

# IL NEGOZIO DI FIDUCIA, CIVIL O COMMON LAW?



Gli aspetti salienti del negozio giuridico e un'analisi dei sistemi internazionali in relazione al diritto italiano. Pregi e difetti nell'applicazione pratica nello sviluppo dei vari Paesi.

■ di Romano Gabriele Faienza

**P**rima di iniziare un'analisi sul negozio fiduciario estero, è necessario individuare la differenza tra Trust e "negozio di fiducia". Il negozio fiduciario è quell'atto con cui un soggetto fiduciante (*settlor*) affida ad un soggetto fiduciario (*fiduciary*) il compito di fare, custodire e sviluppare un progetto, quote societarie e beni diversi. Il trust invece è un istituto giuridico mediante il quale un soggetto affida ad un altro alcuni beni per la soddisfazione di specifici interessi. Questo il principio di base. Nella prassi internazionale esistono alcuni modelli di rapporti fiduciari che, più o meno esplicitamente, si rifanno al mandato. Su questo principio le varie giurisdizioni hanno sviluppato regolamenti più o meno complessi. Bisogna considerare in ogni caso, che il negozio fiduciario viene regolato a seconda dell'adozione del tipo di fiducia in atto in ogni Paese, e soprattutto dal tipo di ordinamento, di *civil law* oppure di *common law*.

Il modello di *civil law* è un tipo di ordinamento giuridico derivante dal diritto romano.

La denominazione deriva dal cosiddetto "*corpus iuris civilis*", la ciclopica opera voluta dall'imperatore Giustiniano nel VI sec. d.C. per dare delle regole al caotico sistema giuridico dell'impero romano d'Oriente che, con la evoluzione successiva del diritto medioevale, si sviluppa sino ad arrivare alle grandi codificazioni recenti, quali il codice Austriaco 1786, il codice Prussiano 1794 ed il codice Napoleonico 1804. Il sistema di *civil law* si è sviluppato dapprima nell'Europa continentale, prendendo anche il nome di diritto continentale, per poi propagarsi in moltissimi altri Paesi. L'elemento che contraddistingue il modello di *civil law* è la presenza di codici di diritto sostanziale e quelli di diritto strumentale che regolano gli aspetti procedurali.

Con il modello di *common law*, invece, si intende un ordinamento giuridico di origine anglo-americano sviluppatosi in Inghilterra a partire dal 1066, basato sui precedenti giurisprudenziali, e non già su leggi e o codici.

La sostanziale differenza dal punto di vista pratico del sistema di *civil law* rispetto a quello di *common law* è la creazione parlamentare del diritto, che assicura una maggiore certezza e democraticità, vincolando l'organo giudicante a decidere solo sulla base della legge. Va sottolineato che anche nel modello di *civil law*, la giurisprudenza consolidata ha una certa influenza sulla formazione del convincimento dell'organo giudicante.

Questa differenza sostanziale però si rivela al contempo anche un limite. Infatti nei sistemi di *civil law* le regole generali si rivelano spesso poco adeguate ai casi concreti, ma non si può derogare dai codici scritti, essendo necessaria una procedura parlamentare per la modifica, l'abrogazione e la codifica di nuove leggi più adeguate, alla regolamentazione di fenomeni che accadono in maniera lenta.

Semberebbe quindi che nei Paesi ad ordinamento giuridico di *com-*

*mon law* sia più snella l'amministrazione della giustizia, poiché l'organo giudicante può adottare le regole al singolo caso concreto, più facilmente e senza vincoli.

Questo sistema duale in tema di ordinamento giuridico è presente anche nei negozi fiduciari.

Il concetto di "fiducia" si basa su due teorie: la teoria della fiducia germanistica e la teoria della fiducia romanistica. Infatti nei Paesi di *common law* l'adozione è per la fiducia germanistica, mentre nei

Paesi di *civil law* l'adozione è per la fiducia romanistica.

### La fiducia germanistica

Nel gruppo dei Paesi dell'Est-Europa questa suddivisione è avvenuta solo successivamente, all'alba di una nuova democrazia che ha consentito l'adozione di un sistema legislativo più aperto che tenta di rispondere alla tendenza degli altri Paesi europei di legittimare istituti analoghi al trust (risoluzione Parlamento Europeo del 15



## UNGHERIA

In Ungheria il legislatore ha regolamentato l'istituto della gestione fiduciaria patrimoniale, con la legge del 2009, dichiarata poi incostituzionale.

Solo nel 2014 e precisamente al 15 marzo è entrato in vigore il nuovo codice civile ungherese con la legge del 2013 contenente la regolamentazione sul trust e le attività fiduciarie.

Il contratto di gestione fiduciaria del patrimonio, per le sue caratteristiche è assimilabile al trust, ed è regolamentato dagli artt. dal 310 al 330 del libro sesto e rientra tra i contratti tipici previsti dall'ordinamento ungherese.



## REPUBBLICA CECA

La legislazione della Repubblica Ceca invece, in materia di fiducia si è ispirata quasi completamente a quella del Quebec (sistema misto) che ha istituito il fondo fiduciario che consente una gestione flessibile del patrimonio, alla stregua dei contenuti di fiducia espressi nell'ordinamento del Quebec.

La legislazione della Repubblica Ceca invece, in materia di fiducia si è ispirata quasi completamente a quella del Quebec (sistema misto) che ha istituito il fondo fiduciario che consente una gestione flessibile del patrimonio, alla stregua dei contenuti di fiducia espressi nell'ordinamento del Quebec.



## ROMANIA

Oltre l'Ungheria, anche la Romania ha cominciato a muovere i primi passi in questa area del tutto nuova per un paese dell'ex blocco sovietico. Infatti sotto la pressione della politica di pre-adesione alla Comunità europea, la Romania fa affluire nel proprio ordinamento due differenti modelli: quello francese (*civil law*), cui fa espresso riferimento la relazione che accompagna l'introduzione del Codice civile e quello del Quebec, sistema misto il cui risultato è quello di introdurre nel sistema della fiducia romana, regole basate sulla fiducia francese insieme ad elementi della fiducia del Quebec. Questa situazione, i cui profili presentano diversi spunti da poter analizzare, è frutto non tanto di una spontanea circolazione dei modelli bensì di un'esigenza di urgenza per poter entrare a far parte dell'Unione europea e anche dell'obbligo di rispettare accordi con il Canada, il cui legame con la Romania risale all'inizio degli anni novanta, praticamente all'alba di una nuova era. Con il contratto di gestione fiduciaria del patrimonio, che per disposizione normativa deve essere obbligatoriamente scritto, il fiduciario gestisce in nome proprio a favore di un soggetto, individuato nell'atto scritto e denominato beneficiario, beni e diritti che sono stati trasferiti dal fiduciante.



## LIECHTENSTEIN

Nel Principato del Liechtenstein sono presenti in contemporanea due tipi di rapporto fiduciario e di teorie fiduciarie, quella della fiducia romanistica e quella anglosassone del trust.

Infatti la legislazione contenuta negli artt. 897-932 del codice delle persone e delle società, sembra essere creata per introdurre nel sistema la fiducia germanistica in alternativa a quella romanistica basata sui paragrafi 1002 e ss del codice civile austriaco, codice adottato dal Principato. Il legislatore (del Principato) in virtù di questa alternanza, ha definito le caratteristiche dell'atto fiduciario con l'art. 899 del codice delle persone e delle società (PGR di F.A. Schurr).

novembre 2011) armonizzando le regole del diritto civile e commerciale interno dei vari paesi dell'ex blocco sovietico, a quello degli altri Paesi membri della Comunità. Si può affermare che il mandato, il negozio fiduciario, *nominee ship*, *escrow agreement*, *fiduciary*, ecc. sono tutte figure e negozi giuridici

che presentano una forte similitudine con il trust, ruotandone attorno, talvolta rappresentando un disuso, talvolta una degenerazione, nella maggior parte dei casi una concreta possibilità operativa. Per esempio l'*escrow agreement* è quel negozio fiduciario con il quale due parti contraenti affidano ad

una terza persona, di comune accordo, somme di denaro, titoli od altro, nelle more del perfezionamento del contratto o degli accordi stipulati. Questi modelli organizzativi, che inizialmente erano presenti nelle società *offshore*, sono sempre più spesso utilizzate nelle istituzioni domestiche e questo a



## REGNO UNITO

In Inghilterra, paese di common law, il concetto di fiducia è basato sulla teoria della fiducia germanistica.

Sono due teorie diverse soprattutto per origine. Infatti la teoria della fiducia romanistica, utilizzata soprattutto nei Paesi continentali dell'Europa ha come fonte il diritto romano che viene identificato dalla dottrina come negozio assai complesso, risultante dall'unione di due differenti negozi:

- un contratto ad effetti reali a mezzo del quale si realizza il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario;
- un contratto a carattere obbligatorio, il cosiddetto *pactum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga ad amministrare il bene od il diritto conferito sulla base delle disposizioni del fiduciante.

La teoria della fiducia germanistica, è istituto piuttosto moderno, derivante infatti dall'ordinamento tedesco in vigore dal 1900.

Nello specifico il rapporto tra il fiduciante ed il fiduciario viene ricondotto al negozio del mandato e quindi sostanzialmente al fiduciario non viene trasferita la proprietà del bene, ma la legittimazione formale a disporre degli stessi beni.

riprova che i principi fondamentali contenuti nella *common law* vengono recepiti anche nel nostro ed altri ordinamenti, consentendo così ai vari professionisti della materia di adottare soluzioni sino a qualche tempo fa totalmente sconosciute.

Nella prassi internazionale ricorrono frequentemente, come abbiamo innanzi visto, diverse figure che ruotano tutti attorno al trust e al concetto di fiducia: *nominee shareholder*, *nominee administration*, *service*, *fiduciary*, *escrow*, *nominee administrator*, tutte figure contemplate nel modello di common law. Tutte queste figure vengono regolate attraverso il contratto di *nominee ship*, che viene stipulato all'inizio del rapporto fra il mandante ed il fiduciario, contenente l'impegno del *nominee*, a dare seguito alle istruzioni impartite dal mandante e a non effettuare alcun

atto dispositivo sul bene ove non espressamente previsto. Appare evidente che tale tipologia di rapporto pur connotato da un rapporto di fiducia, nulla ha a che vedere con il trust.

Infatti il *nominee* altro non è che un mandatario senza rappresentanza dell'effettivo titolare del bene e o del diritto.

Nelle diverse giurisdizioni il dovere del fiduciario è visto in una diversa luce, per esempio la legge del Canada (*canadian law*) ha sviluppato una più vasta serie di obbligazioni rispetto alla *american law*, mentre l'*australian law* e la *british law* hanno sviluppato un approccio molto più conservativo rispetto sia al Canada e agli Stati Uniti.

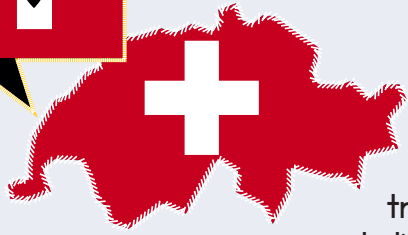
Nel 2014 la Law Commission (England and Wales) ha rivisto i doveri del fiduciario definendo: "*Fiduciary duties cannot be under-*

*stood in isolation.*

*Insted they are better viewed as legal polyfills, malding themselves flexibly around other legal structures and sometime filling the gaps"* (Law commission/England and Wales com. 350 parag. 3.11). La connotazione di tutte queste figure, che ruotano attorno al trust è quella di:

- nessuna autonomia decisionale;
  - obbligo di trasferimento al beneficiario del bene dietro semplice richiesta;
  - inesistenza di alcuna discrezionalità;
  - assenza di profitto della operazioni a favore del fiduciario, ecc.
- Tutto ciò porta a pensare che questa impostazione è quella che più si avvicina al trust, con un'unica differenza che il Bare Trust, proprio perché è un trust, gode dell'effetto segregativo, mentre il mandante del *nominee*, non può godere dello stesso effetto.





## SVIZZERA

Nel diritto svizzero, il negozio fiduciario è inteso quale rapporto giuridico in cui un soggetto, detto fiduciante, sulla scorta di un patto di fiducia (*pactum fiduciae*), trasferisce beni o servizi di qualsiasi natura al fiduciario, il quale li acquisisce a pieno titolo.

Sulla scorta di questo atto connotato come visto dal "*pactum fiduciae*", il fiduciante può vantare esclusivamente una pretesa obbligatoria verso il fiduciario riguardante l'utilizzo del bene affidato ed all'esercizio del diritto secondo quanto contrattualmente pattuito, nonché alla successiva e consequenziale restituzione del bene al fiduciante o ad altri soggetti contrattualmente previsti, considerando che in caso di fallimento del fiduciario, ha diritto di rivendicazione per i beni e crediti consegnati, con possibilità di surroga del valore patrimoniale del bene affidato al fiduciario, qualora il medesimo fosse stato oggetto di sostituzione.

In tema di tutela il Codice delle Obligazioni, e nello specifico gli artt. 401 e ss, dettano regole precise ed esaustive. Altri negozi giuridici presenti nell'ordinamento svizzero che perseguono finalità simili al negozio fiduciario, ma che da esso vanno tenuti distinti, sono:

- il contratto di deposito ex art. 472 e ss del codice delle obbligazioni;
- la donazione modale ai sensi dell'ex art. 245 e ss del codice delle obbligazioni, etc. (per citarne solo alcuni).

Bisogna segnalare che in Svizzera la figura del fiduciario è una figura professionale, per la cui attività in alcuni cantoni, come quello del Canton Ticino, è obbligatoria l'iscrizione in un apposito albo professionale previo superamento di un esame, mentre in altri cantoni, anche il Cantone dei Grigioni, tale esame non esiste.

Nella *forma mentis* dell'opinione pubblica svizzera, il negozio in intestazione, viene spesso collegato a precisi scopi:

- celare l'identità del titolare economico di un patrimonio, per questioni di privacy;
- eludere la disposizione del diritto;
- celare gli interessi dei terzi.

Questa opinione diffusa trae origine soprattutto dal fatto che in Svizzera il *pactum fiduciae*, non essendo regolato nel diritto codificato, si basa sul diritto consuetudinario e sulla dottrina, alla stregua del sistema di *common law*, rappresentando di per se valida fonte del diritto, salvo che per alcuni effetti che vengono regolati dal codice delle obbligazioni - titolo tredicesimo - del mandato - capo primo - dagli artt. 394 - 406, oltre che dal codice penale svizzero dagli artt. 138 - 158.