ANDREA VICARI

IL "TIPO" NELLA (RI)LETTURA DEI TRUST *ESPRESSAMENTE ISTITUITI E NELLA COSTRUZIONE DEL CONTRATTO DI AFFIDAMENTO FIDUCIARIO*

SOMMARIO: 1.Il *trust* in Italia oggi: l'incompreso. – 2. Le conferme empiriche dell'incomprensione. – 3. Le cause dell'incomprensione: concettualismo nella raffigurazione del *trust* (espressamente istituito). – 4. La figura del *trust* interno: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) convenzionale. – 5. Segue: la derivazione dalla figura comparatistica del *trust*. – 6. Segue: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) della dottrina inglese. – 7. L'irrealismo della figura del *trust* (espressamente istituito) interno. – 8. Il ruolo del "tipo" nel diritto dei *trust*. – 9. La necessità della tipizzazione dei *trust* espressamente istituiti nell'esperienza italiana. – 10. Conclusioni.

1. Il *trust* in Italia oggi: l'incompreso.

La realtà del *trust* in Italia è cambiata.

Si è passati dalla *law in the books* alla *law in action*, ovvero dall'iniziale elaborazione solo teorica dell'istituto al massiccio diffondersi della sua utilizzazione pratica.

Questo passaggio non sembra essere stato accompagnato da un incremento nella consapevolezza dei profili giuridici di questo istituto e dei suoi limiti.

I repertorii di giurisprudenza lo testimoniano.

Il numero di pronunce giurisprudenziali in tema, oggi, rende unica l'Italia tra i Paesi che non conoscono una disciplina interna del *trust*.

Tuttavia, ciò non è più indice, come si riteneva agli inizi del percorso giurisprudenziale del *trust* interno, del suo favorevole recepimento da parte della società e dell'ordinamento italiano, ma del suo frequente utilizzo concreto in chiave eversiva dei limiti posti dall'ordinamento all'autonomia privata, dando prova della scarsa attenzione posta ad essi.

Infatti, delle molte sentenze emesse negli ultimi anni in Italia, gran parte accertano la nullità, molte accertano l'inopponibilità, alcune negano il riconoscimento altrimenti previsto dalla Convenzione dell'Aia, pochissime riconoscono validità, opponibilità e stabilità degli effetti al *trust* espressamente istituito.

I dati emergenti da questa realtà possono testimoniare due fenomeni, allo stesso tempo correlati e inversamente proporzionali: da una parte, l'incremento dell'impiego pratico dei *trust* deriva dall'incrementata conoscenza di alcuni profili generalissimi di questo istituto da parte della società italiana, dall'altra l'incremento esponenziale dei casi in cui non vengono riconosciuti gli effetti ai *trust* espressamente istituti deriva dal fatto che alla conoscenza generica non si sia accompagnata una profonda comprensione della natura, funzione e, dunque, dei suoi limiti[1].

L'esperienza italiana appare priva di una precisa comprensione dei limiti delle fattispecie costitutive i espressamente istituiti.

L'assenza di necessaria correlazione tra conoscenza generale e comprensione non deve sorprendere: «*in law, as in elsewere, you may know and yet not understand*», insegnava Hart[2].

2. Le conferme empiriche dell'incomprensione.

I *trust* espressamente istituiti appaiono impiegati non tanto come strumenti negoziali che vogliono soddisfare una o più classi di interessi specifici e caratteristici, ma quale sostituti di strumenti negoziali italiani appositamente dedicati alla soddisfazione di interessi tipici, al solo fine di superare i limiti che questi pongono alla completa soddisfazione di tali interessi, secondo il volere del disponente.

In altre parole, i *trust* espressamente istituiti non sono impiegati per perseguire, in concreto, determinate e ricorrenti funzioni economiche che sarebbero proprie di tali negozi, secondo i diversi tipi, e che potrebbero essere impiegate per individuarne i profili di tali tipi in astratto, ma per superare quei limiti che l'ordinamento italiano pone ai tipi negoziali destinati a perseguire funzioni tipiche.

I *trust* espressamente istituiti, dunque, sono in Italia frequentemente impiegati in luogo di alcuni negozi tipici previsti dall'ordinamento interno, per perseguire le medesime funzioni di questi, al solo scopo di permettere ai privati di sottrarsi alle limitazioni che la disciplina del negozio tipico italiano impone o di superarne le presunte carenze.

---

[1] Sottolinea che il mancato approfondimento della legge regolatrice del *trust* sia una delle cause principali di instabilità dei *trust* interni, L. GATT, *op. ult. cit.*

[2] H. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, in L.Q.R. 70, 1954, p. 37.

Ad esempio, si istituisce un *trust* nell'interesse della famiglia per perseguire in concreto la funzione che l'ordinamento italiano ha espressamente inteso perseguire mediante l'istituto del fondo patrimoniale. Tuttavia, da un lato l'effetto tipico del fondo patrimoniale è impedire l'esecuzione sui beni (e i frutti) costituiti in fondo patrimoniale solamente ai creditori di quei debiti che costoro conoscevano essere contratti per soddisfare un interesse estraneo a quello della famiglia (art. 170 cod. civ.), dall'altro tale effetto è limitato nella sua durata (art. 171 cod. civ.) e circoscritto a determinate categorie di beni, immobili, mobili registrati e titoli di credito (art. 167, comma 1, cod. civ.). Al fine di superare tale limite qualitativo e per ottenere l'ulteriore effetto di impedire l'esecuzione sui beni da parte di ogni creditore, per un tempo superiore a quello di durata del fondo patrimoniale, si impiega un *trust* espressamente istituito.

Lo stesso avviene nell'ambito delle garanzie tipiche, in luogo del quale si impiegano con le medesime funzioni *trust* espressamente istituiti per ottenere il privilegio, proprio delle garanzie tipiche, e contestualmente rimettere all'autonomia privata la regolazione del procedimento di escussione della garanzia evitando di sottostare alle norme inderogabili che, per le garanzie tipiche, richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria nella fase di esecuzione; e ancora si possono annoverare l'impiego di *trust* espressamente istituiti in luogo di cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss. cod. civ.), di gestione delle procedure di liquidazione (artt. 2484 ss. cod. civ.), del deposito (artt. 1766 ss. cod. civ.).

L'impiego dei *trust* espressamente istituiti riflette, dunque, la percezione che in Italia si ha di tale istituito, quale figura amorfa, poliforme e polifunzionale, che può adattarsi a qualsiasi funzione, sempre più spesso, come dimostrano le pronunce dei tribunali italiani, anche quella di superare i limiti imposti all'ordinamento all'autonomia privata.

Nei repertorii di giurisprudenza, infatti, si leggono dichiarazioni di volontà, auto-qualificate dal disponente come *trust*, ma prive delle caratteristiche tipologiche per esserlo[3]; si vedono *trust* impiegati per frodare i creditori o per perseguire funzioni illecite[4] (che, in qualche caso, hanno aperto agli stessi consigliatori le porte delle patrie galere[5]); si assiste al diffondersi di

[3] Cfr. Trib. Trieste, 22 gennaio 2014.

[4] Cfr. Trib. Milano, 29 ottobre 2010, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2010, p. 77.

[5] http://www.milanotoday.it/cronaca/arresti-finanza-21-settembre-2012.

trust apparenti[6]; si rilevano *trust* privi di qualsiasi funzione e colorazione causale, istituiti al solo fine di produrre una segregazione del patrimonio; si registrano *trust* miranti a sostituirsi (o affiancarsi) impropriamente alle procedure imperative previste dall'ordinamento per la gestione della crisi di impresa[7] o per sostituirsi, altrettanto impropriamente, alle procedure imperative previste per la liquidazione delle società[8].

Il *trust* espressamente istituito è assunto come uno, è impiegato come centomila, ma finisce per essere (in)compreso come nessuno.

La profonda e persistente incomprensione dei *trust* espressamente istituiti in Italia, trova conferma nelle recenti pronunce della Suprema Corte[9], in cui si è posta la necessità di fissare i confini di questa figura e si è manifestata, in tutta la sua evidenza, la difficoltà di farlo, in presenza di una diffusa percezione di liquidità e amorfismo, quale quella che caratterizza l'esperienza italiana.

In questo contesto, si sta sviluppando un dibattito teorico, che comincia ad avere anche propaggini pratiche, relativo allo sviluppo di un nuovo negozio di diritto italiano, che possa svolgere funzioni analoghe a quelle del *trust* espressamente istituito, nell'ambito della categoria generale del contratto.

Tuttavia, fintanto che l'incomprensione dei *trust* espressamente istituiti

---

[6] Il fenomeno del *trust* (fittiziamente o meno) interposto 1-settembre-2012. html.metodologichefinanziaria; Agenzia delle Entrate, Circolare n. 61/E, 27 dicembre 2010, anche se forse con una retorica giuridica impropria; A. Vicari, *La soggettività passiva del trust ai fini delle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione* (parte I-II), in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2011, p. 475 e 602. Il fenomeno dello *sham* e della simulazione del *trust* si è socialmente diffuso, fino a giungere al vaglio dei giudici sia in sede penale (Cass., 30 marzo 2011, n. 13276) che in sede civile (Trib. Trento, 23 febbraio 2009), in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2010, p. 194. Su questi temi, anche A. Vicari, *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2010, p. 604. Ho tracciato le traiettorie della diffusione del fenomeno dello *sham* a livello internazionale, preconizzando le reazioni dei giudici italiani in A. Vicari, *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003.

[7] Per una summa di queste proposte applicative, A. Busani, C. Fanara, G.O. Mannella, *Trust e crisi di impresa*, Milano, 2013.

[8] Cass., 9 maggio 2014, n. 10105; Trib. Napoli, 3 marzo 2014; Trib. Milano, 22 gennaio 2013.

[9] Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735 e 3737.

non verrà meno, e su questi non si compirà un'operazione di tipizzazione, infruttuoso sarà ogni tentativo di sviluppare un quadro certo per un contratto - l'affidamento fiduciario - che ne voglia replicare funzioni ed effetti.

3. Le cause dell'incomprensione: concettualismo nella raffigurazione del *trust* (espressamente istituito).

Nella nostra esperienza si parla spesso di "*trust*" riferendosi, con una sineddoche, non al *trust* quale categoria generale[10] che accomuna *resulting trust*, *constructive trust* e *trust* espressamente istituito, ma semplicemente a quest'ultima figura.

Infatti, la figura del *trust* interno è una specificazione di quella del *trust* espressamente istituito, compiuta sulla base del riferimento ad alcuni elementi fattuali: un *trust* "interno" è un *trust* espressamente istituito che coinvolge beni e soggetti situati in Italia[11].

---

[10] Piuttosto comune è l'idea che il *trust*, quale categoria unitaria, si declini in *trust* espressamente istituiti, *resulting trust* e *constructive trust*. Essi condividono, effettivamente, un solo effetto: la separazione patrimoniale. Per il resto, fattispecie, struttura ed effetti divergono sostanzialmente, così come divergono sostanzialmente gli interessi alla cui tutela queste figure sono votate. La rappresentazione del *trust* in chiave di istituto unitario non trova, infatti, corrispondenza nell'esperienza straniera, che più di altre è in questo studio analizzata: quella degli Stati Uniti.

[11] Tra i tanti, G. Mariconda (a cura di), *Il trust interno*, Napoli, 2006; V. Bellomia, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2013, p. 698; M. Bianca, G. Capaldo (a cura di), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio: profili di competitività del sistema*, Milano, 2010; M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione (L'art. 2645-ter del codice civile)*, Milano, 2007; Id., *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 557; F. Catarci, *"Trust" autodichiarato e garanzia dei creditori*, in *Giur. di Mer.*, 2008, p. 717; M. Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010; C. Cicero, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 899; E. Corapi, *Sul trust interno "autodichiarato"*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2010, p. 801; A. C. di Landro, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 583; M. C. Di Profio, *Trust e tutela dei soggetti deboli: un primo richiamo all'art. 2645 ter c.c.*, in *Giur. di Mer.*, 2006, p. 2645; F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. Not.*, 2011, p. 511; A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*,

La (in)comprensione di questa figura non deriva dalla mancanza di analisi e di studi in materia, ma forse dal metodo che caratterizza la maggior parte di questi, spesso privi di quelle accortezze che solo la sensibilità e metodologia dei comparatisti può assicurare.

Effettivamente, non molti sono stati in Italia gli studi dei comparatisti che hanno approfondito i profili generali dei *trust* espressamente istituiti[12], ancor meno quelli che sono scesi in una analisi della sua configurazione specifica nei vari ordinamenti che li regolano[13]. Pochi sono stati gli studi che si sono occupati di fornire strumenti teorici alla giurisprudenza pratica per l'ermeneutica, comparazione e scelta delle varie leggi regolatrici[14]. Dopo l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aia, le monografie scritte dai comparatisti, più fruibili per il giurista interno italiano, sono state quelle di Michele Graziadei, che è opera di diritto straniero più che comparato, e quella scritta da Maurizio Lupoi che vuole essere uno studio di diritto comparato del *trust* in tutti gli ordinamenti, più che di diritto straniero[15].

---

in *Riv. Not.*, 2008, p. 993; B. Mastropietro, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 319; G. Minniti, *Il ricorso all'istituto del trust nelle fasi di crisi: problematiche del trust liquidatorio e reato di bancarotta*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2010, p. 809; P. Pirruccio, *Trust, effetto di segregazione e art. 2645 ter del codice civile*, in *Giur. Mer.*, 2007, p. 902.

[12] A. Gambaro, *Trust*, in *Digesto disc. priv. - sez. civ.*, XIX, 1999.

[13] Un esempio è M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996.

[14] Per proposte metodologiche su questi temi, rinvio a A. Vicari, *I principia e i modelli di trust*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2009, p. 5 ss.; Id., *La scelta della legge regolatrice dei trust: una questione di principia beneficiari*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2011, p. 364 ss.; Id., *La scelta della legge regolatrice dei trust da parte dei disponenti italiani e la legge sul trust della Repubblica di San Marino: una questione di principia*, in Aa. Vv., *Moderni sviluppi dei trust*, Milano, 2011, p. 120 ss.

[15] L'opera di Graziadei è più uno studio concentrato sul diritto positivo straniero (inglese), che sulla comparazione, apparendo destinata a rendere fruibile il diritto straniero ai giuristi italiani; quella di Lupoi è più un'opera di diritto comparato, che di diritto straniero, infatti abbraccia, con una approccio generale e comparatistico, la disciplina del *trust* in Inghilterra, quella nei paesi che vengono ricondotti al modello internazionale e quella nei paesi di *civil law*, volendone fare una comparazione ed emergere caratteristiche comuni e differenze generali, più che approfondire il diritto positivo di un sistema e renderlo fruibile ai giuristi italiani. Ciò emerge più chiaramente anche nel titolo dell'opera di Lupoi, nella sua tradu-

Questa è la ragione per la quale, in gran parte degli studi sul *trust* interno in Italia, i profili di diritto positivo straniero non sono quasi mai veramente e approfonditamente analizzati[16]; i riferimenti al diritto straniero

---

zione inglese (M. LUPOI, *Trusts – A comparative Study*, Cambridge, 2001). Questo secondo i comuni criteri di distinzione tra studi di diritto comparato e di diritto straniero, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, p. XV; G. GORLA, *Diritto Comparato e Straniero*, in *Enc. Dir.*, XII, § 2: «*Certamente il diritto comparato non va confuso con lo studio del diritto straniero, al fine di operare nello stesso (come avvocato, giudice, etc.) o, comunque, a fini diversi dalla comparazione. Per escludere la comparazione, basta l'assenza del fine. Tuttavia, la tentazione di apprendere il diritto straniero spesso si mescola allo scopo comparatistico, distorcendone gli interessi e i metodi. Ma anche quando si studia il diritto straniero a fini comparatistici, bisogna distinguere lo studio del diritto straniero con il diritto comparato: a) il porre come oggetto di studio a fini comparatistici il diritto straniero circoscrive l'ambito degli interessi, dei problemi, confrontandolo con il diritto proprio, in quanto uno dei termini è noto. Ma la comparazione può farsi anche tra due diritti stranieri o, per così dire, sconosciuti e da conoscere per compararli, tra due diritti aventi solo importanza storica, come il diritto romano classico e la common law inglese del secoli XIIXV; b) ma lo studio (a fini di comparazione) del diritto straniero, inteso come diritto non ancora conosciuto, non va confuso con l'attività di comparazione: la vera comparazione può avvenire soltanto dopo che si sia conosciuto il diritto noto. È qui che sta la somma ambiguità, in quanto poiché il presupposto della comparazione è un diritto sconosciuto, la maggior parte del tempo e delle energie è dedicato allo studio di quest'ultimo, con qualche cenno sparso di diritto comparato. Per evitare ciò bisogna considerare questa fase soltanto quale un mezzo al fine, nel processo di conoscenza mediante raffronto che è la comparazione*».

[16] L. GATT, *op.cit.*, p. 32: «*A dire il vero, ci pare che nei formulari e, più in generale, nei testi, che si sono occupati di approntare modelli di atto istitutivo di trust interno, non solo non abbondano i riferimenti al case law inglese o di altro ordinamento dell'area di common law né quelli ai criteri di interpretazione e di applicazione del diritto inglese (che tra l'altro, si distinguono in criteri di equity e di common law, ma non abbondano neppure le citazioni di quei testi in lingua inglese concepiti da common lawyers per rendere il proprio sistema giuridico maggiormente accessibile ai civil lawyers. Tali riferimenti sarebbero, invece, sommamente utili – prima ancora della raccolta Trust Laws of the world – per approntare una previsione sulla stabilità del trust interno in caso di conflitti insorgenti durante l'esplicazione del rapporto in quanto ci pare ragionevole affermare che soltanto la conoscenza del complesso dei "formanti" (in cui abbiamo incluso la prassi) di un ordinamento e del loro sinergico operare consente di porre in essere una valutazione di compatibilità – quantomeno – attendibile*».

sono, quasi sempre, collocati sullo sfondo quasi come un elemento decorativo di un'analisi che vuole apparire approfondita in diritto straniero ma, in realtà, non sempre lo è[17].

In questi studi i *trust* espressamente istituiti sono ricondotti ad un'unica figura prototipica e monolitica, quella appunto del *trust* (espressamente istituito), concettualizzata e costruita in astratto che, quando si configura come "interno" viene analizzata per essere messa in relazione a varie regole e settori del diritto italiano ad essa applicabili[18].

La gran parte degli studi sul *trust* interno sono, dunque, per lo più studi sull'applicazione delle regole di diritto positivo italiano ad una figura astratta di *trust* (espressamente istituito) interno, data per presupposta dall'autore.

Questa figura è costruita dallo studioso stesso, vuoi sulla nozione di *trust* contenuta nella convenzione dell'Aia, vuoi sulla base delle raffigurazioni emergenti dai pochi studi italiani che si sono effettivamente cimentati sul diritto straniero, vuoi (molto meno frequentemente) sulla base di qualche nozione generale contenuta nella parte introduttiva dei manuali stranieri.

4. La figura del *trust* interno: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) convenzionale.

La figura del *trust* (espressamente istituito) interno è spesso derivata dalla figura del *trust* (espressamente istituito) come delineata della Convenzione dell'Aia.La dottrina[19], l'Agenzia delle entrate e la giurisprudenza[20] hanno spesso assunto quella del *trust* convenzionale come una figura di diritto positivo straniero sulla base della quale compiere valutazioni relative

---

[17] L. GATT, *op.cit*

[18] Dal diritto fallimentare al diritto delle successioni, dalla procedura civile al diritto tributario, dal diritto internazionale privato al diritto societario. Gli studi così caratterizzabili sono tanto numerosi da non poter essere esaustivamente citati in una sola nota a piè pagina.

[19] Ad esempio, A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 282 ss.

[20] Si vedano le ordinanze di Cassazione citate *supra*. In ambito tributario, Commissione Tributaria Provinciale Milano, 23 giugno 2014, n. 4735.

all'applicazione delle norme italiane imperative o di applicazione necessaria oppure tributarie.

Tale figura, però, appare priva degli elementi caratteristici di una fattispecie negoziale, come intesa dal giurista interno, e certamente non corrispondente a quella presente nel diritto positivo di alcun paese: non a caso è ritenuta amorfa per indicare il fatto che essa non coincida con quella presente in nessun ordinamento e possa descrivere il *trust* in qualsiasi ordinamento[21].

La figura di *trust* presupposta dalla Convenzione è incentrata sulla ricostruzione di alcuni effetti tipici del *trust*[22].

La Convezione, infatti, nella parte finale del suo articolo 2, stabilisce che la figura di trust a cui si applica "presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; 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 beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge".

Questa figura, però, non sintetizza nemmeno tutti gli effetti che il *trust* produce a livello obbligatorio.

Nella figura di *trust* contenuta nella Convenzione dell'Aia, invece, non si trova che qualche frammento della fattispecie.

Dall'articolo 2 si può dedurre solo che questa sarebbe costituta da un negozio ("con atto tra vivi o *mortis causa*") mediante il quale "dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee*" da parte di un altro soggetto ("il disponente") e dal quale nascono "i rapporti giuridici nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

La Convenzione, peraltro, non si occupa di evidenziare gli elementi contenutistici potenzialmente rilevanti per definire la fattispecie astratta del *trust* espressamente istituito, ma rinvia in tutto e per tutto alla fattispecie

---

[21] M. Lupoi, *The Shapeless Trust*, in *Trusts and Trustees* 1.3, 1995, p. 5; J. Harris, *The Hague Trust convention*, Oxford-Portland, 2002, p. 111.

[22] L. Thevenoz, *Les enjeux de la ratification de la conventions de La Haye pour les pays de droit civil*, in A. Prum, C. Witz, *Trust & Fiducie*, Paris, 2005, p. 35 e 45: «*Cette definition est exprimée en terms fonctionnels ou phénomenologiques: elle repose sur les effects e non sur la nature juridique des relations Juridique que la tradition anglo-americaine désigne come trusts*».

astratta presente nelle varie leggi regolatrici, tanto che stabilisce espressamente, all'articolo 8, che è questa la fattispecie a cui bisogna fare riferimento per determinare la validità del concreto *trust*.

Solo ove questa fattispecie, la sola produttiva degli effetti giuridici presupposti dal procedimento di riconoscimento convenzionale, sia integrata, il *trust* espressamente istituito potrà avere il riconoscimento sulla base della Convenzione stessa.

Dunque, la figura del *trust* espressamente istituito presente nella Convenzione dell'Aia, oltre ad essere una figura certamente amorfa, incentrata sugli effetti del negozio e non su altro, non può fornire elementi adeguati e sufficienti per costituire una base realistica da cui dedurre fattispecie di *trust* espressamente istituito in alcun ordinamento e non può essere presa a considerazione, in modo acritico, per ricostruire la figura del *trust* in alcun ordinamento.

Derivare la figura del *trust* interno da quella convenzionale rappresenta, dunque, una evidente fallacità metodologica.

Per queste ragioni, ogni figurazione del *trust* che da questa prenda spunto per condurre una qualsiasi operazione ricostruttiva e valutativa del *trust* espressamente istituito di fronte al diritto positivo italiano, risulterebbe assai poco realista, semplificante, forviante e foriera di incomprensioni.

5. Segue: la derivazione dalla figura comparatistica del *trust*.

Spesso, nei procedimenti conoscitivi e valutativi compiuti dalla giurisprudenza pratica e teorica sul *trust* interno, questa figura è dedotta dalle figure comparatistiche di *trust* che si sono diffuse nell'esperienza italiana.

La raffigurazione del *trust* che più ha condizionato i giuristi positivi è stata quella delineata da Maurizio Lupoi, nel suo studio di diritto comparato sui *trust*[23].

Questa raffigurazione nasce da uno studio di diritto comparato che ana-

[23] L'Autore, almeno a livello retorico, rinnega l'esistenza di una o più figure astratte di *trust*, che costruisce solo a fini euristici, anche se poi presuppone come figure di diritto positivo, definendole in modo spesso implicito, in tutti i suoi studi in cui tratta il *trust* in Italia. Infatti, quando egli mette in relazione le singole regole del diritto italiano con il *trust* espressamente istituito non lo fa con riferimento alle specifiche configurazioni di questo istituto nei singoli ordinamenti, ma con riferi-

lizza più sistemi e dunque elabora una figura capace, attraverso un processo di semplificazione ed astrazione, di sommariamente rappresentare il *trust* espressamente istituito (e non solo) in tutti questi sistemi.

A dire il vero, sovente, quest'Autore ha affermato che non si potrebbe parlare di *trust* al singolare, implicitamente ritenendo che non sia possibile ricostruire una o più figure unitarie di *trust*, ma si dovrebbe farlo al plurale, in quanto sarebbero molteplici ed innumerabili le configurazioni di questo istituto[24].

Nonostante questa posizione, egli ha comunque proposto, anche se con delle cautele, una figura unitaria di *trust* che egli stesso ha impiegato per operazioni conoscitive ed è stata spesso impiegata, dalla giurisprudenza pratica e teorica, in operazioni valutative sui *trust* interni.

Questa figura si caratterizzerebbe per l'affidamento di beni al *trustee*, la segregazione dei beni e una generica obbligazione (equitativa o simile) del *trustee* verso lo scopo del *trust*[25].

---

mento comunque a quella figura astratta di *trust* espressamente istituito della quale il medesimo autore invece altrove rinnega l'esistenza.

[24] È questa una delle idee fondamentali di M. Lupoi, già affermata in M. Lupoi, *Trusts*, 1997.

[25] M. Lupoi, *Trusts*, 2001 («*[L]a generale figura del trust secondo il modello inglese è caratterizzata da tre elementi: l'affidamento, la segregazione, l'obbligazione equitativa del trustee verso lo scopo del trust. È forse opportuno anticipare sin d'ora che le legislazioni appartenenti al modello del trust internazionale (capitolo quarto) e quelle civilistiche (capitolo quinto) ignorano il terzo elemento, data la sua appartenenza al campo dell'Equity, ma lo sostituiscono con altri che vedremo. L'affidamento di un bene o diritto al trustee ha luogo nel constructive trust per opera della legge; è singolare, come ho già osservato, che un soggetto (il constructive trustee) si trovi all'improvviso a subire una immutazione del suo titolo rispetto a un proprio bene: ciò che gli apparteneva "pienamente", o che sembrava appartenergli pienamente, ora gli appartiene quale trustee. Il constructive trust trasforma in "fiduciario" chi non pensava minimamente di esserlo e, il più delle volte, non aveva alcuna intenzione di esserlo. In altre parole, un fiduciario forzoso, una apparente contraddizione in termini, e quindi un "unknown trust". Tuttavia, proprio qui è il vigore del constructive trust e distingue questa figura, come dirò meglio più avanti, rispetto alle fattispecie restitutorie sulle quali il diritto statunitense la ha appiattita. Accertata l'esistenza di un constructive trust, il titolare del diritto ne è affidatario precisamente come se tale affidamento fosse la conseguenza di un atto dispositivo in suo favore (trust espresso). Si vede allora già da adesso quanto poco la nozione di fiducia, quale essa è intesa nei contesti civilistici, abbia da spartire con il trust. Nei resulting trust il fenomeno è*

È questa, però, una figura comparatistica, che non corrispondente ad alcuna figura di diritto positivo ma che vuole riassumere le caratteristiche del *trust* in ogni ordinamento.

Essa rischia di essere, per i giuristi positivi che la confondessero con una figura di diritto positivo, altrettanto ingannevole quanto quella contenuta nella Convenzione dell'Aia.

Infatti, ogni figura comparatistica è sempre una figura super-astratta, frutto di una sineddoche rispetto a quella interna corrispondente, evidenziando solo alcuni degli elementi della corrispondente fattispecie interna, scelti dal comparatista in ragione dell'essere comuni a quella in più or-

---

analogo, ma meno drammaticamente evidente. Qui c'è già o un trustee di un trust espresso o un trustee di un trust presunto dalla legge fino a prova contraria, ma quel che cambia sono l'oggetto e la direzione del vincolo legale. Divenuta impossibile la realizzazione del trust o mancando una previsione nell'atto istitutivo per la contingenza verificatasi o emergendo la necessità di proteggere il soggetto non intestatario, il trust viene dichiarato e la latenza si trasforma in accertamento giudiziale. Anche qui, peraltro, si realizza l'affidamento del bene al trustee del resulting trust: il nuovo oggetto o la nuova direzione del vincolo o la dichiarazione di un vincolo implicitamente già esistente mutano il "titolo", esattamente come abbiamo appena visto accadere nel constructive trust. In entrambi i casi, la segregazione dell'oggetto del trust consegue di necessità dall'affidamento; essa, mancando un atto volontario di disposizione in favore del trustee, raramente può manifestarsi all'esterno per mezzo di quegli indicatori che il trustee diligente ha cura di porre in essere; anzi il più delle volte si tratterà di combattere contro il tentativo del trustee di confondere i beni in trust con i restanti suoi beni e, ancora più di frequente, di affermare la segregazione nei confronti dei creditori del trustee, magari in sede fallimentare. Abbiamo spesso notato nelle pagine dedicate alle regulae riguardanti i trusts constructive e resulting come l'interesse primario del beneficiario sia quello di fare valere la segregazione dei beni in trust proprio contro gli altri pretendenti, i quali sono titolari di un diritto di credito mero sulla generalità del patrimonio del trustee e, quindi, in nessun modo soddisfacibile sui beni oggetto di trust. La posizione giuridica del beneficiario è infatti la medesima del beneficiario di un trust espressamente istituito; il suo diritto equitativo gli attribuisce azione contro il trustee che dissipi i beni del trust o che li impieghi contro le prescrizioni di legge (qui, come appena illustrato, manca un atto istitutivo iniziale, alle cui disposizioni fare riferimento) e contro i terzi che, partecipando all'inadempimento o ricevendo i beni in violazione di tali prescrizioni, si trovino anche essi nella posizione di constructive trustee. Questi, dunque, i motivi per i quali constructive e resulting trusts condividono con i trusts espressamente istituiti l'appartenenza alla generale figura del trust»).

dinamenti e non corrisponde mai precisamente ad una figura di diritto positivo[26].

Ma vi è di più.

Rispetto a quella emergente dalla Convenzione dell'Aia, che vuole essere una raffigurazione dei soli *trust* espressamente istituiti, questa vuole essere una figura di *trust* capace di rappresentare non solo i *trust* espressamente istituiti, ma anche quelli che nascono da fattispecie non negoziali, quali i *constructive* e i *resulting trust*[27].

Dunque, la figura comparatistica del *trust* non può validamente ed utilmente essere impiegata per profilare i *trust* espressamente istituiti nel diritto positivo di specifici ordinamenti, essendo una figura costruita per sintesi dagli effetti non di una sola fattispecie, ma di una serie di fattispecie tra loro assai eterogenee, accumunate solo per questi effetti e non per la loro fonte negoziale.

6. Segue: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) della dottrina inglese.

La figura del *trust* (espressamente istituito) interno è spesso, sommariamente, derivata dalla corrispondente figura conosciuta nell'esperienza dottrinale inglese.

Non a caso, spesso, si vedono riprese, nei procedimenti valutativi dei giuristi positivi italiani, le raffigurazioni del *trust* espressamente istituito proposte da tale dottrina.

Per la loro autorevolezza, spesso, si assume la raffigurazione degli autori classici.

Ad esempio, quella di Underhill, secondo cui questo sarebbe «*an equitable obligation binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called trust property) for the benefit*

---

[26] R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 35.

[27] M. Lupoi, *op. ult. cit.*: «*Credo che [omissis] che sia possibile proporre una nozione o, se si vuole, una definizione di trust che colga l'essenza dell'istituto nelle sue molteplici manifestazioni; queste ultime sono però così marcatamente divergenti sia sotto i profili funzionali che sotto quelli strutturali da imporre, almeno tendenzialmente, l'impiego del singolare "trust" alla sola sede sistematica o ricostruttiva*».

of persons (who are called beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may himself be one and any one of whom may enforce the obligation»[28].

Molte di queste figure, così come quelle comparatistiche, si concentrano sugli effetti (nel caso di Underhill, obbligatori) non sulla fattispecie, selezionando tra i vari effetti, quelli minimi comuni alle varie fattispecie (negoziali e non) di *trust* che li producono, volendosi collocare ad un livello di astrazione tale da ricomprendere *constructive trust*, *resulting trust* e *trust* espressamente istituiti.

Queste soffrono, dunque, degli stessi problemi sofferti da quelle.

Anche qualora, invece, sia più correttamente assunta come riferimento la figura di *trust* espressamente istituito ricostruita dalla dottrina inglese, questa è amorfa, quanto quella più generale del *trust*.

Essa, infatti, è una semplice specificazione di quest'ultima, compiuta sulla base della sola precisazione che la fattispecie produttiva degli effetti del *trust* sia costituita da una dichiarazione di volontà («*An express is one which is deliberately established and which the trustee deliberately accepts*»)[29].

Le figure del *trust* (espressamente istituito) inglese sono ben lontane dal rappresentare una fattispecie, come intesa nell'esperienza italiana.

Esse appaiono astratte e amorfe, quanto quelle convenzionali[30], che vogliono rappresentare il solo *trust* espressamente istituito.

Da esse non è possibile dedurre gli elementi contenutistici necessari per configurare dichiarazioni di volontà capaci di essere certamente qualificate come validi *trust* espressamente istituiti.

I giuristi inglesi più autorevoli, infatti, riconoscono che la loro esperienza non abbia mai espresso una figura del *trust* espressamente istituito che abbia le caratteristiche di una fattispecie e la capacità di determinare

---

[28] Il trattato di Underhill, oggi nella sua diciottesima edizione, contiene questa raffigurazione già dalle prime edizioni. La prima edizione è del 1878.

[29] P. H. Pettit, *Equity and Law of Trusts*, Oxford, 2005, p. 64.

[30] Per una recente figurazione, Williams v Central Bank of Nigeria, 2013, EWCA Civ. 785, § 37: «*In English law an express trust is created when a person (the settlor) directs that certain identified property (the trust property) will be held either by him or by others (as trustees) under a legal obligation which binds the trustees to deal with that property, which is owned by them as a separate fund, for the benefit of another (the beneficiary) who has an equitable proprietary interest in the trust property and its fruits from the moment the trust is created*».

quando una dichiarazione di volontà sia o non sia qualificabile come *trust* espressamente istituito, in ragione della sua approssimazione[31].

Dunque, anche derivare le raffigurazioni dei *trust* espressamente istituiti dalla figura del *trust* espressamente istituito nell'esperienza inglese, non appare una operazione particolarmente fruttuosa.

7. L'irrealismo della figura del *trust* (espressamente istituito) interno.

La figura del *trust* interno è derivata dalle figure del *trust*, costruite per altri fini, che sono state reificate, divenendo l'oggetto di analisi e parametro di azione, ed hanno sostituito, nell'esperienza italiana, la realtà giuridica che intendevano rappresentare[32].

In questa derivazione si è manifestato un problema metodologico.

Tali figure nascono per risolvere problemi valutativi diversi rispetto a quelli presupposti dall'applicazione del diritto positivo interno ed a quelli relativi alla definizione di una fattispecie di diritto positivo, per i quali invece sono comunemente assunte.

In realtà, alcune di queste figure non nascono per compiere operazioni valutative di alcuna natura, bensì solamente per compiere quelle operazioni conoscitive tipiche della comparazione, in quanto vogliono sintetizzare la realtà dei *trust* (e, spesso, non solo quelli espressamente istituiti) in tutti i paesi attraverso operazioni di super-astrazione.

Queste figure sono, però, ben lontane dai profili che, normalmente, ca-

---

[31] D. HAYTON, *"Trusts" in private international law. Recuil des Cours de L'Académie de Droit International*, Leiden-Boston, 2014, p. 17: «*It is universally acknowledged that, due to the inductive development of the trust, there is no true or conclusive definition of a trust that can enable one to determine whether or not certain legal relationships in particular circumstances give rise to a trust rather than some other legal concept*».

[32] Il processo di reificazione consiste nell'attribuire ad alcune astrazioni un valore di realtà, che porta a dimenticare che si tratti di rappresentazioni, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, p. 399; anche A. J. FEJFAR, *An Analysis of the Term "Reification" as Used in Peter Gabel's Reification in Legal Reasoning*, in *Capital Uni LR*, 1996, p. 579; P. GABEL, *Reification in Legal Reasoning*, in *Critical Legal Studies* (James Boyle ed.), 1994; D. LITOWITZ, *Reification in Law and Legal Theory*, in *S Cal Interdisc L.J.*, 2000, p. 401.

ratterizzano una fattispecie di diritto civile italiano: sono figure basate sugli effetti, amorfe o polimorfe, rarefatte ed assai astratte, oltre ad essere spesso definite attraverso categorie non consuete per il giurista di diritto positivo italiano.

Poiché di una realtà di diritto positivo straniero queste figure sono solo semplificazioni, in ragione della loro reificazione, si è giunti a pensare che la realtà del diritto positivo straniero fosse effettivamente semplificata e coincidente con tali figure.

8. Il ruolo del "tipo" nel diritto dei *trust*.

La (in)comprensione del *trust* espressamente istituito non deriva solamente dalla eccessiva astrattezza delle figure impiegate per configurare il relativo modello astratto e dal fatto che la maggior parte di queste siano sintesi degli effetti, piuttosto che fattispecie.

Deriva anche dal fatto che, nell'esperienza italiana, si sia pensato al *trust* espressamente istituito come una figura necessariamente unitaria, che deve poi essere costruita in chiave amorfa e polifunzionale, e si sia rinunciato ad una lettura del diritto positivo straniero attraverso le lenti della tipizzazione.

È divenuta comune l'idea, autorevolmente sostenuta, che il *trust* espressamente istituito sia una figura, non solo amorfa e polifunzionale, ma anche rispetto alla quale non sia possibile identificare distinzioni, demarcazioni, essendo privo il diritto dei *trust* di alcuna dimensione sistematica[33], tanto da rendere arbitrario ogni ragionamento sui tipi o tipologie di *trust*, in quanto tali differenziazioni non risponderebbero a criteri coerenti[34].

Tra la figura unitaria - "il *trust* (espressamente istituito)" - e la moltitudine indifferenziata dei casi in cui il *trust* è impiegato nella società – "i *trusts* (espressamente istituiti)" – non vi sarebbe spazio per concepire modelli astratti di *trust* – "i tipi di *trust*" – attorno ai quali gli ordinamenti di riferi-

[33] M. Lupoi, *op. cit.*: «*Il plurale "trusts" serve, in primo luogo, a sottolineare il polimorfismo dell'istituto, quale delineato negli "esercizi preliminari" appena proposti e quale appare dalla prassi negoziale, lontanissima dalle classiche finalità di conservazione del patrimonii familiari; il plurale serve, in secondo luogo, a porre in luce l'inesistenza di una dimensione sistematica all'interno del mondo della common law*».

[34] M. Lupoi, *Trusts - II. Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. Giur Treccani*, XXXI, 1995.

mento modellano una disciplina fatta di norme dispositive e di imperative, così come il diritto italiano disciplina i tipi di contratti.

Secondo una opinione diffusa, si dovrebbe parlare di *trusts*, al plurale, e non si dovrebbe dunque parlare né di *trust* né di tipi di *trust*[35].

In realtà, a fronte di un'attenta ricognizione del diritto positivo, non appare possibile negare che esistano veri e propri tipi nel diritto straniero dei *trust* - modelli astratti - che l'ordinamento di riferimento configura in modo simile a quanto avviene per i tipi di contratto, in diritto italiano.

Un civilista, abituato a pensare in chiave di tipi di negozio, può forse più facilmente individuare, nell'osservare il diritto positivo straniero, l'esistenza di tipi, rispetto ai giuristi interni stranieri.

Il processo di tipizzazione non riguarda l'individuazione del tipo del *trust* con beneficiari o del *trust charitable* (o di scopo), che è prima di tutto strutturale e, solo indirettamente, funzionale[36].

La tipizzazione a cui ci si riferisce è una differenziazione funzionale e di disciplina, all'interno della categoria del *trust* con beneficiari, per tipi negoziali.

Un processo di tipizzazione che presuppone la costruzione di tipi negoziali, che sono modelli di operazioni economiche, con caratteristiche e funzione simili a quella che l'esperienza civilistica conosce.

Tale processo avviene anche nel diritto inglese.

Nella tassonomia inglese, consolidata a partire dall'800, la categoria del *trust* espressamente istituito appare sempre sostanzialmente unitaria, non sviluppandosi una ricostruzione differenziata della stessa in ragione di tipi di *trust*.

La tradizione anglosassone è, dunque, ancora abituata a declamare l'unità della categoria del *trust* (in generale) e l'unità della disciplina, tanto da ritenere il *trust* espressamente istituito una figura unitaria polifunzionale[37].

Tuttavia, con il moltiplicarsi degli impieghi del *trust* espressamente istituito in settori commerciali e onerosi[38], si sono sviluppate regole operative

---

[35] M. Lupoi, *Trusts cit.*

[36] M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui cit.*, che accenna ad una ricostruzione dei *trust* in diritto inglese per tipi identificabili in base alle loro funzioni economiche nella società.

[37] P. Matthews, v. *infra* in questo volume; G. L. Gretton, *Trusts without Equity*, in ICLQ, 2000, p. 599.

[38] M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005.

diversificate, applicabili ai soli negozi impiegati in questi ambiti[39]. Ad esempio, il *trust* impiegato come fondo pensione appare oggi un tipo giurisprudenziale autonomo, con regole proprie[40].

Si è parlato di frammentazione del diritto dei *trust*, per riferirsi a questo fenomeno, che i civilisti chiamerebbero di tipizzazione[41].

Anche di fronte alla frammentazione riconosciuta, l'impostazione tradizionale inglese tende a sottovalutare il fenomeno preferendo continuare ad affermare la coerenza ed unitarietà della figura del *trust* espressamente istituito[42].

Solo qualche autore, recentemente, ha cominciato ad evidenziare il processo di tipizzazione e l'affermarsi di vari tipi di *trust* espressamente istituiti, comunemente caratterizzati in ragione della funzione economica che svolgono, sulla base dei quali è ricostruita la disciplina loro caratteristica, la quale concorrerebbe con i principi generali, nella definizione del quadro giuridico dei negozi appartenenti a tali tipi[43].

Una struttura di disciplina che coinciderebbe con quella che il nostro

---

[39] D. HAYTON, *Pension Trusts and Traditional Trusts: Drastically Different Species of Trusts*, in *The Conveyancer* 229, 2005.

[40] *Imperial Group Pension Trust Ltd v. Imperial Tobacco Ltd.*, 1991,1 WLR 589, p. 597.

[41] G. MOFFAT, *Pension funds: a fragmentation of trust law*, in MLR 56.4, 1993, p. 495: «*Whether we say there is now a distinctive law of pension trusts, or merely that there are new developments in the existing law of trusts, is material if opting for one formulation rather than the other were to affect our subsequent understanding and interpretation of the law of trusts, be it in relation to pensions or other types of trust. In respect of pension trusts, it would be unfortunate if the path towards legal development, opened up by the subversive potential of recent conceptual innovations, were obstructed by an overly mechanical process of analogising from the paradigm of the family trust; in short, by legal tradition. Conversely, the outcome of pension litigation leaves us with intriguing questions about the family trust. These are most aptly examined by inverting Sir Robert Megarry's proposition from Cowan v Scargill: is there any good reason why the 'rules' regulating pension trusts should apply in all their force to other trusts? The tenor of this article has been to reject any necessary symbiosis between the two*».

[42] G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, 2012, p. 35.

[43] A. HUSTON, G. THOMAS, *The Law of Trusts*, Oxford, 2010, p. 24. In questa opera si individuano i seguenti tipi di *trusts*, in ragione della funzione economica che perseguono: "*Private Client Trusts*", "*Offshore Asset Protection Trusts*", "*Offshore Purpose Trusts*", "*Occupational Pension Schemes Trust*", "*Trusts Used to take*

codice civile prevede in tema di contratti, divisa tra una parte generale – quella del contratto in generale – ed una parte speciale – la disciplina del tipo.

Ma questa non è un risultato acquisito da tutta la dottrina.

La tipizzazione, però, è un fenomeno ancora piuttosto implicito anche nel diritto inglese, la cui tassonomia tradizionale è meno capace, rispetto a quella di altri sistemi, di portare il fenomeno a livello esplicito.

In altri sistemi, la tipizzazione è più facilmente rilevabile, in quanto espressamente rilevata.

In molti sistemi, diversi da quello inglese, nei decenni si è sviluppata una disciplina tipica del *trust* di protezione patrimoniale ("*asset protection trust*"), con una logica caratteristica del processo di tipizzazione che il civilista può facilmente riconoscere, essendo basata sulla caratterizzazione funzionale del tipo di negozio e una coerente disciplina, in tema di effetti[44].

La tradizione americana, più di tutte le altre, è familiare con il processo di tipizzazione.

La tipizzazione del *trust* è, infatti, basilare nell'esperienza americana, nella quale la tassonomia dei *trust* espressamente istituiti è diversa ed inversa rispetto al diritto inglese.

Innanzi tutto, non vi è una categoria unitaria che raccolga *trust* espressamente istituiti, *resulting trust* e *constructive trust*.

Non si trova, oggi, alcun trattato che tratti del *trust* in generale.

I *constructive trust* sono trattati separatamente dagli altri e considerati rimedi[45].

La stessa categoria del *trust* espressamente istituito molto raramente è impiegata dalla dottrina[46].

Security in Commercial Transactions", "*Trusts which Conduct a Business*"; "*Trusts in Relation to Debt Securities*".

[44] A. Vicari, *Il trust di protezione patrimoniale cit.*; Id., «*Asset protection trusts*»: *i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2001, p. 540.

[45] A. Vicari, *Il constructive trust tra diritto e rimedio*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2004, p. 222; A. W. Scott, *Constructive Trusts*, in LQR 71, 1955, p. 39. Non a caso, i *constructive trust* non sono inclusi nei Restatements dei *trusts*, ma nel Restetement dedicato alla Restitution.

[46] Isolato è l'impiego della categoria. In dottrina, l'unico trattato che si impegna nella ricostruzione della categoria è quello di Bogert. Per conferme G. T. Bogert, *Trusts*, St. Paul, 1987, § 8.

Essa non appare, infatti, coerente con la tassonomia del diritto dei *trust* americano.

Negli Stati Uniti, infatti, non vi è una sistemazione delle regole operative sulla base della categoria generale del *trust* espressamente istituito, ma sulla base di una serie di modelli astratti che corrispondono a veri e propri tipi di *trust*, individuati per la funzione economica che ciascun tipo persegue in astratto nella società[47].

Non vi è ricostruzione della disciplina della categoria generale del *trust* o una disciplina generale del *trust* espressamente istituito.

Vi è una disciplina raccolta e delineata per tipi.

Ad esempio, i Restatement sul *trust* si concentrano sul *trust*, con funzione programmaticamente attributiva, a carattere liberale; altrettanto fa il recente *Uniform Trust Code*. Trattano, anche, quale tipo autonomo e con propria disciplina, il *trust* in favore del disponente (*living trust*). Questo è considerato, infatti, un tipo di *trust* autonomo rispetto a quello per beneficiari, un modello astratto che ha una funzione diversa rispetto a quest'ultimo e con una disciplina propria e diversa[48].

Altrettanto vale per *trust* onerosi, ad esempio, quelli di garanzia o quelli per la cessione dei beni ai creditori o quelli impiegati in operazioni finanziarie, che sono tutti considerati tipi negoziali diversi con una propria disciplina, non solo giurisprudenziale ma a volte anche legislativa, diversa rispetto al *trust* per beneficiari o quello in favore del disponente, che comprende sia norme imperative che dispositive per il tipo[49].

L'esperienza americana, dunque, porta al massimo il processo di tipiz-

---

[47] S.I. Strong, *Arbitration of Trust Disputes: Two Bodies of Law Collide*, in *Vand. J. Tran. Law* 45, 2012, p. 1157, ove si precisa: «*Trusts are typically defined by their purpose. Many trusts (such as dynasty trusts, marital trusts or family trusts) are meant to pass on wealth within a family, with the quintessential example being a trust created by a parent to benefit a child after the parent's death. However, trusts serve other purposes as well. For example, some trusts are created entirely for charitable purposes, while others, such as asset protection trusts or credit shelter trusts, appear to be primarily focused on deterring potential creditors from reaching trust assets or garnering various tax savings*».

[48] E. Halbach, *Jr. Revocable living trusts in the United States*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2001, p. 562.

[49] La netta separazione tipologica tra *trust* per beneficiari e *trust* onerosi e commerciali è sottolineata anche da J.H. Langbein, *The Secret Life of the Trust: the Trust as an Instrument of Commerce*, in *Yale L.J.* 107, 1997, p. 165.

zazione, finendo per negare rilevanza assoluta alla figura del *trust* espressamente istituito, e dimostra che anche nei paesi di *common law* il processo di tipizzazione è sentito come necessario e opportuno nella ricostruzione del *trust*.

9. La necessità della tipizzazione dei *trust* espressamente istituiti nell'esperienza italiana.

L'esperienza giuridica, in un modo o nell'altro, considera sempre, nell'ambito dell'attività negoziale, il "tipo" come una fattispecie[50].

L'assunzione di figure del *trust* espressamente istituito troppo astratte, in quanto prodotte in analisi comparatistiche o di teoria generale e non di diritto positivo, insieme all'aver omesso la ricognizione, analisi e valutazione del diritto dei *trust* in Italia mediante le lenti del tipo, è stata una delle cause dello smarrimento e confusione in cui langue la realtà del *trust* in Italia.

L'assenza di identificazione e riconoscimento di tipi o tipologie di *trust* espressamente istituiti, nel diritto positivo straniero, ha condotto allo smarrimento di fattispecie precise a cui riferire la dichiarazione di volontà che vuole essere *trust* e lo smarrimento di una fattispecie a cui riferire, in dottrina, ogni ragionamento concreto e realistico sull'applicazione delle norme italiane a questo istituito.

Ciò implica che del "*trust*" possa dirsi tutto e il contrario di tutto, in dottrina.

Ciò implica che i privati finiscano per sentirsi liberi di esprimersi a loro piacimento e implica che essi possano sentirsi essere sicuri di ottenerne l'attribuzione di rilevanza giuridica ed il riconoscimento in Italia della loro dichiarazione di volontà, solo preoccupandosi di invocare il *nomen trust* nella loro dichiarazione di volontà e di prevedere un contenuto che abbia almeno caratteristiche minime richieste nella Convenzione dell'Aia per definire il proprio campo di applicazioni.

I giuristi italiani dovrebbero e potrebbero comprendere il *trust* per tipi di negozio, così come farebbero per qualsiasi negozio a loro familiare.

La comprensione del diritto attraverso astrazioni è certamente tipica del

---

[50] Chi ha ricostruito l'impiego del termine tipo nella nostra esperienza giuridica, appare giungere a questa conclusione; v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 14 nt. 1.

civilista[51]; la comprensione dell'attività negoziale attraverso l'elaborazione di tipi astratti (sulla base di materiale legislativo, sociale o giurisprudenziale) è caratteristica dell'esperienza italiana tutta[52] e, in fondo, i giudici italiani impiegano sempre il tipo come parametro di valutazione dell'agire dei privati in ambito negoziale[53].

Analizzare la disciplina dei *trust* attraverso le lenti del tipo e dei tipi, modelli ideali e astratti, è necessario in Italia, in quanto la loro comprensione non è un esercizio puramente accademico, ma una necessità soprattutto pratica.

Senza una cognizione del *trust* per fattispecie e tipi astratti un ordinamento, come quello italiano, che non ha la *law of trusts* nel suo DNA, finisce per generare in concreto *trust* che non hanno caratteristiche per essere qualificati come tali.

L'esperienza dimostra che ciò è quanto sia veramente avvenuto.

In Italia, il *trust* non è entrato nella vita giuridica nello stesso modo cui entrano in contratti alieni[54], ovvero attraverso una passiva ricezione dei modelli negoziali stranieri, importati a-criticamente e senza adeguato inquadramento e considerazione delle norme imperative italiane, ma con una creativa generazione dei contenuti negoziali, senza alcun riferimento alle fattispecie tipiche straniere ed alla configurazione dei modelli astratti di *trust* nelle esperienze straniere, prima ancora che considerazione delle norme italiane[55].

È questo approccio che ha generato i mostri giuridici che finiscono oggi nelle aule di tribunali.

L'esistenza di tipi negoziali, con precise fattispecie, va ricercata e riconosciuta, ove esistente, nelle esperienze straniere, anche ove non sia immediatamente percepibile, perché non chiaramente verbalizzata dalla dottrina.

---

[51] Cooper, Kotz.

[52] G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Milano, 1974, *passim*; E. Cioffi, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008, *passim*.

[53] R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 788.

[54] La ricognizione del fenomeno del contratto alieno si trova in G. De Nova, *"The Law which governs this agreement is the law of Republic of Italy": il contratto alieno*, in G. De Nova, *Il Contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 31 ss.

[55] Chiaramente L. Gatt, *op. cit.*, p. 75.

La sottovalutazione dell'esistenza di tipi nella realtà del *trust* è una idea che deve essere superata, in quanto troppo assoluta, perché i tipi di *trust* esistono e affermare che non vi sono impedisce all'agire privato di attivarsi per ricercarne la presenza nella legge regolatrice e dunque di trovare il parametro di riferimento per modellare il contenuto della propria dichiarazione di volontà.

La fattispecie astratta (ed i suoi confini) dei vari tipi del *trust* deve essere rilevata e traguardata, deve essere ben presente all'estensore del concreto negozio, al giudice ed al teorico e questo può avvenire solo se la cultura giuridica italiana, abbandonando l'idea del amorfismo del *trust* e della sua polifunzionalità, cominci a ripensare il suo approccio all'istituto, ricostruendo la disciplina come un insieme di tipi negoziali ognuno con una propria funzione.

10. Conclusioni.

Tipizzare i *trust* espressamente istituiti richiede un cambio di paradigma, per l'esperienza italiana.

Significa abbandonare le parole chiave dell'amorfismo, del polimorfismo, del polifunzionalismo.

Significa, in fondo, abbandonare l'idea della signoria del volere, ed abbracciare quella dei limiti all'autonomia privata.

Un cambio necessario, alla luce della situazione in cui l'esperienza del *trust* (espressamente istituito) in Italia si trova.

Questo non solo per raddrizzare il percorso del *trust* in Italia, ma per indirizzare al meglio, sin dall'inizio, il percorso di ogni negozio di diritto interno che voglia a questo sostituirsi.

Lo sviluppo di un contratto di diritto italiano che voglia essere il corrispondente del *trust* espressamente istituito, quale figura eterea, polimorfa e polifunzionale, appare in contrasto con la tendenza, se letta con realismo, che si manifesta nei sistemi che disciplinano il *trust*, in cui si tende sempre con maggior chiarezza ad abbandonare la figura unitaria del *trust* espressamente istituito ed abbracciare la tipizzazione.

Ma non è tutto.

La storia del diritto ci insegna - e questo è apparso chiaro nelle splendide relazioni dei romanisti e degli storici del diritto italiano in questo convegno - che gli equivalenti del *trust*, nel diritto civile, non sono mai state figure amorfe e polifuzionali.

Sono sempre state figure tipiche, capaci di svolgere una funzione, magari declinabile in concreto con diverse caratterizzazioni, ma mai astrattamente polifunzionali.

Nella nostra tradizione, le funzioni e la disciplina del fidecommesso e quella dei negozi di garanzia non sarebbero mai stati accumunate ed accumunabili in una sola struttura negoziale, come invece è avvenuto mediante la figura del *trust* (espressamente istituito) in Italia.

La nostra tradizione ci impone un ragionamento basato sui tipi, che continua a condizionarci nella nostra azione[56].

Solo traguardando uno o più tipi di *trust* espressamente istituiti si potranno sviluppare nuovi tipi di contratto, in Italia, capaci di realizzare le operazioni economiche per le quali tali tipi di *trust*, e la loro disciplina, si è sviluppata nei sistemi di *common law*.

Solo operando in questo modo, si eviterà al sistema italiano di scontrarsi nuovamente con l'incomprensione, e le sue conseguenze pratiche, che nascono dal confrontarsi con figure amorfe, polifunzionali, come quelle sviluppatesi nell'ambito del *trust* in Italia, che possono essere tutto ed il contrario di tutto.

[56] R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 785.