



## TRUST E TRADIZIONE GIURIDICA NEL DIRITTO ISRAELIANO: “A [NOT SO] POOR THING, BUT MINE OWN”.

LORENZO CAVALAGLIO\*

SOMMARIO: 1. Il trapianto giuridico e il diritto d'Israele. 2. La proprietà del trustee. 3. Tradizione ebraica e proprietà.

1. L'importanza del modello israeliano nella circolazione dei *trusts* discende da diverse motivazioni, di carattere formale e sostanziale allo stesso tempo, ma è altresì dovuta a più generali ragioni di carattere storico e – soprattutto – di comparazione tra i diversi sistemi giuridici.

Il diritto israeliano, come è noto, costituisce infatti un interessantissimo esempio di modello “misto”<sup>1</sup>, tanto più importante perché alcune delle caratteristiche proprie dei modelli continentali (leggi scritte nelle più importanti materie del diritto privato<sup>2</sup>; una precedente legislazione direttamente ascrivibile al paradigma civilistico<sup>3</sup>; un

---

\* Professore incaricato nella Pontificia Università Lateranense.

<sup>1</sup> Secondo A.E. PLATSAS, *The Enigmatic but Unique Nature of the Israeli Legal System*, in *PER/PELJ*, 15 (2012) 3, 11 si tratta di un sistema giuridico dalla natura «*prima facie* enigmatic, but, certainly, *secunda facie* unique» poiché «to the comparatist the system in question acts as an enigma, an enigma which, upon closer inspection, hides a most fascinating hybridisation of legal-cultural aspects creating a unique legal blend».

<sup>2</sup> Le quali, tuttavia, non costituiscono un insieme organico: come ricorda A.E. PLATSAS, *The Enigmatic but Unique Nature of the Israeli Legal System, cit.*, 27 «there has not normally been direct linkage between one piece of legislation to another. For instance, one observes separate Acts of legislation for agency, sales, gifts, contracts and trusts (when most of these subject areas would normally be incorporated into a Civil Code in legal systems of Continental jurisprudence)».

<sup>3</sup> Nel territorio palestinese vi furono sotto il dominio ottomano diversi modelli giuridici, non solo per la tradizionale autonomia concessa in ambito giuridico alle diverse comunità religiose (*millet*), che nel diritto privato si esprimeva essenzialmente in ambito di diritto di famiglia e successorio, ma altresì per la diretta importazione, a partire dalla metà del XIX secolo, delle codificazioni europee (ad es., il diritto successorio, codificato nel 1913, era ricalcato sul BGB). Anche l'unico settore, quello del diritto delle obbligazioni, ove si era preferito emanare una raccolta di norme derivanti dalla *Sharia*, successivamente alla caduta dell'Impero, nel 1926, vide una testuale traduzione del Codice elvetico.



progetto di Codice civile di complessa e avanzata elaborazione<sup>4</sup>) e una “tradizione” intellettuale e giurisprudenziale orientata piuttosto all’esperienza di *Common Law*<sup>5</sup> convivono - e insieme si evolvono - in un’esperienza giuridica di formazione assai recente, ma allo stesso tempo influenzata da una lunghissima e assai peculiare elaborazione storica: quella del diritto ebraico<sup>6</sup>.

Ebbene, non solo i tre elementi (la “forma” civilistica, la “mentalità” di *Common Law*, l’incidenza del diritto religioso) si fondono e reciprocamente si completano nelle modalità di ricezione e strutturazione del *trust* in Israele, ma proprio il diritto ebraico, apparentemente distante da un istituto così direttamente legato alla moderna influenza dell’ordinamento inglese, contribuisce invece alla definizione più profonda delle coordinate fondamentali della sua conformazione, plasmandolo in modo del tutto peculiare.

---

<sup>4</sup> Sul punto si v. R. DELFINO, *Dall’eterogeneità delle fonti alla codificazione del diritto israeliano*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 89 ss. e A.M. RABELLO, *L’influence du Code Civil sur la nouvelle législation israélienne en marche vers sa codification*, in A.A.V.V., *Le Code Civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, 549 ss., nonché P. LERNER – A.M. RABELLO, *A Civil Code for a Mixed Jurisdiction: Some Remarks about the Israeli Approach to Codification*, in *ISAIDAT Law Rev.*, 1 (2011), Special Issue 2, *Legal Culture and Legal Transplants*. Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law (Washington, 2010), 456 ss., nonché P. LERNER – A.M. RABELLO, *The (Re)Codification of Israeli Private Law: Support for, and Criticism of, the Israeli Draft Civil Law Code*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 59 (2011), 783, ove si legge che il progetto di codice «is perhaps the most ambitious project – certainly in the area of civil law – undertaken by Israel since the establishment of the state».

<sup>5</sup> Dopo l’occupazione inglese della Palestina, nel 1917, si preferì garantire la vigenza del diritto ottomano, prevedendone tuttavia l’integrazione, in caso di lacune, con i principi di *Common Law* e di *Equity*; talora, inoltre, si introdussero dei codici modellati su quelli vigenti in alcuni *dominions* britannici: in particolare, però, fu l’attività giurisprudenziale che maggiormente contribuì al radicamento del modello anglosassone, divenendo in seguito un elemento fondamentale dell’ordinamento giuridico del nuovo Stato nel secondo dopoguerra, con una Corte Suprema che ha assunto un ruolo centrale nell’evoluzione del sistema, in misura paragonabile solo ad (alcuni) ordinamenti di *Common Law*, come quello americano (A.E. PLATSAS, *op. cit.*, 17, nota infatti che «the Israeli legal “blend” becomes an even more interesting one by way of interference of a pro-active Supreme Court»). Si v. in generale A.M. APEBOLM, *Common Law à l’américaine*, in *Israel Law Rev.*, 1 (1966), 562 ss. e D. FRIEDMANN, *Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel*, in *Israel Law Rev.*, 10 (1975), 327 ss.

<sup>6</sup> Come ricorda T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Parigi, 2014, 191 «la création du droit israélien constitue un choix d’adoption parmi un ou plusieurs modèles : le “droit religieux ou laïc”, le droit romano-germanique ou la *common law*? Le résultat en est une combinaison entre plusieurs options».



Il diritto religioso, in effetti, è tuttora fondamentale per la più generale comprensione del diritto statale israeliano<sup>7</sup>, con il quale si colloca in costante e non sempre facile dialettica<sup>8</sup>. Già a livello legislativo, la legge sui fondamenti del diritto del 1980 (*Foundations of Law Act*, 5740-1980) sancisce che in mancanza di testuale disposizione normativa e di un precedente giudiziale applicabile (e nell'impossibilità di ricorrere all'analogia), il giudice debba decidere facendo ricorso ai «principi di libertà, giustizia, equità e pace dell'eredità di Israele»<sup>9</sup>.

Nonostante vi siano diverse opinioni, è evidente in tale riferimento, che rappresenta un *unicum* nelle democrazie di stampo occidentale<sup>10</sup> e assume anche un valore fortemente simbolico<sup>11</sup>, il richiamo alla *Halachà*: ovvero al complesso sistema di fonti storiche, dottrinali, giurisprudenziali che formano il *corpus* del diritto ebraico<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> S. BALDIN, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, in S. BALDIN (cur.), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Trieste, 2006, 96-97 nota giustamente che «collocare l'ordinamento israeliano all'interno delle tipologie giuridiche che individuano le relazioni fra Stato e religione non è operazione agevole [...] ne discende che, a seconda della prospettiva di studio, la dottrina etichetta questo Paese come un "regime multiconfessionale differenziato», un «ordinamento laico a base formalmente pluriconfessionale equiordinata», un «modello di secolarizzazione incompiuta». Si v. anche C. ELON, *The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel*, I, in *Israel Law Rev.*, 2 (1967), 528 ss e I. ENGLARD, *The Problem of Jewish Law in a Jewish State*, in *Israel Law Rev.*, 3 (1968), 260 ss.

<sup>8</sup> Assai interessante l'analisi che svolge sul punto M. MAUTNER, *Diritto e cultura in Israele*, Milano, 2014, traendone rilevanti conseguenze in ordine alle relazioni tra i diversi elementi dell'ordinamento israeliano e al ruolo della Suprema Corte.

<sup>9</sup> *Foundations of Law Act*, 1: «Where the court, faced with a legal question requiring decision, finds no answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Israel's heritage».

<sup>10</sup> I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 35 (1987), 185 sottolinea infatti che «among the Western-style modern democracies, there is no other country which experiences more intensely the problem of religion's place in the state than Israel».

<sup>11</sup> È sempre I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 207 a ricordare che «the term "Israel's heritage" was chosen because its inherent ambiguity permits different interpretations of the background of contrasting ideologies about the relationship between state and religion. This law also fulfills a symbolic function, since its reference to the Jewish cultural heritage as last resort [...] is more in the nature of a public declaration about the independence of the Israeli legal system from English law and its links to Jewish history».

<sup>12</sup> Secondo un'opinione, quella del giudice Aharon Barak (cfr. A. BARAK, *The Tradition and Culture of the Israeli Legal System*, in A.M. RABELLO (ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994, 474 ss.), il riferimento non andrebbe fatto alla sola tradizione ebraica, ma sarebbe più ampio, dovendosi rivolgere ai valori giuridici universali, provenienti anche da altre tradizioni. Tale impostazione è stata tuttavia fortemente contrastata all'interno della medesima Corte Suprema



Per comprendere l'ampiezza di tale richiamo è bene precisare che il termine ebraico per indicare il diritto, *mishpat*, comprende in sé diversi significati, da quello di “sistema normativo”, a quello più ampio di “fatto legale” in generale, ovvero «atto di giudizio, decisione, giustizia, costume od uso»<sup>13</sup>. È utile poi ricordare la necessaria distinzione, che sorge all'interno della letteratura rabbinica, tra *Haggadà*, che rappresenta un complesso di insegnamenti a carattere teologico in senso lato e *Halachà*, che riguarda invece i comportamenti concreti da tenere nella vita e ha quindi una connotazione più direttamente giuridica<sup>14</sup> (pur non limitandosi esclusivamente ai rapporti tra i consociati, ma estendendosi anche alla relazione con il piano divino: comprende infatti le norme sulla preghiera, le feste, le regole sui cibi, etc.)<sup>15</sup>.

Si noti, tuttavia, che nella tradizione ebraica la dimensione giuridica e quella più strettamente morale o teologica sono talmente connesse e interdipendenti da caratterizzarla in modo unico, quale complessa visione in senso lato “normativa” che non a caso muove da (e riflette su) un “patto”, si direbbe un vero e proprio contratto,

---

di Israele da Menachem Elon, che ha testualmente espresso il suo dissenso affermando in alcune sentenze che «the purpose of the *Foundations of Law Act* is cultural and nationalistic. Its aims are to create a link between the law of the Jewish State and the legal heritage of the Jewish people, throughout its generations and diasporas» (HC 1635/90 *Schereschewsky v. Prime Minister*, PD 45(1) 74) o anche che «legal terms and concepts, which originate in ethical systems and cultural values – such as justice, good faith, public policy and the like – and are found in the Israeli legal system, must be construed according to the basic outlook of Jewish law – an outlook rooted in that law's moral and cultural values» (CFH 13/80, *Hendeles et al. v. Kupat Am Bank Ltd.*, PD 35(2), 785).

<sup>13</sup> Così A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, Torino, 2002, 4. Si veda anche A.M. RABELLO, *Diritto ebraico*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.

<sup>14</sup> Nota giustamente T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé, cit.*, 191 che «le statut du droit hébraïque (*Halakhah*) ne peut se comprendre qu'au regard des composants anthropologiques des sociétés juives. Ainsi, avec la disparition des royaumes hébreux, le droit hébraïque ne constitue plus une forme institutionnelle de pouvoir, mais plutôt un instrument de connaissance dont témoignent les sources du droit hébraïque».

<sup>15</sup> Nell'affascinante descrizione di P. STEFANI, *Introduzione all'ebraismo*, Brescia, 2004, 98 ss., per *halachà* «s'intende l'insegnamento da seguire, la regola e lo statuto da cui si è guidati, la norma che determina l'esecuzione dei precetti. Il termine deriva dal verbo *halakh*, “andare”, “camminare”, “seguire” [...] Essa non si occupa perciò solo di quelle regole che classificheremo come morali, ma, a pari titolo, comprende anche precetti rituali, civili, penali, alimentari e così via; e sotto quest'angolatura il paragone più calzante è quello che si può attuare con la *sharia* (“via dritta”, “via battuta”) della tradizione islamica. [...] L'*halachà* indica la profonda convinzione ebraica che il modo più autentico di conoscere Dio sta nel metterne in pratica la parola rivelata, l'*haggadà* esprime invece l'altrettanto irrinunciabile necessità di conservare una memoria viva e attuale delle opere di Dio e delle grandi figure che per prime hanno dialogato con il Dio d'Israele. Non sarebbe perciò errato definire l'*haggadà* come un esempio di teologia narrativa o meglio di narrazione teologica».



tra Dio e il “suo” popolo: “eletto” in quanto scelto quale controparte di un’alleanza, e pertanto tenuto al rispetto delle prescrizioni che la fondano e circoscrivono<sup>16</sup>. Da tale fondamentale presupposto discende quindi la caratteristica pervasività dell’elemento normativo, che forse rappresenta il tratto più peculiare della tradizione ebraica<sup>17</sup> e ne definisce in modo del tutto peculiare l’identità storica e religiosa.

Tanto è viva, comunque, la tradizione giuridica ebraica nel diritto israeliano che il richiamo effettuato dalla legge del 1980, seppure fondamentale, non rappresenta il solo modo in cui il diritto ebraico spiega i suoi effetti su quello dello stato: vi sono infatti ipotesi di diretta incorporazione del diritto religioso attraverso un’espressa ricezione delle sue disposizioni (ad es., in tema di *status* personale nel diritto matrimoniale)<sup>18</sup>, ma esso soprattutto incide attraverso il decisivo riferimento indiretto che si svolge sul piano della mentalità giuridica, della quale anche un diritto “nuovo” come quello israeliano necessariamente è permeato<sup>19</sup>. In pratica, quindi, può certamente affermarsi che il diritto tradizionale opera in Israele sia a livello di *interpretation* che di *construction* delle norme giuridiche, costituendo al contempo uno strumento ermeneutico e una fonte di ispirazione e formazione del giurista.

Ad esempio, uno dei più particolari ambiti di rilievo del diritto religioso consiste in un peculiare procedimento di metonimia, attraverso il quale istituti mutuati da altre

---

<sup>16</sup> «Even if the individual internal conviction is most important in giving a human act its full religious significance, the pronounced nomistic nature of Rabbinical Judaism emphasizes the legal dimensions of religion. In other words, the Jewish religion manifests itself by the establishment of its own (religious) law»: I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 186.

<sup>17</sup> Lo nota perfettamente H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, 2014, 109: «the jewish tradition is a normative or legal tradition in much the same measure as it is a religious tradition. The two have become fused in the idea that the divine will best expresses itself in legal norms, which have sanctions, leaving relatively little outside the reach of the law».

<sup>18</sup> Come ricordano P. LERNER – A.M. RABELLO, *A Civil Code for a Mixed Jurisdiction: Some Remarks about the Israeli Approach to Codification*, cit., 460, n. 12 «Jewish law is indeed in force today as a part of the law of the state and is applied by Rabbinical tribunals, subject however to the supervision of the High Court of Justice (HCJ), but only regarding matters of personal status, particularly marriage and divorce. In these matters every citizen is subject to his or her personal law: Jews—to Jewish law, Muslim Arabs—to Islamic law, Christians—to their specific branch of Christian law, and so on».

<sup>19</sup> S. BALDIN, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, cit., 102 correttamente rileva che «non è dunque raro che nuove soluzioni normative o giurisprudenziali, si rifacciano a crittotipi derivanti dal diritto ebraico. I formanti non verbalizzati (o crittotipi) sono modelli giuridici sovente recepiti in modo inconsapevole. La scelta ricade su essi, piuttosto che su altre soluzioni, in quanto presentano la caratteristica della cosa “ovvia”». Sul ruolo della tradizione giuridica sia consentito altresì il rinvio a L. CAVALAGLIO, *Traditio canonica and Legal Tradition*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2 (2015), 528 ss.



esperienze giuridiche vengono ridenominati con terminologia ricavata dalla tradizione, al preciso fine di conferire maggiore autorevolezza attraverso la loro (formale) “ebraizzazione”<sup>20</sup>.

Questo processo dal valore fortemente simbolico<sup>21</sup>, e al contempo non scevro di rischi nell’attuare un *legal transplant* che recide, almeno all’apparenza, i legami dell’istituto recepito con l’ordinamento di provenienza<sup>22</sup> (e non poche affinità presenta con il noto fenomeno di “invenzione” della tradizione<sup>23</sup>), non è tuttavia avvenuto con il *trust*. Come vedremo, infatti, nonostante il *trust* potesse vantare un ascendente storico di notevole rilievo, il “*hekdesb*”, la ricezione dell’istituto anglosassone non ha comportato una modifica della sua denominazione; la sua concreta disciplina, però, risente in misura notevole, anche se non sempre palese, delle nozioni proprie del diritto tradizionale.

---

<sup>20</sup> Come giustamente nota S. BALDIN, *op. cit.*, 114, infatti, nell’ordinamento israeliano «il diritto ebraico assume i contorni di uno schema intellettuale che funge anche da *tertium comparationis* al fine di recepire istituti stranieri affini a quelli che discendono dalla fonte tradizionale». Tale atteggiamento non è ignoto allo stesso diritto religioso, come rileva G.J. WEBBER, *The Principles of the Jewish Law of Property*, in *Journ. Comp. Legisl. Intern. Law*, (1928) 10, 93: «Jewish law, adopting (as it progressed) non-Jewish legal ideas, did but adapt them. Autochthonous, fundamentally, it was and it remained».

<sup>21</sup> «The reliance on Jewish law for wording and style – even without any intrinsic substance – fulfills an important symbolic function for the legislature, demonstrating continuity to the Jewish legal heritage, an outer sign of Jewish culture and national independence»: I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, *cit.*, 206.

<sup>22</sup> Il procedimento non è tuttavia limitato soltanto agli istituti provenienti da altre esperienze giuridiche, ma viene adottato dalla giurisprudenza anche in relazione ai concetti rinvenienti dalla tradizione ebraica, spesso al precipuo fine di limitarne l’incidenza nell’ordinamento israeliano. Come nota I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, *cit.*, 206 «Courts tend to restrict the Jewish law influence by adopting a canon of construction which interprets the legal term within the context of modern Israel law. The traditional concept is used in isolation from its historical background, since the courts do not consider themselves bound either by the dogmatics of Jewish law or by its specific solutions».

<sup>23</sup> Per l’espressione il riferimento obbligato è E. HOBSBAWN, *Come si inventa una tradizione*, in E. HOBSBAWN – T. RANGER, *L’invenzione della tradizione*, Einaudi, Torino, 2002, p. 3, ove si legge che «per tradizione inventata si intende un insieme di pratiche, in genere regolate da norme apertamente o tacitamente accettate, e dotate di una natura rituale o simbolica, che si propongono di inculcare determinati valori e norme di comportamento ripetitive, nelle quali è automaticamente implicita la continuità col passato. Di fatto, laddove è possibile, tentano di affermare la propria continuità con un passato storico opportunamente selezionato».



2. Anzitutto, è bene ricordare che la legge introduttiva del *trust* (*Trust Law*, 5379-1979<sup>24</sup>), apparentemente rinuncia a fornire una esplicita definizione del diritto del *trustee* sul *trust fund*, configurando il *trust* quale «relationship to property by virtue of which a trustee is bound to hold the same or act in respect thereof, in the interest of a beneficiary or for some other purpose»<sup>25</sup>.

Tale opzione, volutamente “neutra”, secondo alcune opinioni renderebbe quello israeliano il primo modello positivo di “*shapeless trust*”: ovvero un *trust* che, secondo la nota definizione data da Maurizio Lupoi, non richiede necessariamente l’insorgenza di un diritto proprietario in capo al *trustee*<sup>26</sup>.

Il *trust* di diritto israeliano potrebbe pertanto essere assimilato, sotto questo (invero essenziale) profilo, al *trust* configurato dalla Convenzione dell’Aja “sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento” del 1985, nella quale appunto non si richiede che il *trustee* sia proprietario dei beni, ovvero che il “*title*” ai beni del *trust* sia “*vested*” nel *trustee* medesimo, potendo invece i beni costituiti in *trust*, ai sensi dell’art. 2) della Convenzione, essere “intestati a nome del *trustee* o di un’altra persona per conto del *trustee*”.

Una diversa opinione<sup>27</sup>, addirittura, arriva ad affermare che la nozione di *trustee* implicata dalla legge israeliana includerebbe i meri fiduciari, gli amministratori di beni, i tutori. Non essendo infatti i diritti dei beneficiari precisamente definiti nel senso (che si vorrebbe tipico e necessario nel diritto anglosassone) di una “*equitable ownership*”, non si darebbe luogo a una proprietà divisa tra essi e il *trustee*: questi, pertanto, potrebbe anche essere un mero “gestore” di una proprietà (a questo punto, sostanzialmente e – soprattutto - *formalmente*) altrui.

Altri, in simile prospettiva, sottolineano come l’assenza di una definizione precisa della posizione dei beneficiari lasci sostanzialmente impregiudicata la necessità di configurare la situazione del *trustee* come vera titolarità a carattere reale o semplice gestione a carattere fiduciario, potendo la normativa applicarsi comunque a entrambe le possibilità<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Occorre precisare, però, che nel 1979 si ebbe l’introduzione *formale* del *trust* in Israele, poiché l’istituto non era certo sconosciuto anche in precedenza. Cfr. N. BENTVICH, *The Legislation of Palestine*, in *Journ. Comp. Legisl. Int. Law*, 8 (1926) 1, 18-19. Si veda anche l’ottima trattazione di ADAM S. HOFRI-WINOGRADOW, *Zionist Settlers and the English Private Trust in Mandate Palestine*, in *Law and Hist. Rev.*, 30 (2012) 3, 813-864.

<sup>25</sup> Una traduzione non ufficiale in inglese della legge è stata pubblicata nella *Israel Law Review*, 15 (1980) 3, 418-426.

<sup>26</sup> M. LUPOI, *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees*, 1 (1995), 15.

<sup>27</sup> Quella di A.S. HOFRI-WINOGRADOW, *Shapeless Trusts and Settlor Title Retention: an Asian Morality Play*, in *Loyola Law Rev.*, 58 (2012), 135.

<sup>28</sup> N. COHEN, *Interference in Contractual Relations*, Tel Aviv, 1982, 102-103.



Diversamente, muovendo dai possibili rapporti del *settlor* con il *trust fund* (la legge israeliana, infatti non precisa espressamente, come fa invece l'art. 2 della Convenzione dell'Aja, che «i beni del trust sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*» e, sia pure per il tramite di una Corte, il *settlor* può modificare o eliminare previsioni contenute nell'atto istitutivo del *trust*<sup>29</sup>), si è anche sostenuto, già prima della promulgazione della legge, che la mancanza di una (esplicita) necessità di trasferimento dei beni al *trustee* faceva sì che il modello di *trust* proposto non avesse «nothing in common with the English trust», poiché il *trustee* «would simply appear to be an administrator of the settlor's property»<sup>30</sup>.

Tale apparente apertura del *Trust Act* del 1979 è addirittura propugnata da chi vede nell'uso del termine “*trust*” da parte del legislatore un amplissimo significato, teso a comprendere ogni relazione a carattere fiduciaria avente ad oggetto dei beni<sup>31</sup>: semplicemente, alla disciplina generale riguardante i doveri del *trustee* andrebbero di volta in volta affiancate le specifiche previsioni riguardanti esecutori testamentari, tutori, o amministratori di società, mentre i beneficiari sarebbero comunque garantiti, anche in assenza di una coloritura “proprietaria” del loro diritto, dall'azione nei confronti del *trustee* (s. 12)<sup>32</sup>.

Diciamo subito che tali tesi, eccessivamente “liberali”, non appaiono convincenti almeno sotto due profili.

Il primo, strettamente correlato al *trust* israeliano, riguarda il diritto del *trustee*, che non appare affatto indefinito e imprecisato, anzi si configura quale vero e proprio diritto *proprietario* (sia pure peculiare, come è quello di ogni *trustee*).

Il secondo, più generale, riguarda la posizione del beneficiario. Come è noto, infatti, il concetto di “*splitted ownership*”, avanzato dalla dottrina inglese più risalente per definire l'interesse dei beneficiari, non solo è superato negli studi più recenti (e più condivisibili), ma è di difficile, quando non impossibile traduzione formale negli ordinamenti che non conoscono la duplicità rimediale tra (*Common*) *Law* ed *Equity*. L'interesse dei beneficiari, invero, non può puramente e semplicemente ridursi a una pretesa di carattere obbligatorio nei confronti del *trustee* (specie ove la si volesse considerare, erroneamente, un diritto meramente “personale” nel senso proprio degli ordinamenti di *Civil Law*), ma certamente non costituisce una forma concorrente di

---

<sup>29</sup> A differenza di quanto tradizionalmente affermato nel diritto inglese, ove – come è noto - le modifiche del *trust*, dopo il trasferimento della *property* al *trustee*, possono avvenire solo in virtù di un accordo tra lo stesso *trustee* e i beneficiari, o in alcuni casi su iniziativa dei soli beneficiari: A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, LexisNexis, London, 2010.

<sup>30</sup> Z. ZELTNER, *The Trusts Bill, 1974*, in *Tel Aviv Univ. Studies in Law*, (1976) 2, 88.

<sup>31</sup> S. KEREM, *Trusts*, 4<sup>th</sup> ed., Tel Aviv, 2004, 37-39.

<sup>32</sup> S. KEREM, *Guaranteeing Trust Assets and the Beneficiary Rights*, in *Ha Pralkit*, 35 (1984), 52.



proprietà: lo dimostra proprio, a tacer d'altro, la necessità di una tutela diversa e *ulteriore* (quella fornita, appunto, in *Equity*) rispetto a quella *legale* del diritto proprietario.

La riaffermazione di tale necessità concettuale, quindi, costituisce un macroscopico equivoco teorico, per di più foriero di esiziali conseguenze pratiche: proprio l'idea della "doppia proprietà", infatti, ha per decenni costituito uno dei maggiori ostacoli (teorici) alla ricezione del *trust* nei sistemi civilistici, senza tuttavia che tale configurazione possa ritenersi essenziale nella struttura del *trust*.

Il modello originario, infatti, contrariamente a una diffusa opinione, non richiede e non presuppone una duplice proprietà<sup>33</sup>, tanto che una classica, recente definizione del *trust* lo qualifica proprio come «*equitable obligation, binding a person [...] to deal with property over which he has control [...] for the benefit of persons (who are called the beneficiaries [...])*»<sup>34</sup>: non due proprietà, quindi, anche se di differente "natura", bensì un diritto di carattere *proprietario* e un *obbligo* nei confronti di terzi, titolari di un interesse (tutelato, appunto, in *Equity*). Si noti, tra l'altro, che la stessa definizione è stata successivamente – *et pour cause!* – modificata, affermando più chiaramente che il diritto del *trustee* costituisce una vera e propria *ownership*<sup>35</sup>: in effetti, sebbene non sia necessario né utile cercare di rintracciare nella posizione del beneficiario rispetto al *trust fund* una situazione giuridica a carattere reale (che negli ordinamenti civilistici o misti non potrebbe neppure essere giustificata dalla sua natura "*equitable*"), è invece elemento tipico e indefettibile dell'istituto la natura proprietaria del diritto del *trustee*, ovvero che gli sia attribuito un *title* sulla *property* conferita in *trust*.

---

<sup>33</sup> Così, invece, J.W. SALMOND, *Jurisprudence or the Theory of Law*, London, 1908, 278, il quale affermava che «*trust property is that which is owned by two persons at the same time*», definendo appunto il *trust* come «*a very important and curious instance of duplicate ownership*». In realtà tale interpretazione è largamente superata dalla dottrina più recente, che talora rinuncia addirittura a qualificare in termini "reali" o "personali" l'interesse dei beneficiari. Nota ad es. P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, London, 1993, 74-76 che «*it is impossible to say with assurance what is the juristic nature of the interest of a cestui que trust. If one considers the traditional classification of rights into right in rem which are good against persons generally and right in personam which are rights against a specified person or persons, the right of a cestui que trust seems to be rather less than one and rather more than the other*», concludendo nel senso che «*there seems much to be said for treating the interest of a cestui que trust as sui generis, instead of trying to force it into a classification which is really inadequate*».

<sup>34</sup> A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, London – Dublin - Edinburgh, 1995, 3 (corsivo ns.).

<sup>35</sup> Nella più recente edizione (A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, LexisNexis, London, 2010, 3) si legge infatti che il *trust* costituisce una «*equitable obligation, binding a person [...] to deal with property owned by him as a separate fund [...] for the benefit of persons (called beneficiaries [...])*» (cors. ns.).



In realtà, come è evidente dalla preferenza espressa dai critici della legge israeliana per un modello tipicamente “civilian” di soluzione della fattispecie della gestione di un patrimonio finalizzato a uno scopo (ovvero, nel senso di un affidamento fiduciario, di un mandato, comunque di una relazione a carattere obbligatorio), l’equivoco di tali posizioni critiche consisteva (e consiste) proprio nel considerare impossibile, in un sistema orientato a una regolamentazione delle situazioni di titolarità dei beni di modello civilistico, una “doppia proprietà” quale quella che si vorrebbe esistente nel *trust* anglosassone, sì da rendere non trapiantabile il modello originario e imporre necessariamente una soluzione “*shapeless*”, nella quale il *trustee* non sia obbligatoriamente proprietario dei beni affidatigli.

È evidente allora il cortocircuito logico che in tali ragionamenti investe il possibile “trapianto” del *trust* (e ciò, si badi, non solo in Israele): da una premessa erronea (la presenza di una doppia proprietà nel modello “originale”) si ricava una conseguenza infondata (la necessità di tale doppia proprietà nell’istituto “importato”), per farne infine discendere una conclusione negativa (se non si riscontra tale doppia proprietà, non si è di fronte a un “vero” *trust*).

Non mancano, ovviamente, posizioni diverse, nelle quali, muovendo proprio dal dato empirico fornito dall’innegabile presenza dei *trusts* in Israele precedentemente alla Legge del 1979 (e dall’implicito riconoscimento legislativo fornito da diversi provvedimenti normativi), si ritiene non solo l’istituto del *trust* compatibile con un ordinamento che aveva fatto proprio un modello “continentale” di proprietà, ma assai utile (e addirittura necessaria, visti i numerosi dibattiti sulla riconoscibilità dell’istituto) la creazione legislativa di un modello proprio di *trust*: affermando inoltre che sarebbe caratteristica dell’istituto, a differenza di quanto avviene in altre ipotesi di separazione tra godimento dei frutti e amministrazione della proprietà (dal mandato, alla tutela, alle società), proprio la presenza di diritti proprietari in capo al gestore, ovvero al *trustee*<sup>36</sup>.

Non può negarsi, invero, che la formulazione particolarmente (e volutamente) “*floa*” della definizione del *trust* contenuta nella s. 1 della Legge del 1979, che si limita a prescrivere una generica “*relationship*” con il patrimonio compreso nel *trust*, possa far sorgere il dubbio che l’importazione dell’istituto nell’ordinamento israeliano abbia voluto escludere la fondamentale caratteristica per esso contemplata nell’esperienza giuridica inglese, ovvero la titolarità del *trustee* sui beni affidatigli: in effetti, «transfer of

---

<sup>36</sup> J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law*, in *Israel L. Rev.*, 15 (1980) 3, 375 è piuttosto *tranchant* sulla preferenza, espressa da alcuni autori, per una semplice codificazione del diritto inglese dei *trusts*, o addirittura per un mantenimento del *case-law* in materia, ironicamente affermando che «on this national-cultural, rather than legal, question, we hold with Shakespeare: “A poor thing, but mine own”».



title in the trust property to the trustees is not mentioned explicitly either in sec. 1, which defines the trust, nor in any other section of the Law»<sup>37</sup>.

Tuttavia, sebbene dai lavori preparatori della legge possa ricavarsi la volontà di non obbligare al trasferimento dei beni al *trustee*, tale necessità si impone. Anzitutto, in virtù della natura stessa dell'istituto, come ampiamente visto; ma più in concreto, poiché la scelta del termine “*relationship*” non solo non pregiudica tale obbligo, bensì venne *appositamente* scelta in luogo della precedente versione (“*legal relationship*”), che poteva invece far supporre un rapporto di carattere meramente obbligatorio tra il *trustee* e il patrimonio affidatogli<sup>38</sup>.

Inoltre, la necessità che il diritto del *trustee* sui beni conferiti in *trust* sia configurato come proprietà vera e propria (o meglio, come titolarità del diritto conferito in *trust*)<sup>39</sup> è confermata dall'ultima versione (del 2011) della proposta di Codice Civile israeliano, che una volta approvato dovrebbe sostituire tutte le leggi attualmente in vigore nell'ambito del diritto privato, compreso naturalmente il *Trust Act* del 1979. Nel testo, infatti, si afferma espressamente che il *trustee* è «the owner of the property, who must act regarding it for the benefit of a person or another purpose» (s. 563), estendendo così a tutti i *trusts* la disciplina (comunque centrale nella legge) relativa ai *trusts* creati mediante un *instrument of endowment*, ovvero quella propria dell'*hekdesb*<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup>Così J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law*, cit., 376.

<sup>38</sup> Non può trascurarsi, inoltre, che la *Joint Investment Trust Law* del 1961 affermava (s. 23) che «the assets of the fund shall be vested in the trustee and held by him for the benefit of the unit holders», sì da rendere altamente improbabile che due normative speciali su un istituto così peculiare abbraccino due visioni completamente opposte di un profilo così importante della sua struttura giuridica.

<sup>39</sup> Come giustamente sottolinea J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law*, cit., 381 non è necessario, infatti, che il diritto trasferito al *trustee* sia necessariamente quello di proprietà: «when we say that the vesting of the trust property in the trustee is a precondition for the creation of a trust, we do not mean that it is impossible to create a trust in a right less than ownership [...] what must be transferred to the trustee is ownership of the right in the property, be that right what it may».

<sup>40</sup> Le ss. 17-24 della Legge si riferiscono appunto ai *trusts* per la creazione dei quali viene espressamente richiesto un “*instrument of endowment*”, ovvero un documento scritto (ad es., un atto notarile o testamento), poiché comportano la «dedication of any property in favour of a beneficiary». È questa la codificazione dell'*hekdesb*, ovvero un *trust* particolare, caratterizzato (a differenza di quanto avviene nell'ipotesi generale) da un rigoroso formalismo all'atto della sua creazione, che lo rende affine piuttosto alle fondazioni di diritto privato esistenti in Austria o in Liechtenstein, non richiedendo tra l'altro l'inserimento in appositi registri pubblici. A. KAPLAN – A. KROST, “*Hekdesb*” – *The “Israeli Foundation”*, in *Trusts & Trustees*, 18 (2012), 562 definiscono appunto l'*hekdesb* come «a special type of trust that requires strict formality for its creation [...] a legal structure whereby the trustee holds or deals with assets for the benefit of a beneficiary or for another purpose as stipulated in the deed». Diversa, invece, è la previsione delle ss. 25-31 della medesima Legge per i



Altro elemento di particolare interesse nella legge israeliana del 1979 è dato dall'assenza di limiti di durata posti ai *trusts*. La particolare attenzione che tutte le giurisdizioni moderne pongono alle misure da adottare per contrastare il fenomeno della manomorta, ovvero la possibilità che l'attuale proprietario disponga dei propri beni per le generazioni a venire (così violando la libertà di disposizione, *inter vivos* e *mortis causa*, dei successivi proprietari e ponendo seri limiti alla circolazione dei beni), deve essere infatti necessariamente coordinata con la funzione del *trust*: la scissione che l'istituto produce tra l'amministrazione dei beni e il godimento dei relativi frutti, che può interessare beneficiari che si succedono nel tempo, rende in effetti assai facile superare i vincoli generalmente posti alle disposizioni testamentarie volte a produrre tali effetti vincolanti nel tempo.

In Israele la legge sulle successioni del 1965 (*Succession Law*, 5725-1965), ispirata apertamente al Codice Civile elvetico, dopo aver ammesso alla s. 3 la possibilità di acquistare l'eredità soltanto per una persona vivente al momento dell'apertura della successione, alla s. 42 consente tuttavia di nominare un erede successivo, ancorché nato dopo la morte del testatore<sup>41</sup>.

Tale limite non si applica al *trust*, disposizione irrevocabile da parte del *settlor* e che non produce un acquisto *mortis causa*, né da parte del *trustee* (ancorché il *trust* venga istituito per testamento, a norma della s. 17 della legge del 1979) né dei beneficiari, i quali ovviamente non acquistano direttamente dal disponente, bensì quale effetto del *trust* medesimo. Ciò nonostante, la legge israeliana non prevede un limite espresso alla durata dei *trusts*, ovvero alla possibile successione dei beneficiari nel tempo<sup>42</sup>, a differenza di quanto previsto nel diritto inglese, ove la *rule against perpetuities* e altri principi costantemente applicati dalle Corti (dalla *rule against remoteness in vesting*, alla *rule against accumulation*) limitano in modo (almeno formalmente) rigoroso la possibilità che il vincolo connesso al *trust* assuma caratteri di indeterminatezza temporale<sup>43</sup>.

---

“*public endowments*”, nei quali emerge il pubblico interesse sottostante alla loro creazione e corretta gestione.

<sup>41</sup>L'art. 488 del Codice Civile svizzero, intitolato alla sostituzione fedecommissaria, ammette che «il disponente [possa] obbligare l'erede istituito a trasmettere l'eredità ad un altro quale erede sostituito», ma precisa che «tale obbligazione non può essere imposta al sostituito»

<sup>42</sup>J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law*, cit., 383 precisa che «although much legal literature has been devoted to the danger inherent in the “control of the dead over the living” in the framework of the institution of trusts, no echo of this is to be found in the new Israeli Trust Law».

<sup>43</sup>Su tali questioni, caratterizzate nel diritto inglese da una notevole complessità e sostenute da ragionamenti giurisprudenziali e dottrinali di notevole raffinatezza, sia consentito il rinvio alla chiara trattazione fattane da A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, 263 ss., ove si può leggere che «the modern rationale of the rule [against perpetuities] is probably to prevent the dead from ruling the actions of the living for too long».



Nella sentenza *Inzel v. Kugelmas*, del 1975<sup>44</sup>, la Corte Suprema israeliana affermò espressamente la validità della creazione testamentaria di un *trust* senza limitazione temporale, affermando che il trasferimento del *title* al *trustee* rendeva irrilevante il possibile succedersi nel tempo di beneficiari. Si noti che la pronuncia, anteriore alla Legge del 1979, riconosceva che il *trust* fosse regolato dal diritto inglese, ma allo stesso tempo ignorava proprio i limiti posti dall'ordinamento di riferimento all'indeterminatezza nel tempo del vincolo.

La singolarità della posizione della Corte, tuttavia, non era affatto isolata nel panorama giuridico israeliano, ove era sostanzialmente accettato il *trust* (inglese), ma non si poneva mai il problema della sua durata<sup>45</sup>.

Per dar conto non tanto della soluzione adottata, ma della patente sottovalutazione della questione, si è allora addirittura affermato che la trascuratezza della legge sul punto (e delle Corti, quando in precedenza la questione era ad esse pervenuta) discenderebbe dalla mentalità della popolazione israeliana, suo malgrado costretta fin dalla nascita dello Stato a non potersi porre problemi di lungo periodo, essendo la stabilità preclusa a una comunità costantemente sotto minaccia<sup>46</sup>.

La risposta è affascinante nella sua semplicità e pone numerosi interrogativi, non banali, in relazione all'incidenza delle emozioni e dei sentimenti sul diritto, ma soprattutto consente di riflettere sulla complessità dell'esperienza giuridica israeliana e sulle tassonomie in essa latenti. Anche questa implicita, quasi "scontata", temporaneità dei diritti, che pare ignorare l'assolutezza richiesta e imposta dagli (altri) ordinamenti civilistici all'attribuzione dei diritti sui beni, può trovare tuttavia la propria radice e giustificazione nella nozione di proprietà che discende dalla tradizione giuridica ebraica.

3. Nella disciplina del *trust* si rivelano appieno le caratteristiche tipiche del sistema giuridico israeliano, ovvero la sua natura "mista" di sistema dinamico, in

---

<sup>44</sup>*Inzel v. Kugelmas* (1975) (1) 29 P.D. 663.

<sup>45</sup>J. WEISMAN, *op. cit.*, 387 nota infatti che «jurists from the common law countries have expressed their surprise at the fact that in Israel almost no cases have arisen which require a stance to be taken on the issue of future property rights (questions relating to the rule against perpetuities and other related matters). Every book on property law written in common law countries discusses the question [...] in Israel these questions have hardly been discussed by the courts».

<sup>46</sup>È proprio la risposta che fornisce J. WEISMAN, *op. cit.*, 387, il quale afferma che tale atteggiamento dipende in parte dalla «tendency of the Israeli population to refrain from attempts at creating a series of future rights for a long period», poiché «an owner's wish to decide who will be the beneficiaries of the property a few generations hence presupposes a feeling of stability and certainty, so lacking in the State of Israel since its inception».



continua evoluzione sul crinale tra le due grandi famiglie del diritto continentale e del *Common Law*<sup>47</sup>, ma soprattutto influenzato dal sempre cangiante rapporto tra diritto religioso e statale, ovvero tra (presentissima) tradizione e (costante) evoluzione<sup>48</sup>.

Proprio nella singolare configurazione data al *trust*, infatti, si riversano alcuni dei principi più rilevanti della tradizione giuridica ebraica, alla quale la possibilità di una proprietà vincolata e temporanea non è estranea, anzi è appunto connaturata, tanto da poter fornire un criterio interpretativo articolato su diversi livelli.

Il primo, più generale, riguarda la persistente incidenza di una particolare “mentalità” giuridica sui ragionamenti svolti e sulle soluzioni suggerite dagli operatori del diritto (dal legislatore, ai giudici, agli studiosi), ascendendo talora a vero e proprio “crittotipo”, più o meno consapevole, delle concrete opzioni adottate dall’ordinamento<sup>49</sup>. L’altro, più specifico, attiene alla presenza caratterizzante del diritto tradizionale nell’esperienza israeliana, favorita non solo dalle singolari vicende che hanno presieduto alla nascita di tale ordinamento (e soprattutto, dello Stato), ma – come abbiamo appena visto – concretamente imposta quale soluzione interpretativa dalla legge<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Tuttavia, secondo P. LERNER – A.M. RABELLO, *A Civil Code for a Mixed Jurisdiction: Some Remarks about the Israeli Approach to Codification*, cit., 466-467 «the temptation to compare Israel with other mixed jurisdictions should not be misleading», anzitutto perché «today all legal systems have undergone some degree of mixing», ma soprattutto perché vi sono delle differenze evidenti con sistemi quali quelli vigenti nel Québec o in Louisiana; in definitiva, nonostante il processo di codificazione, gli elementi di affinità con i sistemi continentali non modificheranno «[the] basic patterns of the Israeli legal culture that have a strong common law flavour».

<sup>48</sup> «The Israeli legal system is a system characterised by legal *kinesis*; it is not a system of legal *stasis*. In principle, then, legal *kinesis* is a healthy phenomenon. This is a system which is still mixing information in all sorts of different ways. Combining, as a matter of clear historical choice, the traditions of the civilians and the common lawyers, the forces of liberalism and secularity with the forces of traditionality, whilst striving to balance the expectations of the Jewish and the Arab element in the same State, Israel stands for a legal system truly unique in the world»: A.E. PLATSAS, *The Enigmatic but Unique Nature of the Israeli Legal System*, cit., 29-30.

<sup>49</sup> È qui scontato il riferimento a A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009, 6 ss., il quale afferma che «le regole non verbalizzate hanno un’importanza centrale nel diritto. Esse vengono percepite e trasmesse da una generazione di giuristi a quella successiva, così come vengono trasmesse e custodite le regole di una società tradizionale [...] L’insieme dei crittotipi che dominano in un dato ambiente incide in modo rilevante sulla “mentalità” dell’ambiente in questione».

<sup>50</sup> Non senza problemi di adattamento anche da parte del diritto tradizionale, pensato e formulato nell’assenza di un ordinamento giuridico statale: come correttamente nota I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 187 «the Jewish religious tradition was ill-prepared to cope with the novel phenomenon of a modern Jewish State. For generations Jews lived in the Diaspora under Gentile rule, with limited autonomy. Jewish law, concerned with the survival of the Jewish identity in a



Il rifiuto storico di una concezione “assoluta” della proprietà discende (come vedremo subito) da un esplicito divieto religioso, ma si impiantò per lunghi secoli in una situazione politica, sociale, giuridica di incertezza del popolo ebraico in ordine alla situazione di titolarità degli immobili, sino a pervenire a una nozione più simile a quella di una “appropriazione” reversibile e transitoria che al diritto “assoluto”, in epoca moderna ammantato di sacralità, della tradizione occidentale.

Non che nella tradizione ebraica manchino, ovviamente, forme di appartenenza caratterizzate dal possesso esclusivo e anche dalla sua trasmissibilità (anzi, in alcuni casi, come nella comunità isolate nei Ghetti dopo il XVI secolo, daranno luogo a istituti assai peculiari, quale il “*chazakà*” - o “*ius gazagà*” -, che in virtù del divieto imposto agli ebrei di godere del diritto di proprietà immobiliare sanciva per i fondi in cui alloggiassero una sorta di diritto d’uso, commerciabile e per certi versi permanente<sup>51</sup>); tuttavia, sia nelle fonti (essenzialmente talmudiche), sia nella prassi che esse riflettono emerge piuttosto la qualificazione della titolarità dei beni in termini intersoggettivi, ovvero di *relazione* tra individui.

Implicita in tale configurazione è addirittura una forma di “responsabilità” del titolare nei confronti della comunità: scevra da astratte formalizzazioni quali si riscontrano talora nelle esperienze giuridiche moderne (la famigerata “funzione sociale” di cui all’art. 41 della Costituzione italiana), ma fortissima nella concreta eliminazione di ogni “protagonismo” proprietario, che il mai sopito (nelle coscienze dei giuristi, ma anche e soprattutto in quella dei consociati) valore idiosincratico del “terribile diritto” determina invece nell’esperienza giuridica continentale.

Nei testi ebraici (dalla *Mishnà* ai commentatori post-talmudici, nel corso di secoli distanti e in luoghi assai diversi), al contrario, già a partire dall’analisi del trasferimento immobiliare si stabiliva una duplice obbligazione: in primo luogo tra i soggetti coinvolti, ma anche nei confronti della *comunità* alla quale entrambi irrevocabilmente appartenevano, che si concretava nel dovere di rispondere della legalità del trasferimento e della modalità medesima dell’apprensione e dell’appartenenza.

Non si tratta solo dei casi, pur riconosciuti nel diritto tradizionale e anche assai rilevanti in termini generali, di proprietà conferita o acquisita per scopi o per periodi

---

hostile social and political environment, developed extensive and detailed rules for that situation. Only rarely did rabbinical scholars inquire into the relationship between a sovereign Jewish state-authority and Jewish religion, a situation which had remained a weak and idealized memory from the distant past and a messianic hope for the ideal future».

<sup>51</sup> A seguito dell’istituzione dei ghetti, il *chazakà* consentiva di garantire una sorta di diritto d’uso agli inquilini ebrei, rendendoli di fatto non sfrattabili. Per una prospettiva storica, si veda S. DI NEPI, *Sopravvivere al ghetto*, Roma, 2013, 105 ss.



particolari<sup>52</sup>; quanto piuttosto di una profonda differenza rispetto al tradizionale modello dominicale dei sistemi civilistici, incentrato su una relazione tra l'individuo e il bene che, nel plasmare anche concettualmente il diritto attorno all'inerenza alla *res*, ne determinava al contempo la proiezione soggettiva, ergendolo (attraverso la generale pretesa di astensione dei terzi) addirittura a baluardo della libertà personale<sup>53</sup>.

Nella tradizione giuridica ebraica, al contrario, si può verificare da un lato, la presenza di una peculiare concezione "temporanea" della proprietà; dall'altro, appunto, la sua fondamentale caratterizzazione nel rapporto *personale* tra i diversi soggetti coinvolti nel fenomeno di appropriazione (piuttosto che nella relazione *reale* tra titolare e oggetto del diritto, come nella tradizione occidentale)<sup>54</sup>.

Come si accennava, non è di poca importanza in tale prospettiva la nozione di proprietà derivante dalle Scritture, ove la terra (intesa quale bene immobile, con tutti gli accessori) appartiene a Dio, sì da non poter essere oggetto di perpetua appropriazione («Le terre non si potranno vendere per sempre, perché la terra è mia e voi siete presso di me come forestieri e inquilini»: Levitico 25, 23). Proprio l'inizio della

---

<sup>52</sup> Si veda G.J. WEBBER, *The Principles of the Jewish Law of Property*, in *Journ. Comp. Legisl. Intern. Law*, (1928) 10, 88-89.

<sup>53</sup> Concezione invero largamente superata, ma presentissima nell'evoluzione del diritto occidentale, anche se spesso sopravvalutata nella sua effettiva portata (già G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 450 escludeva che «nello stesso ordinamento liberale il diritto soggettivo sia mai stato strumento sufficiente per la tutela degli interessi e della stessa libertà economica del privato»). P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, sosteneva proprio la necessità di «spogliarsi di tutta quella teologia della proprietà, di tutta quella zavorra di problemi etici, di tutto quel personalismo dei quali dapprima il diritto romano classico, indi le correnti individualistiche sette-ottocentesche hanno gravato la materia dei diritti reali». Sul punto si v. anche, fra i tanti, P. RESCIGNO, *per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 1 ss.; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss., nonché S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990. Interessante prospettiva di evoluzione anche quella suggerita da A. ZOPPINI, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 186, il quale rileva – tra l'altro – che «la dimensione "orizzontale" dei rapporti interprivati risulta necessariamente deformata dalla prospettiva "verticale" caratteristica del diritto pubblico».

<sup>54</sup> Come ben ricorda G. TODESCHINI, *Proprietà ebraica, potere cristiano, storia economica: la "sicurezza nella possessione dei propri beni" come forma della socialità*, in *Parole chiave*, 30 (2003), 99-120 «considerando la cosa dal punto di vista di una dinamica sociale complessiva, si può dire che, poiché appunto la definizione della "proprietà" ebraica è impostata a partire dalla legittimità ma non dalla perpetuità della appropriazione del bene economico per eccellenza, la terra, da parte dei soggetti, il sistema delle appropriazioni che ne deriva costituisce automaticamente un reticolo di obbligazioni interpersonali largamente indipendente dalle logiche della famiglia intesa come clan o stirpe, o da un diritto di proprietà stabilito una volta per tutte».



diaspora, con la distruzione del Tempio nel 70 d.C., tristemente confermerà nei fatti il precetto: è noto infatti che la natura costantemente precaria dello stabilimento degli ebrei costituirà un perenne impedimento alla legittimità della loro proprietà immobiliare fino alla modernità (e oltre), incidendo in modo assai significativo sulla loro posizione giuridica e politica nelle diverse nazioni.

Nei testi sacri tale incertezza sulla definitività della proprietà era simbolicamente, ma significativamente confermata dall'obbligo di restituire gli immobili trasferiti all'originario detentore in occasione del Giubileo, ovvero ogni 50 anni («In quest'anno del giubileo, ciascuno tornerà in possesso del suo», Levitico, 25, 13). Quest'obbligo, a conferma del profondo sostrato morale dei rapporti di appropriazione economica e trasferimento, veniva inoltre richiamato anche dal precetto che sanciva la possibilità, per chi avesse ceduto un bene in stato di bisogno, di riacquistarlo corrispondendo un prezzo comprensivo dell'utile che spetterebbe al primo acquirente fino al Giubileo («Se uno non ha chi possa fare il riscatto, ma giunge a procurarsi da sé la somma necessaria al riscatto, conterà le annate passate dopo la vendita, restituirà al compratore il valore degli anni che ancora rimangono e rientrerà così in possesso del suo patrimonio»: Levitico, 25, 25-28).

Si può allora notare come la legge del 1979 solo apparentemente non definisca rigorosamente in senso “proprietario” il diritto del *trustee* sui beni affidatigli: piuttosto, il termine “*relationship*” traduce una più complessa concezione dell'appartenenza, nella quale grande influenza è spiegata proprio dalla tradizionale visione ebraica del rapporto con il bene economico in termini di relazione tra soggetti, che comporta reciproci obblighi tra le parti coinvolte.

L'estraneità a tale prospettiva del carattere di absolutezza ed esclusività idiosincratica tipico della concezione classica del diritto continentale, inoltre, avvicina sicuramente il concetto di proprietà a quello proprio del *Common Law*: sì da poter trovare utile e per così dire, “tacita” applicazione appunto nella traduzione legislativa della nozione di *trust*, costituendo un rilevante crittotipo del modello israeliano che lo avvicina sostanzialmente, invece che allontanarlo, dall'originale istituto inglese.

Non può infatti dimenticarsi che la connotazione storicamente feudale delle situazioni di appartenenza nel *Common Law*, incentrata sulle utilità astratte di cui si veniva investiti (dando luogo pertanto a un particolare *estate*, peculiarmente conformato sia in termini di contenuto che temporali), sottintendeva piuttosto «un rapporto tra persone e non mai una relazione diretta tra l'uomo e la cosa»<sup>55</sup>; una volta decadute le relazioni feudali, infatti, l'*estate* assume quale punto immediato di riferimento le utilità acquistate e solo *mediatamente* il bene materiale, connotandosi tuttora quale relazione caratterizzata dal rapporto con il dante causa e con i titolari di

---

<sup>55</sup> A. GAMBARO, *La proprietà nel Common Law anglo-americano*, in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property – Propriété - Eigentum*, Padova, 1992, 62.



altri interessi concorrenti, mai quale situazione giuridica soggettiva ed esclusiva inerente alla *res*.

Infine, anche nell'orientamento *implicito* della legge israeliana per la necessità di un trasferimento dei beni al *trustee* (invero espresso nel *hekdesb*, ma come detto da ritenere sotteso a ogni ipotesi di *trust*, nonostante le diverse opinioni sul punto) può scorgersi l'influenza della tradizionale irrilevanza, storicamente attestata nel diritto ebraico, del possesso che non venga associato a un diritto di proprietà: tale necessaria associazione, addirittura, ha consentito di affermare che il possesso sia semplicemente « the outward expression of real or apparent ownership »<sup>56</sup>.

Tradizionalmente, infatti, con il termine polisemico “*Kinyan*” si intendeva sia l'oggetto che il diritto di proprietà, ma soprattutto il modo di acquisizione del diritto stesso, con riguardo esclusivamente a beni tangibili o ai loro frutti: ed esso richiedeva comunque un atto formale<sup>57</sup>. In particolare, non vi poteva essere *kinyan* del solo diritto a usare una cosa, anche se (si noti) era ammesso il *kinyan* per uno scopo particolare<sup>58</sup>.

Ebbene, anche in questo caso non è difficile scorgere l'incidenza di questi lasciti tradizionali nella configurazione del *trust*: l'influenza della tradizione ebraica risulta infatti persistente, come ampiamente illustrato, sia nel ragionamento dei giuristi israeliani, sia nella concreta disciplina normativa; ma, appunto, nello specifico ambito del *trust* è determinante nell'attuazione di un così peculiare *transplant*.

Si può così meglio comprendere come anche un istituto così attuale, che già in sé risulta frutto di uno sviluppo plurisecolare di riflessione dottrinale, giurisprudenziale e istituzionale, non possa prescindere, nella configurazione “positiva” che assume in ordinamenti diversi da quello d'origine, dall'intima correlazione tra ciascun sistema giuridico e il proprio passato, che discende direttamente dalla natura di *tradizione giuridica* propria dei diversi ordinamenti.

Ora, sebbene alcune esperienze (nella specie, quelle di *Civil Law*, che hanno da due secoli conosciuto il fenomeno della codificazione) tendano in effetti in misura maggiore di altre (in particolare, quelle di *Common Law*, essenzialmente fondate sul valore vincolante del precedente giurisprudenziale) a segnare periodicamente, attraverso la novità legislativa, una cesura con il sistema normativo fino a quel

---

<sup>56</sup> Lo nota G.J. WEBBER, *The Principles of the Jewish Law of Property*, cit., 10 (1928), 82, ricordando altresì che «already in the biblical code the notion of property is fully recognized, while to possession as such no protection is granted».

<sup>57</sup> Sul punto si veda anche J.D. BLEICH, *The Metaphysics of Property Interests in Jewish Law: An Analysis of Kinyan*, in *Tradition*, 43 (2010), 51, il quale precisa che «Jewish law provides that no transfer or acquisition of property (save by inheritance) takes place other than by means of *kinyan*, i.e., an overt act that gives effect to the transfer».

<sup>58</sup> Assai chiaro G.J. WEBBER, cit., 88: «as well as absolute ownership, *kinyan* may confer an ownership for particular purposes».



momento vigente, può dirsi tranquillamente che ogni ordinamento costituisca *in sé* una tradizione giuridica: non soltanto, cioè, un ordinato complesso di regole e istituti, ma un complicato insieme di fattori storici, sociali, politici, financo antropologici che lo connotano essenzialmente quale prodotto *culturale* nel senso più ampio del termine<sup>59</sup>.

Tale natura, particolarmente evidente nell'ancoraggio esplicito del diritto israeliano alla tradizione ebraica, traduce chiaramente la natura peculiare del *trust* in Israele. Esso, infatti, pur assistito da un apparato normativo positivo, rimane anzitutto un fatto "culturale": in pratica, influenzato da una tradizione *vivente*, ancorata alle peculiarità che le derivano dalla propria storia e comunque commensurabile, in quanto appunto essa stessa mezzo di *trasmissione* culturale, alle altre esperienze giuridiche con le quali entra in relazione (è cioè "comparata") nella ricezione di istituti e modelli.

La tradizione (anche, anzi soprattutto quella giuridica) costituisce infatti il più diffuso modo di selezione e trasmissione delle informazioni socialmente rilevanti<sup>60</sup>: non può allora disconoscersi che la possibilità di una sua comparazione con altre tradizioni è intrinsecamente connessa al suo sviluppo e funzionamento. Da tale confronto essa non esce ridotta o snaturata, ma al contrario rafforzata nei suoi presupposti e nella sua stessa operatività: un'esperienza giuridica, infatti, non può essere pensata quale sistema in sé concluso, impermeabile ai rapporti e alle reciproche influenze con altri ordinamenti, ma, proprio in quanto tradizione vivente, consiste in una modalità di trasmissione e riproduzione di informazioni normative che nel suo stesso formarsi e nel dialogo con altre tradizioni si modella, si affina e si perpetua.

La tradizione ebraica, come ricaviamo dal modello di proprietà trasfuso implicitamente nel *trust*, è quindi *normativa*, fondandosi su un processo di selezione delle informazioni, delle nozioni e delle modalità operative che vengono trasmesse, ma

---

<sup>59</sup> Secondo una notissima definizione, ora in J.H. MERRYMAN e R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3rd ed., Stanford University Press, Stanford, 2007, p. 2, «a legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of the law, about the role of law in the society and the policy, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective».

<sup>60</sup> Nota correttamente H.P.GLENN, *La tradition juridique nationale*, in *Rev.int.dr.comp.*, 55 (2003), 271 che «toute activité humaine [...] donne lieu à information [...] Il faut donc capter l'information par la mémoire, par l'écrit, par un supporte magnétique, et s'il n'y a pas un processus de capture, l'entropie de l'information du monde continue. C'est la capture de l'information qui permet l'origination d'une tradition. Ensuite, une tradition peut se construire, mais son fonctionnement n'est pas simple. S'il y a eu capture de l'information, comme point de départ, il faut qu'il y ait ensuite *traditio*, une transmission, pour qu'une tradition ait la possibilité d'être vivante».



al contempo *complessa*, per sua natura polivalente perché aperta ad integrazioni eterogenee: tale intrinseca complessità non può essere negata, anzi consente di valutare quanto pesi, nella costruzione di un sistema giuridico, il condizionamento dei fattori culturali, politici e sociali che ne determinano le caratteristiche, differenziandolo dagli altri.

Ripensare il diritto *come* tradizione può consentire di guardare al linguaggio giuridico come modalità espressiva di un'*immagine* che affonda altrove le proprie radici, ovvero nella realtà sociale e nelle ideologie che ne formano il tessuto connettivo. Ebbene, proprio il particolare esempio del *trust* in Israele consente di dimostrare praticamente come negli ordinamenti giuridici non si abbia soltanto un riflesso del passato nel *presente*, ma anche la *presenza* del passato, che viene selezionato per finalità *attuali*, poiché la tradizione non è soltanto indagata per finalità antiquarie o erudite, bensì concretamente influente nelle soluzioni (normative) dei problemi giuridici esistenti nella società<sup>61</sup>.

Adattando allora una citazione (*rectius*, una parafrasi<sup>62</sup>) shakespeariana già utilizzata allo scopo, in relazione al modello israeliano di *trust* possiamo in definitiva dire di trovarci di fronte a una creazione che per il diritto ebraico appare certamente «[his] own», ma riassumendo nella disciplina normativa influenze giuridiche secolari non risulta affatto essere una «poor thing», bensì una consapevole costruzione, derivante da un affascinante, anche se non sempre esplicito, incontro di esperienze e tradizioni giuridiche.

---

<sup>61</sup> «The lawyer preparing a brief, the judge justifying a decision, the layman trying to understand and predict the effects of law on his activities, are not engaged in disinterested forays into legal history, though they may be deeply concerned with the legal past. On the contrary, this past is treated as though it were a vast storehouse to be searched for solutions to present problems»: M. KRYGIER, *Law as Tradition*, in *Law and Philosophy*, 5 (1986), 248.

<sup>62</sup> Nonostante la più diffusa citazione sia infatti quella sopra citata («a poor thing, but mine own») nell'atto V, scena IV di *As you like it* quando Touchstone descrive Audrey la definisce «a virgin, sir, an ill-flavoured thing, sir, but mine own».