

Il trust: modelli a confronto
di Tiziana Russo

Premessa

1) Introduzione – 2) Definizione classica del negozio fiduciario. Fiducia romanistica e fiducia germanistica. – 3) Le origini storiche del trust. – 4) Il Trust: atto istitutivo e forma. – 5) Trusts espressamente istituiti. – 6) Trusts non espressamente istituiti. – 7) Riflessioni su trusts espressamente istituiti e non. – 8) Gli elementi soggettivi. 8.1 il settlor disponente - 8.2 il trustee - 8.3 il protector - 8.4 i beneficiari – 9) Gli elementi oggettivi – 10) La frammentazione del diritto di proprietà nei sistemi di common law. – 11) L'Ingresso del trust nel diritto internazionale privato e nell'ordinamento italiano. – 12) Il problema del trust interno. – 13) Art. 2645-ter c.c. : norma utilizzata in modo improprio? – 14) Una nuova via: la teoria di Castronovo. – Note - BIBLIOGRAFIA.

1 . Introduzione.

Prima di entrare nel vivo della vicenda, che ha come oggetto la trattazione dell'istituto del trust, occorre prendere le mosse dalla constatazione di fondo di come, il nostro ordinamento, nella trattazione della tematica della fiducia negoziale, non appresti, per tale fenomeno, alcuna particolare disciplina.

Non si può, del resto, certamente ignorare la diffusa tendenza, da parte della nostra dottrina, in coincidenza con la globalizzazione dei mercati e in relazione alle nuove esigenze emerse dalla realtà economica, di una "revisione" delle categorie tradizionali, ivi compresa la categoria fondamentale del negozio giuridico.

La presente indagine ha preso, dunque, le mosse da una scrupolosa attività di ricerca delle fonti dottrinali e giurisprudenziali, tesa ad individuare le problematiche più rilevanti inerenti all'istituto del trust. E', a mio parere, punto di partenza necessario volgere lo sguardo al concetto di fiducia nel diritto romano, progenitrice dell'istituto, per poi procedere alla successiva valutazione in chiave comparata dell'istituto del trust nell'ambito di esperienze straniere, le quali, sempre più frequentemente, hanno esercitato un'influenza determinate sulle scelte operate dal nostro legislatore (si pensi alla riforma del diritto societario).

In virtù di tali considerazioni, se da un lato non è certamente confutabile la tradizionale riconduzione della fiducia alle due grandi categorie romanistiche, ovvero quello della fiducia cum amico e della fiducia cum creditore, tenuto conto delle sempre più frequenti contaminazioni che il nostro ordinamento subisce, in virtù delle scelte consapevoli operate dal legislatore, ad opera dei sistemi del mondo anglosassone e di quelli facenti parte dell'Unione Europea, appare senza dubbio poco produttiva la scelta di colui che volesse concentrare la propria indagine basandosi esclusivamente sulle due categorie già menzionate, certamente utili per una ricostruzione dell'istituto su un piano squisitamente storico, ma inadeguate a cogliere l'incessante evolversi della disciplina in tema di trust.

In considerazione di ciò, la presente trattazione ha come finalità un'indagine comparata dell'evoluzione dell'istituto analizzandolo nell'ambito del nostro ordinamento e, al contempo, confrontandolo con sistemi totalmente differenti dal nostro (si intende far riferimento al trust anglosassone), per cercare di operare una sintesi che metta in luce la configurabilità o meno di un trust italiano, che non si ponga in contrasto che le norme cardini del nostro ordinamento.

2 . Definizione classica del negozio fiduciario: la fiducia romanistica e la fiducia germanistica.

Va subito detto che il negozio fiduciario non è una categoria espressamente elaborata dal diritto positivo, tant'è che, essendo già in

partenza molto controversa la sua struttura, i suoi elementi costitutivi, la sua morfologia ed i suoi profili causali, molti autori hanno, in chiave diversa, contribuito a ricostruirne il contenuto.

Sotto un profilo pratico, gli scopi per i quali si ricorre al negozio fiduciario hanno condotto all'elaborazione di due grandi categorie già menzionate in precedenza: la fiducia cum amico e la fiducia cum creditore.

Volendo procedere prima alla trattazione di quest'ultima, diremo che in tal sede l'operazione complessiva ha funzione di garanzia: il fiduciante trasferisce al fiduciario, suo creditore, un proprio bene con l'intesa che, una volta adempiuto il proprio debito, lo stesso bene ritornerà di proprietà del fiduciante.

Di contro la fiducia cum amico, che si presta invece a realizzare i più disparati fini pratici, come, ad esempio, mettere al riparo i beni durante il tempus dubium, (ipotesi classica del diritto romano), conferisce più che altro, un incarico al fiduciario attribuendogli, contestualmente, uno strumento molto efficace per la realizzazione dello stesso. Nell'ambito di tale categoria, infatti, esprimono la loro più completa realizzazione gli investment trust, o le intestazioni fiduciarie di partecipazioni societarie le quali, trovano nella garanzia della segretezza la massima manifestazione di tutela.

Ciò detto, è oramai pacificamente accolto sia in dottrina che in giurisprudenza, che la nozione di negozio fiduciario si rintraccia in quella di un accordo con il quale un soggetto (il fiduciante) investe un altro soggetto (il fiduciario) di una posizione giuridica, di natura reale o personale, rendendo necessaria l'istaurarsi tra i contraenti il c.d. pactum fiduciae con il quale il fiduciario si impegnerà a non travalicare i limiti della propria posizione, ridimensionando così l'operatività del mezzo giuridico utilizzato.

Questa affermazione trae la propria giustificazione nella circostanza che essendo, la posizione creatasi del fiduciario, efficace nei confronti dei terzi in modo pieno e non solo parzialmente, sarebbe rimessa totalmente alla fiducia che, il fiduciante ripone nel fiduciario, la corretta esecuzione del pactum tra di essi stipulato.

Tale definizione, senz'altro molto ampia, e di indiscutibile derivazione romanistica, ci porterebbe a questo punto ad operare una distinzione tra fiducia di tipo romano e fiducia di stampo germanico, il cui elemento differenziale risiede proprio nell'essenza e nei limiti del potere giuridico conferito al fiduciario.

Il tratto distintivo risiederebbe proprio nella considerazione che, mentre nella fiducia di tipo romanistico il potere conferito al fiduciario sarebbe illimitato e opponibile anche ai terzi, rilevando il pactum fiduciae solo per ciò che concerne i rapporti tra fiduciante e fiduciario, ex converso nella fiducia di tipo germanistico la limitazione del potere conferito al fiduciario sarebbe altresì opponibile anche ai terzi estranei al negozio fiduciario.

Una delle tesi più accreditate sulla nozione di fiducia di stampo germanistico, mette in luce come, oltre al già discusso potere limitato del beneficiario nei confronti dei terzi, vi sia, in tale vicenda, anche l'apposizione di una condizione risolutiva in virtù della quale, in caso di morte, o del venir meno del rapporto fiduciario, o per il raggiungimento dello scopo della fiducia, la titolarità di tale situazione si risolverebbe retroattivamente, coinvolgendo, così, e paralizzando anche gli eventuali atti di disposizione abusivi che il fiduciario ha stipulato con i terzi estranei all'accordo.

Tale ricostruzione del negozio fiduciario non costituisce un'ipotesi isolata. Lo stesso art. 185 del BGB tedesco ammette la possibilità di esercitare un diritto in capo ad un soggetto diverso dal titolare dello stesso, in considerazione del fatto che le parti intendono realizzare con lo strumento del negozio fiduciario, uno scopo diverso dal trasferimento del diritto.

La distinzione tra le due tipologie di fiducia – romanistica e germanistica - è tradizionalmente esaminata con carattere di priorità rispetto alle altre caratteristiche dell'istituto. La dottrina classica, ha messo in luce che, nel prendere in considerazione l'istituto della fiducia, il nostro ordinamento contempla soltanto quella di tipo romanistico anche in virtù del presupposto che in esso non vi è possibilità per la creazione di posizioni reali opponibili ai terzi caratterizzate da un contenuto atipico, ossia sarebbe del tutto esclusa la possibilità di costituire in capo al fiduciario diritti reali limitati al di fuori delle ipotesi tassativamente tipizzate.

3. Le Origini Storiche del Trust.

Le cause che originarono la nascita dell'istituto del trust nei paesi di diritto anglosassone furono le stesse che, ora, sollecitano il dibattito circa l'opportunità del suo recepimento anche negli ordinamenti di civil law e che attirano le attenzioni degli studiosi impegnati nel relativo dibattito.

Anche nei sistemi di common law, infatti, in origine la violazione dell'obbligazione fiduciaria non trovava rimedi efficaci ed era sanzionata esclusivamente sul piano obbligatorio, attraverso il generale risarcimento del danno derivante dall'inadempimento.

Tuttavia, la scissione tra diritto positivo ed applicazione delle regole equitative in sede di risoluzione giurisprudenziale dei conflitti, permise, attraverso appunto il ricorso al giudicato delle Corti e all'applicazione dei principi dell'equity, di estendere la rilevanza dei limiti funzionali connessi al trasferimento fiduciario del diritto anche agli aventi causa del fiduciario.

A tale scopo, il giudice, per sanzionare la disposizione dei beni da parte del fiduciario in assenza di conformità all'obbligo fiduciario assunto, poteva costituire tali beni in un trust e gravare l'acquirente delle stesse obbligazioni già gravanti sul fiduciario in relazione al pactum fiduciae; in questo modo il vincolo di destinazione non era più legato all'elemento soggettivo, ma seguiva i beni perpetuandosi in capo a tutti gli aventi causa del fiduciario inadempiente, garantendosi altresì l'effettiva soddisfazione degli interessi del fiduciante.

Può, dunque, rilevarsi che, nei sistemi di civil law, da un lato emergono le stesse istanze di tutela degli interessi del fiduciante che causarono la nascita dell'istituto del trust nei paesi anglosassoni, mentre, dall'altro manca quella scissione tra legge ed equità che ne permise, in quei paesi, il superamento e, anzi, manca l'abitudine stessa a considerare la proprietà come un diritto suscettibile di essere modulato in modo differente in relazione alla funzione che è chiamato a svolgere; il che spiega le difficoltà che l'interprete incontra, nel nostro ordinamento, laddove voglia dare adeguata sistemazione alla materia.

Deve osservarsi che, in origine, il trust si poneva come un rimedio giurisprudenziale e che soltanto in un secondo momento divenne uno strumento contrattuale a disposizione dei privati per garantire, sin da subito, l'effettiva realizzazione degli interessi del fiduciante: ancora oggi, del resto, la natura stessa del trust risulta essere solo una mera eventualità.

Come è stato osservato in dottrina, nei sistemi di common law, ogni qualvolta un soggetto sia titolare di diritti che deve esercitare a favore di un'altra persona o per il perseguimento di uno scopo particolare, ossia ogni volta che i diritti sono caratterizzati da una destinazione specifica, si è già in presenza di un trust, e questo già indipendentemente dalla presenza di un fiduciario (c.d. settlor), che può mancare, potendo i trusts derivare anche direttamente dalla legge o da un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

In considerazione di ciò, l'elemento che caratterizza l'istituto in questione non consiste nell'accordo fiduciario, quanto nella destinazione funzionale impressa all'investitura di un diritto.

Quel che rileva nell'indagine che ruota intorno alla materia del trust è che il diritto di proprietà sui beni costituiti non è mai, per il trustee, lo stesso diritto che egli vanta sui beni del proprio patrimonio; quest'ultimo è un diritto di proprietà non assistito dalla tutela dell'equity la quale, invece, potrà essere invocata solo dal beneficiario del trust, e ciò basta a spiegare l'insensibilità bilaterale esistente tra i beni costituiti in trust e i beni, pur di proprietà del trustee, di cui questi sia titolare in virtù di altro titolo.

Il vocabolo inglese "Trust" significa "fiducia, fede" e deriva dall'antica parola scandinava "Traust" connessa ai vocaboli inglesi "trow" (credere) e "true" (vero) e a quello olandese "troosten" e tedesco "troesteren" che significano "confortare, consolare". Non esistendo un'unica tipologia di trust non risulta agevole offrire una definizione univoca di tale vocabolo. Attualmente privo di una legge che lo disciplini, il trust viene identificato nel nostro paese grazie alla legge n. 364 del 16 ottobre 1989- in vigore dal 1 gennaio del 1992- che ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione internazionale sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento, adottata dall'Aja il 1 luglio 1985. La definizione di trust adottata da tale convenzione ha carattere generale e rintraccia tale istituto in tutte le ipotesi in cui un proprietario si spogli di una parte o di tutti i suoi beni e li ponga sotto il controllo di un trustee con

l'obbligo di amministrarli non per un interesse proprio, ma di una o più persone o per uno specifico fine. Alcune divergenze in dottrina si incontrano già in sede di definizione: c'è chi parla di rapporto fiduciario; che di rapporto trilaterale; alcuni lo inquadrano nell'ambito di un'obbligazione non nascente dallo ius civile, per altri si tratterebbe di un'obbligazione naturale o, infine, per altri ancora di concretizzerebbe in un trasferimento di proprietà. Ciò che rileva, ad ogni buon conto, è che l'adattamento dell'istituto al nel nostro ordinamento consiste nel fatto che quando si analizzano istituti come quello in esame si dovrebbe evitare sempre di utilizzare definizioni astratte, tipicamente civilistiche, ma tentare, invece, di osservare le forme e le manifestazioni del trust nel sistema nel quale è stato elaborato. Ad ogni modo, tra le innumerevoli definizioni di trust che sono state fornite negli anni si può tentare di individuare quella più corretta e completa da attribuire a tale istituto. Dovranno naturalmente essere scartate le definizioni che aderiscono alla oramai superata tesi della doppia proprietà. Non soddisfacenti appaiono altresì varie definizioni dell'istituto le quali, pur in sé corrette, nulla dicono in ordine alla natura reale od obbligatoria del diritto del beneficiario. Una delle opere inglesi più autorevoli in tema di trust ha fornito, invece, una definizione dell'istituto la quale sembra poter costituire un sicuro punto di riferimento in materia:

“ A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called trustee) to deal with property over which he has control (who is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiary), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation”.

E' stato, infatti, affermato che tale definizione è probabilmente la migliore fra le molte che sono state proposte; poiché però anch'essa non appare completa, giacché non include né i “ charitable trusts”, né i cosiddetti “ trusts anomali”, la medesima dottrina ha ritenuto possibile integrare detta definizione con la seguente aggiunta:

“ Or for a charitable purpose, which may be enforced at the instance of the Attorney General, or for some other purpose permitted by the law though unenforceable”.

All'interno dell'ordinamento italiano, i maggiori sforzi finalizzati alla definizione del trust sono stati effettuati da un illustre autore il quale ha in particolare così qualificato l'obbligazione gravante sul proprietario trustee:

“ Obbligazione, non nascente dallo ius civile, che grava sul titolare di un diritto, ha per oggetto le forme di godimento ed il finale trasferimento del diritto a terzi ed è tutelata nell'ambito di un ordinamento distinto dallo ius civile, ma ad esso non contrapposto”.

Il significato del riferimento ad un'obbligazione “ non contrattuale” appare evidente nel diritto inglese: il trust avente fonte negoziale non è un contratto, bensì un negozio unilaterale, la cui fonte non è una dichiarazione negoziale di un disponente, derivando da una regola posta dall'equity ovvero da una legge scritta (statute). Si precisa che il costante riferimento ad un “ diritto” e non ad un “ bene “, quale oggetto del trust, rispecchia fedelmente la concezione inglese per la quale i beni immobili appartengono alla Corona, sì che i privati possono essere titolari soltanto di diritti di natura per lo più concessoria (estates) su detti beni.

4) Il Trust: Atto Istitutivo e Forma.

Negli ordinamenti di common law e, sentitamente, nell'ordinamento inglese, la fattispecie costitutiva del trust si compone di due negozi tra di loro funzionalmente collegati: un primo negozio unilaterale istitutivo del trust, che individuerà le regole cui dovrà attenersi il trustee nell'esercizio di questa sua funzione; ed un secondo negozio attuativo del trasferimento dei beni oggetto del trust.

Com'è noto, nel diritto inglese, il trust comporta la possibilità, per il beneficiario, di tutela in equity. La posizione di quest'ultimo è infatti, sovente, indicata con l'espressione equitable estate proprio a voler rimarcare la sua afferenza a questa seconda branca del diritto inglese. Per effetto della costituzione del trust, quanto trasferito al trustee diviene oggetto di un patrimonio separato (in quanto vincolato) da quello suo personale determinandosi una insensibilità reciproca tra le due vicende che possono interessare ora il trust fund, ora la sfera giuridica del trustee. Tale situazione si traduce, in buona sostanza, nella inattaccabilità del patrimonio costituito in trust da parte dei creditori del disponente, del fiduciario e del beneficiario.

Quanto conferito in trust è – lo si ripete – destinato alla finalità individuata nello statuto (deed of trust).

La proprietà dei beni trasferiti dal settlor al trustee è da quest'ultimo acquistata con determinate limitazioni. Tale diritto sarà, infatti, gravato da un vincolo opponibile erga omnes secondo il quale i beni in oggetto sono destinati alla finalità statutaria.

Nel diritto inglese, vige la regola generale per la quale gli atti inter vivos siano soggetti a vincoli di forma, salvo che abbiano ad oggetto particolari beni, come ad esempio gli atti di trasferimento dei beni immobili, per i quali vige l'obbligo della forma scritta.

In base alla Law of property Act del 1925, l'atto mediante il quale si realizza un trasferimento di uno o più beni immobili, e quindi, anche l'atto di trasferimento di un immobile di un trust fund, non è efficace se non redatto per iscritto (forma scritta ad substantiam). Inoltre, sempre in base a detta legge, l'atto istitutivo di un trust espressamente istituito, deve rivestire forma scritta per sole finalità probatorie (ad probationem actus).

Il successivo Law of property Act del 1889, ha previsto in modo inequivoco la forma scritta a pena di nullità per i trasferimenti immobiliari (ivi compreso quel trasferimento che si attua tra il disponente e il trustee); la prescrizione della legge del 1925 relativa alla forma scritta ad probationem actus richiesta per l'atto istitutivo del trust, rimane – invece – vigente.

Volendo quindi riassumere la vicenda descritta, si può affermare che, nel diritto inglese, vige la regola scritta della forma libera per il trust inter vivos, a meno che quest'ultimo non riguardi beni immobili: nel qual caso, sarà richiesta la forma scritta ad probationem per l'atto istitutivo, e la forma scritta ad substantiam per l'atto dispositivo.

5) Trusts espressamente istituiti.

Il trust può avere come fonte una dichiarazione espressa di volontà (atto costitutivo/ istitutivo) emessa dal disponente con atto inter vivos o mortis causa, la quale, oltre ad avere natura di atto unilaterale, contiene la regolamentazione del trust stesso.

In questi casi parlare di trust espressamente istituito risponde alla necessità di distinguere un siffatto caso da quelli rientranti nella categoria “ trust non espressamente istituiti “.

Il trust espressamente istituito si caratterizza per la necessaria presenza di soggetti beneficiari (titolari di quell' equitable estate che darà poi seguito all'equitable interest); ove questi non risultassero individuati, l'atto dovrebbe ritenersi irrimediabilmente nullo.

E' questo il c.d. Beneficiary Principle secondo il quale “ deve esservi qualcuno a cui favore la corte possa decretare l'esecuzione degli obblighi dedotti dal deed of trust in capo al trustee”. (There must be somebody in whose favour the court can decree performance).

E' da segnalare – però – che nonostante la assoluta rilevanza del principio in oggetto, le corti inglesi (anche in ragione della natura giurisprudenziale della maggior parte del diritto sul quale operano) hanno elaborato deroghe sempre più significative a detta regola, nel chiaro scopo di fornire protezione a tutte quelle fattispecie ugualmente meritevoli di tutela a dispetto della mancata individuazione del beneficiario.

6) Trusts non espressamente istituiti.

La fattispecie sopra menzionata si distingue in maniera significativa dalle ipotesi rientranti nella categoria dei “trust non espressamente istituiti”.

Quest'ultimi consistono in quelle particolari tipologie di trusts che si formano non per espressa previsione del disponente, bensì in base ad altre fonti come la legge o una regola dell'equity.

All'interno di questa categoria rientrano gli implied trusts, istituiti volontariamente ma senza dichiarazione, i constructive trusts, i quali vengono ad esistenza poiché corrispondono a regole di equity ,ed infine i resulting trusts, ovvero i trusts residuali o di ritorno.

Tutte queste fattispecie descritte si caratterizzano da un unico aspetto problematico:

il patrimonio di un soggetto perde la propria unitarietà senza alcun atto diretto a tal fine; se ne individua, enunciandolo, un bene che resterà vincolato alla realizzazione dello scopo del trust.

Secondo una regola di equity, l'implied trust, ovvero il trust implicito, è

quello che pur conservando – non diversamente da quello espressamente istituito – la propria matrice negoziale, ha tuttavia una forma implicita ovvero non espressa; classico esempio al riguardo può essere quello delle mance lasciate al titolare di un locale affinché questi le retribuisca ai dipendenti. Non può esservi dubbio che in tal caso il cliente assuma la veste del disponente, il titolare del locale quella di trustee e i dipendenti quella dei beneficiari. (Sentenza canadese shabininskiv horwitz 1973).

Nella categoria dei trusts non espressamente istituiti, come precedentemente affermato, rientrano, senza dubbio alcuno, anche quei trusts la cui esistenza viene presunta nell'ordinamento giuridico; il constructive trust, appunto, si caratterizza per la sua derivazione da una regola di equity che ne determina l'istituzione a prescindere dalla volontà del soggetto che ne risulta trustee. Peculiarità di un siffatto trust è quella della manchevolezza della figura del disponente e – quindi – di un atto istitutivo.

Pertanto, i beni oggetto di tali trusts appartengono, fino all'intervento della regola dell'equity, al soggetto individuato come constructive trustee.

Quest'ultimo, in ragione della mancanza di un settlor, può anche essere definito come bare trustee poiché unico contenuto del suo obbligo verso il beneficiario è quello di trasferirgli i beni oggetto del trust.

Nel nostro ordinamento tali casi sono noti con l'espressione “ interposizione reale”.

Si ricordi, in ogni caso, che una prima individuazione dei tre fattori ritenuti individuativi del constructive trust è pervenuta dalla sentenza della Court of Appeal inglese in Guinness plc v Saunders del 1988(1) : assume preminente rilievo la combinazione dei seguenti elementi quali l'esistenza di un rapporto fiduciario, la violazione di un'obbligazione derivante da tale rapporto ed infine la conseguente ricezione di un bene appartenente al soggetto dal quale l'obbligazione è esigibile(2).

I resulting trusts (cioè residuali) infine, sono accomunati ai constructive trusts dalla libertà di forma e dalla mancanza del soggetto (nel senso che la fonte del trust e del vincolo che esso implica non è la volontà di un soggetto espressamente tesa alla creazione di un trust, bensì una valutazione effettuata in equity e a cui segue l'imposizione su un bene del vincolo proprio del trust).

I resulting trusts si basano – essenzialmente – su una incompletezza o inefficacia delle disposizioni enunciate dal disponente : in questi casi il trustee – destinatario del trasferimento dei diritti oggetto del trust non conseguirebbe la titolarità necessaria per adempiere le proprie obbligazioni fiduciarie; né potrebbe, del resto compierle, dal momento che il (deed of) trust incompleto non può essere completato con atto diverso dalla volontà del disponente che così lo ha lasciato.

Il diritto del disponente costituisce, così, oggetto di un resulting trust in favore del disponente medesimo affinché i diritti facciano ritorno nel suo patrimonio.

Diventa agevole a questo punto cogliere nel “ residuale” uno strumento al quale l'equity ricorre per attivare un rapporto destinato, altrimenti, alla non-vita.

A tal proposito, l'introduzione di una regola adottata dall'equity serve proprio a mitigare questo tipo di ipotesi nelle quali un soggetto disponga di un proprio bene a favore di un altro soggetto e le circostanze del caso concreto siano tali da giustificare, dal punto di vista etico, l'attribuzione al disponente della qualifica di beneficiario di un trust in cui il trustee è l'accipiens beneficiario ed in cui il trust fund è costituito dal bene in origine trasferito dal primo soggetto all'altro.

Si afferma, infatti, che le varie ipotesi di resulting trust si caratterizzano per la presenza, a monte, di un'implicita e conforme volontà del disponente, giudizialmente accertata.

7) Riflessioni su trusts espressamente istituiti e non.

Osservando i trusts balza all'occhio l'inevitabile compresenza di affidamento, segregazione patrimoniale e l'obbligazione equitativa del trustee.

E' alquanto singolare il fatto che nel constructive trust l'affidamento al trustee di un bene o di un diritto per opera della legge determini una immutazione del suo titolo(3) rispetto ad un proprio bene diritto. Detto fenomeno trasforma, quindi, in fiduciario, colui che non pensava, in realtà, minimamente di esserlo. Attenendoci alle nostre categorie civilistiche si potrebbe azzardare una sussunzione sotto la norma

dell'art. 1164 c.c. ove si legge della "interversione nel possesso". La norma in questione, pur essendo dettata a proposito del c.d. possesso ad usucapionem, nel chiarire che il tempo di quest'ultimo decorre dal momento in cui è intervenuto il mutamento del possesso per il fatto di un terzo (...), si basa sul medesimo meccanismo sotteso alla logica del constructive trust: infatti in entrambi i casi a mutare è la situazione del proprietario-constructive trustee e del possessore. Tale analogia tra i due fenomeni risiede precisamente nel mutamento dei poteri propriamente ricollegabile ad un fatto essenzialmente non voluto né dal constructive trustee né tantomeno dal possessore. Una tale apertura, però, potrebbe risultare difficilmente armonizzabile con la nozione di fiducia.

Nei resulting trusts, invece, pur essendo analogo il meccanismo di immutazione, il tutto risulta meno evidente, in quanto l'esistenza di un trust è ben chiara ma il cambiamento risiede nella direzione del vincolo legale e nell'oggetto. Impossibile (ab initio o divenuta tale in seguito) la realizzazione del trust ed emergendo la necessità di tutelare il soggetto non intestatario, il trust costituisce oggetto di accertamento giudiziale al quale consegue il trust residuale avente un nuovo oggetto ed una nuova direzione. L'oggetto in questione, è costituito da quanto non sia stato indicato nel trust espressamente istituito incompleto o inefficace e la direzione risulterà nuova in quanto il trust "residuale" farà ritornare i beni nel patrimonio dell'originario disponente ma non più quale proprietario, bensì, quale trustee a beneficio dell'originario trustee che, pertanto, sarà ora titolare di un equitable interest al pari di quanto si verifica nei trusts espressamente istituiti.

Dopo queste brevi considerazioni, è, a mio avviso, interessante esaminare gli elementi soggettivi ed oggettivi che costituiscono la struttura del trust.

8) Gli elementi soggettivi.

Strutturalmente il trust viene generalmente configurato come un rapporto trilaterale fra tre soggetti distinti.

Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, con il trust un soggetto, detto settlor (disponente) trasferisce ad altro soggetto, detto trustee (fiduciario), beni mobili, immobili o mobili registrati affinché li amministri nell'interesse di un terzo beneficiario o per un fine specifico, secondo quanto istituito dal settlor nell'atto istitutivo, sotto l'eventuale vigilanza di un terzo soggetto, detto protector (guardiano).

In realtà risulta più agevole esprimersi in termini di situazioni giuridiche piuttosto che di soggetti dal momento che, nella pratica, non mancano casi in cui le qualifiche di settlor e di trustee (ad esempio) siano simultaneamente ricoperte da un medesimo soggetto come accade del resto nel caso del c.d. trust autodichiarativo.

In ragione di ciò si discorre anche di una struttura a raggiera dei trusts in cui un nucleo centrale costituito dal patrimonio (trust fund) costituisce il punto di partenza di tutte le situazioni giuridiche soggettive che intorno ad esso si dischiudono.

La scissione funzionale dei ruoli trova, in questa ricostruzione, la migliore collocazione.

Vale la pena di soffermarci con attenzione sulle singole figure che compongono l'intero istituto.

8.1 Il settlor – disponente.

Con tale denominazione si suole riferirsi a quel soggetto che metta a disposizione del trustee tutto, o parte, del suo patrimonio trasferendolo in trust.

Il settlor può essere un disponente, "puro" nel caso in cui non abbia la titolarità del bene ma sia solo legittimato a disporre oppure, come nella maggior parte dei casi, un disponente a tutti gli effetti: la titolarità implica, infatti, una sostanziale pienezza di poteri.

Nell'attuare il trasferimento dei beni in trust, il disponente, può, come ricorda l'art. 2 della Convenzione dell'Aja, conservare una serie di prerogative. In molti casi, ad esempio, nello statuto viene inserito il potere di revoca che potrà essere esercitato dal settlor previo consenso del protector. In sede di trasferimento dei beni nel trust fund, il disponente può decidere di non recidere totalmente il proprio legame con quanto oggetto di trasferimento. Tale volontà consiste in buona sostanza, nella finalità di perseguire, nominandosi guardiano, la posizione di trustee dei propri beni (in quest'ultimo caso però non si assiste ad alcun trasferimento), prevedendo la modificabilità del trust o

anche la vincolatività delle "letters of wishes" (rectius: che il trustee si attenga a quanto richiesto con dette lettere).

Il trust importa che il disponente si spogli del diritto di cui è titolare trasferendolo al trustee il quale è investito del potere-dovere di amministrarlo secondo le indicazioni contenute nel deed of trust. Tale uscita di scena è fondamentale per considerare il trust validamente sorto. Non vi è alcun dubbio che, stando così le cose, il settlor perda, almeno in quanto soggetto che rivesta questo specifico ruolo, ogni rilievo nel successivo realizzarsi dello scopo/interesse perseguito. La sua volontà si "autonomizzerà" andando a costituire la legge regolatrice del trust stesso.

Ciò non toglie che, mediante gli strumenti già menzionati, il disponente possa conservare un certo potere di controllo diretto o indiretto. Il "controllo diretto" si traduce nella possibilità di attribuire al disponente, nell'atto istitutivo, il potere di regolare il trust. Caso tipo al riguardo può essere quello in cui un trust revocabile che implichi un settlement, venga utilizzato per sfuggire a lungaggini procedurali.

Ad ogni buon conto, si deve tener presente che il comportamento del settlor ed i suoi poteri possono essere limitati; è il caso, ad esempio, dell'insolvency act del 1986, legge con la quale si è prevista la irrevocabilità di un trust nel quale il disponente abbia istituito per dare esecuzione ad un concordato preventivo stipulato con i suoi creditori. Per ciò che riguarda il potere di "controllo indiretto", invece, il disponente può utilizzare strumenti differenti: oltre alla nomina di un protector, può far pervenire al trustee una letter of wishes.

8.2 Il Trustee.

La Convenzione si è astenuta dal fornire una definizione di trustee lasciando il dubbio sul significato di tale parola che potrebbe, quindi, esprimere o un tacito rinvio alla consolidata tradizione del diritto inglese ovvero l'intenzione dei compilatori di non fornire una definizione univoca, limitandosi ad indicarne i contenuti.

Nel diritto inglese, la nozione di trustee, spesso richiamata da leggi di altri ordinamenti sul trust, assimila i poteri di questo soggetto nell'esercizio della "trust property" a quelli di un soggetto che agisce nel proprio interesse (..have all the same powers as a natural person acting as the beneficial owner of such property).

Argomentando ex art. 2 Convenzione Aja, si potrebbe indicare il trustee come quel soggetto che, investito dal potere di controllo dei beni costituiti in trust, utilizza tali poteri per un beneficiario o per un fine specifico.

Il fiduciario ha una funzione essenziale; egli rimane in una posizione di estraneità nella fase genetica del trust. Il trustee, infatti, non è né parte in senso formale né parte in senso sostanziale. La sua nomina ha natura dichiarativa e in quanto frutto – appunto – di un negozio dichiarativo unilaterale, deve trattarsi di una volontà espressa e soprattutto dichiarata.

L'art 8 Conv. Aja, disciplina, inoltre, la capacità ed i poteri del trustee. Relativamente alla capacità, dovrà farsi esclusivo riferimento alla legge scelta dal settlor, infatti ai sensi dell'art. 8 "la capacità giuridica di esercitare le mansioni di trustee" è regolata dalla legge scelta ai sensi degli artt. 6 e 7.

Possono essere considerati a tal fine quali requisiti l'età, l'onorabilità, il mancato assoggettamento a procedure concorsuali, l'assenza di condanne penali per reati contro il patrimonio.

Nell'espletamento dei suoi compiti il trustee è tenuto a mantenere un alto grado di diligenza che deve essere valutata con maggior rigore per il caso in cui il trustee eserciti le sue funzioni a fronte di corrispettivo.

Oltre ad obblighi di diligenza, in capo al trustee vi sono altri obblighi che garantiscono il corretto perseguimento dello scopo. Tra questi, in prima linea troviamo l'obbligo di imparzialità ed il conseguente divieto di agire in conflitto di interessi con i beneficiari o con lo scopo del trust.

L'obbligo di imparzialità, inoltre, importa che il trustee dovrà, nelle sue scelte gestorie, mantenersi equidistante dagli interessi dei singoli beneficiari; è questo un atteggiamento che il fiduciario è obbligato a mantenere anche per il caso in cui sorgano contestazioni e liti tra i beneficiari ovvero qualora il trust venga - a qualunque titolo - impugnato. Corollari di detto obbligo di equidistanza sono, quindi, il divieto di porsi in conflitto di interessi con i beneficiari o con lo scopo del trust ed il divieto di trarre vantaggi personali dal trust fund.

In particolare, per ciò che riguarda il primo di questi due divieti, vige nell'ordinamento inglese una regola analoga a quella che, nel nostro

ordinamento, è dedicata al contratto cum se ipso. La self dealing rule prevede, infatti, che il trustee non possa acquistare i beni del trust fund né, tantomeno, acquistare – in seguito a trasferimento – l'equitable interest dei beneficiari. Ove ciò accada, la regola in questione sancisce la annullabilità del contratto così stipulato a prescindere da qualsiasi valutazione sull'effettiva esistenza di un danno.

Peraltro, vale la pena di sottolineare come il trustee non possa nemmeno stipulare negozi relativi al patrimonio del trust con i terzi cui egli sia legato da rapporti personali od economici. Un tale negozio è certamente annullabile con l'unico limite della tutela del terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso.

L'incarico affidato dal disponente al fiduciario deve da quest'ultimo essere svolto attenendosi scrupolosamente a quanto inserito dal disponente nel deed of trust dal momento che, se è vero che la nomina ed atto istitutivo risultano essere due atti separati, non è men che vero che tale separazione è parziale giacché tra di essi sussiste un collegamento funzionale che mette in evidenza la natura dell'istituto. Il trustee, pertanto, a quindi l'obbligo di astenersi dal compiere qualsiasi atto che sia proibito dallo stesso statuto così come potrà legittimamente discostarsene ove ciò gli sia consentito o dallo stesso deed, o dall'unanimità degli stessi beneficiari od, ancora, da un provvedimento dell'Autorità Giudiziaria.

Il trustee è, poi, tenuto a fornire informazioni sull'andamento della gestione ai beneficiari che ne facciano richiesta i quali hanno diritto di chiedere copie delle documentazioni.

Tra i diritti, invece, di cui potrà giovare il fiduciario vi è sicuramente quello del rimborso delle spese sostenute nell'esercizio di questa sua qualità; tuttavia, deve trattarsi di spese originate da necessità della amministrazione o, come anche suole dirsi, originate properly; non originate dal suo comportamento doloso o colposo.

Poiché il trust in quanto tale è sprovvisto di soggettività giuridica, il trustee, normalmente, risponderà non solo con il trust fund ma anche con il patrimonio suo proprio; tale conseguenza potrà essere evitata prevedendo nel contratto tra il terzo ed il trustee la limitazione della responsabilità del trustee "intra vires". E' bene precisare che l'ordinamento inglese, in materia, non prevede né il beneficium ordinis né – a fortiori – il beneficium excussionis.

In ultimo, va ricordato che, quando cessa di coprire questo incarico, il fiduciario ha diritto a vedersi rilasciato dall'Autorità Giudiziaria un documento nel quale consti la fine di questo suo incarico; appunto il discharge (discharge) da ogni responsabilità per atti di gestione resi noti.

8.3 Il Protector.

In merito alla figura del protector non è necessario soffermarci a lungo. Si dirà esclusivamente che, al fine di controllare l'operato del fiduciario, il disponente può nominare uno o più protector (o enforcer), cioè guardiani di propria fiducia con diritto di veto in ordine a determinate decisioni sull'amministrazione del fund normalmente rimesse al trustee. A questo soggetto possono essere riconosciuti poteri come la rimozione del trustee dal suo incarico e quindi la nomina successiva di un altro, sempre, però, nel rispetto delle disposizioni del disponente inserite nell'atto istitutivo, o infine l'obbligo di rendiconto o quello di derimere controversie interne al trust.

8.4 I Beneficiari.

Generalmente nominati nell'atto istitutivo, i beneficiari sono i soggetti nel cui interesse il trust viene istituito, gestito ed infine devoluto.

Essi possono essere definiti come titolari di un diritto o – comunque- di aspettative nei confronti del trustee pur non avendo alcun diritto di proprietà sui beni oggetto del trust fund che, in effetti, rimangono in fiduciaria proprietà del trustee.

Si ricordi che nell'ordinamento inglese si parla sempre di una trust property in cui il vincolo alla soddisfazione del beneficiario risulta opponibile erga omnes in quanto modo di essere di un diritto perfettamente riconosciuto dall'ordinamento di appartenenza.

I beneficiari possono agire, peraltro, nei confronti del fiduciario a tutela dei beni in trust, qualora questi confonda il suo patrimonio con il trust fund o anche – con rimedio prettamente reipersecutorio – nei confronti dei terzi che hanno acquistato il cespite dal trustee mediante negozio concluso in dispregio delle disposizioni del deed. E' bene però notare che con la pronuncia giudiziaria, non ci si potrà pronunciare per la

proprietà del trust fund in capo ai beneficiari ma – al più – si potrà solo obbligare il trustee al rispetto dei propri doveri(4).

Si è visto che i beneficiari sono titolari di un equitable interest.

Tale interest è – salvo diversa statuizione del deed – trasferibile. Un tale negozio di trasferimento può essere accomunato alla cessione di credito che nel nostro ordinamento è disciplinata dagli artt. 1260 e ss. c.c.

Per quanto concerne la tutela del beneficiario nei confronti del trustee, occorre osservare in primo luogo che egli ha a sua disposizione strumenti di tutela preventiva: se infatti, il trustee ometta di compiere un atto dovuto, ovvero intenda compiere un atto in violazione dei doveri statuari, il beneficiario potrà ottenere un rimedio equitativo consistente in una injunction recante l'ordine di compiere o non compiere quell'atto. Ove, invece, si sia realizzata una breach of trust (condotte all'interno delle quali si realizza una indebita alienazione del bene oggetto del trust fund) la tutela giudiziaria si realizza mediante la c.d. azione di tracing. E' questa un'azione di natura personale nella quale si estrinseca con piena evidenza l'attitudine all'opponibilità erga omnes del diritto vantato da tale soggetto. Più precisamente " tracing " non indica l'azione esperita dal beneficiario, bensì il procedimento di identificazione dell'oggetto del trust fund che è strumentale alla successiva valutazione della fondatezza di tale azione e, quindi, all'emissione del provvedimento più idoneo alla tutela del beneficiario stesso.

9) Gli Elementi Oggettivi.

L'oggetto del trust può essere rappresentato non solo da " legal estates" ma anche da qualunque altro tipo di diritto. Fra tali diritti equitativi, tra l'altro, anche quello vantato, nella sua qualità di beneficiario, di un trust precedente, da colui che costituisce un ulteriore trust conferendovi detta posizione equitativa. Dunque, a ben vedere, non vi sono limiti per la determinazione dell'oggetto del trust, purchè sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

10) La Frammentazione del Diritto di Proprietà nei Sistemi di Common Law.

L'esistenza, nei sistemi di Common law, di una giurisdizione c.d. di " equità" , sconosciuta nel nostro ordinamento e caratteristica dell'amministrazione della giustizia nell'Inghilterra medievale, ci porta necessariamente a rilevare la differente concezione della proprietà propria del sistema anglosassone e difforme da quella romanistica. Nel 1300 si venne a sviluppare nel mondo anglosassone, contrapposta al tradizionale sistema giurisdizionale della common law, una serie di rimedi processuali consistenti nell'amministrazione del diritto attraverso la giurisdizione personale di un funzionario reale, il Cancelliere del Re. Tale rimedio, ben noto sotto la denominazione di " equity" consisteva nell'intervento del Cancelliere, detentore della coscienza del Re, per supplire alle lacune del Common law: quando non era possibile dirimere adeguatamente una questione, il Chancellor, inoltrava una petizione al Re e, se il comportamento del convenuto era contrario alla coscienza reale, il Cancelliere poteva intervenire in nome del sovrano per evitare tale comportamento scorretto.

Prima dell'affermarsi della giurisdizione di equità, anche nel sistema anglosassone il trust rappresentava, come nel diritto continentale e più specificamente, nel diritto romano, un istituto di protezione del patrimonio del costituente; e proprio come accadeva – ed accade tuttora - negli ordinamenti di civil law, poiché l'accordo inizialmente preso si basava solo sulla parola, c'era il rischio che non fosse rispettato l'obbligazione di restituzione del bene trasferito.

Contro l'affidatario inadempiente, infatti, era prevista unicamente l'azione risarcitoria da parte dell'affidante, il quale quindi non poteva agire per il recupero del bene contro i terzi aventi causa.

Per superare questo rischio le parti ricorsero al giudizio di equità della Cancelleria Regia.

I tribunali di common law, non ritenendo che la difesa degli interessi dei beneficiari fosse di loro competenza, indirizzavano infatti al Chancellor coloro che si lamentavano del comportamento scorretto dei trustee che avevano tradito la fiducia loro accordata: il Cancelliere a sua volta, esercitava una giurisdizione parallela ma non interferente con la giurisdizione dei tribunali di Common law.

Questo funzionario reale era in grado di estendere la propria

giurisdizione in capo ai successori del convenuto che sapevano o avrebbero dovuto essere a conoscenza del comportamento tenuto dal convenuto e anche nei confronti dei terzi aventi causa che fossero a conoscenza di detto comportamento.

Successivamente, un giudizio che era nato come giurisdizione ad personam, fini per diventare una giurisdizione basata sull'oggetto della controversia, dando luogo a quella caratterizzazione dell'istituto che è propria dello stesso anche ai nostri giorni: la Cancelleria Regia si esprime con decreti aventi forza esecutiva e, quello che nacque come un obbligo di natura etica, divenne un obbligo giuridico tipizzato nell'istituto del trust.

La tutela garantita agli interessi sottesi al trust dal giudizio di equità fu possibile anche in funzione della particolare struttura riconosciuta al diritto di proprietà negli ordinamenti di stampo anglosassone, nei quali esso si presenta con caratteristiche notevolmente differenti da quelle che noi conosciamo.

Secondo il diritto inglese sia il trustee che il beneficiary sono proprietari dei beni costituiti in trust, ma in modi differenti e, soprattutto, nessuno dei due riconducibile al diritto di proprietà noto ai sistemi giuridici a base romanistica: il trustee è titolare quindi del già citato legal estate, ha, cioè, la proprietà formale secondo il diritto comune, ed è tenuto all'amministrazione e alla custodia del bene, a vantaggio del beneficiario, il quale è titolare dell'equitable estate, cioè della proprietà sostanziale, secondo le regole dell'equity.

Ciò che si realizza è uno sdoppiamento del diritto di proprietà in capo a due soggetti, inammissibile nel nostro ordinamento. Principio cardine degli ordinamenti di civil law, infatti, è quello secondo cui su ciascun bene materiale non può gravare più di un diritto di proprietà: in virtù di ciò, anche quando la proprietà appartiene a più soggetti, ciascuno di essi è contitolare dell'unico diritto di proprietà concepibile rispetto alla res, in quota ideale.

Il giurista di civil law, studiando il diritto inglese, può facilmente notare come il trust presupponga un duplice concetto di proprietà: il diritto di proprietà è dunque diviso in due parti, legal estate ed equitable interest. Nel sistema di civil law viceversa, il concetto di proprietà ha carattere esclusivo non potendo esistere due diritti che insistono sulla stessa res; potrà tuttavia, solo ammettersi la possibilità che altri soggetti siano titolari di diritti reali (parziari) sulla stessa cosa, che comprimono il diritto di proprietà.

Viceversa, nel diritto inglese, è ben possibile suddividere il diritto di proprietà, nel senso che ciascuno può essere proprietario di un autonomo diritto sullo stesso bene, in quanto, nota distintiva del diritto anglosassone, è quella di distinguere i diritti reali sugli immobili non in virtù al contenuto, bensì riguardo alla durata dell'interesse sul bene.

Ciò fa sì che il titolare di un diritto reale su cosa altrui, avrà la piena disponibilità sul bene anche al fine di incrementarne la rendita che ne deriva; il che potrebbe apparire, negli ordinamenti di civil law, assolutamente inconcepibile.

11) L'ingresso del trust nel diritto internazionale privato e nell'ordinamento italiano.

Con la convenzione dell'Aia del 1 luglio 1985 gli Stati firmatari aprono ufficialmente le porte dei rispettivi ordinamenti all'istituto del trust. L'Italia, in particolare, lo farà con la legge di esecuzione n. 364/1989.

Le problematiche relative all'applicazione dell'istituto derivano dalla constatazione che il nostro paese non ha mai approvato una normativa nazionale che ne disciplini il regime giuridico, il quale vive, perciò, nei limiti del riconoscimento conseguente alle norme della convenzione internazionale e in base al rinvio da questa disposta alle normative straniere.

La scelta del legislatore italiano si presenta diversa da quella verso cui si è mosso il legislatore francese, il quale ha recepito il trust nel diritto interno di modo che gli operatori nazionali potessero essere competitivi con quelli anglosassoni.

Prima di esaminare le disposizioni, occorre rilevare, però che nonostante le apparenze, la Convenzione non considererà il trust tipicamente inglese ma si limiterà a quel particolare tipo di trust che viene denominato da Lupoi(5) "amorfo". Con tale definizione l'Autore cerca di mettere in evidenza che, nel disciplinare la materia, i compilatori della Convenzione non hanno inteso riferirsi all'istituto fiduciario come conosciuto in questo o in quell'ordinamento quanto,

piuttosto, ricercarne gli elementi sui quali fondare una disciplina comune. La Convenzione dell'Aia non definisce, quindi, cosa sia il trust bensì ne descrive una particolare tipologia partendo da quella considerata nel diritto inglese e, implicitamente, esclude tutti gli altri svariati epifenomeni aventi lo stesso "nomen iuris" – pure presenti nelle prassi e nelle legislazioni di altri Stati- privi di quel minimum di caratteristiche indicate negli artt. 2 e 3 della Convenzione stessa.

Questa lettura sembra confermata dall'art. 2 Conv. ove si legge che " per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra vivi o mortis causa – qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse del beneficiario o per un fine determinato.

Basterebbe quindi, la sola definizione del " fine determinato " per far comprendere come nella Convenzione si prendano le mosse, ad esempio, dal trust tipicamente inglese che non ammette il trust di scopo se non nei limiti dello scopo caritatevole.

La norma prosegue individuando gli altri elementi caratterizzanti: i beni in trust costituiscono una " massa distinta" e non sono parte del patrimonio del trustee al quale incombe l'obbligo di amministrarli gestirli e di disporne in conformità alle disposizioni del trust.

Il negozio istitutivo deve, tra l'altro, essere provato per iscritto (art. 3 della Conv.) riferendosi al negozio che, ai fini dell'applicabilità della Convenzione, deve essere sempre volontario.

Al negozio di trasferimento si riferisce, invece, l'art. 12(6) che nel disciplinare la facoltà di registrazione con l'effetto di pubblicità-notizia, considera beni in trust e posizione del trustee.

Passando ad esaminare il riconoscimento, la Convenzione, all'art. 11, non ne prevede alcuna definizione ma si limita ad indicarne gli effetti.

Un trust che sia istituito conformemente alla legge applicabile, sarà, infatti, riconosciuto trust a tutti gli effetti.

Primaria conseguenza è che i beni in trust rimangono distinti dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità d'agire ed essere convenuto in giudizio, di comparire davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica.

Se tali effetti si producono, per così dire, ex Convenzione, e nel nostro ordinamento operano grazie alla legge di esecuzione, vi sono però altre conseguenze che si palesano solo se ed in quanto previste da norme della legge regolatrice del trust; tali sono gli effetti indicati dal terzo comma dell'art. 11 Conv(7).

Si può a questo punto azzardare una riflessione: il trust obbligatoriamente riconosciuto in forza della Convenzione, comporta quanto meno che i beni in trust non siano aggredibili dai creditori del trustee.

Ci si chiede allora: com'è possibile che ordinamenti pervasi dalla pubblicità consentino quest'effetto senza, al tempo stesso, imporre forme di pubblicità per essi consuete soprattutto per i beni immobili e (perché no) mobili registrati? La conseguenza sarebbe – e non potrebbe essere altrimenti – la segretezza (o meglio la non conoscibilità) del trust, ma da tale segretezza deriverebbe non il venir meno della segregazione, dal momento che questa è imposta dalle norme sul riconoscimento, ma la sua inopponibilità nei terzi o talune categorie di terzi.

Sembra necessario, allora, che gli ordinamenti civilisti facciano il possibile fino ad imporre una pubblicità obbligatoria dei trusts affinché siano tutti resi noti.

12) Il problema del trust interno

Le disposizioni contenute negli artt. 13, 15, 16 e 18 introducono delle limitazioni alla limitazione concessa al costituente nella scelta della legge applicabile.

L'articolo 15 stabilisce che l'applicazione della Convenzione non può portare alla disapplicazione delle norme imperative vigenti nell'ordinamento cui rinviano le norme di conflitto.

Questo limite non comporta, in ogni caso, un ostacolo all'applicazione della Convenzione, paralizzando cioè il riconoscimento, quanto si prefiggerebbe la finalità di consentire all'interprete di limitare l'efficacia solo di quelle disposizioni dell'atto istitutivo che siano incompatibili con le norme imperative.

Ulteriore limite deriva dall'art. 16; la disposizione in questione si riferisce alle norme di applicazione necessaria (ossia di un diritto) del foro, le quali devono essere applicate anche per quelle fattispecie che

presentini elementi di estraneità quindi indipendentemente alle norme di conflitto.

L'art. 18, invece, introduce il limite dell'ordine pubblico chiarendo che detto limite si porrebbe come assoluto impedendo l'applicazione della Convenzione, a differenza di quanto sancito dall'art. 15 che ne impedirebbe solo la produzione di determinati effetti.

Infine, l'ultima limitazione deriva dall'applicazione dell'art. 13, limite che, invece, funziona proprio in senso assoluto ossia come ostacolo al riconoscimento del trust, e all'applicazione della Convenzione.

La norma in questione è il risultato di un iter particolarmente travagliato.

All'origine essa si pose come il risultato di una proposta delle delegazioni dei paesi di civil law e mirava proprio al riconoscimento del trust che riguardasse beni posti in uno Stato all'interno del quale non trovasse riconoscimento tale istituto, ovvero di un trust caratterizzato dalla cittadinanza del disponente e dei beneficiari in detto Stato: il fine, com'è evidente, mirava ad impedire il riconoscimento di un trust diretto a realizzare scopi fraudolenti.

Il divieto di riconoscere una simile ipotesi di trust fu mutato solo in seguito grazie alle esigenze espresse dalle delegazioni dei paesi di Common law e dalla proposta avanzata dal Presidente della Conferenza.

La norma, nella sua formulazione definitiva, consente al giudice di non riconoscere al giudice un trust quando alcuni dei suoi elementi caratterizzanti siano più strettamente legati ad ordinamenti che non conoscono il trust o la categoria del trust in questione.

Quali siano questi elementi non è specificato ma l'intervento della Convenzione indica quali siano quelli che non debbano essere presi in considerazione, quali la legge scelta dal disponente, il luogo di amministrazione del trust ed il luogo di residenza del trustee.

L'art. 13 ha costituito il banco di prova circa l'ammissibilità di un trust interno, intendendosi con tale espressione, quel trust che sia caratterizzato da elementi tutti riconducibili ad un ordinamento non trust, salvo che per la legge applicabile la quale sarebbe scelta dal disponente facendo riferimento ad un ordinamento che preveda il trust e lo disciplini espressamente.

Si registrano, in merito a tale problematica, due distinte posizioni.

L'opinione favorevole sarebbe quella più conforme al dettato della Convenzione, in quanto come è stato osservato, tutte le possibili obiezioni sull'ammissibilità di un trust interno, trovano certamente accoglimento durante la fase dei lavori preparatori, ma non nella stesura definitiva del testo definitivo.

Il riconoscimento di un trust interno, dunque, dipende dalla considerazione dell'operatività del limite di cui all'art. 13 è rimessa ad una scelta discrezionale del giudice: se i redattori della Convenzione avessero voluto evitare il riconoscimento di trusts privi di elementi di estraneità l'avrebbero di certo fatto espressamente.

In tale ottica, l'abusivo impiego del trust dovrà essere oggetto di specifica motivazione, perché si giustifichi il diniego del riconoscimento da parte del giudice nazionale.

Un'altra parte della dottrina, argomentando sulla natura internazionalprivatistica della Convenzione, ritiene che la norma in esame serva soltanto ad indicare quel contenuto minimo di internazionalità che un trust deve avere al fine del riconoscimento e non costituisca affatto un'ipotesi di trust interno.

Tuttavia, l'accoglimento di questa teoria e quindi, correlativamente, l'idea che non possano trovare riscontro l'esistenza di trust interni, condurrebbe a risultati di dubbia costituzionalità: più specificamente si violerebbe il dettato espresso dall'art. 3 della Costituzione il quale nel sancire il principio di uguaglianza, in quanto sarebbe obbligatorio riconoscere in Italia trust costituiti da stranieri aventi ad oggetto beni situati in Italia e regolati da una legge estera e, al contrario, sarebbe negato il riconoscimento di un trust identico ma costituito da un cittadino italiano.

13) ART. 2645- TER C.C. : norma utilizzata in modo improprio?

La disposizione della norma in questione recita: " Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322,

secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo ". La norma in questione, in buona sostanza, prevede espressamente la possibilità di trascrivere gli atti in forma pubblica con cui un soggetto-conferente costituisce, su beni immobili o mobili registrati in pubblici registri, un vincolo di destinazione finalizzato, per un periodo di tempo ben determinato (non superiore a novanta anni) o per la durata della persona fisica beneficiaria, a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma c.c. riferibili ai soggetti individuati, peraltro, con ampia formulazione, dalla stessa disposizione (cc. dd. " beneficiari"). Appare evidente come con l'entrata in vigore dell'art. 2645-ter venga introdotta in Italia una figura generale di " negozio di destinazione ", che presenta delle evidenti similitudini con l'istituto del trust; è quindi naturale chiedersi che rapporto intercorra tra quest'ultimo ed il negozio di destinazione.

Sul punto non può non ricordarsi la decisione del giudice tavolo del tribunale di Trieste che nell'esaminare la vicenda avente ad oggetto la trascrizione dell'atto di trasferimento dei beni al trustee di un trust interno, prende posizione sulla portata dell'art. 2645-ter chiarendo come tale disposizione non introduca affatto nel nostro ordinamento una nuova tipologia di negozio di destinazione, quanto piuttosto un particolare tipo di effetto negoziale, quello (appunto) di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi.

Invero, tale sentenza se da un lato ha avuto l'indubbio merito di avere evidenziato come non vi siano limiti alla " fantasia ermeneutica ", dall'altro non è sicuramente foriera di una interpretazione accettabile posto che si risolve in una sorta di interpretatio abrogans la quale, si evince nel fatto che la norma in questione giammai parla di effetti nuovi ma, piuttosto, tiene a riferimento negozi per la costituzione di un vincolo di destinazione.

Concludendo sul punto, si ricordi che la giustificazione del ricorso all'art. 2645-ter sia ricondotta in modo pressochè unanime alla esigenza di perseguire finalità ritenute meritevoli di tutela non altrimenti perseguibili, avvalendosi degli strumenti forniti dal nostro ordinamento giuridico: oggi, tali strumenti, si possono ritenere forniti per l'appunto dallo stesso negozio di destinazione, così che quante volte le finalità siano perseguibili in questo quadro, si potrà optare per lo strumento civilistico " nostrano".

Come ricorda Gambaro(8), è innegabile che il legislatore italiano, con l'adesione alla Convenzione, non abbia inteso dotare il nostro ordinamento di un istituto che in sé per sé non era (e non è) necessario: piuttosto ha voluto rilanciare l'Italia sul " mercato degli investimenti internazionali" dotandola di uno strumento che sul piano delle trattative la rende (rectius: rende i suoi operatori), maggiormente competitiva e, comunque, munita di uno strumento giuridico che gli investitori stranieri sempre più preferiscono.

14) Una nuova via: la teoria di Castronovo.

Come si spera di aver chiarito, il filo conduttore dell'indagine sin ora esaminata si inquadra sulla pretesa " scissione " dei poteri dominicali e l'opponibilità ai terzi del trust e dei suoi effetti di separazione patrimoniale e di vincolo di destinazione.

In questo quadro assume, però, notevole pregio la ricostruzione presentata da Castronovo la quale, pur avendo attratto le critiche di gran parte della dottrina, merita di essere, seppur brevemente, esaminata in quanto in grado di evidenziare aspetti che altre teorie hanno, invece, ritenuto " pacifici ".

Occorre però preliminarmente ricordare che, invero, la trascrizione, nota come strumento di rispoluzione dei conflitti circolatori, può essere utilizzata, com'è ben noto, anche con la funzione di c.d. pubblicità notizia laddove, mediante questo effetto, si giunga ad una presunzione di conoscibilità di quanto oggetto, appunto, di trascrizione.

Secondo l'illustre giurista, è ben possibile aprire le porte al c.d. trust interno, pacificamente ammesso dalle l. 364/1989 né taluno potrebbe dubitarne di ciò.

Pertanto, anche laddove fosse presente un preciso divieto di stipulazione, questo potrebbe ritenersi superato da questa *lex specialis*. La separazione sarebbe solo “strumentale” al perseguimento dell'intento proprio soggiacente al trust, se vogliamo, la sua “causa”, la sua ragion d'essere.

Il trust infatti non sarebbe nullo ma semplicemente non vi sarebbe separazione patrimoniale, effetto quest'ultimo tipico ma non essenziale, in quanto l'elemento per l'appunto “essenziale” consisterebbe, invece, nel commettere beni propri ad altri perché li amministri a beneficio di altri soggetti terzi.

I beni immobili oggetto di trust devono essere trasferiti al trustee mediante atti traslativi (non rileva in tale sede la natura contrattuale, né *inter vivos* o *mortis causa*), soggetti a trascrizione nella quale si può, secondo Castronovo, indicare la qualità di trustee di chi riceve il quale, acquisterebbe – si badi- una piena proprietà, senza che dalla indicazione della stessa possano derivare di per sé effetti limitativi della titolarità reale.

L'individuazione del bene conseguente alla trascrizione, legittimerebbe, però – ed è qui che risiede il fulcro della teoria qui esaminata – una *exceptio doli* ad opera del beneficiario nei confronti degli aventi causa del trustee i quali, in esito alla trascrizione, avrebbero avuto consapevolezza dell'appartenenza meramente formale dei beni al proprio dante causa.

Non sono mancate doglianze alla teoria messa in luce da Castronovo. In particolare è stata criticata la possibilità di dare vita ad una ipotesi di pubblicità-notizia non prevista dalle norme del codice civile ed ammessa solo nei casi previsti dalla legge.

In seconda battuta si è argomentato che, attribuire la natura di *exceptio doli* al rimedio riconosciuto al beneficiario verso il terzo in malafede, finisce per operare un'indebita parificazione tra conoscibilità ed effettiva conoscenza non ritenuta, invece, ammissibile.

In conclusione si afferma quindi che, il richiamo all'*exceptio doli*, com'è stato detto(9), risulta del tutto improprio perché non in grado di esprimere la assenza di un previo rapporto tra i due soggetti. Sarebbe stato, senz'altro preferibile richiamarsi alla *actio doli*, per responsabilità di tipo *extracontrattuale*.

BIBLIOGRAFIA

AA.V.V., Istituzioni di diritto privato, a cura di Mario Bessone, Torino 2006.

Arrigo T., Le obbligazioni fiduciarie dei trustee nei trust interni, in *Trust e attività fiduciarie*, Quaderni n. 6 *Trust: Opinioni a confronto* a cura di E. Barla de Guglielmi, Ipsoa, 2006.

Ascarelli, Il negozio indiretto e le società commerciali, in *Saggi Giuridici*, Milano, 1949.

Aschieri G. e Righini A., Le prospettive per i trusts interni, *Summa* 201, maggio 2004.

Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIV legislatura – disegni di legge e relazioni . documenti d.d.l. 5736- A – P arere della II Commissione Permanente.

Bartoli S., *Il trust*, Giuffrè, Milano, 2001.

Bartoli S., Prime riflessioni sulla modificabilità di un trust, in *Trust e attività fiduciarie* – Quaderni n. 6 a cura di B. De Guglielmi, Ipsoa, 2006.

Bianca M.C., *Diritto Civile* 3, Milano, 2000, pag. 453.

Bianca M.C. *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.

Bianchi M., Bianco M., Enriques L., *Ownership, pyramidal groups and separation between ownership and control in Italy*, European Corporate Governance Network, September, 1997.

Borzi N., *Scoppia la febbre del trust*, in *Il Sole* 24 ore del 23/07/2005.

Busnelli, *La lesione del credito da parte del terzo*, Milano, 1964.

Busani A., I notai ammettono il trust interno, in *Il Sole* 24Ore del 23/02/2006.

Calvo, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Rass. Trust e Diritto Privato* Co.. 1998, pag. 33 e ss.

Canessa, *I trust interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano* (con prefazione di M. Lupoi), Milano, 2002.

Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.

Castronovo C., *Il trust e “ sostiene Lupoi”*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, pag. 446.

Cerio F., *La trascrizione del trust interno auto-dichiarato su beni*

immobili o complessi di beni immobili, in Trust e attività fiduciarie, 2005, pag. 185.

Cheshire C.G., Il concetto del trust secondo la Common law inglese, Torino, Giuffrè, 1993.

Corsello R., Il trust in Italia, uno strumento di ingegneria patrimoniale, in Hedge, novembre 2006.

D'Avanzo, Istituzioni di diritto civile, Roma, 1950.

Ferri G., Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1996.

Gambaro A., Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aia, in Rivista di Diritto Civile. 2002.

Gazzoni F., Tentativo dell'impossibile, (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione), in Rivista del Notariato, 2001, pag.13.

Gretton G.L., Constructive trusts and Insolvency, European Review of Private Law, 2000, pag. 463- 476.

La Porta U., Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale, Napoli, 1994.

Lupoi M., Introduzione al trust, Milano, 1994.

Lupoi M., Il trust nel diritto civile, Torino, 2004.

Lupoi M., Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c., quale frammento in trust, in Trust e attività fiduciarie, 2006.

Lupoi M., trusts, Giuffrè, Milano, 2001.

Monti L., Trust unilaterale e trascrizione, in Trust e attività fiduciarie, 2003, pag.480.

Montefameglio M., La scelta del trustee: una decisione fondamentale che va mediata, in Professione & Trust, n.5., 2005.

Nodari P., L'istituto del trust. La successione necessaria: applicazioni pratiche, casistica. 2006.

Pesiri, L'applicazione del trust in Italia a proposito di un recente convegno, in Rassegna di diritto civile, 1997, pag. 457.

Rovelli L., Libertà di scelta della legge regolatrice, in Trust e attività fiduciarie, 2001, pag.505.

Santoro L., Il trust in Italia, Giuffrè, Milano 2004.

Scalisi V., In ordine all'ammissibilità del trust interno, in Mandato di fiducia e trust, 2003.

Standley K., Il diritto inglese dei trusts, Corso di diritto privato comparato, Luiss, 1992.

Siti internet consultati:

www.altalex.com
<http://archiviosistorico.corriere.it>
www.associazioneaavvocati.it
www.filodiritto.com
www.finanzaediritto.it
www.ilsole24Ore.com
www.judicium.it
www.overlex.com

Note:

- (1) La controversia fu prospettata nei seguenti termini: la Guinness lancia un'offerta pubblica di acquisto di una società concorrente. Il c.d. a. ne affida la condotta ad un sotto-comitato. Completa l'offerta di acquisto con successo, uno dei tre componenti del sotto-comitato richiede a quest'ultimo la liquidazione dell'onorario di 5,2 mln. £ a favore di una società di consulenza da lui controllata. Il comitato, informato del legame, accoglie la richiesta e la Guinness versa la somma. Presa conoscenza di questo fatto, il c.d. a. conviene in giudizio l'amministratore; la Court of Appeal, premesso che le comunicazioni fornite dall'amministratore richiedendo al sotto-comitato non soddisfacevano le prescrizioni in materia di conflitto di interesse, giudica che l'amministratore sia da ritenere constructive trustee in favore della Guinness della somma da lui versata alla società da lui controllata.
- (2) M. Lupoi- Trusts – 2001 pag. 74.
- (3) M.Lupoi – Trusts – 2001 – pag.126
- (4) Si ricorderà come un'altra possibile soluzione sia la dichiarazione di

un constructive trust in cui il trustee sia il nuovo proprietario.

(5) M. Lupoi – Trusts – 2001

(6) Si riporta il testo dell'art. 12 della Conv. nella sua versione italiana: “ Il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiederne l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che rilevi l'esistenza del trust, a meno che sia vietato dalla legge dello stato nella quale la registrazione deve avere luogo ovvero sia incompatibile con essa “.

(7) Si riporta il contenuto del comma 3 dell'art 11 della Conv. : Nella misura in cui la legge lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implica in particolare:

Che i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust (si ricordi l'effetto come “ineludibile” previsto dal secondo comma dell'art. 11).

Che i beni in trust non rientrano nel regime matrimoniale o nella successione del trustee.

Che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento.

Che la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni derivanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro.

(8) A. Gambaro – Nota in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV CONV. dell'Aia in Riv. Civ. 2002 – pag. 257 ss.

(9) F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile, in Riv. Not., pag. 25