
Quaderni di

numero 12

FederNotizie

MATERIALI SUL TRUST

Milano 16 dicembre 2000

Milano 20 gennaio 2001

PRESENTAZIONE

Il 16 dicembre 2000 ed il 20 gennaio 2001 si sono tenuti a Milano due convegni sul trust.

Il primo è stato organizzato da colleghi e si è articolato in cinque interventi che hanno delineato l'istituto in modo completo trattandone tutti gli elementi, le origini, la struttura e delineandone alcuni ambiti di applicazione nel nostro ordinamento al fine di evidenziarne la versatilità e la potenzialità a risolvere problemi per i quali spesso è difficile trovare soluzioni.

Il secondo ha avuto ad oggetto un ambito più ristretto, ed esattamente la responsabilità del notaio nella redazione di atti di trust.

La frequenza con la quale di recente si organizzano riunioni, corsi, convegni aventi ad oggetto questo argomento, testimonia l'interesse che il Trust riscuote nel notariato.

Ogni giorno si avverte non soltanto l'opportunità ma la necessità di trovare nuovi strumenti giuridici per affrontare una realtà sempre variegata e transnazionale che a volte, mal si riduce negli stretti schemi della nostra normativa.

Il Trust ha tutta la potenzialità e le caratteristiche per assumere anche in Italia l'importanza che già ha nei paesi di common law in una molteplicità di pratiche applicazioni nei campi più diversi, dal diritto di famiglia a quello societario.

Riteniamo pertanto di fare cosa utile e gradita nel pubblicare un quaderno interamente dedicato agli interventi dei convegni sopra indicati, tutti tenuti da colleghi, con la precisazione che soltanto il convegno del 16 dicembre 2000 è stato integralmente riportato.

Per agevolare la consultazione delle norme in materia, viene pubblicato anche il testo della legge 16 ottobre 1989 n. 364 e la Convenzione adottata a L'Aja il 10 luglio 1985.

Sommario

| | | |
|-----------|---|----|
| Relazioni | Maurizio d'Errico <i>Primi approcci al trust</i> | 3 |
| | Ubaldo La Porta <i>Il negozio di destinazione di beni allo scopo: la risposta italiana al trust</i> | 10 |
| | Alessandro de Donato <i>Aspetti notarili</i> | 23 |
| | Alessandro de Donato <i>Le vicende successorie</i> | 25 |
| | Valentina de Donato <i>Il trust a scopo di garanzia</i> | 27 |
| | Marina Varlese <i>Applicazioni pratiche</i> | 35 |
| | Andrea Fusaro <i>La responsabilità del notaio</i> | 40 |
| | Giuseppe Gallizia <i>Il notaio e la legge del trust</i> | 46 |
| | Marco Dolzani <i>La responsabilità del notaio: il caso particolare del trust azionario</i> | 47 |
| | Il testo della legge 16-10-1989, n. 364 - <i>Ratifica ed esecuzione della convenzione Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985.</i> | 50 |

PRIMI APPROCCI AL TRUST

Carissimi Colleghe e Colleghi, desidero innanzitutto ringraziare il Presidente Luigi Miserocchi, il Consiglio Notarile di Milano, l'Associazione Sindacale dei Notai della Lombardia, per la realizzazione di questo incontro, per l'affettuosa ospitalità, Voi tutti per essere qui oggi; la redazione di **FederNotizie**.

I notai devono poter avvicinarsi al trust in un'ottica di diritto civile, prettamente notarile, attenti studiosi delle legislazioni internazionali, ma consapevoli dei limiti che alle stesse legislazioni derivano, in questa materia, in ordine ad una capacità modificativa e derogatoria dell'ordinamento interno italiano, limiti connessi a fondamentali principi costituzionali a tutela delle fonti del diritto.

Ed è a questi notai, che oggi desidero "raccontare" di un trust che ci interessa come operatori, come pratici, oltre che studiosi del diritto, di quel trust disciplinato dalla Convenzione de l'Aja del 1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989 n. 364, di quel trust, che con riferimento alla fonte da cui promana, la Convenzione de l'Aja, definirei convenzionale, di quel trust, di cui la Convenzione fornisce un modello tipizzato, senza nulla aggiungere ad inutili diatribe sull'uso del singolare o del plurale, se è giusto dire trust o trusts, perché è così evidente e naturale l'uso del singolare, se parliamo dello schema tipico del trust disciplinato dalla Convenzione de l'Aja, l'uso del plurale se parliamo del contenuto e delle sue innumerevoli applicazioni.

DEFINIZIONE

L'art. 2 della Convenzione de l'Aja dispone che per "trust si 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".

Lo stesso art. 2 individua le caratteristiche dell'istituto, e cioè:

- che i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee,
 - che i beni sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee,
 - che il trustee è investito del potere di amministrare, gestire o disporre dei beni,
- che il trustee è obbligato al rendiconto.

La definizione, unita alle caratteristiche richieste ai fini della qualificazione del rapporto come trust, induce alle seguenti considerazioni:

a) è astrattamente riconducibile nella categoria del trust disciplinato dalla Convenzione de l'Aja ogni rapporto giuridico che presenti la struttura sopra delineata;

b) dalla definizione della Convenzione si desumono tutti gli elementi essenziali a connotare la fattispecie di tipicità, vale a dire:

- la causa destinataria, che consiste nel porre dei beni sotto il controllo del trustee perché questi li amministri al fine del conseguimento dello scopo dettato dal costituente;
- la rilevanza funzionale della circostanza che sia il trustee ad avere il «controllo dei beni»;
- la natura unilaterale della volontà del costituente che determina la fattispecie stessa;
- l'essenzialità dello scopo, che è quello di realizzare l'interesse del beneficiario o di raggiungere un fine specifico.

In conclusione:

una fattispecie potrà essere riconosciuta come trust convenzionale, soltanto se avrà le caratteristiche dell'art. 2, che, pertanto, sono inderogabili.

ELEMENTI SOGGETTIVI

Lo schema dettato dalla Convenzione de l'Aja individua tre elementi soggettivi:

- il costituente.

E non userei il termine disponente, perché il costituente potrebbe non essere titolare del bene, potrebbe avere solo la legittimazione a disporre (se. esecutore testamentario), ovvero il titolo, in forza di rapporto contrattuale, a che un terzo trasferisca il bene al trust;

- il trustee, cioè chi è investito del controllo dei beni costituiti in trust, e tale controllo espleta nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico;

- il beneficiario.

Più che parlare di "soggetti", è forse preferibile esprimersi in termini di "posizioni giuridiche", o meglio, "posizioni soggettive", posizioni che ruotano intorno al trust, verso cui convergono o da cui si dipartono i rapporti giuridici generati dalla fattispecie.

Infatti, anche quando il costituente stesso assuma il ruolo di trustee, ovvero quello di beneficiario, ovvero il trustee sia anche uno dei beneficiari, non viene meno la scissione funzionale dei ruoli.

L'assimilazione sul piano fisico, infatti, non comporta l'unificazione sul piano giuridico.

Ma, a ben vedere, gli elementi soggettivi non sono necessariamente tre:

nei trusts diretti alla realizzazione di un fine specifico, ad esempio di pubblico interesse, manca la categoria dei beneficiari.

Ed ancora, se uno Stato contraente della Convenzione de l'Aja decidesse di ammettere i trusts costituiti in base ad una decisione giudiziaria, finiremmo con avere trusts dove manca il costituente, essendo questi trusts caratterizzati dal fatto di poter essere imposti anche contro la volontà del costituente.

In linea di principio sembrerebbe viceversa ineliminabile la categoria del trustee.

Ma ciò è vero fino a un certo punto.

Infatti il trust continua ad esistere anche quando venga a mancare il suo unico trustee e non sia ancora intervenuta la nomina del nuovo trustee.

E allora, qual è l'essenza del trust?

L'unico elemento che deve sempre esistere, ed essere determinato sin dall'origine, è la destinazione dei beni per la realizzazione di uno scopo.

Lo scopo è il momento funzionale del trust, ne rappresenta la causa, che è, per l'appunto una causa destinataria:

il trust è sempre destinazione di beni ad uno scopo, scopo che può coincidere o con l'interesse del beneficiario o con il perseguimento di un fine specifico, ed in quest'ultimo caso, il trust viene denominato trust di scopo.

La differenza tra i due è che il trust di scopo è caratterizzato dalla mancanza di beneficiari.

Mancanza di beneficiari non significa tuttavia mancanza di soggetti che possano ritrarne utilità.

In altre parole, i soggetti che possono trarne utilità non sono beneficiari in senso tecnico, non sono cioè titolari di autonoma situazione giuridica soggettiva attiva.

E così, un trust a scopo di garanzia, nel quale il corrispettivo di una vendita immobiliare venisse costituita in trust, dovendosi provvedere al soddisfacimento di creditori precedenti ed inseriti in una procedura esecutiva, onde ottenere l'estinzione della stessa e la liberazione dei gravami, non è sicuramente trust di scopo, essendo determinati i beneficiari (il venditore al quale è destinato il corrispettivo, l'acquirente interessato ad effettuare un acquisto sicuro), e potendo gli stessi beneficiari ottenere che lo scopo venga attuato secondo i termini dell'atto di trust.

Oggi sono diverse le legislazioni internazionali che prevedono la possibilità di trusts di scopo al di fuori di fattispecie di pubblico interesse, o di fini prettamente di beneficenza o religiosi.

Di qui l'esigenza avvertita da queste legislazioni di imporre la figura di un soggetto ad hoc, in alcune di esse denominato enforcer, cui è demandato un controllo specifico sull'attività del trustee in riferimento all'attuazione dello scopo.

MECCANISMI ATTUATIVI NEL RAPPORTO CON L'ORDINAMENTO ITALIANO

Passiamo ad esaminare un altro aspetto determinante: qual'è la "legge applicabile" al trust disciplinato dalla Convenzione de L'Aja?

L'art. 1 della Convenzione esordisce enunciando l'oggetto della stessa, che è, per l'appunto, stabilire quale sia la legge applicabile.

Primo obiettivo della Convenzione è stato infatti quello di determinare le regole per la risoluzione di conflitti fra leggi di diversi ordinamenti, e, quindi, di individuare la "legge applicabile" che andrà a rego-

lamentare ogni fattispecie riconducibile al tipo di trust delineato dall'art. 2 della stessa.

Il capitolo II della Convenzione è dedicato per intero alla "legge applicabile", di cui fornisce la definizione all'articolo 6: <<Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente.>>.

Esso prosegue precisando che la scelta può essere espressa o tacita, o per meglio dire presunta, per cui, qualora non sia stata scelta alcuna legge, si applicherà quella con la quale il trust ha più stretti legami.

L'art. 8 della Convenzione stabilisce i limiti applicativi della "legge applicabile": essa regola la validità del trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e l'amministrazione.

Resta ora da chiedersi: che forza normativa ha "legge applicabile" nell'ambito del nostro ordinamento?

In altre parole, la "legge applicabile", cui la Convenzione assegna - in ambito di risoluzione di conflitti fra leggi fra diversi ordinamenti - la funzione di regolamentazione del rapporto trust, ha capacità per modificare, ove incompatibile, la normativa interna di diritto italiano?

Personalmente non lo ritengo possibile.

Alla "legge applicabile", infatti, non è attribuibile, nella gerarchia delle fonti del diritto del nostro sistema costituzionale, forza normativa corrispondente a quel grado - delle fonti stesse - da cui discende la potenzialità per modificare l'ordinamento interno italiano.

Forza normativa, corrispondente a quel grado, ha sicuramente la legge di ratifica della Convenzione, in quanto legge formale ordinaria.

Attraverso la ratifica, tale forza normativa viene riconosciuta all'impianto della Convenzione de L'Aja, e non certamente alla "legge applicabile", non essendo quest'ultima oggetto di ratifica, ed addirittura, potendo essere la "legge applicabile" anche legge di uno Stato non contraente.

Né la "legge applicabile" può conseguire la forza normativa - necessaria per modificare l'ordinamento interno italiano - mutuandola dalla Convenzione in esame, non potendosi equiparare il meccanismo della scelta della "legge applicabile", previsto in ambito convenzionale (artt. 6 e 7), al meccanismo del c.d. "rinvio ad altro ordinamento".

Con il termine "rinvio ad altro ordinamento", infatti, si usa individuare "quel tipo di rapporti fra ordinamenti diversi secondo cui uno di essi rinuncia ad effettuare direttamente una certa disciplina affidandosi a quella disposta da un altro, la quale quindi risulta inserita, sia pure con diversa efficacia", (che varia in relazione alla norma di rinvio), "nel proprio sistema giuridico".

Ma il rinvio presuppone, da parte dell'ordinamento rinviante, una previgente disciplina interna, o quanto meno conoscenza, della materia deferita - attraverso una convenzione di diritto internazionale privato - ad altro ordinamento, al fine di applicare le norme di quest'ultimo, mentre, in ordine alla mate-

ria trust, l'ordinamento italiano difetta della conoscenza dell'istituto, e conseguentemente della disciplina.

In conclusione, con riferimento al nostro ordinamento, alla "legge applicabile" è attribuibile unicamente valore di "predisposizione regolamentare".

Tale "predisposizione regolamentare" è da intendersi come fonte esterna - con funzione di risoluzione di conflitti tra legge - richiamabile in via di "relatio"- la quale, in quanto "fonte normativa" di altro ordinamento, racchiude in sé principi astrattamente idonei a disciplinare singole fattispecie, senza tuttavia avere la capacità di modificare, in caso di incompatibilità, l'ordinamento italiano.

Consegue da questa impostazione che "la legge applicabile" non assurge ad elemento costitutivo della tipicità della fattispecie trust, in quanto la sottoposizione alla legge di altro ordinamento attiene esclusivamente al funzionamento del rapporto trust, senza incidere sul suo aspetto genetico.

E pertanto dirò che sono in presenza di un "trust convenzionale regolamentato dal diritto inglese", e non di un "trust di diritto inglese", quando, Tizio, cittadino italiano, costituisce un trust nominando trustees due cittadini italiani, beneficiari i suoi figli italiani, dotando il trust di un immobile sito in Italia, sottoponendo lo stesso alla legge inglese.

Deriva ancora da questa impostazione, e ciò è ancora più interessante per noi notai, che l'invalidità prevista dalla singola legge regolatrice non travolge il trust, ove la legge regolatrice possa essere sostituita da altra legge, determinabile in forza degli articoli 6 e 7 della Convenzione, e quindi desumibile dal contenuto dell'atto stesso, o sulla base di alcuni elementi quali il luogo di amministrazione del trust designato dal costituente, la situazione dei beni del trust, la residenza o sede degli affari del trustee, gli obiettivi del trust e i luoghi ove dovranno essere realizzati.

Non travolgendo il trust, l'invalidità, che deriva dalla legge regolatrice, non travolge neanche il notaio.

E, credetemi, non è poco.

Escluso questo genere d'invalidità, non resta che fare i conti con quelle fattispecie di invalidità che concernono il tipo di trust delineato dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja, cioè quelle specifiche che attengono al trust convenzionale: si pensi ad esempio ad un trust ove il costituente dispensasse il trustee dall'obbligo del rendiconto.

Ma anche in questa ipotesi non si determinerebbe alcuna fattispecie di invalidità ove il rapporto giuridico potesse essere diversamente qualificato in base al nostro ordinamento interno.

Ed in ultimo, per completare questo brevissimo accenno alla patologia del trust, vorrei ricordare le ipotesi di inefficacia di cui all'art. 15 della Convenzione de L'Aja, dove il trust, benché formalmente perfetto quanto al tipo negoziale, in realtà viola situazioni protette, tassativamente elencate nel cita-

to articolo, quali, ad esempio, la posizione ed i diritti dei legittimari. In queste fattispecie, tuttavia, è la stessa Convenzione che interviene, prevedendo che il giudice si adopererà per realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici.

Mi sembra superfluo, infine, accennare alle invalidità che riguardano l'atto di trasferimento dei beni al trust, perché, con queste, siamo abituati a confrontarci quotidianamente.

A questo punto è d'obbligo porsi un'ulteriore domanda: ritenuto che la "legge applicabile" non ha forza normativa per modificare la normativa interna di diritto italiano, può la Convenzione de L'Aja in esame, che possiede tale forza normativa in virtù della ratifica, attuare tale modifica?

In altri termini ci si chiede se i principi normativi, che discendono dalla Convenzione in esame, riescano a modificare, in caso di incompatibilità, i principi dell'ordinamento interno italiano.

E così, ad esempio, se il principio normativo contenuto nell'art. 11 della Convenzione, lì ove dispone, quale conseguenza del riconoscimento del trust, l'effetto della separazione dei beni del trust dal patrimonio personale del trustee, è tale da modificare principi dell'ordinamento interno italiano quali l'art. 2740 del codice civile, nella parte in cui dispone che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

A mio avviso la risposta non può che essere negativa, in questa ipotesi, come in ogni altra ipotesi di incompatibilità tra il dettato della Convenzione de L'Aja in esame e l'ordinamento interno italiano.

E ciò sulla base delle seguenti argomentazioni:

A) il diritto internazionale pattizio è diritto che non sorge da consuetudini generali, bensì da accordi validi solo per gli Stati che li hanno stipulato o vi hanno successivamente aderito, accordi, "che quindi assumono carattere di fonte secondaria, derivando dalla fonte primaria costituita dalla consuetudine, da cui trae vita il principio pacta sunt servanda".

La Convenzione de L'Aja in genere, in quanto espressioni di diritto internazionale pattizio, ha carattere di fonti secondarie ed hanno titolo per assumere, in virtù della legge formale ordinaria di ratifica:

a) il corrispondente grado di quest'ultima nella gerarchia delle fonti del sistema costituzionale italiano;

b) "l'efficacia di legge formale".

"Efficacia di legge formale" che normalmente si esplica, ricorrendone i presupposti, proprio nell'effetto c.d. abrogativo, talché "le norme emanate a mezzo di legge formale o atto equiparato abrogano, derogano e modificano tutte le norme legislative o regolamentari preesistenti".

Tuttavia la Convenzione de L'Aja in esame, in tema di legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, non può esplicare tale effetto abrogativo

(e quindi derogatorio o modificativo) per carenza di presupposti.

Infatti:

a) difetta in essa ogni riferimento diretto a far venire meno una statuizione precedente (abrogazione espressa);

b) non si verifica incompatibilità in senso tecnico, ossia "impossibilità di coesistenza della legge nuova con l'antica nella stessa materia, per l'assoluta contraddittorietà delle due serie di disposizioni" (abrogazione tacita), non essendo disciplinata la stessa materia, cioè il trust, nell'ordinamento italiano;

c) essa stessa Convenzione non regola l'intera materia trust (abrogazione tacita), risultando priva di diretta e specifica disciplina. Infatti tale disciplina, sia effettuale che regolamentare, è azionabile in ambito convenzionale in via di "relatio", e quindi attraverso i meccanismi previsti in tema di determinazione della legge applicabile (artt. 6 e 7).

B) Ulteriore argomento a sostegno dell'impossibilità per la Convenzione de L'Aja in esame di modificare, in caso di incompatibilità, i principi dell'ordinamento interno italiano, è da individuarsi nel rilievo che le norme della stessa non possono essere considerate "norme speciali" con riferimento all'ordinamento italiano, essendo tali:

a) secondo alcuni autori, "quelle che specificano i principi di una norma generale, adattandoli alle particolarità di una serie di rapporti che presentano, insieme ad elementi comuni con quelli regolati dalla norma generale, caratteristiche proprie";

b) secondo altri autori, quelle che disciplinano "un gruppo di rapporti in modo diverso da altri cui sono collegati, come species di un genus".

Ed invero, nell'ordinamento italiano, manca una norma generale in materia di trust, ovvero una norma che possa essere considerata generale e, come tale, dotata di elementi che possano ritenersi comuni alla fattispecie trust oggetto di Convenzione, talché quest'ultima possa qualificarsi speciale in relazione ad un genus trust già disciplinato dall'ordinamento italiano.

Non resta pertanto, al fine di conciliare il contenuto normativo della Convenzione de L'Aja in esame, con l'impossibilità operativa di modificare, in caso di incompatibilità, i principi dell'ordinamento interno italiano, che individuare nello stesso impianto normativo convenzionale, e più precisamente nella fattispecie tipizzata di trust delineato dalla Convenzione all'art. 2, i presupposti per la ricostruzione di categorie dogmatiche che consentano di raggiungere gli stessi effetti del dettato convenzionale, al di fuori di ogni implicazione di tipo abrogatorio, ovvero modificativo, ovvero derogatorio nei confronti dell'ordinamento interno italiano.

E così, ritornando all'esempio fatto con riferimento all'art. 2740 c.c., di categorie dogmatiche che ontologicamente presuppongono la distinzione dei beni in trust da i beni del trustee.

Si pensi ad un inquadramento del trust convenzionale nella categoria dei patrimoni di destinazione e rilevanza reale, oppure nella categoria dei patrimoni senza soggetto, oppure nella categoria della soggettività di diritto.

Collocare il trust in queste categorie, indipendentemente dalla scelta dell'una o dell'altra, in base alla teoria alla quale si riterrà di aderire, non viola l'art. 2740 c.c., perché il patrimonio trust, o il soggetto trust, risponderanno illimitatamente dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i loro beni.

STRUTTURA DELL'ATTO DI TRUST E MODALITÀ' DI COMPOSIZIONE

Lo schema che propongo si sviluppa in 10 punti.

Preliminarmente va rilevato che l'atto di trust è normalmente negozio giuridico unilaterale, recettizio (non recettizio solo nell'ipotesi che lo stesso costituente assuma la funzione di trustee), produttivo di effetti giuridici in virtù della dichiarazione di volontà del costituente, combinata con la conoscenza della stessa da parte del trustee.

L'atto di disposizione patrimoniale, cioè l'atto di trasferimento dei beni al trust, e cioè l'atto di dotazione del trust, è parte integrante dell'atto di trust, anche quando sia contenuto in un documento separato o provenga da un soggetto diverso.

L'atto costitutivo può assumere la veste di atto pubblico, scrittura privata autenticata, scrittura privata con o senza deposito negli atti del notaio.

1 PUNTO

VOLONTA' - DENOMINAZIONE

Tizio costituisce un trust ai sensi e per gli effetti della Convenzione de L'Aja adottata il 1 luglio 1985, ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989 n. 364, denominato "Trust..."

Elementi di questo primo punto sono: volontà e denominazione.

L'art. 4 della Convenzione mantiene distinti gli aspetti relativi alla legge regolatrice del trust da quelli connessi ai vari rapporti preliminari finalizzati alla sua costituzione.

Ne deriva che tutte le questioni attinenti alla classificazione dell'atto ed alla sua forma, alla volontà ed alla capacità del costituente, restano disciplinate dalla legge interna da individuarsi secondo i criteri di diritto internazionale privato.

E così l'atto di trust, per definizione atto di disposizione, in quanto implica comunque un decremento nel patrimonio del soggetto agente, è per il diritto interno italiano atto di straordinaria amministrazione, a meno che - seguendo la migliore giurisprudenza e dottrina - abbia ad oggetto frutti o beni mobili deteriorabili.

Da qui la necessità di atti autorizzativi per determinate categorie di soggetti.

2 PUNTO

LEGGE REGOLATRICE

La libertà di scelta della legge regolatrice è illimitata, in quanto per il nostro ordinamento la scelta può riguardare anche la legge di uno Stato non contraente, non avendo l'Italia esercitata la riserva di cui all'art. 21 della Convenzione de L'Aja.

3 PUNTO

LUOGO DI AMMINISTRAZIONE

Il luogo di amministrazione è concetto peculiare in materia di trust, più dinamico rispetto a quello statico della sede, è, in altre parole, il luogo che identifica la sede effettiva dell'amministrazione.

Luogo, che potrebbe anche non coincidere con la residenza dell'unico o uno tra i vari trustees, che per definizione sono preposti all'amministrazione dei beni, ove ad esempio in una determinata fattispecie l'ubicazione dei beni in trust non possa funzionalmente prescindere da un'attività amministrativa logisticamente connessa con l'ubicazione di quei determinati beni.

Direi, ove possibile, di prevedere siffatta indicazione nell'atto costitutivo, al fine di fornire un elemento - peraltro suscettibile di mutazione nel corso del rapporto - che possa essere di ausilio e di riferimento:

- nell'ipotesi di rideterminazione della legge regolatrice, cioè ove venga meno la legge originariamente scelta, costituendo "il luogo di amministrazione del trust, designato dal costituente," uno dei riferimenti normativamente previsti, ed a cui attersi, per stabilire la legge con la quale il trust ha più stretti legami;

- al fine di fornire in via preliminare un elemento atto a determinare, in materia di imposizione diretta, la territorialità dell'imposizione, (stante l'orientamento del Secit a riconoscere al trust soggettività tributaria e posizione di soggetto passivo IR-PEG, a seguito dell'equiparazione agli enti ricompresi nell'art.87 D.P.R.n.917 del 1986);

- ed ancora al fine di facilitare, in sede di conflitto giurisdizionale, l'applicazione dell'art. 5 n. 6 della Convenzione di Bruxelles, in forza del quale il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato nella sua qualità di fondatore, trustee o beneficiario di un trust, davanti ai giudici di altro Stato contraente nel cui territorio il trust ha domicilio.

Disposizione, quest'ultima, che sembra trovare applicazione nelle controversie c.d interne (ad esempio tra trustees e beneficiari).

4 PUNTO

SCOPO

Lo scopo, come già detto in precedenza, si identifica con la realizzazione dell'interesse di un beneficiario o nel raggiungimento di un fine specifico.

Quindi dirò:

Il trust è costituito nell'interesse di Caio...

oppure dirò:

Il trust è costituito al fine specifico di aiutare i poveri di un determinato quartiere della mia città.

Il primo è un trust nell'interesse di un beneficiario.

Il secondo un trust per un fine specifico, e cioè un trust di scopo.

Quanto ai beneficiari l'atto di trust avrà cura di evidenziare:

- l'individuazione nominativa, ovvero un'individuazione indiretta in quanto rientrante in una determinata categoria, ovvero la rimessione della determinazione al trustee purché limitatamente ad una determinata categoria (esempio i discendenti del costituente), o tra soggetti predeterminati dal costituente;

- la destinazione dell'attribuzione ai beneficiari, e la determinazione del contenuto dell'attribuzione, e cioè se di reddito e/o capitale, e gli eventuali criteri per la distribuzione, reimpiego, utilizzo, accumulazione in materia di reddito e/o capitale nel rispetto dei principi e limiti fissati dalla legge regolatrice;

- eventuali clausole limitative nei confronti dei beneficiari, come avviene ad esempio nei c.d. trusts protettivi, che attuano un meccanismo diretto ad impedire la trasferibilità della posizione dei beneficiari, nonché diretto a sottrarre ad azioni esecutive il reddito che eventualmente gli stessi beneficiari hanno titolo a percepire.

Quanto al trust di scopo, scopo ovviamente lecito, possibile, determinabile, la regolamentazione negoziale potrà stabilire le modalità attuative, e prevedere l'eventuale successiva devoluzione dei beni, ove lo scopo non sia tale che per sua stessa natura, (si pensi ad un trust di pubblico interesse), debba durare fino all'esaurimento economico della dotazione patrimoniale apportata al trust.

5 PUNTO

DURATA

E' sempre necessaria la previsione della determinazione temporale della durata del trust.

Solo i trusts di scopo di pubblico interesse o per fini religiosi e caritatevoli in genere sono normalmente perpetui.

I termini massimi di durata per gli altri trusts variano a secondo della legge regolatrice.

La determinazione della durata può essere ricollegata ad eventi specifici, a volte entro i termini massimi stabiliti dalla legge regolatrice.

Non è normalmente indispensabile disciplinare la fase finale, ad esempio cessazione anticipata ovvero scioglimento anticipato del trust, rinvenendosi in genere una completa previsione nelle leggi regolatrici.

Un'espressa previsione in tal senso può tuttavia ritornare utile in quei casi ove il trust non possa pervenire alla sua naturale conclusione.

Si pensi, ad esempio, al caso di mancanza dei beneficiari, anche se in pratica molte legislazioni estere stabiliscono che in tali casi i beni del trust

saranno detenuti in trust dal trustee a beneficio del costituente ed, in caso di suo decesso, per i suoi successori.

6 PUNTO

TRUSTEE

A) Nomina - Accettazione

Elemento caratterizzante della figura del trustee è quello della sua estraneità alla fase genetica del trust: egli non è parte, né in senso formale, né, tanto meno, in senso sostanziale, dell'atto di trust, a cui non reca alcun contributo volitivo.

La nomina ha natura di negozio dichiarativo, vale a dire essa non può che essere frutto di una volontà non soltanto espressa, ma dichiarata, cioè manifestata ad altre persone.

La nomina non è da ritenersi negozio legittimo, in quanto alla stessa potranno essere apposti termini e condizioni, salvo che la legge scelta a regolamentare il trust non disponga diversamente.

L'accettazione, viceversa, potrà essere espressa in un momento successivo, anche mediante attuazione, ed, in quanto negozio complementare, alla stessa non potranno essere apposti né condizioni né termine.

Il numero dei trustees minimo è diverso a secondo della legge scelta; in molte legislazioni il numero minimo è fissato in due.

B) Poteri

La Convenzione de L'Aja stabilisce che il trustee ha il potere di amministrare, gestire e disporre.

Poteri da esercitarsi sempre in relazione all'interesse del beneficiario o per perseguire quel fine specifico.

L'atto di trust pertanto potrà introdurre facoltà e limitazioni, ma senza alterare la natura dei poteri in relazione allo scopo, o comunque tali da incidere sull'attuazione dello scopo.

Ed in tal senso è sicuramente legittimo inserire previsioni in ordine a modalità gestionali, quali, ad esempio, particolari criteri in ordine a fattispecie, spesso già disciplinate dalla legge regolatrice, in materia di delegabilità dei poteri, di co-gestione di più trustee, di nomina di nuovi trustees ad opera dello stesso trustee.

Non sarebbe invece possibile limitare l'attività del trustee ad una mera funzione conservativa (cosa che invece è possibile nel c.d. bare trust o trust nudo di matrice anglosassone).

In genere la categoria dei poteri previsti dalle normative estere è molto ampia.

C) Doveri e clausole di esonero da responsabilità.

Il trustee è tenuto allo svolgimento della propria attività in forza della funzione di cui è investito, che comporta una serie di doveri istituzionali, primo fra tutti quello di amministrare i beni in trust al fine di conseguire lo scopo.

Le legislazioni estere contengono ampie previsioni fondate su doveri di prudenza, imparzialità, conflitto di interessi, unanimità nelle decisioni in caso di co-trustees, e così via.

Frequente nella pratica è l'inserimento in atto di clausole di esonero da responsabilità del trustee: saranno sicuramente valide quelle riferite a situazioni derivanti da negligenza, che non costituiscono violazioni di legge o dell'atto di trust, ovvero riferite a situazioni di responsabilità per fatto commesso da terzi a seguito di delega.

D) Ed ancora, sempre nel punto 6 relativo al trustee, sarà opportuno inserire specifiche previsioni in ordine:

alla remunerazione del trustee,

al rimborso delle spese ed alle modalità di prelievo dai beni in trust.

7 PUNTO

COSTITUENTE

Riserve di prerogative - Ulteriori nomine

Riserve di prerogative da parte del costituente sono previste dall'art.2 della Convenzione de L'Aja che dispone: "Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative... non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del trust".

Prerogative ammissibili, in via negoziale, sono tutte quelle che non si traducono nel mantenimento da parte del costituente di una potestà regolamentare in ordine al contenuto dell'atto di trust tale da poterlo modificare, salvo che tale potere non derivi al costituente dalla legge regolatrice.

E pertanto saranno ammissibili, anche in assenza di specifica previsione legislativa, previsioni di affiancare al trustee nominato altri trustees, di provvedere alla sostituzione del trustee in caso di cessazione di questi dall'incarico.

Quanto alle ulteriori nomine da parte del costituente, trattasi di figure quali il protector, l'enforcer (quest'ultima obbligatoria in relazione ai trusts di scopo), ed altre similari, preposte al controllo del trustee ovvero dell'attuazione dello scopo, che trovano adeguata tutela legislativa nelle varie normative estere.

In particolare, per quanto riguarda il protector, va rilevato che i poteri di controllo allo stesso attribuibili debbono essere necessariamente molto contenuti, in quanto non possono mai snaturare quelli del trustee.

Fra i poteri attribuibili al protector in via negoziale sembra potersi includere:

quello di essere consultato, con parere obbligatorio, ma non vincolante, prima dell'esecuzione di un certo tipo di atti che implicano particolari responsabilità a carico del trustee, quello di essere tenuto informato dello svolgimento dell'attività del trustee per poterne riferire al costituente o ai beneficiari, quello di dirimere controversie fra i beneficiari o fra questi ed il trustee, quello di attuare la tutela giurisdizionale.

8 PUNTO

RENDICONTO

a i doveri istituzionali del trustee, la Convenzione ha dato particolare risalto all'obbligo di rendiconto: esso è disposto dall'art. 2, che lo innalza al elemento essenziale e tipizzante del trust convenzionale, ed è richiamato dall'art. 8, che ne assoggetta la disciplina alla legge scelta, sicché esso diventa non solo obbligatorio, ma anche a regolamentazione legale.

Ne deriva che non sarebbe ammissibile, ad esempio, quale trust convenzionale il blind trust, in quanto non prevede l'obbligo del rendiconto durante la gestione, non ritenendosi soddisfacente in tal senso il rendiconto finale.

Il rendiconto sono i soggetti cui compete una forma di controllo sull'attività del trustee, (esempio protector), ed i beneficiari cui compete, tra l'altro, un'azione di responsabilità nei confronti del trustee.

È sempre opportuno che l'atto di trust introduca determinate prescrizioni in ordine alle modalità operative di siffatto obbligo.

PUNTO

DOTAZIONE

Trattasi di normale atto di trasferimento di beni.

10 PUNTO

DICHIARAZIONI FINALI

Interpretazione dei termini (significato convenzionale di alcune parole).

Divulgazione

a) autorizzazione al rilascio copie: e quindi l'opportunità, in caso di scrittura privata autenticata o raccolta, o scrittura privata depositata in atti notarili, della menzione della previsione espressa di consentire il rilascio delle copie solo al trustee, ovvero ad ulteriori soggetti espressamente indicati, ad esempio i beneficiari, ovvero genericamente a soggetti ai quali il trustee dovesse, per ragioni d'ufficio, esibire il titolo a giustificazione della propria legittimazione;

b) eventuali previsioni di utilizzo di forme di pubblicità facoltative atte a manifestare a terzi l'esistenza del trust.

- Imposte e spese.

- Delega per la richiesta di attribuzione del codice fiscale.

CENNI SULL'IMPOSIZIONE INDIRETTA

Tralascio in questa sede tutte le varie osservazioni e rilievi della dottrina che hanno ribadito l'inadeguatezza dell'attuale normativa in materia di imposte indirette ove applicata ad un trust, considerato che in questa materia emerge un principio di fondo, che è quello di tassare il trasferimento di ricchezza direttamente nelle mani del soggetto cui profitta, ancorché si realizzi in maniera indiretta o differita nel tempo.

Il punto concreto di partenza - sicuramente non condivisibile - ma che costituisce un punto di rife-

rimento per i nostri uffici delle Entrate - è la delibera del SECIT n. 37 in data 11 maggio 1998, della quale evidenzio gli aspetti che ci interessano.

In base a detta delibera, all'atto di trust, che non contenga anche l'atto di trasferimento dei beni, viene applicata la tassazione con imposta fissa ai sensi dell'art. 11 della Tariffa allegata all'imposta di registro, in quanto riconosciuto come atto non avente per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

Ne consegue che ove fatto per scrittura privata non autenticata è soggetto a registrazione solo in caso d'uso.

La registrazione resta tuttavia sempre consigliabile ai fini della data certa, a meno che non si voglia utilizzare ad esempio altre forme, quale quella del timbro postale, la cui impronta può attribuire garanzia di anteriorità alla datazione, restando comunque non escluso un accertamento giudiziale in ordine alla certezza della datazione.

È sempre invece necessario richiedere il codice fiscale, considerato che il SECIT inquadra il trust come soggetto passivo autonomo tra gli enti ricompresi nell'art. 87 del D.P.R. 917/1987.

Le conseguenze di un'eventuale omissione sono evidenti, ed ancora maggiori sono le responsabilità del trustee che omettesse di presentare, ove ne ricorrano i presupposti, la dichiarazione dei redditi per il trust stante la suddetta equiparazione agli enti dell'art. 87.

La delibera SECIT distingue poi, in ordine all'atto di dotazione patrimoniale, tra trust per atto mortis causa e trust per atto inter vivos, applicando ad entrambi il meccanismo previsto in materia di sostituzione fedecommissaria dal Testo Unico in materia di imposta di successioni e donazioni.

La tassazione in questo caso verrebbe scissa in due momenti:

- il trasferimento patrimoniale al trust sconta l'imposta su base imponibile pari al valore dell'usufrutto dei beni, e pertanto, trattandosi di usufrutto a termine, ritengo utilizzabile il criterio di calcolo stabilito per la rendita vitalizia in base alla durata del trust;

- il trasferimento patrimoniale in capo ai beneficiari sconta l'imposta sul valore dei beni a tal momento, detratta l'imposta già corrisposta;

- in caso di un trust perpetuo l'imposta si applica dall'origine sul valore di piena proprietà.

L'aliquota prevista dal Secit, al di fuori del meccanismo successorio, è quella riservata ai trasferimenti tra estranei.

Il che, alla luce delle recenti modifiche legislative, comporterebbe, secondo l'impostazione Secit, nel caso dotazione immobiliare, la corresponsione di un'imposta complessivamente pari al dieci per cento (compresa ipotecaria e catastale), con l'ulteriore vantaggio di frazionare l'imposizione in due momenti distinti.

Resta il fatto che il Secit non distingue i trusts liberali dagli altri trusts.

L'attribuzione patrimoniale al trust è normalmente a titolo gratuito; ma spesso non vi è alcuna intenzione di arricchire direttamente o indirettamente soggetti determinati.

Si pensi alle ipotesi:

di coincidenza su alcuni beni della figura di costituente e beneficiario,

ai trusts di garanzia,

ai trusts di finanziamento internazionale,

ai trusts per l'adempimento di un'obbligazione già assunta a titolo oneroso.

Fuori dall'ambito dei trusts liberali, non resta pertanto che applicare l'alternativa tra I.V.A. e imposta di registro, e l'atto di trust dovrà essere tassato per gli effetti che produce.

Maurizio d'Errico notaio in Frascati

IL NEGOZIO DI DESTINAZIONE DI BENI ALLO SCOPO: LA RISPOSTA ITALIANA AL TRUST

Occuparsi del *Trust*, per chi, fin dall'inizio degli anni '90, si è occupato del fenomeno della destinazione di beni allo scopo e dei negozi idonei a dar vita a tali fenomeni, è, ormai, quasi d'obbligo.

In quel periodo, che appare lontanissimo in esito ai molteplici interventi dottrinali sul tema, della Convenzione dell'Aja si sapeva niente o pochissimo ed il *Trust* veniva ancora troppo spesso confuso con il "cartello" tra imprenditori per la disciplina della concorrenza. Così è stato (ahimè) ma, oggi, sono tutti interessati al *Trust* (spesso senza sapere bene di cosa si parli) e tutti sono proiettati verso il diritto anglosassone dell'*equità*, che si finge di conoscere ed apprezzare, tralasciando premesse e considerazioni, indispensabili al civilista italiano, che permettano di cogliere fino in fondo l'essenza del fenomeno e di trasporlo, correttamente, nel sistema giuridico nazionale.

Qualche osservazione iniziale deve riguardare, necessariamente, la genesi dell'istituto, che, nei sistemi anglosassoni, ha origine nell'applicazione giurisprudenziale dell'*equità* e si sviluppa, nell'uso del cancellierato del Re, per dar risposta alla violazione di obbligazioni fiduciarie.

Il collegamento tra *trust* e fiducia è oggi evidente e, anche sotto il profilo storico, lo è sempre stato.

La violazione dell'obbligazione fiduciaria da parte del destinatario di un'attribuzione *fiduciae causa*, che non trovava rimedi efficaci in *common law*, veniva risolta, nel sistema dell'*equità*, attraverso la costituzione in *trust* dei beni oggetto del primo atto di disposizione. Se Tizio trasferiva a Caio la titolarità di determinati beni e Caio assumeva l'obbligazione di impiegarli per un determinato fine, impegnandosi, altresì, a non trasferirli a terzi, ma poi, in violazione degli obblighi assunti, li trasferiva effettivamente a Sempronio, *eccedendo* i limiti imposti alla sua titolarità *funzionale*, in *common law* la posizione del disponente Tizio non trovava un rimedio diverso dal risarcimento del danno. La scissione tra *common law* ed *equità*, nei sistemi di diritto anglosassone, consentiva, però, alle Corti, in applicazione, appunto, dell'*equità*, di riconoscere in testa a Sempronio, avente causa

da Caio, le stesse obbligazioni "di destinazione" già gravanti su Caio, in dipendenza dell'atto di trasferimento fiduciario posto in essere da Tizio. A questo risultato il giudice perveniva proprio *costituendo in trust* i beni oggetto dei due atti di disposizione in testa all'ultimo acquirente (Sempronio), il quale veniva, *ex auctoritate judicis*, gravato delle obbligazioni di destinazione già facenti capo al primo attributario-secondo disponente.

In questo modo, il vincolo di destinazione impresso dal primo disponente poteva perpetuarsi in testa all'ultimo attributario dei beni, garantendo l'effettiva soddisfazione degli interessi di Tizio.

Il cenno alle origini dell'istituto, al di là di qualunque considerazione circa la sua non inerenza originaria alla materia contrattuale (si trattava, in effetti, di un rimedio giurisprudenziale), è interessante da almeno due punti di vista:

- 1) il fondamento del rimedio, almeno storicamente, affonda le proprie radici nella scissione, tipica dei sistemi giuridici di stampo anglosassone, tra *common law* ed *equity*;
- 2) la sostanza del fenomeno, in concreto, è decisamente connessa alla violazione di obbligazioni fiduciarie.

Sotto il primo profilo, l'osservazione è interessante perché conduce, subito, ad affrontare le prime difficoltà che un sistema di *civil law*, come quello dei maggiori Paesi europei continentali, incontra nell'imbattersi nel *trust*. Gli ordinamenti giuridici di tali Paesi, invero, non conoscono, soprattutto in materia di diritti reali, la distinzione tra *legal estates* e *equitable interests*, propria dei sistemi anglosassoni, e, in riferimento al diritto di proprietà, quindi, non conoscono le differenti modulazioni della titolarità, care ai giuristi d'oltre manica ed alla loro tradizione giurisprudenziale. Il primo scoglio che il civilista italiano incontra nel tentativo di accoglimento dell'istituto nell'ordinamento nazionale, come meglio si vedrà in seguito, è rappresentato, dunque, proprio da questo dato: l'unicità e la inscindibilità funzionale, che la tradizione dottrinale di *civil law* ci ha consegnato, del diritto di

proprietà e la sua configurazione, altrettanto tradizionale, in termini di diritto soggettivo pieno.

Sotto il secondo profilo, la difficoltà consisterà nel trasporre, nel nostro ordinamento, storicamente legato all'impostazione romanistica del problema della "fiducia", un modo di affrontare la questione che ricalchi la struttura della fiducia germanistica, caratterizzata dalla rilevanza reale del vincolo fiduciario.

Ma proseguiamo con ordine.

Certamente la ratifica, da parte dello Stato italiano, della Convenzione dell'Aja apre le porte del nostro sistema giuridico all'istituto in esame, se e quando regolato da una legge che lo riconosca, nel rispetto di alcuni requisiti fondamentali fissati dalla Convenzione stessa, ma sicuramente non risolve i problemi legati alla possibilità di configurare un *trust* regolato interamente dalla legge italiana.

La dottrina che si occupa dell'argomento con maggiore attenzione, e che non ha fatto dello studio del *trust* soltanto un "affare commerciale", è attestata, da un punto di vista generale, su due differenti prospettive di inquadramento dell'istituto, che potremmo definire, rispettivamente, di stampo soggettivistico e di stampo oggettivistico.

I sostenitori della prima prospettiva ritengono che la trasposizione dell'istituto che ci interessa nel nostro ordinamento debba necessariamente passare attraverso la soggettivizzazione del patrimonio di destinazione, percorrendo una strada analoga a quella, già nota al sistema codicistico, della fondazione, ancorché "non riconosciuta" (o fondazione fiduciaria). I sostenitori della seconda, invece, ritengono che la strada da percorrere, allo stesso fine, sia essenzialmente oggettiva e consistente nella strutturazione di un'operazione negoziale idonea a dar vita, indipendentemente da qualunque imputazione soggettiva del patrimonio, ad un fenomeno di destinazione di beni allo scopo a "rilevanza reale".

Le due posizioni si contrappongono, pur convergendo nella consapevolezza della esistenza, nel nostro ordinamento positivo, di strutture, soggettivizzate o no, comunque idonee alla ricezione del *trust*.

La prospettiva soggettivistica risente del vizio di fondo, che alterò l'approccio codicistico e normativo al problema dei patrimoni di destinazione, consistente nella incapacità di pensare ad un patrimonio (inteso, in questo caso, in senso improprio, quale aggregato di beni) senza soggetto, ossia di rifuggire l'idea, già appartenuta a giuristi del livello di Francesco Santoro Passarelli (seppure embrionalmente), che il legislatore, alcune volte, a determinati fini, può disciplinare un insieme di beni indipendentemente da qualunque valutazione attinente la loro titolarità.

Ma, concretamente, il ricorso allo strumento del soggetto di diritto consente, come è accaduto storicamente per la fondazione, di risolvere ogni

questione legata all'ammissibilità, in un ordinamento di *civil law* – e, per giunta, causalista come il nostro – di una destinazione di beni allo scopo a rilevanza reale.

La creazione di patrimoni di destinazione per via negoziale, in applicazione dei principi generali di autonomia privata affermati, in materia contrattuale, dall'art.1322, comma 2, c.c., ha incontrato solitamente le seguenti obiezioni:

a) universalità della responsabilità patrimoniale ed unicità del patrimonio;

b) intangibilità dei diritti reali ed integrità del contenuto del diritto dominicale;

c) cristallizzazione dell'effetto traslativo tra i due poli dello scambio e della liberalità, nella identificazione delle possibili cause lecite di contratto traslativo;

d) opponibilità ai terzi delle limitazioni reali imposte negozialmente al diritto reale, anche in ossequio al principio di tassatività delle ipotesi di trascrivibilità degli atti.

Ovviamente, il ricorso alla struttura soggettiva, cui imputare in via assoluta il patrimonio che si intende destinare ad uno scopo, permette di risolvere, seguendo lo schema usuale dell'erezione della persona giuridica (ancorché non formalizzata), tutte le questioni sovraesposte, in quanto:

a) l'attribuzione al soggetto di nuova creazione della massa di beni da destinare allo scopo non crea contrasti, né con il principio di unicità del patrimonio (il nuovo soggetto, infatti, sarà titolare dell'unico patrimonio, costituito dalla massa di beni destinati allo scopo), né con quello della inammissibilità di limitazioni convenzionali al principio di universalità della responsabilità patrimoniale, desumibile dal combinato disposto degli artt. 2740 e 2741 c.c. (il nuovo soggetto di diritto, infatti, risponderà delle obbligazioni assunte con tutto il proprio patrimonio);

b) la funzionalità, caratteristica della destinazione allo scopo, non affliggerebbe il diritto attribuito al soggetto, ma il soggetto stesso, orientandone verso lo scopo l'azione; il soggetto viene creato per il raggiungimento di uno scopo preciso ed è esso stesso, quindi, ad essere funzionale alla sua attuazione;

c) il ricorso alla causa, ormai collaudata, dell'attribuzione destinata a dotare il nuovo soggetto di un patrimonio (causa ricorrente sia nel fenomeno delle strutture soggettive del primo libro, sia in quello delle società commerciali) e sostanziantesi nel contratto di conferimento, permetterebbe di risolvere tutti i problemi di identificazione funzionale del presunto negozio di destinazione;

d) infine, da simile operazione giuridica nessuna limitazione da opporre ai terzi deriverebbe dall'atto di disposizione.

Il percorso da seguire sarebbe certamente quello della valorizzazione della ricostruzione dottrinale che riconosce legittime, nel nostro ordinamento, le

cosiddette fondazioni fiduciarie, ravvisandone, tra l'altro, testimonianze di diritto positivo nella disciplina dei comitati (Galgano), attraverso una estensione dei tradizionali confini. L'impostazione, tuttavia, dovrebbe fare i conti con non pochi problemi, tra cui, in primo luogo: la tipicità delle strutture soggettive; la individuazione della disciplina relativa, specie con riferimento al sistema dei controlli; la giustificazione della necessità della costituzione di un nuovo soggetto di diritto in presenza di un fenomeno non facilmente riconducibile a quelli già noti alla tradizione nazionale (ricordiamo che la dottrina e la giurisprudenza italiane a gran fatica riconoscono, cautamente e con notevole timidezza, l'utilizzabilità della fondazione per la realizzazione di scopi diversi da quelli ideali).

Di diverso avviso sono coloro che, avversando ogni posizione tendente alla soggettivizzazione del patrimonio di scopo, affrontano il problema del *trust*, inquadrandolo in un'ottica meramente negoziale (e, quindi, oggettiva) e cercando di dar conto del fenomeno, tra l'altro in maniera molto più vicina alla realtà operativa di derivazione anglosassone, soltanto operando sul meccanismo negoziale idoneo a dar vita alla destinazione dei beni allo scopo.

Nasce, così, proprio nella prima metà degli anni '90, un primo tentativo sistematico di elaborazione di un "negozio di destinazione", connotato da una propria causa specifica, non riducibile entro l'angusto binomio scambio-liberalità, che, partendo dall'osservazione di fattispecie codicisticamente disciplinate (fondo patrimoniale; art. 32 c.c.; fondi previdenziali di cui all'art. 2111 c.c.; accettazione con beneficio di inventario), nonché di fattispecie disciplinate da leggi speciali, ormai rilevanti in maniera consistente, anche in considerazione della loro diffusione nel sistema economico-finanziario (fondi comuni; fondi mobiliari e immobiliari chiusi, fondi pensione; cartolarizzazione dei crediti), cerca di arrivare ad affermare la legittimità di un atto di destinazione allo scopo a "rilevanza reale", che, anche fuori dalla tipicità normativa, possa trovar spazio e riconoscimento, in riferimento alla disposizione di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.

Si tratta di un negozio di disposizione attraverso il quale un soggetto attribuisce ad altro la titolarità di un diritto, con la sola giustificazione oggettiva della destinazione dei beni attribuiti, o dei loro frutti, alla soddisfazione di interessi che non fanno capo all'attributario bensì a terzi, ovvero, al limite, al disponente medesimo.

Questo piano di interessi, tradizionalmente tradotto, a livello giuridico-formale, attraverso il ricorso alla fiducia di stampo romanistico, è esattamente quello che sottende al *trust*, tradizionalmente interpretato dalla esperienza d'oltremarica.

Il *settlor* (disponente) attribuisce al *trustee* (attributario) una determinata massa di beni affinché

quest'ultimo li impieghi e li gestisca, conformemente alle istruzioni ricevute dal *settlor*, per la soddisfazione di interessi che non sono propri (del *trustee*) ma di terzi (i *beneficiari*).

Certamente la ricostruzione del negozio di destinazione, che se valorizzato può costituire la corretta risposta italiana al problema del *trust*, deve resistere alle obiezioni mosse superiormente alle lettere a), b), c) e d), permettendo all'interprete e al giurista di rinvenire in una struttura negoziale, che rifugge dalla soggettivizzazione del patrimonio di destinazione, lo strumento idoneo, da subito, a dar vita ad un *trust* interamente regolato dalla legge nazionale.

Il negozio di destinazione di beni allo scopo, per non risolversi nella riproposizione del patto fiduciario di stampo romanistico, deve avere rilevanza reale, ossia deve essere idoneo ad imprimere ai beni che ne sono oggetto, un vincolo di destinazione che non si riduca alla mera imposizione, a carico del destinatario, di una obbligazione di fare o di dare, ma che si rifletta sulla situazione giuridica dei beni, "costituendoli" in patrimonio separato, in testa all'attributario.

La "separazione patrimoniale" costituisce la necessaria traduzione giuridica, sotto il profilo dell'effetto, dei fenomeni di destinazione reale di beni ad uno scopo, come, tra l'altro, emergente chiaramente dalle ipotesi legislative note, sia in ambito codicistico che di leggi speciali.

Essa determina la costituzione, in testa ad un unico soggetto, di più masse di beni autonome, ciascuna delle quali vive le proprie vicende e non è coinvolta da quelle interessanti le altre.

La tradizione dottrinale italiana ha sempre ritenuto che i fenomeni di separazione patrimoniale potessero ricorrere, esclusivamente, nei casi, da interpretare come tassativi, espressamente previsti e disciplinati dalla legge, in ossequio sia al ritenuto principio di unicità del patrimonio, sia a quello della impossibilità di limitazioni alla responsabilità patrimoniale diverse da quelle legali (cause legittime di prelazione).

Il primo (presunto) principio affonda le radici in una considerazione del patrimonio quale proiezione, sotto il profilo giuridico, della stessa persona umana, per cui ad un unico soggetto, secondo la tradizione civilistica più diffusa nel secolo scorso, non può che corrispondere uno ed un solo patrimonio. Tale visione, tra l'altro già messa in crisi dalle osservazioni puntuali di Nicola Coviello nei primi decenni del '900, è decisamente superata, almeno nei suoi presupposti filosofici, in quanto, anche dal punto di vista giuridico, la rilevanza della persona umana nell'ordinamento di diritto privato non può certamente ritenersi esaurita dagli aspetti patrimoniali delle sue manifestazioni.

Inoltre, la testimonianza normativa di ipotesi di patrimoni separati conferma l'inassumibilità, sul piano logico, del principio di unicità del patrimonio. Il problema concreto di disciplina si pone, allora, in

riferimento alla possibilità che, in attuazione della propria ampia autonomia, il privato possa, per via negoziale, dar vita a forme di separazione patrimoniale, idonee a sottrarre alla generalità dei creditori del titolare dei beni costituiti in patrimonio separato la garanzia del credito, limitatamente ai beni stessi. Su quei beni, infatti, potranno trovare soddisfazione soltanto quei soggetti che abbiano assunto, verso il titolare, ragioni di credito "funzionali", ossia strettamente derivanti dal vincolo di destinazione che affligge la massa patrimoniale.

Ove un simile effetto potesse derivare da un atto giuridico negoziale, si ritiene che resterebbe violata la disposizione di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., secondo il quale: "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi previsti dalla legge".

La norma viene considerata, dalla dottrina prevalente, uno dei maggiori ostacoli all'ammissibilità della separazione patrimoniale per via negoziale, in quanto, attraverso il negozio di destinazione a rilevanza reale, si sostiene, si darebbe luogo ad una separazione di patrimoni in testa all'unico soggetto titolare, cui conseguirebbe la sottrazione della massa di beni "separata" alla generica responsabilità di cui al comma 1 dello stesso articolo. Il debitore, relativamente ai beni oggetto di disposizione destinataria e, quindi, costituiti in patrimonio separato, non risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti, indistintamente, di tutti i propri creditori, secondo il principio della concorsualità, ma "garantirebbe" esclusivamente l'adempimento di quelle obbligazioni che gravano titolo in fatti relativi alla destinazione di scopo, la quale, a sua volta, come vedremo tra poco, costituisce l'unico fondamento causale dell'attribuzione patrimoniale.

La seria preoccupazione va vinta offrendo una interpretazione, serena e scevra da pregiudizi, della disposizione in commento: la norma contenuta nel secondo comma dell'art. 2740 c.c., va, ad avviso di chi scrive, letta nel senso di vietare, e, quindi, di ritenere nulli, tutti quegli atti negoziali che, quale loro unica giustificazione causale, abbiano la limitazione della responsabilità. Dall'ambito operativo del divieto, pertanto, dev'essere esclusi tutti gli altri atti giuridici rispetto ai quali la separazione patrimoniale si ponga soltanto come *conseguenza effettuale ulteriore e non esclusiva*, rispetto al perseguimento ed alla attuazione di interessi ben più vasti e ricoprenti, nella scala di valore della "considerazione legislativa", un gradino almeno uguale alla tutela del credito. In altri termini, nel caso del negozio di destinazione, l'interesse perseguito, e della cui meritevolezza occorre giudicare al fine di esprimere un corretto giudizio ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., non è quello della limitazione della responsabilità, bensì quello che si evince dall'analisi dello scopo, in vista del cui raggiun-

gimento nasce il vincolo di destinazione negoziale. La limitazione di responsabilità, che si determina in testa all'attributario dei beni destinati allo scopo quale mera conseguenza della destinazione (necessaria, affinché la stessa assuma rilevanza "reale", ma non certo coesistente alla individuazione del profilo causale del negozio), *costituisce il costo giuridico economico* del fenomeno destinatorio, del quale tener conto, in concreto, all'atto della formulazione del giudizio di meritevolezza: ma non di più!

Va segnalato, a questo punto, un importante dato interpretativo: il disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, noto alle platee come "disegno Mirone", espressamente prevede che le società per azioni, evidentemente per mezzo di un atto negoziale *ad hoc*, possano dar vita a "patrimoni dedicati ad uno specifico affare", disponendo, inoltre, che, ove ciò accada, il legislatore delegato provveda concretamente a determinare la disciplina di tali patrimoni, sia sotto il profilo contabile, che sotto quelli della sensibilità alle azioni esecutive dei creditori sociali e dell'apertura di procedure concorsuali a carico della società.

Perché allora non ritenere legittima una manifestazione del pieno potere di autonomia privata mediante la quale, al fine di rendere rilevante sul piano reale il fenomeno, si destinino beni ad uno scopo, attribuendoli ad altri soggetti (ma, a questo punto, non necessariamente), disciplinando puntualmente ogni aspetto effettuale in modo da dare risposta alle esigenze diverse che potrebbero, dall'atto di disposizione, essere compromesse?

Il quesito, aperto secondo tanti, va, a mio avviso, chiuso con una risposta affermativa.

E vediamo, più in particolare, quali esigenze potrebbero essere negativamente coinvolte da un'attribuzione patrimoniale derivante ad un soggetto in forza di un atto di destinazione di beni ad uno scopo a rilevanza reale.

Iniziamo dall'analisi della posizione dei creditori dell'attributario, i quali non possono soddisfarsi sui beni "destinati", salvo che la propria ragione di credito sia "titolata" dall'inerenza allo scopo.

Salvo quanto già detto circa la validità dell'atto sotto il profilo del rapporto con l'art. 2740, comma 2, c.c., resta da affrontare il problema della tutela, in concreto, delle ragioni di credito, che confluisce, direttamente, in quello della opponibilità ai terzi del vincolo reale di destinazione.

In via preliminare occorre chiarire che attraverso il negozio di destinazione vengono attribuiti, sebbene affetti dal vincolo di destinazione, beni ad un terzo, il quale, dunque, non ne era titolare prima. Ciò vuol dire, banalmente, che i creditori già tali prima dell'attribuzione patrimoniale avevano fatto affidamento, per la concessione del credito, su di un patrimonio che non comprendeva i beni pervenuti successivamente. Certo, l'art. 2740 c.c., al primo comma, espressamente dispone che il debitore risponde dell'adempimento di tutte le obbli-

gazioni con tutti i suoi beni presenti e *futuri*, ma la norma non può essere interpretata così estensivamente da vietare il fenomeno di cui ci stiamo occupando. Il dato certo è che, al momento della concessione del credito, i beni soggetti al vincolo di destinazione non erano nel patrimonio del debitore, per cui su quelli non s'era poggiato l'affidamento del creditore per la soddisfazione delle proprie ragioni. L'argomento è analogo a quello che si desume dalla disciplina del conflitto tra creditori del simulato alienante e creditori del simulato acquirente a norma dell'art. 1416 c.c., che si giustifica, non tanto in ragione del fatto che i primi sono preferiti perché *certant de damno vitando*, ma perché i secondi non avevano fatto alcun affidamento revisionale sui beni oggetto dell'acquisto simulato, al momento della concessione del credito.

D'altra parte, se ben si comprende l'essenza del fenomeno allo studio, il *trustee*, cui i beni vengono attribuiti con vincolo di destinazione reale, non riceve alcun arricchimento dall'attribuzione patrimoniale, atteggiandosi, piuttosto, a gestore degli stessi nell'interesse altrui (del disponente e dei beneficiari), per cui è da contestare, al fine di sostenere la posizione espressa in termini di carenza di ragioni di tutela per i creditori preesistenti, la stessa ricorrenza di un fenomeno di incremento patrimoniale in favore del loro debitore.

Alla luce di queste osservazioni le preoccupazioni concernenti la tutela del credito e l'universalità della responsabilità patrimoniale possono essere superate, o, comunque, affrontate con maggiore serenità. D'altra parte, in relazione alla posizione dei creditori del disponente (*settlor*), la natura certamente dispositiva dell'atto di destinazione di beni allo scopo, consente l'esperimento dell'azione revocatoria, al fine di meglio tutelare le ragioni creditorie. La conclusione non può essere revocata in dubbio e riprende le posizioni giurisprudenziali più avanzate (e corrette) espresse, anche dai giudici di legittimità, in materia di revocabilità dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, indipendentemente da qualunque valutazione circa la sua natura traslativa.

Il problema di conciliare il vincolo reale di destinazione con le esigenze di tutela del credito, sia con riguardo ai creditori del *settlor* sia con riguardo ai creditori del *trustee*, va affrontato anche sotto l'aspetto dell'opponibilità ai terzi (in genere) ed ai creditori (in particolare) del vincolo di destinazione come costituito per via negoziale.

Va preliminarmente ricordato che un problema di opponibilità ai terzi del vincolo reale di destinazione non si pone (almeno negli stessi termini) per coloro i quali ritengono che il fenomeno del *trust* dia vita ad una forma di soggettivizzazione del patrimonio. Il ricorso al nuovo soggetto di diritto, come già accennato, consente di spostare la questione della "limitazione funzionale" dal piano dell'attribuzione a quello del soggetto e, se vo-

gliamo, del riconoscimento della capacità d'agire (se non, addirittura, giuridica). Ad essere funzionale allo scopo è il soggetto, non certo i beni; è la sua capacità ad essere limitata in relazione allo scopo di destinazione; la situazione di titolarità dei beni in testa al "patrimonio-soggetto" è una situazione corrispondente, in sé, alla proprietà piena.

Nella diversa prospettiva, che qui si continua a sostenere essere l'unica capace di dar conto del fenomeno concreto, del vincolo negoziale affliggente i beni, in se considerati, la questione dell'opponibilità ai terzi diventa di primaria importanza, in quanto occorre a rendere rilevante all'esterno la separazione patrimoniale che si determina in testa al *trustee* per effetto dell'atto di attribuzione vincolato e permette, per questa via, al vincolo di destinazione di fuoriuscire dalla tradizionale costruzione del fenomeno fiduciario, per approdare concretamente sul piano "reale".

Dall'esame della esperienza fino ad oggi maturata in Italia, l'attribuzione di beni dal *settlor* al *trustee*, quando riguardante immobili o comunque beni le cui vicende sono soggette a particolari regimi di pubblicità, viene resa opponibile ai terzi per mezzo di una semplice trascrizione in favore del soggetto designato come *trustee*, recante l'espressa indicazione di tale qualità e la specificazione dei suoi poteri, funzionalmente limitati, nel "quadro D" della nota di trascrizione.

Di diverso avviso è, invece, chi ritiene che il *trust*, nel nostro ordinamento, si debba risolvere in un fenomeno di soggettivizzazione del patrimonio di scopo: per i sostenitori di tale posizione, la trascrizione andrebbe effettuata "a favore" del *trust*, costituente, appunto, distinto soggetto di diritto "funzionalmente limitato nella sua capacità".

Entrambe le posizioni non possono soddisfare chi scrive.

La seconda, evidentemente, per la diversa ottica di fondo che la sostiene e che non si condivide; la prima, perché inidonea, ad avviso di chi scrive, a sortire, in concreto, l'effetto di opponibilità ai terzi, propri della trascrizione.

La trascrizione a favore del soggetto *trustee*, sebbene accompagnata dall'indicazione espressa di tale qualità e dalla integrazione delle limitazioni al suo potere espressamente elencate nel "quadro D" della nota, non serve assolutamente a rendere opponibile ai terzi la sussistenza di un vincolo reale di destinazione sui beni a lui attribuiti, in quanto, concretamente, non si risolve in una trascrizione "contro", che possa tradursi in una forma giuridica di opponibilità. Certamente dà notizia dell'esistenza del vincolo, ma non impedisce che l'eventuale atto di disposizione, compiuto dal *trustee* in violazione del vincolo di destinazione, resti opponibile al disponente ed ai beneficiari, con concreto pregiudizio delle loro ragioni, ovvero che l'eventuale azione promossa in danno del *trustee* dai suoi creditori possa toccare anche i beni og-

getto della disposizione destinataria.

La soluzione, fino ad oggi preferita dagli "operatori", soddisfa le esigenze "notizie", legate alla pubblicità, ma non altro. Ciò vuol dire che, di fronte ad una trascrizione operata nel senso visto, il terzo avente causa dal *trustee*, in violazione degli obblighi di destinazione, non potrà certo invocare la buona fede ove occorra a tutelare il proprio acquisto, rimanendo così esposto al coinvolgimento nell'inadempimento del *trustee*, almeno a titolo di cooperazione nell'inadempimento, ed al pericolo eventuale di un recupero del bene acquistato ai sensi dell'art. 2058 c.c. (ma ciò, come evidente, con tutte le difficoltà operativa e processuali del caso, soprattutto in termini di prova degli stati soggettivi del terzo acquirente).

Il problema della opponibilità ai terzi del vincolo, e, quindi, della sua rilevanza "reale", va, invece, risolto diversamente. L'unica soluzione praticabile, per ottenere il risultato proprio dell'opponibilità derivante dalla trascrizione, è quella della doppia trascrizione: una prima, idonea a rendere opponibile ai terzi il trasferimento dei beni dal *settlor* al *trustee* (quindi, contro il primo ed a favore del secondo); una seconda capace di dar conto del vincolo di destinazione sui beni e, quindi, contro il *trustee* ed a favore del beneficiari (ovvero, in alcuni casi, come appresso meglio chiarirò, dello stesso disponente).

Il punto merita chiarimenti, sia in relazione ai presupposti normativi sulla base dei quali operare la seconda trascrizione, sia in riferimento alle sue modalità di esecuzione.

E' notorio che le norme relative alla trascrizione vengono intese, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come enuncianti ipotesi tassative e che, inoltre, la trascrizione di atti non espressamente riconducibili entro alcuna delle previsioni di legge, non sortisce comunque l'effetto dell'opponibilità (il problema è stato affrontato, con particolare attenzione, in relazione alla trascrizione dei patti di prelazione).

E' altrettanto evidente, poi, che, nel nostro caso, la trascrizione - e l'opponibilità che ne deriva sul piano effettuale - non è strumentale, come accade per gli atti di trasferimento "puri e semplici", a risolvere eventuali conflitti tra più aventi causa dal medesimo autore, bensì occorre a dar conto della concorrenza, sul medesimo bene, di più interessi, tutti di natura privatistica, facenti capo a diversi soggetti. Sui beni costituiti in *trust* concorrono, infatti, in termini di situazioni soggettive attive (più o meno complesse): l'interesse del disponente (alla concreta destinazione dei beni attribuiti e alla loro non distrazione dallo scopo); l'interesse del *trustee*, formalmente titolare del diritto di proprietà; l'interesse dei beneficiari (ove questi siano diversi dal disponente stesso).

L'opponibilità serve a dar conto, dunque, di questa plurima concorrenza di interessi sui beni oggetto di destinazione.

Le norme utilizzabili allo scopo paiono poter essere quelle relative alla trascrizione del pignoramento, che riterrei applicabili non in via analogica ma in chiave di interpretazione estensiva. Quelle norme, difatti, non tendono alla risoluzione di eventuali conflitti di interesse tra più aventi causa dal medesimo autore, bensì alla disciplina della concorrenza tra l'interesse del creditore alla protezione della ragione di credito e quello del proprietario alla pienezza del proprio diritto. La disciplina di legge è diretta, infine, a rendere opponibile ad un eventuale terzo acquirente dal proprietario, il vincolo di preferenza posto sui beni dal creditore pignoratizio, affinché il procedimento esecutivo possa proseguire in suo danno. La trascrizione del pignoramento, in altri termini, occorre al creditore al fine di evitare che un eventuale atto di disposizione posto in essere dal proprietario-debitore possa pregiudicare le proprie ragioni di credito relativamente al bene gravato dalla formalità pignoratizia.

Composizione e concorrenza di interessi analoga a quella appena esaminata si riproduce nel caso del negozio di destinazione di beni allo scopo: la limitazione funzionale nell'investitura dell'attributario (*trustee*, nella specie), che discende dal particolare atteggiamento causale del negozio di disposizione (di cui si parlerà tra poco), deve, per assumere rilevanza "reale" e non sfumare totalmente sul piano obbligatorio, potere essere opposta ai terzi (eventuali aventi causa dal *trustee*) ed ai creditori di costui. Di tale interesse, alla rilevanza reale del vincolo destinataria, è portatore non soltanto il disponente (il quale ha attribuito al *trustee* i beni non certo per arricchirlo ma soltanto perché questi li destinasse concretamente allo scopo, il cui perseguimento soddisfa l'interesse del disponente, appunto) ma pure i beneficiari, in quanto concretamente destinatari finali delle utilità tratte dalla gestione e dall'impiego produttivo dei beni costituiti in *trust*.

Questa convergenza di interessi, tra disponente e beneficiari, pone immediatamente una questione "operativa": a favore di chi operare la seconda trascrizione?

La risposta al quesito non può, ad avviso di chi scrive, essere univoca. Occorre distinguere, infatti, i casi in cui i beneficiari del *trust* siano precisamente individuati, anche soltanto "per categorie", da quelli in cui risultino assolutamente indeterminabili.

Nel primo caso la trascrizione potrà avvenire in favore dei beneficiari, che, si ritiene, siano portatori dell'interesse prevalente (rispetto a quello del disponente) alla concreta e reale destinazione dei beni costituiti in *trust* allo scopo indicato dal disponente. Il concorrente interesse del disponente a tanto resta sullo sfondo, contribuendo certamente a dare validità, sotto il profilo causale al negozio, ma senza assumere la stessa rilevanza di quello facente capo ai beneficiari, analogamente a

quanto avviene in materia di stipulazione a favore di terzi, per quanto riguarda l'interesse dello stipulante all'attribuzione al terzo.

Nel secondo caso, invece, l'indeterminabilità dei beneficiari sarà, essa stessa, sintomo di una prevalenza dell'interesse del disponente alla destinazione, in concreto, dei beni allo scopo, per cui la seconda trascrizione ben potrebbe essere effettuata in suo favore, in quanto unico (o maggiore) interessato all'attuazione del vincolo destinatorio.

Il superamento anche di questo limite, rappresentato dalla opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione, essenziale alla sua fuoriuscita dalla dimensione dell'obbligazione fiduciaria, consente di chiudere il discorso relativo all'ammissibilità del negozio destinatorio, attraverso il quale il *trust* potrebbe trovare la migliore espressione nel nostro ordinamento, almeno limitatamente agli aspetti legati alla tutela del credito, alla universalità della responsabilità patrimoniale e alla unicità del patrimonio.

In effetti, sotto il profilo operativo, uno degli impedimenti maggiori al riconoscimento dell'istituto di diritto anglosassone nel nostro sistema di diritto privato è rappresentato proprio dai timori legati alla lesione del principio di universalità della responsabilità patrimoniale e di tutela del credito. Le osservazioni svolte consentono di acquisire, sul punto, con una buona dose di laicità, maggiore serenità.

Tra i dilemmi affrontati, e riportati nelle pagine che precedono sotto le lettere a), b), c) e d), il "sacro dogma" della tipicità dei diritti reali e dell'intangibilità delle prerogative tradizionali del diritto dominicale sono ulteriori ostacoli all'accoglimento del *trust* nel nostro ordinamento, per chi rifiuta impostazioni di stampo soggettivistico.

Si ritiene, in realtà, che l'attribuzione in favore del *trustee*, in quanto funzionalmente limitata nelle prerogative proprietarie, determini la creazione di un diritto reale nuovo e innominato, in contrasto con il principio (presunto) di tipicità, ovvero dia vita ad una proprietà deturpata nei suoi aspetti essenziali, come delineati dal codice civile del 1942.

Le osservazioni mosse sul punto appaiono datate e comunque prive di consistenza.

La "questione proprietà", dalla affermazione della sacralità del diritto dominicale, contenuta nelle dichiarazioni dei diritti fondamentali dell'uomo di fine '700, ad oggi, si è posta, all'attenzione dell'interprete, con modalità diverse, storicamente determinate dall'evoluzione dei rapporti sociali ed economici.

Il problema originario della proprietà si sovrappone a quello dell'affermazione del diritto soggettivo, ossia del riconoscimento della necessità di tutelare l'interesse all'appropriazione privata dei beni di produzione e di consumo anche, ed in primo lu-

go, contro l'autorità statale. E' la stagione dell'invulnerabilità del diritto dominicale, del suo rispetto assoluto e della cristallizzazione certa delle sue prerogative.

L'evoluzione storica dei rapporti tra individuo e Stato, il passaggio dalle forme di governo monarchico, ancorché costituzionale, a quelle di democrazia liberale, affievolisce senza dubbio la contrapposizione tra individuo e Stato nella lotta per l'affermazione della invulnerabilità della proprietà e lascia spazio a nuove discussioni circa confini e limiti del diritto dominicale. Anche il passaggio da un'economia delle campagne, fondata sulla centralità del fondo e del suo sfruttamento, ad un'economia delle città e dell'impresa, determina lo spostamento dell'attenzione legislativa dalla tutela assoluta del *dominium* alla protezione del credito e della circolazione dei beni. Nel nostro ordinamento, l'emanazione della Carta costituzionale, con l'affermazione della "funzione sociale" della proprietà, apre, infine, una nuova stagione del dibattito proprietario, che trova le sue massime punte di emersione nella discussione dottrinale articolatasi tra gli anni '60 e '70 del 1900, tutta incentrata intorno al coordinamento tra la disciplina codicistica e quella di rango superiore.

Ma quegli anni del secolo appena conclusosi sono anche gli anni del riconoscimento di una non riconducibilità *ad unum* della questione proprietaria e dell'affermazione di una varietà di atteggiamenti del diritto dominicale, della cui inalterabilità intrinseca ormai si dubita fortemente.

La proprietà dei suoli edificatori viene distinta da quella avente ad oggetto fondi agricoli; la proprietà dei beni immateriali viene caratterizzata da elementi particolari e duttili; a categorie specifiche, recanti connotati tutti propri, viene assegnata la proprietà di miniere, cave e torbiere.

Il dibattito lascia emergere una progressiva erosione del concetto unico di "diritto di proprietà", che, oggi, può dirsi decisamente superato; anche nel lessico le cose cambiano: dallo studio "della proprietà" si passa a quello "delle proprietà", proprio al fine di rimarcare differenze strutturali che sono tali, ormai, da impedire qualunque ricostruzione unitaria, anche in uno spirito fortemente sistematico.

Negli ultimi decenni, infine, l'arricchimento del dibattito viene dalla constatazione del fatto che la questione della proprietà non si pone più nei termini della ricerca del limite al potere invasivo dell'autorità pubblica e, quindi, dell'affermazione del contenuto minimo del diritto dominicale, ma si pone nel senso della ricerca di strutture dominicali, di diritto privato, che sappiano modellarsi al punto da dar conto, sul piano giuridico, della possibile confluenza tra più interessi privati, a rilevanza reale, sul medesimo bene.

E' ciò che avviene con la proprietà attribuita (o già spettante) ai coniugi sui beni oggetto di fondo patrimoniale; ovvero su quella riconosciuta in testa

all'erede accettante con beneficio di inventario sui beni ereditati ma costituiti in patrimonio separato soltanto per restare alle ipotesi di rilevanza codicistica più evidenti). Ma è ciò che accade anche nella multiproprietà, recentemente disciplinata quale nuovo diritto reale tipico, che dà risposta all'esigenza del privato di essere titolare di una proprietà" limitata nel tempo.

La revisione della "questione proprietà", innanzitutto sotto il profilo del metodo, operata in considerazione delle nuove esigenze emergenti dalla maggiore complessità dei rapporti sociali ed economici, deve avvenire nel senso della presa di coscienza delle nuove frontiere del problema.

Superata l'età dell'affermazione del dominio contro il prepotere pubblico e superata quella della ricerca di un giusto equilibrio tra le prerogative del diritto soggettivo reale e i limiti pubblici alla sua estensione, oggi lo studioso è chiamato alla ricerca di nuove forme di dominio che sappiano tradurre sul piano "reale" situazioni e composizioni di interesse tradizionalmente risolte sul piano dell'obbligazione e del mero risarcimento danni. Proprio il tema del *trust* costituisce valido banco di prova per la ricerca di una forma reale di convivenza tra le caratteristiche del diritto di proprietà, assunte dalla tradizione legislativa e dottrinale, e l'interesse, ugualmente privato, ad un'attribuzione patrimoniale che non si risolva nell'arricchimento dell'attributario ma tenda, oggettivamente, al perseguimento ed al raggiungimento di scopi ulteriori, che si collocano fuori dalla sfera giuridica del *trustee*.

La prosecuzione del discorso richiede delle necessarie premesse di carattere storico e comparatistico che mettano in grado il lettore di comprendere al meglio i termini della questione.

Nell'impostazione tradizionale del problema della proprietà "intrinsecamente limitata", sia sotto il profilo temporale sia sotto quello funzionale, non può prescindersi dalla ricognizione dell'origine storica del *dominium*, che, nel diritto italiano specialmente (marcando già delle differenze dal diritto francese) si caratterizza per le assolute e piene dipendenza, unità ed indivisibilità. Storicamente, sulla scia della pandettistica tedesca, la dottrina italiana più autorevole, almeno fino alla metà del 900 in maniera quasi monolitica, ha sempre affermato che le caratteristiche essenziali del diritto di proprietà risiedono nella unità e nella complessità del diritto dominicale, al quale limitazioni possono derivare soltanto dalla concorrenza, sul medesimo bene, di altro diritto reale "minore", non a caso ricostruito, senza esitazioni, in chiave di *ius in re aliena*, ossia di autonoma entità giuridica, non derivante da un "frazionamento" della proprietà (come, viceversa, sostenuto dalla dottrina francese), capace di comprimere il diritto di proprietà dall'esterno.

Il diritto di proprietà, nell'interpretazione dei migliori giuristi di quel periodo (De Ruggiero; Barassi),

è, dunque, monolitico ed infrazionabile, sia sotto il profilo temporale, sia sotto quello funzionale. Ciò conduce al generale rifiuto di ipotesi contrattuali dirette a dar vita a forme di proprietà a termine, come pure alla collocazione nell'ambito del rapporto obbligatorio (con limitazione della tutela al piano risarcitorio, salva l'applicabilità, in alcune ipotesi, della disposizione di cui all'art. 2932 c.c.) di ogni previsione negoziale diretta a determinare, allo spirare di un termine o al verificarsi di un evento (non dedotto tecnicamente in condizione) un riacquisto del bene da parte dell'originario disponente, ovvero la destinazione a terzi del bene medesimo da parte del primo attributario (acquirente).

Non a caso, ed a *contrario*, pochissimi sono stati i dubbi sollevati contro la possibilità di "proprietà risolubili", ovvero di proprietà destinate a finire (per avere altra sorte), in capo al primo acquirente, al verificarsi di una condizione risolutiva. L'afferenza, ritenuta, della condizione al meccanismo negoziale e la sua incidenza (altrettanto ritenuta) sul piano del fatto giuridico, piuttosto che su quello dell'effetto o dell'effetto dell'effetto (ossia il diritto), hanno sempre consentito di espungere tali ipotesi dalla problematica della proprietà temporanea e intrinsecamente limitata anche sotto il profilo funzionale, confermando un orientamento ben saldo anche in epoca contemporanea.

Le due questioni, quella della proprietà temporanea e quella della proprietà intrinsecamente limitata sotto il profilo funzionale (*idem est*: sotto il profilo della individuazione esatta della facoltà spettante al titolare del diritto) sono direttamente e strettamente connesse: il riconoscimento di una proprietà temporanea, ossia destinata a devolversi in favore di altro o altri soggetti, in tutte o in parte delle sue manifestazioni patrimoniali rilevanti, implica necessariamente l'individuazione esatta delle facoltà spettanti al titolare *medio tempore* e dei limiti al loro esercizio, a tutela delle ragioni dei finali destinatari del bene.

Senza riassumere, in questa sede, lo stato del dibattito, nella dottrina italiana contemporanea sul tema della proprietà *ad tempus*, può essere certamente affermato che, almeno la dottrina più recente, non ha dubbi sul fatto che la limitazione temporanea del diritto di proprietà, riconosciuta oggi più ampiamente, non possa non ripercuotersi sull'atteggiamento concreto della situazione soggettiva stessa, imponendo limitazioni, almeno nel godimento, a tutela delle ragioni di chi del diritto diventerà titolare allo spirare del termine finale.

Anche nell'ordinamento italiano, ben più legato all'assolutezza, all'indivisibilità ed all'unicità del diritto di proprietà, ampi spiragli ormai si aprono, con sempre maggiore convinzione, nell'affermazione di situazioni proprietarie limitate, funzionalmente, in ragione del tempo. Tali orientamenti confermano una tendenza alla generale revisione delle caratteristiche, consegnateci come

insuperabili dalla pandettistica del secolo scorso, del diritto di proprietà, permettendo, anche alla luce delle recenti innovazioni legislative in materia di multiproprietà (espressamente configurata dal legislatore in termini di diritto reale), di avvicinarci con minore ritrosia al riconoscimento della pluralità degli statuti proprietari, in un'ottica, attenta alla composizione delle nuove esigenze nascenti dalla modificazione dei rapporti socio-economici, come si era, da più parti, auspicato.

E' evidente che l'impostazione pandettistica della questione proprietaria, cui la dottrina italiana, più di quella francese, è rimasta legata fino a qualche decennio fa, in maniera assoluta, ha impedito a lungo un'evoluzione del dibattito sulle "proprietà funzionali", ossia su quelle forme di titolarità del diritto reale che risultino limitate, quanto a facoltà di godimento e di disposizione (in un certo senso), rispetto alla tradizionale configurazione del *dominium*, e, dunque, soltanto oggi consente di aprire, sotto questo aspetto, la discussione sull'accogliibilità del *trust* nel nostro ordinamento civilistico, tutto fondato, tra l'altro, sulla connotazione contenutistica e sui limiti ai poteri del *trustee*.

Oggi gli spiragli, anche sotto questo punto di vista sono ben maggiori e permettono un raffronto con il sistema proprietario degli ordinamenti anglosassoni, al fine di cogliere le reali possibilità di traslazione e di adattamento delle loro regole nel nostro sistema.

L'evoluzione dell'istituto del *trust* nel suo ordinamento di origine è legata, non soltanto alla distinzione tra *common law* ed *equity*, quanto, soprattutto, al particolare atteggiamento della questione proprietaria nel diritto angloamericano. L'origine feudale del sistema proprietario inglese, ancora oggi legato all'affermazione per cui "tutta la terra appartiene alla Corona", ha fatto sì che anche l'attuale sistema dei diritti reali, disciplinato, in linea generale dal *Law Property Act* del 1925, riconosca soltanto due *estates in land* (cioè interessi soggettivi attivi legati alla cosa oggetto di titolarità ed opponibili ai terzi, in analogia ai nostri diritti reali): il *fee simple absolute in possession* ed il *lease*; il primo sostanziatesi in un diritto sulla terra essenzialmente perpetuo (destinato, più precisamente, a durare per tutta la vita del titolare ed oltre, fino all'esistenza in vita di uno dei suoi eredi); il secondo, nato come diritto personale, oggi si vede accordare, in sostanza, la piena tutela proprietaria dalle Corti.

Accanto ai due *legal estates*, il diritto anglosassone riconosce diverse, e differenti tra loro, modulazioni di situazioni soggettive di interessi comunque inerenti alla cosa ovvero al reddito dalla stessa prodotto. Si tratta di interessi, spesso non destinati a durare oltre la vita del titolare e, comunque, relegati nell'ambito degli *equitable interests*; interessi soggettivi, cioè, protetti attraverso le forme di tutela proprie dell'*equity*. Tali interessi, molti

dei quali, per tentare una trasposizione meglio comprensibile per gli operatori soggetti al nostro ordinamento, sono assimilabili alle situazioni soggettive di aspettativa tutelata, non sono opponibili, nel sistema anglosassone, ai terzi, ma vengono protetti proprio attraverso il ricorso al *trust*. Per esempio, nel caso in cui il titolare di un *legal estate*, gravato da posizioni obbligatorie a soddisfazione dell'interesse proprio di un terzo soggetto, titolare, a sua volta, di un *equitable interest*, alieni a terzi il bene oggetto del *legal estate*, l'interesse del soggetto "concorrente", in quanto inopponibile in *common law* al nuovo "proprietario" del bene, potrebbe restare frustrato, e vedere soltanto obbligato il primo titolare (venditore) al risarcimento del danno, senza che la tutela assuma rilevanza "reale". Proprio per evitare ciò, il sistema dell'*equity* permette al giudice adito di costituire *trustee* dei beni oggetto di vendita l'ultimo acquirente, imponendogli l'osservanza degli obblighi già gravanti sul proprio dante causa.

Come subito evidente dall'esemplificazione, fin troppo elementare, il nostro istituto risponde all'esigenza di perpetuare, in testa all'acquirente di bene "vincolato" alla destinazione a scopi ulteriori ed attribuito al *trustee*, affinché questi ne faccia l'uso indicato dal disponente, le obbligazioni già gravanti sul primo proprietario, al fine di evitare che l'inopponibilità ai terzi degli *equitable interests* finisca per frustrare le legittime aspettative dei titolari.

Nei nostro ordinamento la strada della perpetuazione, per via giurisprudenziale, di rapporti obbligatori in testa a soggetti terzi (non coinvolti, cioè, dal titolo da cui l'obbligazione è sorta) non è percorribile: l'assunzione del debito altrui, nelle forme note di legge, è atto volontario che richiede un espresso accordo tra terzo e creditore (espromissione) o tra terzo e debitore (accollo) e non può provenire da altro mezzo, tranne alcune ipotesi, tra l'altro molto discutibili, di accollo *ex lege*.

La via da percorrere, al fine di rafforzare gli interessi dei beneficiari del *trust*, dunque, non può che essere quella della opponibilità ai terzi dei vincoli di godimento, uso e destinazione dei beni attribuiti al *trustee* e ciò può essere efficacemente raggiunto soltanto attraverso la ridefinizione del contenuto e degli aspetti intrinseci del diritto reale attribuito al *trustee* stesso, limitandone funzionalmente poteri e facoltà nella direzione necessaria al raggiungimento dello scopo perseguito dal disponente.

Ecco allora che la revisione critica, ormai in atto da alcuni decenni, del dogma della intangibilità dei diritti reali e della immodificabilità convenzionale dell'investitura nel diritto reale, rappresenta, allo stato del dibattito, l'unica strada da percorrere per raggiungere lo scopo.

Limitazione funzionale del diritto di proprietà in coerenza con la destinazione finale dei beni e individuazione degli opportuni strumenti di pubblici-

tà ed opponibilità ai terzi di tale limitazione, passano, rispettivamente, attraverso il principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. ed il confronto, condotto anche sul piano dei valori costituzionali, tra le ragioni che governano la tutela del credito e dell'affidamento e quelle che proteggono, nella sostanza, la libera determinazione degli interessi privati e la libera predisposizione degli strumenti all'uopo idonei.

Si tratta di esaminare con attenzione i limiti di incidenza del potere di autonomia, riconosciuto ai privati ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., sulla struttura delle situazioni soggettive, o, ancora meglio, si tratta di investigare la possibilità di incidere funzionalmente, attraverso l'autonomia contrattuale, sull'investitura dell'attributario nella situazione soggettiva oggetto di trasferimento, in modo da limitarne, *ab intrinseco*, contenuto e prerogative. Ciò assodato, si tratterà poi, sul piano degli strumenti di pubblicità, di rendere tali limitazioni opponibili ai terzi.

In realtà, dall'esame comparatistico con l'esperienza anglosassone, emerge con nettezza che il ricorso al *trust* occorre a perpetuare, in testa agli aventi causa da un soggetto obbligato all'impiego e al godimento funzionali ad altri interessi del bene su cui lo stesso vanta un *legal estate*, le medesime obbligazioni, al fine di garantire al primo disponente il raggiungimento degli "scopi fiduciari" connotanti la prima attribuzione patrimoniale.

Verificata la impercorribilità di questa opzione, nel nostro ordinamento, per le diverse ragioni cui sopra si è accennato, e verificata, all'un tempo, l'esigenza di fondo sottesa all'operazione economico-giuridica (che è quella di evitare che il vincolo di destinazione impresso ai beni attribuiti possa essere vanificato dall'attività del *trustee* svolta in contrasto con la volontà del disponente), occorre ricercare, nel nostro ordinamento, gli strumenti idonei allo scopo, che sono quelli, come già accennato, capaci di garantire: a) una limitazione intrinseca delle facoltà di godimento e di disposizione dell'attributario (*trustee*); b) la rilevanza reale del vincolo impresso, sui beni oggetto dell'attribuzione traslativa, dal disponente (*settlor*).

La ricerca di una soluzione compatibile con il nostro sistema di diritto privato passa attraverso l'esame del meccanismo traslativo causale noto all'ordinamento giuridico italiano, nonché attraverso l'emancipazione dell'atto di trasferimento dalla rigida alternativa scambio-liberalità.

Il combinato disposto degli art. 1325, n. 2, 1376 e 1418 c.c. impone di costruire il sistema di trasferimento codificato fin dal 1942 come un sistema causalista, ossia fondato sulla introiezione della causa nel contratto di trasferimento. A differenza di quanto ancora accade nel diritto tedesco, più vicino, anche sotto questo punto di vista alla tradizione romanistica, e di quanto desumibile dalla

lettura sistematica del codice civile francese (che autorizza una lettura "minimale" del principio consensualistico, come diretto, in quell'ordinamento, soltanto a fissare una coincidenza temporale tra l'assunzione dell'obbligazione di dare e la sua esecuzione), l'ordinamento giuridico italiano costruisce il contratto di trasferimento come un contratto causale, come un contratto, cioè, connotato dalla rilevanza interna della causa negoziale e dalla sua immediata rifluenza sull'assetto del diritto oggetto di trasferimento.

Assorbire la causa del trasferimento all'interno del contratto significa far dipendere, direttamente, da tale causa l'investitura nel diritto che dal contratto si produce in testa all'attributario.

La tradizione dottrinale, tuttavia, attenta alla fenomenologia dei rapporti socioeconomici sviluppatasi nel tempo, aveva cristallizzato il fenomeno traslativo tra i due estremi dello scambio e della liberalità, fino ad arrivare, con alcune affermazioni, anche autorevoli, a ricostruire la causa della donazione come una causa *de residuo*, ricorrente, cioè, ogni qualvolta il trasferimento non fosse collocabile, funzionalmente, nell'area dello scambio, comunque atteggiato (*do ut des; do ut facies; facio ut des; facio ut facies*). Questa impostazione tradisce il vizio capitale di ritenere che qualunque attribuzione traslativa, se non incarnante uno scambio, non poteva che essere a titolo donativo, con tutte le ovvie e note conseguenze relative alla forma dell'atto ai fini della sua validità.

In realtà mai si è preso seriamente in considerazione che l'attribuzione traslativa potrebbe essere legittimamente sorretta da una causa diversa sia dalla scambio che dalla liberalità. Il trasferimento, invero, è stato, troppo semplicisticamente, sempre sovrapposto all'acquisto definitivo e finale di una situazione soggettiva attiva, destinato a produrre un arricchimento dell'attributario, inteso come fenomeno conclusivo della vicenda dispositiva e suo punto di arrivo. L'acquisto del diritto (definitivo e finale) è, al contrario, un effetto del trasferimento, che, in sé considerato, costituisce esclusivamente un effetto giuridico unitario, connotato dal passaggio di una situazione soggettiva dalla sfera del dante causa a quella dell'avente causa. In sé neutro e causalmente "indifferente" il trasferimento conduce all'acquisto - definitivo e finale - del diritto soltanto quando esso è l'effetto di un contratto che, dal punto di vista causale, riproduce, sul piano giuridico-formale, il meccanismo economico dello scambio o della liberalità; soltanto quando, in altre parole, esso "serve" a tradurre, sul piano del diritto, un'operazione che, sul piano economico, è diretta strutturalmente ad arricchire, in via definitiva e finale, l'avente causa, contro corrispettivo o per spirito di liberalità.

Ciò non toglie, tuttavia - e questo dato deve essere chiarito e rimanere fermo -, che il trasferimento, in sé considerato, possa facilmente convivere con qualunque causa negoziale che, per attuarsi, ha

bisogno dell'effetto traslativo. E' evidente che quando la causa negoziale non è diretta a tradurre, sul piano del diritto, un'operazione che, sotto il profilo economico, sia riconducibile allo scambio o alla liberalità, la situazione in cui l'attributario viene immesso per effetto dell'atto di trasferimento, non può risolversi in un acquisto definitivo e finale della situazione soggettiva oggetto del contratto, ma si conforma in maniera diversa, atteggiandosi, concretamente, in maniera conforme all'intento oggettivo perseguito dalle parti.

Così, nel negozio di destinazione di beni allo scopo, l'effetto traslativo che pure si produce in conseguenza della disposizione patrimoniale, non può risolversi in un acquisto, definitivo e finale (sotto il profilo economico, un arricchimento), per il destinatario dell'attribuzione patrimoniale, ma si deve sostanziare in un'investitura patrimoniale dell'attributario "funzionale" rispetto alla causa concreta del negozio di attribuzione.

Se la causa è una causa di destinazione, ossia se l'atto di attribuzione è funzionalmente indirizzato a produrre un'investitura dell'acquirente nella situazione soggettiva al solo scopo di far sì che l'acquirente possa (e debba) destinare i beni ricevuti ad un fine predeterminato - lecito e meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico vigente - dal disponente, deve essere garantito che la sua investitura nel diritto sia funzionalmente limitata all'attuazione dello scopo, in attuazione della causa del negozio.

A questa conclusione poco può opporsi se ben si comprende il significato, nell'ordinamento italiano, del principio del consensualismo causale: l'aver assorbito l'atto di trasferimento all'interno del contratto causale (artt. 1325, n.2) e 1418 c.c.) vuol dire aver affermato che la causa del contratto, a differenza di quanto avviene nei sistemi che collocano l'attribuzione traslativa all'esterno dello stesso, si riflette immediatamente sulla struttura dell'investitura nel diritto, prodottasi, per effetto del trasferimento, in testa all'avente causa. In un atto traslativo connotato causalmente dalla destinazione del bene oggetto di trasferimento ad uno scopo determinato, l'acquisto dell'attributario non può essere reputato espressione, sotto il profilo giuridico, di un arricchimento definitivo e finale, ma deve essere considerato come strumentale all'attuazione dello scopo ultimo della destinazione e, quindi, intrinsecamente limitato nel suo atteggiamento giuridico.

E' ciò che già avviene, ad esempio, nel caso della cessione del credito a causa (e si utilizza questo termine volutamente in alternativa a quello solitamente utilizzato dalla dottrina di "scopo") di garanzia, per la quale l'acquisto del credito da parte del cessionario non produce arricchimento, per quest'ultimo, ma determina un'investitura funzionale alla garanzia del credito che: a) è destinata a cessare ove la causa di garanzia venga annichilita dalla soddisfazione del credito originario garantito;

b) conforma dall'interno le prerogative del titolare del credito, alla cui situazione di vantaggio dovranno applicarsi, in via di interpretazione estensiva, le norme dettate per il pegno di crediti.

Come appare dall'ultima esemplificazione, nel contratto di cessione del credito in garanzia, comunemente accolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, la causa del trasferimento si ripercuote sull'atteggiamento del diritto, o meglio ancora, dell'investitura nel diritto determinatasi in testa al cessionario.

Siccome costui non è il destinatario di un'operazione economica diretta al suo arricchimento definitivo e finale ma soltanto un titolare del credito in funzione di garanzia, i suoi poteri di "godimento" e di disposizione del diritto non possono essere gli stessi di quelli spettanti al titolare definitivo e finale, che sia tale in esito ad un'operazione di scambio o di liberalità, ma devono essere necessariamente limitati "in funzione" della causa concreta del contratto di trasferimento.

Proprio la cessione del credito a causa di garanzia costituisce un importante riscontro "pratico" del discorso fin qui condotto e rappresenta la conferma dalla capacità della causa del contratto di incidere sull'investitura nel diritto.

Allo stesso modo per il caso del negozio di destinazione di beni allo scopo, che, a questo punto, può bene essere ritenuto, ove considerato legittimo, un idoneo strumento alla traduzione del *trust* nel nostro ordinamento. Tale negozio, idoneo a produrre un effetto traslativo, non è diretto a determinare un arricchimento definitivo e finale ma ad investire l'attributario nella situazione soggettiva *de qua*, al solo scopo di raggiungere i finali destinatari dei benefici attraverso l'azione dell'attributario. Ritroviamo, in tale schema negoziale, *settlor*, *trustee* e beneficiari. Ed è naturale, a questo punto, ritenere che la situazione soggettiva attribuita al *trustee* deve intrinsecamente modellarsi in conformità alla causa che sorregge il negozio, incidendo concretamente sull'atteggiamento dell'investitura nel diritto.

Il problema successivo è quello di individuare una disciplina che sia coerente con gli aspetti funzionali dell'atto di attribuzione patrimoniale e che riesca ad assumere una rilevanza che non si riduca nell'ambito del rapporto obbligatorio.

La strada necessitata passa attraverso l'affermazione della inefficacia di tutti gli atti compiuti dal *trustee* sui beni costituiti in *trust*, in violazione degli obblighi di destinazione e dall'approntamento di una serie di strumenti di tutela, giudiziale e convenzionale, che riescano a proteggere, sia il *settlor* che i beneficiari, anche in via preventiva, da possibili abusi.

Si pensi alle disposizioni che disciplinano la situazione di pendenza che si determina in esito ad un contratto sottoposto a condizione: l'obbligo di non impedire il perfezionamento della fattispecie ed i

potere di compiere atti conservativi, oltre alla irrevocabilità del vincolo, sono disposti a protezione di chi "aspetta" l'acquisto (o il riacquisto) del diritto oggetto di disposizione legittimamente; si tratta di interessi reputati meritevoli di protezione giuridica e, perciò, conseguentemente tutelati dall'ordinamento nelle forme possibili.

Gli ulteriori profili di disciplina riguardano, ancora, la possibile estensione, alla situazione soggettiva vantata dal *trustee* delle limitazioni funzionali che caratterizzano l'usufrutto e le forme di proprietà temporanea, innanzitutto per l'aspetto della conservazione della destinazione economica del bene e per quello del divieto di abuso del diritto.

A questo punto è possibile trarre delle conclusioni. Il riconoscimento di un negozio di attribuzione a causa di destinazione dei beni ad uno scopo estraneo alla sfera patrimoniale dell'attributario, già noto, per altro, in più forme tipiche al nostro ordinamento, ma legittimamente plasmabile dal privato in esplicazione della propria generale autonomia ed entro i limiti del giudizio di liceità e meritevolezza di tutela (quest'ultimo da svolgere attraverso la comparazione tra lo scopo concretamente perseguito ed i principi di tutela del credito e di affidamento); la predisposizione di opportuni strumenti di pubblicità e di opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione scaturente dall'assetto causale concreto del negozio ed, infine, il superamento delle residue perplessità relative alla conformabilità della situazione soggettiva di proprietà - pur sempre entro limiti funzionali che giustificano la permanenza dei "requisiti minimi" per la identificazione del diritto dominicale -, permettono di spianare la strada, anche nel nostro sistema di diritto civile, all'istituto di origine anglosassone, quanto meno dal punto di vista della elaborazione di uno "strumento nazionale" che riesca a soddisfare quelle esigenze che, nel diritto inglese ed americano, vengono soddisfatte attraverso il *trust*.

Ciò vuol dire, però, sotto il profilo del metodo, che risulterebbe fallace e fallito fin dall'origine qualunque tentativo che pretenda di precipitare, nel nostro ordinamento, l'istituto anglosassone così come sorto ed affermatosi nei paesi di *common law*.

Un'ultima interessante osservazione può riguardare i profili strutturali dell'atto di destinazione allo scopo e, quindi, del *trust convenzionale*.

La sufficienza della causa destinataria alla identificazione dei profili funzionali dell'atto permette di giustificare la sussistenza di una giusta causa di attribuzione patrimoniale e, in qualche modo, costituisce il punto di partenza anche per affrontare nella maniera più corretta i problemi legati alla struttura dell'atto di disposizione.

La dottrina ha sempre ritenuto che l'atto di trasferimento dovesse essere sostenuto da una struttura bilaterale, necessitante la partecipazione del

destinatario dell'effetto traslativo. Anche questa conclusione, affermata con pochissimi dubbi anche dagli studiosi più vicini a noi, sembra affetta dall'unico vizio concettuale di fondo della sovrapposizione tra trasferimento ed acquisto definitivo e della limitazione della vicenda traslativa tra gli estremi dello scambio e della liberalità. In effetti la bilateralità dell'operazione economica di scambio esige la bilateralità dell'atto giuridico che la esprime, che discende, necessariamente, dalla reciprocità e dalla sinallagmaticità dei sacrifici patrimoniali.

Nella donazione, invece, ma con eguale conclusione, la bilateralità è necessaria a rafforzare, insieme con la forma vincolata *ad substantiam acti*, la debolezza, se non la evanescenza causale dell'attribuzione patrimoniale.

Ma nelle ipotesi di trasferimento a causa diversa da quelle tradizionali è sempre necessaria la bilateralità?

Il quesito si è posto, fino ad ora, in modo particolare, per gli atti di trasferimento *solvendi causa*, ossia per quelle disposizioni ad efficacia traslativa causalmente connotate dall'adempimento di una preesistente obbligazione in testa al disponente, per le quali la dottrina, anche recente, si è posta il problema della sufficienza o no della struttura unilaterale.

La risposta al quesito è stata variegata, sebbene prevalga, ancora oggi, l'opinione della necessità della struttura bilaterale, giustificata dalla esigenza, caratteristica della fase esecutiva dei rapporti obbligatori, di consentire al creditore di verificare l'esatta corrispondenza tra quanto dovuto e quanto promesso.

Da questo sommario esame si possono desumere alcuni dati di fondo: La struttura bilaterale dell'atto di trasferimento viene giustificata, di volta in volta, in base:

- a) alla corrispettività dell'operazione negoziale e, quindi, dalla causa di scambio;
- b) alla debolezza causale dell'atto di donazione;
- c) alla necessità di consentire una verifica tra quanto dovuto e quanto "prestato" in esecuzione dell'obbligazione;
- c) al principio di intangibilità della sfera giuridica dell'attributario.

I punti di cui alle lettere a) e b) vanno certamente condivisi ed appaiono difficilmente criticabili, almeno in un sistema di trasferimento dei diritti come quello italiano, fondato sul principio della contrattualità dell'atto traslativo e sul rifiuto della vicenda traslativa come scambio di promesse autonome obbligatorie e, per quanto concerne gli atti donativi, sulla sufficienza dello "spirito di liberalità" al prodursi dell'attribuzione patrimoniale.

Diversamente, le giustificazioni di cui alle lettere c) e d) meritano maggiore attenzione e, probabilmente, sono suscettibili di revisione critica. La pretesa necessità di bilateralità nell'atto di "pagamento traslativo" viene giustificata, anche da chi

ritiene che essa sia inutile se riguardata in funzione dell'assetto causale del negozio, in funzione della verifica di corrispondenza tra quanto preteso e quanto concretamente ricevuto. L'esigenza, ricorrente nella fase di attuazione di qualunque rapporto obbligatorio, pare, tuttavia, sopravvalutata, almeno nel senso di dover riconoscere che essa si pone di fronte a ogni attribuzione *solvendi causa*, indipendentemente dal fatto che questa si attui attraverso un atto di adempimento ad effetti reali. La bilateralità dell'atto di adempimento, pure sostenuta da parte della dottrina all'inizio del secolo appena passato, venne superata proprio sulla base dell'osservazione della assoluta non incidenza di valutazioni creditorie sull'effetto attributivo e della constatazione della sufficienza, al fine di garantire il creditore da possibili difformità tra "dovuto" e "prestato", del potere di rifiutare la prestazione offerta (argomento, *a contrario*, agevolmente desumibile dalle norme sull'adempimento parziale, sulla *datio in solutum*, e sulla *mora accipiendi*).

Il discorso va spostato, per correttezza e nel rispetto del principio di economia dei mezzi giuridici, sul piano della congruenza tra interesse tutelato e strumento necessario (e sufficiente) di protezione.

Pare, a chi scrive, che, proprio su questo piano, una conclusione nel senso della necessaria bilateralità dell'atto di adempimento traslativo, sia eccedente rispetto alle finalità di protezione dell'interesse del creditore; interesse che potrebbe ben trovare soddisfacente tutela attraverso il riconoscimento del potere di rifiuto della prestazione difforme.

Prendendo spunto da questa ultima argomentazione, anche la giustificazione di cui alla lettera d) risulta non condivisibile, almeno in assoluto. Il (sacrosanto) principio di intangibilità della sfera giuridico-patrimoniale altrui, trova soddisfazione, anche in situazioni tipicamente disciplinate dalla legge (e si pensi alla stipulazione in favore di terzo), attraverso il riconoscimento, in favore del destinatario dell'attribuzione patrimoniale, di un potere di rifiuto, idoneo e sufficiente a garantire l'intangibilità della propria sfera giuridico-patrimoniale. E' il caso, oltre che del contratto previsto e disciplinato dagli artt. 1411 ss. c.c., del legato e del procedimento di formazione del contratto che importi obbligazioni a carico del solo proponente.

Occorre valutare che l'attribuzione al *trustee* della massa di beni destinati allo scopo individuato dal

settlor non si risolve in un "beneficio netto" a favore dell'attributario ma nell'investitura dello stesso nella titolarità di diritti che, dal punto di vista economico-patrimoniale, è certamente "neutra", in quanto improduttiva di arricchimento per il *trustee*; tuttavia, sotto il profilo squisitamente funzionale, la partecipazione volitiva del *trustee* all'atto di attribuzione traslativa non risulta necessaria, in quanto non richiesta dalla natura economica dell'operazione (non si tratta di un contratto sinalagmatico) né da una presunta debolezza causale dell'atto di disposizione.

E' evidente che la partecipazione volitiva del *trustee* all'intera operazione sarà necessaria affinché quest'ultimo legittimamente assuma tutte le "obbligazioni" derivanti dall'atto che costituisce in *trust* i beni, ma questa volontà indubbiamente non si compone con quella del *settlor* in un unico contratto di trasferimento, bensì resta autonoma e distinta, quanto a causa e tempo, da quella del disponente. Seppure coeva, essa non deve necessariamente concorrere alla produzione dell'effetto traslativo, essendo unicamente finalizzata, sotto il profilo della causa, all'assunzione delle obbligazioni proprie del *trustee*.

Gli argomenti svolti nelle pagine che precedono permettono di guardare con la necessaria serenità al problema del *trust*, che, se affrontato in maniera corretta, può aiutarci, tra l'altro, nell'opera di attenta revisione critica di alcuni istituti storicamente cristallizzati nell'elaborazione della dottrina tradizionale. Il *trust* costituisce, per il diritto anglosassone, la risposta alle esigenze legate alla violazione di obbligazioni fiduciarie, affinché gli interessi collegati non restino abbandonati alla tutela risarcitoria. Le medesime esigenze avvertiamo sicuramente noi; la risposta, tuttavia, non può essere un supino e poco cosciente accoglimento di un istituto che affonda le sue radici nella struttura del diritto di proprietà inglese, di derivazione feudale, e nella scissione tra *legale estates* e *equitable interests* che non conosciamo. L'occasione è quella giusta per trovare, attraverso la comparazione e sotto lo stimolo dell'adeguamento, strumenti negoziali "interni" idonei a garantire, con lo stesso grado di certezza, la soddisfazione di concrete corrispondenti esigenze del mondo degli affari.

Ubaldo La Porta notaio in Milanc

ASPETTI NOTARILI

PREMESSA

Come hanno già chiarito i precedenti relatori, la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia con Legge 16 ottobre 1989 n. 364, ha traghettato nell'ordinamento giuridico italiano un complesso organico di norme di diritto internazionale privato relativo al trust.

La detta Convenzione adotta, come veicolo portante, il principio fondamentale dell'autonomia privata, incardinando nel processo volitivo del costituente il trattamento giuridico del trust, attraverso l'ampia facoltà di scelta della legge regolatrice (art. 6 della Convenzione); volontà che non si articola in uno sterile criterio di collegamento internazionale-privatistico, ma recita il ruolo primario di predisposizione dell'assetto sostanziale del negozio giuridico.

Il costituente esercita un autentico potere di autonomia decisionale a rilevanza internazionale-privatistica.

RUOLO DEL NOTAIO

Superata la contrapposizione classica tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, il ruolo del notaio si incentra essenzialmente in una funzione di garanzia, di binario verso la legalità, traduttore in forma giuridica della volontà delle parti.

Il ruolo del notaio in relazione all'ipotesi che esaminiamo oggi insieme, deve, in prima battuta, verificare l'ordine di responsabilità dello stesso nelle diverse fattispecie che possono coinvolgerlo. Tralasciata la responsabilità penale, che non presenta connotazioni peculiari, voglio occuparmi brevemente della responsabilità professionale nelle due seguenti connotazioni

- responsabilità civile
- responsabilità disciplinare.

RESPONSABILITA' CIVILE

Secondo lo schema desumibile dall'attuale indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cass. 18 ottobre 1994 n. 8470), il professionista

- è responsabile per colpa lieve quando la sua attività riguarda prestazioni abituali e di contenuto lineare;

- è responsabile solo per dolo o colpa grave (art. 2236 cod. civ.) quando la sua attività implica la "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà".

La soluzione di problematiche di stampo nuovo può essere configurata, a volte, come ipotesi di "speciale difficoltà", tuttavia deve premettersi che il parametro di riferimento per il nostro mondo professionale è indirizzato ad un professionista i cui obblighi vanno ben di là di una diligenza media. Secondo la Corte di Cassazione il notaio, pur tenuto ad una normale prestazione di mezzi e non di risultato, "deve tuttavia predisporre e impegnare

i mezzi di cui dispone, in vista del conseguimento del risultato voluto dalle parti" ed, anche in assenza di specifico incarico, "la sua condotta diligente deve tendere al miglior risultato per le parti, ed i terzi devono comunque poter confidare sull'affidabilità del suo operato".

La Suprema Corte (Cass. 18 ottobre 1995 n. 10842) ha sentenziato che "quando le parti si rivolgono ad un notaio per ottenere la sua consulenza", anche in relazione ad un contratto da esse predisposto, "mirano ad assicurarsi che il contratto sia non solo formalmente perfetto, ma anche idoneo a produrre il risultato pratico perseguito".

Per chiarire le varie ipotesi, propongo qualche esempio: nel caso in cui si consenta la scelta della legge di un paese no-trust (ad es. la Francia) o si sbagli l'esatta individuazione della legge (ad es. legge della Gran Bretagna) o si costituisca un trust di scopo (purpose trust) secondo il diritto inglese fuori delle ipotesi di un charitable trust non vi sarà l'ombrello dell'art. 2236 cod. civ., operando la responsabilità civile per colpa semplice, salvi i meccanismi di individuazione residuale previsti dalla Convenzione de L'Aja, ove applicabili; laddove la problematica posta dal negozio istitutivo sia più sofisticata, è sicura l'applicabilità del meccanismo cautelativo fissato dall'art. 2236 cod. civ.

RESPONSABILITA' DISCIPLINARE

La valutazione dell'impatto disciplinare sull'attività di redazione di un atto costitutivo di trust deve articolarsi risolvendo i seguenti riflessi operativi:

- art. 27 L.N.: obbligo del notaio a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto;
- art. 28 L.N.: divieto per il notaio di ricevere atti se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico;
- art. 54 R.N.: legittimazione negoziale del trustee. Dovrà inoltre valutarsi la rilevanza dell'art. 2 L.N. in ordine alla possibilità per il notaio di assumere il ruolo di trustee.

Art. 27 L.N.

In relazione al rifiuto di stipulare un atto costitutivo di trust, ritengo personalmente legittima la prudenza di un notaio che, non esperto della materia, chieda tempo per approfondire la tematica internazionale sottopostagli e, nel caso non riesca ad acquisire certi riferimenti, declini l'incarico. Il notaio, titolare di una funzione pubblica delegata, può non essere onnisciente e, pertanto, può non conoscere la legislazione e la giurisprudenza straniera, necessari supporti per operare nel settore.

La diligenza richiesta dal secondo comma dell'art. 1176 cod. civ. è un costante dovere nell'approccio ad una pratica.

Art. 28 L.N.

La premessa da chiarire subito, nell'accostarsi al cardine del sistema disciplinare notarile, è che l'atto costitutivo di un trust è sicuramente atto lecito, non proibito dalla legge.

Non siamo in presenza di un atto nullo o annullabile; la tranquillità che ne deriva non deve tuttavia allontanarci dal cuore del problema: se la liceità della causa di destinazione ad uno scopo è sufficiente per la costruzione dogmatica del nuovo meccanismo giuridico del trust, plasmandola di ricevitibilità notarile, sussiste il problema della possibile nullità per specifiche violazioni. Un atto costitutivo di un trust che escluda un obbligo di finale rendiconto dei trustee o che spogli il trustee di ogni potere gestorio, comporta un livello di responsabilità disciplinare attratto nella previsione sanzionatoria dell'articolo 28 legge notarile, salvo che dall'assetto negoziale possa costruirsi una diversa qualificazione.

Voglio tuttavia precisare il canale che veicola tale conclusione.

La contrarietà a norma imperativa è riscontrabile solo quando il divieto ha valore assoluto, tale da "non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma". Il notaio deve orientare la sua attività al pieno e rigoroso rispetto dell'intero spirito della legge, onde non turbare la certezza dei rapporti giuridici "alla cui tutela è essenzialmente preordinata la funzione dei notaio".

L'art. 28 n. 1 L.N. parla di "atti espressamente proibiti" dalla legge; l'esame della genesi di tale formula può supportarne l'interpretazione; il Ministro Finocchiaro - Aprile, succeduto al Ministro Zani, volle l'inserimento dell'avverbio "espressamente" proprio per chiarire che il notaio non risponde disciplinarmente di atti il cui contrasto con norme imperative si fonda su interpretazioni dottrinarie o giurisprudenziali.

La violazione dell'art. 28 n. 1 L.N. sussiste solo quando il negozio giuridico comporta una violazione diretta di legge; gli atti espressamente proibiti dalla legge sono soltanto quelli colpiti da una patologia netta che generi una nullità assoluta, con eccezione di tutte le fattispecie che producono solo l'annullabilità, l'inefficacia o la nullità relativa. L'avverbio "espressamente" va inteso come "inequivocamente", tuttavia anche in assenza di un'espressa sanzione di nullità per dettato normativo, la stessa sarebbe in ogni caso espressa e inequivoca per il combinato disposto dell'art. 1418, 1° comma, cod. civ. in collegamento con la norma imperativa.

Solo in tali termini e limiti avrà rilevanza la non corrispondenza dell'atto all'assetto giuridico astratto previsto dalla Convenzione come vero e proprio modello tipizzato e non come semplice modello di riferimento.

Non assume invece alcuna rilevanza la concreta attività di consulenza svolta o meno dal notaio.

La distinzione tra notaio consulente e notaio non consulente, pur ontologicamente corretta, richiama alla mente quella - ad esempio - di chirurgo consulente o meno, nell'ottica dell'accettazione di una figura di chirurgo che "tagli" senza porsi il "problema" della guarigione. L'aberrazione di un notaio che "faccia constare il limite del suo ministero" porta all'eresia di poter evidenziare "il limite nel protocollo", dell'atto pubblico (!!!).

Opinabile, e non errata, ancorché non condivisibile, è la possibilità, invece, per le scritture private autenticate di una "lettera d'incarico" che circoscriva l'ambito di rilevanza notarile del contenuto della scrittura, esimendo il notaio autenticante dalla vocazione della sua conformità a legge.

Lascio a chi lo vuole questo ruolo da "notaio conferma" alla Renzo Arbore; pur tuttavia la risposta non può essere solo deontologica.

La tesi giurisprudenziale che limita l'applicabilità dell'art. 28 L.N., fondata essenzialmente sul postulato letterale "non può ricevere atti", non convince pienamente, dato il carattere unitario del ministero notarile.

L'art. 20 del Disegno di Legge concernente la Revisione del Procedimento Disciplinare Notarile impone espressamente il controllo di legalità del contenuto delle scritture private autenticate, esaltando quel filtro di legalità della volontà privata in linea con la nuova frontiera del notariato più moderno e sensibile al ruolo pubblicistico integrale della funzione notarile.

Il controllo di legalità svolto dal notaio è inalterato dalla forma in cui tale ministero si articola e non può essere svilito a semplice certificazione neppure nelle scritture private autenticate. Il profilo sociale della funzione del notaio non può individuare confini di legalità ancorati non alla funzione stessa ma alla sola tecnica della sua manifestazione.

Il diritto positivo, unico limite del ministero, non si presenta come un sistema aggredibile o meno, secondo le diversità del metodo di approccio; se vi è "atto per mano di notaio" non può mai esservi solo banale certificazione. L'identità di fine perseguita presuppone un unico canone ordinamentale ART. 54 R.N.

Il controllo notarile sugli atti dei trustee ci conduce all'esame sistematico della legittimazione negoziale.

Superato lo sdoppiamento tra proprietà legale e proprietà beneficiaria e la conseguente necessità di distinzione tra legittimazione e proprietà di stampo germanistico, bisogna analizzare

- la fonte della legittimazione;
- i limiti della legittimazione.

In relazione alla fonte, il riferimento certo è l'atto di investitura, ove si tratti di trusts espressamente istituiti; nel caso di trusts non espressamente istituiti (implied trust - trust istituito volontariamente, senza espressa dichiarazione; constructive trust - trust che viene in esistenza in forza di regole equitative disposto in via giudiziale; resulting trust -

trust attuato secondo la presunta volontà dei costituenti), la mancanza di una fase iniziale pattizia sposta le regole di collimazione; la soluzione più semplice è il parere legale di un professionista straniero.

I limiti del potere gestorio sono sempre rilevanti e responsabilizzano il notaio come libero professionista.

Cosa diversa è la responsabilità disciplinare ex art. 54 L.N..

L'assenza di una alterità intersoggettiva e di una minorazione della capacità di agire esclude l'applicabilità della predetta norma sotto il detto profilo: non sussiste né un'ipotesi di rappresentanza volontaria né (per larga parte della dottrina) un'ipotesi di rappresentanza organica. Applicabilità esclusa sul piano concettuale anche in presenza di forme di vigilanza e controllo per gli atti dispositivi.

Il notaio, in conclusione, deve rispettare le limitazioni della legittimazione dei trustee derivanti:

- dalla legge che ne regola la struttura e ne delimita l'estensione;
- dal trust instrument.

ART. 2 L.N.

L'art. 2, primo comma, L.N. disciplina le ipotesi di incompatibilità dell'ufficio notarile con una serie tassativa di attività; ai sensi dell'art. 32 L.N., l'assunzione di una qualità, impiego o professione incompatibile con il notariato comportano la definiti-

va cessazione dall'esercizio notarile (rimozione).

L'assunzione dell'incarico di trustee non ricade certo nell'elencazione fissata dalla norma; occorre tuttavia precisare alcuni passaggi metodologici relativamente all'espressione "commerciante".

La dottrina notarile interpreta tale dizione come sinonimo di imprenditore commerciale; la palestra dove ci si è a lungo confrontati con la normativa dell'incompatibilità è quella relativa alla posizione di socio e all'assunzione di cariche sociali. In sintesi, si può ravvisare una linea di confine, oltre la quale scatta l'incompatibilità, - nell'assunzione di responsabilità illimitata - nell'assunzione di cariche che comportino un singolo e autonomo potere gestorio.

Questa sottile linea rossa è invalicabile anche per il notaio trustee.

Pertanto, affermata la generale ammissibilità dell'assunzione del ruolo, escluderei per il notaio la possibilità di esercitare tale funzione ogni qual volta la stessa comporti la gestione diretta di attività imprenditoriali.

Tale impostazione schematica ci porta ad affrontare il problema se, nel trust d'impresa, la qualifica di imprenditore spetti o meno al trustee (si pensi, ad es., alle conseguenze in tema di fallimento). Ma lo svolgimento di tale problematica ci porterebbe troppo lontano.

Alessandro de Donato, notaio in Capua

LE VICENDE SUCCESSORIE

Le parole sono in balia degli uomini, tuttavia spesso vivono poi di vita propria; la classificazione operata dalla Convenzione (art. 2 della Convenzione "atto ... mortis causa") finisce con determinare una scelta di sistema.

Nel caso di trust costituito per testamento, il trustee non assume mai la figura di erede o di legatario; il trust stesso non assume la veste di erede o di legatario.

La disposizione dei beni non costituisce, relativamente al trustee o al trust stesso, un'attribuzione mortis causa, perché fa parte dell'istituzione del trust, è un elemento della stessa. L'identità fenomenologica non è mutata dal mezzo giuridico che veicola la destinazione: il trust testamentario è un clone di quello inter vivos.

La tesi contraria sposta drasticamente concetti fondamentali del nostro diritto successorio e ne determina il collasso.

Se il trustee fosse erede dovrebbe essere personalmente il soggetto passivo dell'azione di riduzione, del meccanismo divisionale della collazione e dell'imputazione ex se.

L'azione di riduzione diretta contro il trustee non

potrebbe che aggredire il suo solo personale arricchimento e sarebbe sterile per rilevanza economica. Senza arricchimento individuale tutte le forme di tutela successoria sperimentate dalla nostra giurisprudenza sarebbero inutili.

Il settlor non manifesta certamente alcuno spirito di liberalità nei confronti dei trustee; nella volontà del disponente vi è la persecuzione di uno scopo che si proietta oltre la figura del trustee, materializzandosi nel fine specifico o nell'interesse dei beneficiari.

Lo stesso arricchimento del trustee è contraddetto dalla struttura del trust. La Corte di Cassazione Francese ha assimilato la costituzione del trust inter vivos alla donazione indiretta; nel nostro ordinamento è l'art. 809 c.c. il parametro di riferimento per tale inquadramento, tutto da approfondire: il sistema delle liberalità diverse dalla donazione renderebbe direttamente aggredibile il trust; il meccanismo della donazione indiretta esporrebbe il beneficiario alle azioni successorie.

Certo l'arricchimento del beneficiario sembra indirizzare verso lo stesso, come soggetto passivo, i meccanismi di difesa predisposti dall'ordinamento

in campo successorio, nascenti dalla rilevanza di tale presupposto.

L'azione di riduzione può essere promossa, in linea di principio, solo contro il donatario e l'onorato di una disposizione testamentaria; i terzi acquirenti dagli stessi non sono, tecnicamente, soggetti passivi dell'azione di riduzione, ma di una distinta e diversa azione (c.d. di restituzione), che presuppone il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

La dottrina, esclusa la legittimazione passiva del beneficiario dei *modus*, ritiene che nell'ipotesi di bene trasferito dal donatario o dall'onorato in adempimento di un *pactum fiduciae*, il soggetto passivo sia direttamente il terzo designato dal *de cuius*, nonostante che lo stesso non sia avente, causa diretto dal defunto.

Anche nel trust deve riconoscersi la possibilità di agire direttamente contro il soggetto cui la liberalità è "effettivamente destinata". Il beneficiario acquista il bene in trust sulla base della stessa volontà che ha generato il trust e la sua "investitura formale" sincronizza nel tempo quello stesso assetto patrimoniale pensato dal settlor nella fase genetica dei trust.

Il legittimario, così come deve impugnare il trasferimento effettuato, in esecuzione di un'intesa fiduciaria, quando lo stesso sosta nelle mani del terzo designato e non nelle mani di passaggio del fiduciario, allo stesso modo deve agire contro il beneficiario e non contro il trustee.

Il trust stesso, in persona del trustee, o come ente impersonale, è soggetto passivo dell'azione di riduzione prima dell'assegnazione al beneficiario; successivamente alla stessa è lo stesso beneficiario il soggetto passivo, inalterato il termine prescrizione (10 anni dall'apertura della successione).

Il tempo di riferimento del valore dei beni, ai sensi del combinato disposto degli artt. 556 e 564 c.c., è sempre quello dell'apertura della successione; anche ai fini della valutazione dell'atto istitutivo di trust liberale, il complesso dei beni deve essere valutato "in relazione al valore dei beni stessi all'epoca dell'apertura della successione, ma nello stato in cui si trovavano" al tempo dell'atto dispositivo, tenuto conto delle potenzialità economiche di essi.

Per la consistenza dei beni bisogna far riferimento al momento traslativo, mentre sono irrilevanti "gli ampliamenti e gli accrescimenti del bene intervenuti" successivamente al momento traslativo.

Sono applicabili alla riunione fittizia gli artt. 747 - 748 - 749 e 750 c.c.; il parametro più interessante per decifrare le tecniche dell'azione di riduzione dei beni in trust è l'art. 748 c.c.: "in tutti i casi si deve dedurre a favore del donatario il valore delle migliorie apportate al fondo nei limiti dei loro valore al tempo dell'apertura della successione. Devono anche computarsi a favore del donatario le spese straordinarie da lui sostenute per la con-

servazione della cosa, non cagionate da colpa. Il donatario dal suo canto è obbligato per i deterioramenti che, per sua colpa, hanno diminuito il valore dell'immobile".

Oggetto di riduzione può, pertanto, essere solo quel valore che effettivamente il trust ha ricevuto per effetto della sua istituzione; sarebbe iniquo e immorale imporre al trust stesso o al beneficiario la restituzione di un valore modificatosi nel tempo grazie all'iniziativa ed alla capacità del trustee ed al corrispondente peso economico del congegno trust.

In sintesi "la consistenza oggettiva dei beni trasferiti in vita dal *de cuius* a titolo gratuito deve essere determinata con riferimento al momento" della dotazione, "mentre la valutazione economica dei beni medesimi" va fatta al momento dell'apertura della successione.

Se i beni sono stati alienati, opera il sistema restitutorio disciplinato dall'art. 563 c.c.: il legittimario, premessa l'escussione dei beni in trust o, secondo i casi, dei beni del beneficiario, può chiederli agli aventi causa dal trust.

Merita comunque un approfondimento la costruzione della posizione del beneficiario nel trust in forma testamentaria, esaminando, come ipotesi di studio, la possibilità di saldare l'attribuzione differita di beni effettuata al beneficiario dal trustee in esecuzione di un comando del *de cuius*, ad un meccanismo successorio diretto tra settlor e beneficiario. E' la volontà l'unico parametro di lettura di una disposizione testamentaria e l'interprete è vincolato dalle visioni del *de cuius* formalizzate per iscritto.

La delazione non contestuale alla vocazione è il laboratorio dove analizzare tale possibilità che, forse, renderebbe l'immagine stessa del trust conforme alle finalità della successione ereditaria.

In tale ottica, il beneficiario sarebbe soggetto passivo:

- dell'obbligo di collazione (art. 737 e segg. c.c.);
 - dell'imputazione *ex se* (art. 562, 2° comma, c.c.);
- nella misura stessa in cui fosse, nella volontà del disponente, il destinatario finale certo con designazione irrevocabile dell'attribuzione patrimoniale.

Se il trust è solo il veicolo di una attribuzione finalizzata sin dal nascere della volontà, il soggetto di riferimento per la tutela dei legittimari e per tutte le strategie successorie, al traguardo e non alla partenza, è il beneficiario.

L'attribuzione *mortis causa* al beneficiario del trust non può in nessun caso qualificarsi a titolo d'erede; rispetto allo stesso muta sempre il titolo acquisitivo, che non è più quello del settlor, ma quello tipico derivante dal meccanismo del trust testamentario. Il beneficiario non subentra nei rapporti passivi, egli riceve solo dei beni, senza alcuna forza dinamica dall'acquisto di là dei beni ricevuti.

Ricollegare l'acquisto del beneficiario al settlor e

dare allo stesso una netta coloritura successoria, significa mirare gli effetti di una fattispecie al bersaglio iniziale. La volontà sovrana del *de cuius* si realizza mediante un modello operativo che consente di mantenere vitale l'intenzione attributiva.

Altra cosa è la qualità di erede, i cui requisiti non possono non mancare se abbiamo una semplice attribuzione di beni.

La trasmissione dell'energia patrimoniale del *de cuius* incontra una negazione insuperabile nella struttura del trust e nella dimensione dei suoi processi logico-giuridici. Per aversi eredità non basta un aggregato di beni, occorre una unità intellettuale ed astratta che abbracci anche rapporti giuridici, sia attivi che passivi, anche se eventuali o ignoti al testatore. La riduzione ad unità per volontà del legislatore (*successio in universum ius*: Gaio Libro IV ad edictum provinciale) contraddice il mezzo scelto: il trust è cosa diversa; non può configurarsi una sorta di successione nella volontà stessa del *de cuius* laddove il testatore ha limitato la stessa diretta attribuzione di beni; il circuito percorso dai beni, anche quando li porta al traguardo, elide una possibile successione a titolo universale.

Nel trust testamentario si ha una volontà attributiva di beni, non una volontà di sopravvivere alla morte mediante una continuazione della propria

"personalità economica".

La tutela dei creditori del settlor è nell'esperibilità dell'azione di separazione (art. 512 e segg. c.c.); essa non presuppone come dato essenziale che il soggetto passivo della stessa sia anche debitore (cfr. art. 513 c.c.: separazione rispetto al legatario di specie). La funzione dell'azione di separazione è proprio quella di consentire il soddisfacimento dei creditori sui beni dei *de cuius*. A seguito dell'azione di separazione il patrimonio del trust "galleggerà" in una situazione analoga a quella dell'eredità giacente ed i creditori potranno soddisfarsi secondo i meccanismi dell'art. 530 c.c.. L'esercizio dell'azione determina un vincolo reale sui beni patrimoniali del *de cuius*, con efficacia erga omnes; deve esercitarsi nel termine di decadenza di tre mesi (termine non suscettibile né di interruzione né di sospensione) che comincia, per tale sua natura, a decorrere anche se non si ha conoscenza dell'apertura della successione. Nel campo immobiliare (art. 518 c.c.), la separazione si esercita con l'iscrizione nei Registri Immobiliari del credito su ogni singolo bene, senza esibizione di alcun titolo, in campo mobiliare (art. 517 c.c.) si esercita mediante domanda giudiziale.

Alessandro de Donato notaio in Capua

IL TRUST A SCOPO DI GARANZIA

1. INTRODUZIONE

Benché la versatilità del trust sia ormai generalmente riconosciuta ed affermata, la ritrosia ad ammetterne una spendibilità quotidiana ne ostacola la piena utilizzazione, privando l'esperienza pratica delle grandi opportunità allo stesso riconducibili.

L'ostacolo maggiore a stabilire rapporti confidenziali con il trust, è costituito dall'ancora incerta dimensione del trust definito interno, intendendosi per tale, come è noto, quello privo di elementi di internazionalità.

E' di piena evidenza, infatti, che il dover presupporre, oltre il necessario richiamo ad una legge regolatrice estera, anche la sussistenza di soggetti stranieri od un oggetto estero, rappresenta un grosso limite alla diffusione pratica di questo istituto, che, viceversa, presenta dei vantaggi applicativi diretti, difficilmente conseguibili con gli strumenti offerti dal nostro ordinamento.

Non è possibile soffermarsi qui sulle problematiche connesse al riconoscimento del trust a basso grado di internazionalità, ma è necessario offrire almeno uno spunto di riflessione che conduca la tematica del dibattito sul piano del diritto positivo e non della mera discettazione sul futuribile.

Lo spunto di riflessione è relativo all'interpretazio-

ne dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja ed al suo collegamento con il secondo comma dell'art. 1322 del codice civile, che costituisce il dato normativo attraverso il quale il nostro ordinamento riconosce legittimità al negozio atipico, purché lecito e supportato da un interesse meritevole di tutela.

Con riferimento al trust, evidentemente, tanto la liceità che la rilevanza sociale, vanno ricercate in riferimento allo scopo configurato dal costituente, su cui si misura il grado di meritevolezza che è alla base del riconoscimento del trust interno.

Fatta questa necessaria premessa, passiamo ad inquadrare l'argomento specifico oggetto di questi brevi appunti.

Intento di questa relazione, incentrata sull'utilizzazione del trust per realizzare ed ottimizzare lo scopo di garanzia, è, pertanto:

- 1) verificare la compatibilità dello schema del trust convenzionale (definiremo così il trust delineato dalla Convenzione de L'Aja), con i principi cardine del nostro ordinamento in materia di tutela del credito;
- 2) verificare la sussistenza dell'interesse meritevole di tutela che consente l'utilizzazione del trust anche in assenza di elementi di internazionalità;
- 3) verificare le ragioni della opportunità di adottare

il trust piuttosto che altri strumenti di garanzia.

2. SCOPO DI GARANZIA E AUTONOMIA PRIVATA

2.a Generalità. L'art. 1322 c.c.

Punto di partenza dell'indagine proposta è, pertanto, il raccordo con i principi generali che regolano l'autonomia privata, e, segnatamente, con il principio dettato dal 2° comma dell'articolo 1322 del codice civile.

E' noto che per autonomia privata si intende il potere di autoregolamento dei propri interessi, vale a dire il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, di una volontà diretta ad uno scopo, su cui si fonda l'efficacia vincolante del negozio giuridico.

L'art. 1322 c.c. fissa due limiti all'autonomia privata in relazione al contenuto del contratto, quello della liceità (1 comma) e quello della rilevanza sociale (2° comma).

E' evidente che il primo sbarramento è costituito dalla verifica della liceità, a cui resta subordinato quello della rilevanza sociale. Nell'approcciarsi a valutare una fattispecie negoziale, pertanto, l'interprete dovrà:

- 1) in primo luogo verificare che la stessa non sia in contrasto con gli interessi fondamentali tutelati dall'ordinamento; tale principio trova applicazione, sul piano degli effetti, nell'art. 15 della Convenzione, che intende con ciò impedire che un trust violi le norme imperative fissate dalla legge designata dalle regole di conflitto del foro;
- 2) quindi, constatata la liceità della fattispecie, si soffermerà a valutarne la rilevanza sociale, verificando che gli interessi dalla stessa regolati siano meritevoli di tutela.

2.b La liceità del trust convenzionale a scopo di garanzia.

L'art. 15 della Convenzione de L'Aja, dopo aver sancito il principio generale della inderogabilità delle norme imperative dettate dalla legge del foro, alla lettera d) prevede espressamente, fra le materie inderogabili la cui applicazione non può essere ostacolata dalla Convenzione stessa, quella delle garanzie reali.

Affermato, pertanto, il principio che il trust non può essere utilizzato al fine di eludere od aggirare divieti di legge, andiamo, ora, ad enucleare i principi inderogabili disposti dal nostro ordinamento in materia di tutela del credito, che, in quanto tali, rappresentano dei limiti all'autonomia privata.

Essi sono:

- a= il principio della responsabilità patrimoniale illimitata del debitore, dettato dall'art. 2740 c.c. .
- b= la tipicità dei diritti reali, che ostacola la creazione di garanzie su beni specifici;
- c= la tipicità delle cause legittime di prelazione, in ossequio al principio cardine della par condicio creditorum;
- d= il divieto del patto commissorio.

I tempi assegnati, non consentono di dedicare agli argomenti segnalati lo spazio che essi meritano,

ma sinteticamente, proviamo a riassumere le argomentazioni che conducono, in presenza di determinati presupposti, a riconoscere la liceità del trust convenzionale costituito a scopo di garanzia.

I primi due punti (responsabilità patrimoniale illimitata e tipicità dei diritti reali) sono stati oggetto di ampio dibattito, in quanto gli stessi sono stati portati a sostegno della tesi che nega al trust ogni diritto di ospitalità nel nostro ordinamento.

Ma le argomentazioni addotte in merito al *numerus clausus* dei diritti reali ed alla inderogabilità del 2740, già smontate dalla dottrina tradizionale, sono del tutto superate dalla tesi emergente della soggettività del trust.

Tipicità dei diritti reali

Non si ravvisa, infatti, nel trust convenzionale, il preteso sdoppiamento delle posizioni proprietarie, per un doppio ordine di motivi:

1* la posizione del trustee rispetto ai beni in trust è gestoria, egli li amministra, non ne è il proprietario.

A conferma di ciò si sottolinea:

= l'art. 2 della Convenzione de L'Aja, nel delineare la struttura del trust convenzionale, enuncia fra gli elementi indefettibili dello stesso che dei beni siano <<posti sotto il controllo>> di un trustee, non che lo stesso ne acquisisca la proprietà;

= la assoluta indifferenza del trust rispetto a vicende quali mancata accettazione, rinuncia o morte del trustee stesso, nonostante le quali esso continua, incontestabilmente vivo e vitale, ad esistere; l'autonomia patrimoniale; la <<ambulatorietà>> del trust rispetto ai soggetti che potrebbero costituire punto di riferimento; il dato testuale emergente dalla Convenzione che nel testo ufficiale in francese, correttamente tradotto in italiano, parla ripetutamente di <<beni del trust>> (*biens du trust*).

2* ma anche la posizione dei beneficiari rispetto ai beni in trust, non si caratterizza come diritto sul bene, bensì come diritto al bene, qualificandosi, quindi, non come diritto reale, bensì come aspettativa di diritto.

Inderogabilità dell'art. 2740 c.c.

Il trust convenzionale non si pone in deroga neanche al principio dettato dall'art. 2740 c.c.; la responsabilità del trust, invero, non è affatto limitata, bensì ontologicamente determinata in funzione della consistenza dei beni costituiti in trust, che, viceversa, sono illimitatamente coinvolti dall'azione posta in essere dal trustee.

Né può individuarsi una deroga al principio che sottrae all'autonomia privata la creazione di patrimoni separati.

Infatti, il rango normativo della Convenzione de L'Aja e del procedimento che ha condotto alla sua ratifica e la portata di diritto uniforme di alcune sue disposizioni, fanno discendere dagli articoli 2 e 11 della stessa, e non dall'autonomia privata, l'effetto della separazione.

Meno agevoli sono gli altri due punti da esamina-

re, che di fatto, possono talvolta rappresentare un ostacolo alla adottabilità del trust.

Par condicio creditorum

L'essenza del trust convenzionale consiste nella destinazione di uno o più beni ad uno scopo prefissato dal costituente, che assurge a rilevanza causale.

La neutralità della causa destinataria, si sposa benissimo con lo scopo di garanzia, ma va ora analizzato se tale coniugazione conduca, o possa condurre, alla costituzione indiretta di una garanzia reale atipica potenzialmente idonea ad alterare il principio della par condicio, che la stessa Convenzione, con il citato art. 15, ha inteso salvaguardare.

I principi della tipicità delle garanzie reali e quello della par condicio creditorum, entrambi desumibili dall'art. 2741 c.c., sono strettamente connessi fra loro: una delle funzioni delle garanzie reali, infatti, consiste nell'attribuire al titolare delle stesse il diritto ad essere soddisfatto, a preferenza degli altri creditori, sul ricavato della vendita del bene che ne è oggetto.

Altra caratteristica essenziale delle garanzie reali, è il diritto di seguito, che consente al titolare della garanzia di sottoporre il bene ad esecuzione anche se questi sia passato in proprietà di persona diversa dal concedente.

La realtà della garanzia, inoltre, si estrinseca in due aspetti: il riferimento ad un bene specifico (cd. specialità) e l'opponibilità ai terzi, che si consegue per gli immobili attraverso la pubblicità costitutiva e per i beni mobili attraverso lo spossessamento.

Enunciati sommariamente tali principi, può affermarsi, quindi, che si ha costituzione di una garanzia reale quando si attribuisca ad un creditore il diritto di prelazione ed il diritto di seguito in riferimento ad un bene specifico.

Può la costituzione di un trust determinare tali effetti?

Proviamo a partire da un esempio, prendendo spunto da una fattispecie di trust molto elementare ed abbastanza diffusa nella pratica internazionale:

= costituzione in trust di un immobile del debitore; secondo le istruzioni contenute nell'atto istitutivo, il trustee può vendere l'immobile all'asta qualora il debitore risulti inadempiente nei confronti di un creditore designato. Con il ricavato della vendita soddisferà il creditore, pagherà le spese della procedura e verserà l'eventuale residuo al debitore.

L'esempio, non importabile, come si vedrà, nel trust convenzionale, ingenera qualche dubbio circa la valutazione della sua legittimità.

La questione più spinosa è quella attinente al **diritto di prelazione**.

Nell'esempio sopra riportato, il trust, avendo ad oggetto un bene specifico non solo a destinazione ma anche ad utilizzazione vincolata, in deroga all'ordinario principio della fungibilità dei beni in

trust, finisce col realizzare di fatto una posizione di vantaggio per il creditore designato: soltanto quest'ultimo, infatti, sarà destinatario dell'impiego a scopo soddisfacente del ricavato della vendita del bene costituito in trust, che viene quindi, nella sostanza, sottratto all'azione esecutiva di eventuali altri creditori del costituente, ai quali rimarrà soltanto il rimedio dell'azione revocatoria, laddove ne ricorrano i presupposti.

Certo questo può forse considerarsi non sufficiente alla costituzione di una garanzia reale atipica, ma un atteggiamento quanto meno dubbioso sembra legittimo.

Valutiamo, ora la problematica in ambiente convenzionale.

La diversificazione del trust della Convenzione de L'Aja si rinviene non tanto nella fisiologica fungibilità dei beni, la qual cosa lo accomuna anche agli altri tipi di trust, ma soprattutto nel collegamento fra tale carattere ed i poteri rimessi al trustee.

Nel trust convenzionale, infatti, il controllo dei beni da parte del trustee ha rango funzionale, per cui le istruzioni dell'atto istitutivo non possono mai tradursi in una limitazione sostanziale di tale potere: il trustee è obbligato al conseguimento dello scopo, ma il modo di conseguirlo è rimesso alla sua prudente valutazione.

Tornando all'esempio fatto, dovrebbe propendersi per la non omologabilità dello stesso al trust convenzionale; può ritenersi, infatti, che il caso prospettato in realtà configuri un'ipotesi di "bare trust" o trust nudo, in quanto l'attività del trustee è meramente esecutiva, tanto da far sfumare il concetto di trust verso quello del semplice mandato.

La fattispecie sopra prospettata, pertanto, non è riproducibile con il trust convenzionale, per il quale la stessa andrebbe così adattata:

= il debitore costituisce uno o più beni in trust configurando come scopo di quest'ultimo il rafforzamento della posizione di uno o più creditori designati, i cui diritti in caso di inadempimento, saranno soddisfatti dal trustee mediante la sua attività di amministrazione, che egli gestirà discrezionalmente.

In una fattispecie così configurata i punti di contatto con la garanzia reale si attenuano: l'assenza della specialità, infatti, vale a dire l'attinenza ad un bene specifico, ci porta fuori dalla realtà.

I creditori designati, in altri termini, vedranno soddisfatti i propri diritti grazie alla gestione del trust, ma non in riferimento ad un bene specifico, essendo del tutto indifferente che la dotazione del trust sia attuata mediante un bene immobile, ovvero con crediti verso terzi, danaro, titoli o altre cose fungibili.

L'attività di amministrazione del trustee, infatti, determina una fluidità della composizione patrimoniale del trust, che annulla e rende incolore la dotazione originaria.

Per le cose dette, appare, altresì, estraneo alla struttura del trust convenzionale, anche il diritto di

seguito, per un doppio ordine di motivi:

* in primo luogo, come innanzi illustrato, per la descritta caratteristica della surrogazione reale;

* in secondo luogo, perché l'azione a tutela degli eventuali beneficiari non si traduce mai in diritto di seguito in senso tecnico; anche la cd. rivendica prevista dalla lettera d) dell'art. 11 della Convenzione, in realtà, ha funzioni conservative, e non determina una inopponibilità dell'atto dispositivo; essa presuppone un inadempimento da parte del trustee in riferimento alla consecuzione dello scopo, inadempimento che va quindi provato in sede contenziosa.

Il diritto di seguito, viceversa, nasce ex lege, non comporta alcun onere probatorio, affetta di sé la cosa.

In linea con le conclusioni raggiunte, si pone l'unico precedente giurisprudenziale italiano in materia di trust a scopo di garanzia: mi riferisco al noto decreto del Tribunale di Milano del 27 dicembre 1996 in materia di trust a garanzia di prestito obbligazionario, in cui nessun rilievo è stato mosso in ordine ad una eventuale illiceità del trust per contrarietà all'art. 2741.

Il trust in questione si connotava come convenzionale, in quanto sia il costituente che il trustee erano italiani.

I beni costituiti in trust erano azioni di una società inglese.

I termini del trust lasciavano alla valutazione del trustee, sia pure d'intesa con un tutore (protector), di adottare le misure più opportune per rimborsare gli obbligazionisti, laddove la società emittente si fosse resa inadempiente.

Anche nel caso prospettato manca ogni connotazione di realtà, di guisa che deve ritenersi soddisfatto il principio ex art. 2741 c.c. .

Il divieto del patto commissorio

Resta da esaminare l'ultimo punto, quello della possibile contrarietà del trust usato a scopo di garanzia al divieto del patto commissorio.

Come è noto l'evoluzione dottrina, prima, e giurisprudenziale poi, hanno esteso la portata del divieto disposto in via generale dall'art. 2744 c.c., nonché dall'art. 1963 in materia di anticresi, individuando la natura materiale dello stesso, che, pertanto, va riferito al risultato e non al mezzo con cui lo stesso si consegue (Gitti G. in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1993; pag. 457 ss).

La giurisprudenza più recente, infatti, tiene conto della sostanza economica dell'affare, valutando se il risultato conseguito in concreto dalle parti sia tale da porre le stesse in una situazione sostanzialmente non dissimile da quella che avrebbero ottenuto ponendo in essere il negozio vietato.

Azzerati così i precedenti orientamenti che, in presenza di un trasferimento immediato del bene, con la previsione di meccanismi condizionanti risolutivamente o sospensivamente il trasferimento stesso, ed in assenza di una coeva garanzia reale, ritenevano una fattispecie contrattuale sottratta

al divieto in esame, bisogna essere molto cauti nel disporre una alienazione in garanzia, avendo cura di predisporre gli strumenti atti a soddisfare la ratio del divieto.

Quest'ultima viene attualmente individuata nell'esigenza di sottrarre il debitore ad un duplice rischio:

= quello della sproporzione fra depauperamento ed entità del debito inadempito (Luminoso A. p. 242 ss.);

= quello dell'approfittamento dello stato di bisogno.

Fra i due rischi, il primo sembra quello preminente, posto che l'equivalenza fra i due elementi patrimoniali della fattispecie (entità del debito e valore del trasferimento) di per sé esclude ogni approfittamento.

Per tale ragione è unanimemente ammesso e considerato lecito il cd. patto marciano, che, garantendo per l'appunto tale equivalenza, sottrae il debitore ad entrambi i rischi che il divieto in esame intende arginare.

Ciò è confermato anche dalla disposizione codicistica sul pegno irregolare (art. 1851 c.c.) che va, per l'appunto, letta non come una deroga al divieto del patto commissorio, bensì come applicazione del principio che ad esso sottende.

L'art. 1851 c.c., infatti, si fonda sulla rapida ragguagliabilità del valore delle cose date in pegno all'entità dell'obbligazione, per cui resta escluso il rischio dell'ingiustificato depauperamento del patrimonio del debitore, essendo eliminato il rischio dell'eccedenza rispetto all'obbligazione garantita.

Alla luce dei principi ora affermati, il trust convenzionale, per i suoi elementi strutturali, appare idoneo a non contrastare il divieto, non solo per la fungibilità dei beni in trust, che annulla l'identità fra cosa costituita in trust e cosa trasferita al termine del trust, ma soprattutto in considerazione di un altro fattore.

Fra gli elementi essenziali enunciati dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja, assume in questa sede particolare rilievo quello dell'obbligo di rendiconto, elemento indefettibile del trust convenzionale, con regolamentazione sottratta all'autonomia privata, che trova la sua ratio nel sovraordinato interesse a tutelare il perseguimento dello scopo, tanto da essere imposto anche in assenza di beneficiari.

Ora lo scopo di garanzia, correttamente inteso, è caratterizzato dalla strumentalità rispetto ad un rapporto principale che ne rappresenta al contempo ragione di essere e limite quantitativo.

Ne deriva che, definito come di garanzia lo scopo del trust, l'obbligo di rendiconto si sostanzierà, per l'appunto, nel rispetto dell'equivalenza fra valore trasferito ed entità dell'inadempimento.

Ciò nondimeno sarà opportuno inserire nei termini del trust l'espressa previsione di tale circostanza, esplicitando l'intento di salvaguardare il debitore da ogni sproporzione economica, che rischiereb-

be di inficiare la validità del trust.

2.c La meritevolezza dello scopo di garanzia.

Acclarati i limiti ed i presupposti della liceità del trust a scopo di garanzia, va ora posto al vaglio il requisito della meritevolezza dello stesso, vale a dire della sua rilevanza sociale.

Nel suo significato generale e comune, che costituisce poi il nucleo essenziale del concetto giuridico, la garanzia si caratterizza per la sua natura strumentale rispetto ad una distinta situazione soggettiva, ad un interesse, che essa mira a proteggere e rafforzare, rendendone più sicura la realizzazione.

Un'analisi storica del concetto di garanzia palesa che esso nasce e si afferma in intima connessione con il diritto di credito, di cui mira ad assicurare la soddisfazione, e rispetto al quale si pone in rapporto strumentale.

Il diritto di credito è, per sua natura, esposto ad una serie innumerevole di rischi, la cui incidenza è inversamente proporzionale a due fattori:

a= la fiducia consapevole che può essere riposta nella persona del debitore e che rende verosimile l'adempimento spontaneo;

b= l'entità attuale e quella prevedibile sino alla scadenza del credito, del patrimonio del debitore, sul quale potrà, occorrendo, esercitarsi l'azione esecutiva.

Ma se è vero che fiducia e responsabilità patrimoniale assolvono ad una lata funzione di garanzia, nel senso che mediamente esse consentono al creditore di raggiungere un certo grado di sicurezza circa il soddisfacimento della sua pretesa, è pur vero che la concreta incidenza del rischio, o meglio, la valutazione soggettiva del rischio induce a contornare l'obbligazione di più efficaci strumenti atti a rafforzare la posizione del creditore.

Vi è, quindi, un'intima relazione fra valutazione del rischio generato da un rapporto obbligatorio e mezzi di garanzia che lo assistono, nel senso che questi vengono variamente modulati in proporzione allo specifico grado di rischio insito nella fattispecie.

L'impostazione seguita, che riconduce alla valutazione del rischio la qualificazione del concetto di garanzia, consente di ascrivere nel suo seno tutta una serie di strumenti, tipici e atipici, diretti e indiretti, che altrimenti galleggerebbero in una sorta di limbo giuridico (Piazza L. Enc. Giur. Treccani - Voce Garanzia I).

Né può tacersi delle marcate tendenze evolutive in questo settore, che coinvolge principalmente la parte più vitale dell'economia, vale a dire il mondo dell'impresa.

Lo sviluppo economico ha fatto assumere al credito il ruolo di strumento privilegiato della produzione, dello scambio e del consumo della ricchezza: snellirne le procedure, favorirne la circolazione, incentivarne la concessione ed ampliare la legittimazione ad ottenerlo, possono considerarsi finalità di primario interesse, sul cui effettivo conse-

guimento incide non poco la disciplina delle garanzie, sia sotto il profilo dell'essenziale bisogno di sicurezza che con esse vuole soddisfare il creditore, sia con riguardo alla capacità del debitore di prestarle ed alla loro economicità.

Sembra, pertanto, di potersi affermare con sufficiente tranquillità che lo scopo di garanzia soddisfi il requisito della meritevolezza posto a fondamento del riconoscimento del trust interno.

3. L'IMPIEGO DEL TRUST CONVENZIONALE A SCOPO DI GARANZIA.

3.a Compatibilità funzionale.

Verificata la liceità, la meritevolezza e la rilevanza sociale dello scopo generico di garanzia, ed aperto, quindi un varco all'impiego anche del trust interno, che attualizza il discorso, si tratta ora di accertarci che lo schema del trust convenzionale sia funzionalmente compatibile con lo scopo di garanzia. Di verificare, in altri termini, che i principi enunciati dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja non siano contraddetti dalla funzione di garanzia.

Elementi essenziali del trust convenzionale sono:

- 1) il controllo dei beni da parte del trustee;
- 2) lo scopo perseguito dal costituente (causa destinataria);
- 3) l'autonomia patrimoniale;
- 4) l'obbligo di rendiconto.

Tali fattori non solo sembrano tutti compatibili con l'ipotesi in esame, ma la rendono particolarmente efficace:

1= il requisito del controllo dei beni da parte del trustee, realizza un elemento di terzietà rispetto alle parti del rapporto obbligatorio, che conferisce una portata arbitraria all'azione del trustee stesso, tale da garantire un bilanciamento delle posizioni soggettive difficilmente conseguibile con altre forme autotutelari.

Nel pegno irregolare, ad esempio, alla blindatura in via reale della posizione del creditore, non corrisponde un'altrettanto immediata tutela delle ragioni del debitore in ordine alla restituzione dell'eccedenza, tutelata in via esclusivamente obbligatoria.

2= E' altresì più che mai soddisfatta la causa destinataria; la presenza dello scopo di garanzia temperato dal divieto del patto commissorio, infatti, conduce probabilmente alla configurazione di un trust di scopo, in cui prevale il fine specifico piuttosto che il diretto vantaggio per uno o più soggetti che vadano a qualificarsi come beneficiari.

Nel trust a scopo di garanzia, infatti, tanto il debitore che il creditore conseguono dei benefici: il primo, perché attraverso la costituzione del trust riesce ad ottenere il credito, ed è certo del risultato dell'equivalenza, attraverso la restituzione dell'eccedenza, sottraendosi ad ogni abuso da parte del creditore; quest'ultimo, perché vede resa certa la soddisfazione del proprio diritto.

La posizione di terzietà del trustee, preferibilmen-

te rafforzata dalla presenza di un tutore, accentua ulteriormente l'oggettività dello scopo, determinando, altresì, una più marcata tutela dello stesso.

Nel trust di scopo, infatti, i soggetti interessati, non potendo essere qualificati come beneficiari, sono sottratti ad ogni possibile aggressione esterna della loro posizione, altrimenti attaccabile sia come aspettativa che per i vantaggi immediatamente conseguiti attraverso la gestione del trust.

3= L'autonomia patrimoniale, assicurata dall'adozione stessa del trust, di cui essa rappresenta elemento strutturale nonché effetto ineliminabile a fronte di una corretta scelta della legge regolatrice, lungi dal determinare una sconnessione nell'efficacia del negozio, contribuisce a rafforzarla, isolando i beni in trust da ogni vicenda obbligatoria estranea allo stesso, ottimizzando, così, il risultato di certezza voluto dalle parti.

4= L'obbligo di rendiconto, infine, non solo non contraddice alla funzione di garanzia, ma la esalta, assicurando un corretto impiego delle somme e/o dei beni costituiti in trust, nonché, come visto, sottraendo il trust al divieto del patto commissorio.

3.b Le ragioni della scelta: il bilanciamento delle posizioni contrattuali.

Arriviamo, così, al momento conclusivo dell'analisi, al quesito finale: perché il trust?

La progressiva erosione di una efficace tutela giurisdizionale del credito, ha ingenerato un'inarrestabile spirale di esasperazione nella ricerca di garanzie autotutelari, atte a circoscrivere il deludente impatto con il pantano della giustizia civile.

Anche le garanzie più blindate, infatti, entrano irrimediabilmente in crisi di fronte alla lentezza della risposta giudiziaria, scoraggiando il sistema finanziario e determinando il ristagno degli interventi a favore dell'impresa.

Peraltro, per quanto l'autonomia privata e l'accelerazione della spinta unificante del mercato globale, si siano dimostrate molto prolifiche nella ideazione di nuovi strumenti a tutela del credito, di fatto gli stessi si rivelano spesso strutturalmente complessi, ed inadeguati sul piano dell'efficacia.

Le cd. garanzie autotutelari, infatti (come innanzi visto per il pegno irregolare), fra le quali può annoverarsi, ad esempio, il contratto autonomo di garanzia, certamente hanno il pregio di fornire al creditore uno strumento forte di soddisfazione della propria pretesa, ma si prestano anche ad abusi, spostando il rischio economico dell'operazione soltanto sul garante, che resta inadeguatamente tutelato.

In questo contesto generale emerge con chiarezza la peculiare attitudine del trust a dare risposta concreta alle istanze di certezza del credito e tutela del contraente debole che sono l'essenza stessa del sistema obbligatorio.

Sembra utile a tal fine, fare un rapido raffronto tra l'impiego del trust rispetto agli altri negozi di garanzia, con una brevissima incursione nel settore

immobiliare e dedicando un po' di spazio in più, per dovere di ospitalità, a quello imprenditoriale.

A Settore immobiliare.

Anche nel settore immobiliare, tradizionalmente meno dinamico di quello mobiliare ed imprenditoriale, si avverte il malessere derivante dal declino della tutela giurisdizionale dei diritti di credito, che ha comportato il tramonto di quello che era lo strumento principe delle garanzie: l'ipoteca.

La constatazione del progressivo decadimento della garanzia ipotecaria emerge con evidenza da un dato comparativo: chiunque legga un contratto di mutuo, si avvede che oltre alla garanzia ipotecaria, lo stesso è un susseguirsi di clausole tese a rafforzare ulteriormente la posizione della parte mutuante: deposito cauzionale, clausole risolutive espresse a piene mani, decadenza dal beneficio del termine, e fortuna che non è più previsto l'arresto per debiti!

Eppure, ciò nonostante, il contenzioso derivante dall'inadempimento di tali contratti non smette di lievitare, in quanto, con la medesima progressione, se da un lato si accresce il numero e la tipologia dei mezzi di garanzia, dall'altro si accresce la consapevolezza di quanto questi siano sguarniti sul piano coercitivo.

Analogamente, nel settore delle contrattazioni che abbiano ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso di beni immobili, è caduto pressoché in disusatura il ricorso all'ipoteca legale ed alle stesse cambiali ipotecarie, a cui si preferisce l'intervento preventivo con mezzi quali la riserva di proprietà, la delegazione di pagamento, il deposito cauzionale, tutti accomunati dal far coincidere momento traslativo della proprietà con adempimento della controprestazione.

E' impossibile pensare di esaminare l'enorme casistica posta quotidianamente alla nostra attenzione, ma valga per tutti un esempio di particolare interesse, in quanto largamente diffuso ed attinente anche al mondo imprenditoriale, vale a dire il trasferimento di un terreno a favore di un'impresa di costruzioni, a fronte del trasferimento di immobili da costruire.

Sono note le soluzioni offerte dalla pratica:

= vendita con riserva di superficie e appalto;

= permuta di cosa presente con cosa futura;

variamente suffragate da garanzie aggiuntive, fra cui la più gettonata è quella di una adeguata polizza fideiussoria.

Peraltro, nonostante le cautele adottate, il rischio derivante dallo scollamento temporale fra le due prestazioni principali, sommato al rischio d'impresa insito in ogni operazione con soggetto professionale, non è mai completamente debellato.

Né ha contribuito favorevolmente l'avvento della trascrivibilità del preliminare, che non ha avuto grosso riscontro pratico, oltre che per gli inconvenienti di ordine fiscale, anche per l'accentuata avversione delle banche nei confronti di questo tipo di formalità.

Non bisogna tralasciare di considerare, infatti, che l'esigenza di tutelare la posizione dell'alienante del terreno, va contemperata con l'esigenza dell'imprenditore di poter accedere a linee di credito. In questo caso, il trust sembra rispondere adeguatamente alla molteplicità degli interessi in causa.

Attraverso il trust, infatti, si ottiene una sorta di astrazione del bene e dei diritti che ne rappresentano la base patrimoniale, per cui è come se la titolarità degli stessi rimanesse sospesa a mezz'aria fra le parti, in attesa della venuta ad esistenza del bene che rappresenta la controprestazione del trasferimento del suolo.

Il trust, in ambiente convenzionale, si potrebbe così configurare:

1) L'imprenditore costituisce ad hoc una società di capitali, è indifferente che sia una s.p.a. o una s.r.l. uni o pluripersonale.

2) Si costituiscono in trust le azioni o quote della società all'uopo costituita, nominando trustee la banca finanziatrice dell'opera.

3) Il proprietario del terreno trasferisce alla società la proprietà dell'area.

Sarà quindi il trustee a valutare l'opportunità di concedere un mutuo a fronte di una ordinaria costituzione di ipoteca sul fondo, ovvero a far confluire nel trust anche il ricavato del mutuo, erogando via via gli importi necessari alla costruzione, con il criterio degli stati di avanzamento.

In caso di inadempimento, vale a dire in caso di mancata esecuzione dell'opera, il trustee, su sua prudente valutazione, ritrasferirà all'originario proprietario il terreno, ovvero l'equivalente in danaro, prelevato dall'importo del mutuo, trattenendo quanto rimasto in trust.

Viceversa, venuto ad esistenza l'edificio, il trustee, trasferirà al proprietario dell'area le unità immobiliari dedotte come contro-prestazione, una volta verificatane la conformità al risultato voluto.

Nel caso prospettato si ottiene, da un lato, l'immediato trasferimento della proprietà del terreno all'impresa costruttrice; dall'altro il controllo di quest'ultima per il tramite del trust, che si presta, altresì, ad essere utilizzato al contempo per garantire la banca finanziatrice, che terrà in piedi il trust fino alla integrale restituzione di quanto dovute.

Ancora più semplice sarà la configurazione nell'ipotesi in cui si optasse per un trust internazionale compatibile con una figura di trustee sminuita, vale a dire priva di poteri discrezionali.

In tal caso, sarà comunque opportuno transitare attraverso la costituzione ad hoc di una società, costituendo in trust il capitale di quest'ultima. Questo passaggio, infatti, ci consente di far conseguire alla società la proprietà del terreno, e quindi, per il principio dell'accessione, la proprietà delle unità immobiliari da costruire, evitando doppi passaggi.

Nei termini del trust, si darà istruzioni al trustee,

che potrà anche non essere la banca finanziatrice, di regolarsi nel modo seguente:

= in caso di inadempimento, trasferire all'originario proprietario dell'area l'intero capitale della società proprietaria del suolo stesso;

= in caso di adempimento, e previa delibera assembleare in tal senso, far trasferire dalla società all'originario proprietario del suolo, le unità immobiliari dedotte in controprestazione.

Attraverso il trust si evita, comunque la confusione del terreno nel patrimonio dell'imprenditore, evitando così, oltre alle conseguenze dell'inadempimento, ad ogni rischio derivante dall'attività imprenditoriale.

B Settore imprenditoriale

Addentrando nel settore delle garanzie più specificamente attinenti all'attività d'impresa, il panorama si presenta ancora più multiforme ed in continua evoluzione.

Qui il concetto di garanzia è marcatamente bidirezionale: l'imprenditore, soprattutto in occasione di contratti internazionali, avverte una duplice esigenza:

= da un lato essere in grado di fornire idonee garanzie sia al fine dell'ottenimento di finanziamenti, sia per essere accreditato presso enti ed organizzazioni;

= dall'altro ricevere idonee garanzie circa il soddisfacimento dei propri crediti derivanti dall'attività che si accinge a compiere.

In questo settore è più che altrove determinante il ruolo delle banche, tanto nell'uno che nell'altro degli aspetti considerati.

Appare, pertanto, opportuno soffermarsi sulle garanzie bancarie.

Queste ultime hanno trovato un poderoso sviluppo non solo quantitativo, ma anche qualitativo. Infatti, in sintonia con le specifiche esigenze connesse in special modo al commercio internazionale, esigenze che trovano nella banca un punto di riferimento di elevata affidabilità, sono emersi, nella prassi commerciale, nuovi tipi di garanzie, particolarmente complesse e articolate. Si tratta di garanzie attive, costituite, cioè, a favore di una banca, ma soprattutto di garanzie passive, nelle quali è, invece, la banca che assume il ruolo di garante.

Nelle prime, l'impiego del trust rende più agevole il conseguimento del credito, in quanto, da un lato, fornisce alla banca un perfetto sistema autotutelare, che la affranca dal dover attivare estenuanti procedimenti esecutivi; dall'altro solleva il debitore da procedure complesse, da richieste vessatorie, da ogni possibile abuso connesso all'evidente squilibrio nelle posizioni contrattuali.

Le seconde sono accomunate dall'essere tutte riconducibili ad un mandato oneroso, che rappresenta il rapporto di provvista fra debitore principale e banca garante, in forza del quale quest'ultima, dietro un congruo corrispettivo, presta le garanzie richieste.

In tal caso, come vedremo, l'utilità di ricorrere al trust sostituendolo al rapporto di mandato, è da ricercare nell'esigenza di oggettivare il rischio, scaricandolo direttamente sui beni in trust, dalla cui amministrazione potrà altresì derivare un certo ritorno economico atto ad alleggerire i costi dell'operazione.

Nell'oggettiva impossibilità di prendere in esame tutta la vastissima gamma delle garanzie bancarie, si propone l'analisi di due tipi particolarmente interessanti.

Nell'ambito delle garanzie attive, ci soffermeremo sulle operazioni di finanziamento in pool.

Nel caso in cui siano previste garanzie a favore dei vari istituti erogatori, il problema ricorrente in diritto italiano è il metodo per assicurare una posizione paritaria a ciascuno di essi, nonché le formalità necessarie ad assicurare ad ogni finanziatore una garanzia reale.

Le difficoltà si accrescono allorché al gruppo originario si aggiunga un nuovo o diversi nuovi finanziatori.

Normalmente lo strumento tecnico che viene adoperato è quello del mandato con rappresentanza.

La garanzia reale viene costituita a favore di una delle banche creditrici, che agirà in nome proprio, ed in nome e per conto delle altre banche. Ciò implica una notevole fiducia nelle capacità della banca mandataria a far fronte ai propri obblighi nei confronti delle altre banche mandanti. Tale struttura, inoltre, comporta un notevole aggravio di costi per l'intreccio di commissioni e spese che ad essa sottende.

Ulteriore elemento problematico è costituito dal possibile avvicendamento, nel corso del rapporto, di alcuni degli originari finanziatori.

La costituzione del trust a scopo di garanzia, risolverebbe i problemi evidenziati:

= si costituisce una sola garanzia, idonea non soltanto per il gruppo originario dei finanziatori, ma anche per tutti coloro che dovessero aggiungersi strada facendo;

= costituente è il debitore, la banca capofila viene nominata trustee e sarà, al contempo, beneficiaria unitamente agli altri finanziatori;

= i beni costituiti in trust sono gli stessi che sarebbero oggetto delle garanzie reali, ma senza gli oneri formali che la costituzione di queste ultime comporta.

Nell'ambito delle garanzie passive, particolare importanza ricoprono le garanzie bancarie a prima richiesta.

Esse costituiscono l'esempio più diffuso di contratto autonomo di garanzia, a cui si ricorre sistematicamente nei contratti internazionali d'appalto, di fornitura, di vendita ecc., specialmente nei rapporti tra imprese occidentali e governi o enti pubblici di Paesi in via di sviluppo.

L'affidabilità che può offrire una banca, coniugata al carattere quasi automatico di tali garanzie, che, di regola, possono essere escusse su semplice

domanda del beneficiario, rendono le stesse particolarmente idonee a tranquillizzare il creditore.

Questo tipo di contratto, mira essenzialmente a realizzare la funzione propria del deposito cauzionale, consentendo il soddisfacimento del creditore in via autotutelare, senza però comportare l'immobilizzazione di ingenti somme di danaro.

Le garanzie a prima richiesta, peraltro, proprio per la loro autonomia rispetto al rapporto garantito ed alle sue vicende, si prestano anche ad abusi da parte del beneficiario; abusi i cui effetti pregiudizievoli finiscono per ricadere più che sulla banca garante, sull'ordinante, posto che su quest'ultimo la banca potrà rivalersi ogni qual volta abbia pagato al creditore la garanzia richiesta.

Al fine di attenuare il rischio di abuso da parte del beneficiario, potrebbe introdursi, in luogo della clausola <<a prima domanda>> la clausola <<a prima domanda giustificata>>.

In questo caso il beneficiario, pur senza essere onerato della prova, deve quanto meno dichiarare a quali obblighi il debitore sia venuto meno.

E' questo il nuovo modello che emerge dalle "Norme uniformi sulle garanzie autonome" adottate il 3 dicembre 1991 dalla Camera del Commercio Internazionale (CCI), la cui introduzione, peraltro, si è fino ad ora dimostrata un insuccesso, essendo mal tollerata una riduzione dell'autonomia e dell'automatismo propri della clausola pura.

A risolvere tanto le problematiche dell'ordinante, connesse ai possibili abusi da parte del beneficiario, che quelle di quest'ultimo, il quale, comunque, nonostante tutto, è portatore di un diritto soltanto in via obbligatoria, per cui resta pur sempre esposto ai rischi di concorso ed insolvenza, può brillantemente dare risposta il trust, come già dimostrato in un famoso caso pratico di una società italiana appaltatrice in uno Stato arabo dei lavori di realizzazione di un oleodotto.

L'impiego del trust, in altri termini, produce in tutte le possibili fattispecie, l'effetto del bilanciamento delle posizioni contrattuali contrapposte, grazie alle sue caratteristiche, sopra illustrate, che ne fanno uno strumento di giustizia preventiva.

E così, in una rapida carrellata, in riferimento alla: cessione di crediti a scopo di garanzia e al pegno irregolare entrambi caratterizzati dalla diretta titolarità del bene offerto in garanzia da parte del creditore, circostanza che rappresenta un limite per entrambi gli istituti, tutti e due sbilanciati in favore del creditore.

Per non parlare dell'impiego del trust allo scopo di garantire la posizione dell'acquirente nella cessione d'azienda, o nell'acquisto di società precostituite.

Il congelamento in trust, in tutto o in parte dei corrispettivi, fino all'avvenuta decantazione di tutti i possibili rapporti pendenti dal lato passivo, contempera adeguatamente le esigenze delle parti in causa, evitando all'acquirente i rischi insiti nell'o-

perazione, e consente altresì, la gestione della cosa data e la conseguente possibilità che questa produca frutti.

Questi ultimi potranno essere destinati:

=a= in caso di adempimento:

= a compensare le parti della privazione delle somme costituite in trust;

=b= in caso di inadempimento:

= ad essere utilizzate a titolo risarcitorio.

E ancora, l'impiego del trust risponde egregiamente all'esigenza di conseguire lo stesso risultato del pegno, senza lo spossessamento materiale. Lo stesso debitore potrebbe essere costituito trustee nell'interesse di determinati terzi creditori, realizzando così, una sorta di garanzia mobiliare senza spossessamento.

E così potremmo andare avanti all'infinito, fino ad arrivare ad ipotizzare l'uso del trust in luogo dell'amministrazione controllata, ovvero quale forma di garanzia nel concordato preventivo.

4 CONCLUSIONI

Dalla rapida disamina che precede, emerge che lo scopo di garanzia è uno dei settori privilegiati di impiego del trust, che spalanca scenari di rilevante utilità sociale.

La prevenzione del contenzioso, infatti, oltre ad assolvere alla funzione di agevolare il credito, di per sé già sufficiente a giustificare l'impiego dell'istituto, rappresenta anche un momento di crescita della collettività, che, nei limiti consentiti, deve imparare a regolare i propri interessi in via autotutelare, dando anche un contributo in termini di al-

leggerimento del contenzioso civile.

In quest'ottica appare evidente la necessità di superare la centralità attribuita alle garanzie reali, ormai non più strumenti sovrani ed insostituibili di sicurezza e rafforzamento del credito, ma vecchi arnesi.

Il credito assistito dalle garanzie reali tipiche, infatti, rappresenta la forma più arcaica dell'economia creditizia, figlia di un contesto sociale ed economico statico e chiuso, indifferente alle tematiche dell'immobilizzazione della ricchezza e dell'inaccessibilità al mercato di un'ampia fascia di persone che viceversa, aspirano ad operarvi.

Il maggior impulso viene, oggi, dall'incremento dei traffici e del commercio internazionale, dalla globalizzazione, dal mercato telematico, a fronte dei quali l'impiego delle garanzie codicistiche si pone come assolutamente inadeguato e antistorico, destinato ad essere relegato in ambiti di operatività decisamente secondari e marginali, nonostante l'atteggiamento tenacemente conservatore del sistema bancario in materia di garanzie del credito, alle quali viene in definitiva e paradossalmente rimessa la funzione di selezionare le iniziative economiche, penalizzando così, la parte più vitale del Paese, rappresentata dalla piccola e media impresa.

Che dire di più? Con il Maitland <<la vera via di scampo fu il trust>>.

Valentina de Donato notaio in Grazzanise

APPLICAZIONI PRATICHE

Questo intervento ha per oggetto alcune applicazioni pratiche dell'Istituto del Trust: nel settore societario e nel settore della famiglia.

Il tutto con particolare riferimento ad una ambientazione interamente italiana (con l'eccezione della legge regolatrice) e quindi nel rispetto di quei principi di liceità e rilevanza sociale che costituiscono il presupposto per una sicura applicazione nell'ambito del nostro ordinamento.

TRUST E STOCK OPTION Quando ci occupiamo di trust, e forse proprio grazie al fatto che la Convenzione dell'Aja ha ribadito la non traducibilità del termine "trust", anche noi notai usiamo di più l'inglese e ci facciamo di tanto in tanto affascinare dalla capacità sintetica che questa lingua offre, compendiando intere frasi in un paio di parole così che "il piano di azionariato adottato da una società per azioni in favore dei propri dipendenti" si trasforma in un sintetico e diciamo accattivante o meglio *appealing* "Stock option plan".

Il piano di azionariato è uno strumento di retribuzione integrativa ed ha lo scopo di fidelizzare i dipendenti interessandoli alle sorti ed all'andamento della società. E' uno strumento che non ha avuto in passato grande diffusione.

Più di recente il decreto legislativo n. 505 del 23 dicembre 1999, che ha modificato l'articolo 48 del Testo Unico delle Imposte sui redditi, ha reso la materia fiscalmente più interessante.

L'Italia resta comunque il fanalino di coda nell'applicazione dello stock option plan. Dati statistici rivelano che solo il 6% dei dipendenti ed il 28% dei managers ne beneficiano.

Il piano di azionariato è regolato dagli articoli 2349 e 2441 C.C..

L'articolo 2349 C.C. prevede l'assegnazione straordinaria di utili a favore di speciali categorie di azioni.

L'assegnazione avviene secondo il seguente schema:

1. l'assemblea ordinaria approva il bilancio e destina l'utile di esercizio ad una speciale riserva;
2. l'assemblea straordinaria delibera:
 - a) l'assegnazione straordinaria di tale utile ai lavoratori dipendenti della società;
 - b) l'aumento gratuito del capitale sociale mediante imputazione della predetta riserva;
 - c) l'emissione a favore dei dipendenti delle azioni corrispondenti a detto aumento.

L'articolo 2441 prevede invece una delibera dell'assemblea straordinaria di aumento a pagamento del capitale sociale e l'offerta in sottoscrizione ai dipendenti della società.

Nell'ambito della stessa fattispecie, può verificarsi l'ipotesi che l'assemblea deleghi, ai sensi dell'articolo 2443 C.C., al Consiglio di Amministrazione la facoltà di aumentare il capitale sociale e che l'aumento sia offerto in opzione ai dipendenti della società, conferendo mandato al Consiglio medesimo di determinare con apposito regolamento i criteri secondo i quali sarà offerta la sottoscrizione del suddetto aumento, stabilendo anche i destinatari della medesima, il godimento delle azioni e quant'altro necessario.

Le domande cui vorremmo ora dare una risposta sono se vi sono limiti all'applicabilità di un trust a questa materia, quali potrebbero essere i vantaggi, che natura avrebbe il trust stesso e in che modo potrebbe strutturarsi.

A) Limiti di applicabilità:

La fonte normativa del piano di azionariato fa sì che il giudizio sulla liceità e la meritevolezza degli interessi, che giustificano l'adozione del trust, vada limitato esclusivamente alla regolamentazione del rapporto lì ove rimesso alla libera determinazione delle parti.

Non sembra costituire un ostacolo alla veicolazione della gestione di un piano di stock option, attraverso un trust, la dizione del codice civile che destina tali azioni individualmente ai prestatori di lavoro.

E' stato infatti correttamente rilevato che già nel dibattito dottrinale che ha accompagnato l'attuale disciplina codicistica si faceva riferimento ad una società cooperativa costituita fra tutti i dipendenti, e che inoltre la stessa disciplina sui fondi pensione, D. Lgs 21 aprile 1993 n. 124, all'articolo 4, fa riferimento alla creazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della stessa società, e si ritiene che tale patrimonio possa essere costituito anche da azioni spettanti ai dipendenti, sia per assegnazione gratuita che per offerta di sottoscrizione.

B) Quanto ai vantaggi del trust basti rilevare che:

a) le azioni detenute in trust non potranno essere espropriate dai creditori a qualunque titolo dei prestatori di lavoro;

b) tantomeno, può ritenersi suscettibile di espropriazione la posizione dei beneficiari. E' ben vero che essa è riconducibile, secondo alcuni autori, ad una aspettativa di diritto, e, pertanto, come entità economicamente e giuridicamente valutabile, astrattamente espropriabile.

Nella fattispecie delle azioni destinate ai prestatori di lavoro, emerge però che l'individuazione dei beneficiari si identifica con l'essenza stessa dello scopo del trust: una diversa destinazione risulta perciò inammissibile perché inciderebbe proprio sulla causa destinataria dell'atto di trust, causa che è destinazione dei beni ad uno scopo, sia questo l'interesse del beneficiario o il perseguimento di un fine specifico;

c) il trust, come strumento di gestione, è oltretutto più garantista rispetto ad una società cooperativa, che i prestatori di lavoro volessero utilizzare per la gestione delle stock options. Basti pensare alla specifica responsabilità che assume il trustee in ordine al conseguimento dello scopo, rispetto alla generica responsabilità di gestione addebitabile all'organo amministrativo di una società cooperativa.

C) Quanto alla natura del trust:

è un trust nell'interesse di beneficiari, essendo determinato con riferimento alla specifica categoria di prestatori di lavoro della società che ha emesso le azioni.

Infatti l'appartenenza ad una categoria specifica elimina in radice ogni dubbio di assimilazione al trust di scopo.

Inoltre, la qualifica di beneficiario presuppone un'ulteriore attività da parte dei beneficiari stessi nei modi e termini stabiliti dall'atto di trust, che va dalla semplice manifestazione di volontà di adesione in caso di aumento gratuito, al versamento di un corrispettivo in caso di aumento a pagamento.

Inquadrato questo trust come trust nell'interesse di beneficiari, è a questi ultimi che competerà ogni azione nei confronti del trustee.

D) Struttura:

COSTITUENTE: società emittente le azioni secondo le modalità indicate sopra.

DISPONENTE: i dipendenti. Nel Trust convenzionale è possibile la distinzione tra costituente e disponente come già chiarito nella relazione del collega D'Errico.

Oggetto della dotazione sarà quindi il diritto dei dipendenti a sottoscrivere le azioni fornendo la necessaria provvista ove l'aumento non sia a titolo gratuito.

BENEFICIARI: gli stessi dipendenti nei limiti e con le modalità stabilite dalla società costituente con

riguardo alla forma, al modo di trasferimento e ai diritti spettanti agli azionisti.

OGGETTO DEL TRUST: le azioni in misura corrispondente all'adesione, sia essa gratuita o verso corrispettivo, da parte dei prestatori di lavoro.

Eventuali eccedenze verranno regolate sulla base di specifiche previsioni dell'atto di trust, decorsi i termini espressamente previsti, ed applicandosi i principi desumibili dalla disciplina in materia di azioni inoptate, con i limiti propri che derivano dalla caratteristica delle azioni.

Il contenuto regolamentare negoziale dell'atto di trust riguarderà la circolazione delle azioni, la cessazione del trust, il termine per il trasferimento delle azioni al beneficiario, ovvero ai suoi successori.

TRUST E SINDACATO DI VOTO

Lo svolgimento dei rapporti giuridici determinati da un contratto di società (G. Santoni, *Patti parasociali*, Napoli 1985) è spesso influenzato da accordi e pattuizioni collaterali stipulati fra i soci, definiti "patti parasociali", espressione dell'autonomia negoziale dei soci e, pertanto, ammissibili nella misura in cui siano diretti a realizzare un interesse meritevole di tutela.

Fra i patti parasociali più diffusi sono da annoverarsi le cd. **CONVENZIONI DI VOTO**.

Tale locuzione abbraccia una vasta tipologia di intese programmatiche raggiunte fra gruppi di soci, da quella di tipo occasionale, conclusa in vista di una specifica assemblea, a quelle capaci di creare una stabile organizzazione del gruppo dei sottoscrittori del patto stesso, che più propriamente si qualifica, per l'appunto, come **SINDACATO DI VOTO**.

La natura di patto parasociale pacificante riconosciuta alle convenzioni di voto in generale, ed ai sindacati di voto, in particolare, li pregna della caratteristica tipica di tali patti, vale a dire l'intrinseca inidoneità ad influire, se non indirettamente, sugli schemi organizzativi della società e ad interferire sugli assetti della stessa.

Il contenuto e la portata delle convenzioni di voto, in quanto espressione dell'autonomia privata, possono essere variamente atteggiati:

- il patto di sindacato può comprendere tutte o solo alcune delle materie da trattarsi in assemblea;
- può stabilire che le determinazioni siano assunte dai soci sindacati all'unanimità o a maggioranza;
- può essere a tempo determinato o indeterminato;
- può prevedere che il voto sia espresso in assemblea da un soggetto diverso dai soci, ad esempio dal cd. Direttore del sindacato, che voterà in forza di procura irrevocabile;
- in altri casi è previsto che i soci aderenti al patto girino per procura le proprie azioni ad una società

fiduciaria con il mandato irrevocabile a votare in assemblea secondo le determinazioni assunte dal sindacato, o ancora che le azioni siano intestate fiduciariamente ad una società fiduciaria che poi eserciterà il voto.

Sono ben note le diverse posizioni assunte in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla validità dei patti di sindacato.

Ancorchè sia da ritenersi superato l'orientamento di totale chiusura originariamente assunto in particolare dalla giurisprudenza, persistono tutt'ora dubbi circa la liceità di talune formulazioni: infatti, mentre sono ritenuti generalmente validi i sindacati all'unanimità e quelli con contenuto e tempo determinato, è diffusa la tesi della illiceità dei sindacati di *maggioranza*, che sono, peraltro, tra i più diffusi, e di quelli a tempo indeterminato.

Oltre alle problematiche di validità, non secondari sono i limiti di opponibilità.

La indiscussa efficacia obbligatoria dei patti parasociali e, quindi, dei patti di sindacato, con i suoi risvolti di inopponibilità, valutata sul piano delle conseguenze dell'inadempimento, conduce alla sola azione di risarcimento del danno, non dispiegando, viceversa, alcun effetto sulla validità del voto espresso in spregio degli accordi sindacali e, conseguentemente, sulla validità della relativa delibera assembleare, ancorquando detto voto fosse risultato determinante per l'adozione della stessa.

La pratica ha cercato di bilanciare la fragilità del rimedio risarcitorio frequentando percorsi di non sempre comprovata incisività, tesi a limitare i rischi di espressioni di voto non conformi alla determinazione del sindacato, a partire dalla clausola penale, o dal ricorso ex art. 700 c.p.c., fino ad arrivare alla girata per procura od alla intestazione fiduciaria delle azioni sindacate ad una società fiduciaria.

Non va, peraltro, trascurata la considerazione che il patto di sindacato è tollerato proprio e nei limiti della sua mera obbligatorietà, che consente comunque una via d'uscita al socio portatore di azioni sindacate.

Tali considerazioni hanno condotto la giurisprudenza a considerare nullo il patto in forza del quale gli aderenti al sindacato abbiano conferito mandato irrevocabile alla fiduciaria presso cui siano depositate le azioni.

Analizzati rapidamente i punti salienti dei patti di sindacato, vediamo ora come si inserisce il trust e quale contributo esso possa offrire alla soluzione delle problematiche fin qui esposte.

Va, in primo luogo, sottolineata la legittimità dell'opzione per il trust in questo ambito applicativo: essendo i sindacati di voto frutto dell'autonomia privata, la possibilità di avvalersi del trust vedrà quali unici limiti la liceità e la meritevolezza dell'interesse che ne motiva l'adozione.

Andiamo, ora, a verificare quali possano essere i vantaggi della sua adozione in luogo dei patti parasociali fin qui sperimentati dalla pratica.

Partiamo dalla negatività di questi ultimi, dianzi rammentate:

- efficacia obbligatoria, e, quindi, labilità del patto stesso in caso di inadempimento;

- alto margine di rischio in sede di contenzioso, laddove si strutturino schemi negoziali eccessivamente rafforzati;

e quindi evidenziamone altre che, ancorchè non specifiche, possono interferire pesantemente con le vicende del sindacato:

- possibili azioni da parte di terzi creditori sulle partecipazioni sindacate o incidenti di ordine penale dei soci aderenti al sindacato, che conducano a pignoramento o sequestro delle partecipazioni stesse, con ciò alterando il normale andamento del diritto di voto (M. Lupoi, op. loc. cit.).

Tutti i menzionati aspetti negativi che rendono vulnerabile il patto di sindacato ordinario, sembrano efficacemente superati con l'impiego del trust.

Quest'ultimo, infatti, implica il trasferimento effettivo delle partecipazioni sindacate, che vanno a costituire i beni del trust, amministrati dal trustee in conformità alle disposizioni contenute nell'atto istitutivo, ed insensibili ad ogni possibile vicenda economica o giudiziaria dei singoli costituenti.

La formula non è dissimile da quella già illustrata dell'intestazione fiduciaria delle azioni sindacate ad una società fiduciaria, ma vi è una differenza affatto marginale, che non può trascurarsi: l'intestazione ad una fiduciaria, infatti, per sua natura, consente sempre la riconducibilità della appartenenza delle partecipazioni all'effettivo titolare, nelle cui vicende debitorie, pertanto, le stesse restano coinvolte.

Non si ha, pertanto, il superamento dell'ultimo tra gli argomenti contrari sopra riportati.

Con la costituzione in trust, viceversa, il distacco dal patrimonio del costituente è radicale, per cui i beni che ne sono oggetto vanno a costituire una entità patrimoniale del tutto autonoma rispetto ai beni del costituente medesimo e dello stesso trustee.

Un'ultimo accenno va fatto in merito agli oneri di pubblicità disposti per le azioni quotate, al fine di verificare se gli stessi vadano posti in essere anche nel caso in cui in luogo del patto di sindacato si raggiunga il risultato voluto mediante la costituzione di un trust.

La lettera della legge è tale da doversi concludere per l'obbligatorietà degli adempimenti anche in caso di un trust.

La norma, infatti, è da ritenersi di portata materiale, per cui la stessa va considerata applicabile con riguardo al risultato voluto e non al mezzo posto in essere per ottenerlo.

In tal senso è orientata la dottrina, che, ad esempio, ritiene obbligatori gli oneri pubblicitari anche

in presenza di una semplice deroga al principio di cui all'art. 2352 c.c. quando si vada a costituire un usufrutto su azioni.

A tale risultato, infatti, si perviene considerando la *ratio* della norma in esame, che, come detto è quella di far emergere ogni accordo che vada, comunque, ad incidere sul diritto di voto o sugli assetti di potere della società.

Ne deriva che fra gli obblighi del trustee vi saranno anche in esame, da considerarsi di rilevanza prioritaria, posto che l'eventuale inadempimento comporta la nullità del patto e del voto che ne rappresenta l'emanazione.

Ancora una volta deve concludersi che il trust va adottato per gli obiettivi vantaggi che esso comporta e non, viceversa, con l'intento di eludere l'impianto normativo del nostro ordinamento.

TRUST A TUTELA DI PARTICOLARI CATEGORIE DI SOGGETTI IN AMBITO FAMILIARE

Storicamente il trust nasce per proteggere beni, in quanto utilizzato nel sistema feudale per sottrarsi ad imposizioni e restrizioni.

Nella realtà moderna invece sono i beni in trust che diventano strumento di protezione e tutela di particolari categorie di soggetti.

Mi riferisco sia a soggetti disabili, che a soggetti i quali, a seguito di particolari abitudini di vita, o modalità di lavoro, non diano sufficienti garanzie di mantenimento del patrimonio familiare.

Finalità e struttura del trust sono ovviamente diverse nelle varie situazioni prospettate.

Nel caso di soggetti disabili la struttura del trust è incentrata sulla necessità di assicurare, per tutta la vita del beneficiario, mantenimento economico e sostegno morale e, a volte, una particolare assistenza domiciliare ovvero l'erogazione, presso adeguate strutture, di cure mediche adeguate.

Il c.d. "dopo trust", cioè la destinazione dei beni quando il trust ha esaurito il suo scopo, assume un rilievo secondario.

In materia di trust a tutela di disabili, è stata presentata in Italia nel 1998 una proposta di legge che struttura un trust con le seguenti caratteristiche:

- i trustees devono destinare ogni reddito del trust alla cura, al mantenimento e al sostegno di uno o più soggetti gravemente disabili;

- è prevista la nomina di uno o più soggetti quali "guardiani del trust";

- la durata del trust non può essere inferiore a quella della vita del soggetto disabile in favore del quale è istituito;

- il soggetto disabile non può proporre azioni di riduzione di disposizioni testamentarie o di donazioni o di altre liberalità qualora risulti che il trust in suo favore sia dotato di beni sufficienti per ogni sua esigenza di cura, di mantenimento e di sostegno;

- il soggetto disabile non può essere soggetto passivo di azioni di riduzione con riferimento al trasferimento dei beni in trust, a meno che il valore dei beni stessi non sia manifestamente eccessivo per le suddette esigenze di cura, mantenimento e sostegno.

Nel caso invece di soggetti che, per particolari abitudini di vita, o modalità di lavoro, non diano sufficienti garanzie di mantenimento del patrimonio familiare, la struttura del trust è incentrata sulla necessità di contemperare, da una parte, l'esigenza che il beneficiario mantenga un costante ed ottimale standard di vita, dall'altra l'esigenza di impedire che il reddito del trust spettante allo stesso possa essere oggetto di azioni esecutive da parte di terzi e che lo stesso beneficiario possa alienare la propria posizione.

Dal punto di vista giuridico emergono le seguenti considerazioni.

a) Per entrambe le situazioni prospettate, interamente rimesse ad una determinazione frutto esclusivo dell'autonomia privata, la possibilità di utilizzare il trust dovrà confrontarsi con i limiti di liceità e meritevolezza dell'interesse che possano giustificare l'adozione.

La meritevolezza è strettamente connessa alla posizione del soggetto che si vuole tutelare.

b) In entrambe le situazioni prospettate, la costituzione dei beni in trust non deve costituire un mezzo per ledere eventuali legittimari. Sarà quindi necessario che la disposizione non sia tale da superare la quota di legittima, onde evitare l'esperimento di azioni di riduzione.

E, correttamente, la proposta di legge appena illustrata prevede una normativa ad hoc per l'azione di riduzione con riferimento ai disabili.

c) In entrambe le situazioni prospettate non vi è violazione del divieto del fedecommesso.

Le differenze tra la sostituzione fedecommissaria ed il trust convenzionale risiedono anzitutto nella doppia istituzione e nell'obbligo di conservare e restituire.

Infatti il trust convenzionale, a differenza del fedecommesso, necessita di una attività amministrativa e dispositiva che normalmente non coincide con un'attività meramente conservativa.

Inoltre il primo beneficiario non può considerarsi istituito, in quanto destinatario solo del reddito, e non anche della proprietà dei beni, ed il beneficiario finale non può dirsi sostituito perché i beni, che gli verranno assegnati dal trustee, potrebbero essere diversi rispetto ai beni originari della dotazione al trust.

d) Lo scopo di preservare i redditi del trust spettanti al beneficiario dall'aggressione di terzi, e lo scopo di impedire la trasferibilità della posizione del beneficiario, viene realizzato in molte legislazioni straniere tramite i PROTECTIVE TRUSTS.

Nel caso in cui sia a rischio la posizione del beneficiario, dette legislazioni prevedono la riduzione o

addirittura la cessazione del trust, ovvero, come avviene nel sistema inglese, la trasformazione dello stesso in trust discrezionale.

La trasformazione in trust discrezionale implica la mutazione del contenuto della posizione del beneficiario, che, da quel momento, sarà solo uno dei soggetti che può essere scelto dal trustee in sede di distribuzione di reddito e/o capitale.

Occorre però verificare l'astratta compatibilità dei protective trusts con il trust disciplinato dalla Convenzione de L'Aja.

Ciò impone preliminarmente l'inquadramento giuridico della posizione del beneficiario.

La posizione del beneficiario, secondo parte della dottrina, non assume rispetto ai beni del trust alcuna caratteristica reale di diritto sul bene, configurandosi, viceversa, come diritto al bene, vale a dire quale aspettativa di diritto tutelata in via giudiziale.

Dalla riconduzione classificatoria della posizione del beneficiario nella categoria dell'aspettativa di diritto, deriva l'idoneità della stessa ad essere oggetto di rapporti giuridici.

In senso favorevole è orientata la giurisprudenza della Cassazione, che ha ripetutamente affermato la natura patrimoniale dell'aspettativa, quale entità economicamente e giuridicamente valutabile e, conseguentemente, trasferibile ed espropriabile.

Ma la stessa giurisprudenza esclude il doppio trasferimento, stante la diversità dell'oggetto dei due atti traslativi, qualora il terzo acquirente dell'aspettativa consegua i beni oggetto della stessa.

Se trasportiamo tali conclusioni in ambiente trust convenzionale, e sia interessato l'ordinamento italiano, ne deriva che i terzi acquirenti della posizione del beneficiario, si sostituiscono allo stesso nell'acquisto del diritto sui beni del trust, senza nesso di derivazione dal beneficiario stesso.

Questo aspetto può talvolta limitare la trasferibilità della posizione del beneficiario.

Infatti, quando dal contesto della fattispecie emergesse che l'individuazione dei beneficiari da parte del costituente si identifica con l'essenza stessa dello scopo del trust, si dovrebbe concludere che la trasferibilità volontaria della loro posizione è circoscritta ai soli casi di sussistenza, nel soggetto acquirente, dei requisiti considerati dal costituente come presupposto dell'attribuzione.

Risultano pertanto compatibili con il trust convenzionale i "protective trusts", in cui l'inammissibilità del trasferimento è da ritenersi strettamente funzionale, per definizione, alla realizzazione dello scopo.

TRUST E FAMIGLIA DI FATTO

In alcuni paesi del Nord Europa si calcola che almeno il 20% della popolazione viva in una condizione di famiglia di fatto.

Probabilmente l'Italia per cultura, tradizione, educazione religiosa, vive una realtà diversa anche se, dopo la sentenza della Corte Costituzionale

che riconobbe il diritto del convivente more uxorio a succedere nella titolarità del contratto di locazione, il tema è divenuto più attuale.

Nel momento in cui tentiamo di delineare un regime giuridico del fenomeno ci rendiamo conto che da tempo la famiglia non è più un ordinamento giuridico unitario, ma piuttosto un insieme di relazioni interindividuali e ci rendiamo anche conto che difficilmente il nostro ordinamento potrà considerare l'unione di fatto come destinataria di un corpo di norme più o meno organico e se lo farà non lo farà domani.

La famiglia di fatto è, al momento, un terreno in cui si valorizza l'autonomia privata ed il ricorso a schemi negoziali atipici e quindi un terreno in cui noi notai possiamo giocare adeguatamente il nostro ruolo di sperimentatori e di interpreti.

Non è la prima volta che il notariato dà un prezioso contributo all'adattamento degli istituti giuridici alle situazioni di fatto non espressamente disciplinate dalla legge e alla evidenziazione di problematiche che per l'ordinamento vigente sono prive di regolamentazione adeguata.

Proprio noi notai, che conosciamo e applichiamo quotidianamente gli istituti giuridici che più spesso entrano in conflitto con la famiglia di fatto, abbiamo la possibilità di misurarci con il nuovo.

Ancora una volta le domande riguardano la legittimità della scelta del trust, i vantaggi che possono derivare dalla regolamentazione attraverso il trust dei rapporti patrimoniali in seno alla famiglia di fatto, la natura del trust e la sua struttura.

A) La legittimità dell'operazione, trattandosi di regolamentazione interamente affidata alla autonomia privata, risentirà dei limiti di liceità e meritevolezza dell'interesse che ne motiva l'adozione.

B) Quanto ai vantaggi in ordine all'utilizzo del trust basti pensare:

- alla separazione che va ad attuarsi rispetto al patrimonio del costituente, e che nella fattispecie diviene garanzia di certezza e stabilità con riferimento alla trasmissione della ricchezza in un am-

bito in cui, considerata l'assenza di ogni protezione legale, c'è maggiore necessità di stabilità e certezze;

- alle particolari responsabilità a carico del trustee nella fase dell'amministrazione.

Dobbiamo tener presenti le particolari esigenze di un soggetto, il beneficiario, il quale, pur facente parte di un nucleo familiare, non ha la stessa protezione che avrebbe all'interno della famiglia legittima.

Ne discende una particolare attenzione alla eventualità di mutamento dei beni in trust onde assicurare una maggiore stabilità economica a vantaggio del beneficiario.

C) Il trust è sicuramente nell'interesse di un beneficiario e non è trust di scopo in quanto l'appartenenza dei beneficiari ad una determinata categoria o l'indicazione nominativa degli stessi, sgombera il campo da ogni dubbio.

Ad essi compete quindi agire per vedere rispettato lo scopo del trust e quindi la realizzazione del loro interesse specifico.

Ritengo poi che la posizione del beneficiario in questo caso, ove dallo scopo del trust traspaia la volontà di destinare i beni in funzione della appartenenza alla famiglia di fatto, non possa essere oggetto di atto dispositivo.

Infatti, inquadrando la posizione del beneficiario nella categoria dell'aspettativa di diritto, valgono le conclusioni già sopra esposte.

Pertanto nel caso in cui l'individuazione del beneficiario da parte del costituente si identifichi con l'essenza stessa dello scopo del trust, si potrebbe concludere che la trasferibilità della posizione del beneficiario sia limitata ai soli casi in cui il soggetto acquirente abbia i requisiti considerati dal costituente come presupposto dell'attribuzione (ad es. trasferimento al figlio nato nella famiglia di fatto).

Marina Varlese, notaio in Roma

LA RESPONSABILITA' DEL NOTAIO

§1 Premessa

Il Notaio italiano è coinvolto in ordine al deposito nei suoi atti di atti istitutivi di trust formati all'estero, oppure in ordine alla redazione vera e propria. In entrambe le ipotesi gli viene addossato l'onere di un controllo sulla legittimità, che nella seconda evenienza riesce ovviamente più pregnante. La confezione in Italia comporta, inoltre, problemi connessi alla scelta della forma.

§2 Il deposito in Italia di atti istitutivi di trust predisposti all'estero.

L'art.12 L. 16 ottobre 1989, n. 364 (che ha reso esecutiva la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985), ammette il deposito degli atti negoziali di trust redatti all'estero "a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo".

L'art. 16 legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: per l'innanzi d.i.p.) stabilisce che "la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico".

L'art. 106 numero 4, L. 16 febbraio 1913 n. 89 (Legge Notarile) prevede che gli atti notarili rogati in Paese estero per poter essere usati in Italia siano depositati alternativamente presso un Notaio italiano oppure presso l'Archivio Notarile. L'art. 1, all. 1, L. 28 febbraio 1997, n. 30, novellando sul punto la Legge Notarile, ha esteso l'obbligo di deposito anche alle scritture private autenticate. L'obbligo del preventivo deposito è concepito in relazione all'"uso" in Italia, per tale da intendersi quanto sia consequenziale - unito cioè da un nesso di complementarità - alla destinazione dell'atto¹: il deposito non sarà quindi necessario, ad esempio, per gli atti che debbano essere utilizzati nel nostro Paese a fini meramente giudiziari. Dovrà invece rientrarvi l'esecuzione delle formalità pubblicitarie cui l'atto è preordinato: in particolare la trascrizione e l'iscrizione presso le Conservatorie dei Registri Immobiliari e l'iscrizione al Registro delle Imprese.

Ulteriori specificazioni sono stabilite dal R. D. 1936/1914 (Regolamento di esecuzione della legge notarile): l'art. 68 precisa che il Notaio può ricevere tali atti in deposito "purché siano debitamente legalizzati". Com'è noto rispetto a molti Paesi l'apposizione dell'Apostille tiene luogo della legalizzazione, mentre per alcuni addirittura nessuna legalizzazione è più necessaria. Gli atti rogati all'estero, qualora siano stati redatti in una lingua straniera, devono essere "accompagnati dalla traduzione in lingua italiana, fatta e firmata dal Notaio" o, qualora questi non conosca la lingua, "da un perito scelto dalle parti".

Il deposito riesce, ancora, funzionale all'obiettivo di assicurare la conservazione e la custodia degli atti notarili formati all'estero, consentendo così eventuali verifiche a tutela della pubblica fede. Ma non solo.

Il fondamento di tali previsioni è stato ravvisato nell'esigenza di controllare che le private pattuizioni siano conformi all'ordine pubblico. Posto che il Notaio, ai sensi dell'art. 28 n.1 L. Not., non può ricevere gli atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari all'ordine pubblico e al buon costume, il preventivo deposito consentirebbe di esercitare un adeguato controllo di legalità. Il Notaio dovrà verificare che l'atto estero non violi le norme ed i principi inderogabili dell'ordinamento interno.² Fermo il riferimento alla legge straniera in ordine alla validità dell'atto per la maggior parte dei profili, laddove la volontà delle parti o le norme di diritto internazionale privato rinviano alla legge

dello Stato ove l'atto è posto in essere, ovvero anche - ed a seconda dei casi - ad altri ordinamenti, mi pare si debba escludere che il Notaio italiano debba esercitare alcun controllo sulla conformità del trust rispetto alla legge straniera regolatrice, dovendo limitarsi a verificarne la non contrarietà con l'ordine pubblico internazionale secondo le caratteristiche proprie del sistema di diritto internazionale privato.

§ 3 *L'atto istitutivo di trust redatto in Italia: il controllo del Notaio.*

Occorre accostarsi con la gradualità imprescindibile per non perdere contatto con tutti i termini della questione.

Precisamente, scontato che la Convenzione ha definitivamente escluso ogni sospetto o pregiudizio di idiosincrasia preconcepita del nostro ordinamento nei confronti del trust, si tratta di verificare il grado di convergenza del consenso degli interpreti sui seguenti profili:

i) se ne sia derivata la possibilità di rogare in Italia atti istitutivi di trust, o ciò sia precluso dovendosi circoscrivere la valenza della Convenzione al riconoscimento di efficacia ai trust formati all'estero (da intendersi in ordinamenti di trust);

ii) alla risposta positiva al primo quesito, segue l'interrogativo circa la validità del trust interno.

Ma questa ulteriore - e subordinata - questione, che frontalmente rinvia all'ormai classica disputa circa l'ammissibilità dei "trust tricolore", è spesso affrontata direttamente, senza considerare la graduazione dei quesiti, quindi il carattere pregiudiziale del primo. Da esso occorre pertanto muovere, e affrontare nell'ordine i segmenti della traiettoria concettuale, per darsi carico della validità dell'atto istitutivo di trust confezionato in Italia, e della responsabilità del Notaio.

Partiamo dall'evenienza in cui il Notaio italiano venga richiesto di rogare un atto istitutivo di trust completamente straniero, denso di elementi di collegamento con un ordinamento che conosca quella tipologia di trust. Ipotizziamo il caso di soggetti inglesi che si presentino di fronte al notaio italiano per costituire un trust relativamente a beni ubicati in Inghilterra, adottando quella inglese come legge regolatrice (quindi: inglese il disponente, il trustee, ed il terzo beneficiario; beni localizzati in Inghilterra; inglese il diritto regolatore, dando per scontato che preveda quella tipologia di trust). E' il notaio italiano abilitato a rogare un tale atto (eventualmente bilingue se alcuno dei comparenti non conosce l'italiano)?

La risposta affermativa s'impone, non valendo per il notaio la limitazione che astringe la competenza del console, circa il ricevimento di atti di cui siano parte cittadini, o destinati a produrre effetti nel suo paese³. Né è inevitabile l'applicazione della legge italiana, nei limiti consentiti dalle norme italiane di

¹ P. Piccoli - A. Ruotolo - M. Velletti, La circolazione degli atti notarili nello spazio giuridico europeo e la riforma del diritto internazionale privato, Riv. not., 1996, 1377

² S. Tondo, Deposito di atti esteri, in Vita not., 1980, 1054; C. Falzone - A. Alibrandi, voce Deposito (di atti), in Dizionario enciclopedico del notaio, II, Roma, 1974, 75.

³ Art. 19 D.P.R. 5 gennaio 1967, n. 200

diritto internazionale privato, e fermo naturalmente il rispetto della legge notarile.

Quale controllo deve espletare il notaio in relazione ad un atto destinato a produrre effetti all'estero? Pare doversi limitare alla parte inderogabilmente regolata dal diritto italiano: certamente l'osservanza della legge notarile, che regola l'esercizio della funzione, a prescindere dal suo oggetto; per il resto, dovendosi comunque fare capo alle norme di diritto internazionale privato, all'ordine pubblico, ma pure alla verifica della capacità delle parti e della sussistenza delle autorizzazioni necessarie (regolate dalla legge individuata sulla base dell'art. 23 d.i.p.).

E, per converso, potrebbe il notaio essere ritenuto responsabile sul piano disciplinare per violazione della legge straniera? Sembra da escludersi per le ragioni che saranno oltre illustrate. Il Notaio sembra censurabile solo ove non si sia dato carico di verificare la riconoscibilità di quel trust in Italia. Il che - avuto particolare riguardo agli artt. 15 e 16 della Convenzione - importa un giudizio di non manifesta contrarietà al diritto italiano.

Dunque, ammettendo che il notaio italiano può rogare atti la cui sostanza è regolata da una legge straniera, fermo il rispetto della legge notarile e dell'ordine pubblico, ed escludendo che la valenza della Convenzione dell'Aja sia circoscritta agli atti istitutivi di trust istituiti in ordinamenti che li prevedono, si viene ad affermare in linea di principio la ricevibilità di atti istitutivi di trust da parte del notaio italiano.

Il mutamento di qualche elemento dello scenario tratteggiato reagisce esclusivamente sul riscontro dei criteri di collegamento, quindi rifluisce sull'interpretazione dell'art. 13 della Convenzione. Sul punto le posizioni non sono del tutto univoche. Accanto alla celebre tesi favorevole a ritenere sufficiente la scelta della legge applicabile⁴, vi sono opinioni di chiusura⁵, nei confronti di trust il cui unico elemento di estraneità sia la scelta di una legge regolatrice straniera. Secondo la tesi prevalente il diniego di riconoscimento non costituisce un obbligo per il giudice, ma una semplice facoltà: la locuzione "non è tenuto", contenuto nell'art.13, non può equivalere ad un assoluto divieto, residuando in capo al giudice un margine di discrezionalità vincolata.

E' sotto questo profilo in questione non già la ricevibilità di atti istitutivi di trust da parte del notaio, bensì il riscontro della loro validità: precisamente dal punto di vista della corrispondenza ai termini del loro riconoscimento nel nostro ordinamento - sulla scorta della Convenzione dell'Aja -, non già quanto alla loro conformità alla legge straniera prescelta.

⁴ M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 1997, p. 440 ss.

⁵ Giud. Registro Imprese presso il Trib. S. Maria Capua Vetere, 7 marzo 1999, in questa Rivista, 2000, 251

Si tratta, dunque, di un autonomo segmento della traiettoria concettuale circa l'ambito dell'intervento notarile in tema di trust, rispetto al quale la responsabilità del notaio può essere forse chiamata in causa, atteso il riferimento all'osservanza di regole entrate a far parte dell'ordinamento giuridico italiano. Occorrerà, peraltro, tener conto della cennata incertezza interpretativa, tale da rendere difficilmente configurabile - qualunque tesi si trovi a prevalere nelle aule dei tribunali - una "manifesta contrarietà alla legge" nell'atto istitutivo di trust che fosse decretato inaccettabile per il nostro ordinamento.

E', dunque, fase ancora ulteriore e concettualmente distinta quella del riscontro della validità sostanziale dell'atto istitutivo di trust riferito alla legge italiana quanto ai principi di ordine pubblico così come accolti nel foro, e per il resto alla legge richiamata.

Sul primo versante occorre considerare che la ratifica della Convenzione dell'Aja ha escluso in linea di principio - come detto - ogni sospetto di idiosincrasia del nostro ordinamento nei confronti del trust che quindi, come tale e nei limiti in cui la Convenzione opera, non può più essere ritenuto contrario all'ordine pubblico. Con il che, molte riflessioni risultano superate. Si pensi al lungo dibattito che ha occupato la dottrina circa la compatibilità del trust con il numero chiuso dei diritti reali; oppure rispetto ad alcuni principi cardine in materia di successioni. A quest'ultimo riguardo basti ricordare che la conciliabilità con lo sbarramento di cui è espressione l'art. 458 cod. civ. è stata argomentata evidenziando la distanza tra i due congegni:⁶ rilevando la mancanza di un patto tra il disponente ed i beneficiari, intercorrendo quest'ultimo solo con il trustee; ed ancora riscontrando ulteriore elemento caratterizzante nell'immediato trasferimento dei diritti al trustee, il quale ha il compito di amministrarli e destinarli dopo la morte del disponente. Sempre ripercorrendo riflessioni ormai sedimentate, ricordiamo che altrettanto è stato osservato a margine del fedecommesso, la cui differenza dal trust è stata rimarcata nella prospettiva strutturale e funzionale, concernente cioè la *ratio* che presidia il divieto al ricorso dell'istituto. Il trust successorio, infatti, non viola né il principio della libertà di testare, né quello della circolazione dei beni.⁷

⁶ U. Morello, *Fiducia - Nuovi orientamenti e prospettive*, in *Quadrim*, 1990, 124; M. Lupoi, cit., p. 508; A. Palazzo, *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, 671; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui - Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Quaderni del dipartimento di Scienze Giuridiche dell'università degli Studi di Trento, 1995, p. 252 e ss., nonché p. 327 e ss.).

⁷ M. Lupoi, cit., p. 506; A. Palazzo, cit., p.675. Al proposito sono note Cass., 5 aprile 1984 n. 2215 in *Foro it.*, 1984, I, 2253 che escluse l'invalidità

Rimane semmai da accertare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento in Italia della concreta fattispecie: a questo fine occorre essenzialmente verificare l'eventuale contrarietà "manifesta" a principi di ordine pubblico del foro. Ad esempio rispetto alle norme sulla protezione degli incapaci; alle disposizioni inderogabili in tema di frode ai creditori; o, su altro versante, a quelle successorie.

Quanto alla tutela della quota di riserva, deve premettersi che in ogni caso residua la facoltà per il Notaio di ricevere atti (di consueto testamenti e donazioni) che ne risultino lesivi, atteso che non può dirsi invalido il negozio esposto ad azione di riduzione, ma solo suscettibile di essere dichiarato inefficace. In questa prospettiva deve leggersi l'art. 15 della Convenzione dell'Aja laddove stabilisce, tra l'altro, che le norme interne sui "testamenti e sulla devoluzione dei beni successori, in particolare sulla legittima", non si possono aggirare: nel senso di intenderlo quale limite non agli atti istitutivi, ma all'esecuzione delle disposizioni. Del resto, non sembra azzardato affermare che nel nostro sistema il principio della riserva a favore dei legittimari sia già stato scalfito. Ai sensi dell'art. 46, Il comma, d.i.p. il testatore residente all'estero può disporre con una lesione della legittima; ciò che, tuttavia, qualora egli sia cittadino italiano, incontra comunque il limite della tutela accordata dall'ordinamento ai legittimari residenti in Italia. Inoltre deve ricordarsi quell'orientamento che ha negato la ricompressione dell'istituto della successione dei legittimari all'interno dei principi di ordine pubblico, osservando come l'art. 42 Cost. non faccia riferimento alcuno a tale categoria. Il legislatore ordinario, quindi, non potrebbe mai sopprimere l'istituto della successione necessaria, ma è libero di regolarne modalità e limiti.⁸ Ma veniamo al problema - all'ordine del giorno del dibattito - della conoscenza da parte del Notaio della legge straniera regolatrice del trust. Alcune delle ricostruzioni avanzate non paiono tenere distinto il piano della responsabilità contrattuale nei confronti del comparante/cliente, da ricondurre

probabilmente all'art.2236 cod. civ., rispetto a quella derivante da una pretesa applicazione dell'art. 28 L. Not.. Mentre si può discutere in ordine alla prima, assolutamente insostenibile pare invece la tesi propensa a riscontrare quest'ultima.

Il Notaio richiesto di rogare un atto istitutivo di trust esplicherà alle parti il suo livello di conoscenza delle norme straniere che, se insufficiente, renderà opportuno il ricorso ad un esperto⁹. Sotto questo profilo la situazione non diverge da quella di altro professionista richiesto di rendere una prestazione in un settore non inevitabilmente ricompreso tra le sue attribuzioni. E' quanto accade da tempo per gli avvocati, la cui tendenza alla specializzazione è risalente, ma pure rispetto ai giudici; ed è velleitario pensare che il Notaio sia in grado di dominare i campi più diversi, anche quelli laterali alle sue competenze istituzionali, rispetto alla conoscenza dei quali non è stato selezionato, e che non rappresentano il corpo fondamentale dei servizi che è chiamato ad assicurare ai cittadini. Il giudice, nelle materie in cui sono richieste nozioni specialistiche o di settore, ha sempre potuto ricorrere a consulenze tecniche d'ufficio: egli non sarà in grado di sindacare il merito della perizia ma ne valuterà la non manifesta contraddittorietà della motivazione, e su di essa baserà la decisione prudente ed imparziale conformemente al suo ruolo, pertanto conservando la funzione decisoria, quindi tipica e propria ancorché complementare. Ai sensi dell'art.14 d.i.p., al fine di conoscere il diritto straniero, il giudice può anche interpellare esperti o istituzioni specializzate. Parimenti, ove sovengano esperti di diritto straniero, anche la funzione del notaio giurista segna il passo, ma non per questo entra in stallo. Il notaio conserva un cuore di specializzazioni esclusive, che - almeno nei sistemi di notariato latino - non vengono devolute ad altri professionisti:¹⁰ dall'intervento nella redazione di documenti autentici, destinati a valere come prove privilegiate, al compimento degli adempimenti pubblicitari e fiscali.¹¹

Egli potrà ricorrere ad un *affidavit*, ma ciò nondimeno manterrà la propria competenza - e responsabilità - per forma e certificazione dell'atto, nonché per la consulenza fornita alle parti in ordine alla rischiosità del negozio che intendono stipulare ponendosi in posizione di imparzialità ed, infine,

⁹ Cfr. G.F. Condò, Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio, III, in questa Rivista, 2000, 481, nonché Il trust questo sconosciuto, in C.N.N. Attività, n.2/2000, 40.

¹⁰ U. Morello, Una professione così antica da sembrare quasi moderna, in Notariato, 1998, 105; A Fusaro, Forme e volti del notariato, in corso di pubblicazione in Riv. trim. dir. proc. civ..

¹¹ V. la Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 1994, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea del 14 febbraio 1994.

del fedecommesso, disposto per testamento da uno straniero in conformità alle leggi dello Stato di cui era cittadino, per contrasto con l'ordine pubblico interno; nonché Trib Lucca, 23 settembre 1997, in Foro it., 1998, I, 2007 (nota E. Brunetti) e 3391 (nota M. Lupoi), che ha riconosciuto un trust anziché un fedecommesso nella disposizione testamentaria di un cittadino italiano residente negli Stati Uniti che, in un testamento redatto secondo la legge americana, aveva imposto all'erede l'obbligo di pagare le spese e di amministrare il patrimonio in modo tale da garantire il mantenimento alla propria figlia e devolverlo, alla sua morte, ai nipoti.

⁸ Cass., 24 giugno 1996, n. 5832 in Riv. not., 1997, 935; Cass., 5 aprile 1984, n. 2215, cit..

per la prognosi circa le prospettive di riconoscimento in Italia.

Ed ecco che il rilievo di tali consultazioni, dal piano della responsabilità professionale, viene a spostarsi su quello dell'imputabilità dell'eventuale invalidità. Non si vede a quale titolo il notaio possa essere ritenuto responsabile dell'eventuale difformità dell'atto rispetto ad una legge esterna all'orbita delle sue competenze, a meno che non gli si voglia attribuire una *culpa in eligendo* per essersi appoggiato ad un esperto non idoneo: ma si finirebbe per addossare al Notaio una responsabilità per fatto altrui che - se è fisiologica sul piano contrattuale - è al contrario difficilmente compatibile con i fondamenti e lo spirito di quella disciplina. La formazione e la professionalità del Notaio italiano non esigono, né gli permettono, una conoscenza diretta di tali aspetti. Il sistema è incentrato sulla legge italiana, certo comprensiva delle disposizioni di diritto internazionale privato e della normativa sovranazionale: basti pensare che l'ignoranza della legge straniera deve intuirsi condivisa dagli organi istituzionalmente deputati a vigilare circa la validità degli atti notarili, cosicché affermando il contrario si verrebbe a coonestare uno slittamento sul piano del controllo, realizzandosi uno scarto tra il novero dei vizi rilevanti sul piano disciplinare, e l'oggetto della verifica esercitata in sede di ispezione biennale.

Non può quindi condividersi l'applicazione dell'art.28 L. Not. con riferimento alla legge straniera. Come esattamente è stato rilevato,¹² tale norma presidia un interesse pubblico ed uno privato: questo, connesso alla realizzazione degli interessi perseguiti dalle parti, è pienamente disponibile; quello, invece, non può avere alcuna rilevanza quando la legge da rispettare sia straniera.

Semmai può configurarsi una responsabilità, non solo contrattuale ma pure disciplinare, per vizi intrinseci alla redazione dell'atto, svarioni vistosi quali il rinvio a legge inesistente (il diritto britannico, od il common law statunitense relativamente a materia di ambito non federale ma statale), o l'intrinseca contraddittorietà. Ed ancora per l'errata formulazione di una prognosi di riconoscibilità nell'ordinamento italiano di un trust manifestamente carente di tali presupposti.

Il quadro così delineato esibirebbe dunque una sua coerenza, sunteggiabile nelle seguenti proposizioni:

a) conferma del ruolo notarile e dell'esercizio della sua funzione anche rispetto alla redazione di atti la cui validità sostanziale è governata da una legge straniera che il Notaro non conosce né è tenuto a conoscere;

b) responsabilità contrattuale verso il cliente solo ove non abbia esercitato la diligenza media del

professionista - specie in ordine all'invito a consultare un esperto -, e comunque ove non abbia rispettato le regole sue proprie (prima tra tutte l'imparzialità);

c) assenza di responsabilità extracontrattuale verso i terzi per l'eventuale invalidità rispetto alla legge straniera, essendo notoria l'estraneità delle leggi straniere rispetto all'ambito istituzionale di conoscenze e competenze del notaio italiano;

d) responsabilità disciplinare solo per nullità derivante da contrarietà alla legge italiana, ivi includendo le ipotesi di contrasto con disposizioni inderogabili italiane tale da pregiudicare il riconoscimento del trust in Italia; e per intrinseca contraddittorietà od incompletezza dell'atto (comprendendo i casi di rinvio a legge inesistente, o palesemente inadeguata).

Quanto sopra non è antagonista ma semmai efficiente rispetto all'acquisizione di competenza dei Notai in tema di trust, poiché tutto ciò consentirebbe loro di accostarsi in posizione di concorrenza con gli altri consulenti senza un deterrente (una responsabilità disciplinare "vicaria") che non affligge alcun altro attore della scena professionale (e peraltro eccentrico rispetto alla funzione di presidiare il corretto assolvimento delle competenze istituzionali).

§ 4 La forma.

Il primo quesito riguarda la necessità della forma pubblica - con i testimoni - propria della donazione. Nel prototipo riportato dalla rivista Il Notariato¹³ Pasquale Leano optò per la soluzione affermativa. Nel commento Paolo Piccoli e Nicola Raiti approvarono questa scelta in quanto operata all'insegna della prudenza, e necessitata dalla novità dell'istituto, sebbene consapevoli che mal si addicono al trust categorie quali "corrispettività", "liberalità", o "gratuità".

Nel caso del Trust per l'Italia si è, invece, optato per la scrittura privata autenticata; ed è stato redatto bilingue (italiano ed inglese). Quest'ultima rappresenta un'impostazione certamente opportuna, ancorché l'art. 54 L. Not. limiti l'utilizzo della lingua straniera all'evenienza che almeno uno dei Componenti non conosca l'italiano. Evidentemente, cogliendo il suggerimento, si tratta di confinare tale preclusione ai rogiti, così emancipandone le scritture private autenticate.

§ 5. Postilla. Per una rilettura dell'art. 28 L. Not.

Le considerazioni sopra formulate conducono ad una riflessione più generale sull'applicazione dell'art. 28 L. Not. invalsa presso certa giurisprudenza, nonché sugli effetti distorsivi che questa può provocare all'interno del sistema. Il dato letterale della disposizione evidenzia che la responsabilità notarile è da ricondursi al ricevimento di atti "espressamente" vietati dalla legge o "manifestamente"

¹² M. Lupoi, Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio - IV, in questa Rivista, 2000, 484.

¹³ Nel n. 2/1996, 264

mente" contrari all'ordine pubblico. Solo una generalizzata ed ingiustificata tendenza sanzionatrice ha permesso in passato la censura anche di contratti annullabili.¹⁴ La giurisprudenza, inoltre, ha sancito la responsabilità del notaio che ha ricevuto atti la cui nullità era frutto di un procedimento interpretativo non scontato, né era suffragato da alcun precedente, e neppure da indicazioni univoche della dottrina: valga il caso del rogito di donazione di diritto di superficie con riserva di usufrutto a favore del disponente, la cui nullità fu rilevata in sede di ispezione biennale, e condivisa dalla Suprema Corte che sanzionò il Notaio in base all'art. 28 L. Not..¹⁵ Tale accanimento in ambito disciplinare - a maggior ragione se esercitato in sede ispettiva biennale - sortisce il risultato di travolgere gli atti graditi ai contraenti, e sovente destinati a consolidarsi attraverso l'operare dei meccanismi di sanatoria delle invalidità degli atti (si pensi, in particolare, alla pubblicità sanante). Vi è da domandarsi, allora, se questa recrudescenza non finisca, in ultima analisi, per rendere un pessimo servizio agli utenti, trattenendo il Notaio dall'aderire alle richieste di atti dai contenuti meno consueti, con l'inevitabile sterilirsi della prassi, altrimenti feconda.¹⁶

La congiuntura dell'ispezione biennale, nella sua specificità, appare idonea a più efficacemente illustrare il fondamento ed i limiti della rifrazione disciplinare dei vizi dell'atto, palesandosi inefficiente - soprattutto rispetto agli interessi degli utenti - far emergere vizi altrimenti destinati alla sanatoria, a meno che non realizzino "manifeste" violazioni di legge, tali da rappresentare un elemento di turbativa di quella legalità che il pubblico ufficiale è chiamato a presidiare. Si potrebbe così recuperare la razionalità della sopracitata sentenza della Cassazione, condividendo l'insofferenza dell'ordinamento per un "attentato" alla tipicità dei diritti reali; ma proprio questa salvezza esalta l'infondatezza di una pretesa sanzionabilità sul piano disciplinare della redazione di un rogito contrario ad una legge straniera, appunto in considerazione dell'assenza di attentato all'ordine pubblico italiano.

¹⁴ Tale orientamento sembra essere stato superato da Cass., 4 novembre 1998, n.11071, in Riv. not., 1999, 1014; Cass., 19 febbraio 1998, n.1766, in Riv. not., 1998, 704; Cass., 3 agosto 1998, n.7602, in Vita not., 1998, 1767; le quali hanno emancipato l'annullabilità dal novero dei vizi passibili di ricadere nell'ambito applicativo dell'art.28 L. 16 febbraio 1913, n. 89.

¹⁵ Cass., sez. un., 4 maggio 1989, n.2804, in Nuova giur. civ. comm., 1989, I, 879.

¹⁶ Cfr. A. Fusaro, La deontologia del notaio, in P. Zatti (cur.) Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente, Padova, 1996, 170.

Questa interpretazione restrittiva sarebbe idonea ad aggiornare la *ratio* di una norma - l'art. 28 L. Not. - scritta con riferimento ad un diverso contesto (un corpo professionale meno severamente selezionato), ed al tempo stesso a contenere le "esternalità negative" dei formalismi notarili, di quelle regole aggiuntive il cui rispetto è imposto al Notaio, la cui violazione introduce vizi dell'atto, ossia ragioni di inidoneità del mezzo a raggiungere lo scopo, ulteriori rispetto a quelle ordinariamente vigenti. Con il che l'aspirazione ad un rafforzamento si traduce nella potenzialità del suo contrario.

Andrea Fusaro notaio in Genova

IL NOTAIO E LA LEGGE DEL TRUST

A) RICONOSCIBILITÀ DELL'ATTO COME TRUST
Il punto di contatto fra il Trust e il sistema delle norme è rappresentato dalla legge 16 ottobre 1989 n. 364 che ha ratificato la ben nota Convenzione adottata all'Aja il 1° luglio 1985. Detta legge si compone di tre articoli soltanto e in pratica si limita a dare "piena ed intera esecuzione" alla citata Convenzione, senza nulla aggiungere o togliere. Questa osservazione, come vedremo in seguito, ha la sua importanza.

Nella Convenzione esiste una norma che ha una portata fondamentale in quanto dal chiarire il suo significato e la sua portata dipende in buona misura la possibilità di istituire Trust in Italia. Stiamo parlando dell'articolo 13 che testualmente dice: "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."

È chiaro che la norma si riferisce a quelli che noi chiamiamo "Trusts interni" ossia a quei Trust i cui soggetti sono italiani e riguardanti beni posti in Italia.

Di fronte ad una norma di questo genere occorre chiedersi se essa sia rivolta

a) al legislatore dello Stato che ratifichi la Convenzione, ovvero

b) al Giudice chiamato a valutare della riconoscibilità di un atto come Trust.

Se si dice che l'articolo 13 della Convenzione dell'Aja è dettato per il legislatore nazionale dello Stato che ratifichi la Convenzione, si deve giungere alla conclusione che, quanto all'Italia, non sussistono problemi di sorta all'istituzione di Trust domestici. E ciò per la semplice ragione che, come sopra osservato, il legislatore italiano ha ratificato la Convenzione senza riserve.

Se invece si ritenga che l'articolo 13 in questione si rivolga al Giudice, il tema assume connotati diversi in quanto il Giudice stesso potrebbe di volta in volta sindacare sulla riconoscibilità di un atto come Trust, con il che mettendo in pericolo la "riconoscibilità in quanto tale" del trust italiano.

Ma le cose non pare che stiano in questi termini. La dottrina assolutamente prevalente ha infatti chiarito due cose di fondamentale importanza:

1 la norma in questione ha doppia recettività essendo rivolta per una parte al Legislatore nazionale e per un'altra parte al giudice.

2 La norma dell'art. 13 in questione non è passibile di interpretazione astratta ossia decontestualizzata:

a) dalle modalità di ratifica della Convenzione da parte dello Stato.

Da queste osservazioni deriva che, nel caso dell'Italia, l'interpretazione dell'art. 13, ossia l'accertamento di cosa essa dica al giudice, deve necessariamente tener conto del fatto che il nostro ordinamento ha accolto la convenzione tout court, senza riserve.

In base a questi canoni interpretativi la dottrina quasi unanimemente perviene alla conclusione che l'art. 13 della Convenzione:

a) non è espressione di un generico disfavore verso il trust. Ed il percorso sin qui seguito dalla nostra Giurisprudenza di merito come di legittimità, lo conferma appieno;

b) non è norma posta a difesa dei principi indefettibili del nostro Ordinamento. A ciò pensano gli artt. 15 e 16 della Convenzione stessa, volti al rispetto della lex fori di ciascuno Stato ratificante.

Se dunque queste non sono le finalità della disposizione in esame, per quale ragione è stata dettata?

Abbiamo dimostrato che essa contiene una disposizione di carattere interpretativo rivolta al giudice italiano che sia chiamato a decidere se un certo atto sia riconoscibile o meno come trust; deve dunque applicarsi caso per caso a seconda del modo in cui la fattispecie concreta si presenta. Ciò è coerente con la natura stessa del trust, strumento ad ampio spettro applicativo in quanto assai duttile. Quindi il giudice italiano non è autorizzato dalla norma ad espungere dall'ordinamento un trust dai connotati prettamente nazionali, ma dovrà operare un sindacato in concreto sul contenuto ed il modo di operare del trust medesimo. Se detto trust viola precetti imperativi e inderogabili egli lo sanzionerà in base agli artt. 15 e 16 della Convenzione, senza particolare problemi; tuttavia il suo giudizio potrà spingersi oltre, sino a dichiarare non riconoscibile un trust il quale, pur non essendo contrario a norme imperative, risulti in concreto privo di qualunque ragionevole e legittima giustificazione.

In pratica l'ipotesi più frequente nella quale questo potere di sindacato da parte del giudice potrà scattare, sarà nel caso in cui in un atto gli stessi scopi del trust possano raggiungersi con gli strumenti offerti dall'ordinamento italiano.

Il giudice italiano potrà, in base all'art. 13 della convenzione, negare il riconoscimento ad un atto di trust che sortisca gli stessi effetti (dove è opportuno sottolineare la parola stessi) ad esempio, di un mandato ovvero di un fondo patrimoniale.

Questa interpretazione appare l'unica in grado di dare un senso alla norma alla luce dell'intera Convenzione e avvalorata la tesi che il significato

autentico del trust sia quello non di porsi contro il nostro ordinamento ma di attribuire allo stesso valori aggiunti laddove si presenta come l'unico mezzo per il raggiungimento di certe finalità lecite ma ignorate dal nostro ordinamento.

Ad ulteriore conferma di quanto sopra occorre sottolineare che una diversa interpretazione dell'art. 13 sembra portare a conseguenze paradossali sul piano della parità fra cittadini italiani e cittadini di uno Stato che conosca il trust.

È stato infatti osservato che in base a detta norma (e all'intera Convenzione) un cittadino ad esempio inglese potrebbe richiedere ad un notaio italiano la istituzione di un trust su beni in Italia, laddove, in base all'interpretazione che qui si critica, lo stesso risultato non sarebbe ottenibile da un cittadino italiano.

B) LA LEGGE APPLICABILE AL TRASFERIMENTO DI DIRITTI AL TRUSTEE

Come noto il trust si sostanzia in un trasferimento di diritti al trustee che rappresenta l'elemento fattuale minimo senza del quale non si può parlare nemmeno di trust.

Questa semplice osservazione consente di dire che, da un punto di vista della legge applicabile, l'atto di trust non si presenta in forma monolitica essendo invece la somma di almeno due elementi. Abbiamo infatti un primo momento, che potremmo definire normativo, che è rappresentato dal complesso di regole sul funzionamento del trust stesso.

Questo primo elemento è quello che è regolato dalla legge scelta dal costituente fra quelle leggi nazionali che conoscono il trust (artt. 6 e 7 della Convenzione).

Il secondo momento è rappresentato invece dal trasferimento dei diritti "in trust" al trustee, che potremmo nominare come momento attuativo.

Codesta differenza è evidenziata nella Convenzione dall'articolo 4 in base al quale "la Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità di atti giuridici in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee.

Possiamo quindi dire che il momento attuativo e quindi il trasferimento al trustee è senz'altro regolato, nel nostro caso, dalla legge italiana.

Ciò ci consente di affermare che il trust non è totalmente affidato a legislazioni estere con tutti i conseguenti effetti sulla responsabilità del notaio chiamato a ricevere un atto istitutivo di trust.

Questi infatti se per la normazione del trust dovrà necessariamente fare i conti con una legge (ed una giurisprudenza) che non conosce, quanto al trasferimento farà uso degli strumenti abituali.

Tuttavia è bene osservare che il trasferimento di beni ad un trustee non può essere totalmente sovrapposto ad un qualunque trasferimento ma dovrà tener conto delle particolari necessità di implementare, nella maniera più completa, il cosiddetto effetto segregativo dei beni in trust dai restanti beni personali del trustee.

Giuseppe Gallizia notaio in Sant'Angelo Lodigiano

LA RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO: IL CASO PARTICOLARE DEL TRUST AZIONARIO

Il mio intervento vuole affrontare il problema della responsabilità del notaio negli atti istitutivi di Trusts, partendo da un approccio di carattere pratico, attraverso l'analisi di un caso professionale che ha comportato quale ultima soluzione la stipula, appunto, di un Trust.

Il problema è iniziato quando, un noto imprenditore trentino, titolare di una importante partecipazione azionaria ad una società denominata Xera spa, ha offerto ad una cerchia di amici e conoscenti la possibilità di acquisire un cospicuo pacchetto di tali azioni al loro valore nominale. La società in questione risulta titolare di una rilevante partecipazione al capitale sociale di una delle società vincitrici della gara pubblica per l'assegnazione di una concessione per la commercializzazione dei telefonini di cd. terza generazione.

L'imprenditore, nel mettere a disposizione il pacchetto, del valore attuale di circa due miliardi, poneva tuttavia la condizione che la gestione dello

stesso sia effettuata unitariamente per tutta la durata dell'affare, in modo tale di poter contare su di un unico interlocutore fino a quando la società partecipata, concessionaria della licenza di cui sopra, non fosse stata quotata nel mercato ufficiale azionario, ipotesi che si ritiene conseguibile non prima dell'anno 2003.

L'affare potrebbe rivestire dimensioni notevoli: analisi aziendali non azzardate farebbero ritenere una possibilità di triplicazione o quadruplicazione della valutazione della società al momento della quotazione in borsa delle azioni della partecipata; ciò anche sulla base di un evidente risparmio nell'acquisizione della licenza, rispetto a quanto originariamente preventivato.

L'offerta viene preliminarmente accettata da un numero di circa cinquanta interessati che si rivolgono al notaio per individuare la soluzione che meglio possa assecondare le volontà delle parti.

Fra le varie soluzioni ipotizzabili venivano in particolare prese in esame le seguenti.

Acquisto delle azioni a nome di un mandatario con costituzione di un mandato collettivo.

Una prima possibilità sarebbe stata quella di far acquisire i singoli titoli azionari offerti per l'operazione, direttamente ad un unico mandatario; parallelamente si sarebbe provveduto a sottoscrivere un contratto di mandato collettivo con rappresentanza in favore del mandatario stesso, al quale veniva affidato l'incarico di gestione dei titoli, con l'obbligo di trasferirne la titolarità ai singoli mandanti, secondo uno schema e proporzioni predeterminate, allo scadere del periodo stabilito o al verificarsi di particolari condizioni avrebbe dovuto essere minuziosamente regolamentato, prevedendosi fra l'altro, quale alternativa rispetto al trasferimento dei titoli, anche quella di assegnare ai mandanti i proventi derivanti dall'alienazione del pacchetto, ove essa si fosse rivelata più conveniente rispetto ad una suddivisione delle azioni secondo gli originari criteri.

Tale soluzione avrebbe incontrato, con riferimento agli interessi dei sottoscrittori iniziali dell'operazione, i seguenti rilevanti problemi:

a) anzitutto manca una vera tutela dei mandanti ai quali non compete alcuna azione reale nei confronti dei terzi subacquirenti dal mandatario in relazione ad eventuali atti di disposizione compiuti da quest'ultimo in spregio al rapporto di mandato;

b) ancora più gravi potrebbero essere le conseguenze nel caso di fallimento o insolvenza del mandatario: in questi casi assai difficoltoso sarebbe sottrarre i titoli dall'acquisizione nell'attivo fallimentare;

c) anche nel caso di successione del mandatario, se certamente gli eredi sono obbligati a rispettare il rapporto di mandato e ritrasferire quindi i titoli o proventi ai relativi titolari, gravi problemi sorgerebbero in ordine alle imposte di successione che difficilmente potrebbero essere escluse relativamente alle azioni intestate al defunto mandatario.

Ma anche sotto il profilo di rispetto delle esigenze imposte originariamente dall'imprenditore la soluzione appare non adeguata.

Infatti, la prerogativa di poter interloquire con un unico soggetto durante il periodo prestabilito, solo apparentemente viene risolto mediante la stipulazione di un mandato collettivo: se è vero che esso comporta la impossibilità di revoca singola da parte dei mandanti sottoscrittori, altrettanto vero è che tale revoca è comunque consentita ove effettuata all'unanimità (art. 1726 cc).

Infine tale schema comporterebbe non irrilevanti complicazioni formali ove si volesse, da parte dei singoli mandanti, porre in essere il trasferimento a terzi, a vario titolo, della loro posizione contrattuale assunta nell'ambito del contratto suddetto.

Acquisto unitario delle azioni e nomina di un rappresentante comune.

L'ipotesi poteva essere anche risolta mediante un acquisto "pro indiviso" da parte di tutti i partecipanti dei singoli titoli azionari acquistati.

La cointestazione delle azioni avrebbe provocato la necessità di procedere alla nomina di un rappresentante comune a sensi di legge, con ciò rendendo giustizia di uno degli interessi palesati dalle parti.

Ma si sarebbero creati gravissimi problemi di gestione della contitolarità effettiva dei titoli stessi.

Anzitutto si sarebbe dovuto predisporre una sorta di regolamento per il godimento della cosa comune; regolamento sicuramente alquanto elaborato che avrebbe dovuto normare le modalità di assunzione delle decisioni in merito alle operazioni sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, con previsione di maggioranze e delle formalità di assunzione delle volontà dei comproprietari. Si sarebbe dovuto intervenire anche con riguardo ai comportamenti da tenere in fase assembleare sui vari argomenti posti all'ordine del giorno, in merito a richieste di finanziamento, in relazione a diritti di opzione in caso di aumento di capitale sociale, nonché stabilire dei criteri nelle eventualità di prelazione sull'inopato.

Problematica sarebbe stata poi la gestione conclusiva, allorché i titoli avrebbero dovuto essere monetizzati, nel caso, non improbabile, che alcuno dei comproprietari non intendesse trasferire la sua quota, volendo mantenere la partecipazione; quindi tale eventualità avrebbe comportato la necessità di previa suddivisione delle azioni con costi e tempi non preventivabili.

Senza considerare poi le difficoltà pratiche connesse alla intestazione dei titoli in capo ad un numero così elevato di soggetti ed alla gestione delle girate e dei trasferimenti conclusivi o, ancor peggio, delle alienazioni relative alle singole posizioni, durante la vita dell'operazione.

Acquisto delle azioni in capo ad una fiduciaria.

L'acquisizione del pacchetto direttamente in favore di una società fiduciaria sarebbe probabilmente stata l'unica vera alternativa soddisfacente, quanto meno sotto il profilo della tutela degli investimenti dei veri partecipanti all'offerta e della unitarietà di gestione del pacchetto.

Tale alternativa tuttavia non avrebbe affatto superato il problema del mandato collettivo e le complicazioni formali, già sopra individuate, nella regolamentazione di tutte le ipotesi prospettabili durante l'esecuzione dell'affare.

Inoltre i costi richiesti per poter percorrere questa eventualità, sarebbero stati assai elevati ed anche la gestione dell'attività sicuramente poco dinamica ed assai formale.

Società di gestione del pacchetto azionario.

È stata ancora valutata la possibilità di attribuire il

pacchetto in gestione ad una nuova e diversa società, formata da tutti i partecipanti all'iniziativa. Questa ipotesi poneva tuttavia sul tavolo i seguenti gravi interrogativi: si tratterebbe di una società di mera gestione oppure di una società finanziaria?

Nel primo caso il percorso si rivelerebbe assai incerto, stante i dubbi, avanzati dalla dottrina più accreditata ed avallati anche dalla giurisprudenza circa l'ammissibilità di società di mera gestione.

Nel secondo caso invece si dovrebbe procedere nel rispetto dei requisiti autorizzativi e formali previsti dalla normativa speciale in tema di finanziarie.

Impensabile per le parti sarebbe stato quindi intraprendere una tale soluzione che avrebbe comportato l'assunzione di oneri di costituzione e di gestione difficilmente sopportabili.

I Trust azionario

In questo scenario è stata quindi considerata l'ipotesi di istituzione di un Trust azionario.

Questa soluzione è apparsa fino dal primo momento come la più duttile e formalmente idonea a risolvere la complessa problematica già evidenziata ed a comporre, nel migliore dei modi, i diversi interessi ed obiettivi voluti dalle parti.

In primo luogo perché solo così è stata pienamente raggiunta la esigenza di dare al pacchetto offerto una unitarietà gestionale ed amministrativa, anche sotto il profilo di rapporti con la società partecipata.

In seconda battuta in quanto con la segregazione, prevista per legge del patrimonio in Trust rispetto ai beni propri del Trustee, le difficoltà di tutela degli interessi economici dei sottoscrittori sarebbero state risolte; ma sicuramente molto più dinamica ed elastica si sarebbe rivelata la risoluzione di tutti i molteplici problemi collegati al trasferimento dei diritti ed aspettative dei beneficiari in favore di successivi ulteriori soggetti, eletti dai primi in virtù di validi negozi di trasferimento, nonché di ogni situazione inerente la gestione conclusiva dell'affare.

Calandosi dunque in tale prospettiva ecco emergere i profili di responsabilità del notaio già in parte richiamati dai relatori che mi hanno preceduto.

Il primo elemento da considerare, in un caso come quello proposto, riguarda naturalmente l'aspetto di fondo, cioè l'essenziale certezza della validità giuridica del Trust interno come alternativa percorribile da proporre al cliente.

Non è questa la sede per ripercorrere i dubbi che in passato avevano preoccupato parte della dottrina, in relazione alla compatibilità di tale strumento con l'ordinamento italiano qualora non possano rinvenirsi elementi di estraneità, ma esso sia destinato a valere solo con riguardo a soggetti

di cittadinanza italiana ed a beni di diritto italiano.

Val la pena qui solo ricordare come la giurisprudenza di merito italiana, che ha avuto modo fino ad oggi di dirimere controversie sorte relativamente a Trusts cd. meramente interni, non abbia mai messo in discussione la piena liceità di tale strumento e la sua compatibilità con il nostro ordinamento.

Un piccolo, ma importante accorgimento, suggerito anche dal prof. Maurizio Lupoi consultato come esperto per la predisposizione del Trust in esame, è stato quello di evidenziare nelle premesse dell'atto, che lo strumento prescelto è stato dalle parti così preferito rispetto ad un negozio di mandato, in quanto ritenuto più confacente al rispetto delle esigenze di ciascuno. La clausola dovrebbe consentire, quale "extrema ratio", la possibilità di eventuale conversione dell'atto in un valido contratto di mandato, qualora si dovesse manifestare un ancorché improbabile mutamento giurisprudenziale relativamente a tale punto.

Superato così con sufficiente certezza il primo, dirimente, dubbio, ritengo di poter ravvisare una prima ipotesi di responsabilità professionale del Notaio nel fatto che lo stesso ometta di prendere in dovuta considerazione la possibilità di comporre le volontà delle parti utilizzando appunto l'istituto del Trust.

In sostanza ritengo doveroso, da parte del professionista notaio, quale soggetto istituzionalmente deputato al componimento degli interessi delle parti ed alla interpretazione delle loro volontà, di mettere a conoscenza delle stesse tutte le alternative possibili al fine di soddisfare in pieno le loro aspettative.

Ebbene, atteso il recepimento, attraverso la convenzione dell'Aja, dell'istituto del Trust anche a livello nazionale, sia pure con il rinvio per la relativa disciplina ad una legislazione straniera, questo va considerato quale idoneo veicolo percorribile ed il notaio incorre in responsabilità professionale ove non consideri tale opportunità nel componimento degli interessi delle parti.

Ben diversa e distinta è invece la fase operativa, successiva alla scelta a monte effettuata, che comporta una valutazione approfondita di tale diversa prospettiva negoziale.

Qui il notaio potrà, anzi dovrà, farsi assistere da un esperto in materia, ogni volta che le sue conoscenze giuridiche non fossero tali da ricomprendere anche il dominio pieno della materia e della legislazione straniera: il notaio avrebbe in questa eventualità un ruolo di coordinamento e di predisposizione della struttura portante del contratto, nel dettaglio curato e suggerito direttamente dal consulente.

Circa la scelta di quest'ultimo, si potrebbe ritenere il notaio responsabile per *culpa in eligendo*, qualora l'esperto suggerito non sia all'altezza di affrontare e predisporre con scienza ed esperienza professionale lo strumento idoneo a realizzare lo

scopo voluto; naturalmente ove la scelta venisse invece direttamente operata dalla parte, ogni mancanza relativa non potrebbe riflettersi in alcun modo sul Notaio.

Altro problema rilevante che coinvolge le responsabilità del Notaio riguarda la scelta della legge regolatrice del Trust.

Questa deve essere indicata dalle parti, come prevede espressamente la convenzione dell'Aja.

Tuttavia molto spesso le parti non conoscono la legislazione straniera e pertanto cosa succede se le stesse incaricano a tale fine il notaio ?

A me sembra che la scelta della legge possa rientrare, in linea teorica, nell'ambito della previsione dell'art. 2236 cc, secondo il quale il professionista risponde solo in caso di dolo o colpa grave qualora sia tenuto a risolvere *"problemi tecnici di speciale difficoltà"*.

Qui occorre tuttavia porre una precisazione: il notaio non potrà essere chiamato a risponde-

re per colpa qualora non risolva nel modo tecnicamente più idoneo una questione di particolare difficoltà attinente al diritto italiano, che deve rientrare nelle sue conoscenze professionali.

Potrà, invece, essere chiamato a rispondere, qualora non conoscendo il diritto straniero, non si sia reso parte diligente nell'adozione di tutti quegli strumenti in grado di consentirgli di ottenere tutti gli approfondimenti sulla legge straniera necessarie per una corretta informazione delle parti.

Recepite quindi tutte le notizie necessarie, il notaio consiglierà le parti nel modo che gli sembrerà più idoneo ed all'interno di tale ultima attività il notaio risponderà ai sensi dell'art. 2236 c.c.

Marco Dolzani notaio in Trento

Legge 16-10-1989, n. 364

Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento,

adottata a L'Aja il 1° luglio 1985.

(G.U. 08-11-1989, n. 261, Supplemento ordinario)

Preambolo

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Promulga

la seguente legge:

Art. 1

Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare la convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985.

Art. 2

Piena ed intera esecuzione è data alla convenzione di cui all'art. 1 a decorrere dalla sua entrata in vigore in conformità a quanto disposto dall'art. 30 della convenzione stessa.

Art. 3

La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Traduzione non ufficiale Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento

Gli Stati firmatari della presente Convenzione, considerando che il trust è un istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della Common Law, adottata da altri paesi con alcune modifiche, hanno convenuto di stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile al trust e di risolvere i problemi più importanti relativi al suo riconoscimento;

hanno deciso di stipulare a tal fine una Convenzione e di adottare le seguenti disposizioni:

Allegato

Capitolo I - CAMPO DI APPLICAZIONE

Art. 1

La presente Convenzione stabilisce la legge applicabile al trust e regola il suo riconoscimento.

Art. 2

Ai fini della presente Convenzione, 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.

Il trust presenta le seguenti caratteristiche:

- a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;
- b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee;
- c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

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

Art. 3

La Convenzione si applica solo ai trusts costituiti volontariamente e comprovati per iscritto.

Art. 4

La Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee.

Art. 5

La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione.

Capitolo II - LEGGE APPLICABILE

Art. 6

Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso.

Qualora la legge scelta in applicazione del precedente paragrafo non preveda l'istituzione del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'art. 7.

Art. 7

Qualora non sia stata scelta alcuna legge, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami.

Per determinare la legge con la quale un trust ha più stretti legami, si tiene conto in particolare:

- a) del luogo di amministrazione del trust designato dal costituente;
- b) della situazione dei beni del trust;
- c) della residenza o sede degli affari del trustee;

d) degli obiettivi del trust e dei luoghi dove dovranno essere realizzati.

Art. 8

La legge specificata agli articoli 6 e 7 regola la validità del trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e l'amministrazione del trust.

In particolare, la legge dovrà regolamentare:

- a) la nomina, le dimissioni e la revoca del trustee, la capacità particolare di esercitare le mansioni di trustee e la trasmissione delle funzioni di trustee;
- d) i diritti e gli obblighi dei trustees tra di loro;
- c) il diritto del trustee di delegare, in tutto o in parte, l'esecuzione dei suoi obblighi o l'esercizio dei suoi poteri;
- d) i poteri del trustee di amministrare o disporre dei beni del trust, di darli in garanzia e di acquisire nuovi beni;
- e) i poteri del trustee di effettuare investimenti;
- f) le restrizioni relative alla durata del trust ed ai poteri di accantonare gli introiti del trust;
- g) i rapporti tra il trustee ed i beneficiari, ivi compresa la responsabilità personale del trustee verso i beneficiari;
- h) la modifica o la cessazione del trust;
- i) la ripartizione dei beni del trust;
- j) l'obbligo del trustee di render conto della sua gestione.

Art. 9

Nell'applicazione del presente capitolo aspetti del trust che possono essere trattati a parte, in particolare le questioni amministrative, potranno essere regolati da una legge diversa.

Art. 10

La legge applicabile alla validità del trust stabilisce la possibilità di sostituire detta legge, o la legge applicabile ad un elemento del trust che può essere trattato a parte, con un'altra legge.

Capitolo III - RICONOSCIMENTO

Art. 11

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

Qualora la legge applicabile al trust lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:

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

Art. 12

Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o di incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo.

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.

Art. 14

La Convenzione non ostacolerà l'applicazione di norme di legge più favorevoli al riconoscimento del trust.

Capitolo IV - DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 15

La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorchè 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 insolvenza;
- f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.

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.

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.

In casi eccezionali, si può altresì dare effetto alle norme della stessa natura di un altro Stato che abbia con l'oggetto della controversia un rapporto sufficientemente stretto.

Ciascuno Stato contraente potrà mediante una riserva, dichiarare che non applicherà la disposizione del secondo paragrafo del presente articolo.

Art. 17

Ai sensi della Convenzione, il termine "legge" indica le norme di legge in vigore in uno Stato, ad eccezione delle regole di conflitto di legge.

Art. 18

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

Art. 19

La Convenzione non pregiudicherà la competenza degli Stati in materia fiscale.

Art. 20

Ogni Stato contraente potrà, in qualsiasi momento, dichiarare che le disposizioni della Convenzione saranno estese ai trusts costituiti in base ad una decisione giudiziaria.

Tale dichiarazione sarà notificata al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi ed entrerà in vigore dal giorno di ricevimento della notifica.

L'art. 31 è applicabile, per analogia, al ritiro di detta dichiarazione.

Art. 21

Ciascuno Stato contraente potrà riservarsi il diritto di applicare le disposizioni del capitolo III solo ai trusts la cui validità è regolata dalla legge di uno Stato contraente.

Art. 22

La Convenzione è applicabile ai trusts a prescindere dalla data della loro costituzione.

Tuttavia, uno Stato contraente potrà riservarsi il diritto di non applicare la Convenzione ad un trust costituito prima dell'entrata in vigore della Convenzione per detto Stato.

Art. 23

Ai fini di identificare la legge applicabile ai sensi della Convenzione, qualora uno Stato comprenda varie unità territoriali, ciascuna con le proprie norme di legge per quanto riguarda il trust, ogni riferimento alla legge di detto Stato sarà considerato come relativo alla legge in vigore nell'unità territoriale in questione.

Art. 24

Uno Stato all'interno del quale varie unità territoriali hanno le proprie norme di legge in materia di trust non è tenuto ad applicare la Convenzione ai conflitti di legge che interessano unicamente queste unità territoriali.

Art. 25

La Convenzione non deroga ad alcun altro strumento internazionale di cui uno Stato contraente è o sarà parte e che contengono disposizioni sulle materie regolamentate dalla presente Convenzione.

Art. 26

Ciascuno Stato, al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione o dell'adesione, o, al momento di una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 29, potrà esprimere le riserve previste agli articoli 16, 21 e 22.

Nessun'altra riserva sarà consentita.

Ciascuno Stato contraente potrà, in ogni momento, ritirare una riserva da esso espressa; tale riserva cesserà di avere effetto il primo giorno del terzo mese dopo la notifica del ritiro.

Art. 27

La Convenzione sarà aperta alla firma degli Stati che erano membri della Conferenza de l'Aja di diritto internazionale privato al momento della sua quindicesima sessione.

Sarà ratificata, accettata o approvata e gli strumenti di ratifica, accettazione o approvazione saranno depositati presso il Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi.

Art. 28

Ogni altro Stato potrà aderire alla Convenzione dopo la sua entrata in vigore in virtù dell'art. 30, paragrafo 1.

Lo strumento di adesione sarà depositato presso il Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi.

L'adesione avrà effetto solo per quanto riguarda i rapporti tra lo Stato aderente e gli Stati contraenti che non avranno mosso obiezioni alla suddetta adesione entro dodici mesi dal ricevimento della notifica di cui all'art. 32.

Ogni Stato membro potrà altresì muovere tali obiezioni al momento della ratifica, accettazione o approvazione della Convenzione, successiva all'adesione. Tali obiezioni saranno notificate al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi.

Art. 29

Uno Stato che comprenda due o più unità territoriali nelle quali vengono applicati sistemi giuridici diversi, potrà, al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione o dell'adesione, dichiarare che la presente Convenzione sarà applicata a tutte le sue unità territoriali, o solamente a una o più di esse, e potrà, in qualunque momento, modificare detta dichiarazione, formulando una nuova dichiarazione. Tali dichiarazioni saranno notificate al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi, e indicheranno espressamente le unità territoriali alle quali si applica la Convenzione.

Se uno Stato non effettuerà dichiarazioni in base al presente articolo, la Convenzione sarà applicata a tutte le unità territoriali di detto Stato.

Art. 30

La Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del terzo mese dopo il deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione o approvazione previsto dall'art. 27.

Successivamente la Convenzione entrerà in vigore:

- a) per ogni Stato che la ratifichi, l'accetti, o l'approvi successivamente, il primo giorno del terzo mese dopo il deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione;
- b) per ogni Stato aderente, il primo giorno del terzo mese dopo la scadenza del termine di cui all'art. 28;
- c) per le unità territoriali alle quali la Convenzione è stata estesa in conformità all'art. 29, il primo giorno del terzo mese dopo la notifica di cui a detto articolo.

Art. 31

Ogni Stato contraente potrà denunciare la presente Convenzione mediante notifica formale per iscritto, indirizzata al Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi, depositario della Convenzione.

La denuncia entrerà in vigore dal primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di sei mesi dopo la data di ricevimento della notifica da parte del depositario, o ad ogni altra data successiva, specificata nella notifica.

Art. 32

Il Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi notificherà agli Stati membri della Conferenza, nonché agli Stati che vi avranno aderito, in conformità alle disposizioni dell'art. 28:

- a) le firme e le ratifiche, le accettazioni e le approvazioni di cui all'art. 27;
- b) la data alla quale la Convenzione entrerà in vigore in conformità alle disposizioni dell'art. 30;
- c) le adesioni e le obiezioni alle adesioni di cui all'art. 28;
- d) le estensioni di cui all'art. 29;
- e) le dichiarazioni di cui all'art. 29;
- f) le riserve o i diritti di riserva di cui all'art. 26;
- g) le denunce di cui all'art. 31.

In fede di che, i sottoscritti, debitamente autorizzati, hanno firmato la presente Convenzione.

Fatto a l'Aja, il 1° luglio 1985, in francese ed inglese, i due testi facenti ugualmente fede, in un unico esemplare che sarà depositato negli archivi del Governo del Regno dei Paesi Bassi, e di cui una copia autenticata sarà consegnata, per le vie diplomatiche, a ciascuno Stato membro della Conferenza de l'Aja di diritto internazionale privato al momento della sua 15 sessione.

Quaderni di FederNotizie

- | | |
|----------------|--|
| Quaderno n. 1 | Testo coordinato del CCNL per i dipendenti degli studi professionali allegato al n. 3 - settembre 1988 |
| Quaderno n. 2 | Sistemi giuridici e professioni giuridiche nell'ambiente internazionale, stato e avvenire del notariato francese allegato al n. 1 - gennaio 1989 |
| Quaderno n. 3 | Comunicazione, informazione e informatica nel settore notarile allegato al n. 6 - novembre 1989 |
| Quaderno n. 4 | Contributi per lo studio del nuovo disciplinare allegato al n. 2 - marzo 1990 |
| Quaderno n. 5 | Proposte per una nuova tariffa allegato al n. 5 - settembre 1990 |
| Quaderno n. 6 | Capital Gain allegato al n. 4 - luglio 1991 |
| Quaderno n. 7 | Notariato e Ordine Pubblico allegato al n. 6 - novembre 1992 |
| Quaderno n. 8 | Il notaio garante di un nuovo rapporto tra Stato e cittadino (I congresso) allegato al n. 5 settembre 1995 |
| Quaderno n. 9 | L'evoluzione della funzione notarile nel nuovo sistema socio-economico italiano (II congresso) allegato al n. 1 gennaio 1997 |
| Quaderno n. 10 | Qualità e mercato: il notariato verso un modello europeo (III congresso) allegato al n. 5 settembre 1998 |
| Quaderno n. 11 | Garanzia di qualità della professione notarile (IV congresso) allegato al n. 1 gennaio 2000 |
| Quaderno 12 | Materiali sul trust Allegato al n. 3 maggio 2001 |

Allegato al numero 3 - maggio 2001 di **FederNotizie**

Edito a cura dell'Associazione Sindacale Notai della Lombardia - iscritto il 13.5.1988 al n. 345 del

Registro della Stampa del Tribunale di Milano

Pubblicazione non in vendita inviata a tutti gli iscritti delle associazioni sindacali notarili

Direzione e Redazione: via Brera n. 8 - Milano

Direttore responsabile: Arrigo Roveda

Questo quaderno è stato consegnato per la stampa il 30 dicembre 1999

Stampato da Tipolitografia Levati vicolo Serbelloni n. 3 - 20064 Gorgonzola