

## Il contratto di affidamento fiduciario quale modello competitivo

di Gaetano Petrelli, *Notaio*

1. – Di fiducia, negozio fiduciario, contratto o patto fiduciario si parla sin dall'epoca del diritto romano, sebbene la concettualizzazione del fenomeno ad opera della dottrina civilistica possa farsi risalire solo alla pandettistica tedesca di fine ottocento, e precisamente alle riflessioni di Regelsberger sul *fiduziarisches Rechtsgeschäft*<sup>1</sup>. Di affidamento fiduciario si è iniziato a discorrere, invece, solo di recente: si tratta di una categoria giuridica la cui introduzione nel dibattito dottrinale, e successivamente nella prassi e nella giurisprudenza, è merito esclusivo del prof. Maurizio Lupoi<sup>2</sup>, al quale si devono alcune intuizioni fondamentali, che hanno innovato in profondità quello che era, ormai, un istituto asfittico e tutto sommato sterile: tanto da determinare la nascita di una importante prassi negoziale non priva di riscontri giurisprudenziali, seguita da un riconoscimento a livello legislativo (art. 6 l. 22 giugno 2016 n. 112, c.d. sul «dopo di noi»; e si veda anche la legge sammarinese 1° marzo 2010 n. 43). Ma per comprendere a fondo ciò che è realmente accaduto nel panorama giuridico italiano è necessario partire da più lontano.

Come è stato esattamente evidenziato dallo stesso Lupoi, alla concettualizzazione pandettistica non faceva in realtà riscontro un istituto vitale e significativamente rinvenibile nella realtà sociale<sup>3</sup>: alla categoria dogmatica del negozio fiduciario — descritto quale collegamento tra un negozio traslativo di diritti reali (dal fiduciante al fiduciario) e un patto “segreto” di natura obbligatoria (il *pactum fiduciae*, appunto, alla cui operatività esclusivamente *inter partes* si riconduceva la c.d. potestà di abuso del fiduciario) — corrispondeva una realtà fenomenica sostanzialmente circoscritta a sporadici casi di «fiducia non verbalizzata». I repertori di giurisprudenza fotografano, infatti, fattispecie traslative il più delle volte qualificate dalle parti come compravendite, o comunque come contratti tipici, alle quali si accompagnano pattuizioni non scritte (e spesso di difficile prova) volte a imporre al fiduciario obblighi di ritrasferimento a favore dello stesso fiduciante o di terzi. Il tutto destinato inevitabilmente a creare problemi difficilmente risolvibili in presenza di inadempimenti del fiduciario, in conseguenza del difetto dei requisiti di opponibilità

<sup>1</sup> F. REGELSBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in *AcP*, 63, 1880, 157 ss.

<sup>2</sup> M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010, 221 ss.; ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014; ID., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contr. e impr.*, 2017, 734.

<sup>3</sup> M. LUPOI, *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts*, 2010, 128.

ai terzi e ai creditori (trascrizione per i beni immobili; data certa per i mobili); ma anche per la frequente confusione tra fiducia e simulazione, e per le contraddizioni della costruzione dogmatica proposta (la teoria dualistica del negozio fiduciario — elaborata, non a caso, in Germania ove i negozi traslativi hanno natura astratta — si concilia difficilmente con il profilo causale dei negozi traslativi di diritto italiano).

2. – In questo panorama, non stupisce che, dopo la ratifica da parte dell'Italia della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sui trust, le esigenze della prassi abbiano trovato sbocco — su impulso determinante dello stesso Lupoi, a cui si deve l'elaborazione teorica poi diffusamente recepita<sup>4</sup> — nell'impiego del c.d. trust interno: un fenomeno, questo, di affidamento fiduciario di beni i cui elementi importanti sono tutti collocati in Italia, ma la cui legge regolatrice è scelta dalle parti tra quelle che conoscono l'istituto del trust. Prassi, quella del trust interno, il più delle volte virtuosa, ma che in ragione della (a volte) incompleta conoscenza, da parte degli operatori, dei diritti stranieri (e in particolare dei formanti dottrinale e giurisprudenziale) ha evidenziato anche criticità e difficoltà. Tutto ciò in un contesto normativo che, peraltro, già conosceva il fenomeno della proprietà nell'interesse altrui, grazie all'introduzione nel codice civile del 1942 di importanti disposizioni (gli art. 1706 e 1707 c.c.): le quali consentono al mandante di opporre ai terzi e ai creditori la «non appartenenza», sul piano economico e sostanziale, della proprietà dei beni acquistati per suo conto dal mandatario; e che consentono al beneficiario di vincoli di destinazione e di indisponibilità di far valere l'esistenza del vincolo nei confronti dei terzi e dei creditori (cfr., in particolare, l'art. 2915, comma 1, c.c.; ma anche le varie disposizioni che disciplinano vincoli come il fondo patrimoniale e i patrimoni destinati a uno specifico affare, per tacere di fenomeni di grande impatto disciplinati dalla legislazione speciale: uno fra tutti, la gestione di patrimoni finanziari nell'interesse altrui). L'introduzione, nel codice civile, dell'art. 2645 *ter* rappresenta perciò il culmine di un'importante evoluzione normativa, che ha profondamente mutato il quadro nel quale l'ormai consunta categoria del negozio fiduciario era stata elaborata; sebbene la dottrina civilistica e la giurisprudenza non ne avessero ancora preso atto.

D'altra parte, il fenomeno dell'affidamento fiduciario “palese”, opponibile ai terzi e ai creditori dell'affidatario, non era ignoto alla nostra tradizione giuridica anteriore alle prime codificazioni ottocentesche. Il riferimento è sia al fenomeno delle “confidenze”, per lo più testamentarie ma anche tra vivi; sia all'istituto del fedecommesso, da distinguersi dalle sostituzioni fedecommissarie operanti al momento della morte dell'istitui-

<sup>4</sup> M. LUPOI, *Trusts*, Milano 1997 (e v. anche l'edizione del 2001).

to, poi abolite dalla legislazione rivoluzionaria francese, quindi dal *code Napoléon* e infine dal codice civile del 1865. L'*école de l'exégèse* aveva ben presente questa distinzione, quando riconosceva senza esitazioni la validità dei fedecommissi “puri” o “a termine”, in contrapposizione alle *substitutions prohibées*: nei primi, a differenza delle seconde, l'istituto era semplice intermediario (*nudus minister*), incaricato di ritrasferire al fedecommissario (possibilmente senza indugio: quindi senza un reale problema di immobilizzazione dei beni) i beni affidatigli; perciò non gli spettava alcuno dei *commoda* ritraibili dai beni stessi.

3. – D'altra parte, la fiducia testamentaria, che i commentatori francesi ritennero dopo la codificazione, inammissibile — e che in Italia prima con il codice albertino e poi con il codice civile del 1865 e quello del 1942 (art. 627) venne privata di azione civile — era soltanto quella “segreta” o “semisegreta”, caratterizzata dalla mancata indicazione del reale beneficiario nella scheda testamentaria e perciò in palese contrasto con il formalismo testamentario.

In definitiva, la tradizione giuridica continentale dello *ius commune* ben conosceva da secoli il fenomeno dell'affidamento fiduciario palese e opponibile ai terzi, che però rimaneva ignoto alla dogmatica civilistica, e di conseguenza alla prassi negoziale e alla giurisprudenza. Si trattava di fenomeno largamente assimilabile al trust di matrice anglosassone, con il quale aveva indubbiamente in comune caratteristiche essenziali<sup>5</sup>. La riscoperta di queste antiche radici, e delle sicure affinità dei suddetti fenomeni, ha costituito la premessa per una nuova elaborazione dottrinale, che il prof. Lupoi, con sensibilità comparatistica, è riuscito a veicolare efficacemente nel panorama giuridico italiano, con caratteri di modernità e competitività (rispetto al trust) peraltro ignote agli antichi istituti a cui si è fatto cenno<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. soprattutto M. LUPOI, *Origine civilistica dei trusts: una prima indagine*, in *Diritto privato* 1998, IV - *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova 1999, 65; M. GRAZIADEI, *The Development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Régime*, in *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, a cura di HELMHOLZ - ZIMMERMANN, Berlin 1998, 327; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I, Napoli 2002; M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Torino 2004; M. GRAZIADEI, *La fiducia nella tarda età moderna. Le “confidenze” tra vincolo di coscienza e disciplina politica dei soggetti e dei beni*, in *La fiducia secondo i linguaggi del potere* a cura di P. PRODI, Bologna 2007, 235. Più di recente, v. anche AA. VV., *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico*, in *Studi urbinati*, LXXXIII, Urbino, 2015.

<sup>6</sup> Cfr. al riguardo N. LIPARI, *Vivere il diritto*, Napoli 2023, 134 ss.; nonché G. PETRELLI, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 1102-1103 (ed ivi riferimenti bibliografici).

L'elaborazione di cui si discorre, infatti, non si è limitata a riscontrare l'esistenza nell'ordinamento italiano di norme idonee a consentire l'opponibilità dell'affidamento fiduciario ai creditori e aventi causa dell'affidatario (anche grazie alla disciplina della condizione negoziale, e alle norme che ne disciplinano la pubblicità legale); ma ha avuto inoltre l'inegabile merito di cogliere un profilo caratterizzante di rilievo centrale sul piano dell'efficienza dell'istituto: l'elemento dell'organizzazione, grazie alla quale è possibile assicurare la continuità e permanenza nel tempo, e la perdurante efficacia nei confronti dei terzi dell'affidamento, nonostante le vicende che possono colpire la persona dell'affidatario (morte, incapacità, revoca, dimissioni, ecc.). A tal fine, è stato determinante il richiamo da parte di Lupoi ad alcune categorie concettuali impiegate in altri ordinamenti.

4. – Da un lato, i c.d. poteri fiduciari, che l'affidante può conferire sia all'affidatario che a terzi (come, ad esempio, il guardiano o garante), e che sul modello dei *fiduciary power* della tradizione di common law consentono ai relativi titolari di porre in essere una serie di attività essenziali ai fini della corretta esecuzione dell'affidamento fiduciario: si pensi, per esemplificare, ai poteri di nomina, revoca, sostituzione dell'affidatario, ovvero di emissione di pareri obbligatori o di atti di consenso vincolanti. Il tutto con la consapevolezza che quello dell'affidatario è un ufficio di diritto privato, la cui titolarità è attribuita per il perseguimento di un interesse altrui, e che è quindi caratterizzato dalla relativa continuità pur nel possibile cambiamento della persona dell'affidatario nel tempo.

D'altro lato, la figura dell'autorizzazione, che sul modello dell'*Ermächtigung* germanica (§ 185 del BGB) consente di attribuire poteri di disposizione sui beni affidati a soggetti diversi dal proprietario, sottraendo in tal modo a quest'ultimo una frazione dei poteri dominicali e con essa quella "potestà di abuso", che nella dogmatica tradizionale caratterizzava il negozio fiduciario "classico". Le obiezioni avanzate da una parte della dottrina all'ammissibilità dell'autorizzazione a disporre nell'ordinamento giuridico italiano — motivate soprattutto in ragione del *numerus clausus* dei diritti reali, e quindi dell'impossibilità per i privati di incidere sul relativo contenuto — non hanno pregio in quanto riferite al fenomeno dell'affidamento fiduciario: la proprietà affidata è, necessariamente, temporanea, strumentale e conformata in ragione dello scopo per il quale è stata trasferita all'affidatario.

Chi scrive ha già avuto modo di confrontarsi con l'importante elaborazione dottrinale in oggetto, e di evidenziarne gli indubbi meriti; sottolineando, d'altra parte, il "servizio" che può essere reso a tale ricostruzione dalla recente disciplina dei vincoli di destinazione (ex art. 2645 *ter* c.c.), e dalla conformazione della proprietà destinata che la citata disposizione normativa consente di realizzare in modo efficiente. Ciò perché da un lato si

elimina ogni possibile dubbio fondato sulla tipicità dei diritti reali, anche quando non si voglia ricorrere al congegno condizionale; d'altro lato, si fornisce un sicuro fondamento positivo alla trascrivibilità del negozio che imprime una certa destinazione a beneficio dei beneficiari dell'affidamento. D'altra parte, la costante supervisione dell'autorità giudiziaria — che la disposizione prevede per garantire il conseguimento dello scopo della destinazione — e il potere di ogni interessato di attivarla in via disgiunta in vista di tale scopo oggettivo eliminano qualsiasi dubbio in ordine alla configurabilità in capo all'affidatario di un ufficio di diritto privato. Il rapporto (di collegamento negoziale) tra atto di destinazione e contratto di affidamento al singolo fiduciario si atteggia, in quest'ottica, alla medesima stregua del rapporto tra statuto societario (o di altro ente) e contratto di amministrazione: stabile, duraturo e fonte di norme di organizzazione il primo; transeunte e mirato a gestire rapporti di natura obbligatoria con il singolo affidatario il secondo. Cosicché al medesimo atto di destinazione possono accompagnarsi, nel tempo, successivi contratti con i singoli affidatari *pro tempore*<sup>7</sup>.

5. – A prescindere, comunque, da questi ultimi profili, è indubbia la rilevanza delle prospettive aperte dall'elaborazione dottrinale dell'affidamento fiduciario, le cui potenzialità infatti la prassi negoziale dell'ultimo decennio non ha mancato di cogliere<sup>8</sup>. I problemi nascono dal fatto che a fronte di un fenomeno di tale importanza manca ancora una disciplina dedicata all'istituto: ad oggi, l'affidamento fiduciario, fattispecie sicuramente “nominata” (dalla legge sul «dopo di noi»), ha sicuramente natura “atipica”, in difetto di una puntuale disciplina legislativa. Perciò, se già oggi una prassi negoziale “esperta” e avveduta può certamente confezionare un prodotto ampiamente competitivo rispetto al trust, esiti meno soddisfacenti possono evidenziarsi allorché le parti, non debitamente assistite da professionisti colti e sensibili, perfezionino atti di affidamento non adeguatamente accompagnati dalle clausole indispensabili per garantire durata e funzionamento dell'affidamento, come quelle suggerite dal prof. Lupoi. Basti pensare a cosa potrebbe accadere se non venissero adeguatamente disciplinate le fasi “critiche”, per i casi in cui il singolo affidatario muoia, o divenga incapace, o subentri qualsiasi impedimento allo svolgimento delle sue funzioni. Si aggiungano a ciò le incertezze dottrinali e giurisprudenziali — pur in via di superamento — che ancor oggi circondano la materia dei vincoli di destinazione (interpretazione eccessivamente rigorosa del requisito di meritevolezza, applicabilità o meno ai beni non soggetti a forme di pubblicità, ecc.).

<sup>7</sup> Cfr. PETRELLI, *L'affidamento fiduciario tra contratto e vincolo di destinazione*, cit., 1073 ss.

<sup>8</sup> Cfr. G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, Milano, 2016, 745 ss.

In definitiva, se *de iure condito* l'affidamento fiduciario è adeguatamente realizzabile sul piano pratico in presenza delle opportune clausole negoziali, le suesposte criticità rendono quantomai opportuna, *de iure condendo*, l'introduzione di norme — in larga parte dispositive o suppletive — volte a mettere a disposizione degli interessati un'idonea disciplina in tutti i casi in cui la regolamentazione negoziale faccia, per un motivo o per un altro, difetto. Una normativa italiana sul trust non può, infatti, che partire dal modello sopra descritto, l'unico coerente con la tradizione giuridica nazionale. In particolare, è auspicabile che venga introdotta una disciplina dell'affidamento fiduciario la quale — oltre a regolamentarne in via dispositiva i profili obbligatori — attribuisca a soggetti da individuare (guardiano o garante, se nominato; disponente o affidante; beneficiari) poteri fiduciari e autorizzazioni atti a consentire la sostituzione dell'affidatario quando necessario od opportuno, come pure a gestire la fase "liquidatoria" a seguito dell'estinzione dell'affidamento per qualsiasi causa. Nel contempo, sarebbe fortemente opportuna la modifica dell'art. 2645 *ter* c.c., in modo da risolvere le principali incertezze emerse in dottrina e giurisprudenza riguardo al relativo ambito di applicazione e alle problematiche di natura pubblicitaria (una fra tutte, quella della c.d. pubblicità accessoria delle vicende successive alla costituzione del vincolo). In definitiva, occorrerebbe che un'ipotetica disciplina del "trust italiano" recepisce la prassi virtuosa, a sua volta figlia dell'elaborazione dottrinale ora descritta (non trascurando un'adeguata disciplina tributaria dell'istituto).

IL FORO  
ITALIANO

**gli Speciali**

**3/2023**

I TRUST

a cura di  
**Maurizio Lupoi**

Il Foro italiano®

marchio registrato della società editrice de Il Foro italiano

Fascicolo speciale n. 3/2023 della rivista Il Foro italiano  
Finito di stampare nel mese di aprile 2024 presso "LegoDigit" s.r.l., Lavis (TN)

Sono riservati per tutti i Paesi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (inclusi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica.

IL FORO  
ITALIANO

gli Speciali

I TRUST

---

a cura di  
Maurizio Lupoi

---