ad alienare*, CEDAM, 1947

CENINI M., *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, in *Giurisprudenza italiana*, luglio 2023

CERRI F., *Trust, affidamento fiduciario e fiducie. Tre modi di declinare la fiducia nel quadro del diritto europeo*, Giuffrè, 2015

CHIARELLA M.L., voce *Diritti reali di godimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2022

CIAN G. e TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, XVI edizione, CEDAM, 2024

CIPRIANI G., *L'amministrazione di sostegno e il trust interno*, in *NGCC*, Parte secondam 2006

COPPINI P., *Chiaro-scuri sull'opponibilità del trust: l'ultima pronuncia della Cassazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 4, 2026

CORTE DEI CONTI, *Attuazione delle misure previste dalla legge 22 giugno 2016, n. 112, volte a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle*

persone con disabilità grave prive di sostegno familiare - fondo “dopo di noi,
Deliberazione 23 dicembre 2022, n. 55/2022/G

D'ARRIGO C., *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in
La crisi d'impresa - questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare, a cura di
F. Di Marzio, Casa Editrice dott. Antonio Milani, 2010

DELLE MONACHE S., *La libertà di disporre*, in *Riv.dir.civ.*, n. 2, 2019

DE MARTINI A., *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*,
in *Giur. it.*, 1946, I, 2

DE NOVA G., voce *Contratto alieno*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2009

DI LANDRO A.C., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli.*
Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità `
grave, in *Le nuovi leggi civili commentate*, n. 1, 2017

DI LANDRO A.C., *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione e atti*
di destinazione e trust, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 5, 2009

DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*,
2007

DI SAPIO A., *Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) - I parte*, in *Trusts e*
attività fiduciarie, n. 4, 2009

DI SAPIO A., *Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) - II parte*, in *Trusts e*
attività fiduciarie, n. 5, 2009

DIURNI G., voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig.disc.priv.*, , UTET,
1992

DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4-
5, 2014

EPIFANIA M., *Trust a favore della persona anziana*, in *Un diritto gentile per la*
persona anziana, Pacini Giuridica, 2023

ERRANI G., *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le*
possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti, in *Contratto*
e impresa, n. 2, 2020

- FAROLFI A., *L'utilizzo del trust nella liquidazione delle società e nel nuovo Codice della crisi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 4, 2024
- FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, quinta edizione riveduta, Athenaeum, 1922
- FERRARA F., *I negozi fiduciari* in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja (volume II)*, Hoepli, 1905
- FERRI G.B., voce *Il negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv., Sez.civ.*, UTET, 1995
- FRANCESCHELLI R., *Il trust nel diritto inglese*, CEDAM, 1935
- GALGANO F., *La fiducia romanistica*, in *Atlante di diritto privato comparato*, XIII, Giuffrè, 1992
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato Iudica Zatti*, 2^a ed., Giuffrè, 2017
- GAMBARO A., voce *Diritti reali (dir. internaz. e comp.)*, in *Annali I*, Giuffrè, 2007
- GAMBARO A., Voce *Trust*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1999
- GAMBARO A., *Il trust in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di R.Sacco*, I, Giuffrè 1994
- GAZZONI F. *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2024
- GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol.1, 1936
- GRAZIADEI M., *La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i trust. Un itinerario*, in *Trusts*, 2022
- GROSSO G., voce *Fiducia*, in *Enc.dir.rom.*, XVII, Giuffrè, 1968
- GRUPPUSO M.C., *Interesse dell'impresa e interesse dei legittimari negli atti di liberalità, uno studio su patto di famiglia e trust per la trasmissione dell'impresa*, Giappichelli, 2026
- GUARNIERI A., voce *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1989

(A cura di) GUERRIERI G., GIOVANNI LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T., *Fiducia e destinazione patrimoniale percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022

GVELESIANI I., *The Origin of the Trust. A Comparative Linguistics and Law Perspective*, Springer, 2024

HAYTON D.J., *Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 Years*, Journal of Private International Law, 12(1), 2016

HAYTON D.J., *The Law of Trusts*, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, 2003

KEETON G.W., *The Law of Trusts*, Fifth edition, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1950

KENNEDY D., *Two Globalizations of Law and Legal Theory: 1850-1968*, in Suffolk University Law Review, 2003

LANGBEIN J.H., *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 Yale L.J. 637, 1995

(A cura di) LA TORRE G., *TRUST e "Dopo di noi"*, IPSOA, 2016

LENZI R., *Il ruolo dell'autonomia privata nel nuovo sistema di protezione degli adulti vulnerabili*, in *Supplemento digitale NCC*, n. 6, 2024

LEUZZI S., *I trust successori*, Giuffrè, 2011

LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, 1964

LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, 1984,

LUPOI M., *Istituzioni al diritto dei trusts negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV edizione, CEDAM, 2019

LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Terza edizione rinnovata, CEDAM, 2016

LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2014

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

- LUPOI M., *I Trust nel Diritto Civile*, in *Trattato di Diritto Civile, I Diritti Reali-2*, diretto da SACCO R, UTET, 2004
- LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione completamente rivista, Giuffrè, 2001
- LUPOI M., *The Civil Law Trust*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol.32:967, 1999
- LUPOI M., *Il trust amorfo*, in *Vita notarile*, 1995
- LUPOI M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Giuffrè, 1994
- LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992
- MANES P., voce *Trust interni*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2013
- MARRA P., voce *Fiducia e causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2019
- MATTEI U., voce *Proprietà (nuove forme)*, in *Enc.dir., Annali V*, Giuffrè, 2012
- MAZZACUVA F., *Trust liquidatorio simulato e bancarotta fraudolenta (Cass. 14 settembre 2023, n. 37761)*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 4, 2024
- MAZZARIOL R., *Riflessioni in tema di abuso del diritto: aspetti sostanziali e processuali*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, n. 4, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Fondazione del Consiglio Nazionale Forense, 2014
- MERCANTI G. e RIZZONELLI G., *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 6, 2017
- MESSINA G., *I negozi fiduciari, Introduzione e parte I*, in *Scritti giuridici, vol.1*, Giuffrè, 1948
- MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003
- MILANI M., *La 'fiducia' in diritto romano. Atti costitutivi, causa, oggetto*, Jovene, 2022

MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Tratt. Vassalli, VIII, 1, UTET, 1952

MOJA A., *Il trust nel diritto civile e tributario*, Maggioli Editore, 2007

MONEGAT M., LEPORE G., VALAS I., *Trust, Aspetti sostanziali applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, Vol.I, Seconda edizione, Giappichelli, 2010

MONTANARI A., *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Europa e diritto privato*, n. 3, Giuffrè, 2010

MONTEFAMEGLIO M., *Il contratto fiduciario*, in *La rivista on-line sul diritto dei trusts*, n. 9 - ottobre/novembre/dicembre, 2006

MORELLO U., voce *Multiproprietà*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1994

MORELLO U. & TASSONI G., ., voce *Multiproprietà*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2003

MURITANO D. e CARMINE R., *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, Studio n. 219-2019/C, Consiglio Nazionale del Notariato

MURITANO D., *La legge 112/16 sul dopo di noi: impressioni, proposte*, Studio n. 3-2017/C, Consiglio Nazionale del Notariato

O'TOOLE E.J., *Law of Trusts*, Brooklyn, New York, 1933

PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, Studio n. 305-2015/I, Consiglio Nazionale del Notariato, 2015

PARDOLESI P., *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, n. 5

PARODI N., *I contratti fiduciari riservati*, Giappichelli, 2024

PATTI S., *Testamento e strumenti di pianificazione successoria*, in *Rivista di diritto civile*, n. 4, 2025

PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig.Disc.Priv.*, UTET, 1987

- PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, 1975
- PINO A., *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, CEDAM, 1963
- PUGLIATTI S., voce *Autonomia privata*, in *Enc.dir.* IV, Giuffrè, 1959
- PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica*, Giuffrè, 1951
- PUGLIESE G., voce *Diritti reali*, in *Enc.dir.*, XII, Giuffrè, 1964
- PUTTI P.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2003
- REGELSBERGER F., *Zwei Beiträge der fiduziarischen Geschäften*, 1880
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, 1998
- ROPPO V., *Il contratto*, Terza Edizione, Giuffrè, 2025
- ROTA F. E BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Seconda edizione, Giuffrè, 2012
- RUSSO T.V., *Il trust come strumento per disciplinare il passaggio generazionale e le dinamiche successorie*, in *I contratti*, n. 4, 2024
- RUSSO T.V., *Il Trust*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni scientifiche italiane, 2023
- SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, IV edizione, UTET, 2016
- SACCO R., voce *Causa*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2014
- SACCO R., voce *Contratto sinallgmatico o con prestazioni corrispettive*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 2010
- SACCO R., voce *Negozio astratto*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1995
- SACCO R., voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig.disc.priv.*, UTET, 1998
- SANSONI R., *Pianificare l'incapacità*, in *I Contratti*, n. 5, 2024

- SANSONI R., *Tutela dei legittimari e trust: primo intervento della Cassazione, tra passi in avanti e aspetti ancora da chiarire*, in *i Contratti*, n. 6, 2023
- SANSONI R., *La tutela dei legittimari al “banco di prova” del trust*, in *Notariato*, n. 4, 2021
- SANTORO L., *Il trust in Italia*, Giuffrè, 2004
- SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, 2002
- SATURNO A., *La proprietà nell’interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999
- SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Cislupino, 1960
- SCALGI G., *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958
- SCHULTZE A., *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rech*, 1901
- SEMPRINI A., *I rapporti fiduciari con funzione accessoria, contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, Giappichelli, 2022
- TASSANI T., *La legge sul “Dopo di noi” e la fiscalità degli strumenti di destinazione patrimoniale*, Studio 33-2017/T, Consiglio Nazionale del Notariato
- TONELLI A. e BULGARELLI A., *Il trust di sostegno*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 4, 2010
- TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di ANELLI F. e SCOGNAMIGLIO C., 27 ed., Milano, Giuffrè, 2025
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, LI ed., a cura di DELLE MONACHE S., TRABUCCHI G., TROIANO S., TESCARO M., CEDAM, 2025
- TRIMARCHI V.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978
- UNDERHILL A. & HAYTON D.J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Sixteenth Edition, Butterworths, 2003

VACCA L., *I negozi fiduciari nell'esperienza giuridica romana*, in *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna University Press, 2022

ZANCHI D., *Trust, dizionario ragionato*, Giappichelli, 2021

ZIINO S., *Trust e procedure concorsuali*, in *Trust in Italia... Tra passato, presente e futuro* (a cura di LUPOI M.), UTET, 2017, p.119

GIURISPRUDENZA

Cassazione Civile

Cass. Civ., ord., 12/02/2026, n. 3176.

Cass. Civ., 25/07/2025, n. 21346

Cass. Civ., 03/07/2025, n. 18084

Cass. Civ., ord. 17/02/2023, n. 5073

Cass. Civ., 17/10/2022, n. 35461

Cass. Civ., 18/12/2020, n. 3128

Cass. Civ., SU., 12/07/2019, n. 18831

Cass. Civ., 19/03/2018, n. 6675

Cass. Civ., 19/04/2018, n. 9637

Cass. Civ., 26/10/2016, n. 21614

Cass. Civ., 06/03/2015, n. 4628

Cass. Civ., 26/05/2014, n. 11757

Cass. Civ., 15/05/2014, n. 10633

Cass. Civ., 19/05/2014, n. 10105

Cass. Civ., 25/10/2013, n. 24166

Cass. Civ., 20/02/2013, n. 4262

Cass. Civ., 12/05/2010, n. 11496
Cass. Civ., 18/03/2010, n. 6538
Cass. Civ., 08/05/2009, n. 10590
Cass. Civ., 23/03/2006, n. 6531
Cass. Civ., 06/05/2005, n. 9402
Cass. Civ., 01/04/2003, n. 4886
Cass. Civ., 19/02/2000, n. 1999
Cass. Civ., 21/05/1999, n. 4943
Cass. Civ., 23/06/1998, n. 624
Cass. Civ., 16/02/1996, n. 481
Cass. Civ., 18/12/1995, n. 12906
Cass. Civ., 03/04/1995, n. 6024
Cass. Civ., 29/05/1993, n. 6024
Cass. Civ., Su.05/08/1992, n. 9282
Cass. Civ., 12/06/1986, n. 3898
Cass. Civ., 07/08/1982, n. 4438
Cass. Civ., 21/11/1975, n. 3911
Cass. Civ., 23/01/1971, n. 146
Cass. Civ., 19/05/1960, n. 1261

Corte Appello

Corte App. Venezia, 10/07/2014
Corte App. Firenze, 09/08/2001

Tribunale di primo grado civile

Trib. Genova, 20/01/2022, n. 114

Trib. Roma, G.T., 10/10/2017

Trib. Bologna, 27/06/2017.

Trib. Siena, G.T., 11/03/2017

Trib. Torino, 10/03/2014

Trib. Torino, 10/02/2011

Trib. Modena, 11/12/2008

Trib. Bologna, G.T., 23/09/2008

Trib. Genova 01/04/2008

Trib. Milano, 04/02/2008

Trib. Messina, 13/03/2007

Trib. Trieste, 05/10/2006

Trib. Genova, 14/03/2006

Trib. Pordenone 20/12/2005

Trib. Modena, G.T., 11/08/2005

Trib. Mondovì, 16/06/2005

Trib. Venezia, 04/01/2005

Trib. Perugia, decr. 16/04/2002

Trib. Bologna 18/04/2000

Trib. Lucca 23/09/1997

Trib. Monferrato, 13.04.1984

Cassazione penale

Cass.Pen., 14/09/2023, n. 37761

NORMATIVA

Senato, XVII Legislatura, Disegno di legge n. 1826, Introduzione del capo IX-bis del titolo III del libro IV del codice civile, recante disposizioni in materia di contratto di fiducia, iniziativa dei senatori Cuomo, Lumia, Giacobbe e Saggese, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2015.

Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Proposta di legge n. 2682, Disposizioni concernenti la trasparenza dei costi dei servizi bancari e di pagamento e la comunicazione delle variazioni delle relative condizioni contrattuali, iniziativa del deputato Marco Rondini, presentata il 14 ottobre 2014

Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Proposta di legge n. 4554, Introduzione del capo IX-bis del titolo III del libro IV del codice civile, concernente il contratto di fiducia (*trust*), iniziativa del deputato Renato Cambursano, presentata il 27 luglio 2011

Senato, XVI Legislatura, Disegno di legge n. 2284, Delega al Governo per la riforma del codice civile, presentato dal Ministro della giustizia (Alfano) il 15 luglio 2010

Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Disegno di legge n. 2322-B, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2009, approvato dalla Camera dei deputati il 21 luglio 2009, modificato dal Senato della Repubblica il 1° giugno 2010

L. 14/02/2006, n. 55, c.d. Patto di famiglia

L.09/01/2004, n. 6

Legge 16 ottobre 1989, n. 364, Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata da L'Aja il 1° luglio 1985.

FONTI STORICHE

Cic. *p.Caec.*, 3 e 7

Cic. *p.Rosc.com.* 6 e 17

Cic. *ad fam.* 7, 21, 2

Cic. *de off.* 3, 17, 70

Corpus Iuris Civilis, Digesto, XXXVI, 1, 46 e 69; XII, 1, 9

Corpus Iuris Civilis, Institutiones, 2.23.5

Edictum Rothari, c. 224

Gai Institutiones, 2.25, 2.60, 2.102, 2.253, 2.254

Plaut. *Epidic.* 696-701

Plaut. *Most.* 34-38

Plaut. *Aul.* 584-586

Plaut. *Trinumm.* 116-122 e 140-144

Ringraziamenti

Ringrazio sentitamente il Professor Stefano Delle Monache per avermi guidato con pazienza attraverso gli ostacoli incontrati nella stesura della tesi di laurea.

Ringrazio anche la Professoressa Giovanna Marchetti per i consigli e le correzioni che mi hanno orientato nella confusione iniziale.