



Corso di laurea in Economia e Management

Cattedra di Diritto Privato

IL PACTUM FIDUCIAE NELLA VITA GIURIDICA.
DALLA FIDUCIA SEGRETA ALL'AFFIDAMENTO MANIFESTO

Prof. Roberto Pardolesi

RELATORE

Matr. Sergio Filippo Romano

CANDIDATO

Anno Accademico 2023/2024

INDICE

Introduzione.....	p. 3
-------------------	------

CAPITOLO I

LA FIDUCIA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO: CONSIDERAZIONI GENERALI E PROFILI COMPARATIVI

1.1. Il concetto di fiducia e l'attuale rilevanza dei fenomeni fiduciari.....	p. 5
1.2. Tipologie di fiducia.....	p. 7
1.3. Il fenomeno fiduciario nel panorama giuridico nazionale.....	p. 12
1.4. La fiducia nel panorama giuridico internazionale: il <i>trust</i> nell'ordinamento inglese.....	p. 16
1.4.1. <i>Segue</i> : la <i>fiducie</i> nell'ordinamento francese.....	p. 19

CAPITOLO II

IL NEGOZIO FIDUCIARIO: INQUADRAMENTO, CAUSA E FORMA

2.1. Il negozio fiduciario classico.....	p. 21
2.2. La causa nel negozio fiduciario.....	p. 24
2.3. Negozi fiduciari diversi dal negozio fiduciario classico.....	p. 27
2.4. La forma del <i>pactum fiduciae</i> con oggetto immobiliare: Cass., sezioni unite, 6 marzo 2020, n. 6459.....	p. 32

CAPITOLO III

LA FIDUCIA IN ITALIA OGGI: DAL *PACTUM FIDUCIAE* AL CONTRATTO DII AFFIDAMENTO

3.1. L'evoluzione della fiducia in Italia: dalla fiducia segreta all'affidamento fiduciario espresso e palese.....	p. 36
3.2. Il contratto di affidamento fiduciario: la proposta dottrinale.....	p. 37

3.2.1. <i>Segue: l'intervento del legislatore</i>	p. 41
3.3. Le possibili applicazioni del contratto di affidamento fiduciario.....	p. 44
3.4. Problematiche e prospettive future in tema di affidamento fiduciario....	p. 46
Conclusioni	p. 50
Bibliografia	p. 52

Introduzione

La sentenza della Cassazione, sezioni unite, 6 marzo 2020, n. 6459, riguardante la forma del *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare, ha rianimato il dibattito sul negozio fiduciario, un argomento che già nel lontano 1936 un illustre autore aveva definito «un tema tra i più affascinanti, ma anche tra i più difficili e controversi del nostro diritto privato»¹.

Il presente lavoro prende spunto proprio da tale pronuncia per andare alla scoperta del fenomeno fiduciario ed esaminarne le molteplici declinazioni e l'evoluzione.

Si inizierà – nel primo capitolo – dalla fiducia del diritto romano, nella sua duplice configurazione di *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, per distinguerla dalla fiducia c.d. germanistica. Sempre nel primo capitolo si studierà il fenomeno fiduciario sia nell'attuale ordinamento giuridico italiano – che in verità non conosce l'istituto o lo conosce poco – sia in quegli ordinamenti, come quello anglosassone in cui è nato il *trust*, che già da tempo conoscono l'istituto.

Nel secondo capitolo, premessi alcuni cenni sul negozio fiduciario nella sua struttura classica di derivazione romanistica, ci si soffermerà sulle varie manifestazioni del negozio fiduciario nella vita giuridica, al fine di cogliere la vastità del fenomeno e di affermare l'impossibilità di riconduzione ad una categoria unitaria. In particolare, ci si soffermerà sui casi, di c.d. “intestazione fiduciaria”, frequenti soprattutto in ambito familiare, in cui il fiduciario acquista un bene con denaro fornito dal fiduciante e con l'intesa “segreta” (addirittura “segretissima” perché non formalizzata neanche tra le parti) di trasferirlo successivamente al fiduciante stesso o ad altro soggetto. Uno di questi casi è proprio quello esaminato dalla sentenza citata, che ha riguardato il problema della forma in un patto fiduciario concluso verbalmente e avente ad oggetto beni immobili.

Nel terzo ed ultimo capitolo si approfondirà la figura del contratto di affidamento fiduciario, elaborata dal Prof. Maurizio Lupoi e compiutamente illustrata nella sua magistrale opera «*Il contratto di affidamento fiduciario*» del 2014².

In verità, tutto il lavoro contiene numerosi riferimenti all'opera di Lupoi, perché attraverso di essa si è riusciti a comprendere il fenomeno, a capirne la vastità e a coglierne l'evoluzione, per giungere alla conclusione che accanto ai tradizionali negozi fiduciari basati su una fiducia “segreta” possono esservi altri negozi fiduciari – o di affidamento fiduciario – fondati su una fiducia “palese” e “manifesta”.

¹ Il riferimento è a Cesare Grassetti e al suo scritto *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, pp. 345 ss.

² M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014.

Del resto, non si può negare che la caratteristica segretezza del *pactum fiduciae* si accompagna ad un certo disvalore nella percezione sociale, venendo spesso il negozio fiduciario accostato a un fenomeno diverso – e discusso – come la simulazione, e oggi si pone in contrasto con la normativa più recente improntata a finalità di trasparenza (come, ad esempio, la normativa antiriciclaggio). Senza trascurare il problema della tutela del fiduciante di fronte all’inadempimento del fiduciario, soprattutto in caso di alienazione infedele, a causa della inopponibilità ai terzi del *pactum fiduciae*.

Tali considerazioni, come si vedrà, hanno portato ad un nuovo approccio rispetto al fenomeno fiduciario, approccio confluito nella proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario e che ha avuto il suo riconoscimento legislativo nella legge 22 giugno 2016, n. 112 (legge sul c.d. “dopo di noi”).

La nuova prospettiva dà ampio risalto all’autonomia privata e, al contempo – come si cercherà di dimostrare – riesce a dare una risposta soddisfacente alle nuove esigenze economiche e sociali (si pensi, appunto, alla tutela dei soggetti fragili o all’esigenza di segregazione dei patrimoni destinati) che caratterizzano la complessità della moderna società.

CAPITOLO I

LA FIDUCIA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO: CONSIDERAZIONI GENERALI E PROFILI COMPARATIVI

1.1. Il concetto di fiducia e l'attuale rilevanza dei fenomeni fiduciari

Il concetto di “fiducia”, nella storia giuridica, si caratterizza per una vasta serie di significati e connotazioni, oltre che per una significativa e complessa evoluzione. Come si avrà modo di illustrare nel corso della trattazione, infatti, il fenomeno fiduciario – che affonda le proprie radici già nel diritto romano – risulta da sempre storicamente eterogeneo, essendo difficile riconoscergli, tanto sul piano teorico quanto su quello applicativo, una configurazione univoca³.

In linea generale può affermarsi che la fiducia, in ogni sua forma, è un concetto legato ai valori di lealtà, probità e onestà⁴ e che può parlarsi di negozio fiduciario quando tali valori escono dalla sfera metagiuridica per assumere veste giuridica e vincolatività.

Infatti, la fiducia, intesa come elemento metagiuridico, è presente, in misura maggiore o minore, in quasi tutti i contratti conclusi tra privati. E così, ad esempio, è presente nel rapporto di mandato, nel rapporto di lavoro e, in generale, in ogni contratto fondato sul c.d. *intuitus personae*. Tuttavia, nel negozio fiduciario la fiducia diventa elemento essenziale poiché è in essa che il negozio trova la sua ragione d'essere.

Invero si tratta di contratti in cui il fondamento ed elemento essenziale del rapporto è la cura di un interesse altrui affidata ad un soggetto, generalmente in modo stabile e duraturo.

Ai fini che interessano maggiormente in questa sede, occorre rilevare che il termine “fiducia” individua, nel mondo del diritto, essenzialmente un «patto inteso a trasformare

³ G. Petrelli, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 4, 2021, p. 1074, ove si afferma che «La fiducia, dal canto suo, è realtà polivalente: autorevole dottrina ne ha individuato ben dodici accezioni nel vigente ordinamenti».

⁴ G. Diurni, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 289, il quale richiama il «dovere del bene agire e senza frode».

in una funzione la titolarità»⁵, e quindi a consentire al fiduciario di impiegare a vantaggio di un altro soggetto beni ricevuti dal fiduciante.

Si comprende così come al tema della fiducia sia legato il concetto di separazione patrimoniale, insieme a quello di destinazione patrimoniale (quale individuazione di una massa di beni al fine della realizzazione di un determinato interesse)⁶.

Ed infatti, già nell'accezione classica della *fiducia cum amico* l'effetto dell'incarico fiduciario è il trasferimento dei beni dal fiduciante al fiduciario e da tempo lo strumento fiduciario è apparso come un mezzo per raggiungere finalità di separazione, segregazione e protezione del patrimonio.

Come si vedrà meglio più avanti, il nostro ordinamento giuridico, privo di una apposita disciplina della fiducia, ha dapprima spostato la sua attenzione su forme di fiducia tipiche del mondo anglosassone, ratificando la Convenzione de L'Aja relativa alla legge applicabile ai *Trust* e al loro riconoscimento⁷, poi ha introdotto nel codice civile l'art. 2447-*bis* sui patrimoni destinati ad uno specifico affare e infine l'art. 2645-*ter* riguardante la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche.

In dottrina e in giurisprudenza si è quindi iniziato a parlare di ammissibilità di *Trust* interni⁸ e si è giunti all'elaborazione di un nuovo contratto fiduciario, il contratto di affidamento, che ha avuto il suo riconoscimento normativo in recenti testi di legge⁹.

⁵ A. Gentili, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Fondazione Nazionale del Notariato, p. 134. Cfr. C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p.353, secondo il quale l'essenza del negozio fiduciario può ravvisarsi in una «attribuzione di titolarità piena a nome proprio, ma nell'interesse altrui» fondata sul leale comportamento del fiduciario.

⁶ Sul collegamento tra i concetti di fiducia, separazione e destinazione cfr. R. Pardolesi, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, fasc. 2, pp. 215 ss.

⁷ La Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985 è stata esecutiva in Italia con L. 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore l'1 gennaio 1992.

⁸ Con l'espressione "*Trust* interno" si intende un *trust* stipulato ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1985, avente quale unico elemento di estraneità rispetto al territorio italiano la legge scelta dalle parti per regolarlo.

⁹ Cfr. Paragrafi successivi e Capitolo III.

Il contratto di affidamento fiduciario, così come il negozio fiduciario, è caratterizzato dal porre in primo piano l'elemento "fiducia": anche in tal caso non si tratta della fiducia in particolari qualità dell'affidatario, bensì della fiducia nell'adesione, da parte di questo, ai precetti morali di altruismo, di prevalenza dell'interesse altrui rispetto all'interesse proprio. Ciò che distingue il contratto di affidamento fiduciario rispetto al negozio fiduciario vero e proprio, come si vedrà, è la destinazione impressa al patrimonio affidato in vista della realizzazione di un programma, sicché l'elemento fiduciario diviene palese ed elemento chiarificatore dell'essenza del negozio.

La ragione dell'interesse verso il fenomeno fiduciario quindi non va più ricercata esclusivamente in esigenze prettamente economiche, legate alla circolazione dei beni e alla limitazione della responsabilità patrimoniale, poiché il negozio fiduciario in senso lato si presta a soddisfare le più svariate esigenze, potendo essere utilmente impiegato nelle vicende successorie, nella separazione dei coniugi, nel passaggio generazionale di aziende, nella tutela di incapaci, nel *project financing* e via dicendo.

1.2. Tipologie di fiducia

Dopo aver chiarito, in via generale, il concetto di "fiducia" e la sua attuale rilevanza nella vita giuridica, occorre soffermarsi, in modo più dettagliato, sulle diverse tipologie di fenomeno fiduciario e sulle varie classificazioni che, nel corso degli anni, sono state elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La prima classificazione è quella, risalente al diritto romano¹⁰, che distingue tra fiducia *cum amico* e fiducia *cum creditore*.

Nella prima fattispecie, il negozio è funzionale alla realizzazione di un interesse del fiduciante, il quale trasferisce un bene ad un soggetto (fiduciario) con l'impegno di quest'ultimo di ritrasferirlo al fiduciante quando questi ne farà richiesta. Tale ipotesi, dunque, consiste sostanzialmente in un'attività gestoria del fiduciario, che può andare dalla mera interposizione nell'intestazione, al deposito, fino ad atti di disposizione, ma con finale restituzione del patrimonio fiduciario al fiduciante o alla persona da quest'ultimo indicata.

¹⁰ La distinzione, infatti, è già presente nelle Istituzioni di Gaio (cfr. *Gai* 2.60).

Con la fiducia *cum amico*, le parti possono prefiggersi il conseguimento delle finalità più varie: così, la fiducia *cum amico* può servire, oltre che a mettere al sicuro dei beni intestandoli ad altro soggetto durante il *tempus dubium* (ipotesi classica, risalente al diritto romano), anche a conferire un incarico al fiduciario in modo particolarmente efficace (c.d. fiducia per amministrazione)¹¹.

Nella fiducia *cum creditore*, invece, il negozio fiduciario viene posto in essere tra debitore e creditore: in particolare il debitore-fiduciante trasferisce la proprietà di un bene al creditore-fiduciario a garanzia di un proprio debito e con l'impegno del fiduciario di restituire il bene una volta che avrà ottenuto il pagamento del debito medesimo¹².

L'elemento caratterizzante tale ipotesi di fiducia è rappresentato, quindi, dallo scopo di soddisfare interessi del fiduciario, quale creditore del fiduciante, attribuendogli la titolarità di un bene con il quale il primo garantisce il proprio credito in caso di inadempimento.

Con la fiducia *cum creditore*, le parti perseguono — in sostanza — uno scopo di garanzia, ponendo in essere un'operazione che ben potrebbe integrare gli estremi di un'alienazione in garanzia. Ecco perché le fattispecie di fiducia *cum creditore* devono essere nell'attuale ordinamento attentamente valutate sotto il profilo della loro liceità, potendo dar luogo a violazione del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.¹³, cioè quel patto con cui debitore e creditore convengono che il creditore diventi automaticamente proprietario del bene concesso in garanzia nel caso di mancata soddisfazione del credito nel termine fissato.

La norma, sebbene testualmente riferita al creditore ipotecario o pignoratizio, è considerata un principio generale dell'ordinamento riferibile a qualunque fattispecie di alienazione del bene a garanzia del pagamento di un debito.

¹¹ M. Brambilla, *Società Fiduciaria – gestioni fiduciarie*, in *Diz. dir. priv. Irti*, 3, Milano, 1981, pp. 853 ss.; V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004, pp. 59 ss.

¹² Secondo C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 349 e p. 364, i casi di fiducia *cum amico* sono quelli socialmente più interessanti e costituiscono la fattispecie paradigmatica del negozio fiduciario, mentre i casi di fiducia *cum creditore* rappresentano una forma anomala dello stesso negozio.

¹³ L'art. 2744 c.c. prevede che «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

Nonostante il trasferimento dell'immobile avvenga prima dell'inadempimento (nel patto commissorio vero e proprio il trasferimento avviene dopo l'inadempimento), la vendita in garanzia è nulla ogniqualvolta serve ad eludere il divieto del patto commissorio. In tali fattispecie occorre quindi procedere ad un'attenta analisi caso per caso al fine di determinare la liceità o meno dello specifico negozio concluso dalle parti¹⁴.

Un'altra distinzione particolarmente rilevante è quella che vede contrapposta la fiducia cosiddetta "romanistica" rispetto a quella cosiddetta "germanistica" (o "germanica").

Elemento caratteristico della fiducia romanistica è il trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, con ciò realizzandosi un effetto traslativo pieno ed efficace nei confronti dei terzi, anche se limitato, nei rapporti interni, dal contenuto del *pactum fiduciae*.

Il fiduciario diviene proprietario del bene, mentre il *pactum fiduciae* ha solo effetti obbligatori tra le parti; in altre parole, il fiduciante, privo di qualsiasi diritto reale sul bene, ha solo diritti di credito verso il fiduciario. Ciò ha precise conseguenze sul piano giuridico, poiché il bene può essere aggredito dai creditori del fiduciario e pone il problema della tutela del fiduciante in caso di violazione del patto fiduciario, e cioè se il fiduciario rifiuta di ritrasferire il bene al fiduciante o lo trasferisce ad un terzo.

Proprio perché con la fiducia romanistica si realizza un trasferimento della piena proprietà per il raggiungimento di finalità fiduciarie, i sostenitori della concezione classica hanno affermato che l'elemento qualificante dell'istituto in esame debba essere individuato nella eccedenza (o "disomogeneità") del mezzo adoperato rispetto allo scopo perseguito¹⁵.

¹⁴ Cass., 3 febbraio 2012 n. 1675, in *Foro it.*, 2012, I, c.1462 ss., ove si afferma che l'art. 2744 c.c. esprime un divieto di risultato, indipendentemente dai mezzi impiegati. Più recentemente, Cass., 26 settembre 2018, n. 22903, in www.dejure.it, ove si legge che, «estendendosi il divieto di patto commissorio, ex art. 2744 c.c., a qualsiasi negozio che venga utilizzato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento, ne consegue che anche la procura a vendere un immobile, conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, è idonea a integrare la violazione della norma suddetta, qualora si accerti che tra il mutuo e la procura sussista un nesso funzionale. Tale valutazione è demandata al giudice di merito che, nel compierla, non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti, ma deve considerarne la causa in concreto e, in caso di operazione complessa, valutarli alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, apprezzando ogni circostanza di fatto rilevante e il risultato stesso che l'operazione negoziale era idonea a produrre e, in concreto, ha prodotto».

¹⁵ V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, cit., pp. 59 ss. Di contro, C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 345, secondo cui invece tale incongruenza (tra scopo e mezzo) si potrebbe avere, al più, soltanto con riferimento alla fiducia *cum creditore*.

Ben diversa dalla fiducia romanistica, di cui si è detto, è la c.d. fiducia germanistica.

Nella fiducia di tipo germanistico si verifica una scissione tra proprietà sostanziale del bene (che resta in capo al fiduciante) e proprietà formale (che fa capo al fiduciario): al fiduciario viene attribuita una legittimazione all'esercizio dei diritti relativi alla proprietà del bene, che però rimane sostanzialmente in capo al fiduciante, sicché questi può sempre far valere la sua posizione nei confronti dei terzi¹⁶.

Da tali considerazioni, appare evidente come la fiducia cosiddetta "germanica" presenti delle caratteristiche profondamente diverse rispetto a quella cosiddetta "romanistica": mentre, infatti, quest'ultima descrive una forma di attribuzione del diritto dal fiduciante al fiduciario piena e illimitata nei confronti dei terzi – realizzando pertanto eccedenza o "disomogeneità" del mezzo adoperato rispetto allo scopo perseguito – nella fiducia germanica il diritto trasferito in capo al fiduciario è commisurato allo scopo che le parti del negozio intendono raggiungere, in quanto i poteri attribuiti al fiduciario corrispondono pienamente ed esattamente agli intenti economici avuti di mira¹⁷.

Si è detto in dottrina che il modello della fiducia romanistica tutela la posizione dei terzi molto più della posizione del fiduciante allo scopo di rafforzare la sicurezza della circolazione dei beni, mentre la fiducia germanistica si ispira a una tutela più forte del fiduciante¹⁸.

Secondo l'orientamento prevalente¹⁹, la fiducia germanistica – nella sua rigida applicazione – non può trovare ingresso in generale nel nostro ordinamento, per i motivi che verranno di seguito indicati. Si è anche osservato che manca nel nostro ordinamento una norma corrispondente all'art. 185 del BGB, codice tedesco, che ammette, appunto, l'autorizzazione ad esercitare in nome proprio diritti altrui²⁰.

¹⁶ Si veda, in particolare, quanto affermato da L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, pp. 200 ss., la quale evidenzia che «in quest'altro tipo di fiducia, il trasferimento al fiduciario è spiegato mediante il ricorso all'istituto della legittimazione. Nel negozio fiduciario, dunque, andrebbe operata una netta distinzione tra il rapporto interno, che lega il fiduciante ed il fiduciario, e quello esterno, che lega il fiduciario ai terzi. La scissione tra il lato interno ed il lato esterno del rapporto comporta che il fiduciante trasferisca al fiduciario la mera proprietà formale, che consiste nella legittimazione ad usare dei beni fiduciati in funzione dell'interesse perseguito dal fiduciante, ma non anche la proprietà sostanziale dei medesimi beni, che rimane integra in capo al fiduciante. Il fiduciario, dunque, non può disporre dei beni che nei limiti in cui risulti legittimato alla stregua di un semplice mandatario».

¹⁷ L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 195 ss.

¹⁸ V. ROPPO, *Diritto privato, Estratto*, Torino, 2018, p. 270.

¹⁹ S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto Civile - Saggi*, Milano, 1951, pp. 201 ss.

²⁰ V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, cit., pp. 59 ss.

È interessante evidenziare sin d'ora, peraltro, che, quantomeno secondo parte della dottrina²¹, nel nostro ordinamento il modello della fiducia germanistica sarebbe riscontrabile nelle società fiduciarie disciplinate dalla legge 23 novembre 1939 n. 1966, cioè quelle società che «si propongono sotto forma di impresa di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi»²².

Il legislatore sembra confermare che nei casi di intestazione fiduciaria di azioni e titoli in genere, la proprietà del bene (in capo al fiduciante) è separata dalla legittimazione all'esercizio (in capo alla fiduciaria), imponendo alle società fiduciarie una serie di obblighi concernenti principalmente la comunicazione delle generalità degli effettivi proprietari dei titoli fiduciarmente intestati²³. Anche la giurisprudenza appare orientata in tal senso, affermando che nelle società fiduciarie è ravvisabile una scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale²⁴.

Nei casi di fiducia di tipo germanico, viene attribuita al fiduciario una proprietà "formale" strumentale all'amministrazione fiduciaria, separata rispetto al restante patrimonio del titolare e non aggredibile dai creditori. Le società fiduciarie, non potendo disporre o utilizzare nel proprio interesse i beni loro affidati, risultano, in concreto, mere depositarie di beni costituenti una massa patrimoniale distinta, a tutti gli effetti, dal loro personale patrimonio e, come tale, sottratta alle azioni esecutive degli eventuali creditori.

Nel nostro ordinamento, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, non si ritiene ammissibile la creazione da parte dell'autonomia privata di una proprietà fiduciaria di tipo germanistico, in quanto una tale forma di proprietà sarebbe difficilmente armonizzabile con alcuni principi (almeno finora ritenuti) fondamentali: il

²¹ U. Carnevali, *Negozi giuridico III, Negozio fiduciario*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 2.

²² Cfr. art. 1, legge 23 novembre 1939, n. 1966.

²³ Al riguardo, si ricordano l'articolo 1, ultimo comma, del R.D. 29 marzo 1942, n. 239 secondo il quale «le società fiduciarie che abbiano intestato a proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi» e inoltre l'articolo 9, comma 1, della legge 29 dicembre 1962, n. 1745, ai sensi del quale «le società fiduciarie devono comunicare [...] i nomi degli effettivi proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi».

²⁴ Cfr. Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, p.23, secondo cui «la proprietà della società fiduciaria, pur non potendosi dire fittizia, viene ad assumere, pur tuttavia, connotazione meramente "formale" mentre il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria ne conserva la proprietà "sostanziale" ed è quindi in grado di disporre direttamente, senza necessità di alcun formale ritrasferimento dei titoli da parte delle società»; Cass. 21 maggio 1999, n. 4943, in *Società*, 1999, p.1330, in cui si dice che «nella società fiduciaria, i fiducianti [...] vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alle società ed a queste strumentalmente intestati».

principio di unità del dominio, che impedirebbe una scissione fra titolarità formale e titolarità sostanziale; la concezione piena ed assoluta del diritto di proprietà, che mal si concilierebbe con forme di proprietà temporanea o risolubile (anche se non mancano esempi di proprietà temporanea come la multiproprietà); il principio del numero chiuso dei diritti reali; il principio di responsabilità generale del debitore (art. 2740 c.c.), che renderebbe eccezionali i casi di patrimoni separati²⁵.

Si tratta di principi che, se fino a poco tempo fa apparivano sostanzialmente indiscussi, cominciano a cedere il passo di fronte ai nuovi contratti fiduciari di recente diffusione, quali il *trust* e il contratto di affidamento fiduciario (di cui si parlerà in seguito) in cui si assiste alla creazione di un patrimonio separato.

1.3. Il fenomeno fiduciario nel panorama giuridico nazionale

Il negozio fiduciario non ha, nell'attuale sistema normativo italiano, una specifica disciplina positiva. Come si vedrà meglio oltre, infatti, il concetto di negozio fiduciario è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla dottrina – che ha tratto spunto dalla pandettistica tedesca, a cavallo fra l'800 e il 900 – per poi essere adottato dalla giurisprudenza per descrivere situazioni eterogenee riconducibili alla fiducia.

In mancanza di una chiara base legislativa di carattere generale, pertanto, la ricostruzione dell'istituto e l'individuazione dei suoi tratti essenziali, come pure della disciplina applicabile, sono state demandate alla dottrina e alla giurisprudenza.

Rinviando l'esame specifico del negozio fiduciario – e della sua ammissibilità nell'ordinamento nazionale – a quanto meglio si dirà nei capitoli successivi, in questa sede occorre rilevare che l'unica norma che menziona espressamente la fiducia è l'art. 627 c.c. che, in tema di successioni, disciplina la disposizione fiduciaria (c.d. fiducia testamentaria)²⁶.

²⁵ R. Nitti, *Negozio fiduciario*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1965, p. 203.

²⁶ L'art. 627 c.c. (Disposizione fiduciaria) dispone che «Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta.

Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace.

In tale ipotesi, il testatore dispone a favore di un soggetto al quale viene segretamente imposto l'obbligo di trasferire i beni ricevuti ad un altro soggetto. È pacifico però che tale fattispecie non genera una vera e propria obbligazione, ma solo un'obbligazione naturale, cioè un dovere morale non coercibile giuridicamente²⁷.

La fiducia è poi menzionata in materia di società, con riferimento, in particolare, alle società fiduciarie, regolate dalla legge 23 novembre 1939 n. 1966, di cui si è detto.

Il 1° gennaio 1992 è entrata in vigore in Italia la Convenzione de L'Aja relativa al riconoscimento del *trust*, con l'obiettivo di uniformare il diritto dei Paesi aderenti in tema di *trust* al fine di incentivare gli scambi e orientare gli operatori²⁸.

Il *trust*, come delineato dalla Convenzione, presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee* (c.d. effetto segregativo); b) i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*; c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge. Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*.

Con la ratifica della Convenzione de L'Aja, l'Italia – al pari degli altri Stati contraenti – si è pertanto obbligata a riconoscere come *trust* tutti quei negozi che presentano le caratteristiche individuate dall'art. 2 della medesima Convenzione, con la conseguente pacifica ammissibilità di tutti i “*trust* esterni”, istituiti altrove e afferenti a soggetti e beni riferibili a Paesi in cui il *trust* riceva comunque una specifica disciplina normativa²⁹.

Al contrario, all'indomani dell'entrata in vigore della Convenzione, è apparsa sin da subito particolarmente controversa – tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – la

Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere».

²⁷ G. Gazzara, voce *Fiducia testamentaria*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 427.

²⁸ Sulla Convenzione de L'Aja, cfr. M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, pp. 966 ss; A. Gambaro, A. Giardina, G. Ponzanelli (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1993.

²⁹ M.C. Andrini, *Le situazioni affidanti e la cd. legge «dopo di noi» (l. n. 112/2016). Prima parte: il trust e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 3, 2018, pp. 623 ss.

possibilità di costituire, in Italia, negozi giuridici idonei a realizzare gli effetti propri del *trust*.

In particolare, si è affermato in dottrina³⁰ 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 (ad esempio: un *trust* istituito da cittadini italiani in Italia, ma regolato dalla legge inglese). Diversamente, si deve preferire la formula di “*trust* di diritto interno” per indicare un rapporto regolato esclusivamente dalla legge italiana.

Sulla scorta di tale distinzione, si è sottolineato che la giurisprudenza italiana (con orientamento pressoché dominante) ha adottato una posizione sostanzialmente favorevole all’ammissibilità del *trust* interno. Si è anche sottolineato che, non essendo il *trust* un negozio tipico (poiché non è espressamente previsto nel nostro ordinamento), per potere garantire la tutela di un *trust* interno occorrerà di volta in volta effettuare un giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, che nel nostro ordinamento costituisce un principio fondamentale dell’autonomia privata (art.1322 c.c.)³¹.

È interessante evidenziare, peraltro, che - secondo una parte della dottrina – il modello di *trust* a cui fa riferimento la Convenzione de L’Aja non risulta essere perfettamente coincidente con quello proprio della tradizione inglese, in quanto inclusivo di elementi tipici anche di altre situazioni giuridiche; per questo motivo, l’istituto disciplinato dalla Convenzione è stato qualificato come “*trust c.d. amorfo*”³².

La Convenzione de L’Aja, comunque, diede vita ad un processo di competizione normativa tra i vari ordinamenti giuridici al quale anche l’Italia partecipò, non giungendo mai al traguardo.

Il riferimento è allo schema di Disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri nel 2010³³, attraverso il quale il Governo era stato delegato ad adottare uno o

³⁰ P. Pardolesi, *Riflessione comparativa in tema di trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2019, pp. 279 ss.

³¹ P. Pardolesi, *Riflessione comparativa in tema di trust e contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 281.

³² M. Lupoi, *The shapeless trust. Il trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995, pp. 51 ss.

³³ Art. 10 Disegno di legge n. 854, approvato dal Consiglio dei Ministri il 1 marzo 2010, contenente la delega al Governo per la disciplina della fiducia.

più decreti legislativi (in realtà mai adottati) che disciplinassero il “contratto di fiducia” nell’ambito del titolo III del libro IV del Codice civile (“singoli contratti”).

Al disegno di legge delega seguirono altri tentativi per introdurre istituti quanto più simili al *trust*³⁴, ma sebbene ciò fosse considerato assolutamente necessario ed urgente in funzione concorrenziale per il nostro ordinamento, nessun risultato è stato raggiunto.

Proseguendo nella breve indagine degli istituti riconducibili al fenomeno fiduciario nell’ordinamento italiano, occorre rilevare che, nel 2006³⁵, è stato inserito nel codice civile l’art. 2645-ter³⁶, il quale ha previsto la possibilità di trascrivere gli atti di destinazione riguardanti beni immobili e mobili registrati, al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione e quindi rendere separati i beni vincolati.

Su tale norma ci si soffermerà al successivo capitolo III, dedicato al contratto di affidamento fiduciario. Ora si può solo anticipare che essa è stata considerata dalla dottrina un “frammento di *trust*”, cioè solo una parte della complessa configurazione dell’istituto del *trust* quale emerge negli ordinamenti di *common law*³⁷.

Infine, a partire dal 2012, come si vedrà meglio oltre, si è affacciata nel panorama legislativo italiano una nuova figura contrattuale: quella dell’affidamento fiduciario³⁸.

Si tratta di una categoria giuridica di elaborazione dottrinale che ha trovato una positivizzazione soltanto di recente, ed in particolare con la legge 22 giugno 2016, n. 112, c.d. “Legge sul Dopo di Noi”, nata, appunto, per garantire la tutela di persone con gravi disabilità, prive di sostegno familiare, mentre il riferimento al termine

³⁴ Ci si riferisce alla proposta di legge del deputato Cambursano del 2011 e al progetto di legge sul contratto fiduciario presentato dal notariato nel 2012.

³⁵ Si veda il D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito in legge 23 febbraio 2006 n. 51.

³⁶ L’art. 2645-ter c.c. dispone che «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell’articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall’articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

³⁷ M. Lupoi, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod.civ. quale frammento di trust*, in *Riv.not.* 2006, I, p. 467; M.C. Andriani, *Le situazioni affidanti e la cd. legge “dopo di noi” (l. n. 112/2016). Parte seconda: i vincoli di destinazione ed il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2018, pp. 1020 ss.

³⁸ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014; ID., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 734.

“affidamento” è contenuto, per la prima volta, nella legge 27 gennaio 2012, n. 3, sulle crisi da sovraindebitamento.

In particolare, secondo l’art. 7 della legge da ultimo richiamata, il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano; tale piano può anche prevedere l’affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario-gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

Ebbene, è proprio il contratto di affidamento fiduciario – frutto dell’acuta elaborazione dottrinale di Maurizio Lupoi – l’unico strumento giuridico italiano che può apparire realmente competitivo rispetto al *trust* e che può a questo essere accostato, come si vedrà nel seguito di questo lavoro³⁹.

1.4. La fiducia nel panorama giuridico internazionale: il *trust* nell’ordinamento inglese

Per comprendere appieno le varie declinazioni del fenomeno fiduciario nell’ordinamento interno, appare interessante soffermarsi sulle principali forme di fiducia esistenti nel panorama giuridico internazionale, con particolare riguardo agli istituti del *trust* inglese e della *fiducie* francese.

Per quanto riguarda il *trust* – caratteristico istituto fiduciario creato dai tribunali di *Equity* dei paesi di *Common Law* –, come già evidenziato, esso è stato oggetto di un ampio dibattito dottrinario anche in Italia, soprattutto dopo la ratifica della Convenzione de L’Aja⁴⁰.

³⁹ Sul punto, G. Petrelli, *L’affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, cit., pp. 1073 ss., ove si legge che la recezione in Italia del *trust*, pur essendo «ormai compiuta, dopo quasi trent’anni dall’entrata in vigore della convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985 — si scontra ancora con alcuni ostacoli di non poco momento: *in primis*, la necessità di applicare un diritto straniero, e le incomprensioni anche giurisprudenziali che ancora ne caratterizzano alcuni aspetti di disciplina (basti pensare al *trust* autodichiarato, o ai rapporti con le norme imperative italiane)».

⁴⁰ F. Gigliotti, *Trust interno e atto di destinazione*, in *Giustizia civile*, n. 4, 2016, pp. 740 ss.

Inoltre, il *trust*, valicando i confini d'origine, nel corso degli ultimi decenni, per la sua flessibilità e capacità di adattamento ad esigenze e situazioni eterogenee, si è imposto nella realtà commerciale ed economica di molti Paesi⁴¹.

Nell'ordinamento anglosassone esiste un intero settore del diritto, detto "*fiduciary law*", che ricomprende varie fattispecie (dal *trust* all'*agency*, agli obblighi dei *directors* di corporazioni, dei *lawyers*, dei consulenti finanziari, ecc.). In tale contesto, la fiducia è un obbligo di natura legale e non contrattuale, che esprime un accentuato dovere di lealtà e di onestà (obbligo di *utmost good faith*)⁴².

In origine, la fiducia indicava invece un dovere di coscienza, quindi metagiuridico, e come tale tutelato da un'autonoma giurisdizione, *l'equity*, alternativa a quella ordinaria.

L'istituto del *trust* è nato proprio nell'ambito di tale giurisdizione, allo scopo di tutelare l'interesse dei beneficiari (*equitable interest*), ma ha avuto larga diffusione anche dopo la chiusura dei tribunali di *equity*, avvenuta nel 1875.

Quanto alla struttura dell'operazione di *trust*, i soggetti coinvolti sono generalmente tre: il *settlor*, il *trustee* e i terzi beneficiari (titolari dell'*equitable interest*), ma questi ultimi possono anche mancare. In sostanza, un soggetto (*settlor*) conferisce la proprietà formale (*legal title*) su certi beni ad un altro soggetto di cui ha fiducia (*trustee*), il quale si impegna a gestirli, secondo le istruzioni del *settlor*, in favore di terzi beneficiari ovvero in alternativa, al fine di realizzare un certo scopo prefissato dallo stesso *settlor*.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, il *trust* inglese troverebbe la propria fonte in un atto unilaterale (c.d. dichiarazione di *trust*) al quale accede un trasferimento di beni⁴³.

In tale prospettiva, si è affermato che il *trust* inglese non è un contratto, posto che l'unica parte necessaria dell'atto istitutivo è il disponente, mentre si ritiene sufficiente che il *trustee* "aderisca" all'atto, anche attraverso una mera sottoscrizione dello stesso⁴⁴.

⁴¹ Sulla flessibilità del *trust* e suoi molteplici impieghi, cfr. F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corriere giur.*, 1999, pp. 630 e 773; dello stesso autore *I Trusts familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, Torino, 2015, vol.1, pp. 1817 ss.

⁴² G. Petrelli, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, cit., p. 1074.

⁴³ G. Amore, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi"*, in *Studium Iuris*, 7-8, 2019, pp. 895 ss.; M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010, p. 22.

⁴⁴ M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, pp. 155 ss. afferma addirittura che «*trust* e contratti appartengono a mondi giuridici distinti [...] il *trust* espressamente istituito ha quale propria fonte un atto unilaterale, al quale

Nel corso dei secoli il *trust*, negli ordinamenti di *common law*, ha avuto uno sviluppo via via crescente fino ad essere impiegato a tutela degli interessi più diversi, dalla gestione di patrimoni familiari alle garanzie di adempimento dei contratti di *joint-venture*.

La principale caratteristica del *trust* che ha contribuito alla diffusione dell'istituto anche oltre i confini dei Paesi in cui è nato è la separazione patrimoniale (c.d. effetto segregativo), nel senso che i beni conferiti formano una massa distinta dal restante patrimonio del *settlor* e del *trustee* e non sono aggredibili dai loro creditori. Tale caratteristica ha reso infatti l'istituto particolarmente interessante per gli operatori del diritto di quei Paesi, come il nostro, in cui le ipotesi di segregazione sono considerate eccezionali rispetto a quanto previsto dall'ordinamento⁴⁵.

Un altro vantaggio che la dottrina ha individuato nel *trust* è la sua grande duttilità, che consente sia al *settlor* che al *trustee* di regolarne l'operatività con ampia autonomia ed elasticità⁴⁶. Si è quindi evidenziato⁴⁷ che il *settlor* può scegliere: i beni da conferire (potendo essere conferiti in *trust* beni mobili, immobili, crediti, beni immateriali, beni futuri, ecc.); il soggetto che deve amministrare il patrimonio conferito; le modalità della gestione; le finalità da perseguire; i soggetti beneficiari; il compenso del *trustee*; la durata del *trust*; l'eventuale soggetto terzo (c.d. *protector*) che vigili sull'operato del *trustee* e i suoi poteri di sorveglianza; le modalità della liquidazione del patrimonio ad un certo termine o al verificarsi di certe condizioni, e altro ancora.

Il *trustee*, a sua volta, una volta divenuto intestatario dei beni, è tenuto a perseguire l'obiettivo voluto dal disponente, ma può esercitare i suoi poteri gestori con una certa discrezionalità, sempre nell'ottica della massima valorizzazione dei beni in *trust*, e dunque, a seconda dei casi, al variare delle situazioni o quando lo ritenga opportuno, potrà anche venderli, sostituirli, investire o disinvestire.

accedono o fanno seguito (o perfino precedono) uno o più atti di disposizione. [...] l'atto di disposizione [...] consiste nel trasferimento del diritto: tale trasferimento al *trustee* è essenziale affinché il *trust* venga in essere».

⁴⁵ Per il nostro ordinamento si veda l'art. 2740 c.c. (responsabilità patrimoniale), secondo cui le limitazioni di responsabilità sono ammesse nei soli casi previsti dalla legge.

⁴⁶ F. Di Ciommo, *I Trusts*, in *Il contratto*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, pp. 613 ss.

⁴⁷ F. Di Ciommo, op. ult. cit., p. 643.

1.4.1. *Segue: la fiducie nell'ordinamento francese*

Nell'ordinamento giuridico francese, nel 2007 (con legge 19 febbraio 2007 n. 211) è stato introdotto nel codice civile l'istituto della *fiducie*.

La scelta di disciplinare espressamente il fenomeno fiduciario è derivata da ragioni di politica economica, perseguendosi il dichiarato fine di favorire sul proprio territorio operazioni economiche in competizione con lo strumento anglosassone del *trust*⁴⁸.

L'intenzione è stata quindi quella di creare una fattispecie "antagonista" al *trust* anglosassone⁴⁹, così da rendere il sistema civilistico francese più attraente giuridicamente, ponendo in essere una vera e propria operazione concorrenziale rispetto a strumenti negoziali analoghi, proposti dagli altri ordinamenti stranieri.

La *fiducie* regolata dal codice civile francese, in particolare, viene configurata come una operazione contrattuale con la quale «uno o più soggetti trasferiscono beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, ad uno o più fiduciari, i quali - tenendo separati tali beni dal proprio patrimonio personale - agiscono per la realizzazione di un fine determinato o a vantaggio di uno o più beneficiari»⁵⁰.

L'operazione fiduciaria, dunque, prevede un effetto traslativo dei beni (cogliendo in ciò il tratto comune sia alla fiducia romanistica sia all'istituto anglosassone del *trust*) e comporta l'ulteriore conseguenza della separazione patrimoniale di tali beni rispetto a quelli personali del fiduciario. Tuttavia, il legislatore francese ha previsto esplicitamente una deroga all'effetto segregativo, che quindi non può definirsi pieno, laddove consente ai creditori della *fiducie* di rivalersi anche sul patrimonio del fiduciante, nell'ipotesi in cui non sia sufficientemente consistente il patrimonio fiduciario.

Il contratto ha, nel sistema francese, una durata limitata nel tempo, non potendo eccedere i 99 anni.

Deve osservarsi, per inciso, che la Francia non ha ritenuto di utilizzare la terminologia anglosassone "*trust*", ma ha preferito utilizzare l'espressione francese "*fiducie*",

⁴⁸ A. Neri, *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*, in *Trusts*, 2007, p. 569.

⁴⁹ D. Pappadà, *L'emulazione del trust in Francia*, in *comparazioneDirittocivile.com*, pp. 2 ss.

⁵⁰ V. art. 2011 *code civil*.

mostrando una certa deferenza per il diritto romano piuttosto che per il sistema di *common law*.

Nella iniziale previsione legislativa, il contratto fiduciario aveva un ambito di applicazione piuttosto limitato poiché costituenti potevano essere soltanto le società mentre fiduciari potevano essere solo gli istituti di credito e d'investimento e le imprese di assicurazione. Tali previsioni rendevano la fiducia un'operazione con caratteri essenzialmente finanziari e commerciali, riservata a soggetti professionali, perché destinata alle imprese e consentita, dal lato del fiduciario, solo a enti soggetti a controlli⁵¹.

A seguito di una modifica legislativa del 2008⁵², vi è stata un'apertura alle persone fisiche, nel senso che anche queste possono trasferire beni a titolo di fiducia e anche gli avvocati possono essere fiduciari, soggetti in quanto tali ad una serie di obblighi assai stringenti (di riservatezza, di indipendenza, assicurativi, ecc.).

Quanto alle funzioni, con un successivo intervento legislativo del 2009, si è previsto che la fiducia - fermo il divieto di istituire una mera *fiducie-libéralité*⁵³ - possa avere, oltre che una funzione di gestione, anche funzione di garanzia. Si è quindi ammesso che, in virtù di un contratto di *fiducie*, la proprietà di un bene possa essere ceduta a garanzia di un credito, dello stesso fiduciario o di un terzo⁵⁴.

Nonostante tali aperture, ad oggi comunque non pare che la *fiducie* francese possa considerarsi uno strumento realmente competitivo con istituti come il *trust*, per il persistere di cospicue limitazioni, come, ad esempio, quelle relative alla fiducia con finalità liberali e alla fiducia istituita in via testamentaria, non consentite.

⁵¹ C. A. Maroz, *Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della fiducia*, n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, Studio 1-2008-A, in Studi del Consiglio Nazionale del Notariato.

⁵² Legge 4 agosto 2008 n. 776.

⁵³ V. art. 2013 *code civil*.

⁵⁴ D. Pappadà, *L'emulazione del trust in Francia*, cit., pp. 2 ss., ove si legge che «in caso di *fiducie gestion*, la ricchezza rimane al costituente; se si tratta di *fiducie-sûreté* il beneficiario si giova del credito ma non della proprietà fiduciaria che non aggiunge ricchezza. Sulla scorta di questi assunti, si spiegano anche due disposizioni che derivano dalla natura stessa della *fiducie*: gli artt. 2025 e 2024 *code civil* secondo cui, rispettivamente, il patrimonio fiduciario è “*gage*” dei soli creditori della *fiducie* e l'apertura di una procedura concorsuale contro il fiduciario non ha effetto sul patrimonio fiduciario».

CAPITOLO II

IL NEGOZIO FIDUCIARIO: INQUADRAMENTO, CAUSA E FORMA

2.1. Il negozio fiduciario classico

La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sul fenomeno fiduciario, tentando di individuarne le caratteristiche e la complessa natura giuridica.

Secondo la definizione tradizionale, il negozio fiduciario – fondato sul modello della “fiducia romanistica” di cui si è detto nel Capitolo I – è un’operazione negoziale in cui un soggetto (fiduciante) trasferisce un bene ad un altro soggetto (fiduciario), con il vincolo che il fiduciario ne faccia un uso determinato e ritrasferisca il bene al fiduciante o a un terzo da lui designato⁵⁵.

Nella sua struttura classica, il negozio fiduciario consiste dunque in un contratto traslativo tra fiduciante e fiduciario al quale si accompagna un patto o vincolo (il *pactum fiduciae*) puramente interno e non opponibile ai terzi, da cui discendono obblighi a carico del fiduciario.

Elemento essenziale e imprescindibile del negozio fiduciario classico è, secondo tale prospettiva, il *pactum fiduciae*, cioè la separata pattuizione tra fiduciante e fiduciario, contemporanea alla stipulazione del contratto traslativo, con cui si limitano fra le parti gli effetti del primo contratto. È con tale accordo, infatti, che le parti stabiliscono che l’attribuzione della titolarità del diritto al fiduciario è solo temporanea e funzionale al raggiungimento di determinati scopi ed è con lo stesso accordo che si determina la creazione di obblighi giuridici in capo al fiduciario, in particolare l’obbligo di ritrasferire il bene al fiduciante.

Le caratteristiche di questa configurazione sarebbero essenzialmente tre: l’eccedenza del mezzo rispetto al fine, la potestà di abuso del fiduciario e la segretezza del patto.

Come si è già anticipato, la dottrina ha affermato che nella fiducia si ha “un negozio forte per raggiungere uno scopo più debole” e ha parlato di “eccedenza” o “disomogeneità” del

⁵⁵In dottrina V. Roppo, *Diritto privato, Estratto*, cit., p. 269; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2011, p. 173; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 178. In giurisprudenza, fra le tante, Cass., sez. II, 27 agosto 2012 n. 14654.

mezzo rispetto allo scopo⁵⁶. Il negozio utilizzato raggiunge un risultato forte poiché il fiduciario acquista la piena proprietà e, per perseguire lo scopo fiduciario, deve essere integrato dal *pactum fiduciae*.

Da ciò discende il rischio di abuso da parte del fiduciario, il quale potrebbe fare del diritto trasmessogli un uso in contrasto con le finalità per cui quel diritto gli è stato attribuito (ad esempio, non ritrasferendo il bene al fiduciante o, peggio, alienandolo a terzi). Se il fiduciario non adempie a quanto stabilito con il patto, il fiduciante può agire soltanto in base all'art. 2932 c.c. per ottenere l'esecuzione coattiva dell'obbligo del fiduciario di ritrasferire il bene oppure – qualora il fiduciario abbia trasferito il bene a terzi o non sia comunque possibile esperire la suddetta esecuzione in forma specifica – con l'azione per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. (responsabilità contrattuale)⁵⁷.

Infine – e arriviamo qui alla caratteristica che più interessa ai nostri fini – il patto è destinato a rimanere interno tra le parti e non essere conosciuto dai terzi, poiché l'interesse del fiduciante è di non comparire. Perciò il *pactum fiduciae* è stato tradizionalmente concepito come segreto⁵⁸.

Come si è osservato in dottrina⁵⁹, la segretezza è stata necessaria in vari periodi storici, come in Italia al tempo delle leggi razziali: la segretezza allora era un mezzo per sottrarsi all'applicazione di leggi moralmente ritenute ingiuste, mentre oggi – come anche si vedrà nel seguito del presente lavoro – talvolta costituisce lo strumento per eludere un divieto di legge e quindi è connessa al perseguimento di finalità illecite.

Per il suo carattere “segreto” o “riservato”, il negozio fiduciario è stato spesso confuso con il negozio simulato.

La simulazione (disciplinata agli artt. 1414 e ss. c.c.) si ha quando le parti hanno interesse a creare l'apparenza di una situazione giuridica diversa da quella che è la situazione

⁵⁶ V. M. Trimarchi, *Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1978, p. 37; Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 59; R. Nitti, *Negozio fiduciario*, in *Nov. dig. it.*, 1965, p. 204.

⁵⁷ A. Torrente- P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, pp. 620-621; R. Nitti, *op.ult.cit.*, p. 204. In giurisprudenza v. Cass. 25 ottobre 2013 n. 24166, secondo cui l'eventuale inadempimento del fiduciario «è destinato a determinare i suoi effetti tra le parti, esponendo il fiduciario ad una azione di risarcimento danni da parte di quest'ultimo, senza alcuna ripercussione su eventuali diritti acquisiti da terzi sull'immobile e debitamente trascritti o iscritti».

⁵⁸ V.M. Trimarchi, *Negozio fiduciario*, cit., p. 50 indica la segretezza come una caratteristica normale del fenomeno fiduciario. Cfr. S. Romano, *Accordo fiduciario e sua rilevanza*, in *Scritti minori*, Milano, 1980, p. 1286.

⁵⁹ M.Lupoi, *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts*, 2010, p. 131.

reale, cioè a far figurare degli effetti contrattuali che in realtà non esistono⁶⁰. In essa può ravvisarsi, dunque, un contrasto tra una “dichiarazione esterna” operante verso i terzi e una “dichiarazione interna” (c.d. contro-dichiarazione) operante tra le parti in cui è contenuta la loro effettiva volontà.

La dottrina e la giurisprudenza individuano la distinzione tra negozio fiduciario e negozio simulato nel fatto che i relativi effetti siano o meno voluti dalle parti, affermando che il negozio simulato è fittizio e non trasferisce alcun diritto al simulato acquirente, mentre il negozio fiduciario è realmente voluto dalle parti e il fiduciario diviene proprietario del bene⁶¹.

La differenza tra le due figure giuridiche ha riflessi anche sui rimedi esperibili nell'uno e nell'altro caso: mentre il simulato alienante può esercitare un'azione di accertamento al fine di far dichiarare l'inefficacia del trasferimento simulato e quindi la sua posizione soggettiva di proprietario effettivo del bene, il fiduciante – come si è detto – può agire soltanto per l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. o con l'azione per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Di conseguenza, la posizione del fiduciante risulta più debole di quella del simulato alienante, poiché quest'ultimo, avvalendosi della contro-dichiarazione, può recuperare il bene in qualunque momento e nei confronti di chiunque.

La netta distinzione sul piano teorico tra negozio fiduciario e negozio simulato non esclude che la fiducia si accompagni alla simulazione. Infatti può accadere che le parti non qualifichino il trasferimento come fiduciario ma ricorrano allo schema della vendita senza pagamento del prezzo o della donazione senza spirito di liberalità: tali casi, venuti all'esame dei giudici, sono stati considerati (anziché negozi fiduciari) casi di simulazione assoluta⁶².

Una fattispecie problematica, anch'essa riconducibile al negozio fiduciario, è la vendita a scopo di garanzia, di cui si è parlato nel capitolo precedente.

⁶⁰ V. Roppo, *Diritto privato*, cit., p. 271; R. Nitti, *Negozio fiduciario*, cit., p. 206.

⁶¹ A. Torrente- P. Schelinger, *Manuale di diritto privato*, cit., pp.620-621; C.M. Bianca, *Diritto civile, il contratto*, Milano, 2000, p. 713. In giurisprudenza, fra le tante, Cass. 8 settembre 2015 n. 17785.

⁶² Cass. 30 giugno 2011 n. 14473 per un caso di vendita senza pagamento del prezzo, con patto segreto di ritrasferimento a richiesta del fiduciante; Cass. 28 marzo 2011 n. 7075 per un caso di donazione senza spirito di liberalità.

Qui basterà ricordare che la vendita in garanzia – nella sua configurazione classica – è una fattispecie guardata con sospetto, soprattutto alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale sul patto commissorio di cui all’art. 2744 c.c.⁶³.

2.2. La causa nel negozio fiduciario

La dottrina tradizionale si è a lunga soffermata sul problema della causa del negozio fiduciario.

Si tratta di una questione ancora oggi particolarmente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza⁶⁴, che in questa sede può essere solo brevemente evocata.

Secondo una prima teoria, la fiducia sarebbe soltanto un motivo, come tale ininfluenza sul negozio principale che manterrebbe la sua causa tipica⁶⁵.

In questa prospettiva, la dottrina più risalente⁶⁶ finiva per escludere la stessa configurabilità, nel nostro ordinamento, del negozio fiduciario, rilevando che la *causa fidei* non fosse normativamente prevista tra quelle idonee a determinare il passaggio del diritto di proprietà, con la conseguenza che, per perseguire finalità fiduciarie, le parti potevano soltanto utilizzare i negozi tipici adattandoli agli scopi fiduciarî.

La fiducia veniva così relegata nell’ambito dei motivi, irrilevanti fino a quando non incidono sulla validità del negozio a causa della loro illiceità⁶⁷.

Secondo un’altra teoria, maggioritaria⁶⁸ e sostenuta anche in giurisprudenza⁶⁹, il negozio fiduciario risulterebbe dal collegamento di due negozi: il negozio principale e il patto

⁶³ Si vedano le sentenze richiamate al paragrafo 1.2.

⁶⁴ Sul punto, si veda, del resto, quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali, sia pure in maniera incidentale, hanno affermato che: «La dottrina ha a lungo dibattuto alla ricerca di una sistemazione appagante del fenomeno fiduciario sotto il profilo del suo fondamento causale» e che: «Anche in giurisprudenza non mancano prese di posizione sulla natura giuridica del negozio fiduciario» (Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459).

⁶⁵ Tra i sostenitori di questa tesi, si ricordano F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 180 e S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p.201. In tal senso anche R. Nitti, *Negozio fiduciario*, in *Nov. dig. it.*, cit., p. 208.

⁶⁶ L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciarî*, Padova, 1933, pp. 121 ss.

⁶⁷ V. art. 1345 c.c. (Motivo illecito), il quale dispone: «Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe».

⁶⁸ La teoria è stata proposta da Ferrara ed è condivisa da larga parte della dottrina; cfr. F. Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 57.

⁶⁹ In giurisprudenza, fra le tante, Cass. 8 settembre 2015 n. 17785, Cass. 18 ottobre 1988 n. 5663 nonché Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, dove si afferma chiaramente che il negozio fiduciario di natura traslativa «si articola in due distinti ma collegati negozi, dei quali, il primo, avente carattere esterno, realmente voluto dalle parti ed efficace verso i terzi, l’altro, interno ed a contenuto obbligatorio, volto a modificare il risultato

fiduciario, il primo, esterno e con efficacia reale, volto a determinare il passaggio del diritto di proprietà al fiduciario; il secondo, interno e con efficacia obbligatoria, diretto invece a vincolare il fiduciario al rispetto delle modalità di utilizzo di quanto conferito.

Seguendo tale linea interpretativa, il negozio fiduciario configurerebbe una fattispecie “complessa”, costituita, appunto, da due negozi distinti ma tra loro collegati. In altre parole, ciascuno dei diversi negozi che compongono il negozio fiduciario avrebbe una propria ed autonoma causa, in quanto la finalità fiduciaria costituirebbe soltanto il risultato “indiretto” del collegamento negoziale tra gli stessi⁷⁰.

Secondo una terza teoria, proposta da Grasseti⁷¹ ma avversata inizialmente da molti autori, il negozio fiduciario sarebbe un unico negozio (atipico) caratterizzato da una propria causa: la *causa fiduciae*.

In tale prospettiva, il *pactum fiduciae* (cioè il negozio obbligatorio intercorso tra le parti) non è un semplice limite all’effetto traslativo, ma è a questo correlato ed è causa della stessa attribuzione patrimoniale, nel senso che il trasferimento al fiduciario è effettuato proprio allo scopo che il fiduciario assuma determinati obblighi⁷². Secondo tale opinione – che ricostruisce in modo unitario la causa del negozio fiduciario, quale unico negozio atipico – il negozio fiduciario deve ritenersi ammissibile tutte le volte in cui l’effetto obbligatorio (che coincide con la causa dell’attribuzione) sia ritenuto meritevole di tutela ai sensi dell’art. 1322 c.c.

Si tratta di una ricostruzione che ha trovato riscontro in alcune pronunce⁷³, ma che allo stato non sembra trovare molto seguito in dottrina e in giurisprudenza.

del negozio esterno, per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire al fiduciante o ad un terzo il bene o il diritto acquistato col negozio reale».

⁷⁰ Alcune sentenze, infatti, parlano di “negozio indiretto” con riguardo al negozio fiduciario: cfr. Cass. 17 settembre 2019 n. 23093; Cass. 9 maggio 2011 n. 10163; Cass. 2 aprile 2009 n. 8024.

⁷¹ C. Grasseti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 1, pp. 364 ss.

⁷² C. Grasseti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p.378, riconduce l’operazione ad un negozio atipico, consistente in un “dare per avere da riavere”. Si tratterebbe, in altre parole, di uno schema negoziale del tipo “*do ut facias*”, con la particolarità che l’oggetto dell’obbligo assunto dal fiduciario sarebbe un ulteriore “dare” essendo il fiduciario obbligato a ritrasferire il bene al fiduciante.

⁷³ Si veda in particolare Cass., 19 maggio 1960, n. 1261, secondo cui «il negozio fiduciario integra una fattispecie unitaria permeata dalla *causa fiduciae* che ne fa un negozio causale unico e inscindibile diretto verso un determinato scopo unitario: negozio unico di cui uno dei lati esplica i suoi effetti direttamente nei confronti dei terzi ed è costituito normalmente dall’acquisto da parte del fiduciario, l’altro è dato dall’accordo (*pactum fiduciae*) tra i due soggetti suddetti a che il fiduciario si impegni a usare il diritto acquisito esclusivamente per uno scopo predeterminato e tenuto di mira fra le parti, esercitandolo solo per

Le principali critiche mosse alla teoria di Grassetti si basano sul principio della tipicità dei diritti reali, poiché con l'accoglimento della *causa fiduciae* si avrebbe la creazione di un diritto reale atipico – ossia la proprietà fiduciaria come forma di proprietà temporanea, priva dei caratteri tipici della perpetuità e della facoltà di disposizione – con conseguente violazione del principio del numero chiuso dei diritti reali⁷⁴.

Un'altra obiezione che è stata mossa alla ricostruzione unitaria fa leva sul fatto che «la causa non può identificarsi in una generica e autonoma “causa fiduciaria”»⁷⁵: secondo parte della dottrina, infatti, tale formula sembrerebbe limitarsi soltanto a richiamare quelli che sono gli effetti del negozio fiduciario, senza però dire nulla in merito alla effettiva ragione giustificativa degli spostamenti patrimoniali.

In realtà, la tesi di Grassetti ha il pregio di aver dimostrato che le parti, sulla base del principio dell'autonomia privata previsto dall'art. 1322 c.c., possono porre in essere negozi diversi da quelli previsti dal legislatore e quindi possono, con un dato negozio, perseguire anche uno scopo atipico rispetto a quanto previsto dall'ordinamento. In particolare, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, le parti possono dar luogo anche a negozi atipici con efficacia reale, tra i quali rientrerebbe, appunto, il negozio fiduciario.

Conseguentemente si ritiene ammissibile un'attribuzione patrimoniale attuata attraverso un negozio fiduciario causale, caratterizzato da un'atipica – perché non espressamente prevista dalla legge – *causa fiduciae*.

In tal modo, valorizzando la libertà contrattuale e l'autonomia privata delle parti, la *causa fiduciae* deve ritenersi pienamente lecita, oltre che idonea al trasferimento: quest'ultimo,

il raggiungimento di quello scopo, esaurito e raggiunto il quale cessa la titolarità del fiduciario sul diritto acquisito». Più di recente, Cass. 15 maggio 2014 n. 10633 ha affermato che «qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria».

⁷⁴ Sul punto, S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile – Saggi*, 1951, pp. 270 ss.

⁷⁵ V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 683, secondo cui «il combinarsi di effetti reali e obbligatori, tipico del contratto fiduciario, di per sé non dà luogo causa di scambio, perché non c'è qui l'incrocio fra una prestazione e una corrispettiva controprestazione».

infatti, è stato effettuato proprio in virtù di una finalità fiduciaria, con la conseguenza che è proprio la fiducia a costituirne la causa⁷⁶.

La concezione unitaria, peraltro, potrebbe essere maggiormente apprezzata alla luce della teoria della “causa concreta”⁷⁷ del contratto, e quindi affermando che la causa (unitaria) del negozio fiduciario si identifichi con gli interessi concreti che di volta in volta l’operazione è diretta a realizzare.

Deve infatti sottolinearsi che, trattandosi di un negozio atipico, il negozio fiduciario incontra il limite della meritevolezza degli interessi previsto dall’art. 1322, comma 2, c.c., nel senso che deve essere diretto a «realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico».

2.3. Negozi fiduciari diversi dal negozio fiduciario classico

Dopo avere delineato le caratteristiche del negozio fiduciario nella sua struttura classica, appare interessante soffermarsi sulle varie manifestazioni del fenomeno fiduciario nella sua dimensione pratica.

Sotto questo profilo, è stato osservato che il negozio fiduciario classico – così come descritto in precedenza e caratterizzato da un duplice negozio (contratto con effetti traslativi e patto con effetti obbligatori) – in realtà non ha quasi riscontro nella vita giuridica⁷⁸: si è quindi parlato di “consunzione” del negozio fiduciario classico⁷⁹.

Nella realtà della vita giuridica, infatti, sono ben più numerose le fattispecie di negozi fiduciari in cui non vi è trasferimento di un bene da fiduciante a fiduciario e vi è un solo negozio; quindi, manca la struttura tipica del negozio fiduciario classico. In particolare, non si rinviene il negozio traslativo della proprietà di un bene dal fiduciante al fiduciario con effetto verso i terzi, accompagnato da un patto interno con effetti obbligatori fra le parti. Manca il *pactum fiduciae* inteso come negozio distinto volto a modificare gli effetti

⁷⁶ C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., pp. 364 ss.

⁷⁷ C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., pp. 452 ss.

⁷⁸ Il rilievo si deve a Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 50. L’autore, a seguito di un attento esame di oltre cento sentenze della Corte di Cassazione, ha riscontrato che solo in sei di esse è stata accertata l’esistenza di un negozio fiduciario classico.

⁷⁹ M.Lupoi, *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts*, 2010, p.128.

del negozio principale poiché esso è soltanto una delle pattuizioni dell'unico negozio intercorso fra le parti.

Si tratta di fattispecie eterogenee, di una casistica di negozi giuridici anche differenti tra loro, che però hanno in comune alcuni elementi essenziali che valgono a caratterizzarli come “fiduciari”⁸⁰.

Sono i casi, frequenti soprattutto in ambito familiare, in cui il fiduciario acquista un bene con denaro fornito dal fiduciante e con l'intesa di trasferirlo successivamente al fiduciante stesso o a un terzo da lui designato.

Ma si può avere anche il caso in cui il fiduciario acquista un bene con denaro proprio e si impegna a trasferirlo al fiduciante, temporaneamente privo della disponibilità finanziaria necessaria per acquistare il bene, quando sarà stata pagata la somma convenuta: in tal caso il negozio fiduciario assume una funzione di garanzia (poiché il fiduciario trattiene il bene acquistato fino a quando avrà ricevuto la somma) ma non è inquadrabile né nella fiducia *cum creditore* né nel patto commissorio (poiché il fiduciante non trasferisce nulla al fiduciario e non subisce alcuna diminuzione patrimoniale).

In giurisprudenza la sentenza fondamentale sull'inquadramento del fenomeno fiduciario è una pronuncia del 1960⁸¹ in cui si afferma per la prima volta che il negozio fiduciario classico è «un concetto del tutto ristretto» che non esaurisce ogni ipotesi di fiducia negoziale, dovendosi considerare negozio fiduciario anche «quella fattispecie complessa in virtù della quale Tizio (fiduciante) attribuisce a Caio (fiduciario) una somma di denaro affinché Caio con essa acquisti un determinato bene, lo acquisti in nome proprio, ne diventi titolare e di fronte al venditore Sempronio e di fronte ai terzi, ma sia obbligato a usarlo per il raggiungimento di un determinato fine, che rappresenta la ragione d'essere del negozio fiduciario e poi sia obbligato a trasferire lo stesso bene al fiduciante».

Questa linea giurisprudenziale è stata definitivamente esplicitata in una sentenza del 1978⁸², che – decidendo su una vicenda relativa all'acquisto di beni con denaro di un familiare – segna il definitivo superamento della teoria del negozio fiduciario classico,

⁸⁰ Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit, pp. 60-61, ha proposto di denominare questi negozi “contratti fiduciari” e li ha raggruppati in tre categorie: gestori, programmatici e di garanzia.

⁸¹ Cass. 19 maggio 1960 n. 1261.

⁸² Cass. 2 settembre 1978 n. 4017.

inteso come trasferimento di natura reale dal fiduciante al fiduciario con l'intesa dell'uso previsto e della successiva restituzione.

Le fattispecie diverse dal negozio fiduciario classico che stiamo esaminando presentano evidenti analogie con il mandato senza rappresentanza.

Il mandato, secondo la definizione datane dall'art.1703 c.c., è il contratto con il quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.

È un contratto fondato sull' *intuitus personae* e quindi sulla fiducia che una parte ha verso l'altra e ha una funzione gestoria (l'agire nell'interesse altrui).

Quando il negozio fiduciario si manifesta nell'acquisto di un bene compiuto dal fiduciario, sono molto evidenti i punti di contatto con il mandato senza rappresentanza ad acquistare: in entrambi i casi si ha infatti un'interposizione reale di persona, poiché sia il mandatario, sia il fiduciario acquistano il bene in nome proprio e sono obbligati a ritrasferirlo al mandante o al fiduciante.

Come si vedrà nel prosieguo, la vicinanza tra i due istituti ha portato la giurisprudenza ad applicare al negozio fiduciario, per analogia, le norme applicabili al mandato senza rappresentanza ad acquistare.

Tuttavia, qualche differenza tra i due istituti può cogliersi sotto due aspetti: la fiducia (intesa come fiducia che un soggetto nutre nella lealtà del comportamento dell'altro) e la durata.

Nel mandato, infatti, la fiducia viene assunta nel suo aspetto generico mentre nel negozio fiduciario è un elemento specifico e caratterizzante il negozio stesso⁸³. Inoltre, un mandato ad acquistare senza rappresentanza normalmente cessa subito dopo avvenuto l'acquisto, essendo obbligato il mandatario all'immediato ritrasferimento del bene al mandante, mentre il negozio fiduciario è normalmente destinato a durare nel tempo e spesso il ritrasferimento al fiduciante avviene a distanza di molto tempo⁸⁴.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti riconducono nell'ambito del negozio fiduciario le fattispecie, assai numerose nella pratica, di "intestazione di beni a nome altrui": si parla così di "intestazione fiduciaria" di immobili, di partecipazioni societarie, di conti correnti;

⁸³ In tal senso Cass. 24 dicembre 1994 n. 11158.

⁸⁴ Cfr. Cass. 19 maggio 1960 n. 1261.

l'intestatario è variamente qualificato come “prestanome”, “uomo di paglia”, “fiduciario” e via dicendo⁸⁵.

Sono i casi in cui una persona compare dinanzi al notaio per firmare l'atto di acquisto di un bene immobile, ma è una diversa persona che paga il prezzo e ha concordato con il venditore tutti i termini dell'affare; durante il periodo dell'intestazione, l'intestatario o non fa nulla (rimane “dormiente” perché a tutto provvede l'intestante) o compie atti di gestione ma sempre sotto le direttive dell'intestante.

In questi casi il rapporto fra fiduciante e fiduciario si riduce ad un mandato “scheletrico”, elementare, che si esaurisce nel prestare il proprio consenso dinanzi al notaio e nel ritrasferire il bene al mandante-fiduciante se e quando questi vorrà. Al momento dell'acquisto, il mandatario-fiduciario non ha alcun margine di discrezionalità perché l'atto che egli deve compiere è stato già convenuto in ogni aspetto dal mandante-fiduciante con il venditore. Nel corso del rapporto, è il mandante-fiduciante che provvede direttamente al pagamento delle spese di manutenzione, delle imposte e delle quote condominiali. Anche quando il mandatario-fiduciario debba compiere atti di gestione (ad esempio, esercitare i diritti sociali nel caso di intestazione di quote societarie), lo fa secondo le istruzioni che di volta in volta gli impartisce il mandante-fiduciante. Il prestanome, in altre parole, è un semplice esecutore della volontà del mandante⁸⁶.

Sebbene nelle controversie venute all'esame dei giudici si parli talvolta di intestazione “fittizia” o “fiduciaria” come termini equivalenti, deve osservarsi tuttavia che – almeno sul piano teorico – l'intestazione fiduciaria è diversa dall'intestazione simulata intesa come interposizione fittizia di persona (caso di simulazione relativa).

Invero, nel negozio fiduciario la volontà delle parti è che il fiduciario divenga effettivamente proprietario del bene, realizzandosi così una interposizione reale di persona. Anche l'accordo tra le parti è diverso: nel negozio simulato (interposizione fittizia di persona), l'accordo è “a tre”, cioè viene perfezionato congiuntamente tra le parti

⁸⁵ A. Torrente-P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit, pp. 618-619; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 988 collocano il negozio fiduciario entro la categoria della “intestazione di un bene a nome altrui”.

⁸⁶ I termini utilizzati nel testo “intestatario dormiente” e “mandato scheletrico” evocano le espressioni di Lupoi (*op. ult. cit.*, p. 121) così come è di Lupoi (*op.ult.cit.*, p. 146) l'altra espressione, assai efficace, di “intestazione abituale” per indicare i casi in cui una persona pone qualunque bene essa acquisti al nome del coniuge o del convivente.

e il terzo venditore, mentre nel negozio fiduciario (interposizione reale di persona) l'accordo rimane circoscritto a fiduciante e fiduciario.

Le ragioni pratiche che inducono le parti a ricorrere all'intestazione fiduciaria di beni sono le più svariate, per lo più ragioni fiscali (ad esempio, per non pagare maggiori imposte sull'acquisto quando non si abbiano i requisiti per le c.d. agevolazioni prima casa) o frode ai creditori (in particolare, per sottrarre un bene alla garanzia dei propri creditori)⁸⁷.

Qualche volta l'intestazione di beni a nome altrui ha finalità illecite, mirando all'elusione di norme imperative (come le norme in materia di edilizia economica e popolare)⁸⁸.

L'illiceità dell'intestazione fiduciaria, peraltro, può derivare non solo dalla violazione di una specifica norma imperativa ma anche dalla circostanza che l'operazione – sotto il profilo della “causa concreta” – mira a realizzare interessi non meritevoli di tutela, come nel caso dell'intestazione ad altri di un conto corrente per gestire somme provenienti da tangenti⁸⁹.

In conclusione, può affermarsi con la più autorevole dottrina e la più recente giurisprudenza, che non esiste il negozio fiduciario come categoria giuridica: «all'unicità

⁸⁷ Cass. 17 maggio 2022 n. 15844 ha affermato che «il contratto lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non è, di per sé, illecito». Secondo tale pronuncia, nell'ordinamento giuridico italiano non esiste alcuna norma che vieti, in linea generale, il contratto in frode ai terzi. Né del resto è vietato alle parti – nell'ambito della propria autonomia contrattuale – di concludere contratti che possano arrecare un pregiudizio, anche di natura patrimoniale a terzi. L'ordinamento si preoccupa però di tutelare i terzi danneggiati dall'altrui attività negoziale, prevedendo rimedi e strumenti specifici correlati alle diverse ipotesi di danno che possano in concreto derivare ad essi. Nell'ambito di tali rimedi, rientrano in particolare le azioni di diritto civile volte a far dichiarare l'inefficacia del negozio concluso in pregiudizio del terzo (cosiddetta azione revocatoria) e ad ottenere il risarcimento del danno subito. È peraltro da tenere in considerazione che, a seconda delle specifiche circostanze del caso di specie, il contratto in frode ai terzi potrebbe avere rilievo anche sotto il profilo penale o tributario.

⁸⁸ In materia di edilizia economica e popolare si segnalano due sentenze: Cass., 1 dicembre 1992, n. 12830 e Cass. 2 aprile 2009, n. 8024.

La prima riguarda il caso dell'assegnazione di un alloggio di cooperativa ad una persona diversa dall'effettivo acquirente con patto di ritrasferimento allo scopo di eludere il divieto di legge di partecipazione a più cooperative e ha ritenuto nullo il negozio perché viziato da “motivo illecito” comune a entrambe le parti, ai sensi dell'art.1345 c.c.

La seconda pronuncia riguarda l'intestazione di un alloggio dell'Istituto case popolari ad un soggetto (avente i requisiti di legge) con il patto di ritrasferimento dopo il decorso dei termini di legge al soggetto interessato (non avente i requisiti). Questa pronuncia, avendo ritenuto che «tale condotta non viola la normativa di settore che impedisce di rivendere l'alloggio nei dieci anni successivi all'acquisto dell'immobile dall'Istituto», in realtà desta qualche perplessità perché il patto fiduciario appare come un mezzo per eludere i requisiti per l'assegnazione dell'alloggio (in tal senso Lupoi, *op. ult. cit.*, p. 79).

⁸⁹ È il caso esaminato da Cass. 3 aprile 2009 n. 8127 in cui il genero chiese alla suocera di aprire un conto corrente che, come dopo si scoprì, veniva utilizzato dal genero e da sua moglie per depositare tangenti, con commento di M. Lupoi, *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts*, 2010, p. 130.

del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici intenti»⁹⁰.

Il contratto fiduciario, come sopra delineato, quindi, non corrisponde ad una singola fattispecie specificatamente determinata, ma più propriamente ad un *genus*, ad una casistica di negozi giuridici anche differenti tra loro, che però hanno in comune alcuni elementi essenziali che valgono a caratterizzarli come “fiduciari” e vanno dal negozio fiduciario classico ai negozi fiduciari con funzione di gestione o con funzione di garanzia fino ai rapporti di intestazione e di prestanome⁹¹.

2.4. La forma del *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare: Cass., sezioni unite, 6 marzo 2020, n. 6459

Nell’esaminare il fenomeno fiduciario nella sua dimensione pratica si è evidenziato che spesso gli accordi fiduciari intervengono tra soggetti legati da rapporti familiari (coniugi, conviventi, parenti) e riguardano l’intestazione di beni acquistati con denaro di uno solo di essi.

Tali accordi, per varie ragioni o per eccesso di riservatezza, non sempre vengono formalizzati per iscritto ma vengono conclusi verbalmente; quindi, manca un accordo sottoscritto da entrambe le parti: o non vi è alcun documento scritto o vi è soltanto una dichiarazione unilaterale (c.d. dichiarazione di fiducia) sottoscritta dal fiduciario, con cui questi riconosce il carattere fiduciario dell’intestazione e si impegna a ritrasferire il bene al fiduciante a sua richiesta.

Quando l’accordo fiduciario riguarda beni immobili, la mancanza di un documento scritto pone rilevanti problemi nei casi in cui il fiduciario poi si rifiuti di adempiere ai propri obblighi verso il fiduciante, poiché vengono in considerazione profili di validità del patto fiduciario intercorso fra le parti nonché questioni relative alla prova da fornire in giudizio a fondamento della pretesa del fiduciante ad ottenere la restituzione del bene⁹².

⁹⁰ In tal senso Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., pp. 139-141 e Cass. S.U. 6 marzo 2020, n. 6459.

⁹¹ Deve osservarsi in questa sede che Lupoi, per la sua concezione del rapporto fiduciario, basato sul concetto di affidamento e su un programma da realizzare, esclude che i rapporti di “intestazione” e di “prestanome” possano annoverarsi fra i contratti fiduciari.

⁹² A. Torroni, *La forma del pactum fiduciae in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola?*, in *Riv. not.*, fasc. 5, 2020, p. 949.

Infatti, per i contratti che hanno ad oggetto il trasferimento di beni immobili l'art. 1350 c.c. impone la forma scritta «sotto pena di nullità», mentre il successivo art. 1351 prevede che il contratto preliminare debba avere la stessa forma richiesta dalla legge per il contratto definitivo, dunque la forma scritta ove riguardi beni immobili.

Per gli altri beni, diversi dagli immobili, vale invece il principio generale della libertà di forma e non si pone il problema della validità dell'accordo fiduciario concluso verbalmente⁹³, ma eventualmente un problema di prova.

Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza fino a poco tempo fa, il patto fiduciario, per quanto attiene all'obbligo del fiduciario di ritrasferire il bene al fiduciante, sarebbe assimilabile al contratto preliminare, con la conseguente necessità di osservare la forma scritta prevista dall'art.1351 c.c.⁹⁴

In tale prospettiva, per la validità del patto fiduciario occorrerebbe necessariamente un accordo scritto, cioè un atto redatto per iscritto e sottoscritto da entrambe le parti (fiduciante e fiduciario). La dichiarazione unilaterale del fiduciario non sarebbe sufficiente allo scopo, poiché una ricognizione *ex post* di un atto solenne *ab origine* perfezionato informalmente non vale a supplire al difetto della forma richiesta dalla legge ai fini della validità dell'atto⁹⁵.

Secondo un altro orientamento, rimasto minoritario, invece l'accordo fiduciario non richiederebbe necessariamente la forma scritta ai fini della validità, essendo sufficiente allo scopo la c.d. dichiarazione di fiducia, cioè la dichiarazione unilaterale sottoscritta dal fiduciario con cui questi si impegna a trasferire i beni al fiduciante, «in attuazione esplicita (ossia con *expressio causae*) del medesimo *pactum fiduciae*»⁹⁶.

Secondo tale orientamento, a monte della dichiarazione unilaterale con cui il soggetto, riconoscendo il carattere fiduciario dell'intestazione, si impegna a trasferire il bene al fiduciante, potrebbe stare anche un accordo verbale delle parti, e la dichiarazione unilaterale ricognitiva dell'intesa fiduciaria avrebbe una propria «dignità», che la

⁹³ Cass., Sez. II, 27 agosto 2012, n. 14654, pronunciando in un caso riguardante l'intestazione fiduciaria di somme in un conto corrente, ha ritenuto applicabile il principio della libertà di forma.

⁹⁴ Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093; Cass, Sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., Sez. I, 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001; Cass., Sez. II, 19 luglio 2000, n. 9489 e altre più risalenti.

⁹⁵ Cass., Sez. I, 18 aprile 1994, n. 3706.

⁹⁶ Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633.

renderebbe idonea a costituire autonoma fonte dell'obbligazione del promittente, purché contenga la chiara enunciazione dell'accordo e del contenuto della prestazione.

Con la sentenza a sezioni unite del 6 marzo 2020 n. 6459, la Cassazione giunge ad una soluzione sostanzialmente innovativa, ritenendo che il patto fiduciario non vada ricondotto al contratto preliminare, bensì al mandato senza rappresentanza.

Nei casi, come quello esaminato dalla Corte, in cui il fiduciario acquista un bene da un terzo con denaro del fiduciante, obbligandosi a gestirlo secondo modalità predeterminate e a ritrasferirlo al fiduciante, secondo la Corte si è in presenza di un mandato senza rappresentanza e quindi di un'interposizione reale di persona.

Il mandato senza rappresentanza, infatti, afferma la Cassazione, è lo «strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui» e quindi è senz'altro la figura che meglio si adatta al negozio fiduciario.

Diventa così applicabile – in base a quest'orientamento – l'art. 1706, comma 2, c.c., secondo cui il mandatario senza rappresentanza è obbligato a ritrasferire al mandante i beni acquistati per suo conto; ove non adempia, il mandante può avvalersi del rimedio dell'esecuzione in forma specifica previsto dall'art. 2932 c.c. e quindi ottenere una sentenza traslativa in sostituzione del contratto non concluso.

Quanto alla forma, richiamando un precedente orientamento⁹⁷, la Suprema Corte ha statuito che, in ossequio al principio di libertà della forma, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta e che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al mandante l'immobile acquistato dal mandatario è esperibile anche quando il contratto di mandato senza rappresentanza sia privo di forma scritta.

L'art. 1351 c.c. dettato per il preliminare è – sempre secondo la pronuncia in esame – norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, sicché non può applicarsi ad istituti diversi come il mandato.

Analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza, dunque, anche per la validità del *pactum fiduciae* riguardante beni immobili non sarebbe richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

⁹⁷ Cass., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051; Cass., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21805.

Secondo tale opinione, l'accordo concluso verbalmente sarebbe fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante e sarebbe suscettibile di esecuzione in forma specifica, anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante abbia natura immobiliare.

Quanto alla natura della dichiarazione di fiducia, secondo la Corte, si tratterebbe di una dichiarazione rilevante ai fini della prova e non della validità del patto: in particolare, sarebbe un atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento o ricognizione di debito, ai sensi dell'art. 1988 c.c., la cui funzione è quella di dispensare «colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale»⁹⁸. Si avrebbe cioè un'inversione dell'onere della prova, e quindi il fiduciante sarebbe esonerato dall'onere di provare il patto fiduciario (il rapporto fondamentale), mentre spetterebbe al fiduciario dare l'eventuale prova contraria.

A conclusione di questo rapido *excursus* sulla giurisprudenza in tema di forma del *pactum fiduciae*, deve osservarsi che l'orientamento espresso dalle sezioni unite non può dirsi pienamente consolidato se una pronuncia immediatamente successiva⁹⁹ ha equiparato nuovamente il patto fiduciario al contratto preliminare, richiedendo la forma scritta.

In considerazione delle incertezze giurisprudenziali e della importanza pratica del fenomeno, una parte della dottrina è tornata a parlare dell'opportunità di una disciplina legislativa del negozio fiduciario¹⁰⁰.

⁹⁸ L'art 1988 c.c. dispone: «La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria».

⁹⁹ Cass., sez. I, 19 maggio 2020, n. 9139.

¹⁰⁰ A. Torroni, op.cit., p. 972. Sull'argomento si veda G. Iaccarino, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014, 1, pp. 35 ss.

CAPITOLO III

LA FIDUCIA IN ITALIA OGGI: DAL *PACTUM FIDUCIAE* AL CONTRATTO DI AFFIDAMENTO

3.1. L'evoluzione della fiducia in Italia: dalla fiducia segreta all'affidamento fiduciario espresso e palese

Dopo aver ricostruito la struttura e gli elementi essenziali del negozio fiduciario, occorre adesso soffermarsi sull'evoluzione e sulle molteplici trasformazioni che hanno caratterizzato il fenomeno fiduciario in Italia.

Nelle pagine precedenti si è visto, infatti, come, nell'ordinamento giuridico italiano, il concetto di fiducia sia stato tradizionalmente legato al negozio fiduciario che, quantomeno nella concezione classica, si caratterizza per una naturale segretezza dell'incarico fiduciario¹⁰¹.

I recenti interventi normativi – dando seguito anche alle acute sollecitazioni della dottrina¹⁰² – sembrano invece aver determinato il tendenziale passaggio da un modello della fiducia “segreto” ed “occulto” (come quello proprio del negozio fiduciario) ad un modello “palese” ed “espresso” (come quello posto alla base del nuovo contratto di affidamento fiduciario).

La caratteristica riservatezza del patto di fiducia, del resto, ha rappresentato un grande ostacolo alla stessa diffusione di tale strumento e oggi si pone decisamente in contrasto con la normativa più recente, diretta – per finalità di trasparenza – a reprimere tutto ciò che ha funzione di “schermo”¹⁰³.

D'altra parte, nella percezione sociale il negozio fiduciario è stato spesso accostato in accezione negativa al concetto di “fittizietà” o “simulazione”, nonostante la dottrina e la giurisprudenza abbiano già da tempo evidenziato le notevoli differenze esistenti tra negozio fiduciario e negozio simulato¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. Paragrafo 2.1.

¹⁰² Si fa riferimento, in particolare, a M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

¹⁰³ Si pensi alla normativa antiriciclaggio e, in particolare, agli obblighi di indicazione del titolare effettivo previsti dall'art. 22 d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

¹⁰⁴ Cfr. Paragrafi 2.1. e 2.3.

La segretezza del patto fiduciario classico, inoltre, pone gravi problemi in ordine alle forme di tutela del fiduciante in caso di inadempimento del fiduciario, soprattutto in caso di alienazione del bene affidato: trattandosi di un patto “riservato”, infatti, esso non è opponibile né ai terzi né ai creditori del fiduciario¹⁰⁵.

Tali considerazioni hanno portato ad una progressiva «consunzione del negozio fiduciario»¹⁰⁶ e, più in generale, ad un nuovo approccio rispetto al fenomeno fiduciario nell’ordinamento italiano, finalizzato a valorizzare la fiducia “palese” o “verbalizzata”, fondata su un incarico fiduciario formalizzato, quindi manifestato all’esterno e reso opponibile ai terzi, con precisi obblighi di comportamento imposti al fiduciario¹⁰⁷.

Questo rinnovato interesse per la fiducia “palese” sta alla base, in particolare, della nuova figura del contratto di affidamento fiduciario, che – come si vedrà meglio nel paragrafo successivo – ha rappresentato l’esito finale della lunga «ricerca storico-comparativa nel dominio delle situazioni affidanti» di Maurizio Lupoi¹⁰⁸, per ricevere un primo riconoscimento legislativo nella Repubblica di San Marino e, poi, un seppur debole riconoscimento dal legislatore italiano.

3.2. Il contratto di affidamento fiduciario: la proposta dottrinale

Il contratto di affidamento fiduciario – si diceva – è frutto di elaborazione dottrinale, essendo una figura contrattuale concepita dal Prof. Maurizio Lupoi¹⁰⁹.

Secondo la definizione datane dallo stesso Autore, si tratta di un «contratto per mezzo del quale un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l’individuazione di taluni

¹⁰⁵ Sul punto, G. Petrelli, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 4, Milano, 2021, pp. 1073 ss., il quale rileva che «la fiducia “segreta” e non verbalizzata risulta priva degli indici formali esterni, indispensabili per poter opporre ai terzi, e in particolare ai creditori del fiduciario, la destinazione a beneficio del fiduciante o di altri beneficiari».

¹⁰⁶ M. Lupoi, *La consunzione del negozio fiduciario*, cit., p. 128.

¹⁰⁷ G. Petrelli, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, cit., p.1079, definisce la “fiducia verbalizzata” come «l'affidamento fiduciario espresso e palese, accompagnato dalla previsione di obblighi gestionali anche dinamici in capo all'affidatario, con adeguata formalizzazione e correlata opponibilità ai terzi e ai creditori».

¹⁰⁸ M. Lupoi, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Fondazione Nazionale del Notariato, pp.128 ss.

¹⁰⁹ La proposta si trova compiutamente illustrata in M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, più volte citato.

beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all'affidatario»¹¹⁰.

Elemento centrale, dunque, è il “programma”: un programma meritevole, perché deve essere diretto a soddisfare interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico ai sensi dell’art. 1322, comma 2, c.c., e – inoltre – un programma opponibile ai terzi, poiché la sua attuazione non può essere pregiudicata da aggressioni dei creditori del fiduciario.¹¹¹

Il programma comporta delle attività da compiere sui beni, quindi un compito attivo e dinamico che consente all'affidatario di sostituire i beni ricevuti con altri, con la conseguenza che i beneficiari potranno ricevere beni diversi da quelli trasferiti all'affidatario.

Anche l'affidatario può mutare, potendo essere sostituito con altro affidatario, ma il contratto e il programma rimangono immutati.

Altra caratteristica della figura in esame è l'indipendenza dell'affidatario: egli è un “fiduciario” vero e proprio, quindi, agisce secondo buona fede e correttezza e con una certa discrezionalità, cercando di contemperare i vari interessi in gioco. Diversamente, sarebbe un mero soggetto interposto.

Quanto al diritto dell'affidatario sui beni affidati, si tratta di un diritto di proprietà temporaneo e nell'interesse altrui, poiché i beni non possono essere distolti dalla loro destinazione e alla fine dovranno essere devoluti secondo quanto indicato nel programma¹¹².

Ciò comporta, come effetto inevitabile, la segregazione del patrimonio affidato, poiché i beni, non potendo essere distolti dalla finalità cui l'attività è preordinata (cioè dall'attuazione del programma), non possono essere aggrediti dai creditori personali

¹¹⁰ M.Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2012, pp. 513 ss.

¹¹¹ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., 2014, p. 161. L'autore precisa che si tratta di «un programma di attività a vantaggio proprio o di terzi, 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 trovi in stato di preminenza rispetto agli altri interessati» (op.ult.cit., p. 311).

¹¹² M.Tonellato, *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice Tutelare di Genova*, in *Trusts*, 2014, p. 34, secondo cui «Il patrimonio dell'affidatario non subisce, quindi, alcun incremento. Dei beni affidati egli ne diviene meramente “custode”».

dell'affidatario, né cadono nella sua successione, mentre dei debiti contratti dall'affidatario risponde solo il patrimonio affidato¹¹³.

Volendo esaminare nel dettaglio la proposta dottrinale ora illustrata, possono farsi le seguenti osservazioni.

L'obiettivo di tale proposta dottrinale era quello di costruire, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, uno strumento alternativo ed effettivamente competitivo rispetto al *trust*, utilizzando le norme già esistenti nel nostro stesso ordinamento: «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 potenziali del nostro diritto»¹¹⁴.

In effetti, si tratta di un negozio giuridico nuovo per il nostro ordinamento e completamente diverso sia dal negozio fiduciario – esaminato nel capitolo precedente – sia dal contratto di mandato.

In particolare, rispetto a quanto avviene nel negozio fiduciario classico, nella nuova figura contrattuale l'intento fiduciario risulta non solo palese ed espresso, ma anche rilevante e opponibile all'esterno. Completamente diversi sono, quindi, i compiti del fiduciario/affidatario e il regime di responsabilità dei beni affidati.

Con riguardo al contratto di mandato, possiamo dire che si tratta – come questo – di un contratto di natura gestoria, ma – rispetto al mandato – ha molto di più, perché prevede un programma di attività e figure con ruoli diversi: come sostenuto in dottrina, potrebbe definirsi un contratto di natura “gestoria-organizzativa”¹¹⁵.

Essendo legato all'attuazione di un programma destinato a durare nel tempo, il contratto di affidamento fiduciario si differenzia, poi, notevolmente sia dal mandato che dal

¹¹³ Lupoi, in *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, cit., p. 518, afferma: «Senza la segregazione il *trust* e il contratto di affidamento fiduciario sarebbero inefficienti: essa è uno strumento di azione, non un mero scudo».

¹¹⁴ Così M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 311.

¹¹⁵ G. Baralis, *Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, in Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, pp. 145 ss., ove si legge che «Nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario questo concetto di organizzazione è fondamentale e peculiare perché è la “ragione” - anche sotto l'aspetto anche causale - del contratto di affidamento fiduciario ed è la base della sua stabilità; una organizzazione, quindi, che esprime la sua forza nell'individuare in sé stessa i mezzi per la sua continuità e la sua «conservazione a oltranza».

negozio fiduciario, poiché rimane insensibile rispetto alle vicende personali dell'affidante e dell'affidatario e, quindi, non si estingue per la morte o la sopravvenuta incapacità dei soggetti¹¹⁶.

La struttura del negozio è sempre contrattuale, perché richiede un accordo tra affidante e affidatario, quanto meno per la definizione del programma. Il trasferimento, invece, può mancare, poiché i beni destinati all'attuazione del programma possono essere anche beni dello stesso affidatario (ad esempio, beni acquistati dall'affidatario direttamente da un terzo con denaro fornito dall'affidante).

Elemento qualificante della figura giuridica in esame è indubbiamente la stabilità del programma destinatorio¹¹⁷: esso, infatti, rappresenta l'unica componente che resta immutata e invariata, dovendo essere eseguito fino al termine finale prestabilito, anche a fronte di un mutamento dei soggetti e dell'oggetto del contratto.

Tale programma può essere a favore di soggetti determinati o determinabili. I beneficiari, inoltre, possono essere sia persone fisiche che persone giuridiche; possono essere terzi o addirittura parti dello stesso contratto.

Può essere prevista la figura di un garante, con funzioni di vigilanza sull'attuazione del programma, al quale può essere affidato il compito di rilasciare pareri o consensi.

Per garantire questa tendenziale stabilità del programma destinatorio, nella prospettiva di Lupoi, lo strumento privilegiato è rappresentato dalla cessione del contratto, che deve essere previamente autorizzata dalle parti e che consente di mantenere una certa continuità anche in caso di morte, dimissioni o revoca dell'affidatario.

Nella costruzione dogmatica originaria, peraltro, un ruolo particolarmente significativo viene riconosciuto ai meccanismi di autotutela, che assicurano l'attuazione del programma a fronte di imprevisti e, nel caso di inadempimento dell'affidatario, consentono la sua sostituzione con altra persona senza far cadere il contratto e senza dover

¹¹⁶ A. Vicari, *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *I Contratti*, n. 3, 2018, pp. 357 ss., il quale specifica che l'affidante e l'affidatario «sono figure fungibili, mentre invece non lo sono mandante e mandatario, fiduciante e fiduciario, in contratti quali mandato e negozio fiduciario le cui vicende sono invece strettamente legate alla persona dei contraenti».

¹¹⁷ G. Petrelli, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, cit., pp. 1081 ss., ove si legge che «il programma, e con esso la necessità della sua attuazione, permane nel tempo nonostante il possibile mutamento della persona dell'affidatario, la cui titolarità dei beni affidati è ontologicamente temporanea e risolubile».

ricorrere all'autorità giudiziaria. Possono essere previsti strumenti, come pareri o consensi per il compimento di determinati atti, che restano tutti rimessi all'autonomia negoziale delle parti¹¹⁸.

Nell'ambito di tale istituto, la posizione contrattuale dell'affidatario è strumentale e temporanea, essendo finalizzata soltanto all'esecuzione del programma destinatorio nell'interesse altrui; da qui, l'esigenza di operare una separazione dei beni affidati rispetto al patrimonio personale del fiduciario.

In altre parole, l'effetto segregativo sarebbe una necessaria conseguenza della configurazione dell'istituto, che lo renderebbe assimilabile al *trust*¹¹⁹.

3.2.1. *Segue: l'intervento del legislatore*

Come si è anticipato, il contratto di affidamento fiduciario è divenuto contratto tipico nella Repubblica di San Marino, ove il legislatore sembrerebbe aver recepito gran parte della ricostruzione dottrinale proposta da Lupoi¹²⁰.

In Italia, invece, continua a rimanere un contratto atipico, cioè non espressamente disciplinato, sebbene tale *nomen iuris* sia stato impiegato dal legislatore nella legge 22 giugno 2016, n. 112 (legge sul c.d. "Dopo di Noi").

Sul punto, devono ricordarsi i vari tentativi di riforma, di cui si è parlato nel Capitolo I, volti ad introdurre nel codice civile una disciplina specifica del contratto fiduciario. In particolare, deve evidenziarsi che il Disegno di legge del 2010 prevedeva l'inserimento del "contratto di fiducia" nel Titolo III del libro IV del Codice civile (all'interno della disciplina sul mandato), definendo la nuova figura contrattuale come quel «contratto con il quale il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati

¹¹⁸ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., pp. 320 ss.

¹¹⁹ Sul punto, E. Corallo, *Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile*, in *Trusts*, 2013, pp. 501 ss., secondo cui «il parallelismo con il trust è evidente: il *settlor* corrisponde all'affidante, i beni/diritti affidati corrispondono ai *trust assets*, il *trustee* corrisponde all'affidatario, il *trust fund* corrisponde alla posizione contrattuale dell'affidatario, ossia al fondo affidato».

¹²⁰ Si veda in particolare la legge 1 marzo 2010, n. 43, in cui si afferma che «l'affidamento fiduciario è il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni». La stessa legge, inoltre, consente l'affidamento fiduciario disposto per testamento.

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».

Ancora, il termine “affidamento fiduciario” è comparso già nella legge n. 3 del 2012, nell'ambito della disciplina delle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali.

Gli articoli 6 e 7 della suddetta legge, infatti, consentono che il debitore raggiunga con i propri creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che assicuri il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo, precisando che «il piano può anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori».

La dottrina ha individuato in tale legge un espresso richiamo al contratto di affidamento fiduciario imperniato, secondo la proposta di Lupoi, su un “programma” (liquidazione, custodia e distribuzione del ricavato ai creditori)¹²¹.

Con la legge 22 giugno 2016, n. 112, invece, il legislatore nazionale ha esteso ai contratti di affidamento fiduciario un regime impositivo di favore previsto per tutta una serie di negozi che abbiano la funzione di trasferire o gestire un patrimonio in favore di soggetti deboli, assimilando – almeno sotto il profilo fiscale – il contratto di affidamento fiduciario al *trust* e agli atti di destinazione previsti dall'art.2645-*ter* c.c.

In particolare, la finalità della legge è quella di «favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità»¹²²; in funzione di ciò, essa «disciplina misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante la vita dei genitori»¹²³.

In tale ottica, la legge si propone di agevolare «la costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione di cui all'art.2645-*ter* del codice civile e di fondi speciali, composti di beni

¹²¹ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, cit., pp. 513 ss.

¹²² Art. 1, comma 1, legge 22 giugno 2016, n. 112.

¹²³ Art. 1, comma 2, legge 22 giugno 2016, n. 112.

sottoposti a vincoli di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario»¹²⁴, prevedendo una serie di agevolazioni fiscali per tutti e tre gli strumenti¹²⁵.

Si tratta, pertanto, di una legge di *welfare* che delinea un modello di integrazione tra pubblico e privato, in quanto prevede interventi pubblici di assistenza e agevolazioni fiscali per gli atti privati finalizzati a tutelare soggetti disabili¹²⁶.

Diversamente da quanto accaduto nella Repubblica di San Marino, tuttavia, la legge sul “Dopo di Noi” non ha introdotto una disciplina sostanziale del contratto in esame, essendosi limitata a regolare profili fiscali e tributari per tale categoria, senza precisarne i tratti distintivi¹²⁷.

Per tali ragioni, il contratto di affidamento fiduciario, pur avendo una sua “tipizzazione sociale”, perché ampiamente utilizzato nella prassi e riconosciuto anche dalla giurisprudenza, deve essere considerato – almeno allo stato attuale – un contratto privo di “tipizzazione giuridica”, perché privo di disciplina legislativa.

Nondimeno, occorre prendere atto del fatto che la Legge sul “Dopo di Noi” ha comunque impiegato, per la prima volta in Italia, il *nomen* di “contratto di affidamento fiduciario”, rendendolo, di conseguenza, un contratto nominato, ancorché atipico¹²⁸.

In sostanza, la Legge sul “Dopo di noi” non ha introdotto un nuovo (e determinato) tipo contrattuale, ma ha riconosciuto come meritevole uno schema contrattuale diffuso nella prassi, dandolo per acquisito¹²⁹.

¹²⁴ Art. 1, comma 3, legge 22 giugno 2016, n. 112.

¹²⁵ Si è rilevato in dottrina che la terminologia “fondi speciali” usata dal legislatore non trova riscontro nella prassi, che parla piuttosto di “fondo affidato”. Cfr. N. Rotondano, *L'affidamento fiduciario nel sistema di sostegno e tutela delle fragilità sociali*, in Biblioteca on Line della *Fondazione Italiana del Notariato*, 2017.

¹²⁶ G. Giusti, *Il regime fiscale del contratto di affidamento fiduciario: riflessi impositivi di un nuovo modello negoziale*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, vol. 26, n. 3, I, pp. 371 ss.

¹²⁷ M. Lupoi, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, pp. 128 ss., osserva giustamente che il legislatore della legge n. 112 sul “dopo di noi” «affiancando in tale legge il contratto di affidamento fiduciario ai *trust* e ai vincoli di destinazione, ha trascurato il non trascurabile particolare che mentre gli altri due istituti disponevano di fonti legislative, il contratto di affidamento fiduciario disponeva della sola base dottrinale».

¹²⁸ Secondo G. Petrelli, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, cit., pp. 1084 ss., addirittura, quello in esame non sarebbe neanche un contratto nominato: «i connotati di struttura e di funzione previsti nella richiamata legge, sono infatti strumentali all'ottenimento dei benefici da essa disposti, e non sono perciò sufficienti né ad identificarne la disciplina, né a delineare i confini del “tipo”».

¹²⁹ Osserva N. Lipari, *Introduzione*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, cit., pp. 124 ss., che «nella realtà del postmoderno (in maniera

Il contratto in esame si può quindi considerare uno schema negoziale, i cui tratti distintivi sono l'affidamento di beni ad altri e la fiducia, per il raggiungimento di una "finalità sociale" (la tutela dei soggetti fragili): spetterà all'autonomia privata delinearne il contenuto e dettarne la disciplina.

3.3. Le possibili applicazioni del contratto di affidamento fiduciario

La figura del contratto di affidamento fiduciario – avendo trovato un riconoscimento nella Legge sul "Dopo di noi" – involge il tema del sostegno e della tutela delle fragilità sociali. In questa prospettiva, tale contratto assolve anzitutto ad una funzione assistenziale nei confronti dei soggetti deboli, che il legislatore ha senz'altro ritenuto meritevole di tutela. Ad avviso del suo teorizzatore e di una parte della dottrina, peraltro, la figura contrattuale in esame avrebbe il pregio di poter soddisfare molteplici interessi e di essere utilizzabile in molteplici ipotesi¹³⁰, anche diverse da quelle prese in considerazione dal legislatore del "dopo di noi".

Innanzitutto – seguendo questa opinione – l'istituto potrebbe essere utilizzato come strumento di protezione del patrimonio familiare: si pensi, ad esempio, al caso dei genitori che, in considerazione della vita dissoluta del figlio, affidino alcuni beni ad un soggetto perché questi li amministri per le esigenze del figlio e della sua famiglia, mettendo così i beni al riparo da atti sconsiderati che il figlio stesso potrebbe compiere e da rischi di aggressione da parte dei creditori.

più vistosa di quanto già non accadesse in passato), il legislatore è destinato inesorabilmente ad arrivare per ultimo con la funzione di registrare (spesso, come nel caso, in termini addirittura impliciti) ciò che è già inesorabilmente avvenuto».

¹³⁰ Lupoi, op.ult.cit., p. 317; M.Tonellato, *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice Tutelare di Genova*, in *Trusts*, 2014, pp. 32 ss.

Il contratto potrebbe essere utilizzato anche per tutelare interessi familiari all'interno delle coppie di fatto, dove non si può fare ricorso all'istituto del fondo patrimoniale¹³¹, oppure al fine di perseguire le medesime finalità del patto di famiglia¹³².

Tale contratto, infatti, potrebbe gestire anche il caso – non rientrante nella normativa in materia di patto di famiglia – in cui il capofamiglia trasferisca la partecipazione di controllo in una società (anziché al figlio) ad un affidatario, che la amministra per poi trasferirla al figlio che dovrà subentrare nella direzione dell'attività di impresa. In tale fattispecie, il contratto potrebbe, con opportune clausole, regolare situazioni che potrebbero sopravvenire, come la morte del figlio cui l'azienda è destinata, la mancanza di suoi discendenti o semplicemente il sopraggiunto disinteresse del figlio per l'azienda; il tutto finalizzato a soddisfare l'esigenza primaria del capofamiglia (il quale potrebbe assumere il ruolo di garante del contratto): quella di assicurare la continuità dell'azienda alla quale la partecipazione si riferisce¹³³.

Volendo richiamare altre delle molteplici ipotesi applicative suggerite dalla dottrina, si può ricordare il caso in cui il contratto di affidamento fiduciario configuri una cessione di beni ai creditori¹³⁴.

In tale ipotesi, il trasferimento dei beni avviene a favore dell'affidatario, che li gestisce allo scopo di preservare il valore economico e l'integrità del patrimonio stesso, per poi attribuire i beni, o distribuirne il ricavato, ai creditori (beneficiari), in soddisfacimento dei loro crediti. Tutto ciò – a differenza del mandato – in una visione dinamica e senza che abbiano alcun rilievo le vicende relative all'affidante o all'affidatario (ad esempio, la

¹³¹ Il fondo patrimoniale è costituito da beni determinati, immobili o mobili registrati, destinati «a far fronte ai bisogni della famiglia» (art. 167 c.c.). Esso può essere costituito solo nell'ambito del matrimonio e cessa al cessare di questo, salvo che vi siano figli minori (art. 171 c.c.). Effetto tipico è la separazione patrimoniale, poiché, ai sensi dell'art.170 c.c., «L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia».

¹³² L'art. 768-bis c.c. prevede che: «È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti».

¹³³ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., pp. 473 ss., secondo cui «la differenza fra il patto di famiglia ordinario e il contratto di affidamento fiduciario che ne assuma le funzioni sta nella gestione degli avvenimenti successivi all'accordo».

¹³⁴ L'art.1977 c.c. prevede che: «La cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne fra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti».

morte)¹³⁵. Si tratta, in sostanza, di un'operazione analoga a quella prevista dalla legge n. 3 del 2012 sul sovraindebitamento, di cui si è detto.

Il contratto potrebbe svolgere, in tal modo, un ruolo efficace nel settore della gestione della crisi d'impresa, o anche soltanto dell'insolvenza dei privati (come nella legge n. 3 del 2012). Infatti, potrebbe avere finalità liquidatorie delle attività dell'impresa in crisi, finalità protettive degli interessi dei creditori in attesa dell'attivazione di una procedura concorsuale, finalità di garanzia di un accordo di ristrutturazione dei debiti: insomma, le stesse finalità per cui il *trust* è stato utilizzato anche in Italia¹³⁶.

Da ultimo, vi sarebbe la possibilità di utilizzazione del contratto in esame come strumento di garanzia dell'adempimento di obbligazioni, a partire dalle obbligazioni nell'ambito familiare (ad esempio, per garantire l'adempimento di obblighi di mantenimento in sede di separazione o divorzio dei coniugi) per finire alle obbligazioni nel settore finanziario, in particolare nel settore del *project financing* (ad esempio, per garantire i debiti contratti dalla società di progetto con i finanziatori).

Insomma – secondo tale prospettiva – il contratto di affidamento fiduciario offrirebbe un ampio ventaglio di possibilità applicative, analogo a quello offerto dal *trust*, con l'ulteriore vantaggio di essere un istituto regolato dalla legge italiana (anziché da una legge straniera): sarebbe un «nuovo strumento di gestione, amministrazione e protezione dei patrimoni»¹³⁷ o - come anche si è detto - un “*trust* di diritto interno” in contrapposizione al “*trust* interno”¹³⁸.

3.4. Problematiche e prospettive future in tema di affidamento fiduciario

Si è visto nelle pagine precedenti come la nuova figura del contratto di affidamento fiduciario dia ampio spazio all'autonomia contrattuale, consentendo alle parti di adeguare

¹³⁵ F. Alcaro, *Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, cit., pp. 160 ss.

¹³⁶ Cfr., al riguardo, F. Di Ciommo, *I trusts*, in *Il contratto*, cit., p. 642.

¹³⁷ Così M. Tonellato, *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice Tutelare di Genova*, cit., p. 43.

¹³⁸ Sulla distinzione tra *trust* interno e *trust* di diritto interno, cfr. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2, Padova, 2011, pp. 26 ss.; P. Pardolesi, *Riflessione comparativa in tema di trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Annali del dipartimento Jonico*, 2019, pp. 280 ss. Si veda anche Paragrafo 1.3.

alle loro concrete esigenze lo schema elaborato dalla dottrina. Permangono, tuttavia, diversi dubbi interpretativi e applicativi, legati – in particolare – alla mancanza di una disciplina normativa dell’istituto.

In dottrina, infatti, sono stati sollevati dubbi sull’ammissibilità di tale contratto per finalità diverse da quelle previste dalla legge 112 del 2016, e quindi quando manchino finalità di protezione di soggetti deboli (o, quantomeno, finalità sociali).

Si è, in particolare, evidenziato che attraverso la figura in esame verrebbero introdotte nel nostro ordinamento una sorta di “proprietà conformata” (proprietà temporanea e nell’interesse altrui) e una forma di segregazione patrimoniale al di fuori delle ipotesi previste dalla legge¹³⁹.

Si è anche rilevato che, mentre il *trust* non è collegato ad uno scopo determinato perché vi è una legge che espressamente lo riconosce e ne disciplina gli effetti (legge 364 del 16 ottobre 1989, di ratifica della Convenzione de L’Aja), nel nostro contratto manca del tutto una disciplina legislativa di riferimento¹⁴⁰.

Quindi – secondo tale prospettiva – mentre il *trust* potrebbe essere utilizzato per qualunque finalità, il contratto di affidamento fiduciario potrebbe trovare applicazione solo nei casi in cui sia volto a realizzare finalità di protezione di soggetti deboli, in conformità a quanto previsto dalla legge sul “dopo di noi”.

La via d’uscita per risolvere il problema, invero, può essere trovata – come suggerito da alcuni autori – in una norma del codice civile: l’art. 2645-ter c.c. (collocato nel Titolo dedicato alla trascrizione), che disciplina gli atti di destinazione¹⁴¹.

Tale norma dispone che: «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell’articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la

¹³⁹ In tal senso A. Gambaro, *La posizione soggettiva dell’affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, pp. 160 ss.

¹⁴⁰ Sempre A. Gambaro, op.cit.

¹⁴¹ L’art. 2645-ter è stato introdotto nel codice con la legge 23 febbraio 2006, n. 51 di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273.

realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

Sulla effettiva portata della norma, anche a causa della sua collocazione nell'ambito della pubblicità, si è aperto fin da subito un ampio dibattito in dottrina, tanto che alcuni autori l'hanno definita – per la tecnica legislativa impiegata – un “corpo senza anima”¹⁴².

In particolare, ci si è chiesti se tale disposizione si limiti a regolare la pubblicità nelle varie ipotesi di destinazione già previste dall'ordinamento oppure abbia anche carattere sostanziale.

È ormai assolutamente prevalente l'opinione secondo cui la norma ha carattere sostanziale, avendo introdotto la figura dell'“atto di destinazione”, quale negozio giuridico con effetto tipicamente segregativo¹⁴³.

In altre parole, si tratta di un atto con il quale determinati beni vengono destinati al conseguimento di una finalità meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., con l'effetto di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione e rendere separati i beni vincolati dal restante patrimonio del soggetto, introducendo una deroga al principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

È inoltre opinione diffusa quella che ritiene applicabile l'art. 2645-ter anche ai beni mobili non registrati, come ad esempio i titoli di credito e le quote di s.r.l.¹⁴⁴.

Ciò che rimane più controverso è che cosa debba intendersi per “interessi meritevoli di tutela”, come prescritto dalla norma in esame.

¹⁴² Così R. Pardolesi, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., pp. 215 ss., il quale, tuttavia, riconosce alla norma un'ampia portata innovativa.

¹⁴³ F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter cod.civ.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 166; M. Lupoi, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod.civ. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 467; G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 162.

¹⁴⁴ G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 173.

Sulla questione della meritevolezza si scontrano, infatti, due orientamenti: uno richiede un giudizio rafforzato, ritenendo necessario un interesse sociale o di pubblica utilità¹⁴⁵; l'altro ritiene sufficiente un giudizio di liceità, considerando meritevole di tutela qualsiasi interesse che non sia illecito¹⁴⁶. In tale prospettiva, anche un interesse egoistico o meramente economico, purché lecito, può essere meritevole di tutela, come del resto è avvenuto per contratti atipici come il *leasing*.

Come è evidente, dal significato che si riterrà di attribuire al concetto di meritevolezza dipenderà una maggiore o minore potenzialità applicativa del vincolo di destinazione e della conseguente segregazione patrimoniale.

In ogni caso, l'art. 2645-*ter* può rivestire una grande rilevanza pratica se viene usato in combinazione con il contratto di affidamento fiduciario, poiché in tal modo si raggiungerebbe il risultato di vincolare non solo l'attività ma anche i beni, la cui destinazione sarebbe opponibile ai terzi.

L'intento fiduciario acquisterebbe ancora maggiore evidenza ed entrambi i negozi così collegati (atto di destinazione e contratto di affidamento fiduciario) potrebbero consentire di ottenere il tanto desiderato effetto di segregazione¹⁴⁷.

Il "corpo" (cioè l'art. 2645-*ter*) riceverebbe così una nuova "anima": l'"anima" sarebbe proprio il programma che è alla base del contratto di affidamento fiduciario¹⁴⁸.

¹⁴⁵ F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter cod.civ.*, cit., p. 170.

¹⁴⁶ In tal senso A. Falzea, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 7; R. Pardolesi, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, cit., pp. 227 ss. Anche G. Petrelli, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, cit., p. 1093, esclude che sia necessaria una "super-meritevolezza".

¹⁴⁷ Anche Lupoi, del resto, considera l'art. 2645-*ter* come un "frammento di *trust*" (*Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, cit.), ad indicare che il restante frammento è il contratto di affidamento fiduciario.

¹⁴⁸ L'espressione "corpo senza anima" utilizzata nel testo è – come si è detto – di R. Pardolesi, il quale conclude la sua analisi sulla normativa codicistica, affermando che «con l'art. 2645-*ter* si rendono disponibili molte delle cose che si potevano fare con il *trust*» (op.cit., p. 226).

Conclusioni

Dalle considerazioni che precedono emerge chiaramente come il fenomeno fiduciario abbia subito nell'ordinamento nazionale una significativa evoluzione, soprattutto attraverso il passaggio dalla segretezza all'evidenza dell'intento fiduciario. Il dibattito sul negozio fiduciario ha subito una notevole trasformazione: la nascita e la diffusione del contratto di affidamento fiduciario, in particolare, hanno ravvivato l'interesse per la fiducia "dichiarata" o "manifesta" e come tale opponibile ai terzi.

Alla luce di quanto esposto, si può quindi affermare che esistono varie declinazioni del fenomeno fiduciario e, soprattutto, che vi sono due diversi modi in cui la fiducia può atteggiarsi: la "fiducia segreta" e l'"affidamento manifesto".

La "fiducia segreta" è riscontrabile nel tradizionale negozio fiduciario, in cui l'intento delle parti (effettivo e non simulato) può essere pienamente realizzato solo se destinato a rimanere segreto e non palesato ai terzi, magari avendo l'accortezza – come sembrerebbe suggerire la sentenza da cui ha preso le mosse il presente lavoro – di procurarsi una dichiarazione scritta del fiduciario ricognitiva dell'intesa fiduciaria, qualora si tratti di beni immobili.

L' "affidamento manifesto", invece, è riscontrabile nel contratto di affidamento fiduciario, fondato su un programma adeguatamente formalizzato e opponibile ai terzi, con precisi obblighi gestionali anche dinamici imposti al fiduciario.

Per questo diverso modo di atteggiarsi della fiducia, appare più giusto per quest'ultima tipologia parlare di "affidamento" e lasciare la formula "negozio fiduciario" ai contratti della prima tipologia.

Trattandosi di due diversi modi di intendere il fenomeno fiduciario, sono completamente diversi anche gli effetti: nel primo caso, l'intesa fiduciaria ha rilievo solo fra le parti e lascia il fiduciante privo di tutela nel caso di abuso del fiduciario; nel secondo caso, la fiducia (o meglio, l'affidamento) acquista rilevanza anche nei confronti dei terzi e produce l'effetto di rendere segregati i beni destinati all'attuazione del programma.

Si è visto come il contratto di affidamento fiduciario, proprio perché basato su un programma, abbia un'articolazione di una certa complessità e preveda una sorta di "organizzazione" caratterizzata da figure con ruoli diversi (affidante, affidatario, beneficiari, eventuale garante).

Si è anche visto come il contratto di affidamento fiduciario possa raggiungere un risultato più efficiente se collegato all'atto di destinazione previsto dall'art.2645-*ter* c.c., divenendo così veramente uno strumento alternativo al *trust*.

In ultima analisi, si può dire che il negozio fiduciario "segreto" sembra destinato a rimanere confinato fra le mura domestiche, cioè in ambito familiare. Diversamente, il contratto di "affidamento manifesto" appare quello più idoneo a soddisfare le esigenze di un'economia moderna e di una società in continua evoluzione.

Bibliografia

ALCARO F., *Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Fondazione Nazionale del Notariato, Milano, 2017

AMORE G., *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi"*, in *Studium Iuris*, 7-8, 2019

ANDRINI M. C., *Le situazioni affidanti e la cd. legge "dopo di noi" (l. n. 112/2016). Prima parte: il trust e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 3, 2018

ANDRINI M.C., *Le situazioni affidanti e la cd. legge "dopo di noi" (l. n. 112/2016). Parte seconda: i vincoli di destinazione ed il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2018

BARALIS G., *Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Fondazione Nazionale del Notariato, Milano, 2017

BIANCA C. M., *Diritto civile, 3 il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000

BRAMBILLA M., *Società Fiduciaria – gestioni fiduciarie*, in *Diz. dir. priv.*, a cura di N. Irti, 3, Giuffrè, Milano, 1981

CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Cedam, Padova, 1933

CARNEVALI U., *Negozio giuridico III, Negozio fiduciario*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1990

CORALLO E., *Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile*, in *Trusts*, 2013

DI CIOMMO F., *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corriere giur.*, 1999

DI CIOMMO F., *I Trusts familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2015

DI CIOMMO F., *I Trusts*, in *Il contratto*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017

DIURNI G., voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Utet, Torino, 1992

FALZEA A., *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Giuffrè, Milano, 2007

FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, Roma, 1922

GAMBARO A., *La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Fondazione Nazionale del Notariato, Milano, 2017

GAMBARO A., GIARDINA A., PANZANELLI G., (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1993

GAZZARA G., voce *Fiducia testamentaria*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968

GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter cod.civ.*, in *Giust. civ.*, II, 2006

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013

GENTILI A., *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Fondazione Nazionale del Notariato, Milano, 2017

GIGLIOTTI F., *Trust interno e atto di destinazione*, in *Giust. civ.*, n. 4, 2016

GIUSTI G., *Il regime fiscale del contratto di affidamento fiduciario: riflessi impositivi di un nuovo modello negoziale*, in *Riv. dir. trib.*, vol. 26, n. 3, 2016

GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936

IACCARINO G., *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 1, 2014

LIPARI N., *Introduzione*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Fondazione Nazionale del Notariato, Milano, 2017

LOPILATO V., *Questioni attuali sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2004

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

LUPOI M., *The shapeless trust. Il trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995

LUPOI M., *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001

LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006

LUPOI M., *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts*, 2010

LUPOI M., *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2010

LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova, 2011

LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2012

LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014

LUPOI M., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, in *Contratto e impresa*, 2017 e in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, quaderni della Fondazione italiana del Notariato, Milano, 2017

MARCOZ C. A., *Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della fiducia, n. 2007-211 del 19 febbraio 2007*, Studio 1-2008-A, in *Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*

NERI A., *La recente legge francese sulla “fiducie”: una fiducia con molti limiti*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 4, 2007

NITTI R., *Negoziario fiduciario*, in *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1965

PAPPADA' D., *L'emulazione del trust in Francia*, in *comparazioneDirittocivile.com*

PARDOLESI P., *Riflessione comparativa in tema di trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, Università degli studi di Bari Aldo Moro, 2019

PARDOLESI R., *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, fasc. 2, 2008

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

PETRELLI G., *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 4, 2021

PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951

ROMANO S., *Accordo fiduciario e sua rilevanza*, in *Scritti minori*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1980

ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001

ROPPO V., *Diritto privato. Estratto*, Giappichelli, Torino, 2018

ROTONDANO N., *L'affidamento fiduciario nel sistema di sostegno e tutela delle fragilità sociali*, in *Biblioteca on line della Fondazione Nazionale del Notariato*, 2017

SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Giappichelli, Torino, 2002

SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989

TONELLATO M., *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice Tutelare di Genova*, in *Trusts*, 2014

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013

TORRONI A., *La forma del pactum fiduciae in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola?*, in *Riv. not.*, fasc. 5, 2020

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011

TRIMARCHI V.M., *Negozi fiduciari*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1978

VICARI A., *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *I Contratti*, n. 3, 2018

Giurisprudenza

Cass. 19 maggio 1960, n. 1261

Cass. 2 settembre 1978, n. 4017

Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663

Cass. 1 dicembre 1992, n. 12830

Cass. 18 aprile 1994, n. 3706

Cass. 24 dicembre 1994, n. 11158

Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031

Cass. 21 maggio 1999, n. 4943

Cass. 19 luglio 2000, n. 9489

Cass. 1 aprile 2003, n. 4886

Cass. 2 aprile 2009, n. 8024

Cass. 3 aprile 2009, n. 8127

Cass. 28 marzo 2011, n. 7075

Cass. 7 aprile 2011, n. 8001
Cass. 9 maggio 2011, n. 10163
Cass. 30 giugno 2011, n. 14473
Cass. 3 febbraio 2012, n. 1675
Cass. 27 agosto 2012, n. 14654
Cass. 2 settembre 2013, n. 20051
Cass. 25 ottobre 2013, n. 24166
Cass. 15 maggio 2014, n. 10633
Cass. 26 maggio 2014, n. 11757
Cass. 8 settembre 2015, n. 17785
Cass. 28 ottobre 2016, n. 21805
Cass. 25 maggio 2017, n. 13216
Cass. 26 settembre 2018, n. 22903
Cass. 17 settembre 2019, n. 23093
Cass., sezioni unite, 6 marzo 2020, n. 6459
Cass. 19 maggio 2020, n. 9139
Cass. 17 maggio 2022, n. 15844