

LA FIDUCIA RUMENA E LA CIRCOLAZIONE DEI MODELLI (FRANCIA E QUÉBEC)

DANIELA PAPPADÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La fiducia rumena. 2.1. La massa fiduciaria. 2.2 Il fiduciario: un amministratore di beni altrui. 3. I modelli: la *fiducie* in Québec e in Francia. 3.1. La *fiducie* in Québec. 3.2. La *fiducie* in Francia. 4. La circolazione dei modelli. 5. Il contratto di fiducia rumena può offrire qualcosa di meglio del trust? 6. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

La fiducia, disciplinata nel nuovo codice civile rumeno¹, è stata qualificata come una assoluta novità² che tenta di rispondere alla tendenza europea di legittimare istituti analoghi al trust³ ed all'esigenza di internazionalizzazione del diritto interno in punto di operazioni economiche⁴.

Nell'area dell'Est-Europa la Romania è uno dei primi Paesi a compiere questo passo⁵ e gli spunti di interesse comparatistico sono molteplici. Si tratta infatti di analizzare come si muove un Paese dell'area cd. ex-sovietica che, anche sotto la pressione della politica di pre-adesione all'Unione Europea, fa confluire nel proprio ordinamento due modelli derivanti da sistemi

¹ La fiducia è disciplinata agli artt. 773-791 del libro III del nuovo codice civile rumeno, introdotto con la legge n. 287/2009 (in G.U. 24.07.2009) ed entrato in vigore ad ottobre 2011 (legge per l'attuazione del nuovo codice civile n. 71/2011 in G.U. 10.06.2011).

² In precedenza solo la legge n. 51/1995 (sull'organizzazione e l'esercizio della professione forense) prevedeva la possibilità, per l'avvocato, di compiere atti in nome e per conto del cliente in via fiduciaria (v. *infra* nota n. 42). D. BOLDUT, *Fiducia – operatiune juridica insolita in dreptul romanesc*, in *Revista romana de drept al afacerilor*, 2014, 1, 98 e ss.

³ V. da un punto di vista europeo: la Risoluzione del Parlamento europeo (15.11.2001) sull'armonizzazione del diritto civile e commerciale degli Stati membri in diversi campi incluso il trust, COM (2001) 398, C5-0471/2001 - 2001/2187(COS), GU C140E, 13.6.2002, pag. 538; le “*Best practice guidelines for divestiture commitments in merge cases*” (IP/03)614), pubblicate (il 02.05.2003) dalla Commissione europea, nelle quali è previsto un contratto tipo (*standard trustee mandate*) di trust per casi di concentrazioni; v. anche il libro X del *Draft of the Common Frame of reference* http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf che offre una dettagliata disciplina del trust; dal punto di vista dei singoli Paesi v. le legislazioni adottate da Lussemburgo (art. 5 legge 27.07.2003), Svizzera (Decreto federale del 20.12.2006), Malta (*Trust and trustees act* del 1988, modificato nel 1989, 1994, 2004 e 2006), San Marino (legge n. 37 del 17.03.2005 poi sostituita dalla legge n. 42 del 01.03.2010), Francia (legge n. 211 del 19.02.2007).

⁴ Nella relazione che accompagna l'introduzione del codice civile si legge “[...] il progetto risponde alla necessità di adattare le attuali normative alle esigenze delle realtà socio-economiche”, in http://www.just.ro/Sections/PrimaPagina_MeniuDreapta/Proiectulnoulicodciviltabid/985/Default.aspx. V. anche H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil* in <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>; L. TULEAȘCĂ, *The concept of the trust in Romanian Law*, in *Romanian Economic and Business Review*, 2011, vol. 6, n. 2, 150 e ss.; L. GHEORGHE, *Fiducia in the new civil code: an example of vitalization by international business law of relationship between Romanian Law and common law*, in *Perspectives of business law journal*, 2014, vol. 3 n. 1, 276 e ss.

⁵ Praticamente coevo è l'intervento del legislatore ungherese che ha disciplinato l'istituto della “gestione patrimoniale fiduciaria” con la legge n. CXX del 2009, poi dichiarata incostituzionale. L'istituto è stato, quindi, introdotto nel nuovo codice civile ungherese, entrato in vigore il 15.03.2014, con la legge Atto XV del 2014 *sul trust e la regolamentazione delle attività fiduciarie*. V. sul punto, E. MARTIGNON, *La gestione patrimoniale fiduciaria ungherese* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, 153 e ss.; S. CURZIO, *Il contratto di gestione fiduciaria nel nuovo codice civile ungherese*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, 401 e ss.. Più recente è, invece, la disciplina introdotta nella Repubblica Ceca dal nuovo codice civile entrato in vigore il 1° gennaio 2014 (legge n. 89/2012). La codificazione ceca si è largamente ispirata a quella del Québec ed ha portato al cd. *fund trust* che consente una gestione flessibile del patrimonio. Questo fondo, che può essere costituito da beni mobili e immobili e deve essere creato per uno scopo preciso e a scadenza, non appartiene né al disponente, né al trustee (amministratore del fondo) né al beneficiario, permettendo così una separazione patrimoniale netta (artt. 1448 e ss).

differenti: quello della Francia (*civil law*)⁶ e quello del Québec (sistema cd. misto). Come vedremo, la fiducia rumena è il singolare risultato dell'impianto sulla *fiducie* francese di elementi della *fiducie* del Québec.

I profili da analizzare sono diversi e tutti rilevanti ma ci limitiamo inizialmente a rilevare come la “*spontanea circolazione dei modelli*” appaia in questo caso un po' ridimensionata dalla necessità di doversi adattare per poter entrare a far parte dell'Unione Europea in tempi rapidi ed anche dall'obbligo di rispettare accordi con il Canada⁷. La stessa dottrina rumena evidenzia come l'introduzione della fiducia non sia stata preceduta da un qualche dibattito dottrinale o da un astratto progetto dei giuristi (né dalla ratifica della Convenzione de l'Aja) e come, sino ad ora, vi fosse stato un rapporto “statico” con il trust, i cui effetti erano riconosciuti sia pur nella indipendenza e distanza fra ordinamenti⁸.

Per la Romania ha, dunque, assunto un ruolo determinante l'ingresso nell'Unione Europea e l'obiettivo di rendere il sistema competitivo agli occhi degli investitori stranieri⁹. Terminato il ventennio di Ceaucescu, il Paese infatti ha mosso in maniera veloce verso l'integrazione europea. Dopo appena 8 anni dall'entrata in vigore della nuova Costituzione¹⁰, nonostante un clima politico fortemente instabile, al Consiglio di Helsinki del 1999 l'Unione Europea ha deciso di aprire il dialogo di pre-adesione con la Romania. Nuove tensioni politiche però, oltre a vanificare i primi passi compiuti verso il processo di adeguamento agli standard UE, hanno poi comportato lo slittamento dell'ingresso dal 2004 al 2007. In questi stessi anni si sono avuti vari interventi

⁶ V. testualmente la relazione che accompagna l'introduzione del codice civile, *cit.*: “*Per la stesura del testo è stato considerato il modello della Legge n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, tramite la quale è stato introdotto nel codice civile francese, il titolo XIV, “della fiducia”.*”

⁷ Il codice civile del Québec del 1994 ha rappresentato un modello nell'ambito dell'ampia opera di riformulazione delle regole di diritto civile rumeno avviata nel periodo post-sovietico. V. AA. VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2012, 115 e ss. Il legame tra Romania e Canada è consolidato e risale ai primi anni '90 quando il governo canadese ha investito 42 milioni di dollari in un programma di cooperazione e la *Canadian International Development Agency* (CIDA) è stata impegnata a favorire i meccanismi di riforma politici ed economici. Il Canada ha così contribuito alla transizione rumena verso un'economia aperta e competitiva, sostenendo l'armonizzazione del diritto e la trasformazione del sistema giuridico (ivi inclusa la riforma della professione notarile e dello stesso codice civile). V. *Canada and Romania ~ Partners in transition* in [http://www.acdi-cida.gc.ca/INET/IMAGES.NSF/vLUIImages/Romania/\\$file/canada-and-romania-eng.pdf](http://www.acdi-cida.gc.ca/INET/IMAGES.NSF/vLUIImages/Romania/$file/canada-and-romania-eng.pdf).

⁸ Sul punto, v. L. GHEORGHE, *cit.*, 276.

⁹ L'adesione della Romania all'Unione Europea ha visto l'inizio di un ambizioso programma di introduzione di nuovi codici, civile e penale, e dei relativi codici processuali. Nel 2007 era stata ravvisata la necessità che la Romania si impegnasse particolarmente in due settori chiave dell'ordinamento: il sistema giudiziario e la lotta alla corruzione. L'Unione Europea ha, in particolare, richiesto di incrementare questa lotta e di rinnovare il sistema fiscale, pensionistico, scolastico, del welfare, della pubblica amministrazione, oltre a riformare sistema sanitario. Da ultimo la Commissione ha relazionato sul punto il Parlamento e il Consiglio (v. *Relazione sui progressi compiuti dalla Romania in base al meccanismo di cooperazione e verifica*, Bruxelles 18.07.2012, COM (2012) 410 final su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0410:FIN:IT:PDF>) ed ha ritenuto che l'introduzione dei nuovi codici, una volta completata, dovrebbe innovare considerevolmente il sistema giuridico rumeno, sebbene permangano aperte importanti questioni quali il rispetto dello Stato di diritto e l'indipendenza della magistratura. Anche la relazione che accompagna l'introduzione del codice civile, *cit.*, chiarisce che “[...] *le profonde trasformazioni della società rumena e delle realtà europee contemporanee richiedono la protezione di nuovi valori socio-morali, culturali ed economici, tecnico-scientifici, regola fondamentale del diritto civile che deve rispondere, allo stesso tempo, alle esigenze derivanti da impegni assunti dalla Romania nel processo di integrazione europea e al nuovo statuto del nostro paese di stato membro dell'Unione Europea*”. V. anche sul punto, D. VELICU, *Il progetto di codice civile rumeno con particolare riferimento ai contratti*, in *I contratti*, 2007, 380 e ss..

¹⁰ Nel dicembre 1991 viene approvata, con referendum popolare, la Costituzione democratica stilata dal Parlamento e poi riformata nel 2003.

legislativi (in punto di diritto fiscale, societario e penale¹¹) mentre sono ancora in discussione progetti di riforma della legislazione nazionale, in parte chiesti dalla stessa Unione Europea.

In questo generale processo di ammodernamento, dal punto di vista che qui ci interessa, la Romania è tornata ad ispirarsi al *code civil* francese facendosi guidare anche da giuristi del Québec¹². Gli artt. 2011-2030 del codice civile francese¹³ sono, infatti, il modello principale sostanzialmente replicato agli artt. 773-791 del nuovo codice civile rumeno.

2. La fiducia rumena

La fiducia, in Romania, è l'“operazione giuridica con la quale uno o più costituenti trasferiscono diritti reali, diritti di credito, garanzie o altri diritti patrimoniali oppure un insieme di tali diritti, presenti o futuri, verso uno o più fiduciari che agiscono con uno scopo determinato, a favore di uno o più beneficiari. Questi diritti formano una massa patrimoniale autonoma, distinta da altri diritti e obbligazioni compresi nei patrimoni dei fiduciari”¹⁴.

L'“operazione” pare composita comprendendo, accanto al trasferimento di diritti dal costituente al fiduciario¹⁵, un accordo di amministrazione. Il trasferimento opera in favore del beneficiario che non è parte del contratto¹⁶ ma può, con la sua accettazione¹⁷, impedire il recesso del

¹¹ Nel 2004 entra in vigore il codice unico fiscale, nel 2006 viene introdotta la legislazione societaria, il nuovo codice penale e le direttive europee antiriciclaggio.

¹² Durante il regime sovietico la situazione giuridica è complessa ed impedisce l'introduzione di nuovi sistemi legislativi. In Romania, in particolare, non entra in vigore il progetto di un codice civile promulgato nel 1940 che si ispirava al *Code Civil*, al progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni e dei contratti del 1928, al progetto del nuovo codice civile italiano; v. AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, cit. V. anche K. ZWEIGERT – H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I (Principi fondamentali), Milano, 1992, 345 e ss; R. SACCO – A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009, 311 e ss; *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, 2011; V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, Torino, 2010, 191 e ss.. Dopo la caduta del regime sovietico la Romania ha “restaurato” il codice civile del 1865 (di ispirazione francese). V. C. DALLARA, *I trapianti giuridici tramite l'allargamento della UE: il caso della Romania*, in L. Scaffardi (a cura di), *Parlamenti in dialogo: l'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Napoli, 2011, pp. 29 e ss.

¹³ La *fiducie* è stata introdotta nel codice civile francese con la l. n. 2007-211 in *JORF*, 21.02.07, p. 3052. V. tra gli altri, F. BARRIÈRE, *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in *Re-imagining the trust. Trusts in civil law*, Cambridge, 2012, p. 212 e ss; AA.VV. *La fiducie dans tout ses états* (association Henri Capitant), 2011; GRIMALDI-BARRIÈRE, *Trust and fiducie*, in *Towards a european civil code*, 2011, 1085 e ss; Y. EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droits des contrats et droits des biens*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 2009, p. 49; S. UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 309-331; F. BARRIÈRE, *La legge che istituisce la fiducie: tra equilibrio e incoerenza* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 124-134; A. BERLINGUER, *Trust et fiducie en Italie*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 600; C.A. MARCOZ (Consiglio nazionale del notariato), *Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della “fiducia”*, n. 2007-211 del 19.02.07, Studio 1-2008/A; *La fiducie, mode d'emploi*, dossiers pratiques, F. Lefebvre, 2007; M. GRAZIADEI, *The development of Fiducia in Italian and French law from the 14th century to the end of Ancien Régime* in *Itinera fiduciae, Trust and treuhand in historical perspective*, Berlin, 1998, 327 e ss; A. GAMBARO, *Il “trust” in Italia e in Francia*, in P. Cendon (a cura di) *Scritti in onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Milano, 1994, pp. 497 e ss.. Sia infine consentito il rinvio anche a D. PAPPADA, *L'emulazione del trust in Francia* in www.comparazioneDirittocivile.it, 2012.

¹⁴ Art. 773 codice civile rumeno. Il compito del fiduciario pare essere stato “sfumato” nella versione vigente sostituendo l'inciso “*care le administreează*” (perché amministrati) con “*care le exercită*” (perché agisca); nel progetto del codice del 2009 sembrava potersi ravvisare solo l'ipotesi di fiducia a fini di gestione mentre, attualmente, l'espressione “*perché agisca*” pare lasciare più spazio alle finalità ed allo svolgimento della missione fiduciaria.

¹⁵ Costituente e fiduciario sono le parti del contratto; v. art. 776 codice civile rumeno.

¹⁶ La sua nomina (e quindi anche l'accettazione) può essere successiva come si desume dalla lett. e) dell'art. 779 e dal c. 3 dell'art. 780 codice civile rumeno.

¹⁷ Dalla lettura combinata con gli artt. 41 e 42 del nuovo codice civile rumeno (limitazioni della capacità di agire) è possibile desumere che l'accettazione o la rinuncia alla fiducia rappresentano atti di disposizione che richiedono la

costituente. In questi casi il contratto può infatti essere modificato o revocato solo il consenso dello stesso beneficiario o, in mancanza, con l'autorizzazione del giudice¹⁸. Nulla vieta che i soggetti dell'operazione fiduciaria coincidano¹⁹ ed è, anzi, espressamente previsto che possa essere beneficiario lo stesso costituente o il fiduciario²⁰ mentre andrebbe esclusa l'ipotesi che i tre ruoli (costituente, fiduciario, beneficiario) coesistano in uno solo poiché, in questo modo, non esisterebbe una relazione fiduciaria²¹. Se queste disposizioni paiono riportarci alla disciplina del contratto in favore di terzo, un'altra previsione ci è ancora al terreno delle obbligazioni connesse a fenomeni gestori. Si tratta della norma che stabilisce che il costituente può nominare un soggetto che rappresenti i suoi interessi nell'adempimento del contratto ed eserciti i diritti da esso derivanti²². In sostanza il "legame" tra costituente e fiduciario non termina per effetto del contratto di fiducia ed anzi, dalla stipula dello stesso, paiono nascere diritti anche in capo al costituente stesso. Si tratterà evidentemente di diritti altri rispetto all'obbligo di rendiconto che grava in capo al fiduciario e che è espressamente disciplinato all'art. 783 c.c.. Emerge quindi -già qui- un profilo differente rispetto alla *fiducie* francese la quale riconosce poteri del costituente, ma anche rispetto al trust cd. amorfo che prevede la possibilità per il costituente di "conservare diritti e facoltà"²³.

Questo accordo fiduciario deve essere espresso²⁴ ed il relativo contratto deve essere stipulato in forma autentica²⁵, registrato entro un mese (pena la nullità) presso l'organo fiscale competente²⁶ ed annotato nel registro delle garanzie reali mobiliari perché sia opponibile ai terzi²⁷. Sempre a pena

completa capacità di agire. V. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit, p. 37.

¹⁸ Art. 789 codice civile rumeno.

¹⁹ L'ipotesi non è espressamente disciplinata ma non vi è alcun divieto né vi sarebbe contrasto con l'art. 32 c. 1 del codice civile (v. infra nota n. 34). Si può trattare di un trasferimento della massa patrimoniale fiduciaria che riguarda la stessa persona che ha doppia qualità di costituente e fiduciario. Tenendo però presente che il ruolo di fiduciario è limitato ad alcune categorie, ciò potrebbe accadere solo in questi casi. V. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit, p. 34.

²⁰ Art. 777 codice civile rumeno.

²¹ Non si avrebbe il cd. "affidamento" che, pare, debba esserci leggendo l'art. 788 codice civile laddove si parla di "interessi affidati" al fiduciario.

²² Art. 778 codice civile rumeno. Ciò deriva dal fatto che le persone fisiche possono non avere le competenze necessarie per controllare lo svolgimento di un contratto di fiducia; v. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit, p. 35. Il medesimo timore, in Francia, è stato esplicitato prevedendo che il costituente persona fisica non può rinunciare a questa facoltà (c. 2 dell'art. 2017 *code civil*).

²³ "Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust". Art. 2 Convenzione de l'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento.

²⁴ Art. 774 codice civile rumeno. Può anche essere stabilita dalla legge la quale dovrà, eventualmente, prevedere disposizioni derogatorie della disciplina codicistica ma, allo stato, non sembrano esserci norme in tal senso.

²⁵ Il requisito della forma autentica pare rispondere alla convinzione che, spesso, l'operazione fiduciaria può avere ad oggetto beni di grande valore e sia necessario proteggere il costituente. V. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit, p. 38. In Francia, per questa stessa ragione, il legislatore ha previsto la necessità di un atto notarile in caso di *fiducie* che ha ad oggetto beni indivisi o coniugali (art. 2012 *code civil*) oltre che nei casi in cui è richiesto dalla natura del bene oggetto del contratto.

²⁶ Art. 780 codice civile rumeno. L'espressione "organo fiscale competente ad amministrare le somme dovute dal fiduciario al bilancio generale consolidato dello Stato" è oscura ma, nel progetto del codice civile, si legge che "è stata voluta al fine di disciplinare sia l'ipotesi in cui il fiduciario ha sede in Romania sia l'ipotesi in cui non sia residente e per evitare incertezze anche alla luce dei frequenti cambiamenti che intervengono nelle denominazioni di alcune istituzioni di Stato in Romania". V. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit, p. 38. Da rilevare la previsione contenuta al c. 4 del medesimo articolo secondo la quale se, per la natura dei diritti trasferiti, il contratto riveste una forma particolare, la mancanza della registrazione non comporta la nullità dell'atto ma l'applicazione di sanzioni amministrative.

²⁷ Art. 781 codice civile rumeno. Nella prima stesura il riferimento era, sulla scia del modello francese, ad un registro nazionale delle *fiducie*; con la l. n. 71/2011 (v. nota n. 1) si è ritenuto di evitare un sistema parallelo e di utilizzare

di nullità, nel contratto, devono essere indicati gli elementi previsti dall'art. 779 c.c.²⁸, ponendo particolare attenzione allo scopo del trasferimento che non può consistere in una liberalità indiretta a favore del beneficiario²⁹ ed alla durata che non può eccedere 33 anni.

2.1 La massa fiduciaria

Effetto del predetto trasferimento è la creazione di una massa patrimoniale, autonoma e distinta dal patrimonio del fiduciario³⁰. In questo, che è il contenuto del secondo comma dell'art. 773 c.c., troviamo la prima importante differenza rispetto alla *fiducie* francese. A tal proposito occorre far presente che l'intervento rumeno si è avuto in seno ad un'opera più ampia di ricodificazione che ha consentito di armonizzare³¹ (al contrario del sistema francese ed al pari di quello del Quebec³²) i profili della fiducia con i principi dell'unicità del patrimonio e della responsabilità patrimoniale generale del debitore³³. Nel libro I del nuovo codice civile rumeno è così espresso il rinvio al libro III nel quale sono contenute le norme sulla fiducia, prevedendo la possibilità di dividere il patrimonio in masse e di operare trasferimenti da una ad un'altra³⁴.

La massa fiduciaria -in particolare- è ritenuta patrimonio di destinazione³⁵ e, come espressamente stabilito dall'art. 786 c.c., costituisce la garanzia dei creditori nati dall'amministrazione degli stessi beni (creditori fiduciari). Questi ultimi possono rivalersi sul patrimonio del costituente o del fiduciario solo se contrattualmente previsto, fatto salvo il beneficio

l'archivio elettronico delle garanzie reali mobiliari che è in grado di ricevere anche queste registrazioni. Questo registro (introdotto con la legge n. 99/1999) ha la finalità di garantire l'opponibilità ai terzi delle garanzie che vi vengono annotate ed è consultabile pubblicamente; dal 2011 ad oggi, registra un centinaio di fiducie.

²⁸ Si tratta, precisamente di: a) diritti reali, di credito, garanzie e qualsiasi altro diritto patrimoniale trasferito; b) la durata del trasferimento che non può essere superiore a 33 anni dalla data della sua stipula; c) l'identità del costituente/i, d) l'identità del fiduciario/i, e) l'identità del beneficiario/i o almeno le regole che permettono la loro identificazione; f) lo scopo della fiducia e l'ampiezza dei poteri di gestione e di disposizione del fiduciario/i. In punto di durata, il legislatore rumeno ha adottato il termine di 33 anni al pari della previsione voluta dal Senato francese in prima lettura e poi superata dall'attuale previsione di 99 anni (art. 2018 *code civil*).

²⁹ Il divieto di fiducia con finalità di liberalità (art. 775 c.c.) replica la previsione francese di cui all'art. 2013 *code civil*.

³⁰ L'apertura di una procedura di insolvenza contro il fiduciario non influenza la massa patrimoniale fiduciaria; v. art. 785 codice civile rumeno.

³¹ V. art. 31 codice civile rumeno c. 1 e 2: "*qualsiasi persona fisica o giuridica è titolare di un patrimonio che include tutti i diritti e gli obblighi che possono essere valutati in denaro e che gli appartengono. Il patrimonio può essere oggetto di una divisione o di una destinazione solamente nei casi e nelle condizioni previste dalla legge*". Questa disposizione (simile all'art. 2 c.c. Québec) innova il codice civile precedente nel quale una separazione poteva avvenire solo *mortis causa* per evitare confusione tra il patrimonio del *de cuius* e quello degli eredi.

³² La disciplina della responsabilità patrimoniale del debitore, pur fondandosi sui principi della unicità del patrimonio e della *par condicio creditorum* (art. 2644 c.c.q. *Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers*), contiene una espressa previsione secondo la quale l'autonomia privata può limitare la responsabilità patrimoniale solo ad alcuni beni (con efficacia *inter partes*) (art. 2645 c.c.q. *Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir; à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi. Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent*).

³³ Art. 2324 codice civile rumeno, c. 1: "*Colui che è obbligato di persona risponde con tutti i suoi beni mobili e immobili, attuali e futuri. I beni sono utilizzati come garanzia comune dei suoi creditori*".

³⁴ Art. 32 codice civile rumeno: "*In caso di divisione o destinazione, il trasferimento di diritti e obbligazioni da una massa patrimoniale all'altra, in riferimento allo stesso patrimonio, si compie nel rispetto delle condizioni previste dalla legge senza pregiudicare i diritti dei creditori su ciascuna massa patrimoniale. In tutti i casi di cui al comma 1, il trasferimento dei diritti e delle obbligazioni da una massa patrimoniale ad un'altra non costituisce una alienazione*".

³⁵ Art. 31 c. 3 codice civile rumeno: "*I patrimoni di destinazione sono le masse patrimoniali fiduciarie, costituite in conformità con le disposizioni del titolo IV del libro III, quelle destinate all'esercizio di una professione autorizzata e gli altri patrimoni individuati secondo la legge*".

di escussione³⁶. Essendo “destinata”, questa massa deve essere separata da ogni altro patrimonio: anche da quello del costituente. I creditori di quest’ultimo, infatti, non possono aggredirla salvo il caso in cui abbiano una garanzia reale sui beni del costituente la cui opponibilità è stata acquisita anteriormente alla data di stipula della fiducia o abbiano ottenuto l’annullamento o la inopponibilità, con effetto retroattivo, del contratto di fiducia³⁷.

Solo quando il contratto di fiducia cessa³⁸ la massa fiduciaria è trasferita al beneficiario o, in sua mancanza, al costituente³⁹. Ad ogni modo, anche in questa fase, i creditori fiduciari paiono protetti in quanto la separazione delle varie masse resta fino al momento del pagamento dei debiti fiduciari⁴⁰.

2.2 Il fiduciario: un amministratore di beni altrui

I ruoli di costituente e beneficiario possono essere ricoperti da qualunque soggetto (persona fisica o giuridica) mentre vi è una precisa limitazione⁴¹ che circoscrive la categoria dei fiduciari agli istituti di credito, alle società di investimento e di servizi di investimenti finanziari, alle società di assicurazioni e riassicurazioni, ai notai e agli avvocati⁴².

Una volta avvenuto il trasferimento, il fiduciario agisce in base allo scopo fissato nel contratto. Il suo ruolo appare quello di un amministratore di beni altrui⁴³: i suoi poteri di gestione e

³⁶ Art. 786 c. 2 codice civile rumeno.

³⁷ L’ipotesi della inopponibilità è stata prevista con l. n. 71/2011 (nota n. 1) che ha integrato le disposizioni iniziali del c.1 dell’art. 786 introducendo una fattispecie non prevista nel *code civil*. L’ipotesi dell’annullamento si riferisce, invece, all’ipotesi di contratto di fiducia stipulato in frode ai creditori, come nella disciplina francese. V. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit, p. 43.

³⁸ Art. 790 codice civile rumeno: (1) *Il contratto di fiducia cessa alla scadenza del termine oppure al raggiungimento dello scopo determinato, se questo si verifica prima della scadenza. (2) Il contratto cessa, inoltre, nel caso in cui tutti i beneficiari rinuncino alla fiducia e nel contratto non sia stato precisato il modo in cui i rapporti fiduciari continueranno in tale situazione. Le dichiarazioni di rinuncia sono sottoposte alle stesse formalità di registrazione del contratto di fiducia. La cessazione interviene al termine delle formalità di registrazione dell’ultima dichiarazione di rinuncia. (3) Il contratto di fiducia cessa anche nel momento in cui è stata dichiarata aperta la procedura di insolvenza contro il fiduciario oppure nel momento in cui si verificano, secondo la legge, gli effetti della riorganizzazione della persona giuridica.* Non sono disciplinate dal legislatore rumeno le ipotesi di cessazione (previste –invece– dal sistema francese) che riguardano le persone fisiche quali la morte del costituente persona fisica e la radiazione, cancellazione o interdizione dell’avvocato dall’albo, v. art. 2029 *code civil*.

³⁹ Art. 791 codice civile rumeno.

⁴⁰ Art. 791 c. 2 codice civile rumeno.

⁴¹ La limitazione è finalizzata ad evitare il riciclaggio di danaro e l’evasione fiscale alla luce di quanto dimostrato dall’esperienza internazionale. I primi commenti auspicano che questa limitazione venga a cessare e che la qualità di fiduciario possa essere assunta da chiunque purché rispetti requisiti di solvibilità e onorabilità. V. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit, p. 36.

⁴² Prima dell’attuale codice civile, vi erano dei riferimenti all’istituto della fiducia proprio in una legge riguardante gli avvocati. Si trattava della l. n. 51/1995 (in G.U. del 9.6.1995) in materia di “*organizzazione e esercizio della professione di avvocato*” ed in particolare dell’art. 3 c. 1 lett. g) (così come modificato dalla legge n. 255/2004) il quale prevede, tra le attività svolte dall’avvocato: “*le attività fiduciarie consistenti nel ricevere un deposito, a nome e per conto del cliente, di fondi finanziari e beni, risultati dalla valorizzazione o l’esecuzione di titoli esecutivi, dopo la chiusura della procedura di successione oppure di liquidazione, nonché il loro piazzamento e valorizzazione, a nome e per conto del cliente, attività di gestione dei fondi oppure dei valori in cui sono stati piazzati*”. Quest’articolo è stato modificato dalla legge n. 71/2011 (v. nota n. 1) e la lett. g) del predetto art. 3 ora prevede che “*le attività fiduciarie siano condotte ai sensi del codice civile*”. In Francia la previsione del ruolo di avvocato fiduciario è avvenuta con l’introduzione del c. 2 dell’art. 2015 *code civil* ad opera della l. n. 776 del 04.08.08 (*loi de modernisation de l’economie*, JORF 5.08.08 p. 12471).

⁴³ Pare chiaro, a questo proposito, il c. 2 dell’art. 784 codice civile rumeno il quale individua nella disciplina dell’amministrazione di beni altrui le norme da applicare in assenza di disposizioni delle parti in punto di retribuzione

di disposizione devono essere previsti nel contratto di fiducia⁴⁴ ed egli può specificare di agire per conto della massa fiduciaria salvo che sia vietato contrattualmente⁴⁵. La sua qualità deve essere indicata solo se così è richiesto dal costituente o dal beneficiario⁴⁶; se ciò non è rispettato e l'atto compiuto è dannoso per il costituente, si riterrà concluso dal fiduciario in nome proprio⁴⁷. Emerge qui il profilo della gestione, su incarico di altro soggetto, da parte di un fiduciario che "agisce per conto" della massa fiduciaria, richiamando così le regole del mandato senza rappresentanza. Nei rapporti con i terzi, questi è qualificato come "*vero e unico titolare dei diritti in causa*" ed ha i poteri pieni sulla massa fiduciaria salvo il caso in cui si dimostri che i terzi conoscono la limitazione di questi poteri⁴⁸.

Del suo operato il fiduciario rende conto a ciascuna delle parti nei modi fissati nel contratto⁴⁹ e, nel caso in cui arrechi pregiudizio, risponde con il suo patrimonio⁵⁰. Inoltre, se non adempie i propri obblighi o mette in pericolo gli interessi che gli sono stati affidati, il costituente, il suo rappresentante o il beneficiario possono chiederne la sostituzione e nominare un amministratore provvisorio⁵¹. Questa nomina non implica la rimozione del fiduciario ed infatti cessa se la richiesta di sostituzione viene rigettata⁵². Il nuovo fiduciario e/o amministratore provvisorio può essere individuato anche in via giudiziaria⁵³ ma è necessario l'accordo di costoro perché il contratto venga modificato⁵⁴. Ancora una volta si delinea un legame che vincola, comunque e in via prioritaria, il fiduciario al costituente; la preminenza dell'obbligo di rendiconto nei confronti del costituente (rispetto al beneficiario) è rivelata dal fatto che le condizioni che fanno scattare tale obbligo devono essere espressamente previste nel contratto⁵⁵.

In conclusione, la Romania sembra approdare ad un meccanismo di separazione patrimoniale rimesso alla libertà contrattuale che può, più o meno, comprimere questo effetto del contratto di fiducia e regolamentare poteri e compiti dell'amministratore. Si tratta di un'operazione

del fiduciario. V. anche A. TABACU – R. DUMINICĂ, *The fiduciary contract and the administration of the goods of another person in the new civil code. A comparative outlook*, in *Jurnalul de studii juridice*, 2012, n. 2, pp. 171-188.

⁴⁴ V. lett. d) art. 779 codice civile rumeno, nota n. 29.

⁴⁵ Art. 782 c. 1 codice civile rumeno. L'articolo è stato oggetto di modifica ad opera della l. n. 71/2011 (v. nota n. 1); nella versione originaria il codice prevedeva che il fiduciario avesse l'obbligo (e non la facoltà) di specificare la propria qualità. Pare, dunque, cambiata l'ottica del legislatore che non mira più a proteggere i terzi ma gli interessi del costituente e del beneficiario.

⁴⁶ Art. 782 c. 3 codice civile rumeno.

⁴⁷ Art. 782 c. 3 codice civile rumeno.

⁴⁸ Art. 784 codice civile rumeno. Anche su questo articolo è intervenuta la l. n. 71/2011 (nota n. 1) la quale ha qualificato "pieni" i poteri del fiduciario anziché "i più ampi" come originariamente previsto riportando fedelmente l'espressione francese "*pouvoirs les plus étendus*" dell'art. 2013 *code civil*.

⁴⁹ Il fiduciario rende conto al costituente e, se richiesto, anche al beneficiario ed al rappresentante del costituente. V. art. 783 codice civile rumeno.

⁵⁰ Art. 787 codice civile rumeno.

⁵¹ In caso di pluralità di nomine, prevale quella fatta dal costituente o dal rappresentante; v. art. 788 codice civile rumeno.

⁵² Art. 788 c. 3 codice civile rumeno.

⁵³ Il nuovo fiduciario nominato dal giudice avrà tutti i diritti e gli obblighi previsti nel contratto di fiducia, v. art. 788 c. 5 codice civile rumeno.

⁵⁴ Il c. 6 dell'art. 788 risulterebbe non conforme all'art. 780 codice civile rumeno in quanto considera la registrazione della sostituzione come eventuale e non come obbligatoria (ai sensi dell'art. 780 c. 1). A ben vedere, lo stesso c. 6 dell'art. 788 stabilisce che la sostituzione avviene solo dopo la registrazione; ne discende che l'art. 780 sarà comunque rispettato.

⁵⁵ Art. 783 codice civile rumeno.

che non pare implicare un cambio di proprietà come potrebbe far pensare la parola “trasferimento” ma solo un passaggio di diritti da una “divisione patrimoniale” ad un’altra; il *ché*, come precisa l’art. 32 c.c., non rappresenta una alienazione⁵⁶. Non mancano le contraddizioni visto che questa nuova forma di amministrazione rende l’amministratore “*vero e unico titolare dei diritti (contenuti nella massa fiduciaria)*” nei rapporti con i terzi.

3. I modelli: la *fiducie* in Francia e in Québec

Abbiamo avuto modo di accennare come la scelta rumena di innestare nell’impianto francese della *fiducie* alcune regole della disciplina della *fiducie* in Québec appaia peculiare. Si tratta infatti di due modelli tra loro distanti se non antitetici. Essi partono dal comune assunto per cui il fenomeno fiduciario non dà luogo allo smembramento della proprietà ma giungono a soluzioni (e discipline) differenti. Partiamo dall’analisi del Québec che è il primo, in ordine temporale, ad essersi dotato di una disciplina della *fiducie* facendo proprie le tesi dottrinali francesi degli anni trenta, poi messe in discussione e superate nella stessa Francia.

3.1. La *fiducie* in Québec

Sebbene il Québec fosse riconosciuto come la *New France* ed abbia mantenuto un forte legame con il sistema francese, è noto come siano diverse le conclusioni in punto di *fiducie*. Il contesto storico e geografico nel quale è sorta la *fiducie* in Québec spiega le ragioni di questa differenza. Dopo aver rappresentato la recezione del trust in ambito successorio, dal 1994 la *fiducie* ha assunto un aspetto che cambia la prospettiva dalla quale deve essere vista⁵⁷; la nuova disciplina non solo rompe con quella passata (che seguiva fedelmente quella del trust) ma la pone a grande distanza dalle forme e strutture fiduciarie usate in Europa.

Per superare i difetti di quella che la giurisprudenza aveva definito una “*proprietà sui generis*”⁵⁸, il Québec ha infatti scelto una concezione della *fiducie* che pone l’accento sul patrimonio e non sulla proprietà e che non ha mai accettato la distinzione tra *legal title* e *beneficial title*. Il legislatore, prendendo atto dell’impossibilità di qualificare come diritto soggettivo -pur se sottoposto a condizioni o limiti- il rapporto tra il *fiduciaire* e il patrimonio da lui gestito, ne ha descritto l’attività come una prerogativa o potere esercitati nell’interesse altrui prevedendo che il fiduciario agisce in qualità di “*amministratore di beni non propri*”⁵⁹. Il fondamento della *fiducie* non

⁵⁶ A.F. MĂGUREANU, *Fiducia in the new Romanian civil code*, in *Contemporary readings and social justice*, 2014, pp. 301-307.

⁵⁷ Il codice civile del 1994, traendo spunto dalla prassi, ha esteso l’impiego della *fiducie* ad impieghi commerciali (finalità di amministrazione, investimento e di garanzia) ed ha “riempito” la precedente disciplina che risultava piuttosto laconica. Dopo questa data si è affermato che le norme del *code civil* possono essere interpretate alla luce delle disposizioni di diritto inglese, ma le prescrizioni in materia sono principalmente quelle codicistiche. Sostiene, quindi, che la *common law* da norma principale sia divenuta parametro ermeneutico suppletivo per la costruzione e la funzionalità dell’istituto, L. NONNE, *La fiducie nel Québec come competitore del trust* in M.A. FODDAI (a cura di) *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l’Italia*, Napoli, 2013, pp. 169-188.

⁵⁸ Le corti avevano parlato di una *proprietà sui generis* e questo era un innesto della *common law*, in particolare del *legal title*. Il sistema non prevedeva, in realtà, un meccanismo per assicurare un’amministrazione fedele nell’interesse dei beneficiari. Anzi, non vi erano misure per l’applicazione di rimedi analoghi a quelli che ha un beneficiario di trust (in virtù del suo *equitable title*). I beneficiari potevano solo agire con un’azione su abuso di diritto o frode in caso di negligenza o violazione della fiducia. V. M. CANTIN CUMYN, *Reflexions regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re-imagining the trust, Trusts in civil law*, Cambridge (edited by L. Smith), 2012, 21.

⁵⁹ Art. 1278 c.c.q. *Le fiduciaire a la maîtrise et l’administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs*

è allora una peculiare nozione di proprietà ma quella di patrimonio, nelle sue articolazioni (di destinazione, autonomo e indipendente) e rispetto al quale, come si legge espressamente all'art. 1261 c.c.q.⁶⁰, è assente un qualsivoglia diritto reale sia in capo al fiduciario sia da parte del disponente o del beneficiario. Questi ultimi si giovano, però, della forma di protezione prevista dall'art. 1290 c.c.q.⁶¹ che prevede -nei confronti del fiduciario- la possibilità di esercitare l'azione di nullità per gli atti compiuti con carenza o sviamento del potere, l'azione di decadenza dall'ufficio, l'azione di risarcimento dei danni nonché l'azione per il rendimento del conto ed anche la facoltà di ottenere ordinanze costrittive sia in ordine al compimento di un'attività dovuta sia per l'astensione da un'attività vietata.

Ma non va rimarcato solo questo; un'altra importante novità del codice civile del Québec (replicata in Romania⁶²) è il fatto che, accanto ai 38 articoli dedicati all'istituto della *fiducie*, vi sono 71 articoli (artt. 1299-1370 c.c.q.) che disciplinano l'amministrazione di beni non propri, creando un diritto comune dell'amministrazione privata suscettibile di applicarsi ad ogni soggetto che esercita un potere nell'interesse di altri⁶³. Ed è proprio a queste norme che bisogna guardare per trovare le risposte in relazione ai poteri del fiduciario ed ai rimedi relativi al suo operato⁶⁴.

In estrema sintesi si può affermare che il Québec ha equiparato il fiduciario ad un amministratore di proprietà altrui⁶⁵ ed ha rifiutato l'idea della *fiducie* come un trasferimento di proprietà allo stesso fiduciario⁶⁶. Come patrimonio segregato, la *fiducie* pare divenire un'entità

aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration.

⁶⁰ *Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.*

⁶¹ *Le constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé peut, malgré toute stipulation contraire, agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution. Il peut aussi attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire.*

⁶² L'amministrazione di beni altrui è un istituto disciplinato immediatamente dopo la fiducia, agli artt. 792-857 del nuovo codice civile rumeno. Nella relazione che accompagna l'introduzione del codice civile, *cit.*, si legge che “*per la prima volta nella legislazione rumena sono state introdotte, sul modello del codice civile del Québec, le norme generali in materia di amministrazione di beni altrui. Queste norme si applicheranno in tutte le situazioni in cui non esistono norme speciali per quanto riguarda l'amministrazione dei beni di un'altra persona, ma anche per completare eventuali normative speciali*”.

⁶³ Disciplina, come diritto suppletivo, non solo l'attività del fiduciario, ma anche quella del tutore, dell'esecutore testamentario, del gestore del bene comune, e di quanti sono qualificabili come “amministratori di beni altrui”.

⁶⁴ In questo contesto si rinviengono le disposizioni relative all'estensione dei poteri del fiduciario, alla sua obbligazione di conservare e far fruttare i beni (artt. 1306 e 1307 c.c.q.), di agire secondo prudenza e diligenza nonché secondo onestà e lealtà, di evitare conflitti di interessi, di separare i propri beni da quelli formanti il patrimonio fiduciario, di non compiere atti a titolo gratuito e di rendere il conto al termine della gestione (artt. 1308-1315 e artt. 1351-1354 c.c.q.). Per quanto concerne più specificamente la *fiducie*, la lacuna della precedente disciplina è stata colmata prevedendo, agli artt. 1287-1292 c.c.q., le procedure di sorveglianza e controllo sull'amministrazione del patrimonio fiduciario; è stata così prevista la possibilità per il giudice di modificare le clausole dell'atto costitutivo non coerenti con le circostanze sopravvenute (art. 1294 c.c.q.) o di dichiarare estinta la *fiducie* (art. 1295 c.c.q.), ciò tenuto conto della notevole estensione temporale di talune di esse.

⁶⁵ Il fiduciario, come ogni amministratore con piena amministrazione, può compiere ciascun atto che è utile al perseguimento del suo obiettivo. V., a questo proposito, gli artt. 1278 c.c.q. (nota n. 59), 1306 c.c.q.: *Celui qui est chargé de la pleine administration doit conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but de la fiducie l'exigent* e 1307 c.c.q.: *L'administrateur peut, pour exécuter ses obligations, aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et faire tout autre acte nécessaire ou utile, y compris toutes espèces de placements.*

⁶⁶ In Europa vi è sempre stato un “tiepido interesse” verso la *fiducie* del Québec e probabilmente la ragione risiede nel

giuridica autonoma titolare di beni dedicati allo specifico scopo fissato dal disponente⁶⁷. Questo patrimonio forma una universalità giuridica che il legislatore vede come indipendente dai patrimoni personali dei soggetti coinvolti. Non accettando la duplicazione di proprietà, il codice del Québec assimila la *fiducie* ad una persona giuridica ed evidenzia che nessuno dei soggetti parti nel contratto ha diritti reali di alcun tipo sui beni posti in *fiducie*⁶⁸. Sembra evolvere, in questo modo, il modello napoleonico della concentrazione nelle mani di un medesimo soggetto di godimento, gestione e disposizione di un bene che ha portato a concludere che la *fiducie* non smembra la proprietà, il beneficiario non ha sul patrimonio alcun diritto reale ed il fiduciario è colui che, in qualità di amministratore di un bene d'altri, “*a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation*”⁶⁹.

3.2. La *fiducie* in Francia

Sono note le difficoltà dell'introduzione di un meccanismo analogo al trust in Francia come lo sono le circostanze, anche fortuite⁷⁰, della definitiva approvazione della legge che ha disciplinato la *fiducie*⁷¹: un modello ritenuto una conquista timida, incerta ed in sé incoerente.

Il modello francese pare subire ancora l'influenza della concezione patrimonialistica unitaria oltre che del concetto di proprietà assoluta intesa come allineamento, in capo allo stesso soggetto, dei profili di gestione, amministrazione, godimento. La *fiducie* si risolve, sostanzialmente, in un trasferimento della titolarità di alcune posizioni con finalità di garanzia o gestione. Il legislatore francese non definisce però il fiduciario come un proprietario né qualifica, almeno nel *code civil*, i

fatto che quest'ultima è definita come un patrimonio segregato senza attribuirvi espressamente natura di persona giuridica. V. a questo proposito M. CANTIN CUMYN, *Reflexions regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, cit, 6 e ss..

⁶⁷ Posizione rimasta minoritaria in Francia e che sostiene che l'art. 2012 c.c. implicitamente personifica la *fiducie*. V. M. NICOLLE, *La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire*, in *Recueil Dalloz*, 2014, n. 36.

⁶⁸ L'impostazione del Québec, che è stata criticata dalla dottrina francese, risente degli studi di uno dei primi francesi (P. LEPAULLE) che ha analizzato il “*patrimoine d'affectation*” come l'equivalente concettuale del trust; si tratta di un patrimonio, non più legato alla personalità giuridica, ma distaccato, impersonale, nel quale è la comunione del fine ovvero dello scopo a saldare gli elementi eterogenei. Il riferimento è a *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international privé*, 1932.

⁶⁹ Art. 1278 c.c.q. (nota n. 59).

⁷⁰ P. MATTHEWS, *The French fiducie: and now for something completely different?* in *Trust law international*, 2007, n. 21, 17 e ss.

⁷¹ Art. 2011 *code civil*: *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.*

beni in *fiducie* come un patrimonio separato⁷² o segregato⁷³. Ne è risultato un contratto che non realizza una situazione di segregazione piena lasciando, peraltro, una assoluta incertezza in ordine alla posizione del fiduciario.

Da qui le discussioni dottrinali in ordine alla natura della proprietà cd. fiduciaria ed al rapporto tra fiduciario e il patrimonio trasferito⁷⁴. Vi è chi ritiene che la proprietà fiduciaria non abbia né il contenuto né le caratteristiche di quella “ordinaria” la quale è, piuttosto, ricchezza e poteri⁷⁵. Il fiduciario non fa, infatti, suoi i frutti della *fiducie* né può alienare i beni a suo profitto o godere di eventuali plusvalenze⁷⁶; inoltre i suoi poteri sono delimitati dal contratto e la sua missione è gravata da un obbligo di rendiconto⁷⁷. Il fiduciario ha, quindi, una proprietà a prerogative variabili e temporanea⁷⁸. La proprietà fiduciaria è però esclusiva, al pari di quella ordinaria⁷⁹. Se, dunque, è uno solo il carattere che accomuna la proprietà fiduciaria a quella ordinaria, si giustifica –secondo

⁷² Eppure si tratta delle convinzioni che si ritrovano nei lavori preparatori all'introduzione della l. 2007-211. In questo senso, v. *Proposition de loi instituant la fiducie*, presentata dal senatore Philippe Marini nella seduta del 8.02.05, <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>, dove si legge « *Les droit transférés vont former un « patrimoine séparé », distinct du patrimoine personnel du fiduciaire...il s'agit donc d'un patrimoine d'affectation...si le patrimoine demeure unique, une confusion des droits en résultera, puisqu'aucun ne pourra être distingué. Par opposition, si différentes masses de droits peuvent être formées, alors une séparation des différents droits peut être atteinte. L'enjeu de l'obtention de cette séparation est évident. Elle permet d'assurer la protection du bénéficiaire*»; così anche il Senato nel rapporto fatto al nome della commissione des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie, <http://www.senat.fr/rap/106-011/106-011.html>, afferma che la *fiducie* è un'operazione particolare dal punto di vista civilistico in quanto « *la spécificité de l'opération fiduciaire réside également dans le fait que le transfert des biens se fait au profit, non du patrimoine personnel du fiduciaire mais d'un patrimoine séparé de son patrimoine propre, qualifié de « patrimoine fiduciaire »*. La notion de patrimoine d'affectation peut apparaître à bien des égards inconciliable avec celle de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine retenu per le droit français. Or, avec la fiducie, le fiduciaire est en réalité titulaire d'au moins deux patrimoines : d'une part, son patrimoine propre, d'autre part, un patrimoine fiduciaire. Il peut même être en pratique titulaire de plusieurs patrimoines fiduciaires s'il est désigné fiduciaire par plusieurs actes juridiques distincts ». Gli artt. 2012, 2018-1, 2021, 2023, 2025 *code civil* parlano di “*patrimoine fiduciaire*”.

⁷³ Solo le disposizioni contabili lo definiscono “*patrimoine d'affectation*” e sembrano riconoscere una sorta di smembramento della proprietà in quanto si legge: “*en raison du transfert de la propriété juridique tel qu'organisé par la loi, les actifs et passifs faisant l'objet du contrat de fiducie sont transférés du patrimoine du constituant dans la fiducie, qui constitue un patrimoine d'affectation séparé du patrimoine propre du fiduciaire, au sein duquel ils feront l'objet d'une comptabilité autonome*”. V. art. 12 della legge n. 2007-211 e regolamento CRC (Comitato di regolamentazione contabile) n. 2008-01 del 03.04.2008 relativo al trattamento contabile delle operazioni di *fiducie*.

⁷⁴ Interessante l'esame dell'art. 2011 *code civil* fatto dall'Assemblée Nationale nel rapporto n. 3655, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3655.asp>, in cui è scritto « *il s'agit là de la consécration juridique de la notion, nouvelle par notre droit, de patrimoine d'affectation. Jusqu'au présent, en droit français, seules les personnes juridiques possédaient un patrimoine et toutes n'avaient qu'un seul et unique patrimoine. Avec l'adoption de cette disposition, le fiduciaire deviendra titulaire d'au moins deux patrimoines distincts* ».

⁷⁵ V. GRIMALDI, *La propriété-fiduciaire* in *La fiducie dans tous ses états*, cit., 5 e ss, KACZMAREK, *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 1845.

⁷⁶ In caso di *fiducie gestion*, la ricchezza rimane al costituente; se si tratta di *fiducie-sûreté* il beneficiario si giova del credito ma non della proprietà fiduciaria che non aggiunge ricchezza.

⁷⁷ V. art. 2022 *code civil*.

⁷⁸ La proprietà fiduciaria non è perpetua (al pari di quella ordinaria) e non solo per l'espresso divieto legislativo (v. art. 2018 *code civil*.) ma anche per la natura stessa di una missione od operazione fiduciaria. Nella *fiducie gestion*, essa dura il tempo della gestione; nella *fiducie-sûreté*, sino allo spirare del termine per l'adempimento; il creditore, in questo caso, non si limita a conservare la proprietà fiduciaria del bene ma ne acquisisce quella ordinaria che si sostituisce alla prima. V. artt. 2372-3 e 2488-3 *code civil*.

⁷⁹ Nella *fiducie gestion*, nessuno (se non il fiduciario) può gestire il bene che è sottratto all'azione del costituente o del beneficiario mentre, nella *fiducie-sûreté*, nessuno (se non il fiduciario) può ottenere il pagamento del suo credito a valere sul bene considerato. In questo si può rinvenire il carattere che distingue la *fiducie* da un mandato visto che il fiduciario gestisce il bene come un proprietario ordinario che è in grado di escludere chiunque altro dalla gestione del bene.

questa dottrina- la prudenza del legislatore che non ha voluto definire la *fiducie* come un contratto traslativo della proprietà ed ha preferito parlare di trasferimento di beni, diritti e garanzie visto che si tratta di un contratto di garanzia o di servizi piuttosto che di scambio di beni⁸⁰. Si sarebbe potuto parlare di “*propriété juridique*” (che conferisce poteri) del fiduciario e di “*propriété économique*” (che conferisce ricchezza) del beneficiario ma i tempi, secondo questa dottrina, non erano ancora maturi⁸¹. Dall'altra parte, vi è chi sostiene che quella fiduciaria è una proprietà finalizzata ma non per questo smembrata⁸². Il legislatore pare non aver voluto riconoscere diritti reali al beneficiario della *fiducie* il quale è tutelato dalla presenza di un patrimonio separato che, a differenza del Québec, è collocato nel patrimonio del fiduciario (“*che agisce tenendolo separato dal suo*”).

La profonda incertezza in ordine a ruoli (e di conseguenza obblighi e diritti) delle parti di un'operazione fiduciaria ed alla natura del patrimonio fiduciario può, quindi, far sostenere che -al di là dell'intento più o meno riuscito di competere con il trust (e sperabilmente superarlo in modo da preferirgli l'utilizzo della *fiducie*)- quello francese sia un modello “fragile”, incapace di fornire determinate risposte a profili spinosi dei fenomeni fiduciari. In sintesi ciò che pare emergere, e che è fortemente incentivato anche dal legislatore (soprattutto sotto il profilo fiscale), è la natura di operazione intercalare, ossia di una situazione temporanea che deve volgere e tendere a “ricreare” la situazione di proprietà ordinaria in capo al costituente.

4. La circolazione dei modelli

La fiducia rumena si distanzia in alcuni punti dal modello francese per avvicinarsi a quello del Québec o per allontanarsi, in altri casi, anche da quest'ultimo. I profili che fanno emergere ciò sono: la segregazione, la opponibilità del contratto ai terzi, il ruolo del fiduciario e la posizione del beneficiario⁸³.

Partendo dal primo, il richiamo dell'art. 773 c.c. rumeno è immediato all'art. 2011 *code civil* pedissequamente riproposto per intero ma, altrettanto evidente, è la differenza del secondo comma in cui la massa fiduciaria è qualificata come tale e, quindi, autonoma e distinta⁸⁴. Si potrebbe ravvedere, un avvicinamento al modello del Québec in quanto anch'esso definisce il patrimonio come autonomo e distinto ma, a ben vedere, rimane la distanza in quanto la massa fiduciaria rumena non è definita separata e la disciplina non precisa -come all'art. 1261 c.c.q.- che “*nessuna delle parti ha un diritto reale su di esso*”. È certo che il codice civile rumeno prova ad essere più chiaro

⁸⁰ «*La fiducie est fondamentalement un contrat de service ...cette particularité vient du droit romain: la fiducia se présentait comme un transfert volontaire et solennel de propriété (mancipatio) auquel était adjoint un pacte (pactum fiduciae)...c'est donc par l'association, au sein d'une même opération juridique d'un transfert de propriété assorti de différentes finalités que l'on peut reconnaître le mécanisme fiduciaire*». V. rapporto n. 3655, cit.

⁸¹ V. testualmente GRIMALDI, *La propriété-fiduciaire*, cit, p. 8: “*Mais les esprits n'étaient pas mûrs pour accueillir un tel éclatement de la propriété*».

⁸² Lo smembramento implicherebbe il riconoscimento di due forme di proprietà differenti su un medesimo bene e ciò sarebbe un ritorno alle proprietà simultanee dell'*ancien regime* abbandonate dal *code civil*. V. CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire* in *La fiducie dans tous ses états*, cit, 9 e ss.

⁸³ Si tralasciano alcune differenze “minori”, già evidenziate supra e nel testo, quali quelle in punto di durata (in Romania 33 anni e in Francia 99 anni), di forma del contratto (sempre autentica nel sistema rumeno).

⁸⁴ Art. 773 codice civile rumeno. La stessa “massa fiduciaria” è qualificata in modo differente rispetto al codice francese. Mentre l'art. 2011 *code civil*, riferendosi al fiduciario, afferma che questi deve tenere i beni oggetto delle *fiducie* “separati” dal proprio patrimonio (v. nota n. 71), l'art. 773 codice civile rumeno dice espressamente che “*questi diritti formano una massa patrimoniale autonoma, distinta da altri diritti e obbligazioni compresi nei patrimoni dei fiduciari*”.

di quello francese qualificando la massa fiduciaria come autonoma e facendone conseguire un differente regime di segregazione della massa fiduciaria. Pare infatti aver adottato una separazione più netta stabilendo che i creditori fiduciari possono rivalersi solo sulla massa fiduciaria e che, anche in caso di diversa disposizione contrattuale, dovranno comunque essere escussi per primi i beni del patrimonio fiduciario. In Francia, invece, in caso di insufficienza della massa fiduciaria, la garanzia dei creditori fiduciari è automaticamente “ampliata” al patrimonio del costituente⁸⁵.

Come detto, nel sistema rumeno il contratto di fiducia è opponibile ai terzi dal momento della sua annotazione nell’archivio elettronico delle garanzie reali mobiliari. La scelta è profondamente differente rispetto a quella del legislatore francese che non ha riconosciuto l’opponibilità della *fiducie* e ha istituito un registro nazionale delle *fiducies* esclusivamente con finalità di sostegno alle autorità competenti nella lotta contro il riciclaggio di denaro⁸⁶. Pare, viceversa, forte il rinvio all’effetto di opponibilità della *fiducie* del Québec sia pure limitato alle ipotesi con scopo di garanzia⁸⁷. Un siffatto regime di opponibilità comporta di dover registrare anche la cessazione del contratto di *fiducie*, in particolare in caso di rinuncia di tutti i beneficiari ed in assenza di disposizioni contrattuali a tal proposito. E così ha previsto il codice civile rumeno mentre, ovviamente, non vi sono disposizioni in tal senso nel *code civil*⁸⁸.

In maniera diversa è concepito anche il ruolo di fiduciario. Se è vero che in Francia esso non viene mai definito espressamente, è tuttavia da escludersi che lo stesso sia un amministratore o un mandatario. Nel sistema rumeno, invece, sembra agire come “*amministratore di beni altrui*”⁸⁹ ed è definito -almeno nei rapporti con i terzi- “*vero e unico titolare dei diritti in causa*”⁹⁰. Anche per questi aspetti pare emergere l’influenza del codice civile del Québec, compresa la parte in cui stabilisce che la disciplina dell’amministrazione di beni altrui si applica ad ogni forma di amministrazione⁹¹.

⁸⁵ L’art. 2025 *code civil* fa salva una diversa disposizione contrattuale (testualmente) «*En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée*».

⁸⁶ L’art. 2020 *code civil*, dal febbraio 2007, prevede che “*Un registre des fiducies est constitué selon les modalités précisées par décret en Conseil d’Etat*”. Dal 2010 il registro è costituito, denominato “nazionale” e disciplinato con il decreto n. 2010-219 (in JORF 04.03.2010, 40). Sia consentito il rinvio a PAPPADÀ, *Il registro francese delle fiducie*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 391 e ss.

BOUGARTEV-GAUDIN, *La fiducie à l’épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux*, in *Rev. dr. bancaire financier*, 2007, 36.

⁸⁷ V., in punto di opponibilità, l’art. 1263 codice civile Québec “*La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l’exécution d’une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie. Le fiduciaire est, en cas de défaut du constituant, assujetti aux règles relatives à l’exercice des droits hypothécaires énoncées au livre des priorités et des hypothèques*».

⁸⁸ V. art. 790 codice civile rumeno. È invece differente l’ipotesi disciplinata al c. 3 dell’art. 2019 *code civil* in base al quale devono essere registrati i trasferimenti dei diritti derivanti dal contratto di *fiducie*.

⁸⁹ V. *supra* par. 2.2. Ulteriori differenze vi sono sotto altri profili e quasi tutte paiono derivare dalla scelta, rumena, di assimilare la “missione fiduciaria” all’amministrazione di beni altrui (v. nota n. 62). Si pensi alla disciplina della retribuzione del fiduciario (v. nota n. 43), alla nomina di un amministratore provvisorio in attesa della sostituzione del fiduciario (v. nota n. 54) ed allo stesso art. 1278 c.c.q. (nota n. 59).

⁹⁰ Art. 784 codice civile rumeno.

⁹¹ Art. 1299 c.c.q. “*Toute personne qui est chargée d’administrer un bien ou un patrimoine qui n’est pas le sien assume la charge d’administrateur du bien d’autrui. Les règles du présent titre s’appliquent à une administration, à moins qu’il ne résulte de la loi, de l’acte constitutif ou des circonstances qu’un autre régime d’administration ne soit applicable*”. Il contenuto di quest’articolo pare riprodotto nell’art. 792 del codice civile rumeno, il primo del titolo dedicato alla

Quanto infine al profilo della opponibilità del contratto da parte dei beneficiari, ci si potrebbe aspettare un completo avvicinamento alla disciplina del Québec e, invece, il codice civile rumeno non si distanzia dal sistema francese. Ciò è probabilmente dovuto al fatto che il sistema rumeno ha “accompagnato” alla disciplina propria della *fiducie* (di chiara ispirazione francese) le norme previste per l’amministrazione di beni altrui in Québec, senza armonizzare il tutto. Il risultato è che rimane sostanzialmente “scoperto” da espressa previsione legislativa il profilo assai importante dell’opponibilità della posizione dei beneficiari nei confronti dei terzi. Questo aspetto è disciplinato all’art. 1290 c.c.q.⁹² che è norma specifica della *fiducie* in Québec e che non si trova nella disciplina dell’amministrazione di beni altrui. Se, quindi, in Québec è espressamente prevista la possibilità di attaccare l’atto compiuto in frode del patrimonio o dei diritti dei beneficiari, nel sistema rumeno abbiamo solo, forse, un minimo riferimento a queste circostanze all’art. 784 c.c.. Questo articolo replica il 2023 *code civil* e, nel disciplinare i poteri del fiduciario, contiene un inciso “salvo il caso in cui si provi che i terzi conoscevano i limiti di questi poteri” dal quale si dovrebbe desumere, *a contrario*, che l’atto compiuto con un terzo che conosceva le limitazioni dei poteri del fiduciario è invalido. La conoscenza dell’esistenza di un contratto di *fiducie* sarà, tuttavia, insufficiente a stabilire che il terzo conoscesse anche la limitazione dei poteri del fiduciario ed, in ogni caso, il beneficiario non potrà promuovere azioni dirette a rivendicare i beni presso i terzi in mala fede. La dottrina francese sostiene che l’atto concluso dal fiduciario con un terzo in mala fede, in violazione dei poteri conferitigli, è improduttivo di effetti e, in quanto tale, inopponibile al beneficiario il quale sarà legittimato a rivendicare, in un momento successivo, il bene alienato irregolarmente⁹³. Ma la posizione non è condivisa in maniera unanime e vi è chi ritiene che essa sia più una manifestazione di inopponibilità che non l’esercizio di un diritto reale⁹⁴.

Il contenuto dell’art. 1290 c.c.q. rimane, forse, allo stato latente nell’ordinamento francese (e anche in quello rumeno) dove l’art. 2023 *code civil* pare porre solo una presunzione di legge (secondo la quale il fiduciario agisce nei suoi pieni poteri) che mira a favorire la circolazione degli affari ponendo i terzi nella posizione di non dover verificare i limiti dei poteri del fiduciario e di non dover sopportare le conseguenze di un eccesso di potere che non può essere invocato contro di essi salvo che non ne fossero consapevoli. Si tratta, quindi, di una presunzione legale che non è per i terzi, che sono estranei alla *fiducie*, ma per il costituente che deve sopportare le conseguenze della situazione in cui il fiduciario eccede i suoi poteri⁹⁵.

In Romania il profilo è ancora poco approfondito e si ritiene che sia rimessa alla dottrina una corretta interpretazione della norma. Eccedendo il mandato (cui la fiducia è assimilata), dovrebbe scattare la responsabilità del fiduciario contro il quale possono rivalersi il costituente, i terzi ed ogni

disciplina dell’amministrazione della proprietà altrui.

⁹² *Le constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé peut, malgré toute stipulation contraire, agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution. Il peut aussi attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire.*

⁹³ M. GRIMALDI, *Theorie du patrimoine et fiducie* in *Revue Lamy Droit Civil*, 2010, § 3.

⁹⁴ F. BARRIERE, *La reception du trust au travers de la fiducie*, in *Bibliothèque de droit de l'entreprise*, 2004, 483 ritiene che questa disposizione ricalca le disposizioni del *code de commerce* che prevedono conseguenze equivalenti a quelle relative alle società commerciali (ad as. gli atti eccedenti l’oggetto sociale sono inopponibili ai terzi di buona fede). Altri hanno ritenuto ravvisabile un’azione di nullità ma, in ogni caso, il beneficiario non può valersi di un’azione di rivendica inattuabile per assenza del presupposto principe: la proprietà dei beni alienati (che è in capo al fiduciario).

⁹⁵ F. BARRIERE, *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in *Re-imagining the trust*, cit. 233.

altro soggetto che può giustificare un interesse. Nel caso in cui i terzi non conoscono le limitazioni dei poteri del fiduciario e quest'ultimo non le riveli, il fiduciario è comunque obbligato e potrebbe esserlo in base alle regole del mandato senza rappresentanza⁹⁶ o in base alla responsabilità extracontrattuale⁹⁷. Di conseguenza il costituente può chiedere al fiduciario il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale derivante da eccesso di potere mentre i beneficiari potranno ottenere anch'essi il risarcimento del danno ma non l'annullamento dell'atto in caso di acquisto da parte di un terzo di buona fede.

5. Il contratto di fiducia rumena può offrire qualcosa di meglio del trust?

Quest'ultimo profilo ci consente di tentare di dare una risposta al quesito di fondo del Simposio. Volendo circoscriverlo al caso della Romania, riteniamo di non poter dare risposta affermativa. A questa conclusione si giunge provando a “misurare” il contratto di fiducia rumeno con l'aspetto che connota il trust e rispetto al quale si ritiene di essere in presenza di un istituto migliore rispetto ad analoghe strutture proprie dei sistemi di *civil law*: quello dei rimedi per i beneficiari oltre che della opponibilità dei diritti dei medesimi nei confronti dei terzi.

Va incidentalmente rilevato che il sistema rumeno ha anche tentato di superare uno dei limiti lamentati per tutti gli accordi fiduciari nei sistemi di *civil law* e cioè la natura *inter partes* delle obbligazioni nascenti da simili accordi. Ha infatti previsto la opponibilità dell'accordo attraverso la annotazione nei registri delle garanzie mobiliari ma ciò non equivale a garantire l'opponibilità della posizione del beneficiario nei confronti dei terzi. E ciò per almeno una duplice ragione, il registro non consente di conoscere i limiti dei poteri del fiduciario e, come abbiamo visto, il beneficiario può opporre l'esistenza del contratto di fiducia ed ottenere l'annullamento dell'atto concluso dal fiduciario in violazione del contratto di fiducia solo nel caso in cui dimostri che i terzi erano in mala fede, ossia a conoscenza dei limiti dei poteri. Si tratta, quindi, di un rimedio che non sembra essere accompagnato dal peculiare carattere reale che connota il *tracing* nella *common law* dove si è giunti alla nota regola per cui gli *equitable rights* valgono nei confronti di chiunque, eccetto un compratore a titolo oneroso e di buona fede e suoi aventi causa. Sappiamo che il rapporto fiduciario alla maniera del trust può concepirsi come rapporto contrattuale unicamente implicante un diritto personale, tutelabile con mezzi sostanzialmente equivalenti (come nell'esperienza scozzese⁹⁸) ma il *quid pluris* è una connotazione proprietaria che distingue il trust da altre ipotesi contrattuali/gestorie e caratterizzate da una relazione in senso ampio fiduciaria che andrebbe in concorso con altri creditori mentre il *tracing* consente un recupero integrale⁹⁹.

Guardiamo il sistema rumeno, almeno nella parte della fiducia disciplinata nel codice civile, non abbiamo neppure una norma che riguardi il beneficiario. Potrebbe non essere una stranezza, visto che il beneficiario è parte eventuale del contratto e che anche la Convenzione de l'Aja non menziona il beneficiario, ma riconosce come trust la situazione giuridica nella quale, tra le altre, si

⁹⁶ Art. 2039 codice civile rumeno.

⁹⁷ V. artt. 1357-1359 codice civile rumeno.

⁹⁸ La risposta dei sistemi misti è quella di non riconoscere teorie del doppio dominio o della proprietà equitativa ma di qualificare la posizione del beneficiario come quella di chi ha un *jus crediti* e può ottenere la restituzione dei beni costituiti in trust, trasferiti indebitamente a soggetti terzi che non hanno acquistato a titolo oneroso e in buona fede, spiegandola in termini di ingiustificato arricchimento (è il caso della Scozia).

⁹⁹ L. MOCCIA, *Il modello inglese di “proprietà”* in AA. VV. *Diritto privato comparato, Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2009, pp. 35 e ss..

può agire per la “rivendica” del bene posto in trust che, in violazione degli obblighi nascenti dal rapporto medesimo, siano stati dal trustee confusi con beni propri o alienati a terzi¹⁰⁰. Il sistema rumeno, al pari di quello francese, non prevede nulla di specifico e, pertanto, si ritiene di dover applicare il diritto comune alla disposizione che disciplina i poteri del fiduciario presumendoli pieni salvo che si provi che i terzi conoscevano i limiti di questi stessi poteri. Come visto in precedenza, abbiamo un rimedio di natura risarcitoria e non un strumento che consenta il “recupero integrale”.

Ecco quindi che il contratto di fiducia rumeno segna il passo rispetto al trust. Se poi, aggiungiamo che la segregazione può non essere piena e che il principio della assoluta priorità degli interessi dei beneficiari pare “tralasciato”, il quadro si completa mostrando la “non-superiorità” della fiducia rumena rispetto al trust.

6. Rilievi conclusivi

Ritornando all’ordinamento rumeno, possiamo ritenere che -avendo fatta propria una fiducia così come descritta- occorrerà verificare come essa sarà utilizzata nella pratica pur consapevoli della necessità di adeguamento della legislazione interessata (si pensi, ad esempio, ai profili contabili e concorsuali ad oggi non regolamentati) e delle difficoltà di coordinamento dell’intero sistema normativo attualmente presenti in Romania¹⁰¹. Dal 2011 ad oggi le previsioni codicistiche non sono state modificate ma vi sono altre legislazioni che riguardano la fiducia come quelle fiscali, quelle che regolano l’archivio elettronico ed i registri immobiliari che sono state disciplinate o sono in attesa di esserlo¹⁰².

Una prima conclusione che si può trarre è che la scelta di unire le discipline di due sistemi differenti non pare rivelarsi poi tanto efficace. Va, tuttavia, evidenziato che si ha la sensazione che sia trattato di un esperimento, ben poco ragionato, conseguenza di una certa “fretta” di modernizzare l’ordinamento e di offrire una risposta ad esigenze pratiche senza poi soffermarsi, più di tanto, su aspetti più squisitamente dottrinali o sistematici. La stessa dottrina rumena riconosce che gli studi sulla fiducia sono ad uno stadio in cui si tende a minimizzare e negare le conseguenze teoriche che l’introduzione di questo istituto può avere tanto che questo contratto è succintamente indicato come un nuovo metodo di dividere e gestire il patrimonio¹⁰³.

¹⁰⁰ V. Art. 11 lett. d) Convenzione de l’Aja,

¹⁰¹ La fiducia sarà utilizzata soprattutto nel settore degli investimenti finanziari ma anche come strumento di garanzia. Rimane il dubbio che i vincoli di forma e di registrazione previsti si possano difficilmente conciliare con le esigenze di rapidità e snellezza delle operazioni finanziarie e bancarie. V. H. BURIAN, *Fiducia în lumina Noului Cod Civil*, cit. p. 48, B. STEFANESCU, *Institutiia fiduciei reglementata de Codul civil si consencintele asupra legislatiei bancare*, banca nationala a Romaniei, p. 16 e ss.

¹⁰² Per quanto riguarda l’aspetto fiscale, il trasferimento del patrimonio dal disponente al fiduciario non è assoggettato a tassazione quando quest’ultimo è anche beneficiario. In questo caso il fiduciario deve tenere scritture contabili separate così da presentare trimestralmente al disponente la situazione di ricavi e costi; l’ammortamento dei beni deve avvenire secondo le stesse regole con le quali era stato cominciato quando i beni erano ricompresi nel patrimonio dell’amministratore. Il reddito di quest’ultimo è tassato al 16% ed egli ha l’obbligo di applicare le tasse sul reddito prodotto dal patrimonio mentre lui lo gestisce. V. artt. 25. 1 e 42.1 codice fiscale. Non risultano, invece, disposizioni specifiche in punto di insolvenza di uno dei soggetti che prendono parte al contratto di fiducia (legge n. 85/2014).

¹⁰³ L. GHEORGHE, *Fiducia in the new civil code: an example of vitalization by international business law of relationship between Romanian Law and common law*, cit, 282.

Se vale la regola per cui è la prassi ad orientare gli sviluppi normativi, sarà sempre la pratica a delineare meglio le caratteristiche di questo contratto ed a consentirci, in futuro, di misurarlo nuovamente con il trust e di verificare se la “superiorità” di quest’ultimo è rimasta tale.