

Sezione VI

Analisi del negozio fiduciario in Svizzera

di *Paolo Bottini e Gabrio Lavizzari*

SOMMARIO: 1. Situazione di partenza e premesse iniziali. – 2. Negozio fiduciario in generale. – 2.1. Il negozio fiduciario. – 2.2. Qualifica del negozio fiduciario. – 2.2.1. Definizione. – 2.2.2. Norme applicabili al negozio fiduciario. – 2.3. Rapporto giuridico tra fiduciante e fiduciario. – 2.3.1. Il titolo giuridico nel negozio fiduciario. – 2.3.2. Situazione giuridica del bene posto in fiducia. – 2.4. Posizione giuridica del fiduciante. – 2.5. Posizione giuridica del fiduciario. – 2.6. *Status* dell'eventuale beneficiario. – 2.7. Istituti affini al negozio fiduciario. – 2.7.1. Differenziazione da altri istituti giuridici. – 2.8. Codificazione del negozio fiduciario in diritto svizzero *de lege ferenda*. – 2.8.1. Premessa. – 2.8.2. Proposte sviluppate in dottrina. – 2.8.3. Possibili modifiche *de lege ferenda*. – 3. Campi d'applicazione classici del contratto fiduciario. – 3.1. Negozio fiduciario a scopo di gestione patrimoniale (*fiducia cum amico*). – 3.2. Negozio fiduciario a scopo di liberalità. – 3.3. Negozio fiduciario a scopo di garanzia (*fiducia cum creditore*). – 4. La validità del contratto fiduciario. – 4.1. Criteri per l'annullamento del negozio giuridico simulato (elusione di norme di legge). – 4.2. Negozio fiduciario e divieto dell'ipoteca mobiliare. – 5. Il bene trasmesso in fiducia nel rapporto interno esistente tra fiduciante e fiduciario. – 5.1. Trasferimento del bene posto in fiducia al fiduciario. – 5.2. Passaggio del diritto sul bene fiduciario nel caso di cessazione del contratto. – 5.3. Problematica della revocabilità. – 5.4. Situazione legale in caso di decesso del fiduciario. – 5.5. Situazione legale in caso di decesso o fallimento del fiduciante. – 6. L'esecuzione forzata e i diritti sul bene trasmesso in fiducia in caso di fallimento del fiduciario. – 6.1. Principio. – 6.2. Applicabilità dell'art. 401 CO e diritto di rivendicazione. – 6.2.1. In generale. – 6.2.2. Il surrogato ricevuto da terzi. – 6.3. Il negozio fiduciario a carattere irrevocabile. – 6.4. Stipulazione di una condizione risolutiva. – 6.5. Il denaro contante (confusione). – 7. Bene trasmesso in fiducia e rapporti giuridici del fiduciario con terzi. – 7.1. In generale. – 7.2. Sequestro o pignoramento del bene trasmesso in fiducia. – 7.3. Diritto di ritenzione ed eccezioni del terzo verso crediti detenuti fiduciariamente. – 7.4. Responsabilità del fiduciario o del fiduciante per pretese nei confronti del bene trasmesso in fiducia. – 8. Cessione non autorizzata del bene trasmesso in fiducia. – 8.1. Problematica. – 8.2. In generale. – 8.3. Diritti del fiduciante. – 8.4. Possibilità di stipulazione di una condizione risolutiva. – 9. Conclusione e risultati. – 10. Bibliografia.

1. Situazione di partenza e premesse iniziali

In diritto svizzero, il negozio fiduciario si riscontra spesso in ambiti in cui gli istituti attualmente presenti nell'ordinamento giuridico non risultano adatti a raggiungere determinati obiettivi. In alcuni casi è utilizzato in maniera impropria

per pregiudicare interessi di natura privata (quali quelli di creditori o eredi), o pubblica (in particolare fiscali)¹.

L'analisi del presente articolo si fonda essenzialmente su tre asserti, ossia che (a) il bene posto in fiducia rappresenta un bene a se stante, separato dal patrimonio del fiduciario e sul quale i creditori possono attingere limitatamente (*Sondervermögen*), (b) il fiduciante – o il beneficiario – dispone di pretese di carattere quasi-reale sul bene posto in fiducia e (c) il negozio fiduciario accanto alle classiche funzioni quali la garanzia di crediti e l'amministrazione patrimoniale, ha recentemente conosciuto uno sviluppo per fini di liberalità, ciò che l'ha reso simile all'istituto del trust esistente nei paesi anglosassoni o nel Principato del Liechtenstein.

2. Negozio fiduciario in generale

2.1. Il negozio fiduciario

Il negozio fiduciario (fiducia, patto di fiducia²) non viene espressamente regolato nel diritto codificato svizzero ma viene esclusivamente definito attraverso la giurisprudenza. Ne consegue che i tribunali fondano quindi la loro analisi sul diritto consuetudinario e sulla dottrina³, ciò che genera innumerevoli quesiti e problematiche rendendo difficile il posizionamento del negozio fiduciario all'interno della sistematica del diritto svizzero.

2.2. Qualifica del negozio fiduciario

2.2.1. Definizione

In diritto svizzero, il negozio fiduciario è inteso quale rapporto giuridico in cui il fiduciante, sulla scorta di una convenzione fiduciaria⁴, trasferisce beni e diritti di ogni natura al fiduciario, il quale li acquisisce a pieno titolo⁵. A differenza del diritto alla proprietà "tradizionale", egli viene al contempo vincolato obbligato-

¹ Nell'opinione pubblica svizzera, infatti, il negozio fiduciario viene sovente associato a 3 precisi scopi: nascondere l'identità del titolare economico di un patrimonio, eludere disposizioni di diritto cogente e ledere gli interessi di creditori. Cfr. L. THÉVENOZ, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, in ZSR, 1995, p. 284; R. WATTER, *Die Treuband im Schweizer Recht*, in ZSR, 1995, p. 202.

² Alla pari dell'istituto del *trust* nel diritto anglosassone, che trova origine nel diritto consuetudinario.

³ Cfr. art. 1, cpv. 1 e 2, CC; DTF 78 II 451.

⁴ Il cosiddetto *pactum fiduciae* (contratto fiduciario o convenzione fiduciaria), che non necessita di forma particolare (DTF 86 II 97).

⁵ R. WATTER, *op. cit.*, p. 187; M. SEILER, *Trust und Treuband im schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees*, Zurigo, 2005, n. 123, p. 48; sentenza 3 settembre 2004 ICCA.

riamente ad assicurarne gestione e amministrazione nell'interesse e secondo le indicazioni del fiduciante (o di un terzo) e alla restituzione a titolo gratuito previo soddisfacimento di determinate condizioni. Analogamente al rappresentante autorizzato⁶, si denota una discrepanza tra la capacità legale all'agire e l'autorizzazione concessa⁷ contrattualmente. In proposito, va rilevato che il fiduciario, a differenza del comune rappresentante, acquisisce nella sua veste di rappresentante indiretto pretese e diritti propri. Il negozio fiduciario, inoltre, si caratterizza per la sua duplice natura, composta dai seguenti elementi:

– il *trasferimento di un diritto* al fiduciario per mano del fiduciante (diritto alla proprietà di beni mobili o immobili o altri diritti quali ad. es. diritti immateriali, crediti);

– il *pactum fiduciae* (contratto o convenzione di amministrazione fiduciaria), attraverso il quale il fiduciario, all'interno del mandato, si impegna a gestire e amministrare il diritto trasferitogli, nonché, a precise condizioni, alla restituzione o all'eventuale ulteriore trasferimento.

A questo proposito, risulta utile sottolineare come il rischio di estinzione del bene fiduciario venga sopportato interamente dal fiduciante, ma al contempo il fiduciario venga gravato dall'obbligo contrattuale di diligenza per l'attività di amministrazione e conservazione svolta. Si profila così la situazione secondo cui il fiduciario diventa sì titolare giuridico in *plena potestas* sul bene trasmesso in fiducia ma senza esserne l'avente diritto economico⁸.

Nonostante non vi sia una definizione univoca in diritto svizzero, si fa regolarmente riferimento alla suddivisione operata da Gaius nelle *Istitutiones*⁹, che a dipendenza della presenza di un interesse proprio del fiduciario o meno distingue tra negozio fiduciario a scopo di gestione patrimoniale (*fiducia cum amico*)¹⁰ e il negozio fiduciario a scopo di garanzia (*fiducia cum creditore*)¹¹.

⁶ Ossia il rappresentante diretto.

⁷ Tale situazione è riassumibile con la formula contenuta in *DTF*, 119, II, 236: "Der Fiduziär darf mehr als er kann", circostanza che comporta una sproporzione tra fine e mezzi (L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 270).

⁸ R. WATTER, *op. cit.*, p. 187, dove si riporta a titolo esemplificativo il tenore dell'art. 61 OIPrev, in base al quale l'imposta preventiva dedotta dal reddito di titoli affidati a un fiduciario è rimborsata soltanto su istanza presentata dal fiduciante e solo se lo stesso soddisfa le condizioni per il rimborso.

⁹ I.P. MANGATCHEV, *Fiducia cum creditore contracta in EU law*, Focofima, Conferenza del 10 settembre 2009, Copenhagen, http://jura.ku.dk/focofima/nybeder/fiducia_cum_creditore/; R. WATTER, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰ W. FELLMANN, *Berner Kommentar*, Berna, 1992, ad art. 394, n. 65; *DTF*, 119, II, 326.

¹¹ In caso di trasferimento di proprietà a scopo di garanzia o la cessione fiduciaria di crediti a scopo di garanzia.

2.2.2. Norme applicabili al negozio fiduciario

In primo piano, nelle costellazioni dei possibili negozi fiduciari, vi è la fiducia a scopo di gestione patrimoniale, in base alla quale il fiduciario si obbliga ad amministrare il bene nell'interesse del fiduciante (o nell'interesse di un terzo)¹².

La qualifica di tale rapporto fiduciario non è tuttavia univoca. Il Tribunale Federale, come gran parte della dottrina, ritiene applicabili le norme relative al contratto di mandato secondo l'art. 394 e ss. del codice delle obbligazioni¹³ (CO).

La massima corte svizzera, come pure parte della dottrina, qualifica il fiduciario quale rappresentante indiretto del fiduciante, il quale non abbisogna né del conferimento della facoltà di rappresentanza, né dell'approvazione per le decisioni prese in merito all'oggetto posto in fiducia.

Un'altra corrente di pensiero vede nel *pactum fiduciae* del contratto di amministrazione fiduciaria un contratto *sui generis* composto essenzialmente dalle regole del mandato e, in parte, dal contratto di deposito giusta l'art. 472 e ss. CO¹⁴.

La qualifica proposta dal Tribunale Federale, secondo Seiler, è però da respingere, in quanto va fatta distinzione tra il rapporto interno esistente tra fiduciante e fiduciario, rappresentante un mandato ai sensi dell'art. 394 e ss. CO, e il rapporto esterno del fiduciario, che da proprietario a pieno titolo può disporre a sua discrezione del bene posto in fiducia¹⁵. In realtà, attraverso il negozio, il fiduciario diviene proprietario del bene posto in fiducia al fine di amministrarlo secondo quanto stabilito nel *pactum fiduciae*. Limitazioni della capacità di disporre contenute all'interno del *pactum fiduciae* hanno valenza prettamente obbligatoria e vanno riferite alla sola relazione interna. Per questi motivi, l'associazione o l'analogia con l'istituto della rappresentanza non risulta appropriata. L'essenza stessa del negozio fiduciario, infatti, è rappresentata dal ruolo del fiduciario quale avente diritto e compito di gestire e disporre il bene secondo le indicazioni fornite dal fiduciante in base al *pactum fiduciae*¹⁶.

2.3. Rapporto giuridico tra fiduciante e fiduciario

2.3.1. Il titolo giuridico nel negozio fiduciario

In diritto svizzero, il trasferimento della proprietà, retto dal principio della causalità, presuppone necessariamente un titolo giuridico valido (*iusta causa*), sia

¹² W. FELLMANN, *op. cit.*, ad art. 394, n. 65.

¹³ Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) (CO), RS 220.

¹⁴ M. SEILER, *op. cit.*, n. 126, p. 49; R. WATTER, *op. cit.*, p. 189.

¹⁵ M. SEILER, *op. cit.*, n. 127, p. 50.

¹⁶ M. SEILER, *op. cit.*, n. 127, p. 50.

che si tratti di trasferimento di proprietà immobiliare (regolato all'art. 965 CC¹⁷ in concerto con l'art. 31 RRF¹⁸), sia che si tratti di proprietà mobiliare come già riconosciuto in passato dalla giurisprudenza della massima corte svizzera (DTF 55 II 302).

Per quanto attiene al titolo giuridico del negozio fiduciario, la questione del trasferimento di proprietà tra fiduciante e fiduciario non è stata ancora chiarita. La tesi prevalente riconosce al negozio fiduciario la qualità di causa¹⁹. Il Tribunale Federale ha riconosciuto tale qualità nei casi di negozio fiduciario a scopo di garanzia²⁰.

La dottrina prevalente, considera il negozio fiduciario di gestione patrimoniale un contratto di mandato o un contratto *sui generis* con elementi del mandato, ciò che rappresenta una convenzione o un accordo in vista del trasferimento di proprietà tale da costituirne una valida causa²¹.

2.3.2. Situazione giuridica del bene posto in fiducia

Come enunciato in precedenza, il fiduciante trasmette al fiduciario il diritto, o il bene posto in fiducia, con piena facoltà di disporre giacché la stessa viene limitata esclusivamente in sede di rapporto interno attraverso il *pactum fiduciae*²². In caso di decesso del fiduciario, il bene entra a far parte della massa ereditaria e i gli eredi vengono così obbligati a trasferire il bene secondo quanto convenuto nel *pactum fiduciae*. Il bene fiduciario, in virtù dell'obbligo di fedeltà e diligenza cui è sottoposto il fiduciario secondo l'art. 398, cpv. 2, CO, deve essere tenuto separato dalla sostanza personale e deve, in quanto massa, incorporare qualsiasi provento da esso conseguito²³. L'utile e il plusvalore realizzati accrescono l'entità del bene fiduciario stesso; al contrario le perdite subite ne diminuiscono la consistenza patrimoniale senza che vi sia alcun influsso sul patrimonio del fiduciario. La neutralità patrimoniale alla quale dovrebbe essere assoggettato il bene si riflette nella realtà contabile dove, di norma, i valori detenuti fiduciarmente non figurano a bilancio del fiduciario. La condizione giuridica del bene trasmesso in fiducia può quindi essere riassunta con la natura di patrimonio speciale separato (*Sondervermögen*), destinato ad un fine particolare²⁴.

¹⁷ Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC), RS 210.

¹⁸ Regolamento del 22 febbraio 1910 per il registro fondiario (RRF), RS 211.432.1.

¹⁹ M. SEILER, *op. cit.*, n. 128, p. 51; n. 132, p. 52 con riferimenti.

²⁰ DTF, 86, II, 227; 72, II, 240; 56, II, 447; 72, II, 361; 85, II, 99; Pra 48 n. 127 E. 1; 91, II, 448.

²¹ M. SEILER, *op. cit.*, n. 132, p. 52 con riferimenti alle numerose voci dottrinali in merito.

²² M. SEILER, *op. cit.*, n. 135, p. 53 s.

²³ R. WATTER, *op. cit.*, p. 190.

²⁴ L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 317; in proposito alla sua separazione e distinzione, si pensi alle operazioni fiduciarie delle banche definite dalla normativa bancaria (LBCR/OBCR); cfr. pure l'art. 23 del Codice svizzero di deontologia emanato dalla Federazione svizzera degli avvocati, in cui viene esplicitamente statuita la custodia separata di fondi affidati da parte di clienti.

2.4. Posizione giuridica del fiduciante

Il fiduciante cede al fiduciario qualsiasi diritto sul bene al momento del trasferimento. Sulla scorta del *pactum fiduciae*, egli può vantare esclusivamente una pretesa obbligatoria verso il fiduciario vertente all'utilizzo della cosa o all'esercizio del diritto secondo quanto contrattualmente pattuito, nonché alla successiva restituzione al fiduciante (o a terzi). Nel caso di fallimento del fiduciario, il fiduciante, in ossequio all'art. 401 CO, ha un diritto di rivendicazione per crediti e cose mobili acquisite dal fiduciario in nome proprio ma per conto del fiduciante²⁵. Come si evince dal tenore dell'art. 401, cpv. 3, CO e come confermato da giurisprudenza e dottrina, i beni immobili non sono inclusi nel diritto di rivendicazione legale²⁶. Non contemplati dall'art. 401, cpv. 3, CO sono anche i valori patrimoniali originariamente trasmessi dal fiduciante al fiduciario all'interno del negozio fiduciario²⁷. Ne consegue che il fiduciante può vantare una pretesa al surrogato del valore patrimoniale del bene posto in fiducia qualora il medesimo fosse stato oggetto di sostituzione²⁸.

2.5. Posizione giuridica del fiduciario

In base alla teoria del trasferimento integrale del diritto (*Vollrechtstheorie*)²⁹ il fiduciario – a condizione che il trasferimento non sia simulato – ottiene la piena titolarità del diritto sul bene posto in fiducia o del surrogato ricevuto in cambio di esso, con facoltà di disporre esclusiva. Attraverso la cessione fiduciaria viene attribuita al fiduciario una reale capacità giuridica di disporre che va oltre a quella prevista internamente in via negoziale dal *pactum fiduciae*³⁰. Il fiduciario si presenta nel rapporto esterno, quindi nei confronti di terzi che nulla hanno a che fare con il rapporto esistente tra fiduciario e fiduciante, quale legittimo titolare del diritto con *plena potestas*.

In conseguenza del particolare rapporto di fiducia cui è sottoposto, il fiduciario è responsabile per la diligente esecuzione di quanto previsto nel patto fiduciario ai sensi dell'art. 398, cpv. 2, CO in concerto con gli artt. 321e e art. 97 CO e ne risponde per qualsiasi colpa³¹. La legge, all'art. 398, cpv. 1, CO, fa esplicito

²⁵ DTF, 117, II, 429.

²⁶ G. GAUTSCHI, *Basler Kommentar*, ad art. 401 CO, n. 6; DTF, 102, II, 107; 99, II, 397; 72, II, 362; 39, II, 814; cfr. per l'estensione *de lege ferenda* del diritto di rivendicazione a beni immobiliari: W. FELLMANN, *op. cit.*, n. 104, ad art. 401 s.

²⁷ DTF, 117, II, 429; 39, II, 809.

²⁸ M. SEILER, *op. cit.*, n. 138, p. 55.

²⁹ In merito a tale teoria cfr. DTF, 117, II, 463; 117, II, 290; 109, II, 239; L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 274 ss.

³⁰ DTF, 117, II, 463; 119, II, 328; la cosiddetta "*überschiessende Rechtsmacht*".

³¹ W. FELLMANN, *op. cit.*, n. 469, ad art. 398 CO ss.; H. HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, VI ed., p. 305 s.

riferimento all'assoggettamento alle norme di responsabilità del lavoratore secondo il contratto di lavoro (art. 321e CO), il che comporta una triplice valutazione della responsabilità alla luce: i) del rischio comportato dall'attività lavorativa, ii) del grado di formazione e iii) delle conoscenze professionali³². A questo proposito può essere fatto riferimento alla prassi e alla dottrina prevalente in materia³³.

2.6. Status dell'eventuale beneficiario

Premesso che nell'ambito del negozio fiduciario svizzero raramente ci si esprime sulla posizione del beneficiario (terzo), va sottolineato come il beneficiario non disponga fundamentalmente di pretesa *alcuna* nei confronti del fiduciario³⁴. Al fine di tutelare al meglio la sua posizione, *de lege lata*, è necessaria dunque la conclusione di un contratto a favore di un terzo³⁵, ovvero un contratto che sia concluso a suo vantaggio in base all'art. 112 CO³⁶. La posizione del beneficiario è definita sempre ai sensi dell'art. 112 CO dalla *volontà* del fiduciante³⁷, e può essere ridotta ad una mera facoltà di ricevere beni o diritti (cfr. art. 112, cpv. 1, CO), oppure all'aspettativa di ricevere tutti i diritti del fiduciante (si pensi ad esempio al caso in cui soltanto l'obbligo di rendiconto continui a sussistere nei confronti del fiduciante, mentre il diritto alla restituzione del bene posto in fiducia passi invece al beneficiario). In tal caso il beneficiario potrà disporre di questi diritti quale pieno titolare. Il rapporto tra fiduciante e beneficiario viene stabilito dal rapporto di base esistente tra essi. È da notare che allorquando il *pactum fiduciae* definisca con precisione il beneficio e la portata delle liberalità, vige la presunzione che sussista un contratto a favore di terzi³⁸.

2.7. Istituti affini al negozio fiduciario

2.7.1. Differenziazione da altri istituti giuridici

Il negozio fiduciario va distinto da altri negozi giuridici che perseguono finalità simili. Le disposizioni legali concernenti gli istituti elencati in seguito possono pertanto essere prese in considerazione ai fini dell'interpretazione del negozio fiduciario, essendo gli interessi in gioco parzialmente uguali:

³² Cfr. gli art. 321a cpv. 1 e l'art. 321e CO.

³³ W. FELLMANN, *op. cit.*, n. 181 ss. all'art. 398 CO.

³⁴ A differenza dell'istituto del *trust* di diritto anglosassone.

³⁵ Il cosiddetto "echter Vertrag zugunsten Dritter".

³⁶ R. WATTER, *op. cit.*, p. 191.

³⁷ Parimenti, la volontà del fiduciario risulta a questo proposito essenziale, in quanto è necessario che egli si adatti alla manifesta volontà del fiduciante e che l'accetti; cfr. R. WATTER, *op. cit.*, p. 191.

³⁸ M. SEILER, *op. cit.*, n. 142, p. 57.

a) A differenza del **contratto di deposito** *ex* art. 472 e ss. CO, nel negozio fiduciario la proprietà passa al fiduciario anche senza che sia intervenuta confusione. Il fiduciario, inoltre, è tenuto ad amministrare il bene nell'interesse del fiduciante e non ha soltanto l'obbligo di detenzione o custodia³⁹.

b) Nella **donazione modale** ai sensi dell'art. 245 e s. CO, il donante può decidere che il bene (o l'utilizzo dello stesso) sia da trasferire dal donatario ad un terzo; il bene passa in tali costellazioni interamente nel patrimonio del donatario che lo può di principio amministrare anche nel proprio interesse. Qualora il donatario non rispetti l'onere stabilito dal donante, quest'ultimo, non disponendo di un diritto ad impartire istruzioni, può chiedere in via giudiziale l'esecuzione reale oppure revocare la donazione. Analogamente all'istituto della sostituzione fidecommissaria⁴⁰, il terzo beneficiario dispone di diritti propri soltanto se questi sono desumibili dal senso stesso dell'onere di cui è gravato il donatario⁴¹.

c) Diversamente dalla **compravendita con opzione di riacquisto**, al fiduciario spetta l'impegno di amministrare il bene posto in fiducia durante la durata del negozio fiduciario nell'interesse del fiduciante, mentre all'interno dell'opzione di riacquisto non vi è altro dovere salvo il divieto di alienare il bene e l'obbligo di provvedere al suo mantenimento⁴².

d) La **fondazione indipendente**, possiede e può perseguire secondo la dottrina unicamente fini ideali, mentre il negozio fiduciario – se irrevocabile – non conosce limitazioni relative al suo scopo. Il negozio fiduciario presenta pure alcuni parallelismi con la **fondazione di famiglia**, che però è un soggetto giuridico indipendente⁴³.

e) Nel **contratto di commissione** degli art. 425 e ss. CO, il commissionario appare nei rapporti verso l'esterno come un fiduciario; tale rapporto non ha però un carattere durevole. Tuttavia, può essere concordato che i beni acquisiti dal commissionario restino a quest'ultimo, cosicché risultino applicabili le regole sul negozio fiduciario. Lo stesso discorso ha valenza per la rappresentanza indiretta secondo l'art. 32 e ss. CO, poiché come per il commissionario, non viene acquisita la proprietà, ma questa, in applicazione dell'art. 32, cpv. 2, CO, passa direttamente al mandante (committente)⁴⁴.

f) Nella **società tacita**, invece, il bene societario viene amministrato in base ad uno scopo comune. Soltanto il socio principale appare però nei rapporti verso l'esterno in maniera analoga ad un fiduciario⁴⁵.

³⁹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁰ Cfr. art. 488 c.c.

⁴¹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 193.

⁴² A differenza del depositario, che è legato dall'eventuale consenso del depositante per un utilizzo improprio, il proprietario gravato da un'opzione di riacquisto può utilizzare il bene a proprio piacimento; R. WATTER, *op. cit.*, p. 192.

⁴³ H.M. RIEMER, *Berner Kommentar*, Berna, 1975, Sist. Teil, ad art. 80, n. 418 e ss.; R. WATTER, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁴ R. WATTER, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁵ R. WATTER, *op. cit.*, p. 193.

Il negozio fiduciario deve, inoltre, essere distinto da altri istituti che creano situazioni assimilabili al rapporto fiduciario, nelle quali lo (pseudo-) fiduciario tratta nell'interesse di persone terze, ma sovente soltanto *in nome* di terzi senza che egli assuma la posizione di proprietario. Non ricadono dunque sotto la definizione di fiduciario in senso stretto l'ufficio di esecutore testamentario (art. 517 CC), di amministratore e di rappresentante della successione (artt. 554; 602, cpv. 3, CC), di tutore o curatore (art. 360 CC) né tantomeno il rappresentante di prestiti in obbligazioni (art. 1159 CO), il beneficiario di cartelle ipotecarie e di rendite fondiariae o il rappresentante dei crediti di titoli di prestito con garanzia immobiliare secondo l'art. 875 CC. I citati rapporti e istituti, come detto in precedenza, possono ad ogni modo essere presi in considerazione per l'analisi di quesiti giuridici inerenti il negozio fiduciario considerato che gli interessi toccati sono analoghi⁴⁶.

2.8. Codificazione del negozio fiduciario in diritto svizzero *de lege ferenda*

2.8.1. Premessa

Come sopraenunciato, in diritto svizzero non è presente una regolamentazione del negozio fiduciario. Il termine stesso di “negozio fiduciario” è riscontrabile a livello legislativo solamente in maniera sporadica⁴⁷. In alcuni casi, quali ad esempio gli artt. 685b, cpv. 3, e 685d, cpv. 2, CO o nella legge federale sugli investimenti collettivi di capitale⁴⁸ (LICol), nonostante non venga menzionato, il negozio fiduciario viene tacitamente presunto⁴⁹. A tal proposito va ricordato come il Tribunale Federale abbia riconosciuto la validità del rapporto fiduciario sin dal 1905⁵⁰.

2.8.2. Proposte sviluppate in dottrina

Il postulato di codificare e sviluppare il diritto del negozio fiduciario, è un'idea relativamente recente. Infatti, il prof. Thévenoz nel 1995 ha redatto su mandato dell'Ufficio Federale di Giustizia un parere che prevedeva l'inserimento del negozio fiduciario nel Codice delle Obligazioni. Tale disegno di legge postulava una normativa⁵¹ comprendente: i) la costituzione di un patrimonio fiduciario a se stante ed estraneo al patrimonio del fiduciario; ii) un diritto di seguito sia del fiduciante,

⁴⁶ R. WATTER, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁷ R. WATTER, *op. cit.*, p. 188, esempi alla nota a piè pagina n. 15; come pure la menzione della cessione fiduciaria (e del *trust*) senza che la stessa venga ulteriormente definita nel Decreto del Consiglio federale concernente misure preventive di protezione delle persone giuridiche, società di persone e ditte individuali ad art. 18, SR 531.54.

⁴⁸ Legge federale del 23 giugno 2006 sugli investimenti collettivi di capitale (LICol), RS 951.31.

⁴⁹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁰ DTF, 31, II, 105; L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 264.

⁵¹ Conteneva pure alcuni elementi affini all'istituto del *trust* di diritto anglosassone, si pensi a questo proposito al diritto di seguito.

che del beneficiario e di eventuali altri fiduciari⁵²; iii) la durata massima di 60 anni; iv) la possibilità di revoca e nomina di un successore; v) la possibilità di adire il giudice all'insorgere di determinate controversie. L'adozione di detta normativa avrebbe comportato pure adeguamenti del regime dei beni matrimoniali, del diritto successorio e delle norme sull'esecuzione forzata. Si pensi ad esempio all'ampliamento dell'azione di riduzione contro il beneficiario (art. 522 CC) o al diritto di rivendicazione del bene posto in fiducia qualora nei confronti del fiduciario fosse dichiarato il fallimento (art. 242 LEF⁵³). Non è stata trattata da Thévenoz la problematica relativa ad una possibile limitazione della capacità di disporre del fiduciante per mezzo di annotazione nel registro fondiario⁵⁴.

Secondo, invece, Seiler, considerata anche la recente ratifica da parte della Svizzera della Convenzione dell'Aja sui Trust⁵⁵, le disposizioni legali da adattare o introdurre al fine di garantire un determinato grado di sicurezza del diritto sarebbero minime⁵⁶. Tra questi adattamenti possono essere annoverati l'introduzione di un diritto di rivendicazione del fiduciante sul bene posto in fiducia (art. 401 CO), una regolamentazione chiara del diritto di revoca (art. 404 CO) come pure una limitazione della capacità di disporre del fiduciario annotata a Registro Fondiario. In sede di diritto successorio resta comunque da chiarire la situazione giuridica di un negozio fiduciario a causa di morte, poiché questa non rappresenta secondo il diritto vigente una valida disposizione *mortis causa*⁵⁷, bensì qualifica quale istituzione d'erede gravata da onere oppure legato gravato da onere (art. 482 CC)⁵⁸.

2.8.3. Possibili modifiche de lege ferenda

Riassumendo quanto sostenuto da parte della dottrina⁵⁹, il contratto fiduciario è una variante del contratto di mandato *ex art. 394 e ss. CO* che, in vista di una sua possibile codificazione *de lege ferenda*, richiederebbe i seguenti aggiustamenti:

a) la pretesa alla rivendicazione del bene posto in fiducia giusta l'art. 401 CO deve essere chiaramente definita, in armonia con la LEF, sia in rapporto al fiduciante che al beneficiario in caso di morte o fallimento del fiduciario;

⁵² Un tale diritto però si rivela di difficile applicazione nel diritto positivo svizzero a seguito della teoria dell'acquisizione del diritto pieno (*Vollrechtsstheorie*). Infatti, in caso di disposizione non autorizzata da parte del fiduciario del bene posto in fiducia, possono trovare applicazione – accanto alle norme sulla responsabilità civile – le disposizioni di diritto penale quali l'amministrazione infedele (art. 158 CPS) e l'appropriazione indebita (art. 138 CPS).

⁵³ Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento (LEF), RS 281.1.

⁵⁴ M. SEILER, *op. cit.*, n. 354, p. 148.

⁵⁵ Entrata in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2007.

⁵⁶ M. SEILER, *op. cit.*, n. 352, p. 147 e n. 356 s., p. 149.

⁵⁷ In diritto successorio svizzero vige un *numerus clausus* dei modi di disporre *ex causa* di morte (art. 481 c.c. ss.). L'istituzione di un negozio fiduciario a causa di morte risulta quindi *de lege lata* esclusa.

⁵⁸ M. SEILER, *op. cit.*, n. 355, p. 149.

⁵⁹ M. SEILER, *op. cit.*, n. 353, p. 148.

b) il diritto di revoca o disdetta dell'art. 404 deve poter essere regolamentato autonomamente per il contratto fiduciario⁶⁰, introducendo quindi l'opzione di irrevocabilità del negozio;

c) l'art. 960 CC deve essere ampliato, includendo la possibilità di annotazione a Registro Fondiario a favore del fiduciante (o del beneficiario) della limitazione di disporre del fiduciario, nonché della possibilità d'iscrizione del fiduciante nella sua funzione;

d) nell'ambito dell'esecuzione forzata vanno apportate modifiche in merito al diritto di rivendicazione di terzi di cui agli artt. 106, 107 e 242 LEF.

3. Campi d'applicazione classici del contratto fiduciario

3.1. Negozio fiduciario a scopo di gestione patrimoniale (*fiducia cum amico*)

Questo tipo di negozio fiduciario può avere come oggetto beni singoli, si pensi ad un immobile, oppure un complesso di beni quali ad esempio un portafoglio di titoli. Nella prassi esso risulta essere largamente diffuso, soprattutto quando attraverso di esso vengono sviluppati affari che il fiduciante altrimenti non potrebbe da solo svolgere (perché, a titolo d'esempio, gli è negato l'accesso a determinati mercati borsistici, oppure perché il fiduciante non intende operare direttamente con la propria identità⁶¹ o ancora in campi in cui il fiduciario dispone di conoscenze e competenze particolari⁶²). Inoltre possono essere annoverate anche finalità di gestione di conflitti di interesse⁶³ o di gestione collettiva di interessi⁶⁴.

⁶⁰ A differenza quindi del contratto di mandato.

⁶¹ Illustrativi a questo proposito sono gli esempi contenuti in *DTF*, 78, II, 445, e in 91, II, 442. In quest'ultimo caso andava preservato il patrimonio di una famiglia austriaca e di un cittadino tedesco dall'ingerenza del regime nazionalsocialista per mezzo di una struttura fiduciaria affidata a residenti svizzeri in grado di garantirne l'anonimato.

⁶² Si pensi pure al caso di operazioni economiche con più attori quali i crediti sindacati (dove vengono istituite garanzie a disposizione di una collettività di creditori) oppure a casi in cui il titolare economico si spossa di determinati attivi causa conflitti d'interesse.

⁶³ A differenza del negozio fiduciario di gestione patrimoniale tradizionale è ipotizzabile la situazione in cui le istruzioni da impartire al fiduciario da parte del beneficiario economico sugli atti in questione siano ridotte o addirittura escluse per evitare possibili conflitti d'interesse. A questo proposito si consideri l'esempio citato da L. Thévenoz in relazione alla proposta di Berlusconi risalente all'anno 1994 di cedere a titolo fiduciario il gruppo Fininvest da lui detenuto e difficilmente conciliabile con la sua attività di premier (cfr. L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 291; http://archivistorico.corriere.it/1994/aprile/07/Fondazione_Berlusconi_co_0_9404072818.shtml). Secondo L. Thévenoz, tuttavia, tale possibile finalità fiduciaria *de lege lata* non tutela sufficientemente gli interessi del fiduciante (vedi solvibilità del fiduciario e revocabilità possibile in ogni tempo secondo l'art. 404 cpv. 1 CO).

⁶⁴ In merito a tale scopo fiduciario, caratterizzato da un alto grado di indipendenza nei confronti del fiduciante, si può fare riferimento alla SUIA (cooperativa facoltativa degli autori ed editori

Questa particolare funzione del negozio fiduciario presenta alcune similitudini con la rappresentanza indiretta (art. 32, cpv. 2, CO) come pure con il contratto di commissione (art. 425 CO). Esempi classici annoverabili in tale costellazione sono la gestione fiduciaria di titoli, il *securities lending* o la cessione di crediti a scopo d'incasso⁶⁵. Tale tipologia fiduciaria risulta molto utilizzata anche in ambito notarile in caso di compravendita immobiliare per il deposito del prezzo d'acquisto in attesa del suo trasferimento al venditore a perfezionamento della vendita⁶⁶.

3.2. Negozio fiduciario a scopo di liberalità

Questa funzione è pensata per i casi in cui una persona sia intenzionata a trasmettere beni ad una terza persona, senza che quest'ultima ne possa immediatamente disporre⁶⁷. Notori sono i casi in cui un erede viene scavalcato, oppure nei quali un'eredità viene trasmessa di generazione in generazione senza che questa venga mai sciolta, oppure i casi nei quali il terzo destinatario non ancora raggiunto la maggiore età. In tali casi, l'amministrazione dei beni avviene tramite una persona affidataria di fiducia che provvede a trasmettere i beni al terzo, quale destinatario finale, al momento opportuno. Questo tipo di negozio fiduciario tripartito presenta affinità con la funzione classica del trust anglosassone.

3.3. Negozio fiduciario a scopo di garanzia (*fiducia cum creditore*)

Il negozio fiduciario si presta anche all'utilizzo a scopo di garanzia. Si persegue lo stesso interesse economico mirante all'ottenimento di garanzia analogamente a quanto avviene per il diritto di pegno. Nei casi di *fiducia cum creditore* (si pensi al trasferimento di proprietà a titolo di garanzia o alla cessione fiduciaria a scopo di garanzia), un elemento patrimoniale viene ceduto al creditore (fiduciario) a titolo di proprietà, con l'accordo di natura obbligatoria contenuto nel *pactum fiduciae* della sua restituzione qualora il debitore (fiduciante) soddisfi gli impegni da lui assunti⁶⁸. Il fiduciario, contrariamente al negozio a scopo di gestione patrimoniale, nutre degli interessi propri sul bene oggetto della garanzia⁶⁹. Va sottolineato come questa tipologia di negozio risulti praticamente sconosciuta a

di musica per la gestione dei diritti) e all'esercizio autonomo dei diritti d'autore, in proprio nome, ma in favore dei propri membri e all'incasso a titolo fiduciario delle indennità su detti diritti.

⁶⁵ R. WATTER, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁶ Quale ulteriore esempio può essere citata la detenzione fiduciaria di fondi da parte di un avvocato, quale terzo indipendente nella figura di *escrow agent*, da liberare al verificarsi di determinate condizioni.

⁶⁷ R. WATTER, *op. cit.*, p. 200.

⁶⁸ R. WATTER, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁹ D. ZOBL/C. THURNHERR, *Berner Kommentar*, III ed., Syst. Teil, n. 1354 ss., p. 447.

livello immobiliare, poiché fiscalmente onerosa considerata la necessità di doppio trasferimento della proprietà⁷⁰.

4. La validità del contratto fiduciario

4.1. Criteri per l'annullamento del negozio giuridico simulato (elusione di norme di legge)

Un aspetto noto del negozio fiduciario risulta il suo utilizzo ai fini di eludere le disposizioni di legge. La questione relativa alla simulazione è centrale in quanto l'alienazione di diritti reali mobiliari o immobiliari necessita di una valida causa⁷¹. Qualora il contratto fiduciario fosse ritenuto simulato, infatti, la conseguenza sarebbe l'inefficacia del passaggio di proprietà del bene al fiduciario e la facoltà del fiduciante di rivendicare in ogni tempo il bene, sotto riserva dell'acquisizione in buona fede da parte di terzi (artt. 933 e 973 CC)⁷².

Parte della dottrina distingue il negozio fiduciario valido dalla simulazione, in quanto per il primo le parti intendono effettivamente fornire al fiduciario la posizione di proprietario⁷³, mentre nel negozio simulato si persegue esclusivamente l'obiettivo di creare una semplice apparenza giuridica⁷⁴. In questo senso, costellazioni in cui il trasferimento patrimoniale al fiduciario avviene solo per creare una determinata posizione giuridica (quale prestanome ossia per *interpostam personam*), senza che vi sia reale volontà devolutiva dei diritti in questione, possono condurre alla nullità dell'atto ai sensi dell'art. 20 CO⁷⁵. Secondo un'altra parte della dottrina⁷⁶, invece, la sopracitata teoria risulta impraticabile ed estranea alla realtà, in quanto vi sono fattispecie in cui le parti volutamente assegnano una determinata posizione giuridica al fiduciario – premesso che non vi sia possibilità di pregiudizio o elusione di norme imperative⁷⁷ – nonostante non sussista reale volontà di assegnargli il ruolo (economico) di proprietario. Simili casi possono essere riscontrati nei contratti di conferimento tra società, dove si trova sovente la clausola secondo cui, nell'eventualità che un valore patrimoniale o un contratto

⁷⁰ D. ZOBL/C. THURNHERR, *op. cit.*, Syst. Teil, n. 1389, p. 459.

⁷¹ M. SEILER, *op. cit.*, n. 134, p. 53; R. WATTER, *op. cit.*, p. 202; L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 271 s.

⁷² L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 271 s.

⁷³ DTF, 109, II, 242; 99, II, 396; 91, II, 448; P. JÄGGI-P. GAUCH, *Zürcher-Kommentar*, ad art. 18, n. 205, p. 56 s.

⁷⁴ E. A. KRAMER, *Berner Kommentar*, ad art. 18, n. 128 ss.; P. JÄGGI-P. GAUCH, *op. cit.*, ad art. 18, n. 192 ss.

⁷⁵ DTF, 85, II, 102 = Pra, 1959, 368.

⁷⁶ R. WATTER, *op. cit.*, p. 207 s.; DTF, 109, II, 242; 99, II, 396.

⁷⁷ Circostanza che comporta la nullità *ex art. 20 CO*.

non possano essere validamente trasferiti⁷⁸, l'alienante continui a restare parte contrattuale, o proprietario del valore patrimoniale, ma in veste fiduciaria e a favore del compratore, fornendo a quest'ultimo il beneficio economico. Un altro caso emblematico è l'apparire in veste fiduciaria dei membri fondatori di una società per motivi di riservatezza⁷⁹.

Quale criterio determinante per la valutazione della validità del contratto fiduciario deve valere l'analisi del *pactum fiduciae* e della sua finalità, ossia se attraverso il contratto vengono lese norme giuridiche a carattere imperativo. In diritto pubblico basti pensare alla legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (LAFE)⁸⁰ oppure all'ordinanza⁸¹ sul registro del naviglio o sulla navigazione aerea (ONA)⁸². In diritto civile, invece, possono essere menzionate le norme a carattere imperativo di cui agli artt. 717 CC e 691 CO⁸³.

Non esistono criteri generali per definire quando la violazione di una norma imperativa comporti automaticamente la nullità della struttura fiduciaria utilizzata o meno⁸⁴. Decisivo è sempre lo scopo della norma in questione ossia se il negozio elusivo della legge venga considerato illecito dalla norma violata. La conseguenza di nullità di un negozio giuridico deve essere assunta con cautela, spetta infatti al legislatore definire quanto è lecito da quanto non lo sia in merito a negozi elusivi della legge⁸⁵.

4.2. Negozio fiduciario e divieto dell'ipoteca mobiliare

Al capitolo sui pgni mobiliari, il codice civile svizzero, al fine di tutelare gli interessi dei creditori, vieta la possibilità di istituire ipoteche mobiliari (art. 884, cpv. 3, CC)⁸⁶. La dogmatica alla base di simile scelta del legislatore è da ricondurre a motivi storici. Oggigiorno però è innegabile come *de facto* la situazione sia radicalmente mutata, infatti, il semplice possesso di un bene da parte del debitore non induce particolarmente in inganno in termini di reale detenzione della proprietà, in quanto il bene stesso potrebbe essere detenuto per mezzo di negozio

⁷⁸ Come pure nei casi in cui volutamente si vuole dissociare il controllo e la gestione dell'impresa dalla distribuzione di utili.

⁷⁹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 208.

⁸⁰ Legge federale del 16 dicembre 1983 sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (LAFE), RS 211.412.41. In generale a proposito dell'elusione di questa legge: *DTF*, 114, Ib 11; 107, II, 440.

⁸¹ Ordinanza del 16 giugno 1986 sul registro del naviglio, RS 747.111. Cfr. art. 11, cpv. 3.

⁸² Ordinanza del 14 novembre 1973 sulla navigazione aerea (ONA), RS 748.01. Cfr. art. 5.

⁸³ *DTF*, 85, II, 102; R. WATTER, *op. cit.*, p. 208 s.; L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 273.

⁸⁴ R. WATTER, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁵ Cfr. ad es. il caso previsto all'art. 691 CO; R. WATTER, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁶ A questo proposito si consideri pure il divieto di cui all'art. 717 c.c. in riferimento alla protezione dei terzi da ipoteche mobiliari.

leasing, in alternativa locazione oppure essere stato acquistato con riserva di proprietà⁸⁷. Il divieto dell'ipoteca mobiliare *ex art. 884, cpv. 3, CC* non comprende il trasferimento di proprietà a titolo di garanzia o la cessione fiduciaria a scopo di garanzia, in quanto in tali fattispecie si riscontra un trasferimento del possesso⁸⁸.

In relazione al negozio fiduciario, si pone a questo punto la domanda se un trasferimento di proprietà a titolo di garanzia possa essere effettuato anche per mezzo di costituito possessorio o di successivo affidamento del possesso al fiduciante, risultando quindi contrario al divieto dell'ipoteca mobiliare. È utile ricordare in proposito come il giudice, in situazioni analoghe, decida in merito all'eventuale pregiudizio di terzi o all'elusione delle disposizioni relative al pegno manuale secondo il libero apprezzamento (art. 717, cpv. 2, CC)⁸⁹. La dottrina, tuttavia, reputa simili costellazioni come non vincolanti nei confronti di terzi, cosicché un'operazione di trasferimento in disaccordo con le norme di legge trova validità solo *inter partes* sino all'eventuale esecuzione forzata degli attivi del debitore⁹⁰.

5. Il bene trasmesso in fiducia nel rapporto interno esistente tra fiduciante e fiduciario

5.1. Trasferimento del bene posto in fiducia al fiduciario

Come rilevato in precedenza, la trasmissione del bene al fiduciario avviene in virtù del *pactum fiduciae* concluso tra le parti, secondo cui il fiduciario subentra nella posizione di proprietario (o creditore) mentre al fiduciante (o beneficiario) spettano solamente pretese di tipo obbligatorio. Affinché il pieno trasferimento dei diritti (quale proprietario, creditore o socio della società)⁹¹ risulti giuridicamente valido, è necessario che tutte le formalità legali siano adempiute.

Sono concepibili pure casi in cui il bene posto in fiducia venga acquisito da un terzo oppure a titolo originario ad esempio nei casi in cui il fiduciario agisca in qualità di membro fondatore di una società⁹².

⁸⁷ Si consideri il registro pubblico dei patti di riserva della proprietà (art. 715 c.c.); critico L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 310 s.

⁸⁸ Cfr. IV, 3, dove la strutturazione fiduciaria di simile negozio risulta valida; D. ZOBL-C. THURNHERR, *op. cit.*, Syst. Teil, n. 1359, p. 449.

⁸⁹ DTF, 119, II, 236 (240).

⁹⁰ L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 304.

⁹¹ Al riguardo si pensi alla necessità del trasferimento del possesso per i beni mobili (art. 714 c.c.), oppure alla limitazione della trasferibilità di azioni previa approvazione da parte della società (art. 685a CO), alla cessione di crediti o alla cessione di quote di società a garanzia limitata dove è richiesto l'atto pubblico (art. 785 CO).

⁹² DTF, 115, II, 468 (471).

5.2. Passaggio del diritto sul bene fiduciario nel caso di cessazione del contratto

Diversamente da quanto previsto dall'art. 401 CO⁹³, nel caso di scioglimento del contratto fiduciario oppure in caso di richiesta di restituzione da parte del fiduciante (o del beneficiario), crediti o pretese acquistati verso terzi devono essere retrocessi separatamente dalle parti. Nel primo caso, la retrocessione avviene direttamente, mentre nel secondo è necessaria una dichiarazione scritta qualora sia stata concordata la continuazione del contratto⁹⁴.

Per i beni mobili invece, affinché la retrocessione dal fiduciario al fiduciante (ai suoi eredi, o al beneficiario) abbia effetto, è necessario un trasferimento del possesso come pure l'adempimento di eventuali altre formalità legali. Al contrario, il bene può essere rivendicato direttamente dal fiduciante nel caso in cui le parti abbiano stipulato una condizione risolutiva al verificarsi della stessa⁹⁵.

5.3. Problematica della revocabilità

In dottrina si ritrovano alcune teorie, in parte divergenti, in merito alla revocabilità del negozio fiduciario. La prima ritiene il negozio fiduciario, come il mandato⁹⁶, imperativamente revocabile in ogni momento, circostanza che lo rende di fatto inadatto alla gestione di liberalità, in quanto non possono essere costruite strutture durevoli⁹⁷. Al contrario, una corrente di pensiero più recente⁹⁸, ritiene che il diritto di revoca nei casi di trasferimento di proprietà a titolo di garanzia sia assolutamente da negare⁹⁹. Nel caso in cui vi siano dei beneficiari e gli stessi siano consapevoli del carattere fiduciario, o abbiano dichiarato di voler usufruire della struttura fiduciaria¹⁰⁰, il diritto di revoca va escluso o quantomeno trasferito al beneficiario. Un'altra corrente dottrinale, invece, vorrebbe affidare alla volontà delle parti la revocabilità di alcuni tipi di rapporto di mandato¹⁰¹. In tal modo, potrebbe essere garantita la continuità del rapporto fiduciario, soprat-

⁹³ Secondo l'art. 401 CO, avviene un'immediata cessione legale, premesso che il fiduciante abbia adempiuto alle sue obbligazioni derivanti dal contratto.

⁹⁴ DTF, 115, II, 468 (472); 112, III, 90 (96).

⁹⁵ Per i beni mobili può anche essere possibile che il fiduciante, al verificarsi della condizione, recuperi il bene posto in fiducia per mezzo della *rei vindicatio*; cfr. R. WATTER, *op. cit.*, p. 213.

⁹⁶ Cfr. art. 404, cpv. 1, CO.

⁹⁷ DTF, 115, II, 464; 98, II, 307; illustrativo sulle differenti teorie: W. FELLMANN, *op. cit.*, Vorbem. ad art. 396-406, n. 121 ss. e ad art. 404, n. 107 ss.

⁹⁸ M. SEILER, *op. cit.*, n. 153, p. 62; R. WATTER, *op. cit.*, p. 215.

⁹⁹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 214 s.; D. ZOBL, *op. cit.*, Syst. Teil, n. 1381, p. 456; W. FELLMANN, *op. cit.*, Vorbem. ad art. 396-406, n. 143 ss.

¹⁰⁰ A questo proposito si noti il tenore degli artt. 112, cpv. 3 e 470, cpv. 2, CO che impedisce la revoca dell'assegno quando l'assegnatario abbia dichiarato la sua accettazione all'assegnatario.

¹⁰¹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 215 s.; W. FELLMANN, *op. cit.*, Vorbem. ad art. 304-406, n. 143 ss.

tutto nei casi in cui il fiduciante nutra un interesse proprio a che il contratto non venga revocato durante un determinato lasso di tempo, come nei casi di negozio fiduciario a scopo di liberalità.

Ritenuto che la *ratio legis* della possibilità di revocare in ogni tempo il mandato risiede nel diritto alla personalità e che la sua limitazione o rinuncia comporta una restrizione della stessa, va considerato che il diritto alla revoca del rapporto fiduciario non vale in assoluto. Un limite alla rinuncia al diritto di revoca è dato, come detto, dal diritto alla personalità giusta l'art. 27 CC, secondo cui una rinuncia perpetua allo stesso non è valida¹⁰². Per motivi gravi è riservata la possibilità al fiduciante (o al beneficiario) – nonostante sia stata convenuta una durata determinata – di recedere dal negozio¹⁰³. D'altro canto, è ipotizzabile come il diritto alla revoca possa essere temporaneamente limitato¹⁰⁴ o addirittura escluso¹⁰⁵, se al contempo viene garantita la possibilità di sostituzione del fiduciario qualora sussistano motivi gravi, oppure se a partire da un determinato momento il diritto alla revoca possa essere trasmesso ad un beneficiario. Ad ogni modo non va dimenticato che nei casi di conclusione di negozi fiduciari revocabili soltanto sino alla morte del fiduciario o irrevocabilmente costituiti a causa di morte, vanno rispettate le forme previste per legge per le disposizioni testamentarie¹⁰⁶.

La visione sulla rinuncia al diritto alla revoca, improntata *in primis* sulla volontà delle parti, sembra quindi secondo i suoi fautori conciliabile al diritto svizzero, a maggior ragione se si considera la possibilità di rinuncia ammessa nei trasferimenti di proprietà a titolo di garanzia. Ne consegue che, in linea generale, possono essere pensate strutture fiduciarie a carattere irrevocabile, simili alle fondazioni indipendenti, anche se non sembra possibile formare degli istituti a durata illimitata¹⁰⁷. Con tali costruzioni potrebbero così essere aggirati i divieti alle creazioni di fedecomessi di famiglia (art. 335, cpv. 2, CC) e le imposizioni a livello di scopo valevoli per le fondazioni di famiglia (art. 335, cpv. 1, CC)¹⁰⁸.

5.4. Situazione legale in caso di decesso del fiduciario

In base alla norma a carattere dispositivo dell'art. 405 CO, il rapporto fiduciario di gestione patrimoniale si estingue a seguito di morte, perdita della capacità civile o col fallimento del fiduciario. La proprietà mobiliare, tuttavia, torna al fiduciante o al beneficiario attraverso il trasferimento del possesso a favore degli

¹⁰² R. WATTER, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰³ M. SEILER, *op. cit.*, n. 153, p. 62.

¹⁰⁴ Soprattutto in vista di un negozio fiduciario a scopo di liberalità.

¹⁰⁵ In questo senso L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 313.

¹⁰⁶ Cfr. artt. 81, 493, 498 c.c. e art. 245, cpv. 2, CO.

¹⁰⁷ Si pensi al proposito alla proposta di L. Thévenoz di limitare la durata massima del negozio fiduciario a 60 anni.

¹⁰⁸ R. WATTER, *op. cit.*, p. 216.

eredi del fiduciario. Il passaggio al fiduciante si rivela, invece, immediato nel caso in cui il bene posto in fiducia sia rappresentato da crediti o pretese oppure in virtù di una condizione risolutiva.

Nel caso in cui il negozio fiduciario, a fronte di un diverso accordo oppure a seguito della natura dell'affare in oggetto, non si estingua alla morte del fiduciario, il bene posto in fiducia e la relativa proprietà sullo stesso, inclusiva dei possibili oneri contenuti nel *pactum fiduciae*, passa quale attivo in via di successione universale agli eredi del fiduciario¹⁰⁹. Infatti, gli eredi subentrano quali titolari del patrimonio fiduciario del *de cuius*, sia per quel che concerne gli attivi (art. 560 CC) che i passivi (art. 603 CC), e restano tenuti alla restituzione al fiduciante in virtù del *pactum fiduciae*. La massima corte svizzera ha deciso che, nei casi in cui siano presenti molteplici fiduciari, il bene posto in fiducia passa al co-fiduciario anche se questi aveva soltanto un ruolo marginale (o di sostituto) e non agli eredi del fiduciario peraltro sovente sconosciuti al fiduciante¹¹⁰.

5.5. Situazione legale in caso di decesso o fallimento del fiduciante

Come conseguenza al passaggio dei beni in fiducia dal fiduciante al fiduciario, il bene posto in fiducia non entra a fare parte della massa fallimentare o successoria del fiduciante e non può neppure essere pignorato¹¹¹. Di conseguenza, i diritti vantati dal fiduciante nei confronti del fiduciario derivanti dal *pactum fiduciae* fanno parte del patrimonio del fiduciante e possono quindi essere ereditati o pretesi dai suoi creditori. Dato che alla morte o in caso di fallimento del fiduciante il negozio di principio termina e si estingue, il bene fiduciario va dunque ritornato (per i beni mobili), mentre i crediti tornano automaticamente al fiduciante¹¹². Inoltre, essendo il negozio fiduciario di regola a carattere revocabile, gli eredi o l'amministratore del fallimento possono notificare la disdetta del contratto, nonostante sia stata concordata la continuazione del rapporto in caso di fallimento o morte. Diversamente, in caso di negozio fiduciario a carattere irrevocabile, lo stesso può essere terminato attraverso l'azione di riduzione in ambito successorio o l'azione revocatoria in campo esecutivo¹¹³.

Nei casi di trasferimento di proprietà a titolo di garanzia, il bene fiduciario può essere recuperato dagli eredi, o dall'amministratore del fallimento, soltanto attraverso il soddisfacimento delle pretese del fiduciario. Anche in questo caso, nella procedura fallimentare può essere fatta valere l'azione revocatoria prevista all'art. 287, cpv. 1, n. 1, LEF¹¹⁴.

¹⁰⁹ M. SEILER, *op. cit.*, n. 155, p. 62.

¹¹⁰ DTF, 78, II, 445; 119, II, 119; M. SEILER, *op. cit.*, n. 155, p. 63; R. WATTER, *op. cit.*, p. 217.

¹¹¹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 217.

¹¹² R. WATTER, *op. cit.*, p. 213; M. SEILER, *op. cit.*, n. 158, p. 64.

¹¹³ R. WATTER, *op. cit.*, p. 218.

¹¹⁴ D. ZOBL, *op. cit.*, Syst. Teil, n. 1466, p. 483 s.

6. L'esecuzione forzata e i diritti sul bene trasmesso in fiducia in caso di fallimento del fiduciario

6.1. Principio

La questione di fondo inerente i diritti e le pretese vantate sul bene posto in fiducia in caso di fallimento del fiduciario è strettamente connessa alla titolarità giuridica sul bene nel rapporto esterno. Vero e proprio tallone d'Achille della fiducia secondo il diritto svizzero e conseguenza diretta della teoria prevalente (*Vollrechtstheorie*), risulta essere l'incorporazione dei beni fiduciari nel patrimonio generale del fiduciario, costituente un tutt'uno con i suoi beni personali e quindi sottoposto alle mire dei creditori¹¹⁵. La titolarità giuridica nel rapporto esterno vede così contrapposti gli interessi del fiduciante (o del beneficiario) a quelli di terzi¹¹⁶.

Di principio, secondo la giurisprudenza e gran parte della dottrina¹¹⁷, il bene posto in fiducia appartiene alla massa fallimentare del fiduciario così che al fiduciante spetta soltanto una pretesa da tradurre in credito monetario di terza classe nei confronti della massa¹¹⁸.

6.2. Applicabilità dell'art. 401 CO e diritto di rivendicazione

6.2.1. In generale

Ai sensi dell'art. 401 CO, se il mandatario ha acquisito crediti verso terzi in nome proprio, ma per conto del mandante, questi passano al fiduciante (mandante) nonostante il fiduciario (mandatario) li abbia provvisoriamente acquisiti senza averli ancora trasmessi al mandante¹¹⁹. Come si evince dai cpv. 2 e 3, tale regola, voluta dal legislatore, è valida pure in caso di fallimento del mandatario e costituisce una sorta di privilegio in favore del mandante (fiduciante)¹²⁰.

Riguardo all'applicabilità dell'art. 401 CO ai rapporti fiduciari, la giurisprudenza recente si è sviluppata partendo dalla decisione 99 II 393 sui depositi fiduciari presso istituti bancari, secondo cui non vi sarebbero motivi dogmatici, di genesi o di interpretazione decisivi, tali da escludere l'applicabilità di questa norma, quantomeno nei casi di trasferimento di crediti e beni mobili¹²¹. Questa decisione risalente all'anno 1973, sembrava aver portato chiarezza sull'appli-

¹¹⁵ Come pure, in base al principio della successione universale, alle pretese vantate dai suoi eredi; L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 314.

¹¹⁶ R. WATTER, *op. cit.*, p. 219.

¹¹⁷ DTF, 39, II, 800; R. WATTER, *op. cit.*, p. 219; D. ZOBL, *op. cit.*, Syst. Teil, n. 1466, p. 483 s.

¹¹⁸ Ai sensi dell'art. 219, cpv. 4, LEF.

¹¹⁹ Va sottolineato come, nel passaggio di proprietà nei casi di rappresentanza indiretta, risulti sovente applicabile l'art. 32, cpv. 2, CO, ciò che rende superflua l'applicazione dell'art. 401 CO.

¹²⁰ M. SEILER, *op. cit.*, n. 334 s., p. 139.

¹²¹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 221.

cabilità dell'art. 401 ai negozi fiduciari, ma la massima corte svizzera, in una serie di decisioni successive (DTF 102 II 103, 102 II 297, 109 II 112 e in particolare 117 II 429), ha relativizzato la portata del diritto di rivendicazione del fiduciante limitandolo solo a beni mobili, crediti e diritti dei soci, escludendo quindi il denaro contante¹²². La motivazione alla base di tale scelta è che il fine dell'art. 401 CO resta quello di allineare gli effetti della rappresentanza indiretta a quelli della rappresentanza diretta¹²³.

6.2.2. Il surrogato ricevuto da terzi

La formulazione dell'art. 401, cpv. 3, CO non crea distinzione tra bene o diritto quale surrogato ricevuto da terzi e valori originariamente posti in fiducia. Nonostante ciò, il Tribunale Federale ha optato, sulla scorta della scelta operata dalla parte maggioritaria della dottrina¹²⁴, per un diverso trattamento del bene originariamente trasmesso in fiducia rispetto al surrogato¹²⁵.

La rivendicazione resta peraltro incontestabilmente esclusa per beni immobiliari e nei casi in cui il fiduciante non abbia adempiuto alle obbligazioni a suo carico derivanti dal negozio fiduciario.

Non da ultimo vanno ricordate le modifiche legislative intervenute in sede di normativa bancaria (artt. 16, 37b e 37d LBCR¹²⁶) a seguito della revisione della LEF, dove in caso di fallimento bancario vengono privilegiati tutti gli averi e depositi fiduciari detenuti dalle banche¹²⁷.

In conclusione, va detto che a fronte delle considerazioni precedenti, risulta che l'art. 401 CO e il diritto di rivendicazione previsto al comma 3 possa generalmente essere applicato ai rapporti fiduciari ed esteso anche al bene originariamente trasmesso in fiducia¹²⁸. Ne conseguirebbe che il fiduciante (o il beneficiario), potrebbe vantare una pretesa quasi-reale nei confronti del bene fiduciario¹²⁹.

6.3. Il negozio fiduciario a carattere irrevocabile

Anche per il negozio fiduciario a carattere irrevocabile, in caso di fallimento del fiduciario, dovrebbe sussistere la possibilità del diritto alla rivendicazione del bene posto in fiducia se sussistono gravi motivi. Anche se le parti avessero con-

¹²² Nel caso in cui questo non resti individualizzato in seno al patrimonio del fiduciario; cfr. M. SEILER, *op. cit.*, n. 334, p. 139.

¹²³ W. FELLMANN, *op. cit.*, ad art. 401, n. 106-108; R. WATTER, *op. cit.*, p. 222.

¹²⁴ In un raffronto considerante la scelta di 9 voci dottrinali contro 8 (!) in DTF, 117, II, 429.

¹²⁵ A questo proposito la critica operata da L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 314.

¹²⁶ Legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR), RS 952.0.

¹²⁷ M. SEILER, *op. cit.*, n. 336, p. 140.

¹²⁸ In merito si consideri l'opinione di W. FELLMANN, *op. cit.*, ad art. 401, n. 116, p. 677, secondo cui la problematica è risolvibile solo tramite intervento del legislatore.

¹²⁹ Un cosiddetto «quasidinglichen Anspruch», cfr. R. WATTER, *op. cit.*, p. 225.

cordato un'integrale rinuncia a tale diritto, resterebbe tuttavia possibile e auspicabile un'eventuale regolamentazione del passaggio del bene fiduciario dal fallito ad un nuovo fiduciario su richiesta del fiduciante¹³⁰.

6.4. Stipulazione di una condizione risolutiva

Considerata la visione in merito all'applicabilità dell'art. 401 CO da parte del Tribunale Federale, resta da chiedersi se le parti debbano e possano cautelarsi giuridicamente attraverso la creazione di una condizione risolutiva (art. 154 CO), secondo cui il rapporto fiduciario debba estinguersi nell'eventualità del fallimento del fiduciario in modo da far tornare il bene al fiduciante¹³¹. In dottrina sono tuttavia presenti voci contrarie a simili accordi, poiché ritenuti parzialmente nulli¹³².

6.5. Il denaro contante (confusione)

Condizione necessaria affinché il diritto di rivendicazione giusta l'art. 401 CO torni applicabile, è che il bene in oggetto sia distinto¹³³ e non sia unito o confuso col restante patrimonio del fiduciario. Ciononostante, in analogia all'art. 727, cpv. 1, CC, dovrebbe essere concesso al fiduciante il diritto di rivendicare la sua quota confluita nel patrimonio del fiduciario a seguito di confusione¹³⁴. Nel caso più frequente, ossia quello attinente a denaro contante o averi bancari, è consentita la rivendicazione solo per il denaro registrato su un conto separato e distinto¹³⁵. Questa esigenza è rispettata, se a un terzo risulta immediatamente comprensibile che il denaro depositato sul conto non appartenga al fiduciario stesso.

7. Bene trasmesso in fiducia e rapporti giuridici del fiduciario con terzi

7.1. In generale

Le situazioni di fallimento, o di insolvenza, del fiduciario sono tra le principali

¹³⁰ M. SEILER, *op. cit.*, n. 337, p. 141.

¹³¹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 225; rispettivamente nei casi in cui il fiduciario non abbia adempiuto a tutte le obbligazioni di sua spettanza derivanti dal *pactum fiduciae*.

¹³² D. ZOBL, *op. cit.*, Syst. Teil, n. 1414.

¹³³ O quantomeno definibile, cfr. W. FELLMANN, *op. cit.*, ad art. 401, n. 106.

¹³⁴ Secondo L. Thévenoz, nel caso in cui il fiduciario mescoli o lasci mescolare i beni fiduciari a lui affidati in violazione del *pactum fiduciae* ma non sia ancora intervenuta valida alienazione a terzi, si presenta l'opportunità di esigerne nuovamente la separazione, tramite esecuzione reale, attraverso l'intimazione di misure provvisorie conservative (art. 261 ss. CPC) associate all'art. 292 CPS; L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 335.

¹³⁵ DTF, 102, II, 103 (107); 102, II, 297 (303).

fonti di conflitto con gli interessi di terzi. A questo proposito sorge la questione se eventuali crediti reciproci siano compensabili.

7.2. Sequestro o pignoramento del bene trasmesso in fiducia

Terzi creditori del fiduciario non hanno modo di richiedere il sequestro o il pignoramento del bene posto in fiducia per soddisfare pretese personali vantate nei suoi confronti. Il fiduciante (o il beneficiario), ammesso che questi abbia adempiuto tutte le obbligazioni derivanti dal negozio giuridico nei confronti del fiduciario, ha a disposizione il diritto di rivendicazione ai sensi dell'art. 106 e ss. LEF o la richiesta di trasferimento del bene ad un nuovo fiduciario¹³⁶. Un pignoramento resta tuttavia possibile se i crediti vantati da un terzo creditore siano direttamente rivolti verso il bene fiduciario, si pensi ad esempio alla controparte coinvolta in un contratto di compra-vendita con oggetto il bene fiduciario o a pretese di terzi per atti illeciti commessi dal fiduciario durante l'amministrazione del bene.

7.3. Diritto di ritenzione ed eccezioni del terzo verso crediti detenuti fiduciariamente

In caso di crediti detenuti fiduciariamente, il terzo debitore degli stessi non può che sollevare eccezioni i) esistenti direttamente nei confronti del fiduciario o ii) che già sussistevano nei confronti del fiduciante prima della cessione al fiduciario (art. 169, cpv. 1, CO)¹³⁷. Il terzo debitore, se è a conoscenza che i crediti sono detenuti in via fiduciaria, non può sollevare eccezioni derivanti dal suo rapporto "privato" col fiduciario, ne tantomeno vantare un diritto alla compensazione¹³⁸. In caso contrario, ossia per crediti verso il fiduciario, il debitore può liberamente opporre eccezioni o la possibilità di compensazione.

Analogamente a quanto sopra descritto per crediti detenuti fiduciariamente, il diritto di ritenzione può essere esercitato dal terzo, ammesso che il patrimonio fiduciario si trovi presso di questi e che egli sappia o debba sapere che si tratti di bene fiduciario, solamente se i crediti da garantire hanno una connessione con il rapporto fiduciario (art. 895, cpv. 1 e 2, CC)¹³⁹.

¹³⁶ R. WATTER, *op. cit.*, p. 228.

¹³⁷ R. WATTER, *op. cit.*, p. 229.

¹³⁸ La convenzione dell'Aia sui trust prevede esplicitamente all'art. 11, cpv. 2 lit. a che i creditori personali del *trustee* non possono rivalersi sui beni in *trust* finché gli stessi siano distinti dal patrimonio personale del *trustee*.

¹³⁹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 230.

7.4. Responsabilità del fiduciario o del fiduciante per pretese nei confronti del bene trasmesso in fiducia

Nel caso in cui esistano pretese verso il bene posto in fiducia, il fiduciario risponde per il loro soddisfacimento anche con il proprio patrimonio personale. In caso di soddisfacimento di tali pretese insorge una rivendicazione del fiduciario verso il fiduciante – premesso che il fiduciario abbia agito in buona fede – per le spese sostenute, che può essere soddisfatta con il bene fiduciario¹⁴⁰.

8. Cessione non autorizzata del bene trasmesso in fiducia

8.1. Problematica

Nel caso in cui il fiduciario, senza autorizzazione, alieni il bene oppure lo costituisca in pegno, sorge spontanea la domanda se il terzo coinvolto possa validamente acquisirne la proprietà o se il diritto di pegno sia stato effettivamente istituito.

8.2. In generale

L'alienazione non autorizzata del bene fiduciario, come pure la sua costituzione in pegno, valutati in ottica del rapporto interno esistente tra fiduciante e fiduciario, rappresentano una violazione del *pactum fiduciae* alla base dello stesso, e generano quindi un obbligo di risarcimento danni¹⁴¹. Allorquando il terzo acquirente sia in buona fede, o non gli sia imputabile la non conoscenza colposa (art. 3, cpv. 2, CC), egli diventa proprietario a pieno titolo¹⁴². Simile risultato viene motivato con riferimento all'art. 936 CC, come pure al caso dell'agire in malafede da parte del rappresentante o alla pattuizione tra le parti di una condizione risolutiva¹⁴³.

Il fiduciario, essendo formalmente il proprietario, dispone del diritto alla *rei vindicatio*. Ne deriva che il fiduciante che non si reputi soddisfatto attraverso l'azione di risarcimento danni o con l'eventuale surrogato derivato dal bene fiduciario, potrà adire due vie: i) costringere il fiduciario, sotto comminatoria di un'azione per risarcimento danni nei suoi confronti, a far valere il diritto alla *rei vindicatio*, oppure ii) disdire il rapporto fiduciario e nell'ottica del ripristino della situazione giuridica iniziale (*Rückabwicklungsverhältnis*) ottenere la cessione delle pretese vantate contro il terzo¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Eventualmente anche adendo una procedura contenziosa.

¹⁴¹ L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 336; R. WATTER, *op. cit.*, p. 232.

¹⁴² M. SEILER, *op. cit.*, n. 143, p. 57.

¹⁴³ Condizione che porta, quale conseguenza giuridica, alla restituzione della proprietà al fiduciante, qualora il fiduciario tentasse di alienare il bene; WATTER, *op. cit.*, p. 232 s.

¹⁴⁴ R. WATTER, *op. cit.*, p. 233.

8.3. Diritti del fiduciante

Nei confronti del terzo acquirente potrà solamente vantare pretese per un eventuale risarcimento danni giusta l'art. 41, cpv. 2, CO, in caso sussista intenzionalità da parte del terzo nel danneggiare il fiduciante¹⁴⁵. Il campo d'azione di questa norma è tuttavia, secondo la giurisprudenza, molto ristretto¹⁴⁶. A questo proposito si può ipotizzare come dette pretese volte al risarcimento danni possano venir trasformate dal giudice competente secondo l'apprezzamento delle circostanze ai sensi dell'art. 43, cpv. 1, CO nella restituzione della cosa o dell'eventuale suo surrogato (*restitutio in natura specifica*)¹⁴⁷.

Se il fiduciario ha scambiato il bene fiduciario con un altro valore patrimoniale, dovrebbe esistere in base all'art. 401 CO una pretesa quasi-reale del fiduciante verso il surrogato ottenuto¹⁴⁸. In realtà la pretesa di natura quasi-reale concessa dall'art. 401 CO nasce da situazioni in cui il mandatario ottenga valori patrimoniali dal terzo a fronte del mandato. Tuttavia non vi è motivo di sfavorire il fiduciante in situazioni in cui il fiduciario si allontani da quanto pattuito contrattualmente¹⁴⁹.

L'alienazione non autorizzata del bene fiduciario, come anticipato, può assumere rilevanza penale secondo l'art. 158 CPS¹⁵⁰ (amministrazione infedele)¹⁵¹ oppure l'art. 138, n. 1, cpv. 2, CPS (appropriazione indebita). La realizzazione di una fattispecie penale rappresenta un atto illecito in sede civile ai sensi dell'art. 41, cpv. 1, CO, con una responsabilità di tipo extra contrattuale che, secondo la dottrina va a sommarsi a quella contrattuale¹⁵². Per i ruoli di fiduciario la cui funzione è assoggettata a regole di condotta sancite dal diritto federale e cantonale¹⁵³, la violazione di obblighi contrattuali in campo civile comporta contestualmente una lesione delle regole di condotta imposte per l'esercizio della funzione fiduciaria stessa, creando dunque le premesse per una sanzione in sede amministrativa¹⁵⁴.

¹⁴⁵ Resta nondimeno immaginabile la presenza di un atto illecito ai sensi del cpv. 1 che trova il suo fondamento nella violazione di una norma di diritto penale (ad esempio per amministrazione infedele ex art. 158 CPS o appropriazione indebita art. 138, n. 1, cpv. 2); L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 336 s.

¹⁴⁶ DTF, 124, III, 297; I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, § 51, n. 51.05 ss., V ed. Basilea.

¹⁴⁷ L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 336.

¹⁴⁸ R. WATTER, *op. cit.*, p. 234.

¹⁴⁹ R. WATTER, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁰ Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937, RS 311.0.

¹⁵¹ Cfr. nota 73; nei casi di trasferimento di proprietà a titolo di garanzia, la fattispecie necessaria al soddisfacimento dell'art. 158 CPS non sussiste, siccome il trasferimento avviene meramente nell'interesse del fiduciario.

¹⁵² L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 334.

¹⁵³ Si pensi al caso di avvocati, notai, banche, società finanziarie e commercianti di valori.

¹⁵⁴ Cfr. in merito l'art. 17 ss. della Legge cantonale sull'esercizio delle professioni di fiduciario del Cantone Ticino (L 11.1.4.1).

Per quanto concerne i casi del contratto fiduciario a carattere irrevocabile, va ricordato che il fiduciante di principio non possiede più alcun diritto sul bene posto in fiducia, né consegue che eventuali pretese contro il fiduciario, oppure contro un terzo, spettano unicamente al beneficiario¹⁵⁵. A questo proposito resta da chiedersi se in caso di alienazione non autorizzata del bene fiduciario sussista il diritto a disdire il rapporto fiduciario per motivi gravi da parte del fiduciante. Come già citato in precedenza, al fine di tutelare la posizione del fiduciante in simili costellazioni, è immaginabile l'istituzione di un pool di più fiduciari, così da regolamentare la sostituzione e il relativo esercizio dei diritti legati alla detenzione della proprietà in caso di attività non autorizzata del fiduciario.

8.4. Possibilità di stipulazione di una condizione risolutiva

La possibilità di pattuire una condizione risolutiva tra fiduciario e fiduciante permette di tutelare al meglio la posizione di quest'ultimo, in modo da consentire l'accesso e il ritorno alla proprietà vantata sul bene fiduciario (o delle pretese per *rei vindicatio* legate allo stesso) in caso di tentativo di alienazione non autorizzata da parte del fiduciario¹⁵⁶. Prevedendo una simile condizione, viene aperta la possibilità al fiduciante di rivendicare il bene direttamente dal terzo, poiché tale pattuizione provoca la reversione della proprietà generando quindi effetti non solo nel rapporto interno. Giusta l'art. 152, cpv. 3, CO, infatti, col verificarsi della condizione risolutiva, cadono le disposizioni anteriormente prese se queste ne pregiudicano gli effetti¹⁵⁷.

9. Conclusione e risultati

Il bene posto in fiducia rappresenta un patrimonio estraneo del fiduciario, a cui i creditori del fiduciario possono far capo solo limitatamente. Nei casi di esecuzione del fiduciario, poco importa se il terzo creditore sia a conoscenza che determinati valori patrimoniali appartenenti al fiduciario facciano parte del bene posto in fiducia, poiché il fiduciante può esercitare la rivendicazione. La buona fede gioca invece un ruolo di primo piano per debitori terzi, qualora questi siano intenzionati ad opporre eccezioni – o altri diritti – contro il fiduciario derivanti dal rapporto “privato” intercorso con lo stesso.

¹⁵⁵ R. WATTER, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁶ M. SEILER, *op. cit.*, n. 147 ss., p. 59.

¹⁵⁷ Attraverso la pattuizione di una condizione risolutiva, si può raggiungere un diritto di seguito (verso terzi in malafede) parificabile a quello previsto nel diritto dei *trust*; R. WATTER, *op. cit.*, p. 235.

10. Bibliografia

- FELLMANN WALTER, *Berner Kommentar*, vol. IV/2/4, Berna, 1992.
- GAUTSCHI GEORG, *Berner Kommentar*, vol. VI/2/4, Berna, 1960.
- HONSELL HEINRICH, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Berna, 2001.
- JÄGGI PETER-GAUCH PETER, *Zürcher Kommentar*, vol. I/2, Zurigo, 1980.
- KRAMER ERNST A., *Berner Kommentar*, vol. VI/1/2/1a, Berna, 1986.
- MANGATCHEV IVAN P., *Fiducia cum creditore contracta in EU law*, FOCOFIMA, Conferenza del 10 settembre 2009, Copenhagen.
- RIEMER HANS MICHAEL, *Berner Kommentar*, vol. I/3/3, Berna, 1975.
- SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Berna, 2009.
- SEILER MATTHIAS, *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees*, Zurigo, 2005.
- THÉVENOZ LUC, *La fiducia, cendrillon du droit suisse*, ZSR, 1995.
- WATTER ROLF, *Die Treuhand im Schweizer Recht*, ZSR, 1995.
- ZOBL DIETER-THURNHERR CHRISTOPH, *Berner Kommentar*, vol. IV/2/5/1, Basilea, 2010.