

opponibile ai terzi. Chi acquista un bene con contratto fiduciario ne acquista la piena proprietà, non una proprietà limitata; e può validamente disporne. Se il fiduciario, violando il patto, vende ad un terzo, questi acquista validamente; ed il fiduciante avrà definitivamente perduto il bene (altrettanto accade se un creditore del fiduciario agisce su quel bene). Altro non potrà ottenere se non la condanna del fiduciario infedele al risarcimento dei danni.

In Germania la **fiducia cum creditore** è giudicata nulla quando sia **contra bona mores**, contraria all'ordine pubblico. Il che la giurisprudenza riscontra in due casi: quando il contratto si riveli un **Knebelungsvertrag**, mediante il quale il debitore abbia perduto nei confronti del creditore la propria indipendenza economica (in questo senso RG 20 ottobre 1930); quando il contratto arreca un evidente danno agli altri creditori (**Gläubigergefährdung**), avendo le parti cooperato per ingannare i terzi ingenerando loro il falso convincimento che il debitore sia persona meritevole di credito.

In Italia il contratto fiduciario è considerato nullo quando, come spesso accade, costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di norma imperativa e si rivela, perciò, un contratto in frode alla legge (art. 1344 codice civile). Ipotesi più volte esaminata in giurisprudenza di contratto fiduciario illecito per

frode alla legge è quella dell'unico socio di società di capitali che, per eludere l'applicazione dell'art. 2362 o dell'art. 2497 comma 2°, trasferisce fiduciariamente una frazione minima del capitale sociale ad un compiacente intestatario; e in questi casi la prova della frode alla legge — e dello stesso **pactum fiduciae** — può essere data anche per presunzioni, come nel caso in cui il secondo socio risultava intestatario dello 0,0357 per cento del capitale sociale (Cass., 29 novembre 1983, n. 7152). Dichiarata la nullità, a norma dell'art. 1344, del trasferimento delle azioni o delle quote al fiduciario, il fiduciante si trova ad essere unico socio, come tale illimitatamente responsabile delle obbligazioni sociali.

Altrettanto rigore la Cassazione manifesta in materia di **fiducia cum creditore**. Sia la vendita con patto di riscatto, sia quella con patto di retrovendita, utilizzate come vendite a scopo di garanzia, vengono considerate nulle (Cass., 3 aprile 1989, n. 1611) perché dirette ad aggirare il divieto del patto commissorio, mediante il quale creditore e debitore convengono che la cosa data in pegno o in ipoteca resti in proprietà del creditore in caso di inadempimento del debitore (art. 2744), con danno sia del debitore sia degli altri creditori, avendo normalmente la cosa data in garanzia un valore notevolmente superiore all'ammontare del debito garantito.

II. Il trust

di MARIA CHIARA MALAGUTI

I. In generale.

Il **trust** è uno degli istituti più tipici del **common law** ed anche uno dei più difficili da comprendere per un giurista di **civil law**, non potendo essere assimilato a nessuna figura giuridica dei sistemi di derivazione romanistica.

Il **trust** ha avuto molte definizioni da parte sia delle Corti statunitensi sia delle Corti britanniche. È stato definito come una obbligazione derivante da un rapporto di fiducia e imposta ad un soggetto affinché egli amministri un bene in sua proprietà nel rispetto di tale fiducia. È stato considerato come un modo di detenere la proprietà, vincolato ad un dovere di utilizzare il bene in proprietà o di impiegarne gli utili in base alle direttive impartite da un soggetto da cui il diritto di proprietà è derivato al soggetto titolare. Infine, è stato

descritto come un diritto di proprietà, reale o personale, in capo ad un soggetto per il beneficio di un altro.

In questo insieme di definizioni un dato emerge chiaro: esiste un soggetto che ha la proprietà di un bene, che egli amministra (che egli ha il dovere di amministrare). Costui è però limitato nel godimento di tale bene da un vincolo a vantaggio di un altro soggetto. Tale vincolo dà diritto a quest'ultimo di beneficiare dei risultati dell'amministrazione del bene. Rimane ora da chiarire in forza di quale struttura giuridica i rapporti descritti possano verificarsi, e come si bilancino i diritti dell'uno con gli obblighi dell'altro.

Va inoltre ricordato che quella appena illustrata non è che l'intelaiatura di base del **trust**. Da questa che è la struttura di origine, il **trust** ha poi subito una lunga evoluzione negli usi, soprattutto commerciali. Esistono oggi

diverse utilizzazioni del **trust**, molte delle quali impiegate nei mercati finanziari. Tra essi l'**investment trust**, il **business trust**, il **trust for sale**. È dunque necessario ricostruirne la struttura fondamentale anche per vederne poi le configurazioni e le funzioni che esso ha assunto da parte degli operatori economici.

2. Origini.

Non c'è modo di capire l'essenza del **trust** se non se ne analizzano le origini. L'antecedente storico del **trust** deve essere ricercato nello **use** dell'Inghilterra medioevale. Lo **use**, nel senso che a noi qui interessa, indicava appunto, nel possesso di immobili, la detenzione di un bene nell'interesse di un altro soggetto (**ad opus** di altri). Dal punto di vista storico, la prassi dello **use** consisteva nel trasferire un proprio bene ad altri obbligando quest'ultimo a detenerlo per gli scopi del trasferente. Tale prassi si sviluppò soprattutto tra quei vassalli che tentavano di evitare gli alti tributi da pagare ai signori feudali per la proprietà terriera. L'impiego dello **use** aveva in realtà anche scopi perfettamente leciti, consistenti principalmente nel garantire il beneficio di un bene anche a chi non fosse in condizione di amministrarlo. Esso fu però ampiamente utilizzato per evitare le conseguenze di responsabilità sia creditoria sia impositiva derivanti dalla proprietà terriera.

Per ridurre tale evasione, nel 1535 Enrico VIII emanò lo **Statute of uses**, che dichiarava reale proprietario di un bene trasferito **in use** colui per il cui beneficio il bene era amministrato. Lo **Statute** condizionò in modo determinante la diffusione dello **use**. Esso non aveva però inciso su una figura ancora più complessa del trasferimento di beni immobiliari: l'**use upon a use**. Tramite questa figura, consistente in principio in due operazioni di **use** successive, il proprietario originario trasferiva ad un soggetto il titolo, ed ad un altro il godimento del medesimo bene. Il primo soggetto era dunque sì proprietario del bene, ma per il beneficio del terzo. Questa seconda operazione prendeva il nome di **trust**.

Originariamente, però, quello del soggetto titolare del bene non era che un obbligo morale. Mentre il trasferimento della proprietà avveniva infatti secondo il diritto (**at law**), il corrispondente diritto del beneficiario del **trust** non era in alcun modo tutelabile secondo la legge, in quanto non derivante da alcuna obbligazione giuridica. Fu così che il Cancelliere delle Corti di **equity** cominciò ad intervenire contro gli abusi del titolare obbligandolo a riconoscere il diritto del beneficiario. I decreti

del Cancelliere avevano forza esecutiva, ed il **trust** divenne così, da obbligo morale che era, un obbligo giuridico. Nel corso dei secoli, la struttura di base del **trust** giunse fino a noi sotto varie forme, conservando però la originaria dicotomia delle fonti: la proprietà in capo a chi riceve il titolo (**trustee**) gli deriva dalla **common law**, mentre i diritti del beneficiario (**beneficiary**) gli derivano dall'**equity**.

3. Struttura.

Oggi, per **trust** si intende l'intera situazione giuridica tramite la quale uno stesso bene è contemporaneamente amministrato da chi ne è titolare e goduto da chi ne è considerato beneficiario. Questa situazione giuridica viene difficilmente ricompresa in un istituto che chiaramente risponda ai concetti cui è abituato un giurista di **civil law**, per il quale la proprietà è, di regola, un diritto reale non scindibile: chi ne è titolare dispone sia del potere di amministrare sia di godere del bene; lo **status** di proprietario non è concettualmente sdoppiabile in due situazioni giuridiche.

Come si può desumere dalle stesse definizioni giurisprudenziali riportate in inizio di trattazione, negli stessi paesi di **common law**, la natura del **trust** è per certi aspetti controversa. In realtà ciò che più importa ai fini di identificare la struttura ed il funzionamento del **trust** è proprio di comprendere quella natura di **dual ownership**, ovvero di proprietà sdoppiata, che riveste la proprietà dei due soggetti, uno dei quali ha il potere dell'amministrazione e l'altro il beneficio del godimento.

In **common law**, il **trust** fa parte del diritto di proprietà. A differenza dello **use**, esso può aversi sia su beni immobili sia su beni mobili. Il diritto di proprietà del **trustee**, a differenza che nello **use**, implica inoltre l'obbligo da parte del **trustee** di amministrare il bene.

Il **trustee** è titolare di un bene **in trust**. La sua è una proprietà **in law**, dunque gli assicura la titolarità del bene e la sua amministrazione. Chi, però, gli ha trasferito il bene glielo ha appunto trasferito **in trust**, ossia con un vincolo che lo obbliga ad amministrare il bene non per il proprio beneficio, ma per il beneficio di un terzo o per uno scopo che il trasferente gli ha assegnato. Nei confronti del terzo beneficiario si instaura un rapporto fiduciario che garantisce a quest'ultimo l'esecutività degli obblighi imposti al **trustee**.

Il **trustee** è dunque titolare del bene. I suoi creditori non possono però soddisfarsi su di esso. D'altro canto, su di esso possono invece soddisfarsi i creditori del beneficiario, benché egli non sia titolare. In quanto titolare del

bene, il **trustee** può, in principio, venderlo. In questo caso, il diritto del beneficiario si realizza sul prezzo ottenuto, sempre che l'acquisto fosse avvenuto da parte di terzo in buona fede a titolo oneroso. In caso di trasferimento a titolo gratuito o in caso di mala fede dell'acquirente, quest'ultimo acquisterà automaticamente la titolarità del bene e l'obbligo di rispetto dei diritti del beneficiario sul bene: in altri termini, la qualità di **trustee** gli verrà trasferita.

La ragione di queste conseguenze sfugge se si va alla ricerca di chi sia — secondo le categorie del **civil law** — il proprietario del bene. La proprietà del bene è una **joint property**. Potrebbe sommariamente dirsi che entrambi ne sono proprietari. Ci si avvicina di più alla realtà se si afferma che l'uno ne è proprietario in amministrazione e l'altro nel godimento. Se si prescinde dai parallelismi con il **civil law**, allora si capirà che il **trustee**, in quanto titolare, avrà tutti i diritti di disposizione del bene, tra cui la facoltà di vendere, finché i diritti del beneficiario non ne siano lesi ed entro i limiti di disposizione che il trasferente gli avrà imposto. Per tutelare poi il beneficiario da abusi da parte del **trustee**, si potrà avere in caso di trasferimento illecito una sorta di surrogazione, a volte reale e a volte personale, a vantaggio del beneficiario.

Qualsiasi bene può formare oggetto di un **trust**. Il bene oggetto del **trust** è da considerarsi un fondo patrimoniale autonomo. Questa è la ragione per cui i creditori del **trustee** non possono soddisfarsi. Tale bene è un fondo autonomo senza per questo avere bisogno di personalità giuridica: esso non è altro che un bene su cui è impresso un vincolo di destinazione, sia esso ad uno scopo o al beneficio di un soggetto. Il **trustee** ha infatti l'obbligo di mantenere chiaramente separati il suo patrimonio da quello oggetto del **trust**.

Il **trust** può essere imposto per volere di un soggetto privato o per legge. Il **trust** cui normalmente ci si riferisce è quello istituito per volere privato. In questo caso, il **trust** può essere espresso (**express trust**) o tacito (**implied trust**). La sua disciplina è lasciata in grande parte all'autonomia delle parti, fatta eccezione per alcuni aspetti di volta in volta regolati da **statute**. Anche in caso di norme di legge, però, raramente esse sono imperative. In gran parte, esse si applicheranno ogni qualvolta le parti non abbiano autonomamente disciplinato la materia.

Un **trust** non richiede la forma scritta. Non esistono infatti obblighi di forma per la costituzione di un **trust**. Una forma particolare potrà nel caso essere richiesta in funzione del bene che forma oggetto del **trust**, ma non in funzione del **trust** stesso. In caso di un **trust** su

un immobile, ad esempio, sarà generalmente richiesto un atto scritto per la validità del trasferimento della proprietà al **trustee**, ma la mancanza di tale requisito non ne comprometterà la validità se stipulato anche su altri beni, e si manterrà per la parte restante.

Normalmente un **trust** privato è costituito secondo lo schema seguente: un soggetto trasferisce un bene ad un altro (**trustee**) per il vantaggio di un terzo (beneficiario). Se il costituente possa contemporaneamente ricoprire la posizione di beneficiario dipenderà dalle leggi dello Stato in cui il **trust** è stato istituito. In alcuni stati degli Stati Uniti il costituente può persino essere sia beneficiario del **trust** sia **trustee**, a condizione che egli non sia l'unico beneficiario del **trust**.

I beni oggetto del **trust** debbono essere determinati e disponibili al momento della costituzione del **trust**. Non è invece necessario che il **trustee** sia indicato a tale momento. In caso manchi la designazione del **trustee** o questi rifiuti l'incarico o muoia, sarà il giudice a nominare un **trustee**.

Il costituente trasferisce il bene al **trustee** e fissa lo scopo cui il **trustee** deve soggiacere. Tale operazione può anche avvenire in fasi distinte. Anche lo scopo del **trust** deve essere chiaramente determinato al momento della costituzione. Il costituente ha piena autonomia nella determinazione degli obblighi del **trustee**, entro i soli limiti del rispetto dell'ordine pubblico. Soprattutto, tale autonomia gli permette di limitare il **trust** ad un periodo determinato, di modificarlo quando e come meglio crede, di mantenersi la facoltà di sorvegliare l'amministrazione del **trustee**, fino alla possibilità di sostituire quest'ultimo in qualsiasi momento. Esistono dunque svariate combinazioni di vincoli e poteri lasciati al **trustee**, tanti quanti l'autonomia dei privati può arrivare ad elaborare. Sotto questo aspetto, infatti, il **trust** può essere ampiamente paragonato al contratto per la sua ricchezza di contenuti possibili.

A questi fini, la differenza più indicativa che viene operata tra tipi di **trust** nei paesi di **common law** è tra **trust** comunemente inteso e **discretionary trust**. Mentre il primo comporta la fissazione di un utile da assegnare al beneficiario da ricavarsi dal bene in **trust**, il secondo prevede la totale discrezione da parte del **trustee** all'assegnazione di utili ai beneficiari, generalmente ricompresi in una categoria indicata. I beneficiari in questo caso non hanno alcun diritto all'assegnazione degli utili, finché il **trustee** non lo decide.

Una volta fissati i vincoli del **trustee** nell'atto costitutivo, in genere questi ha piena autonomia nelle scelte concernenti l'amministrazione del bene. Limiti ai suoi poteri possono

essere fissati per statuto. In Gran Bretagna il **Trustee Act** del 1925 ne disciplina alcuni aspetti, tra cui il potere di delegare alcune delle sue funzioni ad altri, così come di assumere impiegati al suo servizio. Se **trustee** è una persona giuridica, il **Trustee Act** del 1925 ne disciplina la formazione ed i poteri.

Il **trustee** deve amministrare i beni con diligenza ed attenersi ai vincoli fissati dal trasferente. Quali atti gli siano permessi e quali no ancora una volta dipenderà dalla legge applicabile al **trust**. In base al **New York Estate Powers & Trusts Law**, ad esempio, il **trustee**, salvo quanto espressamente previsto all'atto della costituzione, non può assumere né agenti né impiegati al suo servizio, non può dare i beni in comodato, non può mantenere i beni disinvestiti. Egli ha il diritto di voto su azioni di cui disponga, per qualsiasi operazione, compresi voti per fusioni, conversioni di azioni o acquisti di nuove azioni. I suoi poteri possono però essere ampliati o ridotti dal volere del trasferente, che potrà autorizzarlo a qualsiasi atto che egli ritenga necessario. Il **New York Estate Powers & Trusts Law** si applica infatti solo qualora il trasferente non abbia diversamente disposto.

Una volta accettato il ruolo di **trustee**, questi è completamente svincolato da ogni rapporto con il trasferente. Il **trustee** che abbia dubbi sulle proprie competenze si rivolgerà al giudice, che interpreterà quali siano i suoi compiti.

Il **trustee** è responsabile dell'amministrazione dei beni nei confronti dei beneficiari, che possono a turno intentare azione per risarcimento danni o per l'imposizione di un **trust** sugli utili ricavati dall'operazione ritenuta di abuso. In caso di più **trustee**, essi sono solidalmente responsabili verso i beneficiari per l'amministrazione. In caso di trasferimento illegale da parte del **trustee**, si possono verificare situazioni differenti: se l'acquirente era in buona fede, e il trasferimento era a titolo oneroso, il beneficiario potrà soddisfarsi solo sul prezzo ricavato. Qualora l'acquirente fosse in mala fede, il trasferimento sarà inefficace nei confronti del beneficiario. In caso invece che l'acquirente fosse a conoscenza della provenienza del bene, ma abbia ottenuto il bene a titolo gratuito, il beneficiario avrà la scelta di soddisfarsi sul valore in denaro del bene nei confronti del **trustee** o chiedere che il nuovo proprietario sia surrogato nei doveri del **trustee**.

4. Classificazioni.

Si può poi distinguere tra **trust** privati (*private trust*) e **trust** pubblici (*public trust*). Con **trust**

pubblico si intende un **trust** istituito a fini di pubblica utilità, tra cui ad esempio **trust** a fini di carità istituiti a vantaggio di una categoria abbastanza vasta di soggetti. Il **common law** non conosce l'istituto della fondazione, la cui funzione viene spesso ricoperta da **trust** pubblici, che hanno inoltre il vantaggio rispetto alla fondazione dei paesi di **civil law** di non necessitare del riconoscimento della personalità giuridica. In questo tipo di **trust**, a differenza che per i **trust** privati, lo scopo non deve essere chiaramente indicato. È sufficiente che esso sia abbastanza generico da poter riscontrarvi una qualche finalità di pubblica utilità.

Un'altra delle caratteristiche fondamentali del **trust** risiede nella funzione che vi svolge il giudice. Come detto, il **trust** deve la sua origine all'influenza del giudice di **equity** entro un istituto **at law** ai fini di tutelare chi dall'abuso dell'istituto stesso avrebbe potuto subire un danno ritenuto ingiusto. Tutt'ora il giudice ha un ruolo importante nel **trust**. Egli infatti in primo luogo può essere incaricato dal soggetto che istituisce il **trust** di controllarne l'amministrazione. Il giudice non può sottrarsi a tale incarico, che risponde probabilmente al più ampio compito «amministrativo» che un privato possa imporre ad un giudice in **common law**.

Inoltre, il giudice può dichiarare un **constructive trust**, un **resulting trust** o un **implied trust**. In questo caso si avrà allora un **trust ope legis**. Con **trust ope legis** si intendono infatti quei **trust** fondati non tanto su di un chiaro volere di una parte di trasferire un bene con un chiaro vincolo di scopo, ma sul riconoscimento da parte del giudice di **equity** di una situazione di ingiustizia che può essere rimediata solo tramite l'istituzione di una struttura giuridica che rassomigli ed insieme raggiunga i fini del **trust** «classico». Appare chiaro come il **trust ope legis** debba essere tenuto concettualmente separato dal **trust** istituito per volere di un privato. In questo caso non c'è accordo tra le parti, fatta eccezione per quei casi in cui il giudice istituisce il **trust** credendo di ravvisare i segni di un tale volere in un atto della parte che, pur non essendosi espressamente configurato in un chiaro atto istitutivo di **trust**, poteva essere interpretato — così fu interpretato dal giudice — come istitutivo di un **trust** (**resulting trust**).

Il **trust ope legis** altro non è, dunque, che un rimedio giudiziale ad una situazione ritenuta ingiusta. Tale rimedio è un rimedio in **equity**, fissato dal giudice laddove non siano stati trovati altri strumenti **at law** per ristabilire una situazione di equità.

In breve, con **constructive trust** si intende generalmente proprio qualsiasi **trust** imposto

per via giudiziale qualora qualcuno abbia illegalmente disposto di beni di altri. Ai fini esemplificativi, le Corti di **equity** hanno sempre dichiarato la costituzione di un **trust** nei casi in cui un socio avesse disposto dei beni della società a fini personali. In conclusione, in presenza di un obbligo di restituzione e nella impossibilità di recuperare i beni in oggetto, il giudice costituisce un **trust** sugli utili ricavati. In questo caso, l'unica implicazione del fatto sarà che il socio sarà obbligato a mettere a disposizione della società gli utili in sostituzione dei beni sottratti. Un tale fine non sarebbe stato realizzabile in base a nessuna figura giuridica **at law**, poiché non esiste in **common law** alcuno strumento che permetta alla società di rivalersi sugli utili del bene ingiustamente venduto dal suo socio-amministratore. Un **constructive trust** risulta allora essere l'unico rimedio.

Il **constructive trust** è inoltre utilizzato tutte le volte che il **trustee** abbia abusato dei suoi poteri disponendo del bene in **trust**. Come detto, in questo caso il vincolo in **trust** verrà imposto sugli utili ricavati.

Un **resulting trust** viene invece imposto dal giudice tutte le volte che egli ritenga che il soggetto trasferente aveva intenzione di costituire un **trust** ma per un qualche errore non lo ha fatto, oppure lo scopo del **trust** risulta illegale, o ancora alcuni beni rimangono nelle mani del **trustee** dopo la realizzazione del **trust**, senza sapere come disporre di essi. Mentre nel **constructive trust** il giudice costituisce il **trust** indipendentemente dal volere delle parti, nel **resulting trust** il **trust** in via giudiziale è costituito in grazia di una presunta volontà della parte erroneamente o insufficientemente espressa.

Infine, si ha un **implied trust** tutte le volte che il giudice ravvisa in una situazione di fatto gli estremi di un **trust** in grazia di una serie di presunzioni. Tali presunzioni variano da stato a stato e sono difficilmente riassumibili. A soli fini esemplificativi, si ricordi ad esempio che le Corti di New York presumono che nel caso di un coniuge che acquisti un bene e lo intesti all'altro coniuge, il primo avesse voluto istituire un **trust** a proprio beneficio.

Esistono da ultimo gli **statutory trust**, ovvero **trust** previsti in vari testi legislativi a differenti fini. Essi sono **trust** creati dalla legge. Non è possibile riassumere tutti gli **statutory trust**, tra loro molto diversi e validi solo entro l'ambito di applicazione dei testi legislativi che li istituiscono.

5. Funzioni.

La flessibilità della struttura del **trust** ne per-

realizzato spesso per atto **mortis causa**, è sovente quello di destinare dei beni a qualcuno assegnandone però l'amministrazione ad un soggetto diverso. Un caso particolare è il **trust for sale**, istituito appunto affinché i beni in oggetto vengano ad un certo punto venduti dal **trustee** ed i ricavati trasferiti ai beneficiari. Tale strumento viene ampiamente utilizzato in caso di trasferimento di azienda ad eredi con l'intenzione di venderla nel momento più propizio. In attesa di tale momento, viene nominato un **trustee** che ha il dovere di amministrare l'azienda e di far godere i beneficiari degli utili ricavati fino al momento della vendita.

Accanto alla funzione più classica ve ne sono però moltissime altre. In **primis**, il **trust** è stato spesso utilizzato per la realizzazione di fini commerciali al posto della costituzione di una società. I **trustee** mantengono poteri di amministrazione tipici di un consiglio di amministrazione ed i beneficiari conservano un controllo nell'amministrazione simile a quello di cui dispone l'assemblea generale di una società per azioni. Il vantaggio della scelta di un **trust** invece che di una società risiede nella maggiore flessibilità di poteri, che le parti disciplinano a loro piacimento, e nella mancanza di personalità giuridica, sostituita dalla separazione del fondo dagli altri beni propri dei **trustee**.

Il **trust** trova svariati usi nel mondo finanziario. Può crearsi un **trust** sui depositi in denaro presso una banca. Il depositante può limitarsi a nominare se stesso **trustee** ed indicare una terza persona quale beneficiario. Questa situazione non presenta nulla di particolare, se non l'essere stata usata in casi in cui esistevano forti limiti all'ammontare individuale di depositi bancari. L'operazione presenta invece qualche interesse qualora il **trust** venga costituito da più depositanti su un conto intestato ad una istituzione finanziaria, o alla banca stessa, cui assegnino la qualità di **trustee**. In questo modo la banca diviene **trustee** di un **investment trust** per il beneficio dei depositanti stessi, legata da una serie di obblighi di investimento del fondo assegnatole determinati dall'atto costitutivo.

Un'operazione simile può essere effettuata non più con il denaro depositato ma con gli interessi delle polizze assicurative. Tale vincolo in **trust** viene generalmente impresso nella polizza stessa, ove si prevede che gli interessi non vengano devoluti ma investiti secondo schemi concordati a beneficio dell'assicurato o di un terzo da questo designato. All'attività assicurativa si lega allora una attività di investimento che può strutturarsi nelle forme più

va dei privati. Ciò che distingue questo **trust** da altri **trust** di investimento su cifre di denaro, è la doppia aleatorietà dell'operazione. L'investimento a rischio viene infatti previsto su un capitale di cui non si conosce l'ammontare esatto al momento del contratto.

6. La Convenzione de L'Aja sul riconoscimento del trust in civil law.

La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, non definisce il **trust**, bensì lo descrive: «per **trust** s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente — con atto tra vivi o **mortis causa** — qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un **trustee** nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico». Tutti i **trust** che avranno quel **minimum** di caratteristiche richieste dalla Convenzione dovranno essere riconosciuti come tali ed essere regolati dalle norme sul conflitto di leggi fissate dalla Convenzione stessa. Altri istituti, quand'anche definiti come **trust**, che non rispettino invece tali caratteristiche, saranno esclusi dal suo ambito di applicazione.

Sono **trust** ai fini della Convenzione quelli «costituiti volontariamente e comprovati per iscritto» (art. 3), e che dispongano che il fondo **in trust** non faccia parte del patrimonio del **trustee** — costituendo invece una massa distinta —, e che questi ultimi siano intestati a nome del **trustee** e che il **trustee** stesso abbia il potere-dovere di «amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del **trust** e le norme particolari impostegli dalla legge» (art. 2).

Per prima cosa, hanno dunque trovato legittimità nei paesi che hanno ratificato la Convenzione solo i **trust** di origine di **common law**, mentre restano esclusi dalla Convenzione altri istituti, generalmente assimilati al **trust**, che non presentano le caratteristiche indicate e che derivano dagli ordinamenti di alcuni paesi di **civil law** (come Messico, Israele, Québec), che hanno recepito l'istituto nei loro ordinamenti modificandolo profondamente. L'esclusione non è però di rilievo, poiché tali fattispecie giuridiche hanno una diffusione bassissima fuori da quegli stati e la norma risponde inoltre ad una fondamentale esigenza di chiarezza e certezza del diritto. Al fine, infatti, di evitare che nuovamente i paesi aderenti alla Convenzione fossero costretti ad eseguire operazioni ermeneutiche, si è ritenuto di far ricadere sotto la copertura della stessa solo gli istituti strutturalmente e non funzionalmente analoghi al **trust**. È dunque di rilievo notare incidentalmente che la ratifica della

scerebbe legittimità in tali paesi a quelle fattispecie giuridiche sovente assimilate ai **trust** (precisamente agli **investment trust**), tra cui si identificano i fondi comuni di investimento o le società fiduciarie.

Anche però nell'ambito del **trust** di **common law**, alcuni tipi restano chiaramente esclusi. Si tratta sia degli **statutory trusts**, il cui numero è però molto basso, sia dei **constructive trusts**, imposti per via giudiziale dalle Corti di **equity** in casi in cui qualcuno abbia illegalmente disposto di beni di altri. Se ne costituisce ad esempio uno nel caso in cui un amministratore di società abbia disposto di beni della società stessa ad uso personale. La Corte disporrà allora che si imponga un **trust** sugli utili ricavati a beneficio della società, senza che nessun vincolo **in trust** esistesse precedentemente o sia ora creato sul bene da cui gli utili derivano. Poiché tale **trust** non è imposto volontariamente da un soggetto privato, come richiede la Convenzione, ma anzi dalla Corte contro il volere del soggetto stesso, esso non rientra nelle previsioni della Convenzione. Tale esclusione viene giustificata dal fatto che in realtà tali istituti non sarebbero veri **trust**, quanto strumenti di **equity** per rimediare a situazioni di ingiustizia non altrimenti riparabili con strumenti **at law**.

Un primo problema interpretativo relativo al campo di applicazione della Convenzione riguarda quei **constructive trust** che vengono impressi sulla base di un dimostrato accordo tra due parti non più rispettato da una delle due. Si prenda ad esempio il caso in cui «H», cittadino americano dello Stato di New York, acquisti un immobile in Italia intestandolo alla moglie «W» per ragioni fiscali. I due si accordano oralmente perché «W» si impegni a ritrasferire il bene al marito in qualsiasi momento, ed egli ne paga in effetti ogni spesa dal momento dell'acquisto. Alla morte di «W», «H» chiede la restituzione del bene, che gli viene rifiutata. Adito il Tribunale di New York competente, un **constructive trust** a beneficio di «H» viene imposto sul bene sito in Italia. Dovrà il giudice riconoscere il **trust** in base alla Convenzione de L'Aja?

È possibile propendere per una risposta affermativa, se si dà rilievo al fatto che da un lato il Tribunale di New York avrà riconosciuto il **trust** proprio sulla base di un comprovato accordo delle parti, e non contro il loro volere, e dall'altro che il decreto del Tribunale di New York potrà ritenersi prova scritta sufficiente a soddisfare le prescrizioni della Convenzione. D'altro canto non deve però dimenticarsi che l'accordo delle parti non rispondeva assolutamente, nell'esempio fatto così come in ogni altro che porti al riconoscimento di un **con-**

structive trust, all'istituzione di un **trust** come disciplinato dall'art. 2 della Convenzione, ma che semplicemente la Corte ha tentato di realizzare tramite l'imposizione di un rimedio in **equity** gli stessi effetti che di fatto si sarebbero ottenuti dando esecuzione all'accordo originale delle parti (nel caso concreto, di far godere «H» degli utili prodotti dal bene).

L'interpretazione può essere altrettanto difficile in presenza di un **implied resulting trust** riconosciuto da una Corte di **common law**, poiché dal nome stesso dato a questo tipo di **trust** risulta evidente che esso si ha quando non vi sia alcuna prova scritta della sua istituzione. Mentre, dunque, il giudice di **civil law** non potrà accettare prove non scritte da parte del ricorrente al fine di dimostrare l'esistenza di un **trust** rientrando sotto le previsioni della Convenzione, sarà egli tenuto a legittimare lo stesso **trust** riconosciuto da una Corte di **common law**? È infatti possibile che le Corti di **equity** riconoscano l'esistenza di un **trust** anche in situazioni in cui non vi sono prove scritte ad attestarlo, ma sono presenti elementi che, salvo prova contraria, sono ritenuti sufficienti a presumere l'esistenza.

Si prenda ad esempio il caso di chi comperi un bene e lo intesti ad un altro soggetto. Si presuma poi che quest'ultimo venda il bene in oggetto e che con i profitti si trasferisca in Italia, ove acquista altri beni. In un caso del genere, l'originario acquirente dei beni può far dichiarare un **resulting trust** sui beni stessi poiché sia in Gran Bretagna che in tutti gli stati degli Stati Uniti, ad eccezione dello Stato di New York, si presume, salvo prova contraria, che ogni acquisto che comporti l'intestazione ad altri è da ritenersi fatto con l'intenzione di istituire un **trust** a vantaggio dell'acquirente stesso. In caso i beni in oggetto siano alienati, il **trust** si trasferisce sui proventi del trasferimento. Una Corte di **common law** potrebbe dunque riconoscere l'esistenza di un **trust** sui beni situati in Italia. Anche in questo caso il giudice italiano dovrebbe dunque ritenersi costretto a riconoscere il **trust** anche se manchi il requisito di qualsiasi forma scritta, solo basandosi sulla pronuncia della Corte. Ancora una volta, dunque, il giudice di **civil law** potrebbe aprire le porte a **trust** non più sicuramente creati dal libero accordo delle parti, ma imposti dalle Corti su base presuntiva.

L'importanza di questa estensione non si limita, però, al solo rilievo del riconoscimento di **trust** costituiti giudizialmente. Una tale estensione potrebbe infatti, se portata all'eccesso, finire con il legittimare anche istituti giuridici solo funzionalmente assimilabili al **trust**, qualora possa presumersi — anche se ciò non risulti espressamente — un ipotetico vole-

re delle parti a creare tale istituto. Per questo deve sottolinearsi che, anche accogliendo la tesi più estensiva, **constructive** o **implied resulting trust** possono riconoscersi da parte del giudice solo sulla base di una pronuncia di una Corte straniera che ne affermi l'esistenza. Nel rispetto della Convenzione, il giudice non potrà invece mai spingersi ad un tale riconoscimento quando identificare l'esistenza del **trust** sia di sua competenza.

Infine, si consideri il seguente caso. «A», cittadino inglese, lascia i suoi beni siti in Italia in **trust** a «B» per il beneficio di «C». «B» aliena tali beni ad un terzo non in buona fede. «C» chiede ed ottiene che si dichiari un **constructive trust** nei confronti del terzo. Ora, tale **constructive trust** deriva in realtà da un **trust** regolarmente ed espressamente costituito e risponde alla esigenza di tutela dei diritti del beneficiario che, in quanto diritti reali, possono opporsi al terzo. Come deve agire il giudice italiano nei confronti di questo **trust**? Il buon senso indica che, essendo il diritto del beneficiario espressamente riconosciuto dalla Convenzione (art. 11), ed essendo regola che esso venga tutelato nei confronti di terzi cui sia stato alienato il bene in **trust** tramite l'imposizione di un **constructive trust**, gli effetti di tale provvedimento debbano soggiacere alla Convenzione anche se esso è imposto chiaramente contro il volere del soggetto. D'altro canto, la soluzione opposta porterebbe a vanificare completamente gli effetti del **trust** espressamente e regolarmente istituito.

Si deve inoltre ricordare, comunque, che all'art. 20 la Convenzione autorizza gli stati aderenti a riconoscere validi anche i **trust** riconosciuti giudizialmente. Se, dunque, l'Italia richiederà tale ampliamento, i sopra citati problemi di interpretazione potranno essere risolti.

Altro aspetto interessante della Convenzione de L'Aja riguarda la legge applicabile ai **trust** che essa governa, la cui determinazione in base alla Convenzione stessa prevale sull'applicabilità dei criteri di collegamento fissati dalle norme di diritto internazionale privato degli ordinamenti dei singoli stati.

Preferenza assoluta viene data alla legge scelta dal **settlor** (art. 25), che nella prassi opera in effetti di frequente tale scelta. Nel caso, invece, che il costituente non indichi la legge applicabile oppure l'ordinamento di riferimento non preveda l'istituto del **trust**, il giudice dovrà identificare ed applicare la legge «con più stretti legami» con l'istituto così come costituito nel caso concreto. Egli ha piena libertà nel determinare ciò, fatta eccezione per alcune indicazioni che la Convenzione stessa offre (art. 7).

(173) Solo nel caso in cui risulti che la legge con più stretti legami non preveda la figura del **trust**, la Convenzione non potrà essere applicata. Inoltre, nonostante la più ampia libertà lasciata di principio al costituente nel determinare la legge applicabile, il giudice potrà sempre rifiutarsi di riconoscere il **trust** qualora risulti che «i suoi 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 prevedano l'istituto del **trust** o la categoria del **trust** in questione» (art. 13). Ciò per evitare che **trust** con effetti solo in paesi che non riconoscono l'istituto vengano imposti a tali ordinamenti. Sia dunque il caso di un cittadino italiano che costituisce un **trust** su beni di sua proprietà in Francia secondo la legge inglese e nominando un **trustee** inglese. In questo caso il giudice potrà rifiutarsi di riconoscere il **trust**, benché ciò sia per lui solo una facoltà e non un obbligo. Allo stesso modo, deve ritenersi che, per non rendere vana tale disposizione, qualora lo stesso soggetto italiano abbia dichiarato quali beneficiari soggetti residenti in Gran Bretagna, legittimando così l'istituzione del **trust**, ed in seguito li sostituisca invece con altri italiani, il principio di collegamento dovrà essere applicato al momento del sorgere dell'azione, e non dell'originaria costituzione dell'istituto.

In sintesi, benché scopo precipuo della Convenzione sia il riconoscimento di **trust** validamente istituiti all'estero, l'istituto entra ora nella piena disposizione anche dei cittadini di paesi di **civil law**, che potranno liberamente utilizzarlo per rapporti giuridici che coinvolgono elementi di estraneità. Pare invece difficile crederne legittimo l'utilizzo per rapporti con effetti esclusivamente domestici.

Una volta sottolineato il campo di applicazione della Convenzione ed il meccanismo di selezione della legge applicabile ai **trust** che vi ricadono, rimane da analizzare l'aspetto sicuramente più problematico dell'intera materia. La Convenzione, infatti, è applicabile solo al **trust**, e non agli istituti che lo generano o ad esso connessi. Ed anche nell'ambito dell'istituto, la Convenzione indica per materia quali sono gli aspetti del **trust** che essa copre (art. 8).

Con espressione felice, è stato detto che la Convenzione regola la pietra, non la fionda che la lancia (Hayton). Ciò non creerebbe problemi se non fosse che il **trust** difficilmente si presenta «puro»: se viene istituito con atto **mortis causa**, esso si trova ad interagire con le norme concernenti le successioni. Se istituito con atto tra vivi a fini di garanzia, è strettamente connesso con la disciplina delle garanzie. In entrambi i casi, la Convenzione deter-

minerà la legge applicabile al **trust**, mentre i criteri di collegamento classici determineranno la legge applicabile alla successione o al tipo di garanzia che potrà essere nel caso istituita. Per il giudice di **civil law**, poco familiare con il **trust**, non sarà facile riuscire a separare gli aspetti delle fattispecie secondo l'istituto cui dovrebbero più correttamente appartenere. Senza tener conto del fatto che l'inserimento di un istituto in un ordinamento che non lo conosceva crea inevitabilmente problemi di adattamento. Basti a chiarimento ricordare le norme **against perpetuities** tipiche degli ordinamenti di **common law**. In questi paesi, infatti, qualunque interesse futuro (**future interests**) deve essere creato nel rispetto di un complesso meccanismo — diversamente strutturato nei differenti paesi — che sostanzialmente vieta che l'accertamento della titolarità di interessi futuri possa verificarsi dopo più di ventun anni dal momento in cui tali diritti vennero creati. In caso di **trust** istituito con atto **mortis causa**, il giudice di **common law** verificherà che il **trust** rispetti tali norme. Il problema concettuale da risolvere è però se tali norme ineriscano alla materia che disciplina il testamento o a quella regolante il **trust**.

Un **trust** istituito con testamento da un italiano che richieda la legge inglese come applicabile al **trust** potrà infatti validamente ignorare la disciplina **against perpetuities** dell'ordinamento inglese? Dovrà il giudice italiano considerare nullo il **trust** in base al diritto inglese o valido prescindendo da tale norma perché estranea all'istituto? Riprendendo la metafora del sasso o della fionda, può indicativamente affermarsi che le **rules against perpetuities** sono in realtà la forza propulsiva permessa per lanciare la pietra, inerente quindi sostanzialmente alla disciplina concernente il mezzo di lancio più che l'oggetto lanciato. Fuor di metafora, nel nostro esempio il giudice italiano dovrebbe dunque ignorare la normativa inglese in materia.

Molte altre sono le situazioni in cui analogamente il giudice troverà difficoltà interpretative, senza dimenticare che sorgeranno inoltre altri problemi di adattamento. Da un lato, infatti, la Convenzione espressamente rifiuta la sua applicabilità agli aspetti fiscali dell'istituto (art. 19). Dall'altro, la Convenzione elenca espressamente aree del diritto con cui il **trust** potrebbe interferire che il giudice avrà facoltà di escludere dall'applicazione della normativa in esame. Si tratta di settori con strette implicazioni di ordine pubblico, la cui autonomia dalla disciplina del **trust** è di difficile identificazione (art. 15). Tra essi sono genericamente indicati «la protezione di minori, gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima».