

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Questa seconda edizione del volume, che giunge dopo l'esaurimento di quella risalente al 2008, mantiene inalterato l'impianto della precedente, aggiornando i vari capitoli con i più recenti interventi della giurisprudenza di merito e segnatamente della Corte di Cassazione cui sono approdati, nel corso dello scorso anno, e nei primi mesi del 2015 una serie di casi. Un aggiornamento necessario perché le recenti pronunce hanno significativamente inciso anche sul dibattito dottrinale, sempre attivo sul tema, per quanto attiene alla necessità della individuazione della causa concreta, alla definizione dei limiti all'uso del *trust* liquidatorio, all'assoggettamento del *trust* all'azione revocatoria – tutti aspetti che trovano nel testo pieno riscontro – e soprattutto dando riconoscimento alla tesi già sostenuta nella prima edizione, ma assolutamente al tempo minoritaria, sulla non residua-lità del *trust* rispetto ad altri strumenti offerti dall'ordinamento.

La seconda parte del volume arricchisce il materiale di studio già presente con l'analisi di una serie di nuovi casi, frutto della diretta esperienza dell'autore, che si segnalano per l'originalità delle applicazioni e delle soluzioni prospettate.

PARTE PRIMA

Premessa

Non si contano le pubblicazioni sui trusts, non solo nella letteratura anglosassone, nella quale è tema di assoluta rilevanza, consustanziale al modo stesso di concepire certi rapporti, ma si registra, ormai anche in Italia, un forte interesse in materia con una produzione di elevato livello, tanto in riviste specializzate che in monografie specifiche. Spesso anche in organi d'informazione si affrontano gli aspetti più vari dell'istituto, con ampio e crescente interesse di fronte a un fenomeno che ha subito suscitato, fin dal suo apparire, al tempo stesso incondizionato entusiasmo e assoluta diffidenza¹. Non vi sarebbe ragione di inserirsi, con la pretesa di aggiungere qualcosa di nuovo, a un dibattito che ormai annovera autorevolissimi protagonisti. D'altro canto non ci si può accingere a commentare degli atti di trust senza, almeno sommariamente, dare atto delle premesse teoriche che sono alla base delle scelte operate e delle soluzioni prospettate. Pertanto, sia pur senza pretesa di completezza, occorrerà fissare alcuni punti fermi, all'interno del quadro in cui ci intendiamo muovere.

A tal fine appare opportuno articolare la materia in più parti indagando le ragioni per cui si parla oggi di trust in Italia, ricercando le motivazioni formali, con altre di più generale portata, e operando dei riferimenti alla legge inglese, e a quelle di altri Paesi, che si siano dotati di una legislazione in materia, e che abbiano rimosso alcune rigidità che la legge inglese presentava.

¹ Come si avvertiva, la produzione dottrinarica sul trust è molto ricca e può essere facilmente reperita. Al riguardo si segnala la *Bibliografia degli scritti italiani sul trust* contenuta in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, 94. Anche in ragione della natura di quest'opera, ci limitiamo pertanto a indicare in questa sede quelle che sono state le monografie alla cui consultazione abbiamo più spesso fatto ricorso. *In primis*, naturalmente, le opere di M. LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005; ID., *I trusts nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *I diritti reali*, vol. 2, Torino, 2004; ID., *Trusts*, Milano, 2001; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004; D.J. HAYTON, C. MITCHELL, *Hayton & Marshall: Commentary and Cases on The Law of Trusts and Equitable Remedies*, London, 2005; R. MAUDSLEY, E.H. BURN, *Trusts & Trustees – Cases & Materials*, Oxford, 2005; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts*, London, 2003; A. HUDSON, *Understanding Equity & Trusts*, London, 2004; F. ROTA, G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007. Indicazioni bibliografiche più puntuali saranno date di volta in volta con riferimento ai vari aspetti oggetto di trattazione.

Successivamente si opererà una ricostruzione del modello del trust “classico”, avendo quindi come punto di riferimento il modello inglese attraverso la descrizione dei suoi elementi caratterizzanti: il disponente, i beneficiari, il guardiano, la durata, la legge applicabile e il fondo in trust. Si cercherà di evidenziare anche come si siano evolute le posizioni in merito a questi aspetti, nonché gli sviluppi recepiti dalle legislazioni di altri paesi (i c.d. trust del modello internazionale), per illustrare, poi, i tratti del modello di trust che risulta dalla Convenzione dell’Aja² siccome il perimetro da questa delineato, che consente di riconoscere la validità del trust all’interno dell’ordinamento, non coincide esattamente con le categorie, o i tipi, che, nel mondo anglosassone, vengono riconosciuti. Questo consentirà inoltre di svolgere alcune considerazioni relative alla Convenzione dell’Aja per alcuni dei suoi aspetti più problematici.

Infine, una ricognizione sui più significativi orientamenti giurisprudenziali in materia.

² Si tratta della Convenzione sul diritto applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata all’Aja il 1° luglio 1985, ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992. La traduzione utilizzata nel corso del volume e nella parte terza, è quella proposta dall’Associazione “Il Trust in Italia”, redatta a cura dell’Avv. Elena Incisa di Camerana.

1. Le ragioni del trust

Nell'introdurre il corso di lezioni sul trust presso l'Università di Siena, ponevo agli studenti una domanda sulle ragioni di un corso, nell'ambito del dipartimento di diritto privato della Facoltà di Economia, vertente su un istituto di diritto straniero, tipico fra l'altro di un ordinamento di *common law* – come tale assai distante rispetto ai principi che governano gli ordinamenti di *civil law* – e quindi su una collocazione in certo senso inusuale, rispetto ad altra che sarebbe apparsa più fisiologica, per esempio nell'ambito del diritto comparato, dove la materia del trust avrebbe potuto vantare un più indiscusso diritto di cittadinanza.

Svariati i motivi, cercavo di spiegare, fra i quali, per iniziare da una considerazione empirica, si possono richiamare, intanto, le applicazioni che questo istituto ha trovato nel campo del diritto societario e fallimentare, tanto per restare nell'ambito del diritto commerciale, fornendo soluzioni originali, e solitamente non ottenibili, con gli strumenti normalmente a disposizione. Ma, per procedere in modo più sistematico, e per iniziare dalle ragioni di carattere formale, si deve in primo luogo far riferimento alla già citata Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento. In forza di essa, infatti, il trust che presenti certe caratteristiche, indicate dalla Convenzione stessa, *sarà* riconosciuto all'interno dell'ordinamento con le ulteriori conseguenze che, da questo riconoscimento, scaturiscono (art. 11 della Convenzione) e cioè:

*“– che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee;
– che il trustee abbia la capacità di agire e di essere convenuto in giudizio; e
– di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino una pubblica autorità.*

Tale riconoscimento, nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda, implica in particolare:

*– che i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust;
– che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento;
– che i beni in trust non rientrino nel regime matrimoniale o nella successione del trustee;
– che la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il*

trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto”.

La Convenzione, e la sua avvenuta ratifica, non sono tuttavia ritenuti elementi sufficienti dalla dottrina secondo cui la Convenzione non sarebbe idonea a spiegare effetti all'interno dell'ordinamento, in difetto di una normativa interna che, recependo l'istituto, lo normi. Dottrina che, di conseguenza, ritiene, allo stato, riconoscibile solo il trust straniero, recante elementi di estraneità ulteriori rispetto all'unico elemento rappresentato dalla legge regolatrice³. La posizione di gran lunga maggioritaria riconosce invece immediato valore precettivo alla Convenzione e la sua piena efficacia all'interno dell'ordinamento e ritiene pienamente ammissibile il trust “interno” il cui unico elemento di estraneità sia rappresentato dalla legge regolatrice che deve esser quella di un paese che abbia una legislazione sul trust⁴. Del resto, questa posizione trova il conforto di una numerosa serie di pronunce delle corti di merito che hanno poi riconosciuto, al di là di qualche iniziale oscillazione, la legittimità del trust interno, come sopra definito.

Corroborata questo orientamento giurisprudenziale un *corpus* dottrinario particolarmente consistente, orientato nel senso delineato dalle molteplici sentenze che si sono espresse in merito, e che sposa quindi una linea favorevole al riconoscimento del trust interno⁵ chiamato a operare nell'ambito dei limiti delineati, sia dalla Convenzione dell'Aja (art. 2), sia dall'ossequio alle norme inderogabili dell'ordinamento⁶.

³ L. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001; F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 1247; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 11; C. CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 441.

⁴ M. LUPOI, *Trusts*, cit.; S. BARTOLI, *Il Trust*, cit.; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit.; A. MOJA, *Il trust nel diritto civile e tributario*, Milano, 2007; N. CANESSA, *I trust interni*, Milano, 2001; E. ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998; ABI Associazione Bancaria Italiana, *Il Trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma, 1997.

⁵ Sulla base degli insegnamenti di M. LUPOI, *Trusts*, cit., 546-547, si distingue fra trust “interno”: “*elementi soggettivi e obiettivi legati a un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto quale trust (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione*” e trust “di diritto interno” formula che sta a indicare “*il trust sottoposto alla legge italiana o ... in forza di legislazione di carattere generale, o ... in forza del principio dell'autonomia privata nel campo contrattuale, o ... in attuazione di specifiche previsioni di legge in singole fattispecie. Qui ovviamente la Convenzione non svolge alcun ruolo*”. Sul punto vedi anche M. MONEGAT, in M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS, *Trust – Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, II ed., 2010, 35.

⁶ I riferimenti alla giurisprudenza verranno effettuati nel corso della trattazione. Per

Questo dibattito ha trovato poi un ulteriore supporto, a favore della tesi che si sostiene, rappresentato dal d.l. n. 262/2006 e dalla Legge finanziaria 2007⁷, che, pur senza procedere a un esplicito riconoscimento del trust o alla emanazione di una sua positiva disciplina, hanno tuttavia fatto espresso richiamo al trust per quanto attiene al trattamento fiscale dell'istituto, sotto il profilo delle imposte dirette e indirette, dando quindi per scontata l'esistenza del trust c.d. interno, atteso che le disposizioni richiamate non sarebbero suscettibili di venir applicate a un trust straniero.

A conferma dell'interesse che la materia suscita, si possono poi richiamare una serie di interventi legislativi che hanno introdotto all'interno dell'ordinamento fattispecie attraverso le quali si realizza una segregazione di beni, effetto che abbiamo rilevato essere tipico del trust (art. 2 della Convenzione dell'Aja: "... *i beni in trust sono segregati rispetto al patrimonio del trustee ...*")⁸. Così per esempio nel campo del diritto di famiglia, con l'introduzione dell'istituto del patrimonio familiare, o in materia societaria, con quello dei patrimoni separati. Più incisivamente, e in via generale, attraverso l'art. 2645-ter c.c., col quale sono stati introdotti nell'ordinamento i vincoli di destinazione dando vita a quello che è stato significativamente definito "un frammento di trust"⁹, creatura quindi imperfetta, ma volta, sia pure nei limiti a essa inerenti, a dar vita a situazioni simili alla complessità del trust e quindi non solo a realizzare un mero effetto segregativo. A questi interventi, nel campo del diritto positivo, possono aggiungersi le iniziative volte a realizzare una disciplina organica della materia, col dichiarato fine di adeguare l'ordinamento a una domanda internazionale e con lo scopo di attirare, quindi, investimenti e capitali con i benefici rappresentati dalla presenza di un completo ed esauriente quadro normativo. È lo stesso intento che aveva determinato, a suo tempo, la stranamente solerte ratifica della Convenzione dell'Aja, ma che è destinato a non esercitare l'auspicata

una panoramica completa sulla giurisprudenza in materia di trust, si rinvia a *La Giurisprudenza italiana sui trust – Dal 1899 al 2011*, in *Quaderni Ipsoa*, IV ed., Milano, 2011.

⁷ Nuove disposizioni tributarie in materia di fiscalità diretta sui trust introdotte dall'art. 1, commi 74, 75 e 76 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria) e art. 2, commi da 47 a 53 della legge 24 novembre 2006, n. 286 di conversione del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262 (recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria) come modificato dall'art. 1, 77° comma, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007).

⁸ Secondo M. LUPOI, *Trusts*, cit., 565, è tipico del trust un modello di separazione patrimoniale che, in virtù della sua specificità viene indicato come "segregazione" e consiste nella "incomunicabilità bidirezionale fra il patrimonio separato e il soggetto che ne è titolare".

⁹ Cfr. M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts*, 2006, 169.

forza attrattiva se non sarà accompagnato da un trattamento fiscale sicuro e concorrenziale rispetto a quanto praticato in altri paesi¹⁰.

Questo processo di acquisizione, all'interno di un ordinamento, di un corpo estraneo, di un istituto cioè appartenente ad un altro sistema giuridico, richiede una spiegazione più articolata rispetto alla semplice presa d'atto del fenomeno, o al richiamo a mere ragioni di carattere formale¹¹. Possiamo partire dalla considerazione generalissima per cui il diritto non è statico e varia di continuo – se non vogliamo dire, marxianamente, solo sotto la spinta di impulsi economici – perché i bisogni dei componenti della società sono sollecitati, via via, dalla necessità di soddisfare esigenze e istanze di vario tipo, che mutano velocemente, e divengono più complesse sulla spinta dell'evoluzione tecnologica, dei traffici, della crescita degli scambi, dell'integrazione, o dell'incontro, con società caratterizzate da costumi e abitudini diversi. Questa necessità spinge alla ricerca delle soluzioni, di volta in volta più idonee a soddisfare i nuovi interessi, atteso che quelle, per così dire tradizionali, non appaiono sempre tarate per offrire le risposte desiderate alle nuove esigenze. E di qui la spinta a rivolgersi a guardare come altri paesi abbiano già soddisfatto, e in che modo, tali bisogni, per utilizzare direttamente le stesse soluzioni o comunque per adattarle a situazioni simili.

E di qui la spinta all'imitazione, che peraltro è pratica antichissima e nel campo del diritto costantemente praticata: basti pensare all'influenza che il diritto romano prima, e il codice napoleonico poi, hanno esercitato nel mondo, presi come modello ispiratore di svariati sistemi giuridici. Tale processo ha subito un'indubbia accelerazione a seguito della globalizzazione, con la caduta delle barriere doganali, la dilatazione dei mercati che ne è conseguita e l'intensificarsi delle contrattazioni. Questo ha fatto sì che i contraenti, spesso di diversa nazionalità, non abbiano trovato più nei singoli diritti statuali la risposta che cercavano per disciplinare i loro rapporti e risolvere le loro controversie, e abbiano tratto pertanto un'ulteriore spinta verso un'inevitabile e incoercibile tendenza al superamento del diritto statale – che aveva contribuito, fino ad allora, ad assicurare la compattezza dell'ordinamento – a vantaggio del contratto e quindi di una più intensa

¹⁰ Per un'indagine sui negozi di affidamento fiduciario oltre che per un commento al disegno di legge n. 2284, XVI Legislatura, poi non approvato, si veda BARBA-ZANCHI (cur.), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012.

¹¹ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; S. PATTI, *La "globalizzazione" e il diritto dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 149; R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto discipl. priv., Sezione Civile*, Torino, 1988, IV, 365.

affermazione dell'autonomia privata. I diritti nazionali sono divenuti improvvisamente inadeguati a gestire questi processi e, parallelamente al loro progressivo declino, si è assistito al sorgere di una nuova *lex mercatoria*, di cui la stessa Cassazione¹² ha riconosciuto il carattere di fonte di diritto oggettivo sopranazionale, cui le parti si affidano per la disciplina dei loro rapporti; legge che non è più quindi la legge di alcun paese e che viene amministrata dai collegi arbitrali internazionali¹³. Un altro portato di questi cambiamenti è dato dal fatto che sovente accade che, sia per ragioni di equilibrio fra le parti, sia perché queste non hanno dato indicazioni sulla legge sostanziale o processuale da applicare, si dia vita a quello che è stato definito, con felice espressione, una sorta di *shopping* del diritto, alla scelta cioè, all'interno dei vari ordinamenti, di quegli istituti o di quei modelli già elaborati e sviluppatisi in altri ambiti, che meglio si attaglino alla realtà da disciplinare¹⁴. E questo accade normalmente nelle procedure arbitrali internazionali nelle quali, sovente, oltre alla scelta della legge regolatrice, c'è da individuare il giudice che deve risolvere le controversie, che è di norma un arbitro, o un collegio, terzo rispetto ai contraenti, magari residente in un paese diverso da quello di entrambi, procedure in cui, altrettanto spesso, viene applicata la legge sostanziale di un paese e la legge processuale di un altro. Tale fenomeno si manifesta del resto anche nell'ambito dei contratti fra connazionali. Infatti la Convenzione di Roma, in tema di obbligazioni contrattuali¹⁵, consente alle parti di scegliere la legge che essi reputino più confacente alla regolamentazione dei loro interessi, indipendentemente da qualsiasi tipo di collegamento che questa possa avere con la materia del contratto. Al tempo stesso, allo *shopping* si fa ricorso a livello di

¹² Cass. 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, 2285 parla della *lex mercatoria* come di un *insieme di regole osservate con convinzione di cogenza dai menzionati operatori, a prescindere dal vincolo della loro appartenenza a uno Stato e/o dall'ubicazione della loro attività in uno Stato*.

¹³ Una completa "codificazione" delle regole in cui si sostanzia la *lex mercatoria* è stata fatta da UNIDROIT: "Principi dei contratti commerciali internazionali". L'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), creato nel 1926 come organo ausiliario della Società delle Nazioni, è un'organizzazione intergovernativa indipendente, con sede a Roma, il cui scopo è quello di studiare le opportunità e i metodi per modernizzare e armonizzare il diritto privato, e segnatamente il diritto commerciale, fra Stati e gruppi di Stati.

¹⁴ F. GALGANO, *Shopping del diritto, trust interno, gruppi di società*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 333.

¹⁵ Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, ratificata con legge 18 dicembre 1984, n. 975 ed entrata in vigore il 1° aprile 1991.

legislazione nazionale. Basti pensare alle norme in materia di *governance* introdotte con la legge di riforma sulle società per azioni, alla disciplina dell'esdebitazione o a quella degli accordi di ristrutturazione, in materia di legge fallimentare, solo per citare qualche esempio: "i vari ordinamenti statuali manifestano la sempre più pronunciata attitudine, in passato neppure pensabile, a proporsi fuori dei confini nazionali quali modelli per uno shopping del diritto, ed ai cittadini di uno Stato è dato di scegliere, per la regolazione dei loro rapporti contrattuali, il diritto di uno Stato terzo"¹⁶.

Ecco quindi le motivazioni sostanziali che spiegano perché l'Italia abbia ratificato la Convenzione dell'Aja sul trust e perché, sia pure attraverso un cammino almeno inizialmente arduo, ostacolato molto anche dall'incertezza in tema di imposizione fiscale, il trust abbia cominciato a farsi largo e ad essere utilizzato, come mezzo idoneo, nel rispetto dei principi fondamentali e delle disposizioni inderogabili, alla tutela di interessi e al conseguimento di obiettivi, ulteriori rispetto a quelli che l'ordinamento era altrimenti in grado di apprestare.

A questo proposito è stato rilevato come, senza che si sia proceduto alla emanazione di una legge organica in materia, nel corso di questi ultimi anni si sono succeduti una serie di interventi legislativi che si sono obiettivamente mossi realizzando, nelle più svariate fattispecie, effetti, sia pure parzialmente, analoghi a quelli che si realizzano con un trust, segnatamente quelli segregativi¹⁷.

Si pensi ad esempio alle norme sul patrimonio familiare, alla legge sulle garanzie finanziarie, alla nuova normativa introdotta col ricordato art. 2645-ter c.c., alle norme in materia di patrimoni destinati a uno specifico affare, alla nuova disciplina sugli accordi di ristrutturazione.

¹⁶ F. GALGANO, *La globalizzazione*, cit., 34.

¹⁷ Lo spunto critico si deve a L. STANGHELLINI, intervento inedito al Convegno "Il Trust, profili applicativi e fiscali", Siena, 3 maggio 2007.