

Common Law in Italia

LE PROSPETTIVE PER I TRUSTS INTERNI

Si tratta di un istituto finora sconosciuto nell'ordinamento giuridico italiano. Il suo riconoscimento e la disciplina prevista dalla Convenzione dell'Aja

di **Giorgio Aschieri** e **Alberto Righini**

— Molti professionisti si accostano al *trust* anglosassone con un misto di curiosità e timore, attratti soprattutto dalla sua duttilità e preoccupati, per converso, dal fatto di operare con un istituto del tutto sconosciuto all'ordinamento giuridico italiano. Non è opportuno, in questa sede, definire il concetto di *trust* come elaborato dalle corti di *equity* dei paesi di *common law*. È invece necessario esaminare la definizione di *trust* fornitaci dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile al *trust* e sul suo riconoscimento (recepita con legge 16 ottobre 1989 n. 364), che ha consentito il pieno riconoscimento in Italia dei *trusts* costituiti da cittadini dei Paesi anglosassoni e con certi limiti, come vedremo, anche da cittadini italiani o di altri paesi di *civil law*.

L'articolo 2) della Convenzione fornisce la seguente definizione del *trust*:

"Per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora i beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Il *trust* presenta le seguenti caratteristiche:

- a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*;
- b) i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*;

- c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge.

Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*".

Ai sensi della Convenzione, pertanto, si costituisce un *trust* quando un soggetto (costituente o *settlor*) trasferisce dei beni ad un fiduciario (*trustee*) che ne disporrà nell'interesse di uno o più beneficiari (*beneficiaries*).

Il bene viene trasferito in piena proprietà al *trustee*, che è peraltro gravato da un'obbligazione, di carattere fiduciario, a favore dei beneficiari indicati dal *settlor* o da lui stesso designati. Fin qui nulla di nuovo, poiché il nostro ordinamento conosce molti istituti simili.

Ma perché, allora, il *trust* è per noi così interessante?

Per rendersene conto, basterà leggere l'articolo 11 della Convenzione, che disciplina gli effetti del riconoscimento del *trust*:

"Un *trust* costituito in conformità alla legge specificata al precedente Capitolo dovrà essere riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità del *trustee* davanti a un notaio o altra persona che

NOTE

¹ Significativamente definito, in dottrina, come "trust amorfo", ossia quello che contiene il conte-

nuto minimale di tutti i trusts conosciuti nella vita di tutti i giorni. La migliore dottrina, in materia, è

sempre costituita da Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, pagg. 491 e segg..

rappresenti un'autorità pubblica. Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:

- a) che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*;
- b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta;
- c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*;
- d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro".

Il *trust*, diversamente dagli strumenti forniti dal nostro ordinamento, garantisce ai beneficiari un'efficace tutela giuridica dei loro interessi, che con gli istituti del diritto italiano non vengono protetti in modo altrettanto forte. Se viene trasferito fiduciarmente un bene al mandatario e costui contravviene le istruzioni del fiduciante o subisce una procedura esecutiva, il fiduciante rischia seriamente di perdere irrimediabilmente il "suo" bene, potendo solo esercitare un'azione di risarcimento danni nei confronti del fiduciario (con esiti incerti).

Il diritto inglese, invece, conosce l'azione di *tracing*, che permette di "rintracciare" il bene nel patrimonio del terzo, che abbia acquisito i beni in *trust* in consapevole violazione del *trust*.

Ma l'aspetto più interessante dell'istituto è il c.d. effetto di "segregazione patrimoniale", che si realizza in capo ai beni in *trust*: gli stessi non si confondono con il patrimonio del *trustee* e non possono essere aggrediti dai suoi creditori particolari, nemmeno in caso di fallimento.

Ci risulta particolarmente gradito, inoltre, il fatto che la gestione dei beni in *trust* sia normalmente vincolata allo scopo prefissato dal disponente mediante il *trust instrument*. In questo modo, per esempio, è possibile vincolare un bene immobile ai bisogni di un figlio disabile, anche dopo il decesso del genitore, allorché costui trasferisca detto cespite ad un *trustee*: nell'atto istitutivo sarà indicato il disabile come beneficiario prevedendo che, dopo il suo decesso, il *trustee* trasferisca l'immobile al parente più prossimo del disponente.

Possiamo anche costituire un *trust* per la gestione di un patto parasociale², trasferendo al *trustee* le azioni o quo-

te dei paciscenti e stabilendo che costui esprima, nelle assemblee societarie, il voto secondo quanto prescritto nel patto, ovvero in base alle istruzioni di un garante, formulate sulla base delle decisioni dei disponenti (che saranno anche i beneficiari del *trust*). Il *trust* avrà termine allo spirare del patto di sindacato e le azioni o quote saranno, per l'effetto, ritrasferite agli originari disponenti, secondo le entità di partecipazione da ciascuno originariamente possedute.

Il vantaggio del *trust* in questione consiste nell'eliminazione del rischio che i parasoci votino, in assemblea, in modo difforme dagli accordi, lasciando ai soggetti lesi la sola azione di risarcimento danni.

Il trust anglosassone e l'ordinamento italiano - i trusts "interni"

Il *trust* rimane pur sempre un istituto sconosciuto all'ordinamento italiano.

La Convenzione, infatti, disciplina il riconoscimento dei *trusts* costituiti secondo le legislazioni di Paesi che conoscono l'istituto, ma non ha introdotto una normativa interna che regoli la fattispecie.

In altre parole il cittadino italiano, laddove voglia costituire un *trust*, dovrà disciplinarlo secondo la legislazione di uno Stato straniero che abbia una propria legge nazionale disciplinante l'istituto. Ed il giudice italiano, laddove sia investito di una controversia attinente ad un *trust*, dovrà applicare la legge sostanziale del Paese indicato dal costituente.

Ciò costituisce un (ineliminabile) ostacolo alla diffusione dello strumento nel nostro ordinamento, ostacolo che peraltro è ampiamente compensato dal fatto che mediante il *trust* riusciamo a conseguire risultati che, diversamente, non siamo in grado di ottenere o che perseguiremmo in modo meno efficace.

Abbiamo inoltre evidenziato come i cittadini italiani non possano profittare del *trust* con la stessa ampiezza con cui lo stesso viene utilizzato nei Paesi d'origine dell'istituto. La ragione è evidente: il *trust* entra nel nostro ordinamento come un corpo estraneo, pur se ben accettato e deve quindi armonizzarsi, anzitutto, con le norme di ordine pubblico del diritto italiano. Ed infatti l'art. 18 della Convenzione espressamente dispone che:

"Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate quando la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico".

E' quindi precipuo compito del professionista, allorché si accinga a proporre ad un proprio cliente la costituzio-

ne di un *trust*, di verificare previamente la sua compatibilità con le norme di ordine pubblico, nonché con quelle indicate nell'art. 15 della Convenzione.

Secondo tale norma, infatti, il riconoscimento di un *trust* straniero non potrà comunque prevalere sulle norme inderogabili italiane nelle seguenti materie:

- a) la protezione di minori e di incapaci;
- b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima;
- d) il trasferimento della proprietà e le garanzie reali;
- e) la protezione dei creditori in caso di insolvenza;
- f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede".

Questi sbarramenti valgono, in generale, sia per i *trusts* costituiti da cittadini di paesi anglosassoni e che debbano trovare applicazione in Italia³, sia per quelli realizzati da cittadini italiani.

Di questi ultimi, denominati in dottrina ed in giurisprudenza *trusts* interni, si occupa l'art. 13 della Convenzione, nel seguente modo:

"Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione".

La norma suddetta, anzitutto, chiarisce cosa si intenda per *trusts* interni, il cui ambito ricaveremo leggendo a *contrario* la disposizione suddetta.

Se escludiamo la legge applicabile al *trust*, la residenza del *trustee* e il luogo di amministrazione del *trust*, gli elementi importanti del *trust* sono identificabili, principalmente, nella nazionalità e la residenza del disponente, quelle del *trustee* e del beneficiario, nonché nello Stato in cui si trovano tutti o la maggior parte dei beni in *trust*. *Nulla quaestio*, pertanto, sul fatto che un *trust* costituito da un cittadino italiano a beneficio di altri soggetti italiani (o magari francesi) rientri nell'ambito del-

l'art. 13 della Convenzione. Ed è questo, del resto, il tipico *trust* che potrebbe interessare ad un professionista del nostro Paese⁴. Cosa significa, in un caso siffatto, l'espressione usata dalla Convenzione secondo cui "Nessuno Stato è tenuto a riconoscere" i *trusts* interni? Sul punto ha iniziato ben presto a fiorire il dibattito dottrinale e, in taluni, una preoccupazione serpeggiante: il timore che i Giudici interpretassero la norma in senso "difensivo", rifiutandosi *tout court* di riconoscere i *trusts* interni, ovvero applicandolo sulla base di valutazioni meramente discrezionali.

In realtà la giurisprudenza si è dimostrata quasi sempre attenta al fenomeno del *trust* anche interno e propensa al suo riconoscimento, con la sola (ovvia) eccezione di quelli realizzati per perseguire finalità illecite.

I giudici si sono lodevolmente impegnati, da un lato, per il rispetto dell'autonomia privata e, dall'altro, nell'applicazione *in subiecta materia* dei principi costituzionali. Con il sopracitato decreto in data 16 giugno 2003, infatti, il Tribunale di Bologna ha correttamente ritenuto che si ravviserebbero profili di incostituzionalità laddove la norma fosse interpretata nel senso che "mentre allo straniero sarebbe consentito il riconoscimento regolamentato da diritto straniero del *trust* costituito in Italia, al cittadino sarebbe precluso di avvalersi dell'istituto stesso nel suo Paese".

Sempre il Tribunale di Bologna, con sentenza 30 settembre 2003⁵, ha nuovamente preso posizione sul riconoscimento dei *trusts* interni nel nostro ordinamento. Per effetto di detta decisione, che allo stato può considerarsi come *leading case* nella materia per chiarezza espositiva e per profondità di indagine, risultano allo stato ben definiti l'ambito ed i limiti di utilizzo del *trust* da parte dei cittadini italiani.

In tale sentenza, ribadito che l'art. 13 della Convenzione deve essere interpretato in modo conforme ai principi costituzionali, viene svolto un approfondito esame circa la genesi della Convenzione e sulla *ratio legis* dei suoi redattori, nonché del rapporto tra tale norma e gli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione medesima⁶.

NOTE

2 Di un caso siffatto si è occupato il Tribunale di Bologna, Giudice del Registro delle Imprese, con decreto in data 16 giugno 2003, il cui testo è visionabile sulla rivista *Trusts ed attività fiduciarie*, 2003, pag. 580.

3 Ad esempio perché tra i beni in *trust* vi sia un immobile ubicato in Italia.

4 Tralasciamo in questa sede, per non appesantire la

trattazione, di occuparci di fattispecie in cui vi siano elementi che riconducono all'Italia ed altri (come per esempio la nazionalità del *trustee*) riferibili a paesi di Common Law. La tematica è comunque molto interessante sia dal punto di vista teorico sia nella pratica.

5 Attualmente visionabile nella parte pubblica del sito www.il-trust-in-italia.it.

6 Degli articoli 15 e 18 abbiamo già trattato *supra*, mentre l'art. 16 pone l'ulteriore limite della salvaguardia delle "disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi".

Secondo il giudicante, rispetto agli altri limiti posti dalla Convenzione, l'art. 13 costituisce una "norma di chiusura della Convenzione (paragonabile all'art. 1344 c.c.), che mira a cogliere le fattispecie che sfuggono alle norme di natura specifica: in altri termini, l'art. 13 costituisce l'estremo ed eccezionale rimedio apprestato per i casi in cui le modalità e gli scopi di un *trust*, i cui effetti sfuggono alle previsioni degli artt. 15, 16 e 18, siano comunque valutati dal giudice come ripugnanti ad un ordinamento che non conosca quella particolare figura di *trust*, ma nel quale tuttavia il negozio espliciti in concreto i suoi effetti".

Il lettore avveduto avrà già notato, nel ragionamento di cui sopra e nell'espresso richiamo all'art. 1344 c.c., un elemento assai significativo.

Il Tribunale di Bologna, in sostanza, ci ammonisce esplicitamente a non utilizzare il *trust* per aggirare le norme italiane inderogabili, perché il tentativo sarebbe agevolmente bloccato mediante il mancato riconoscimento del *trust* ai sensi dell'art. 13 della Convenzione.

Conclusioni – alcune possibili applicazioni

Possiamo quindi ritenere che il *trust* debba essere utilizzato per colmare le rigidità e le lacune del nostro ordinamento, laddove si intendano perseguire interessi ritenuti dallo stesso meritevoli di tutela. Quali sono, peraltro, gli interessi meritevoli e quali norme sono invece inderogabili?

Dobbiamo anzitutto valutare con molta prudenza la possibilità di costituire, sotto forma di *trusts* interni, i c.d. "*asset protection trusts*", ossia i *trusts* di protezione patrimoniale.

Nel mondo anglosassone lo strumento viene utilizzato per consentire la protezione di un patrimonio dalle azioni dei creditori. Si pensi al caso di un imprenditore individuale o di un professionista, che desiderino mettere al riparo tutto o parte del patrimonio da possibili pretese creditorie, individuali o concorsuali, derivanti dagli effetti della propria attività.

La Convenzione pone un duplice limite alla realizzazione di un *trust* siffatto.

Ed invero l'art. 15 lettera e) della Convenzione fa salve, anzitutto, l'azione revocatoria ordinaria e quella fallimentare, come strumenti idonei a far rientrare nel patrimonio del debitore i beni che ne sono usciti per effetto della costituzione del *trust* di protezione patrimoniale.

Il giudice italiano, inoltre, avrebbe la possibilità di non riconoscere un *trust* siffatto (ad esempio perché sono decorsi i termini massimi per l'esercizio dell'azione revocatoria), ritenendolo "ripugnante", in applicazione dell'art. 13 della Convenzione nel senso indicato dal Tribunale di Bologna.

Un *trust latu sensu* di protezione patrimoniale, che non dovrebbe invece trovare ostacoli di riconoscimento, è quello realizzato in alternativa alla costituzione di un fondo patrimoniale, laddove il disponente non voglia o non possa avvalersi di tale strumento (si pensi al caso delle unioni di fatto).

Ci risulta difficile immaginare, inoltre, che un giudice possa negare il riconoscimento ad un *trust* a favore di un soggetto disabile ed anzi, nella pratica, molti di questi *trusts* sono già stati realizzati.

Possiamo anche utilizzare lo strumento nella pratica commerciale, per molteplici usi.

Del *trust* per la gestione di un sindacato di voto abbiamo già detto; aggiungiamo a tal riguardo che il *trust* in questione è stato regolarmente iscritto nel locale Registro delle Imprese, con conseguente opponibilità *erga omnes*.

E' anche possibile trasferire ad un *trustee*, a scopo di garanzia, una somma di danaro che, al verificarsi o meno di una certa condizione, sarà trasferita al soggetto garantito ovvero al disponente.

Si pensi al *trust* in sostituzione di una garanzia bancaria a prima richiesta.

Altre volte sarà un bene immobile a fungere da garanzia: laddove il debitore non sia in grado di estinguere un proprio debito, il bene sarà venduto ed il ricavato soddisferà anzitutto le pretese creditorie, fino a concorrenza dei suoi diritti, mentre l'eventuale residuo sarà rimesso al debitore.

Il tutto, ovviamente (e qui il compito del professionista diventa delicato), assicurandosi che non vi sia violazione della *par condicio creditorum*, perché diversamente l'art. 18 della Convenzione consentirebbe di impugnare il *trust* così costituito.

Gli esempi sopra riportati non possono certamente essere considerati esaustivi: non è del resto possibile elencare tutte le ulteriori possibili applicazioni dei *trusts* interni.

Sarà il tempo a dirci quali figure saranno più usate nella pratica e quali meno o per nulla; l'importante è, come sopra detto, rendersi conto da un lato dei suoi limiti di utilizzo e, dall'altro, delle sue enormi potenzialità.