
Capitolo Primo

Il trust (e il fronte) interno: struttura, validità, effetti e la prova di resistenza del trust autodichiarato

di Remo Bassetti

SOMMARIO: 1. La vita avventurosa del trust in Italia. – 2. Struttura, effetti, funzioni. – 3. Validità, esistenza, efficacia, simulazione. – 4. Meritevolezza “rinforzata” e causa concreta. – 5. Come la semiotica, Pistorius (e le premesse degli atti istitutivi) possono chiarire la causa concreta nel trust. – 6. Trust e vincoli di destinazione tra simbiosi e alterità. – 7. Agli estremi confini: il trust autodichiarato.

1. La vita avventurosa del trust in Italia

A lungo il dibattito intorno al trust è stato assorbito dalla questione preliminare della sua efficacia nell’ordinamento italiano e dall’esigenza, altrettanto preliminare, di disegnarne poco più che i tratti essenziali o a impiegare fiumi d’inchiostro per ripercorrerne la genesi storica e gli esiti nel suo originale ambiente di coltura.

Questa situazione ha determinato una crisi di crescita dell’istituto, rispetto alla quale questo volume si propone come contributo evolutivo dando entro certi limiti per scontati entrambi gli aspetti, o perlomeno provando a sedarne l’urgenza¹.

Non è possibile tuttavia trascurare completamente le questioni di base dato che, sporadicamente, la crisi di metabolizzazione riemerge anche sul piano giurisprudenziale.

Quanto alla conoscenza, permane tuttora un *gap* tra un manipolo di entusiasti

¹ Per la loro migliore esposizione si rimanda al monumentale e indispensabile M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001, oltre che al breve e denso G. GAMBARO, voce *Trust*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, Torino, 1999. Inoltre A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Giuffrè, Milano, 2010; la prima parte del volume S. BARTOLI, *Il trust*, Giuffrè, Milano, 2001, oltre ai pilastri C. MITCHELL-D. HAYTON-P. MATTHEWS, *Underhill & Hayton, Law of Trust and Trustees*, Lexis Nexis, London, ultima ed., 2016; P.H. PETTIT, *Equity and the Law Trusts*, Twelfth Edition, Oxford, ult. ed., 2012.

che si cimentano nella sfida di adattare al nostro ordinamento un istituto di provenienza esterna al nostro ordinamento (ma non aliena, non in senso galattico almeno) che mostra capacità di rispondere a nuovi bisogni o anche a bisogni antichi in cerca di uno strumento flessibile e moderno; dall'altra un'ampia massa di giuristi che mostra un colpevole disinteresse o, peggio, si accosta superficialmente con esiti non sempre ottimali che sono alla base della sospettosità o del rigetto che circolano nel pubblico, nell'amministrazione o nella giurisprudenza.

Sull'efficacia del trust interno è nota la *querelle* circa il significato da attribuire alla legge di ratifica della Convenzione de L'Aja, sottoscritta dall'Italia il 1° luglio 1985 (ratificata dal nostro paese il 21 febbraio 1990 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992)², che riconosce il trust, pur senza che ad essa sia seguita alcuna disciplina.

Ancora oggi, infatti, il giurista che vuole costruire un trust deve, a pena di validità, richiamare una legge regolatrice straniera, scegliendola tra quelle che possiedono una normativa³. Cronache piuttosto recenti ipotizzano che, presto, anche il nostro paese avrà una legge e la notizia, qualora trovasse conferma nei futuri lavori parlamentari, potrebbe essere buona se non fosse alto il rischio di un imbrigliamento della varietà dell'istituto.

Certamente sarebbe utile che venissero dipanate specialmente le matasse relative al trattamento tributario in materia di imposte indirette, e trattate alcune questioni esiziali.

Ad oggi, però, l'assenza di una vera e propria cultura del trust lascia dubbiosi sul fatto che una legge sia in grado di affrontarne la profondità dei dettagli senza

² Gli stati firmatari che hanno aderito alla Convenzione sono il Regno Unito, l'Australia, il Canada, i Paesi Bassi, il Lussemburgo e la Svizzera. Non hanno proceduto alla ratifica, dopo avere sottoscritto la Convenzione, la Francia, Cipro e gli Stati Uniti. Ai sensi dell'art. 28 della Convenzione, dopo la sua entrata in vigore, è riconosciuta la possibilità di adesione anche a stati non firmatari, opportunità raccolta da Malta, Liechtenstein, San Marino e Principato di Monaco.

³ Secondo L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alle legge straniera nei trust interni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 622 ss.; ID., *Il trust interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, 280 ss.; ID., *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, ESI, Napoli, 2009, l'Italia ha aperto le porte del proprio ordinamento a fattispecie straniere che fossero perlomeno simili, analoghe ovvero, in alcuni casi, addirittura identiche a fattispecie già note nel nostro ordinamento. Con un'analisi di una certa raffinatezza, che esplora le norme imperative italiane e si sofferma sul significato dell'art. 13 della Convenzione, l'A. perviene però a una conclusione eccessiva (che il trust possa essere regolato richiamando la legge italiana, ciò che lascerebbe senza disciplina un'infinità di aspetti ordinari di un trust, qualora non venissero regolati nell'atto istitutivo) e a un assunto terroristico (il trust "deve" essere regolato dalla legge italiana, una clausola di rinvio alla legge straniera è nulla) che renderebbe viziosi tutti i trust fatti in Italia (il panico per le strade viene scongiurato dalla concessione che la nullità sarebbe parziale). Più recentemente, lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 3-2017/C, del quale è estensore D. Muritano, suggerisce che la legge n. 112/2016 "Dopo di noi" abbia aggiunto un decisivo tassello per un trust retto interamente dalla legge italiana, pur rimanendo lecito il richiamo di una legge straniera. Nello studio, tuttavia, si include, tra gli elementi costitutivi di questa forma di trust, la "prassi professionale" che sembra ancora piuttosto acerba se la si isola dalla contestualizzazione dentro una legge regolatrice straniera.

snaturarli. Generalmente una buona legge segue prassi consolidate nel tempo, e quanto a questo per il trust siamo ancora lontani.

In ogni caso, per il momento la mancanza di una legge non mette in dubbio la validità del trust ma impone al giurista di armonizzare il diritto internazionale privato, la legge regolatrice adottata per il singolo caso e i principi generali del nostro ordinamento.

Questa attività condurrebbe alla pacifica conclusione di quella che poche righe sopra abbiamo definito la *querelle*, ruotante sui limiti di riconoscibilità del trust a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja.

Per anni si è in effetti discusso se la Convenzione apra la strada alla costituzione di trust interni, vale a dire trust in cui gli elementi essenziali, al di fuori della legge regolatrice, siano italiani, o si limitasse a riconoscere l'efficace circolazione in Italia di trust esteri.

Potrebbe però sembrare un eccesso di ottimismo dare per risolta la questione nel secondo senso, considerando che qualche sentenza di merito di tanto in tanto si concede il gusto di un ritorno della contesa. Ancora nell'ultimo triennio grande sconcerto tra gli operatori hanno destato alcune pronunce di merito a sostegno della vecchia tesi negazionista⁴.

Pur nella tolleranza verso le opinioni divergenti che ogni area del sapere impone, è lecito domandarsi che senso abbia, nel 2017, negare che esista un trust interno una volta che l'istituto sia regolamentato esaustivamente dalla legislazione fiscale, utilizzato dagli enti pubblici e prescritto in certe circostanze dai ministeri, riconosciuto quanto meno come *obiter dictum*, senza alcun precedente contrario, in oltre decine di sentenze della Corte di Cassazione, volendo sorvolare sulle centinaia di sentenze di merito e di riconoscimenti da parte della pubblica amministrazione (o sul noto caso di un ex presidente del consiglio al quale la Banca d'Italia prescrisse di eliminare il conflitto d'interessi collocando i beni in un trust, come in effetti accadde)⁵.

Come la grammatica corretta, passato un certo stadio, diventa quella d'uso e non quella prescritta dai manuali, così non pare responsabile, da parte di chi mette in circolo documenti pubblici provare a imporre una visione del diritto vigente che non il lassismo dei costumi ma l'azione consapevole dell'insieme delle istituzioni mostra di considerare all'opposto.

Sotto il profilo della cultura giuridica, poi, una simile posizione diventa vero e proprio luddismo: una cieca dichiarazione di guerra verso tecniche più sofisticate per le quali lo sforzo comune deve essere di indirizzarle armonicamente verso fini non fraudolenti e una corretta tipizzazione.

⁴ Trib. Monza, 13 maggio 2015; Trib. Monza, 12 ottobre 2015; Trib. Udine, 28 febbraio 2015 (ricalcando un precedente, già sconfessato dalla Corte d'Appello di Trieste); Trib. Belluno, 12 febbraio 2014.

⁵ Un puntuto elenco in M. LUPOI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, 115.

È probabile che simile pervicacia sia giunta definitivamente al capolinea dopo la seconda adozione legislativa del trust, sopravvenuta con la legge 22 giugno 2016, n. 122, la cosiddetta “dopo di noi”, che considera espressamente il trust come negozio che gode di esenzioni fiscali e fa un passo in più, rispetto a una pura disciplina tributaria, entrando nel merito di alcuni aspetti sostanziali e formali, come la finalità che il trust deve perseguire o l’istituzione per atto pubblico, e anzi imponendone alcuni particolarmente rigidi.

Non c’è dubbio che un istituto giuridico, al pari quasi di un individuo, prenda forma attraverso la sua storia. Quando si cominciò a discutere della Convenzione de L’Aja, lo scopo dei paesi che premevano per un’estensione a nazioni sprovviste di una legislazione erano quelli (la Gran Bretagna, essenzialmente) interessati a che i loro trust vedessero riconosciuta la propria efficacia all’estero⁶. È ormai inutile ricordare come il trust affondi le sue origini nei paesi di *common law*, e in particolare in quelli anglosassoni, e che in quelli si sia forgiato: è inevitabile che la sua traslazione nei paesi di *civil law* crei una frizione che in qualche modo va temperata, impedendo che si trasformi in un pernicioso trapianto dentro un organismo incompatibile.

Peraltro, sul paradigma del trust inglese (del quale i trust nordamericani di tradizione più consolidata costituiscono una filiazione, benché da un certo punto abbiano preso a caratterizzarsi in modo differente, specie sotto il profilo del controllo) si è innestato il cosiddetto modello “internazionale”, sviluppato soprattutto nelle ex colonie inglesi e tendente ad annacquare il distacco dalle prerogative proprietarie dal disponente, nel tentativo di rendere quei paesi, con le loro leggi, concorrenziali sul mercato dei capitali.

Il modello di trust proposto dalla Convenzione de L’Aja introdurrebbe una nuova tipologia definita polemicamente trust “amorfo”, che riceve fisionomia, oltre che dal trust inglese, da una più ampia serie di situazioni riconducibili ai sistemi di *civil law*⁷.

Detto che il trust interno è ammissibile, rimane da qualificarlo più esattamente: la migliore dottrina lo definisce il trust i cui elementi caratterizzanti siano tutti riferibili allo stato italiano, tranne la legge scelta dal disponente. Un giudice di merito propone una definizione ribaltata: «è il trust in cui gli elementi più caratteristici si trovano in un luogo diverso da quello dello stato alla cui legislazione il disponente si è vincolato»⁸.

Il riferimento agli elementi essenziali rischia di rimanere generico: non tanto

⁶ Ma quando si arrivò alle votazioni del testo della Convenzione era ormai maturata, pur fra mille contrasti, la prospettiva che si potesse scegliere di regolare con la legge di un ordinamento che regolamenta il trust un rapporto che non presenta alcun collegamento con esso ma ha l’attitudine a governarlo. Un’analisi puntuale di questo *work in progress* in M. LUPOI, *Legittimità dei trust interni*, in AA.VV., *Il trust in Italia oggi*, a cura di I. Benvenuti, Giuffrè, Milano, 1996, 30.

⁷ M. LUPOI, in tutti i suoi scritti.

⁸ Trib. Brindisi, 28 marzo 2011.

per la loro individuazione (possiamo includervi i soggetti, la sede dell'amministrazione e l'oggetto⁹) ma in quanto frequenti potrebbero essere i casi in cui solo alcuni di questi elementi siano riconducibili all'Italia. Ad esempio uno tra il disponente, il beneficiario e il *trustee* potrebbe essere non residente in Italia e/o di cittadinanza straniera: alcuni solo dei beni potrebbero essere in Italia, e così via. Non sembra che si possa prescindere da un criterio di prevalenza, all'interno delle singole categorie: il trust non perde certo la sua qualifica di "interno" qualora nella dotazione sia compreso un immobile situato all'estero, insieme a un congruo numero di beni italiani. Quanto ai soggetti, non sono rilevanti né la cittadinanza del *trustee* né la sua residenza qualora sia il disponente che i beneficiari siano residenti in Italia.

2. Struttura, effetti, funzioni

Benché, come anticipato, non si voglia indugiare eccessivamente sugli aspetti basilari del trust, una ricognizione dei medesimi è pur sempre doverosa.

Il trust è un negozio unilaterale, pertanto, non vi sono altri soggetti che il disponente¹⁰. Ciononostante tre sono normalmente i soggetti necessari affinché un trust possa considerarsi valido sin dall'origine: oltre al disponente debbono esservi un *trustee* e un beneficiario. Normalmente però: vi sono casi in cui non si può propriamente dire che vi sia un beneficiario ma piuttosto uno scopo. Inoltre, benché il trust sia un negozio unilaterale, esso è impedito quale organizzazione fino a che un *trustee* non abbia accettato l'incarico. Ben potrebbe invece accadere che un trust cominci a funzionare senza che i beneficiari abbiano accettato l'attribuzione a loro favore (anzi ciò costituisce la regola) oppure che la loro designazione sia rimessa al *trustee*. E nemmeno è da escludere che i beneficiari a un certo punto vengano temporaneamente a mancare. Vi è dunque una differenza fra il *trustee*, che deve essere presente e operativo in qualsiasi momento perché il trust esista e permanga, e tra i beneficiari che sono talvolta un soggetto latente, senza che ciò mini l'attualità e il funzionamento del trust. Allo stesso modo, il disponente è un soggetto storico: egli rappresenta la genesi del trust ma non è detto che rimanga presente nel suo svolgimento. In ogni caso, per quel che concerne la scrittura dell'atto istitutivo, la prassi è che esso contempra tutte e tre le figure. Non sono contemplati dalla Convenzione de L'Aja, e non sono pertanto ammissibili, il *constructive trust*, i *resulting trust* e tutte le figure analoghe, nelle quali il trust pre-

⁹ In giurisprudenza viene definito interno "un trust che abbia localizzazione preponderante dei beni, della sede dell'amministrazione e delle residenze dei beneficiari in un ordinamento diverso da quello scelto dalle parti per disciplinarlo». Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 245.

¹⁰ Si tratta dell'opinione nettamente prevalente, specialmente tra i giuristi di *common law* e quelli comparatisti.

scinde anche dalla volontà di un disponente, e che invece costituiscono un tassello importante dell'impalcatura inglese e della storia del trust¹¹.

Quel che accade nell'istituzione di un trust, dunque, è che un disponente (*settlor* è il termine usato nel diritto anglosassone) trasferisca dei beni di qualsiasi tipo a un amministratore, detto *trustee*, vincolando tuttavia la loro amministrazione a uno scopo, di solito coincidente con l'attribuzione di utilità economiche a soggetti terzi, detti beneficiari. Il beneficio in questione può riguardare il reddito oppure il fondo, cioè i beni amministrati, e in tal caso essi saranno trasferiti dal *trustee* al beneficiario alla scadenza del trust, anch'essa fissata nell'atto istitutivo. Si tratta di attribuzioni cumulabili, ed è piuttosto frequente che un atto istitutivo preveda che per un certo periodo, ed eventualmente anche a date condizioni, il *trustee* sia tenuto a erogare reddito e al termine del trust a trasferire il fondo a soggetti che potrebbero essere coincidenti con i beneficiari del reddito oppure totalmente diversi.

Una prima distinzione va posta tra il negozio istitutivo di trust e l'atto di dotazione. Benché si sia soliti parlare del trust come un atto di trasferimento (e per chiarezza iniziale abbiamo replicato questo schema nelle righe precedenti), il trust ha la sua essenza nel carattere programmatico e non nel contenuto traslativo. Il trust è un negozio unilaterale e finché non c'è un *trustee* che accetta è impossibile trasferire alcunché. È vero che è un negozio a carattere patrimoniale e quindi, se la dotazione non è contestuale, si ritiene prudente vincolare una somma simbolica di qualche migliaio di euro come prima dotazione: ma in realtà quella somma stessa non potrà dirsi conferita fino a che non intervenga l'accettazione del *trustee*. La prassi suggerisce, ove possibile, di rendere il *trustee* immediatamente partecipe dell'atto, al fine di ottenerne l'accettazione e rendere il trust subito efficace. Non di rado, però, la parte regolamentare del trust e la sua vera dotazione iniziale sono contenute in documenti separati, e costituiscono unità distinte. Per tale ragione è accaduto che le domande di revocatorie venissero respinte per essere state indirizzate verso l'atto sbagliato, quello istitutivo del trust, piuttosto che verso l'atto di dotazione, il solo a realizzare la distrazione fraudolenta dei beni che pregiudica l'interesse del creditore¹². Tecnicamente, dunque, un trust è un negozio unilaterale di natura programmatica che costituisce un fondo dentro il quale potranno confluire tutti i beni che verranno conferiti mediante atti di dotazione. La definizione del trust come atto traslativo di na-

¹¹ È da escludere ad esempio che in un giudizio di separazione o nel divorzio possa essere il giudice a decidere l'istituzione di un trust. S. BARTOLI, *I trusts nei rapporti di famiglia e nella gestione della crisi coniugale*, in *Prassi applicative dei trusts interni*, Atti del Convegno di Trieste, 17 giugno 2005, Trieste, 2006, 130.

¹² Non costituisce una modifica di orientamento Cass., 25 maggio 2017, n. 13175 la quale respinge l'eccezione di cui sopra in quanto nello specifico le conclusioni dell'atto di citazione investivano l'atto istitutivo nella sua interezza, comprensiva delle componenti attributive del conferimento di immobili.

tura fiduciaria dunque si riferisce alla sua evoluzione e al raccordo tra l'atto istitutivo e il primo atto di dotazione: classifica un collegamento negoziale più che un unico atto, e d'altronde un collegamento necessario, in assenza del quale il trust rimane un contenitore vuoto.

Un'eccezione al carattere traslativo è la fattispecie del trust autodichiarato, nella quale il *trustee* prende possesso dei beni mutando il titolo di proprietà (da proprietario a *trustee* di un nuovo trust). Si tratta comunque di un negozio dispositivo con il quale viene impresso ai beni un vincolo funzionale.

Come detto, nei paesi che hanno aderito alla Convenzione de L'Aja e non possiedono una legge sul trust è d'obbligo fare riferimento a una legge straniera (in realtà l'art. 7 prevede che in assenza di questo essenziale passaggio il trust non sia nullo ma venga regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami: ma se tutti gli elementi del trust sono italiani non vi è alcuna legge a cui si potrebbe fare riferimento). L'art. 9, poi, consente il *depeçage*, ovvero l'applicazione di leggi diverse ad aspetti differenti dello stesso istituto. Un caso, ad esempio, in cui appare di norma opportuno il *depeçage* è quello in cui sia scelta la legge inglese ma si voglia evitare che il *trustee* rimanga personalmente responsabile per le obbligazioni, richiamando in merito una legge differente.

L'effetto più rimarchevole della costituzione di un trust è la segregazione patrimoniale dei beni che vi vengono conferiti. Essi entrano in una specie di terra di nessuno rispetto ai tre soggetti che abbiamo descritto: non sono aggredibili dai creditori del disponente, non da quelli del *trustee*, non da quelli del beneficiario. Propriamente la segregazione patrimoniale opera rispetto al *trustee*, visto che la separazione dal patrimonio del disponente e dei beneficiari discende dai principi generali, trattandosi in un caso di soggetto che ha perso la titolarità del bene e dall'altra di un soggetto che ancora non ha acquisito diritti. La posizione del *trustee*, invece, è del tutto peculiare: ma in definitiva nemmeno abnorme rispetto al diritto comune. Si tratta in fondo del riconoscimento di una posizione fiduciaria, alla quale, rispetto alla "fiducia romana", viene riconosciuto carattere reale, e dunque opponibilità ai terzi. Non si può però dire che venga per questo a mancare un soggetto di diritto e che si palesi una lesione del principio di responsabilità patrimoniale: il *trustee* infatti, sia pure con i vincoli più o meno estesi che lo gravano, è comunque titolare di un diritto di proprietà e centro di imputazione soggettivo di interessi, e risponde dei debiti per quella posizione. Non sarebbe esatto dire che il bene è sottratto genericamente all'azione dei creditori: i creditori del *trustee*, limitatamente alla sua funzione e i creditori con diritto di seguito maturati sui beni acquistano e conservano tutte le facoltà e le azioni relative. Tra l'altro, non è detto che la costituzione di un trust crei per forza un antagonismo verso i propri creditori. Ben potrebbe l'atto istitutivo rimpolpare il suo scopo con il previo loro pagamento o con il mantenimento del bene a garanzia delle obbligazioni già assunte (quando poi questo sia integralmente o prevalentemente lo scopo del trust entriamo in un territorio causale differente). In questo caso i creditori antecedenti non

solo difettano di interesse a impugnare il trust sotto il profilo dell'efficacia ma anzi godono di una maggiore tutela, dato che vengono sottratti al concorso con i creditori successivi (a condizione però che la concorrenza dei creditori del *trustee* non sia male peggiore).

Premesso dunque che non è normalmente la posizione del disponente ad allentare la dottrina che difende l'assolutezza del principio di responsabilità delle obbligazioni sancito dall'art. 2740 c.c., la deviazione dalla regola dell'unicità dei patrimoni riguarda il *trustee*. Si sta tuttavia raggiungendo una certa concordia sul ridimensionamento del rapporto tra regola ed eccezione circa la separazione finalistica di patrimoni in capo a uno stesso soggetto. Non si vuole qui tediare il lettore con l'ennesima elencazione delle norme che in Italia autorizzano una separazione, alcune delle quali vanno lette in senso sostanziale (come le società a responsabilità limitata con unico socio) e altre anche formale (come il fondo patrimoniale o i fondi d'investimento). Qualsiasi cosa, poi, si pensi del vincolo di destinazione introdotto dall'art. 2645-ter non è possibile negarne il valore di spartiacque¹³. In verità, la violazione del principio sancito dall'art. 2740 non di rado viene chiamata in causa a sproposito: il debitore risponde dei suoi debiti con i beni presenti e futuri ma questo non gli impedisce di alienarli, anche gratuitamente, salvo i rimedi a disposizione dei suoi creditori se egli abbia proceduto in tal senso con fine fraudolento. Come è stato giustamente affermato, una cosa è la limitazione della responsabilità e una cosa è la limitazione del patrimonio¹⁴, e gli effetti segregativi discendenti da un vincolo incidono solamente sulla seconda lasciando immutata la prima, che costituisce il vero limite posto dall'art. 2740. Peraltro, anche il principio di limitazione della responsabilità del patrimonio è fuori luogo quando si parla di trust, poiché quella di cui ci si preoccupa normalmente non è quella relativa al *trustee* (che è la vera segregazione) ma quella riguardante il disponente, che si è limitato a compiere un atto di disposizione come un altro¹⁵. Sembrano dunque sacrosante e meritevoli di essere riportate integralmente le parole del principale studioso italiano dei trust: «Forse con il passare degli anni sono divenuto impaziente ma raramente ho visto una sciocchezza così enorme ripetuta per inerzia senza la minima riflessione. [...] L'art. 2740 riguarda i beni che appar-

¹³ Parla di abbandono del principio di universalità della responsabilità patrimoniale in favore di un opposto principio di "specializzazione" di tale responsabilità A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 2007, 72 ss.; G. D'AMICO, *La proprietà destinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 533.

¹⁴ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1997, 381.

¹⁵ Se ciò cui si vuole aderire, nell'affermare l'inderogabilità del principio dell'unicità dei patrimoni, è la concezione di origine francese del patrimonio come emanazione della personalità (così recentemente F. FIMMANÒ, *La Cassazione ripudia il trust concorsuale*, in *Fallimento*, 2014, 1169) bisognerebbe cimentarsi nell'arduo compito di sostenere che il patrimonio in capo al *trustee* è un'emanazione della sua personalità, visto che la non unicità del patrimonio riguarda lui.

tengono al debitore (“i suoi beni”) non quelli che gli siano attribuiti senza corrispettivo da terzi precisamente affinché non si confondano con i suoi restanti (questi sì a disposizione dei suoi creditori)»¹⁶.

A ingenerare un senso di insanabile alterità rispetto al nostro ordinamento è stata la ricostruzione iniziale dell’esistenza di una doppia proprietà¹⁷. Ora si definisce il trust come proprietà qualificata, ovvero proprietà limitata nel suo esercizio dalla destinazione e dallo scopo¹⁸. Sui limiti, spesso ci si sofferma su quelli inerenti l’amministrazione che, per quanto discrezionale, mai può essere orientata da un fine proprio del *trustee*, ma certamente più significativa è l’esclusione di ogni potere di godimento del bene. È discutibile che questa forma di proprietà abbia introdotto nel nostro ordinamento un nuovo diritto reale¹⁹.

Definire che cosa ancora vi sia di essenziale in un trust è strettamente legato sia alla tipologia di quel trust sia al caso concreto di coloro che vi ricorrono. È in effetti elegante quanto ormai stucchevole la qualificazione di un buon trust come “abito su misura”.

Per prima cosa, il trust non può prescindere da una scadenza. A dire il vero, questo limite non è previsto da alcuni ordinamenti ma si è ritenuto che tra i prin-

¹⁶ M. LUPOI, *Lettera a un notaio curioso di trusts*, in *Riv. not.*, 1996, 348.

¹⁷ Lo “sdoppiamento del diritto di proprietà tra due soggetti”, uno con la proprietà formale o esteriore e l’altro con la proprietà sostanziale in Trib. Oristano, 15 marzo 1956, che ne asseriva tale struttura nel diritto inglese e ne deduceva la non compatibilità con il numero chiuso dei diritti reali domestici, inaugurando un costante fraintendimento ripreso a lungo dalla dottrina sul rapporto tra *equitable ownership* e *legal ownership*, distinzione nata nel campo dell’*equity*. Come scrive P. MANES, *Trust interni*, in *Digesto disc. priv.*, 2013, 775, l’errore «nasce dal tentativo di attribuire contenuto sostanziale ad una posizione soggettiva nata esclusivamente sul terreno processuale: il beneficiario è e deve restare solo il soggetto legittimato a pretendere l’adempimento nei confronti del trustee con gli strumenti, appunto di tipo processuale, che l’*equity* predisponde». A distanza di tanti anni una certa confusione permane in Trib. Roma, 2 luglio 1999, nella quale si riconosce in capo al *trustee* la legittimazione all’esercizio dell’azione possessoria in quanto possessore o “detentore qualificato”, omettendo la più semplice strada della sua titolarità del bene. In dottrina P. PICCOLI, *L’avanprogetto di convenzione sul trust nei lavori della Conferenza di diritto internazionale privato de l’Aja e i riflessi di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1984, 844 ss. L’autore ha poi modificato il suo pensiero negli scritti successivi.

¹⁸ Per Cass. pen., 3 dicembre 2014, una proprietà di tipo funzionale che viene esercitata su un patrimonio segregato ed autonomo, vincolato dal programma del trust. Cass., 18 aprile 2015, n. 15804, scrive di diritto non limitato nel contenuto ma nel suo esercizio.

¹⁹ Non sono considerati, ad esempio, nuovi diritti reali la multiproprietà, nonostante il godimento turnario e temporaneo del bene né i fondi comuni di investimento nei quali vi è dissociazione tra godimento e gestione del bene. In giurisprudenza Trib. Trento, Giudice tav., 20 luglio 2004; Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in dottrina A. GAMBARO in diversi testi, fra i quali, *I trusts e l’evoluzione del diritto di proprietà*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia*, Giuffrè, Milano, 1996, 57 ss. Questi argomenti sono stati utilizzati di fronte alla pretesa di negare i trust interni alla luce della tipicità dei diritti reali. Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, invece, parla di proprietà qualificata o finalizzata introdotta dagli artt. 2 e 11 della Convenzione de L’Aja in aggiunta a quella conosciuta dal codice del 1942.

cipi di ordine pubblico cui un trust deve uniformarsi per il suo riconoscimento vi sia la fissazione di tale limite temporale²⁰. Non è infrequente che il termine sia variabile in funzione di certi accadimenti. Qualora, ad esempio, venga stabilito come termine finale la morte del disponente (ipotesi frequente nei trust liberali), può aggiungersi una proroga nel caso che tale evento si verifichi prima della maggiore età dei beneficiari, prolungando la durata sino a quel momento. Alla scadenza, il *trustee* è tenuto a trasferire il fondo ai beneficiari o comunque a devolverlo allo scopo che era previsto nell'atto istitutivo.

Le regole più importanti, per quel che concerne la vita procedurale del trust, sono ovviamente quelle relative all'amministrazione e al controllo. Il diritto di proprietà del *trustee* è circoscritto non solo dal termine finale, dalla sua qualità di fiduciario, dalla segregazione patrimoniale e dal dovere di orientare la sua azione allo scopo del trust, ma anche dai vincoli specifici che il disponente imponga con l'atto istitutivo. Non è affatto obbligatorio che l'amministratore debba godere di piena discrezionalità nei suoi poteri, a condizione che deroghe e preventive autorizzazioni non svuotino la sua figura, facendone un mero esecutore di volontà altrui, e quindi dislocando altrove l'amministrazione effettiva. Altrettanto importante è che questi poteri, una volta disegnati, non siano concretamente demandati ad altri soggetti, salvo il normale uso della delega da parte del *trustee*, specie quando si tratti di funzioni tecnico-specialistiche.

Il *trustee* può essere investito di poteri che eccedano l'amministrazione, configurandosi piuttosto come un completamento della volontà originaria del disponente: si tratta anzi di un impianto frequente nel trust anglosassone e che accentua la natura fiduciaria dell'istituto²¹. Non solo il *trustee* potrebbe esercitare facoltà discrezionali nelle erogazioni del reddito ma anche procedere alla revoca dei beneficiari o alla loro scelta.

Secondo una parte della dottrina²², tuttavia, essendo il trust gratuito una donazione indiretta, è necessario sottostare al principio di personalità della volizione liberale, espressione della normativa in materia di donazione, che riecheggia spe-

²⁰ S. BARTOLI-D. MURITANO, *Le clause dei trusts interni*, Utet, Torino, 2008, 202-203.

²¹ Pur essendo la "fiducia" un sostrato non solo psicologico ma anche giuridico del trust, la nostra cultura non ha ben assimilato il suo significato nel diritto inglese del trust, traducendolo in una nostrana visione di interposizione e arrivando (addirittura nel linguaggio della Suprema Corte) a parlare di un «*fiduciario di se stesso*» nel caso del *trustee* di uno *sham trust*. È questa la ragione per la quale Lupoi propone da tempo di sostituire "fiducia" con "affidamento" e ha sviluppato il termine alternativo sino a farne il fondamento di una vera e propria alternativa nazionale al trust, il contratto di affidamento fiduciario, che ha trovato nella legge "dopo di noi" il primo riconoscimento legislativo. A parte l'ampia produzione più nota di Lupoi, cenni sulla questione nel commento alla sentenza del "fiduciario di se stesso" in M. LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 5.

²² S. BARTOLI-D. MURITANO-C. ROMANO, *Il trust e l'atto di destinazione liberale inter vivos*, in S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2011, 114 ss.

cularmente quella dettate per le successioni, e che ammette l'intervento del terzo in limiti circoscritti: l'art. 778 c.c. proclama la nullità del mandato a donare, con il quale si attribuisce ad altri la facoltà di designare il donatario o l'oggetto della donazione e fa salvo il potere del terzo di effettuare la scelta fra le persone indicate dal donante o appartenenti a una categoria o, anche, di determinare l'oggetto della donazione tra più cose indicate dal donante ed entro i limiti del valore da questi stabilito.

Il problema non si pone (trarremo le stesse conclusioni in ambito successorio, nel saggio dedicato al tema) per le clausole di discrezionalità nell'attribuzione all'uno o all'altro dei beneficiari scelti dal disponente: anche nel caso che costui non indicasse a quali fattori il *trustee* debba parametrare la sua discrezionalità saremmo pur sempre al cospetto di attribuzioni che spostano i benefici tra soggetti che il disponente ha indicato, e dunque dentro i paletti posti dall'art. 778. La norma precluderebbe la discrezionalità illimitata, specialmente quella che si spinge sino alla scelta *ex nihilo* del beneficiario.

La tesi negativa, tuttavia, deve scavalcare non pochi ostacoli: la legge competente è quella regolatrice e non quella del foro. Si dovrebbe allora affermare che il principio di personalità della volizione liberale sia un principio di ordine pubblico, che impedisca la riconoscibilità di un trust che lo violi. Ma anche questo potrebbe non bastare: bisognerebbe asserire che tale principio non concerne solo le donazioni ma anche le donazioni indirette. L'art. 809 c.c. non lascia trasparire quest'impressione giacché circoscrive alla revocazione e alla riduzione le norme della donazione che si estendono alle liberalità, ed è probabilmente norma da interpretare restrittivamente. Il trust del resto non è assimilabile a un mandato e la stessa designazione dei beneficiari non è esattamente una donazione²³.

La soluzione favorevole alla discrezionalità del *trustee* si riflette anche sulla possibilità della rappresentanza volontaria nell'istituzione del trust? Se l'art. 778 non è applicabile alla donazione se ne dovrebbe dedurre l'ammissibilità, anche a mezzo di una procura generale. Il trust liberale, tuttavia, pare negozio troppo personale per considerarlo assimilato da una procura generale. La situazione, poi, è diversa da quella del trust discrezionale: in quel caso il disponente ha già deciso per il suo impoverimento e ha individuato il fiduciario conferendogli un mandato più esteso all'interno della struttura negoziale da lui prescelta. Nel caso della procura il fiduciario invece preesiste alla struttura. Ritengo perciò quanto meno opportuno che il trust sia autorizzato da una procura speciale che individui gli elementi essenziali: se così non fosse, proprio ammettendo la discrezionalità del *trustee* nella scelta dei beneficiari, si rischierebbe di introdurre una discrezionalità al cubo, in cui un procuratore dà mandato al *trustee* di individuare i beneficiari.

²³ M. LUPOI, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2010, 183 ss. Nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 778 c.c. alle donazioni indirette Cass., 12 novembre 1992, n. 12181; Cass., 16 giugno 2014, n. 13684.

La procura, in alcuni casi è anche una soluzione onesta che fissa la volontà di un disponente non particolarmente istruito nella determinazione della parte più comprensibile del trust, rimettendo ai professionisti o al fiduciario la parte più tecnica²⁴.

I beneficiari, oltre ai diritti economici, godono nel modello del trust inglese (e assai meno in quello internazionale) di un diritto all'informazione sulla condotta del *trustee* e l'andamento del trust, scaturente soprattutto nel diritto a esaminare la documentazione del trust e a ricevere il rendiconto. Per documentazione si intende non soltanto quella strettamente contabile ma pure quella procedurale, come i pareri ricevuti o le deleghe conferite. Il diritto al rendiconto è imprescindibile ai sensi dell'art. 2, ultimo comma, lett. c) della Convenzione de L'Aja, e quindi ai fini del riconoscimento, ed è indiscusso che sia dovuto ai beneficiari invece che al disponente. Meno scontata l'attuazione del diritto all'informazione che si scontra con un principio di riservatezza a tutela dell'insieme dei beneficiari: che l'interesse sia quello globale dei beneficiari e non l'interesse egoistico del beneficiario singolo ha indotto la giurisprudenza del Jersey a consentire l'esibizione dei documenti al giudice a seguito di una richiesta dei beneficiari. Secondo un autore la traslazione di questa caratteristica di riservatezza nel diritto civile comporta che l'esibizione dei documenti a un terzo sia ammissibile solo quando costui abbia chiesto la nullità dell'atto istitutivo²⁵.

La responsabilità del *trustee* verso i beneficiari per la violazione dei suoi doveri (*breach of trust*), forse il tema centrale nei paesi con una tradizione consolidata del diritto dei trust, non ha assunto per il momento grande rilevanza in Italia. Accclarato che sarebbe del tutto impensabile una "nazionalizzazione" dell'argomento sistemandolo nell'ambito della risoluzione del trust per inadempimento, bisognerà ragionare, ove ce ne siano gli estremi, in termini di esecuzione coattiva o di obblighi restitutori (e quindi di ripristino economico del fondo in trust, non di risarcimento del beneficiario e ovviamente tanto meno del disponente) ed eventualmente di revoca del *trustee*. Non tutta l'esperienza maturata nel diritto inglese però può essere utile nel nostro ordinamento, come per il caso del *tracing*. È questa una forma di tutela dei beneficiari che può atteggiarsi in due modi: il diritto di seguire i beni del fondo nelle mani del *trustee* o di terzi e il diritto di seguire i beni del fondo nelle loro trasformazioni presso il *trustee* o i terzi, con l'ulteriore particolarità che l'acquirente al quale il trust è opponibile diventa "*constructive trust*"

²⁴ Per quanto riguarda la rappresentanza legale si sono espressi in senso favorevole alla donazione da parte di un amministratore di sostegno Trib. La Spezia, 2 ottobre 2010 e Trib. Teramo, 16 dicembre 2011. Se ne può ricavare, a maggior ragione, l'ammissibilità del conferimento in trust con beneficiario terzo (per il conferimento in trust a favore dello stesso disponente Trib. Bologna, 12 giugno 2013). Nessun dubbio si può avanzare riguardo trust solutori o anche di garanzia attraverso il rappresentante legale.

²⁵ A. TONELLI, *L'efficacia delle protezione patrimoniale*, in M. MONTEFAMEGLIO (a cura di), *La protezione dei patrimoni*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, 229.

dello stesso ed è obbligato a tenerlo a disposizione dei beneficiari²⁶. È chiaro che, qualunque sia il testo o l'interpretazione della legge regolatrice, non sarebbe possibile sovvertire la minuziosa disciplina di un paese di *civil law* come il nostro in tema di trasferimenti di diritti iscritti in pubblici registri e opponibilità dei medesimi o conseguenze dell'inopponibilità. Una ragione di più per la quale la giurisprudenza dovrebbe considerare di partenza ragionevole, invece che sospetto, un affinamento del trust sotto il profilo del controllo sul *trustee*.

Piuttosto diffusa, e generalmente consigliabile, è l'introduzione di una quarta figura, quella del guardiano, il *protector* del diritto anglosassone, il quale esercita una funzione di vigilanza sull'operato del *trustee*, che si può estendere anche alla formulazione di pareri o in date circostanze di autorizzazioni, sempre a patto che un'eccessiva ingerenza non ne faccia un *co-trustee*, o addirittura il *trustee*. Il guardiano è un fondamentale regolatore di equilibri all'interno del trust. Da una parte costituisce un fattore aggiuntivo di sicurezza dell'orientamento verso lo scopo e quindi (in senso non tecnico) un rappresentante del *trustee*; dall'altra, essendo ormai gli interessati alla buona amministrazione del trust i beneficiari, il controllo può dirsi più correttamente esercitato a loro tutela²⁷.

Il bilanciamento finale di un trust si completa con le regole relative alla nomina, alla revoca e alla sostituzione del *trustee* e del guardiano: è in quest'ulteriore equilibrio che sono contenute le chiavi del trust, se cioè esso possa dirsi realmente un trust, e scampare ad eventuali domande di simulazione, se sia sufficientemente garantito l'andamento funzionale del trust sul piano normativo e prevenuti i conflitti che potrebbero paralizzarlo.

Quando insomma non ci si fermi alla superficie, l'istituto è assai meno sovversivo di quanto lo si voglia presentare, specie se il tema della segregazione patrimoniale viene riassorbito nei termini che abbiamo prima indicato. Probabilmente due sono le vere, grandi deviazioni dal diritto dei paesi di *civil law*: una fisiologica e un'altra meramente eventuale.

La prima è la soggettivizzazione sfuggente del trust, che l'amministrazione tributaria, per comprensibili esigenze di semplificazione, ha risolto con una "entificazione" trattando il trust alla stregua appunto di un ente, che può assumere persino caratteristiche commerciali (sempre sul piano della qualificazione tributaria). Quando ci si sposti dal *trustee* al trust è inevitabile sottolineare la permanenza e la centralità di una continuità organizzativa. Ma non pare una questione insolubile,

²⁶ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova, 2011, 122 ss.

²⁷ Purtroppo la conoscenza giurisprudenziale del trust non è mediamente elevata e se questo determina una familiarità approssimativa già con gli elementi fissi, il deficit si accentua quando si passa a figure eventuali. Così è capitato di vedere definito il guardiano come un mandatario irrevocabile del disponente, deducendo fra l'altro la non riconoscibilità di un trust che rimetteva (come è abbastanza d'uso) la revocabilità del *trustee* al guardiano, a sua volta revocabile dal disponente. Trib. Milano, 10 luglio 2007.

tanto più che la Convenzione de L'Aja l'ha già filtrata focalizzandosi sul *trustee* e la sua qualità, ripresa puntualmente nella giurisprudenza, che ha più volte specificato come non si debba pensare al *trustee* come un rappresentante. È ovvio che le riflessioni sulla proprietà e il concetto di affidamento fiduciario dissipano qualsiasi dubbio per il tecnico. Ma quando si parla di percezione diffusa non si può negare che la soggettivizzazione appaia ostica e quasi trinitaria per chi si abbeveri alle fonti della *civil law*.

L'anomalia su cui vale la pena di concentrarsi veramente è quella eventuale, ossia la possibile sovrapposizione delle figure. La circostanza, insomma, che il disponente cumuli la sua qualità con quella di beneficiario o *trustee* o siano cumulate queste due ultime o magari, entro certi limiti, tutte e tre. È questa circostanza che ha fatto apparire il trust una mostruosità per il nostro ordinamento, che ha suscitato appetiti insani nelle personalità più spregiudicate o nei professionisti che li assecondano, che ha alimentato i casi più feroci e le crisi di rigetto più eclatanti. Non esente da responsabilità è stata la prima dottrina, orientata soprattutto a un approccio internazionalistico immune da barriere e contaminazioni, che ha accolto con eccessiva disinvoltura questa sovrapposizioni, considerando con una certa sufficienza le resistenze di chi, a parer loro, si mostrava incapace di separare la funzione dall'individuo o si appellava a concetti bollati implicitamente come vetusti a fronte dei sofisticati meccanismi del trust.

Il salto di cultura giuridica in queste ipotesi è innegabile e abissale: per quanto si possa ragionevolmente argomentare sull'essenza del trust (e sul fatto che il tramite del *trustee* purgherebbe la relazione diretta tra disponente e beneficiario), è chiaro che un disponente che si "beneficia" rompe nella sostanza un caposaldo del nostro ordinamento per il quale una persona non può essere al tempo stesso cedente e cessionario di un diritto; come è chiaro che, in difetto di una struttura soggettiva nuova, quale sarebbe una società sia pure composta di un solo socio coincidente con il cedente, la nomina di se stessi come amministratori del patrimonio separato sposta l'attenzione dalla segregazione del patrimonio come circostanza che riguarda il *trustee* a circostanza che concerne il disponente.

Come vedremo più avanti, la strada corretta per allontanare simili casistiche dalla patologia è quella di valutarle caso per caso, all'interno di una tipizzazione che prenda in considerazione l'istituto del trust non come un unicum ma come il modello formale di una pluralità causale.

A questo proposito, va sempre ricordato che la segregazione patrimoniale è un effetto e non la causa del contratto. Nella dottrina italiana è sin qui prevalente la tesi che la pura protezione del patrimonio (ancorché, come abbiamo visto, distinta rispetto alla segregazione patrimoniale) non possa essere lo scopo di un trust per assenza di meritevolezza. È un'opinione fondata più sull'opportunità che sul rigore giuridico, ma sarebbe certo avventato per il giurista non tenerne conto.

Prima di passare alle condizioni di validità ed efficacia del trust, procediamo a una rapida panoramica sui principali casi in cui si ricorre al trust. Troppo spesso la saggistica di settore è costretta a soffermarsi sull'uso distorto, e nella percezio-

ne, oltre che del pubblico comune anche dei giuristi non specializzati, si dimentica quante siano le rispettabili esigenze che un trust può appagare. Non indugeremo su nessuna, anche perché alcune saranno riprese in altri saggi di questo volume.

Il caso di più immediata evidenza è quello del trust liberale rivolto alla pianificazione successoria, disposizione dei propri beni in modo alternativo rispetto al testamento. A confronto della donazione, esso non attribuisce immediatamente diritti reali ai beneficiari, e ciò può rivelarsi opportuno per prevedere attribuzioni a favore del disponente all'insorgere di particolari necessità, oltre che per fare dell'attribuzione un *work in progress* calibrato, attraverso il *trustee*, in funzione del variare delle circostanze. Il disponente, inoltre, pone il patrimonio al riparo dai pregiudizi che lo stesso possa subire, a condizione che questi non derivino da debiti maturati anteriormente alla costituzione del trust. Attualmente, un incentivo alla costituzione di trust liberali proviene dal regime fiscale delle imposte di successione e donazione: l'Italia è una sorta di paradiso fiscale e già da tempo le esigenze di armonizzazione comunitaria spingono per un aumento delle aliquote e una riduzione delle franchigie (cui, per gli immobili, si aggiungerà la rivalutazione delle rendite catastali), da tempo sul punto di essere raccolto dal Parlamento, ove già sono agli atti dei disegni di legge. Al riguardo, la posizione dell'Agenzia delle Entrate (quella di percepire l'imposta al momento della dotazione in trust e non del successivo trasferimento dal *trustee* al beneficiario che determina l'ampliamento in capo a costui), spesso opposta con successo dinanzi alle commissioni tributarie e ora anche davanti alla Cassazione²⁸, contiene un elemento di favore per il contribuente, proprio perché fissa l'importo della tassazione al regime fiscale attuale e sterilizza il patrimonio dagli aumenti di imposta successivi.

Il trust liberale assume valore speciale e autonomo quando riguarda il passaggio generazionale dell'azienda. Il trust pare strumento assai competitivo rispetto alla disciplina rigida e insoddisfacente del patto di famiglia e molto evoluto a fronte degli impieghi di clausole societarie. Altrettanto soddisfacente può rivelarsi nella gestione della holding di famiglia.

Sempre nell'ambito familiare l'applicazione del trust è indiscussa, perorata dagli organi di tutela e da quelli giurisdizionali quando si tratti di segregare il patrimonio a favore di un minore o di un soggetto debole, spesso un disabile (ora esplicitata e gratificata di esenzioni fiscali quando riguardi disabili gravi, a seguito della legge "dopo di noi"²⁹), organizzando la gestione del patrimonio in modo armonico e funzionale; e anche nelle separazioni e nei divorzi, assicurando flessi-

²⁸ Cass., 18 dicembre 2015, n. 25748 e indirettamente Cass., 26 ottobre 2016, n. 21614.

²⁹ Si rammenta che la disabilità presa in considerazione da tale norma non riguarda quella derivante da invecchiamento e senilità. Per la tutela degli anziani il trust rimane comunque uno strumento valido di conservazione del patrimonio, magari anche dalle insidie di qualche nuova "fiamma" non spinta solo da pulsioni passionali, come nel caso all'esame di Trib. Bologna, 11 maggio 2009 ove si è autorizzato l'amministratore di sostegno, che aveva solo poteri relativi agli atti di straordinaria amministrazione, a conferire in trust il patrimonio dell'assistito.

bilmente l'obbligo di mantenimento con uno strumento più gratificante per il debitore³⁰.

Nel campo dell'accordo con i creditori, il cosiddetto trust liquidatorio (per lo più falsamente liquidatorio), realizzato conferendo tutti i beni di un'impresa insolvente, ha rubato la scena pubblica a una serie di fattispecie lecite: senza che i provvedimenti siano stati accompagnati dalla medesima enfasi, molti tribunali hanno accolto le domande di ammissione al concordato preventivo grazie al decisivo apporto di finanza terza recata da un trust con beni personali costituito da un soggetto, anche coinvolto nell'azienda. Il trust può costituire altresì uno dei modi di attuazione di un procedura come il concordato, facendo leva sull'iniziativa, la partecipazione, il controllo degli organismi giudiziari e del ceto creditorio. La soluzione del trust è a disposizione dell'impresa *in bonis* che voglia preventivamente gestire rapporti con creditori più aggressivi e che, allo scopo, vi conferisca una parte dei suoi beni. Non ancora frequente quanto meriterebbe è il trust volto a stabilizzare programmaticamente i rapporti con gli istituti di credito, incoraggiandoli al finanziamento attraverso forme di controllo gestorio incisive ma non direttamente interferenti con l'assetto della compagine sociale.

Trust sono stati impiegati nei patti parasociali, con il trasferimento temporaneo della proprietà per garantire l'adempimento del patto; o per integrare il mandato conferito a un professionista di custodire delle somme da restituire alle parti interessate al compimento di un evento o una scadenza nella misura, inizialmente non predeterminabile, che l'evento o la scadenza avrebbero determinato.

Nel campo del commercio e della finanza internazionali, l'ABI ha evidenziato i trust collegati a emissioni obbligazionarie, *project finance*, operazioni di cartolarizzazione e intravisto possibilità di impiego nella raccolta del risparmio e nella gestione di patrimoni immobiliari (svincolata in questo caso dalla finalità liberale)³¹.

Il trust si prospetta come un'alternativa alla fondazione per realizzazione di scopi di beneficenza o di interesse culturale, avvantaggiandosi di una procedura e di una gestione non così farraginosi.

3. Validità, esistenza, efficacia, simulazione

Se si riconosce che il trust è ormai istituto tipico del nostro ordinamento, evidentemente, non dobbiamo chiederci in quali occasioni un trust sia valido ma, più correttamente, porci l'interrogativo opposto, e cioè quali siano i vizi la cui presenza in un trust ne determini l'incapacità di produrre effetti giuridici.

³⁰ Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005; Trib. Milano, 23 febbraio 2005; Trib. Milano, 7 giugno 2006; Trib. Genova, 1° aprile 2008; Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2013; Trib. Siracusa, 17 aprile 2013; Trib. Torino, 31 marzo 2009 in tema di divorzio.

³¹ ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Il trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma, 1996.

La stratificazione della normativa di riferimento rende tuttavia più complicato quest'esame rispetto al caso di un istituto giuridico inquadrato esclusivamente nella sfera del diritto nazionale.

Il giurista dunque (in sede di costruzione o di verifica, a seconda del ruolo assunto nel caso concreto) avrà prima di tutto da confrontarsi con la Convenzione de L'Aja e successivamente con la legge regolatrice. In qualche modo coevo al secondo passaggio, tuttavia, vi è un esame della legge italiana e delle sue norme imperative che la giurisprudenza tende ad accentuare, avocando a sé la signoria nella distribuzione di patenti di invalidità: in un modo che, oltre ad essere spesso sbrigativo, si disinteressa del fatto che, a norma della Convenzione, la bussola di navigazione della validità dovrebbe essere la legge regolatrice e non la legge nazionale. Questo conflitto nasce da un dato sostanziale: l'utilizzo fraudolento del trust, in particolare per sottrarsi a delle obbligazioni riparandosi dietro l'effetto segregativo del trust. Si potrebbe dire che la giurisprudenza tenda a formare una *equity* domestica o inclini verso una sorta di *ius praetorium*, o anche che capovolga la relazione tra merito e legittimità, ricavando le norme di legittimità in funzione del merito piuttosto che il contrario, senza che nemmeno emergano regole certe. Di tale conflitto il giurista operativo pur deve tenere conto per evitare di esporre la sua clientela alla frustrazione degli propri obiettivi. La prima cosa da fare, dunque, è ripercorrere il quadro normativo di base, per come dovrebbe essere e per come viene invece immaginato che sia.

Un punto di partenza esiste ed è la priorità della Convenzione. Non so quanto sia esatto definire la Convenzione una fonte sostanziale, visto che quale fonte essa rinvia alle legge regolatrice. Di certo, però, la Convenzione detta i requisiti imprescindibili perché un trust si possa qualificare tale in un ordinamento che vi ha aderito e anche gli effetti che, al minimo, quell'ordinamento (nel caso che di trust si tratti) è tenuto a riconoscere.

L'art. 2 ha scelto un termine tecnico come «*controllo dei beni*» piuttosto che «trasferimento» (vedremo quanto ciò sia rilevante nel giudizio di validità di un trust autodichiarato). Per trust, dunque, si intendono «*i rapporti giuridici (...) istituiti da una persona, il disponente, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse dei beneficiari o per un fine specifico*».

La prima condizione di riconoscibilità per il trust è ... di essere un trust. E precisamente, ai sensi dell'art. 2: «*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 beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge*».

È difficile che sorga una contestazione per questo *minimum*: nessuno pretenderebbe di avvalersi di una legge regolatrice sul trust senza che ci sia corrispondenza con questo scheletro. Più significativo è l'ultimo paragrafo dell'art. 2: «*Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda al-*

cuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust».

Dalla norma non solo si evince che il trust non è riconoscibile se il disponente le prerogative le conservi tutte³² o il *trustee* acquisisca tutti i diritti in qualità di beneficiario ma anche che se il costituente conserva alcune prerogative e il *trustee* acquisisce alcuni diritti *forse* il trust è esistente (“non è *necessariamente* incompatibile” ...): il trust andrà in tali ultimi casi valutato nel suo complesso³³. In ogni caso, l'art. 2 della Convenzione costituisce la prima stazione di controllo, secondo la terminologia della legge neppure per vagliare la sua riconoscibilità ma addirittura per soppesare la sua “esistenza”.

L'art. 6 statuisce che «*il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente*» e l'art. 8 affida a tale legge regolatrice di regolare la «*validità del trust*». In prima approssimazione, quindi, pare precluso alla legge nazionale di sindacare il trust in termini di nullità o sotto ogni altro profilo di validità³⁴.

All'ordinamento rimane il potere di non riconoscere il trust in alcuni casi determinati: al riguardo l'art. 15 dichiara che «*la convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare 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 di proprietà e le garanzie reali; e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede*».

Non si tratta però di un non riconoscimento assoluto. Infatti, la stessa norma precisa che «*qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici*».

In altre parole, se il trust, ad esempio, violasse i diritti dei creditori del disponente, costoro potranno agire con l'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 ma

³² Trib. Bologna, 9 gennaio 2014.

³³ È indiscutibile tuttavia che si tratti di un perturbatore elemento di incertezza. «Il giudice dello stato nel quale venga richiesto il riconoscimento di un rapporto giuridico retto da legge straniera dovrà preliminarmente valutare se si tratti di un trust; questa valutazione non potrà avvenire applicando la legge straniera (che pur lo regola) perché ai fini del riconoscimento è la Convenzione che determina quando si sia in presenza di un trust» e tuttavia «la Convenzione (...) non si prefigge finalità di diritto sostanziale uniforme». M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001, 507. Non giova sicuramente l'uso del termine “prerogative”, ancora meno tecnico di “porre sotto il controllo”, adottato dal testo francese contro i rigorosi vocaboli “*rights and powers*” del testo inglese.

³⁴ Si tratta della validità sostanziale e non di quella formale, M. LUPOI, *Trusts*, cit., 527; R. LENZI, *Operatività dei trust in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, 1383. Le questioni di diritto formale del negozio costitutivo di trust andranno risolte alla luce della generale disciplina di diritto internazionale privato dell'ordinamento cui appartiene la legge regolatrice del trust, L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2009, 64.

per il resto il trust conserverà la sua efficacia. L'art. 15, secondo le sue stesse parole, regola un conflitto e lo risolve con una clausola che è di salvaguardia del trust, limitandolo solo per alcuni effetti. Già in questo *modus operandi*, nella norma della convenzione più significativa dal punto di vista della distorsione dello strumento, si legge un profondo *favor* per il trust³⁵.

Inoltre, ai sensi dell'art. 16 «*la Convenzione non pregiudica le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi*» e l'art. 18 richiama l'inevitabile prevalenza, in caso di contrasto, dei principi di ordine pubblico.

Meno chiara è l'altra norma qui rilevante, l'art. 13: «*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*».

Se si intendesse la norma rivolta agli stati essa inficerebbe, per alcuni paesi, l'intera Convenzione: uno stato che non possiede una disciplina del trust, e che grazie alla Convenzione può realizzarlo con elementi oggettivi e soggettivi interni, non potendo richiamare una norma che non sia legata a questi elementi e d'altronde non potendo richiamare una legge propria, non potrebbe ammettere nessun trust che non sia estero. E in effetti l'art. 13 è stato uno degli appigli utilizzati dai “negazionisti” del trust interno³⁶. Tuttavia, l'opinione consolidatasi anche in coloro che la ritengono rivolta agli stati è che gli stessi avessero il potere di apporre una riserva al riconoscimento in sede di ratifica: in assenza della stessa l'art. 13 non avrebbe alcun pregio.

Tale interpretazione, però, è stata corretta nel senso che l'art. 13 non riguarderebbe il trust in generale ma il singolo trust che passi al vaglio di un giudice. Sarebbe il giudice, pertanto, il destinatario, e l'art. 13 funzionerebbe da “norma di chiusura”, attribuendo alla magistratura il potere di negare il riconoscimento a trust abusivi, fraudolenti o come li si voglia chiamare, istituiti al solo scopo di introdurre effetti “ripugnanti” per l'ordinamento, che in virtù di questo filtro avreb-

³⁵ L'accoglimento delle azioni revocatorie continua a fioccare data la pervicacia con cui vengono strutturati trust palesemente costituiti dopo l'insorgenza del debito. Fra le ultime Trib. Bologna, 13 aprile 2017 relativamente a un trust istituito dopo l'instaurazione del procedimento penale ma prima della condanna che eliminava qualsiasi competenza patrimoniale; Trib. Rieti, 28 marzo 2017; Trib. Parma, 14 marzo 2017 relativamente a un compratore di immobile ancora inadempiente nel pagamento del prezzo che aveva poi istituito il trust un mese dopo la compravendita. Interessante, sul fronte opposto, Trib. Cassino, 2 maggio 2017 che ha respinto la domanda di revocatoria per via della manifesta sproporzione tra l'entità del credito vantato e il costoso meccanismo messo in modo dal trust, deducendone la buona fede del disponente.

³⁶ G. CONTALDI, *I trust e il diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2001 per un argomento legato ai limiti dell'ordine di esecuzione del trattato. Recentemente in giurisprudenza l'art. 13 è stato costruito come norma di preventiva chiusura da Trib. Monza, 13 maggio 2015.

be il potere di rigettarli³⁷. La lettura non è convincente e se la norma volesse davvero intendere questo sarebbe un capolavoro di cattiva redazione (oltre a rimettere all'arbitrio dell'interprete individuale il riconoscimento del trust). Non c'era davvero bisogno di usare una formula tanto tortuosa per negare cittadinanza a un trust. La legge straniera è un costante elemento costitutivo del trust interno, al pari degli elementi oggettivi e soggettivi nazionali: non ci sarà mai una legge "localizzata" impropriamente, perché la localizzazione è impropria per definizione, in assenza di una legge nazionale. L'argomento della "localizzazione" pare, insomma, non meno di "comodo" del trust contro il quale esso viene brandito³⁸. Ma poi, cosa ci potrebbe essere di più "ripugnante" della violazione dell'ordine pubblico? Quale valore avrebbe infine lasciare in capo alla legge regolatrice la determinazione della "validità" del trust se, in concreto, vi è una norma sulla *ur*-validità? In definitiva, seguendo l'interpretazione prevalente, la lettura dell'art. 13 in un linguaggio comune potrebbe così essere espressa: lo stato che non possiede una legge nazionale sui trust si impegna a riconoscere (salvo i limiti indicati nella Convenzione) quelli che di straniero hanno solo la legge, però se qualcuno di questi trust proprio non vuole riconoscerlo non lo riconosce, visto che si tratta di una legge straniera ...

Per correggere un simile paradosso, di recente, si è spostata l'attenzione dall'art. 13 alle caratteristiche della legislazione italiana: l'art. 13 segnerebbe una linea di confine tra gli stati-trust (che dispongono di una normativa sul trust) e gli stati non-trust (che non ne dispongono), consentendo ai primi di svincolarsi dalla Convenzione: e però l'Italia dovrebbe, dal 2006, intendersi come un paese-trust, dato che il vincolo di destinazione introdotto dall'art. 2645-ter presenta i requisiti minimi che la convenzione indica per il trust³⁹. Credo però che una cosa sia una

³⁷ M. LUPOI, *Trusts*, cit., 545, capofila di un'interpretazione diffusa e praticamente unanime nella giurisprudenza. Contraria però, nel senso che l'art. 13 si rivolge allo stato, Cass., 9 maggio 2014, nota per avere seppellito come "inesistente" il trust "anticorsuale".

³⁸ Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, cit., ammette che l'utilizzo dell'art. 13 possa «*avvenire soltanto in maniera conforme alla ratio del legislatore della ratifica e, quindi, anche in ossequio al principio di salvaguardia dell'autonomia privata, al solo fine di evitare il riconoscimento di trust interni che siano disciplinati da legge straniera con intenti abusivi e fraudolenti. Non sarà sufficiente rilevare la presenza di un trust i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo stato italiano per disapplicare la legge scelta (...) ma sarà necessario desumere in frode alla legge, volto cioè a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare*». Peccato che di questo scopo non vi sia traccia nell'art. 13. È un'abusiva "riserva di rigetto" che l'ordinamento tiene in capo a sé, senza però che ne venga circoscritto seriamente il raggio d'azione. Aggiungo che, se quella fosse la lettura corretta, sarebbe facilissimo nella costruzione di un trust "disapplicarla" a sua volta, indicando un beneficiario *contingent* (cioè temporaneo, destinato a essere rimosso successivamente) non italiano e introducendo quindi un elemento straniero in più rispetto a quelli previsti dall'art. 13 (a meno che non si voglia escludere che il beneficiario sia "un elemento importante"). Se così fosse certo rimarrebbe pochino ... giusto il disponente e i beni. Che il beneficiario non sia "elemento importante" bisognerà poi raccontarlo al legittimario che vorrebbe agire in riduzione ...).

³⁹ G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e trust italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 167 ss.