



Né Treuhänder né trustee: l'affidatario fiduciario

Maurizio Lupoi

Milano, 21
maggio 2019

Il Treuhänder

Legge del Liechtenstein (art. 897 del Personen und Gesellschaftsrecht, 1926):

Treuhänder (Trustee oder Salmann) [...] ist diejenige Einzelperson, Firma oder Verbandsperson, welcher ein anderer (der Treugeber) bewegliches oder unbewegliches Vermögen oder ein Recht (als Treugut) [...] mit der Verpflichtung zuwendet, dieses als Treugut **im eigenen Namen als selbständiger Rechtsträger** zu Gunsten eines oder mehrerer **Dritter** (Begünstigter) mit Wirkung **gegen jedermann** zu verwalten oder zu verwenden.

Il Treuhänder

Treuhänder (Trustee oder Salmann) [...] ist diejenige Einzelperson, Firma oder Verbandsperson, welcher ein anderer (der Treugeber) bewegliches oder unbewegliches Vermögen oder ein Recht (als Treugut) [...] mit der Verpflichtung zuwendet, dieses als Treugut **im eigenen Namen als selbständiger Rechtsträger** zu Gunsten eines oder mehrerer **Dritter** (Begünstigter) mit Wirkung **gegen jedermann** zu verwalten oder zu verwenden.

Salmaan ←- proprietario temporaneo per trasferire poi agli «eredi» - K. BEYERLE, *Das Salmannenrecht*, 1900 - *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, 1895.

si cerca l'analogia con il trustee di common law (nell'art. 898 è una sorta di constructive trust)

Il compito del Treuhänder:
verwalten - amministrare
verwenden – impiegare

Non c'è una finalità espressa

Il Treuhänder

Alcune regole della Treuhand del Liechtenstein:

- Il rapporto di T. deve essere manifesto (<> dir. ingl.)
- Iscrizione in un registro se il trustee è del L. oppure l'atto istitutivo all'Ufficio del Registro (<> dir. ingl.)
- Almeno un trustee deve essere locale (<> dir. ingl.)
- Se non diversamente disposto, al termine della T. i beni tornano all'affidante (<> dir. ingl.)
- Segregazione dei beni verso i creditori del Treuhänder e dell'affidante, ma
- Responsabilità personale del Treuhänder per i debiti eccedenti il valore dei beni

Il Treuhänder

L'atto istitutivo non può prevedere che il trustee sia obbligato a seguire le *fortlaufende Weisungen* dell'affidante, cioè le continue istruzioni, altrimenti lo si tratta come un contratto di mandato.

Il T risponde all'affidante, non ai beneficiari (<> dir. ingl.),
tranne dopo la morte dell'affidante (sic)

Recente giurisprudenza: I beneficiari «discrezionali» non hanno alcun diritto di informazione (<> dir. ingl.)

Ma che fiducia è?

Non è parificabile a un trust

Non è parificabile a un mandato, anzi è espressamente distinto nella legge

La struttura è quella della fiducia nel **diritto romano classico**

Ma allora dove è la «fiducia germanistica»?

Il Treuhänder nel diritto tedesco

1. La Treuehand di fine Ottocento riguarda principalmente il diritto delle garanzie, es. cessione «fiduciaria» di un credito, cessioni di beni che rimangono «fiduciarmente» al debitore cedente
2. Oggi essa è detta **fiduziarische Treuehand** e appartiene alla categoria dei negozi fiduciari («fiduziarische Rechtsgeschäfte»)
3. Struttura: due negozi
 1. Trasferimento del bene o del diritto al Treuhänder
 2. Patto fiduciario limitativo degli effetti del trasferimento (pactum fiduciae) – tensione fra il *dürfen* e il *können* quel che è lecito fare e quel che si può fare (come in inglese *may* e *can*).

Il Treuhänder in Italia?

Questo non è possibile in diritto italiano, dove i negozi di trasferimento sono causali

Si può realizzare quando il trasferimento avviene in forza di negozio astratto, come la girata di cambiale, e si può allora riproporre la struttura tedesca

Un secolo di dottrina italiana ripetitiva e sterile sul negozio fiduciario

Dottrina che non guarda alle finalità pratiche dei negozi

Eccezione Grassetti, ma la sua proposta di una «causa fiduciae» viene comunemente rigettata

Il Treuhänder in Italia?

La segretezza del *pactum fiduciae* è considerata essenziale
→ disvalore dell'intera operazione

Non era così nel diritto romano, non era così nella dottrina tedesca

Generale negatività verso il negozio fiduciario: il fiduciario quale prestanome, l'evasione delle obbligazioni verso i creditori, etc.

E la «fiducia germanistica»?

La «fiducia germanistica», come intesa da dottrina e giurisprudenza sul mandato a società fiduciaria

NON ESISTE IN DIRITTO TEDESCO.

In diritto tedesco esiste l'autorizzazione che il proprietario concede ad altro soggetto, legittimandolo a compiere atti sui propri beni (cod. civile tedesco, § 185).

Nel diritto tedesco non si parla di «fiducia germanistica» in questo senso, ma se mai in quella dell'antico diritto germanico (longobardo e altri)

Ma il concetto di «autorizzazione» tornerà utile nel contratto di affidamento fiduciario

Il trustee

La Treuhand ripropone la fiducia del diritto romano, il trust ripropone la *confidentia* del diritto medievale europeo

La *confidentia* è

l'affidamento **in** qualcuno

prima che l'affidamento **di** qualcosa.

Il tema si generalizza a qualsiasi posizione di diseguaglianza

Per esempio, il governo federale americano è trustee delle terre degli Indiani nativi: il caso di Orso Solitario

Il trustee

Nei rapporti fra privati la confidentia interpella la coscienza

La tensione fra il *dürfen* e il *können* diventa la tensione fra ciò che è morale e ciò che è immorale

Qui interviene la giurisprudenza della Corte di equity

Il miracolo dell'Equity

Si capisce subito che siamo in una regione della vita giuridica che nulla ha da spartire con la Treuhand: né tedesca né del Liechtenstein

Treuhänder e trustee non hanno nulla in comune che tocchi l'essenza dei rispettivi istituti

Il trustee in Italia

Tema da tutti voi conosciuto, ma c'è qualcosa da aggiungere

Il ricorso «ignorante» alla legge straniera

«ignorante» a Roma significa anche «leggero», «non vigilato», «rozzo»

La metabolizzazione impropria del trust (es. Trib. Milano, sez. I)

Essa comporta

perdita di specificità

e banalizzazione

Il trust bastardo quale prospettiva

e il prevedibile dominio dell'incertezza

Come reagire al trust bastardo

Non si può più fare a meno dei trust, oramai entrati nella prassi e nella legislazione per soddisfare esigenze diffuse e sentite

Non si può pensare a una lotta per la purezza del trust...

E quindi occorre un diverso strumento giuridico

L'invenzione dell'affidamento fiduciario

«Negozio di affidamento fiduciario» è una espressione usata da me in un libro del 2008; mai era stata usata prima da alcuno

Idem per «contratto di affidamento fiduciario»

La primogenitura linguistica non avrebbe alcun rilievo se non fosse accompagnata dalla primogenitura normativa, che è nella mia monografia del 2014

Ove ho descritto un complesso di rapporti privo di precedenti.

Il legislatore del «dopo di noi» ovviamente ha richiamato il mio lavoro per la assorbente ragione che non ce ne erano altri

Struttura e finalità

Il contratto di affidamento fiduciario è una struttura giuridica, non un tipo;
qualunque struttura è composta da elementi invarianti;
il raggiungimento della finalità di qualsiasi struttura viene posto a rischio se anche un solo elemento manca.

L'affidatario fiduciario in essenza

L'affidatario fiduciario è un soggetto al quale vengono attribuiti **poteri** per realizzare un **programma**

La valenza culturale dell'affidamento è quella primigenia: affidamento **in** prima che affidamento **di**

Di qui l'autonomia dell'affidatario, che si avvale dei poteri per realizzare il programma

Per i giuristi: raffronto con i negozi modali quando il bene oggetto di donazione o legato è anche il mezzo per realizzare il modus (es. tipico: somma di denaro):

chi dà si affida a chi riceve, confida in lui

ma la legge non protegge questo affidamento

L'affidatario fiduciario in essenza

L'affidamento fiduciario può nascere o comunque svolgersi **senza la presenza in vita dell'affidante**

I punti di contatto con il mandato sono assai tenui, pensate solo al rendiconto o alle istruzioni dinanzi a circostanze nuove in assenza di mandante

Pensate sopra tutto al **programma** rimesso all'affidatario fiduciario quale causa stessa del contratto

L'affidatario fiduciario

La struttura del contratto di affidamento fiduciario, come da me proposta, prevede alcune inusuali caratteristiche; per esempio:

- la non risolubilità del contratto per inadempimento o altra causa
- la (possibile) presenza di un garante
- il ricorso ai negozi autorizzativi
- un (eventuale) ruolo dei beneficiari dell'affidamento
- il peculiare titolo di proprietà dell'affidatario, temporaneo e ambulatorio.

L'affidatario fiduciario

Questi elementi strutturali si combinano:

I beni appartengono all'affidatario, ma egli non può trarne vantaggio

E quindi è coerente che il garante sia **autorizzato** a trasferirli da un affidatario fiduciario a un altro

Questo ha conseguenze sulla configurazione del **titolo** dell'affidatario fiduciario, che è per definizione **ambulatorio** e i diritti e le obbligazioni di ogni soggetto sono da leggere in trasparenza rispetto a un **programma** che è indifferente alla vita dell'affidante

E così si spiega il ruolo che possono rivestire i **beneficiari**

L'affidamento fiduciario

Il contratto di affidamento fiduciario è profondamente diverso dal negozio fiduciario perché appartiene a un diverso ambiente giuridico

Appartiene all'ambiente della *confidentia* e quindi del *trust* e non a quello della *Treuhand* e quindi del negozio fiduciario

Se non avete questo chiaro in mente non potete capire quanto vi ho appena illustrato del contratto di affidamento fiduciario

L'affidatario è un trustee?

La proposta del contratto di affidamento fiduciario è trasparentemente una alternativa rispetto al trust

Alternative spesso cercate dal diritto civile negli ultimi decenni, ma sempre senza alcun successo.

Perché il contratto di affidamento fiduciario dovrebbe avere successo?

Perché dovrebbe avere successo?

- Vastità fenomenologica dalla quale parte la proposta (es. vendita con patto di riscatto, patti di famiglia, investimenti in comune, contratti di rete, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori, donazione a non concepiti, donazione modale, ...)
- Collocazione nell'ambito contrattuale, tranquillizza gli affidanti
- Conoscenza dei limiti operativi dei trust e modalità per superarle (es. Saunders v Vautier)
- Tecniche di diritto civile (innovative, ma di sistema) per raggiungere risultati comparabili a quelli dell'equity, anzi più efficienti (es. negozi autorizzativi, programma)

Perché dovrebbe avere successo?

Il programma, quale causa concreta da **dichiarare** e al quale ispirare la disciplina di ciascun contratto, non è elemento essenziale dei trust

Lo è invece del contratto di affidamento fiduciario

Esso rende impossibile i contratti abusivi perché è agevole controllare la realtà del programma e la conformazione dell'attività dei soggetti interessati alla sua realizzazione

C'è quindi uno spiraglio: il contratto di affidamento fiduciario quale modo per un progresso civile e non solo giuridico.

Chissà...