

TRUSTS

E ATTIVITÀ FIDUCIARIE

2017

6

DIRETTORE SCIENTIFICO

Maurizio LUPOI

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio M. CARBONE

Ugo CARNEVALI

Giorgio DE NOVA

Augusto FANTOZZI

Andrea FEDELE

Franco GALLO

Antonio GAMBARO

David HAYTON

Nicolò LIPARI

Antonio PALAZZO

Thomas TASSANI

Anno XVIII, Novembre - Dicembre 2017 - Direzione e Redazione: Via dei Missaglia, 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI), Italia
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

00215968



5 000002 159688



Wolters Kluwer



www.edicolaprofessionale.com

RINNOVI RIVISTE 2018

*La dottrina più ricca,
le firme più autorevoli.
Un altro anno con te.*



Rinnova le tue riviste Wolters Kluwer:
carta o digitale, la qualità di sempre
e la possibilità di ricercare **tutta**
la dottrina di tuo interesse in oltre
70 riviste e più di 2.500 libri!

RINNOVA SUBITO I TUOI ABBONAMENTI SU:
WWW.EDICOLAPROFESSIONALE.COM/RINNOVI

ALTRI VANTAGGI TI ASPETTANO

Puoi rinnovare i tuoi abbonamenti anche tramite bollettino postale, chiamando il Numero Verde 800.916.935 o contattando il tuo agente di fiducia, trovi l'elenco completo su: www.shopwki.it/agenzie

Affrettati l'offerta è valida solo fino al 15 dicembre 2017.

SAGGI

Si fa presto a dire “trust” di Maurizio Lupoi	585
Rilievo, sotto il profilo penale, della finalità nella istituzione di un trust di Astolfo Di Amato	592
La posizione dei beneficiari nel processo di Antonio Semproni	595
Il legittimato passivo nell’azione di riduzione di Gabriele Mercanti e Gianmatteo Rizzonelli	600
Trust e circonvenzione di incapace di Stefano Giangrande	607
Il nuovo “titolare effettivo” di Antonello Montanari	614
Ritorno del bene al disponente: imposizione di Maria-Benedetta Bisetti	618

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Trust meritevole, tuttavia revocabile Tribunale di Ragusa, 3 marzo 2017, M.P.S. Gestione Crediti Banca S.p.A. c. GI.TO. Srl, Società Immobiliare Turistica e Agricola ed altri	621
Trust e manipolazione di mercato Corte di cassazione, 31 marzo 2017, n. 8530, L.S. c. Consob, Commissione Nazionale per la Società e la Borsa	628
Appello Milano, 6 febbraio 2014, n. 526, S. L. c. Consob	631
Nullità del trust rilevata d’ufficio in Cassazione Corte di cassazione, Rel. Cons., 19 maggio 2017, n. 12718, S.A. C.F., M.F. C.F. c. V.S., C.F.	637
Giurisdizione in materia fallimentare Corte di cassazione, 26 aprile 2017, n. 10233, Fallimento Deiuemar c. Bank of Valletta e c. UBS Fiduciaria S.p.A.	641
Lesione di legittima e trust statunitense Tribunale di Lucca, 19 aprile 2017, L.A.G. c. M.P.A.G., ed altri	645
Trust e dolo nel reato di sottrazione al pagamento delle imposte Corte di cassazione, Pen., 25 luglio 2017, n. 36801, N.B. c. Trust G.	651
Trust e circonvenzione di incapace Corte di cassazione, Pen., 11 aprile 2017, n. 18295, P.A.M. c. C.L.A.	657

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

Fallimento e cessazione delle funzioni del trustee

Commissione tributaria provinciale di Pesaro, 1 febbraio 2017, n. 103, Agenzia delle entrate Dir. Prov. Uff. Controlli Pesaro-Urbino c. Mondolfo Trust

663

GIURISPRUDENZA ESTERA

Patti fra gli acquirenti di un immobile e trust

Inghilterra e Galles - High Court, Chancery Division, Bristol District Registry, 12 maggio 2017, Taylor c. Taylor

665

“Finalità importante” e modifica del trust

Kansas, Court of Appeals - In Re the Trust of Clarence Hildebrandt, No. 115,530, January 13, 2017

677

Clausole sul conflitto di interessi e sull’esonero da responsabilità

Inghilterra e Galles - Court of Appeal, 2 agosto 2016, Barnsley e altri c. Noble

683

LEGISLAZIONE ESTERA

La ratifica della Convenzione de L’Aja a Cipro

di **Paolo Panico**

690

Ultim’ora

- La decisione resa dalla Corte di cassazione, sezione tributaria, il 26 ottobre 2016, n. 21614, sul trust autodichiarato sta trovando ascolto nella giurisprudenza di merito (da ultimo CTR Bolzano, 10 luglio 2017): nessuna imposta proporzionale è dovuta al momento della segregazione dei beni nel trust.
- Una battuta di arresto alla trasformazione di società in trust viene dal Tribunale di Roma, che la ritiene illegittima (20 luglio 2017).
- Imprevista posizione assunta dalla Cassazione in materia di informazioni alla Consob (31 marzo 2017, n. 8529): non è sanzionabile il disponente di un trust che non trasmetta alla Consob le informazioni da essa richieste perché i disponenti di trust non sono elencati fra i soggetti obbligati a dare informazioni. Singolare che la medesima Corte nella medesima data aveva giudicato che il disponente fosse il vero *dominus* del trust in questione e ne avesse guidato l’attività sui mercati borsistici.

Si fa presto a dire “trust”

di **Maurizio Lupoi**

“Traduzione” del termine trust per mostrare che la tendenza, che sta prendendo piede, di riscontrare trust da per tutto in diritto italiano è priva di fondamento comparatistico” (1).

■ “Governatore” e Governor

Il telegiornale parla di Giovanni Toti come del “governatore della Liguria”. Gli ascoltatori del TG hanno certamente visto film americani di condannati a morte che propongono appelli su appelli e ogni volta sollecitano il governatore dello Stato affinché conceda loro la grazia; magari hanno appena guardato in TV le immagini della Guardia nazionale chiamata da un governatore per reprimere i disordini conseguenti all’uccisione di un cittadino nero da parte di un poliziotto bianco. Siamo certi che nessuno fra gli ascoltatori penserà che Toti, in quanto governatore, abbia il potere di graziare un condannato o che a Toti spetti il comando di un corpo armato, la “Guardia Regionale”?

Che Toti disponga di quei poteri certo lo penseranno gli ascoltatori del TG che siano turisti americani in visita in Italia, ai quali neanche potrebbe venire in testa che un “governatore”, termine che assumono corrispondere a *governor*, non possa graziare un condannato o non possa ordinare alla Guardia Regionale di presidiare piazza Della Vittoria con cavalli di Frisia e carri armati.

Se poi venisse in visita il governatore dello Stato di New York e la sua foto assieme al Presidente Toti fosse pubblicata sul “Secolo” sotto la dicitura - che so? - “I due governatori in visita a Palazzo ducale”, allora governatore e *governor* apparirebbero come la stessa cosa. Ma se qualcuno allora organizzasse un convegno dal titolo “Due nomi per un solo istituto?” (2) probabilmente emergerebbe che i due nomi nulla designano in comune tranne un pubblico ufficio di elezione popolare diretta (3). Certo non abbastanza per trattare un Presidente di giunta regionale come se fosse un *governor* americano.

■ I nomi del giurista

I nomi sono essenziali per il diritto perché le fattispecie non esistono al di fuori dei nomi che le designano. Non solo le fattispecie - nel diritto tutto è nome. Nella *Rivista di diritto civile* di tre anni fa Vincenzo Roppo ha dedicato uno studio al nome “causa concreta” e ha dettagliatamente mostrato la potenza attrattiva del nome, perfino i suoi profili di formula magica (4).

Il giurista ha la responsabilità dei nomi. Quando a Confucio fu proposto di assumere un incarico di governo e gli fu chiesto quale sarebbe stata la prima cosa che avrebbe fatto - l’equivalente dei moderni “I primi 100 giorni” - rispose: “È assolutamente necessario ridare ai nomi il loro vero significato [rendere corrette le designazioni]” (5). Scrisse uno fra i grandi filosofi confuciani del III secolo a.C.: “L’insensata creazione di nuovi nomi, essendo causa di confusione nella nomenclatura e quindi di dubbio e di litigio fra il popolo, è un crimine assai grave come quello di usare falsi pesi e misure” (6).

È precisamente il punto nel quale ci troviamo in questo convegno.

■ Avere guardato al trust e non averlo visto

“Tre nomi per un solo istituto?” è domanda che presuppone una, diciamo così, “notevole vicinanza”,

Maurizio Lupoi - Prof. emerito di Sistemi giuridici comparati e Presidente della Corte per il trust e i rapporti fiduciari della Repubblica di San Marino

Note:

(1) Ripubblichiamo questo saggio dalla Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2017, pag. 669. Ringraziamo i Direttori della Rivista e l’editore Giuffrè per il consenso alla ripubblicazione.

(2) Richiamo e così contesto il titolo del convegno.

(3) Non è probabilmente senza significato che “governatore” abbia preso a essere usato da quando il Presidente della Regione non è stato più eletto dal Consiglio Regionale in seguito alla riforma operata dalla Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1.

(4) Roppo, “Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito”, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pag. 957 ss.

(5) Confucio, *I dialoghi*, trad. Tomassini, Milano, 1975, pag. 144.

(6) Hsün Tze, *The Works of Hsün Tze*, trad. Dubs, London, 1928, pag. 282; da Dell’Aquila, *Introduzione allo studio del diritto cinese*, Milano, 1977, pag. 40.

quanto meno ragionevolmente ipotizzabile, fra i campi semantici rispettivamente definiti dai tre nomi; “dire quasi la stessa cosa” per mutuare il titolo di una fra le ultime opere di Umberto Eco (7).

Intendo mostrare che la domanda non è neanche formulabile. Quali termini del raffronto porrò da un lato il diritto dei trust e dall’altro tutto quanto hanno proposto negli ultimi quasi venti anni quelle posizioni, peraltro diverse le une dalle altre, che accomunano sotto questa definizione: avere guardato al trust e non averlo visto.

Dai saggi sui negozi di destinazione o atti negoziali di destinazione o sui vincoli di destinazione alla descrizione di chimere alle proposte di legge sul contratto di fiducia ai recentissimi saggi sui vincoli fiduciari di destinazione; tantissime cose diverse e anche in contrasto tra loro che io accomunano sotto quel fattore comune: avere guardato al trust e non averlo visto; e così posso designare questi giuristi per mezzo dell’espressione, descrittiva e non valutativa, “i giuristi della precomprensione”.

La “precomprensione” (calco, come si sa, del tedesco *Vorverständnis*), è termine che ha goduto di notevoli approfondimenti nella filosofia del Novecento e nella filosofia del diritto in specie, dove è stata prevalentemente considerata quale inevitabile momento iniziale di un percorso di conoscenza e ha rovesciato d’impeto ogni precedente costruzione perché - come molti hanno osservato - finalmente poneva in chiaro quel che era sempre stato vero, sebbene mai additato come tale; diverso è naturalmente il contesto se nella precomprensione coincide tanto il principio quanto la fine di un percorso. Con il che si comprende che la terminologia “i giuristi della precomprensione” ha funzione descrittiva e non valutativa.

Oggi vi parlerò da comparatista e solo da comparatista: lascerò a voi di valutare se il trust che vi descriverò sia lo stesso trust al quale si sono richiamati con vari accenti i giuristi della precomprensione e sopra tutto di valutare se il trust che vi descriverò trovi una qualsiasi rilevante analogia con le figure da essi variamente proposte nel diritto italiano; basterebbe anche soltanto che esse riescano a “dire quasi la stessa cosa”.

■ Le definizioni di trust

Le definizioni giuridiche sono rivolte ai giuristi interni, non agli stranieri, perché si avvalgono di convenzioni linguistiche e di impliciti richiami, ma è proprio per questo che esse interessano il

comparatista. Le definizioni giuridiche, poi, consistono sovente in declamazioni mentitorie, come ben vide Rodolfo Sacco, ed è questo il secondo loro motivo di interesse per il comparatista.

Il classico testo di Lewin, sugli scaffali dal 1837 e giunto alla 19.ma edizione, dà inizio alle oltre 2.000 pagine di manuale affermando che il tipico caso di trust è quello in cui il proprietario legale di un bene è costretto dalla Corte di *equity* a esercitare i propri diritti in modo da attuare i diritti equitativi di un’altra persona.

I moderni autori di Lewin citano con approvazione la posizione di Keeton & Sheridan, giunti alla 12.ma edizione, secondo i quali il trust è un “rapporto” che sorge quando una persona è obbligata dall’*equity* a trattare un bene in modo che ne traggano vantaggio altre persone o un certo scopo.

Di recente il professor Hudson ha sostenuto che la comprensione di tutte le tipologie di trust si ha soltanto qualora si ammetta che alla loro base è il principio secondo il quale l’*equity* agisce *in personam* sulla coscienza del convenuto.

È impossibile non notare due tratti comuni: primo, l’ubiquità del termine *equity* e suoi derivati; secondo, mai si menziona la segregazione patrimoniale.

Quest’ultima compare finalmente nelle due più recenti edizioni di Underhill, pubblicato la prima volta nel 1878: definito il trust come una “obbligazione equitativa”, gli autori delle recenti edizioni precisano che questa obbligazione ha quale oggetto le modalità di esercizio del diritto di proprietà del trustee su beni che gli appartengono quale fondo separato rispetto agli altri suoi beni. Finalmente abbiamo trovato qualcosa che capiamo e che ritroviamo anche da noi: il “fondo separato” (o “segregato” come proposi di denominarlo venti anni fa e come oggi comunemente si dice), ma esso non deve essere considerato fondamentale dagli inglesi visto che nessuno tranne Underhill ne fa cenno; o forse esso è la necessaria conseguenza di qualcosa che ha a che fare con l’*equity* e quindi non mette conto di specificarlo (anche su questo ci illuminò Rodolfo Sacco quando ci mostrò i crittotipi); e così, appena dopo avere trovato un punto di comunanza, almeno apparente, siamo ricondotti al cospetto dell’unico invariante e dell’unico essenziale riferimento concettuale - l’*equity* - sempre associata nelle

Nota:

(7) Eco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, 2003.

definizioni appena viste alla qualificazione del trustee quale soggetto obbligato.

Il trustee, dunque, quale soggetto obbligato; obbligato a avvalersi di un proprio bene o a esercitare un proprio diritto secondo quanto prescrive l'*equity*. Una obbligazione così configurata appartiene in diritto inglese alla categoria delle "obbligazioni fiduciarie", le quali, secondo l'unanime approccio di dottrina e giurisprudenza, sono al centro della scena del diritto dei trust.

È ragionevole affermare che più la definizione giuridica di un istituto altrui si avvale di nozioni da noi non conosciute più chi volesse creare un equivalente di quell'istituto nel nostro diritto si dovrebbe industriare.

■ Le "obbligazioni fiduciarie", i "poteri fiduciari"

Le obbligazioni fiduciarie sono l'altra faccia del fascio di poteri che spettano al titolare di un diritto (quale il trustee è secondo le definizioni appena viste): i poteri fiduciari.

Poteri e obbligazioni fiduciarie non sono esclusive dei trust, dato che svolgono un ruolo rilevante nel regolare numerosi rapporti o figure - per esempio l'attività degli amministratori di società - ma nel diritto dei trust si sono originate e qui ancora manifestano significative e peculiari valenze.

L'attributo "fiduciario" ha nulla da spartire con "fiduciario" che noi riferiamo al "negozio" - "negozio fiduciario" - perché quest'ultimo attiene alla dinamica "fiduciante/fiduciario" ossia "concedente/concessionario". Nel diritto inglese, invece, esso attiene alla dinamica "titolare del potere/beneficiari del potere", cioè i soggetti per il vantaggio dei quali il potere inerisce un certo rapporto; nello specifico caso di poteri conferiti negozialmente - che è il caso del trust - i beneficiari del potere sono non sono chi il potere ha conferito, cioè il disponente, ma altri, cioè i beneficiari del trust, cosicché solo l'interesse di costoro deve essere preso in considerazione dal titolare del potere, anche in contrasto con l'interesse di chi il potere ha conferito.

Secondo la teoria prevalente, due aspetti che caratterizzano i poteri fiduciari: l'altruismo e la rendicontabilità (8).

L'altruismo costituisce il punto di collegamento fra poteri fiduciari e obbligazioni fiduciarie: l'esercizio del potere fiduciario è un modo di adempimento delle obbligazioni fiduciarie, tipica fra le quali è quella di tenere una condotta che sia priva di vantaggi personali

- *unselfish* - e totalmente a vantaggio del soggetto beneficiario - *undivided* -: due attributi che caratterizzano l'altruismo (9). In alcuni specifici settori le obbligazioni sono maggiormente coinvolgenti, come la "massima buona fede" che parecchi anni fa riportò alla nostra attenzione un caro collega civilista e comparatista, con il quale questi discorsi era agevole svolgere: Giovanni Criscuoli (10).

Da qui nasce la regola che rende illegittimo qualsiasi vantaggio ottenuto dal fiduciario avvalendosi della posizione giuridica della quale egli è titolare, sebbene nessun danno ne sia derivato all'altra parte e a prescindere dalle connotazioni soggettive del suo comportamento (11). Da qui anche movimenti di reazione contro la tendenza a individuare obbligazioni fiduciarie con eccessiva facilità (12).

Le obbligazioni fiduciarie oggi sono individuate in relazione a situazioni di preminenza, il substrato di quelle che ho proposto di denominare "situazioni affidanti" (13): per esempio, nei consigli dati dal funzionario di una banca a un cliente (14) o, per noi meno concepibile, nella richiesta che una banca faccia alla moglie di un cliente di garantire per il marito (15).

Note:

(8) Traduco così, rispettivamente, *loyalty* e *accountability*.

(9) Finn, *Fiduciary Obligations*, Cambridge University Press, 1977, pag. 83.

(10) Marine Insurance Act 1906, sect. 17: "A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith (...);" v. in proposito Kendall, "Uberimae Fides in Marine Insurance Contracts - Demarcating the Boundaries of an Insured's Continuing Duty of Utmost Good Faith", in 20 *Singapore LR* 281 (1999). Il saggio al quale mi riferisco nel testo è Criscuoli, "Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti *uberimae fidei*", in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pag. 136 ss.

(11) Si tratta di un principio stabilito da tre secoli; esso è stato applicato, fra gli altri, agli amministratori di società: v. Christie, "The Director's Fiduciary Duty not to Compete", in 55 *Mod LR* 506 (1992); MacIntosh, "Designating an Efficient Fiduciary Law", in 43 *Univ Toronto LJ* 425 (1993); il tema era divenuto attuale negli Stati Uniti fin dagli anni Trenta: v. Berle, "Corporate Powers as Powers in Trust", in 44 *Harv. LR* 1049 (1931); Dodd, "For Whom Are Corporate Managers Trustees?", in 45 *Harv. LR* 1145 (1932), seguito da due ulteriori rispettivi articoli che contrapponevano questi due autori. Riassuntivamente v., da ultimo, Flannigan, "Fiduciary and contractual accountability", in *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, a cura di Ginevra Milano, 2012, pagg. 174-175. Per la Germania v. Löhnig, *Treuhand*, Tübingen, 2006, § 17; Id., "Die Treuhänder im Interessenkonflikt: Konfliktlösungsstrategien des deutschen Treuhandrechts", in *La fiducia (supra)*, pagg. 199-202.

(12) V. di recente Tuch, "Banker Loyalty in Mergers and Acquisitions", in 94 *Tex. LR* 1010 (2015-16); Rave, "Fiduciary Voters", in 66 *Duke LJ* 331 (2016); Valsan, "Fiduciary Duties of Credit Brokers: *McWilliam v Norton Finance*", in 20 *Edinburgh LR* 99 (2016); Pollman, "Constitutionalizing Corporate Law", in 69 *Vand. LR* 639 (2016).

(13) Lupoi (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006.

(14) Fra i primi contributi sul tema v. Olgivie, "Banks, advice-giving and fiduciary obligation", in 17 *Ottawa LR* 263 (1985).

(15) Grondona, "Undue influence; unconscionable bargain; inequality of bargaining power: poteri del giudice sul contratto e trasparenza delle motivazioni", in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, pag. 245 ss.

Anche il fiduciario che possa agire direttamente nella sfera giuridica del fiduciante si trova in una situazione di preminenza ed è allora soggetto a conformare le sue condotte all'altruismo, nel senso sopra indicato (16).

L'esercizio improprio di un potere fiduciario comporta la nullità del relativo atto e non soltanto un rimedio risarcitorio (anche perché il danno può mancare, senza che questo modifichi il giudizio di improprietà).

La monografia inglese più autorevole sui poteri, non solo fiduciari, è quella del professor Thomas, che copre oltre 800 pagine: i pochi cenni che ho proposto spero siano stati tuttavia sufficienti per delineare un carattere ineliminabile dei trust, non agevolmente replicabile da noi.

■ La destinazione e il vincolo

Ascoltandomi parlare di poteri e obbligazioni qualcuno potrà chiedersi perché non parlo della destinazione, dato che nei testi dei giuristi della precomprensione è abbondanza di questo termine - atti di destinazione, negozi di destinazione, vincoli di destinazione - fino alla recentissima opera collettiva dal titolo "Il negozio di destinazione fiduciaria" (17). La semplice risposta è che nessun termine inglese equivalente a "destinazione" compare né in alcuna definizione di trust né, per quanto ho potuto vedere, in alcuna pagina di alcun testo in materia di trust e che il concetto di destinazione, comunque inteso, non fa capolino in alcuna visione inglese del trust. È forse opportuno aggiungere che neanche il concetto di "vincolo", riferito ai beni, fa alcuna comparsa nella letteratura o nella giurisprudenza inglese.

La specificità del trust qui consiste in una lacuna sulla quale i giuristi delle precomprensione forse potrebbero utilmente riflettere perché essa corrisponde alla massima estensione concettuale da essi costruita, la quale tuttavia non trova alcun riscontro nel diritto dei trust.

■ Trust e mandato

Una ulteriore area di specificità dei trust richiede un rapido raffronto con il mandato. Il mandato è irriducibile al trust perché esso richiede che il mandatario agisca "per conto" - se non anche in nome - del mandante, verso il quale risponde.

È palese la connessione fra questa seconda area e la precedente, relativa alle obbligazioni e ai poteri fiduciari: l'indipendenza del trustee è in primo luogo il non-dipendere, diversamente dal mandatario, dalla

possibile mutata volontà del mandante, il quale di regola può modificare e revocare il mandato quando ritenga; il che è perfettamente coerente con l'assenza di interessi protetti di terzi nella figura tipica di mandato delineata dal Codice civile e cioè precisamente il contrario della figura tipica del trust.

Tutti elementi che contrastano con i caratteri appena visti della fiduciarità nella figura del trustee, obbligato come egli è a esercitare i propri poteri a vantaggio dei beneficiari del trust, non del disponente. E a rendere il conto ("rendicontabilità") ai beneficiari, non al disponente.

Quando interessi di terzi emergono il mandato non è più liberamente revocabile; lo è però comunque quando ricorra una giusta causa di revoca (art. 1723, comma 2, c.c.). Un trust, invece, non è mai revocabile a meno che sia stato istituito quale trust revocabile: una figura possibile, ma altamente inusuale in Inghilterra e nel mondo che all'Inghilterra si richiama (infatti esiste una presunzione legale di irrevocabilità); certamente mai è stato pensato che un trust possa venire meno in conseguenza di un comportamento del trustee.

Inoltre, il trust è insensibile alla morte tanto del disponente che del trustee. Noi non conosciamo nulla di simile perché anche il mandato nell'interesse di terzi, che sopravvive alla morte e alla sopravvenuta incapacità del mandante, non sopravvive alla morte o alla sopravvenuta incapacità del mandatario.

Se queste sono le strutture del nostro pensiero giuridico, che non trovano corrispondenza nei trust, occorre esserne avvertiti, così come siamo oramai avvertiti della polisemia dell'attributo "fiduciario". Anche noi declamiamo mentendo e potremmo individuare figure giuridiche - mi viene da pensare al misterioso "attuatore", personaggio oscuro che si aggira in alcuni scritti con riferimento ai vincoli di destinazione - collocandole vicino ai trust senza tenere conto che esse ne sono agli antipodi proprio perché appartengono al *genus* del mandatario. Questo non

Note:

(16) Nella specifica area dei trust è corrente la distinzione fra poteri fiduciari e poteri personali, anche se sono state proposte sotto-distinzioni o diverse classificazioni. I poteri personali non sono sottoposti al criterio dell'altruismo, ma sono comunque poteri funzionalizzati: chi li esercita può legittimamente avere dinanzi la soddisfazione di un proprio interesse, ma non in contrasto con il corretto perseguimento del rapporto al quale l'esercizio del potere inerisce. Più ampiamente v. le mie *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3^a ed., Padova, 2016, cap. III.
(17) AA.VV., *Il negozio di destinazione fiduciaria*, Milano, 2016.

hanno visto i giuristi della precomprensione e lo si può agevolmente comprendere perché l'agire a vantaggio di altri porta il civilista naturalmente sul terreno del mandato.

■ La discrezionalità

Oggi la massima parte dei trust nel mondo di cultura inglese è costituita da trust discrezionali, laddove la discrezionalità può arrivare fino a decidere chi siano i beneficiari del trust e comunque usualmente riguarda il decidere a chi e in quale misura attribuire i redditi o il patrimonio del trust o entrambi.

Anche qui dobbiamo tenere conto delle strutture del nostro pensiero giuridico, precisamente di quelle alle quali ripugnano poteri aventi una tale ampiezza; lo vediamo nell'art. 631 c.c. in tema di successione e nell'art. 778 c.c. in tema di donazione: due norme pressoché prive di applicazioni giurisprudenziali. Certo non è indispensabile che un trustee disponga di poteri talmente vasti da essere in grado di escludere beneficiari indicati dal disponente o di includere beneficiari che lo stesso trustee sceglie liberamente fra gli abitanti della terra, ma è un dato di fatto che gli ordinari trustee dispongono di vastissimi poteri, fra i quali anche quelli appena indicati, dei quali non si vede traccia in alcuna costruzione giuridica italiana.

Sarebbe interessante capire perché rifuggiamo dai poteri discrezionali; la risposta ovvia - "non ci fidiamo" (18) - è forse anche quella giusta; se lo fosse, si aprirebbe un ulteriore iato, probabilmente incolmabile, rispetto al trust.

■ I rimedi

Quest'ultimo accenno ci conduce in una ulteriore area di specificità dei trust, che è quella dei rimedi. Essa fra tutte è la più agevolmente presentabile: chi istituisce un trust ne nomina il trustee, ma poi non può agire contro di lui in caso di inadempimento onde ottenere la risoluzione del trust. Potranno agire i beneficiari, potrà agire il guardiano, potrà agire l'autorità pubblica, ma non potrà agire il disponente. E il soggetto legittimato a agire, chiunque egli sia, non potrà formulare al giudice una domanda paragonabile alla nostra domanda di risoluzione per inadempimento.

La domanda di risoluzione nel nostro ordinamento è inoltre possibile anche per eccessiva onerosità. Nelle configurazioni tipiche dei trust è solo una la parte sulla quale gravano prestazioni da rendere nel corso del tempo: il trustee; basti pensare a un trust di lunga durata e ad avvenimenti straordinari e imprevedibili

come una guerra o la disseminazione dei beneficiari del trust in giro nel mondo: il trustee potrà ottenere una revisione del proprio compenso, ma, in mancanza, non potrà accedere al rimedio della risoluzione come sarebbe da noi consentito in forza dell'art. 1467 c.c. (applicandosi o meno la disciplina dell'art. 1468 c.c. sui contratti con obbligazioni di una sola parte).

La rilevanza di questa carenza dei rimedi risolutivi non richiede elaborazione, salvo osservare che, unita alla precedente circa la durata, delinea un rapporto giuridico stabile nel tempo fino al suo naturale esito, cioè quello previsto nell'atto che ha istituito il trust. Questa stabilità è difficilmente replicabile in un ambiente di diritto civile.

Sto seguendo il cammino scolastico-aristotelico di enucleare i caratteri del trust rispetto a ipotizzabili assonanze in diritto civile "*per genus proximum et differentiam specificam*", ma - pur non avendo terminato - in me è l'urgenza di cambiare totalmente il quadro e di avvicinarmi al tema che a mio parere costituisce il fondamento culturale del trust e il ponte che lo tiene in comunicazione con il diritto civile: il trustee erede o, in termini di diritto civile, l'erede fiduciario.

■ Il trustee erede, l'erede fiduciario

Sono in possesso di copia degli atti della causa vertente su un testamento ricevuto in Genova dal notaio Antonio Maria Assereto l'11 aprile 1679: il testatore istituisce eredi la propria madre e la propria moglie e le incarica di "effettuare & essequire quel tanto, che le *hà ricordato à bocca*, sperando che di ciò ne saranno osservantissime" (19).

Si tratta di un tipo di disposizione per nulla eccezionale, come mostra questo coevo testamento romano: "Nomino mio herede universale il Signor Pietro Alli, del quale mi confido, & sò eseguirà *secondo lui sà la mente mia*" (20).

Notiamo l'uso del termine "confido", e leggiamo ora un brano di un altro testamento genovese, steso un secolo dopo:

"Nelli restanti miei beni tutti ne istituisco, e nomino (...) mio *Erede universale fiduciario*

Note:

(18) "Guarda de chi te fidi" ammoniva Baldo, come ricorda Treggiari, *Minister ultimae voluntatis. Egesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I, Napoli, 2002, pag. 432 ss.

(19) In questo e nei brani che seguono i corsivi sono stati aggiunti da me.
(20) Rota romana, 24 gennaio 1614, Romana haereditatis de Alexijs, coram Cavalerio, in *Decisiones S.R.R. coram Iacobo Cavalerio, Venetiis: ex Typographia Francisci Baba*, 1629, dec. 557.

l'illustrissimo e eccellentissimo sig. Ugo Fieschi, il quale dovrà disporre delle detta metà de' miei beni & eredità in quegli usi, e in quelle persone in tutto e per tutto come gli ho confidato secretamente *in voce*" (21).

Qui compare anche il nome giusto: "erede fiduciario".

Disposizioni di eguale tenore troviamo in Inghilterra, come per esempio quando il testatore lega tutti i propri beni mobili a una persona "*to be applied as I have requested him to do*" (22) oppure "*trusting that she will carry out my wishes, with which she is fully acquainted*" (23) e moltissimi altri.

I trust testamentari inglesi segreti o semi-segreti (semi-segreti sono quelli appena citati) appartengono a una fattispecie indistinguibile dall'istituto che da noi era allora denominato *fideicommissum fiduciarium* o *confidentiale*, anche esso segreto o semisegreto, così come indistinguibili erano le rispettive regole (24).

Alcune fra tali regole sono ovvie, ma si tratta delle medesime regole che ho individuato nella prima parte di questa relazione quali regole distintive dei trust e che in quella occasione non apparvero per nulla ovvie, anzi si posero in contrasto con il nostro modo di vedere fenomeni all'apparenza analoghi.

Fra queste regole è la mancanza di tutela giudiziaria del disponente contro il trustee e in effetti essa appare ovvia quando riferita a un testatore "*qui tamquam mortuus fiduciarium de violata fide redarguere non potest*". Così come appaiono ovvie le affermazioni che l'erede fiduciario non rende il conto al testatore e che l'attività svolta dal fiduciario non va a vantaggio del testatore. Ricorre anche la segregazione, perché i creditori dell'erede fiduciario non possono soddisfarsi sui beni gravati dal *fideicommissum fiduciarium*.

■ Le due persone

Torniamo donde siamo partiti: il significato di "fiduciario" e in particolare il rapporto del fiduciario con i beni a lui affidati. Ce lo dice una testatrice genovese:

"ordina e vuole che in qualsivoglia tempo suo fratello herede possa dichiarare la sua volontà, e che *al semplice detto di lui si debba in ogni modo stare*, come se di propria bocca essa l'avesse fatto distendere in questo testamento, essendo questa la sua volontà" (25) (26).

Il fiduciario può essere teste della propria obbligazione, così violando tutte le regole del diritto comune in materia di prova dei testamenti e dei codicilli, per la ragione addotta da Bartolo: "*et tunc dictum illius est quodammodum testimonium veritatis*

defuncti magis quam iudicium deponentis": la dichiarazione è riferibile al defunto più che al dichiarante medesimo (27). Il Rinascimento sviluppa il tema della *duae personae* in una serie di campi (28) elaborando una visione assai risalente e il fiduciario appare come una seconda persona, esito dello sdoppiamento della persona fisica, così come in primo luogo era stato per il re, sdoppiato fra una persona proprietaria di beni e una persona titolare di una funzione che comportava l'esercizio di poteri su beni annessi alla funzione e non alla persona (29). Questa fu precisamente la figura del fiduciario che passò nel diritto inglese e in essa troviamo allora la spiegazione, culturale prima ancora che giuridica, della segregazione patrimoniale: due persone, due patrimoni o, se si preferisce, due articolazioni del medesimo patrimonio, fra loro non comunicanti.

Con maggiore consapevolezza possiamo allora riascoltare l'invocazione della coscienza, che notammo in una fra le definizioni correnti di trust al principio di queste riflessioni e che è ben presente nella dottrina e nella giurisprudenza odierne: l'erede

Note:

(21) Causa Fieschi Doria c. Conservatorio Fieschi, pendente avanti il Senato di Genova nel 1772: traggio il testo della disposizione testamentaria dalle allegationes stampate in Genova: Presso Bernardo Tarigo, 1772.

(22) Re Fleetwood (1880) 15 Ch. D 594 (Chancery).

(23) Irvine v. Sullivan (1869) LR 8 Eq. 673 (Chancery).

(24) È la tesi del mio saggio "*Trust and Confidence*", in 125 LQR 253-287 (2009).

Questi temi sono stati bene indagati da noi da Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* (supra, nota 18); "*Fiducialitas*. Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio", in Lupoi (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, pagg. 45-73; "Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte", in *Diritto romano attuale*, XVII, 2007, pagg. 65-79; "La fiducia testamentaria prima dei codici", in Biccari (a cura di), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, in *Studi Urbinati*, LXXXIII, 2015, pagg. 261-274.

(25) Testamento di Maria Caterina Pasqua, oggetto della causa promossa da Pietro Giustiniano avanti la Rota civile di Genova nel primo quarto del Settecento.

(26) Quest'ultima frase corrisponde a una struttura risalente del diritto civile, non è un accidente storico: "al semplice detto di lui si debba in ogni modo stare" è sostanzialmente una frase della Glossa: "*Theopompus voluit stari super hoc dicto Polliani*".

(27) Bartolo da Sassoferrato, *Secunda Bartoli super Infortiato*, Venetiis, 1542, ad D. 33.4.14.

(28) Cfr. Holdsworth, "*Prerogative in the Sixteenth Century*", in 21 *Columbia LR* 554 (1921) sulla distinzione fra "*body natural*" and "*body politic*". La monografia fondamentale in materia è Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton, 1957.

(29) È nota la contestazione di Corrado II nel 1025 contro i cittadini di Pavia, che un anno prima avevano incendiato il palazzo reale durante la vacanza dalla carica: "*Si periiit rex, regnum remansit, sicut navis remaneat cuius gubernator cadit*". Cfr. Solmi, "La distruzione del palazzo regio di Pavia nell'anno 1024", in 57 *Rendiconti Ist. Lomb. Sc. Lett.*, 1924, pag. 97 ss.; Brühl, "*Das 'Palatium' von Pavia und die 'Honorantiae civitatis Papaie'*", in *Pavia, capitale del regno. Atti del congresso internazionale di studi sull'alto medioevo*, Spoleto, 1969, pag. 189 ss.