



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNO VII ANNALI 2019 DEL DIPARTIMENTO JONICO ESTRATTO

PAOLO PARDOLESI

Riflessione comparativa in tema di *trust* e contratto di
affidamento fiduciario



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli,
Danila Certosino, Laura Costantino, Nicola Fortunato,
Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Domenico Garofalo,
Concetta Maria Nanna, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Paolo Pardolesi,
Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Massimo Bilancia,
Annamaria Bonomo, Gabriele Dell'Atti, Michele Indellicato, Ivan Ingravallo,
Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Moliterni,
Fabrizio Panza, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

Contatti:

Prof. Nicola Triggiani
Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco
Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

SAGGI

Paolo Pardolesi

RIFLESSIONE COMPARATIVA IN TEMA DI *TRUST* E CONTRATTO DI
AFFIDAMENTO FIDUCIARIO *

ABSTRACT

Il presente saggio intende realizzare una ricognizione omologativa tra gli istituti del *trust* e del contratto di affidamento fiduciario perseguendo l'obiettivo di individuare gli eventuali punti di identità/diversità.

The present essay intends to carry out a comparison between the institutes of trust and the 'contratto di affidamento fiduciario', pursuing the goal of identifying profiles of identity/diversity.

PAROLE CHIAVE

Trust – Segregazione – Contratto di affidamento fiduciario

Trust – Segregation – Contratto di affidamento fiduciario

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: il paradigma della fiducia. – 2. Il *trust* tricolore. – 3. I vantaggi sottesi alla vocazione contrattuale del *trust*. – 4. L'occasione mancata del contratto di fiducia. – 5. Il contratto di affidamento fiduciario. – 6. A mò di conclusione.

1. La destinazione patrimoniale non è un'idea estranea alla tradizione occidentale: d'altronde, l'archetipo della fiducia si è affacciato in più occasioni nella nostra esperienza giuridica salvo successivamente “uscire dal giro” alla fine dell'*ancien régime*¹ (e con esso le destinazioni patrimoniali scomparse sia dalla prassi che dal diritto continentale europeo)² tra le perplessità di Sir Maitland (che non riusciva a spiegarsi come i sistemi giuridici diversi dal *common law* potessero sopravvivere senza disporre dello strumento del *trust*)³.

Nondimeno, proprio tale istituto – troppo agevolmente bypassato insieme ai concetti di fiducia, di destinazione, di separazione e di segregazione – si è ripresentato,

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

¹ A tale proposito si rinvia, orientativamente, alla ponderosa raccolta di saggi curata da R. Helmholz, R. Zimmerman, *Itinera fiduciae: trust and trehuand in historical perspective*, Dunker and Humblot, Berlin, 1998.

² In questi termini R. Pardolesi, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 215.

³ Cfr. F.W. Maitland, *Equity: A Course of lectures*, trad. it a cura di A.R. Borzelli, Giuffrè, Milano, 1979.

negli ultimi trent'anni, come un trapianto di ritorno, sulla scorta di un processo di globalizzazione che ha portato alla sua massificazione⁴. Non a caso – benché, come rilevato da autorevole voce dottrinale, il grande interesse verso i *trusts* nel nostro Paese si sia affermato durante gli anni Ottanta del secolo scorso⁵ —, soltanto con la Convenzione dell'Aja si è favorito l'approfondimento degli studi sul *trust*, culminato nella definitiva presa di coscienza che gli ordinamenti civilistici sarebbero privi di succedanei competitivi con tale istituto. D'altronde, la particolarità del *trust* starebbe tutta nella segregazione del diritto del *trustee* (ma questa sarebbe figlia dell'affidamento e quest'ultimo il portato della fiducia)⁶. La fiducia ricorre quando il fiduciante ha la certezza morale che la propria volontà venga adempiuta, per cui non è necessario predisporre e determinare con precisione il programma commesso al fiduciario, al quale sono rimessi tempi e modi per pervenire al risultato voluto. Per conseguenza, la volontà espressa dal fiduciante prevale su qualsiasi requisito legale, anche imperativo, rispetto al quale appare preminente il valore che socialmente giustifica il negozio (cioè la fiducia). Sarebbero questi i tre pilastri (certezza morale dell'adempimento, assenza del programma negoziale e prevalenza sui requisiti legali) sui quali l'edificio della fiducia è fondato e che assume configurazioni varie a seconda che l'uno debba sopportare un peso maggiore degli altri in relazione alle concrete attuazioni e a seconda delle diverse circostanze della vita sociale ed economica. L'effetto tipico consisterebbe nella segregazione, che distoglie il patrimonio «destinato» dalla garanzia patrimoniale generica del *trustee* per divenire un fondo a sé stante, come tale suscettibile di aggressione solo per motivi attinenti alla realizzazione dello scopo perseguito dal singolo strumento di *trust*⁷.

2. L'Italia, attraverso l'entrata in vigore della legge 16 ottobre 1989 n. 364 (che ha reso esecutive le disposizioni della Convenzione dell'Aja)⁸, ha mostrato al mondo degli affari la volontà di intraprendere il cammino indispensabile per divenire una giurisdizione “investor-friendly”, consentendo la possibilità di creare *trusts* aventi ad oggetto *asset* collocati nel nostro paese (a favore di cittadini italiani o stranieri) attraverso il semplice impiego dello strumento del richiamo ad una legge straniera (scelta dal *settlor*) che disciplini il rapporto sottostante.

⁴ In questi termini R. Pardolesi, *Destinazioni patrimoniali*, cit., p. 216.

⁵ M. Lupoi, *Trusts*², Giuffrè, Milano, 2001, p. 551.

⁶ M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 565 ss.

⁷ Sul punto v. M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 566 ss.

⁸ A tale proposito occorre evidenziare come le corti italiane iniziarono a discutere di *trust* ancor prima della ratifica della Convenzione dell'Aja (*ex multis* v. Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *Foro it.*, I, p. 1019 ss.). A ben vedere, l'istituto era già diffuso in ordinamenti stranieri, ragion per cui si presentavano innanzi ai giudici nostrani, alcune situazioni concrete che possedevano elementi di collegamento con il nostro ordinamento giuridico e, quindi, profili applicativi interni (sul punto v. E. Corso, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 496 ss.).

In particolare, volgendo lo sguardo all'art. 13 della Convenzione (in relazione al quale si suppone che il luogo ove si trovano i beni oggetto del *trust* e il luogo ove lo scopo del *trust* deve essere realizzato siano collocati in un ordinamento che non qualifichi il rapporto quale *trust*), appare possibile affermare che per «*trust* interno» si debba intendere quella situazione in cui gli elementi oggettivi e soggettivi sono legati «a un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto quale *trust* (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione» (per intenderci: un *trust* istituito da italiani in Italia ma regolato dalla disciplina inglese). Diversamente, invece, si deve preferire la formula di «*trust* di diritto interno» per indicare un rapporto regolato esclusivamente dalla legge italiana⁹.

Sulla scorta di tale distinzione, occorre porre l'accento sul fatto che il formante giurisprudenziale di casa nostra (con orientamento pressoché dominante) abbia adottato una posizione sostanzialmente favorevole all'ammissibilità del *trust* interno¹⁰. Prova ne sia il fatto che, come rimarcato dalla stessa autorevole dottrina, la norma di chiusura contenuta nell'art. 13 della Convenzione «[sia] rimasta quindi senza sostanziale applicazione»¹¹. In questa prospettiva, diviene fondamentale effettuare un giudizio di meritevolezza (che nel nostro ordinamento costituisce un cardine dell'autonomia privata) del negozio istitutivo e della scelta della legge straniera per regolare un *trust* interno¹². In breve, non essendo il *trust* un negozio tipico, di volta in volta andrà verificata la meritevolezza dell'interesse sotteso al rapporto costituito con il negozio, ai fini di poterne garantire la tutela¹³.

Facendo tesoro di tale opportuna precisazione, volgiamo lo sguardo al rapporto tra il *trust* e il nostro ordinamento giuridico. La diffusione dell'istituto negli ordinamenti stranieri faceva sì che ai nostri giudici si presentassero situazioni concrete che possedevano elementi di collegamento con l'ordinamento giuridico italiano e, quindi, profili applicativi interni¹⁴. Dopo il 1992, l'attenzione delle corti ha cominciato a

⁹ «Qui ovviamente la Convenzione non svolge alcun ruolo»: M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 546 s.

¹⁰ Sul punto v., orientativamente, Trib. Milano 27 dicembre 1966, in *Società*, 1997, p. 585, con nota di R. Lener, G. B. Bisogni (in cui l'organo giudicante ha provveduto ad omologare un prestito obbligazionario garantito trasferendo beni immobili al *trustee* di un *trust* interno); Trib. Genova 24 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 759, con nota di A. Moja (in cui viene omologato la s.r.l. unipersonale costituita dal *trustee* di un *trust* interno); Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 2007 (che provvede ad affermare la validità di un *trust* testamentario interno); Trib. Roma 2 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, p. 85 (in cui, senza porre dubbi circa la validità del *trust* interno, si pongono questioni concernenti la revoca del *trustee* di un *trust* interno); Trib. Chieti 10 marzo 2000, *id.*, p. 372 (che ha ordinato al Conservatore dei registri immobiliari di trascrivere l'acquisto del *trustee* di un *trust* interno) e, infine, Trib. Bologna 18 aprile 2000, *id.*, p. 372 (in cui l'organo giudicante ha ordinato il trasferimento di beni immobili in Italia dal disponente al *trustee* di un *trust* interno). Per un'attenta ricognizione della giurisprudenza e della dottrina italiana sui *trusts* si rinvia a A. Braun, *Trusts interni*, in *Riv. dir. Civ.*, 2000, p. 573.

¹¹ M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 549.

¹² S.M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000, p. 145.

¹³ Su tali profili si rinvia, ancora una volta, a M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 549.

¹⁴ Si veda E. Corso, *Trust e diritto italiano*, cit., p. 496 ss.

focalizzarsi sui c.d. *trusts* interni. Ciò nonostante, e sebbene l'approccio iniziale non fosse dei migliori (in quanto gli operatori professionali non possedevano gli strumenti adeguati per comprendere e regolare fenomeni economici nuovi)¹⁵, la ratifica della Convenzione ha certamente propiziato non solo l'approfondimento dell'istituto (tanto in dottrina quanto in giurisprudenza)¹⁶, ma anche il superamento delle difficoltà sottese ad una presunta irriconoscibilità di un *trust* interno, conseguente alla qualifica della Convenzione (o, meglio, della legge di ratifica) come norma di diritto internazionale privato¹⁷. Ne deriva che le numerose ed inequivoche tracce di penetrazione dell'istituto a livello di prassi applicativa hanno fugato (definitivamente) ogni dubbio circa la sua legittimità/compatibilità con l'ordinamento italiano¹⁸: è ormai un dato acquisito in giurisprudenza che, da un lato, il *trust* determini l'effetto di segregare i beni in *trust* dal patrimonio personale del *trustee*¹⁹ e, dall'altro, che le varie tipologie di *trust* interno abbiano trovato applicazione nei settori più disparati del nostro ordinamento giuridico²⁰.

¹⁵ Per una posizione fortemente critica verso l'approccio civilistico del *trust* v. M. Lupoi, *Trust*², cit., p. 553.

¹⁶ Per la dottrina v., orientativamente, L. Santoro, *I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trust*, in *Vit. not.*, 2003, p. 1927 ss.; F. Di Ciommo, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts*, 2003, p. 178; S. M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2003, p. 353; F. Di Ciommo, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1296; A. Renda, *Ammissibilità del trust interno e questioni in materia di comunione legale*, *Nuova giur. civ.*, 2004, I, p. 844; L. De Angelis, *Il trust interno ancora in alto mare*, in *Impresa*, 2007, p. 1194; D. Rossano, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, in *Notariato*, 2008, p. 251; A. Maltoni, S. Di Lena, *Il trust interno e gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: strumenti utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni con riferimento ai beni pubblici e ai lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, p. 63; D. Muritano, S. Bartoli, *Note sul trust interno*, in *Notariato*, 2009, p. 40; M. Barberi, *I più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di trust interno e trust nullo, a margine di un caso inedito: fallimento del trustee e del guardiano*, in *Riv. dott. Commercialisti*, 2009, p. 839. Per la giurisprudenza v., *ex multis*, Trib. Alessandria 24 novembre 2009, in *Notar.*, 2010, p. 127; Trib. Roma 26 ottobre 2009, in *Trust*, 2010, p. 180; Trib. Milano 16 giugno 2009, in *Notar.*, 2009, p. 483; Trib. Bologna 11 maggio 2009, in *Corr. del mer.*, 2009, p. 850; Trib. Milano 17 luglio 2009, disponibile su www.ilcaso.it.

¹⁷ Tale posizione sembra ormai adeguatamente giustificata dalla giurisprudenza di merito: v., per tutte, Trib. Bologna 1° ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295. Sul punto v. Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1935 (con nota di F. Di Ciommo).

¹⁸ In tal senso v. P. Manes, *Il trust in Italia*, in *Atlante di diritto privato comparato*⁴, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 204.

¹⁹ Sul punto v., orientativamente, Trib. Bologna 30 settembre 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 45, p. 52; Trib. Verona 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, p. 403; Trib. Firenze 2 luglio 2005, *id.*, 2006, p. 89.

²⁰ A tale proposito si rinvia a: I) Trib. Venezia 4 gennaio 2005, in *Trusts*, 2005, p. 245 (per ciò che concerne l'ambito successorio); II) Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3391 (con nota di M. Lupoi); App. Firenze 9 agosto 2001, in *Trusts*, 2002, p. 244 (per quello testamentario); III) Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in *Notariato*, 2002, p. 383 (con nota di M. Lupoi); Trib. Perugia 16 aprile 2002, in *Trusts*, 2002, p. 584; Trib. Firenze 7 luglio 2004, in *Foro pad.*, 2005, I, p. 784; Trib. Genova 14 marzo 2006, in *Trusts*, 2006, p. 415; (per l'ambito familiare e, più in particolare, per la tutela dei soggetti deboli e dei minori); IV) Trib. Milano 23 febbraio 2005, in *Contratti*, 2005, p. 853 (relativamente alla gestione di accordi di separazione) e, infine, V) Trib. Trieste 23 settembre 2005 cit., 1935 (per la realizzazione di opere pubbliche). Per un'approfondita ricognizione delle distinte categorie di *trusts* liberali (nelle quali

3. Alla luce di tali osservazioni (nonché muovendo dalla considerazione che il modello inglese non passa attraverso uno schema tipico: sicché ad ogni tipologia corrisponde un meccanismo di funzionamento diverso), appare possibile condividere l'opinione di quella parte della dottrina secondo cui — malgrado il *trust* nelle terre di provenienza conservi quasi incontrastata la natura di atto unilaterale — l'*express trust* (unica tipologia presa in considerazione dalla Convenzione dell'Aja) manifesti una forte vocazione contrattuale, in forza della quale vanno colti i notevoli vantaggi (in termini efficientistici) derivanti dal suo impiego²¹.

In questa ottica, occorre partire dalla considerazione in forza della quale nel nostro ordinamento ogni distinzione (tra atti unilaterali e contratti) potrebbe risultare sterile, dal momento che per espressa previsione normativa (art. 1324 c.c.) essi ricevono lo stesso trattamento salvo diversa disposizione di legge ed inoltre, essendo entrambi fonte di obbligazione, anche sotto il profilo della responsabilità per inadempimento, finiscono per somigliarsi.

Ne deriva che — quantunque da un punto di vista degli effetti che il *trust* è idoneo a produrre si rilevano indubbie implicazioni di natura reale incidenti sugli assetti proprietari del bene sottoposto al programma “segregativo” —, non può essere messa in secondo piano l'attenzione verso l'atto in sé (dal quale tali effetti scaturiscono) per meglio comprendere le venature negoziali e reali che innervano l'intera vicenda. Pertanto, se si presta attenzione al processo di formazione di un *trust* espressamente costituito, sarà inevitabile scorgerne rilevanti assonanze col meccanismo che conduce alla conclusione di un contratto²². Mi spiego: non si può negare che, il più delle volte, al programma finale divisato dall'atto costitutivo (e reso operante attraverso uno o più atti dispositivi) partecipino tutti i soggetti in qualche modo coinvolti nel rapporto. Il *settlor* non potrebbe mai essere indotto ad agire senza aver previamente (diremmo noi: nella fase delle trattative) verificato la disponibilità del *trustee* ad accettare l'incarico e a quali condizioni o, qualora questa fase fosse saltata a piè pari, senza il suo assenso successivo in qualsiasi modo manifestato (evidentemente, anche per *facta concludentia*, che costituisce un'altra modalità di conclusione del contratto). Per di più,

rientrano i *trusts* successori, quelli istituiti nel contesto familiare nonché i *trusts* per soggetti disabili o minori) e di *trusts* commerciali (che, a differenza dei primi, appartenendo alla categoria della «fiducia interessata», vengono adoperati nel sistema finanziario-bancario, laddove si renda necessario gestire una ricchezza) si rinvia, ancora una volta, a M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 620 ss.

²¹ Il riferimento è a F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 630 ss.

²² Un supporto imprescindibile nell'analisi del possibile processo di ‘contrattualizzazione’ dell'istituto (articolato sulla confutabilità del principio dell'unilateralità dell'atto di *trust*) rinvia dalle prospettazioni teoriche formulate da uno dei maggiori esperti nordamericani di *trust*, John H. Langbein [*The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale L.J.* 637 (1995)], le cui argomentazioni in Italia sono state condivise da F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust*, cit., 630 ss.]. Per una sintetica ricognizione della teoria di Langbein si rinvia a P. Pardolesi, L. Caputi, *Percorsi microcomparatistici: dal trust al contratto di affidamento fiduciario*, EDJSGE, Taranto, 2018, p. 159 ss.

qualora i beneficiari non prendano parte formalmente agli atti tipicamente identificativi del rapporto (atto istitutivo e negozio dispositivo), non può escludersi che, in via sostanziale, essi siano perfettamente a conoscenza delle intenzioni del disponente e che, sovente, contribuiscano fattivamente alla predisposizione del programma da inserire nell'atto istitutivo del *trust* (d'altronde, essi detengono un forte interesse patrimoniale, spesso il più pregnante, nella logica economica – e pratica – dell'istituto)²³.

Di là dall'accordo formale, quindi, parrebbe che gli elementi essenziali di tale vicenda “contrattuale” siano la formazione consensuale e l'uniformità di linguaggio tra le parti. In breve, prima che il *trust* si manifesti formalmente all'esterno (finanche) come un atto unilaterale, si passerà attraverso un'imprescindibile fase precontrattuale, al fine di trovare un accordo di massima tra i soggetti coinvolti ed individuare una terminologia precisa e funzionale, che consenta loro di dialogare in modo efficiente. Necessità quest'ultima fortemente avvertita soprattutto a livello transfrontaliero, data la necessità di dialogare con operatori di ordinamenti diversi dal nostro sulla base di certezze giuridiche. Attraverso il *trust* è possibile ridurre i costi transattivi dovuti ad estenuanti trattative internazionali, rese più difficoltose da ostacoli di natura informativa, visto che gli istituti operanti in un sistema potrebbero essere poco conosciuti dagli operatori dell'altro o dal giudice che sarà chiamato a pronunciarsi eventualmente in merito. In altre parole, «operare con il *trust* — anche grazie alla possibilità, riconosciuta dalla Convenzione al *settlor*, di scegliere la legge regolatrice che preferisce – contribuisce a conferire sicurezza alle parti e, di conseguenza, agli stessi scambi ed ai rapporti internazionali. Inoltre, riduce i rischi derivanti dalla cattiva percezione che dei rapporti instaurati può avere il giudice competente ed, infine, consente alla parti di raggiungere in un tempo relativamente breve un accordo soddisfacente per tutti»²⁴.

Per questa via, i vantaggi derivanti dalla recente operatività del *trust* in Italia sono i medesimi che ogni convenzione a carattere internazionale produce, nel senso di contribuire ad uniformare il diritto. Tale uniformazione consente di evitare le pericolose contraddizioni create dai conflitti di norme nello spazio e, inoltre, impedisce alla disparità di trattamento dei rapporti di disincentivare gli scambi, distorcere il mercato e disorientare gli operatori²⁵.

4. Assumendo di aver individuato (anche se in modo volutamente sintetico) i vantaggi sottesi alla possibile vocazione contrattuale del *trust*, vien fatto di chiedersi se la Convenzione dell'Aja sia riuscita a realizzare l'obiettivo di individuare un minimo

²³ Sul punto si rinvia a F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust* cit., p. 635. Per maggiori approfondimenti circa la teoria generale dell'analisi economica del contratto, cfr. G. Alpa, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè, Milano, 1982; M. Bessone, *Analisi economica del diritto e metodo degli studi di teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 62; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston, 1972.

²⁴ Così F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust*, cit., p. 786.

²⁵ In questo senso A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 1996, p. 38.

comune denominatore che, tenendo assieme la ridda di soluzione prospettate (il modello archetipico, quello internazionale e le *trust-like institutions*), consentisse di riprodurre le modalità e gli effetti del *trust*. Ebbene, avvalendosi di quanto fin ora rimarcato, appare plausibile escludere il mancato raggiungimento di quell'obiettivo²⁶.

A ben vedere, da un lato, il contenuto stesso della Convenzione, come si è già avuto modo di argomentare, sembra aver contribuito ad incrementare quel processo di snaturalizzazione del modello già di per sé insito nella sua complessa articolazione (per cui – persino nel terreno del *trust* espressamente istituito – sarebbe congeniale preferire il termine “tipologia”, che meglio si adatta a comprendere la molteplicità di assetti frutto della straordinaria inventiva dei giudici di *common law*) e, dall'altro, la creazione di un *common frame* di regole neutre, al limite dell'eccessiva astrattezza (dal che l'utilizzo dell'espressione «trust amorfo»)²⁷, hanno finito per alimentare un processo inaspettato di competizione e di concorrenza regolatoria tra ordinamenti giuridici espresso attraverso una molteplicità di interventi legislativi col precipuo scopo di attrarre il *business* del *trust* all'interno dei propri confini.

Del resto, anche l'Italia avrebbe di buon grado partecipato a questa redditizia competizione legislativa se non fosse che il traguardo non è mai stato raggiunto: il doveroso riferimento è all'art. 10 dello schema di Disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 1° marzo 2010 (contemplante la delega al Governo per la disciplina della fiducia), che per la prima volta in Italia apriva alla possibilità di un “trust di diritto interno” (o, meglio ancora, di un contratto di fiducia a scopo assistenziale). Più in dettaglio, con l'articolo in oggetto, il Governo era stato delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge delega, uno o più decreti legislativi (che però non hanno mai visto la luce!), recanti la disciplina della fiducia, ispirandosi a ben precisi principi e criteri direttivi, enunciati nel lungo comma 6 dello stesso art. 10 che, nella sua lett. a), impone al legislatore delegato di elaborare la disciplina speciale del cd. “contratto di fiducia”, inserendola nell'ambito dei “singoli contratti” e quindi nel titolo III del libro IV del Codice civile²⁸.

Al disegno di legge delega sul contratto di fiducia seguiranno (invano) altri tentativi²⁹ per introdurre nel nostro Paese una disciplina specifica sui fenomeni

²⁶ Sul punto v. R. Pardolesi, *Destinazioni patrimoniali*, cit., p. 219.

²⁷ Tale nozione (ovvero quella di *trust amorfo*) è stata coniata da M. Lupoi (*Introduzione ai trusts. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim.*) con l'intento di identificare una figura giuridica senza forma che finisce per ricomprendere una serie di fattispecie che appartengono sia agli ordinamenti di *common law* sia a quelli di *civil law*.

²⁸ Per un'attenta riflessione sulle implicazioni sottese all'articolo in rassegna si rinvia a G. Tucci, *La tutela del figlio disabile tra nuove “fiducie” e/o “affidamenti fiduciari”, trust e clausole testamentarie tradizionali*, in *Trusts*, 2011, p. 13 ss.

²⁹ Ci si riferisce alla proposta di legge d'iniziativa del deputato Cambursano, presentata il 27 luglio 2011, volta ad introdurre il capo IX-bis nel titolo III del libro IV del codice civile, concernente il contratto di fiducia, che sostanzialmente riproduce il testo del disegno di legge. Oltre al progetto di legge sul contratto fiduciario presentato nel novembre 2012 dal notariato [reperibile in M. Bianca, A. De Donato (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, I Quaderni della

analoghi al *trust*, ma, sebbene tale passo fosse considerato assolutamente necessario ed urgente in funzione concorrenziale per l'ordinamento italiano, se ne deve trarre la conclusione che si sia trattato (solo) di un'occasione perduta.

Ecco, allora, che in questa ottica diviene imprescindibile dar conto dell'affascinante (quanto pragmatica) proposta scientifica elaborata da una delle voci dottrinali più autorevoli in tema di *trust*: il cd. 'contratto di affidamento fiduciario'³⁰. Siffatta epifania giuridica, piuttosto che creare una proposta di regole o principi nuovi, si articola attraverso la valorizzazione di alcune potenzialità del nostro diritto civile (in forza delle quali, nel corso degli anni, è stato possibile colmare le difficoltà di utilizzo del *trust* nel nostro ordinamento) in grado di promuoverne - tra le righe - il ruolo di vera e propria alternativa al *trust* e, al contempo, di dare origine ad un rapporto che assicura stabilità nell'attuazione del programma dell'affidamento rispetto alle vicende personali delle parti e ai loro possibili conflitti. In breve, eludendo tutti i precedenti tentativi (falliti) di riforma legislativa, l'alternatività consisterebbe nella possibilità di impiegare uno strumento dalle funzioni speculari al *trust* attraverso l'applicazione della legge italiana (e non il richiamo ad una legge straniera) fornendo una risposta "certa" in termine di regole³¹.

5. Il cardine del contratto di affidamento fiduciario è costituito dall'attuazione di un "programma di attività" a vantaggio proprio o altrui, che un soggetto non può (o prevede di non potere; o non vuole) realizzare in prima persona: «ovvero un programma di attività che tocchi più interessi patrimoniali da contemperare in modo che il titolare delle posizioni giuridiche soggettive rispetto alle quali opera il programma non si trovino in stato di preminenza rispetto agli altri interessati»³². Ebbene, quantunque tali elementi siano comuni a note figure negoziali, allorché vengano inseriti nei dati

Fondazione italiana del notariato, Milano, 2013, p. 305 ss.], che, per espressa previsione dei suoi autori, «vuol essere un contributo del notariato al legislatore italiano affinché possa dare risposte adeguate all'espansione dell'autonomia negoziale in questo campo».

³⁰ M. Lupoi, *Il Contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014. Sul tema in oggetto si rinvia altresì a F. Rasi, *Dalla fiducia al contratto di affidamento fiduciario passando per il trust*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, 95; F. Plaia, *Il contratto di affidamento fiduciario: esigenze concrete e profili teorici*; in *Vita not.*, 2018, 597; P. Pardolesi, L. Caputi, *Percorsi microcomparatistici: dal trust al contratto di affidamento fiduciario*, cit., 145 ss.; A. Vicari, L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: Un'analisi realistica, in *Contratti*, 2018, 357; A.C. Di Landro, *Destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2018, 25. Per quanto concerne il formante legislativo, appare giocoforza rilevare come l'istituto in oggetto trovi diritto di cittadinanza nella legge 22 giugno 2016, n. 112 (Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare), GU n. 146 del 24 giugno 2016. Inoltre, è opportuno rimarcare come con il Disegno di legge n. 1452 (concernente Disposizioni sul negozio di affidamento fiduciario) (presentato dalla senatrice Riccardi) si persegua l'obiettivo di far venire in essere rapporti giuridici comparabili con quelli derivanti dall'istituzione di *trust*, tuttavia avvalendosi di strumenti offerti dal diritto civile.

³¹ Per una incisiva riflessione sul punto si rinvia, ancora una volta, a M. Lupoi, *Il Contratto di affidamento*, cit., p. 257 s.

³² Così M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., p. 313 ss.

strutturali che contraddistinguono tale nuova epifania danno il là a rilevanti specificità funzionali, tracciando «una figura forgiata dall'autonomia privata allo scopo di cogliere e risolvere le limitazioni delle figure esistenti nel quadro di una piena fruizione delle sinora inesprese potenzialità del nostro diritto, che tali appaiono alla luce della storia e della comparazione»³³.

Più nello specifico: il programma esige un complesso di posizioni giuridiche soggettive il cui insieme costituisce il cd. fondo affidato che – presentando le peculiarità di un patrimonio con componenti attive e passive – risponde delle sole obbligazioni (contrattuali o meno) concernenti la realizzazione del programma (per cui non si confonde col patrimonio dell'affidatario fiduciario che, pertanto, godrà di una considerevole sfera di indipendenza rispetto alle decisioni concernenti il fondo affidato e la sua attività – nei limiti del programma – sarà indirizzata a favore dei terzi beneficiari).

Un ulteriore elemento strutturale riguarda i soggetti beneficiari dell'affidamento (ossia coloro che saranno avvantaggiati dall'esecuzione del contratto o cui compete il fondo affidato al termine o, funzionalmente rispetto al programma, nel corso del contratto) che, a differenza delle figure dell'affidante e dell'affidatario, potranno (o meno) essere parti del contratto («ovvero profittare delle disposizioni in loro favore alla stregua di un contratto a favore di terzi o altrimenti»)³⁴. Non a caso, appare opportuno rimarcare come il programma conferisca «aspettative o diritti di diversa intensità e con vario contenuto ai beneficiari dell'affidamento, sia nei confronti di chi rivesta la funzione di affidatario fiduciario sia rispetto al fondo affidato o sue singole componenti e consente o meno loro di intervenire nella fase esecutiva del rapporto, prestando consensi o esercitando diritti attinenti la gestione del fondo affidato o gli atti di disposizione che lo tocchino. Nella configurazione delle posizioni soggettive dei beneficiari dell'affidamento il contratto di affidamento fiduciario è adattabile alle situazioni più diverse»³⁵.

Sulla scorta di siffatte osservazioni (nonché, coscienti dell'impossibilità di approfondire in questa sede tutte le peculiarità rinvenibili nel contratto di affidamento fiduciario), proviamo a metterne in risalto i profili di imprescindibile rilevanza funzionale. In questa prospettiva, appare giocoforza prendere le mosse dalla considerazione che tale pattuizione, col dare origine ad un rapporto che assicura stabilità nell'attuazione del programma dell'affidamento rispetto alle vicende personali

³³ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., p. 311.

³⁴ A tale proposito occorre rimarcare la possibilità di individuare un'altra figura di assoluto rilievo (sebbene «talvolta e con opportune strutturazioni se ne possa fare a meno») nel panorama del contratto di affidamento fiduciario: il cd. «garante del contratto». A ben vedere, questa figura (che, al pari di quella dell'affidatario fiduciario, può essere composta da più persone) concorre alla realizzazione del programma entro i limiti e nelle forme previste dal contratto. Per un incisivo approfondimento concernente le peculiarità funzionali ascrivibili a siffatta figura v. M. Lupoi, *Il contratto di affidamento* cit., p. 335 ss.).

³⁵ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento* cit., p. 317 s.

delle parti e ai loro possibili conflitti, predispone il “programma” dei «diversi trasferimenti o vincoli di beni nel corso del tempo, da parte dell’affidante o di terzi, eventualmente incluso lo stesso affidatario». Ne deriva che la giustificazione causale di tale contratto sia da individuare nella predisposizione della stabile realizzazione di un programma destinatorio meritevole³⁶.

Altra imprescindibile caratteristica ascrivibile al contratto di affidamento fiduciario si riscontra nell’effetto combinato del negozio autorizzativo (il cui oggetto viene adattato alla specificità del programma) e dei meccanismi di autotutela (che – seguendo l’obiettivo di garantire l’attuazione del programma a fronte, per un verso, di fatti ostacolativi imprevedibili e, per l’altro, dell’esclusione del ricorso alla ordinaria tutela giurisdizionale – sono posti «a protezione non dell’interesse del soggetto legittimato a valersene, ma di un interesse altrui»): «[q]uesti ultimi talvolta non richiedono l’intervento delle autorizzazioni, come quando l’affidatario fiduciario, trovando eccessivamente gravoso l’adempimento delle obbligazioni impostegli dal contratto, si avvale delle regole che assicurano il passaggio della sua posizione contrattuale ad altro affidatario. Le autorizzazioni si combinano invece con l’autotutela in qualsiasi caso di sostituzione dell’affidatario fiduciario contro la sua volontà perché in tal caso il titolare dell’autorizzazione esercita il potere dando luogo a un negozio che trasferisce il fondo affidato dal patrimonio dell’affidatario sostituito al patrimonio del nuovo affidatario»³⁷.

Infine, assoluto rilievo merita il regime pubblicitario degli acquisti dell’affidatario fiduciario. Muovendo dalla considerazione che esso non produce effetti dispositivi (che, invece, sono innescati da uno o più negozi che possono essere contestuali/contemporanei o anche successivi), appare opportuno porre l’accento sui procedimenti pubblicitari concernenti i negozi dispositivi (che «possono assumere vari caratteri perché varie sono le possibili strutturazioni del programma») e non il contratto di affidamento fiduciario. In questa ottica, non vengono opposti ai terzi né limitazioni del diritto (che non esistono), né vincoli di destinazione o di indisponibilità (che parimenti non esistono), ma la specifica configurazione del titolo in forza del quale la trascrizione dell’acquisto è stata eseguita e dal quale discenderà necessariamente il venir meno dell’acquisto compiuto dall’affidatario fiduciario³⁸.

³⁶ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento* cit., p. 384 ss.: «stabilità è una fra le parole-chiave che caratterizza le modalità attuative del programma e il suo affidamento a chi rivesta la funzione di affidatario fiduciario».

³⁷ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., p. 326 ss.

³⁸ Per una dettagliata ricognizione di tutte le peculiarità caratterizzanti il contratto di affidamento fiduciario sotto il profilo morfologico/strutturale/funzionale si rinvia, una volta di più, a M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., *passim*.

6. La riflessione comparativa (condotta a ridosso degli istituti del *trust* e del contratto di affidamento fiduciario) ci consente di elaborare alcune interessanti considerazioni sui punti di identità/diversità concernenti gli istituti in oggetto.

A ben vedere, come *supra* cennato (§ 5), il fondamento del contratto di affidamento fiduciario consiste nell'attuazione di un programma meritevole di attività (che richiede un complesso di posizioni giuridiche soggettive il cui insieme costituisce il fondo affidato) a vantaggio proprio o altrui, che un soggetto non può realizzare in prima persona: il programma individua gli interessi preminenti e, se necessario, li gradua, così apprestando il metro di giudizio di qualsiasi comportamento che potranno tenere le parti del rapporto.

Per questa via, non senza qualche inevitabile forzatura³⁹, appare verosimile delineare alcuni punti di affinità con la versione contrattuale di *trust* prospettata da Langbein⁴⁰: nella cd. *consensual information* si rinviene una fase prodromica tra *settlor* e *trustee* finalizzata a predisporre un programma condiviso nel quale prevedere e disciplinare gli aspetti salienti dell'ufficio da ricoprire (quali i poteri e le responsabilità del *trustee*, il suo compenso e il rapporto con il *protector*). Del resto, il *trustee*, prima di accettare il trasferimento dei beni da parte del *settlor* e l'incarico affidatogli, valuterà i costi e i benefici dell'operazione alla stregua di ogni soggetto coinvolto in un rapporto di tipo contrattuale. E lo stesso farà il *settlor*. Tali valutazioni, sebbene la volontà di costituire un *trust* possa talvolta essere mossa da ragioni di carattere diverso da quelle di tipo patrimoniale, coinvolgeranno sempre calcoli di convenienza economica in ordine alla necessità di optare per una scelta piuttosto che per un'altra. In altre parole: tra i fattori che inciderebbero maggiormente sull'analisi costi-benefici esercitata dai *settlor* e dai *trustee* prima di perfezionare una fattispecie di *trust* deve menzionarsi sicuramente il rischio⁴¹. Il *settlor* valuterà con quali modalità vada predisposto il programma di *trust*, se debba rivolgersi ad un *trustee* qualificato (o meno) e quale sia la possibilità che questi contravvenga eventualmente ai suoi doveri⁴². Inoltre, stimerà se si renda opportuno prevedere un controllo sull'operato del *trustee* e, eventualmente,

³⁹ Non a caso, rilevando come le tesi "contrattualistiche" prestino il proprio fianco alla semplice considerazione che né il disponente né i beneficiari possono agire contro il *trustee* con una azione di risoluzione (e con effetti restitutori) come potrebbe fare il *principal* contro l'*agent* e come in generale avviene in materia contrattuale in forza delle regole sulla *termination*, M. Lupoi (*Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, disponibile su: <http://elibrary.fondazionenotariato.it/autore.asp?aut=433>) osserva come «la costruzione civilistica si allontan[i] radicalmente dal *trust* perché sarebbe stato impossibile adottare principi acausali nella circolazione dei beni; anzi, della causalità - e della causa manifesta - il contratto di affidamento fiduciario fa una bandiera e si contrappone ai rapporti giuridici asserviti a finalità indicibili, ai *trust* interni appropriati da professionisti indegni oltre che ignoranti e regolarmente oggetto di azioni revocatorie altrettanto regolarmente accolte».

⁴⁰ V. *supra* nota 22.

⁴¹ In questo senso F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale*, cit., p. 636.

⁴² Un *trustee* dotato di alta e specifica professionalità, se potrà aumentare i costi dovuti a causa di maggiori compensi, ridurrà sicuramente il rischio patito dal *settlor* e dai beneficiari in ordine ad una cattiva gestione del *trust fund*.